مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۳۶-۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۱/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۲۰

جایگاه اخلاق حرفه‌ای قضات در گفتمان حرفه‌ای‌گرایی نوین

رحیم نوبهار[۱]، سید علی کاظمی[۲]

چکیده

اخلاق حرفه‌ای نقش بسیار مؤثری در ارتقاء کار و رفتار قضات دارد. این اخلاق با سازمان‌دهی قضاوت در اداره عمومی و چیرگی بُعد اداری بر جنبه حرفه‌ای قضاوت، کمتر مورد توجه قرار گرفته است. با این وصف چگونه می‌توان اخلاق حرفه‌ای قضات را در کشور ما بازسازی و جاری‌سازی کرد؟ در این مقاله با روش تحلیلی- انتقادی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسنادی، بحث می‌شود که اخلاق حرفه‌ای مبتنی بر دو رویکرد حرفه‌گرایی سنتی و حرفه‌ای‌گرایی نوین است. گفتمان حرفه‌گرایی نوین از ابتدای قرن بیستم پدیدار شده است و خوانش‌های مختلف «حرفه‌گرایی و حرفه‌سازی»، «حرفه‌ای‌گرایی سازمانی» و «حرفه‌ای‌گری» از آن پدید آمده است. پس از بررسی این خوانش‌ها، الگوی «شایستگی حرفه‌ای» برای بازسازی حرفه‌ای‌گرایی قضات و ارتقاء حرفه‌ای‌گری و اخلاق حرفه‌ای آنان معرفی شده است. همچنین راهکارهای نهادینه‌سازی این الگو در چهار محور «تشکیل کانون حرفه‌ای»، «استقرار فرایند شایسته سالاری»، «آموزش اخلاقی» و «تعهد و پاسخ‌گویی اخلاقی» تبیین و مقررات مرتبط در کشور بررسی شده است. در پایان پیشنهادهای لازم برای تحقق الگوی مذکور از طریق اصلاحات قانونی، اجرایی و آموزشی ارائه شده است.

واژگان کلیدی: رفتار اخلاقی، حرفه‌ای‌گرایی، اخلاق حرفه‌ای قضات، حرفه‌ای‌سازی، حرفه‌ای‌گرایی قضایی، سوگند اخلاقی.

---

۱. عضو هیأت علمی دانشکده حقوقی دانشگاه شهید بهشتی
nobahar@gmail.com
۲. گروه حقوق، واحد علوم و تحقیقات تهران، دانشگاه آزاد اسلامی. تهران. ایران (نویسنده مسوول)
kazemi.1979@gmail.com

درآمد

از ابتدای تاریخ بشـــر وظیفه قضات، حل و فصل اختلافات و اجرای عدالت بوده و به این اعتبـــار، ارزش‌های اخلاقی و اصول رفتاری خاصی بر آنان حاکم بوده است. با آغاز دوره مدرن، گسترش عدالت از مسؤولیت‌های دولت قلمداد شد، قضات به اســـتخدام دولت در آمدند و قواعد اخلاقی آنان توســـط قوانین و مقررات تعیین می‌شد.

از ابتـــدای قرن نوزدهم، با تحـــولات اجتماعی، حرفه‌ای‌گرایی بازگشـــت و نســـخه‌های گوناگونی از آن تحت تأثیر فضای شـــغلی و انتظارات مردمی پدید آمد. در مورد قضاوت هم الگوهای مختلف حرفه‌ای‌گرایی در نظام‌های قضایی کشـــورها و محاکم بین‌المللی رواج یافت و اخلاق حرفه‌ای قضات به تناســـب این الگوها مورد توجه قرار گرفت[۱].

در کشـــور ما، قضات در ادوار تاریخی، به ویژه دوره اسلامی، از جمله معدود مشـــاغل دارای شأن و اخلاق حرفه‌ای ویژه بودند و بر عاملیت آنان به معنای عملکرد عقلی و اخلاقی خودآیین آنان مبتنی بر مبادی و غایات معرفتی تأکید می‌شـــد. بعد از نهضت مشروطه و ایجاد دولت مدرن، بسیاری از مشاغل و حرفه‌ها از جمله قضاوت دولتی شـــدند. البته بعد از چند دهه، به تدریج نظام‌هـــای حرفه‌ای متفاوتی در مورد مشاغلی مانند وکالت، مهندسی، حسابرسی، پزشکی، پرستاری و معلمی ایجاد شد، اما در این میان، قضات همچنان فاقد نظام حرفه‌ای هستند.

بـــا توجه به تأثیر اخلاق حرفه‌ای در ارتقـــاء اخلاق‌مداری و عملکرد قضات، مسأله آن است که چگونه می‌توان الگوی مناسبی برای حرفه‌گرایی و اخلاق حرفه‌ای قضات طراحی و پیاده‌ســـازی کرد. برای یافتن پاســـخ، پیشینه و سیر تکوین و تحول حرفه‌ای‌گرایی و الگوهای اداری و حرفه‌ای اخلاق‌ورزی مورد بررســـی قرار می‌گیرد؛ سپس به تفاوت حرفه‌ای‌گرایی سنتی و نوین اشاره می‌شود و خوانش‌های مختلف از حرفه‌ای‌گرایی نوین و اخلاق حرفه‌ای برآمده از آن‌ها مورد بررســـی قرار می‌گیرد. در ادامه، خوانش شایستگی حرفه‌ای به عنوان الگویی مناسب برای بازسازی حرفه‌ای‌گرایی قضات و اخلاق حرفه‌ای آنان مطرح می‌شـــود. در پایـــان روش‌ها و ابزارهای نهادینه

---

۱. بنگرید به: گزارش کمیسیون تأمل در اخلاق قضایی در فرانسه، ۱۳۹۶: ۱۱۱-۱۷۹.

کردن الگوی گفتمان شایستگی حرفه‌ای قضات با نگاهی به قوانین و مقررات داخلی طرح و سرانجام راه‌کارهایی برای تحقق این الگو پیشنهاد می‌شود.

۱. حرفه‌ای‌گرایی سنتی و آداب قضاوت

در دوران کهن، قضاوت بخشی از وظایف حاکمان و یا پیشوایان مذهبی بود. هر دو گروه نیز به نحوی نماینده نیروهای ماورایی و تجسم نیروی اخلاقی دوره خود قلمداد می‌شدند (Maine, 1908: 3). این قضاوت مسبوق به قانون و متکی به احتجاج نبود و به دانش تخصصی قابل انتقال، که زادمایه شکل‌گیری یک حرفه است، نیازی نداشت. در نتیجه، شکل‌گیری حرفه‌های حقوقی مستقل از جمله قضاوت در این دوره امکان‌پذیر نبود. اخلاق قضاوت نیز از شئون و آداب فرمان‌روایی یا مذهبی آن روزگار، پیروی می‌کرد.

از زمانی که حکمت خفی و کشف ناشدنی فراسوی احکام قضایی قدرت اقناعی خود را از دست داد و رازآلودگی احکام زدوده شد (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۱۰۵–۱۰۶)؛ تفکر حقوقی پدیدار شد و از آنجا که تفکر حقوقی مستلزم اندیشه انتزاعی سترگی بود که بتواند قواعد انتزاعی مستقل ایجاد کند، به تدریج توجیه، استدلال و هنجارهای حقوقی و در نتیجه دانش حقوق پدید آمد (فون هایک، ۱۳۸۰: ۱۵۵–۱۵۶). دانش حقوق موجب شکل‌گیری حرفه‌های حقوقی ذیل گفتمان حرفه‌ای‌گرایی سنتی شد. در محیط مفهومی حرفه‌ای‌گرایی سنتی، «حرفه‌ای»[1] بودن به معنای احراز صلاحیت حرفه‌ای توسط گروه حرفه‌ای و تبعیت از آداب و قواعد حرفه است. صلاحیت حرفه‌ای چندان پیچیده نبود و به معنای دانش تخصصی و مهارت‌های کاری بود. اخلاق حرفه‌ای نیز آداب وضع شده توسط گروه حرفه‌ای بود که معطوف بر رعایت برخی رفتارها در موقعیت‌های ارتباطی بود و از تفاوت با اخلاق عمومی جامعه هویت می‌یافت و با تکیه بر تفاوت‌ها، جنبه انقباضی و دفعی نسبت به جامعه و سایر مشاغل داشت. به همین علت وجدان عمومی نسبت به نقض این اخلاق بی‌توجه بود (دورکیم، ۱۳۹۱: ۵۰–۶۲)

1. Proffessional

۲. شکل‌گیری دولت مدرن و اخلاق اداری قضات

پیدایش نظام اداری دارای یک پیشـــینه طولانی به موازات تشکیل دولت است (شـــجاعی، ۱۳۸۱: ۲٤). با این وصف بعد از دوره مدرن[1] روش‌های اداری بر ســـایر شیوه‌های کار چیرگی یافت و دولت‌ها خدمات مختلف را در «اداره عمومی»[2] متمرکز کردند. دســـتگاه اداری برای انجام مأموریت‌های خود از امتیازات قدرت عمومی بهره گرفـــت (طباطبایی، ۱۳۸۵: ٤ و ۱۷). برخورداری از این امتیازات، هم جایگاه کارکنان اداره عمومی[3] به عنوان ارائه کننده خدمت عمومی، توزیع کننده منابع عمومی، مجری خیـــر عمومی و نگهبان اعتماد عمومی و هم انتظارات مـــردم از آنان را برای رعایت اخلاق و برتری دادن خیر و مصلحت عمومی بر خیر و منفعت فردی افزایش داد.

از حیث اخلاق‌مداری، اداره عمومی به دو گونه سنتی و مدرن تقسیم می‌شود. اخلاق در اداره عمومی سنتی تحت تأثیر چند عامل است:

نخست؛ اداره عمومی ســـنتی به عنوان روشی در تقابل با سایر روش‌های کار قلمداد می‌شـــد. در نتیجه ماهیت آن منجر به اخلاق‌زدایی سنتی، اضمحلال گروه‌ها و آداب حرفه‌ای شـــد (مک اینتایر، ۱۳۹۳). در واقـــع دنیای مدرن هم‌زمان که به برخی مفاهیم خاص اخلاقی دعوت می‌کرد، امـــا برخی زمینه‌های اخلاق‌مداری را تخریب کرد (poole,1991: ix). بدین‌ســـان اخلاق اداری، فردگرایی را جایگزین حرفه‌گرایی کرد.

دوم؛ در اداره عمومی ســـنتی همه چیز بر مدار قانون سامان یافته بود. قانون به عنوان ابزار اراده مردم و بازتاب دهنده ارزش‌های اخلاقی جامعه، درستی و نادرستی امور را تعیین می‌کرد. در نتیجه رفتار اخلاقی پیرو مقررات قانونی شد و برای رعایت آن‌ها، ضمانت اجرای قانونی وضع شد، اما قانون می‌تواند غیر اخلاقی، نارسا، پیچیده یا حتی گمراه کننده باشـــد، صلاحیت بیش از حد به برخی مقامات واگذار کند، مورد برداشـــت‌های متفاوت قرار گیرد یا کارکنان به آن پایبند نباشند. در نتیجه قانون خود

---

۱. دوران مدرن تاریخ دقیق ندارد؛ زیرا دوره‌ها دارای هم‌پوشـــانی هستند و بیان کلمه «مدرن» مستلزم شـــروع یک دیدگاه خاص به زندگی و امور معرفتی اســـت که شامل صنعتی‌ســـازی، سرمایه‌داری، پیروزی علم، حاکمیت قانون و دیوان ســـالاری سازمانی است. برای سادگی بحث دوران مدرن را از عصر روشنگری تا حدود دهه ۱۹۷۰ در نظر می‌گیریم.

2. Public Administration

3. Public servants

زمینه‌ساز آشوب در نظام اداری شود.

سوم؛ الگوی مدیریتی نظام اداره عمومی سنتی شخصی و مرامی و توأم با فساد و سوء استفاده بود. یعنی انتصاب کارکنان به جای وابستگی به قانون و حکومت، به شخصی مانند شاه یا وزیر وفادار بود؛ زیرا از ابتدای دوره مدرن تا بخش اعظم قرن نوزدهم، «سیستم تاراج»[1] در نظام اداری حاکم بود. در این رویکرد اعتقاد داشتند در اداره، کار تخصصی وجود ندارد و هنگام تغییر بافت سیاسی، دلیلی برای ادامه حضور مدیران یا کارکنان قبلی وجود ندارد و تصاحب پست‌ها حق اشخاص پیروز در انتخابات قلمداد می‌شود. پیامد غیر قابل اجتناب این سیستم، هرج و مرج متناوب در نظام اداری، بی‌ثباتی و سیاست‌زدگی نظام اداری و حاکمیت ناشایستگان، دوست‌گماری[2] و تبارگماری[3] بر اداره بود. قائلان به این سیستم، آن را جلوه دموکراسی دانسته و بر نخبه‌گرا کردن نظام اداری برتری می‌دادند (شجاعی، ۱۳۸۱: ۲۵-۲۶).

مسائل مذکور در نظام اداری سنتی و بروز سوء استفاده و رسوایی‌های اخلاقی در ادارات، موجب شد که از اواخر قرن ۱۹ میلادی، نظام اداری سنتی و الگوی اخلاقی آن با چالش مشروعیت مواجه شود. در این راستا برخی اندیشمندان، در مقام حفظ و بازسازی این الگو، نظریه‌های اصلاحی مختلفی مانند شایسته سالاری[4] و تقویت نظارت بیرونی را مطرح کردند که منجر به شکل‌گیری نظام اداری مدرن گردید که ویژگی‌های آن عبارت است از: غیر شخصی، عقلایی، تخصصی، دارای ویژگی تفکیک امور و مناصب سیاسی از اداری، مستقل و بی‌طرف بودن نظام اداری، انتخاب کارکنان و مدیران بر اساس شایستگی، تبعیت از قانون، ایجاد سلسله مراتب خشک و غیر منعطف و پاسخ‌گویی در برابر مردم و مقامات سیاسی.

از حیث اصلاح الگوی اخلاقی برخی نظریه‌های اصلاحی مانند تقویت پایش درونی[5] با بهره‌گیری از نظام کمکی[6] اخلاقی اعم از اخلاق فردی، عمومی یا حرفه‌ای

1. spoils system or patronage system
2. Cronyism
3. Nepotism
4. Meritocracy
5. Inner check
6. redundancy gambit

و همچنیـــن نظریه حذف میانجی، با ایجاد ارتباط مســـتقیم بین کارکنان و مردم ارائه شد. در مقابل برخی اندیشـــمندان در پی رهایی از الگوی اخلاق اداری و جایگزینی اخلاقیـــات دیگری از جمله وظیفه‌گرایی، جمع‌گرایی یـــا فضیلت‌گرایی به جای آن، نظریاتـــی مانند نظریه برابری اجتماعی، یعنی اخلاقی کـــردن رفتار کارکنان از طریق تأمیـــن منافع افراد کمتر برخوردار، نظریه نظم اخلاقی جهانی و نظریه درونی‌ســـازی اصول قانون اساسی توسط کارکنان به مثابه حداقل استانداردهای اخلاقی هر کشور را ارائه کردند. البته هیچ‌یک از این نظریه‌ها جایگزین الگوی اخلاق اداری نشـــده و این الگو به جهت سادگی، کارآمدی و آموزش آسان، هنوز الگوی اصلی و رسمی ادارات عمومی کشورهای مختلف است.

در دولـــت مدرن، قضات نیز مانند بســـیاری از حرفه‌مندان به اســـتخدام اداره عمومی درآمدند و به عنوان مفســـر و مجری قانون، به تعبیر منتســـکیو به «سخنگوی قانون» تبدیل شـــدند[1]. در الگوی ســـنتی، قضات به تقلید و تبعیت[2] از نص به میزان دلالت‌های آن ترغیب و از اجتهاد[3] به معنای هنجارســـازی در موارد نارســـایی قانون منع شدند[4]. بر این اســـاس اخلاق‌مداری با قانون‌مداری یکسان انگاشته شد و قاضی آرمانی، مقامی قلمداد شـــد که به اعتبار تحصیلات حقوقی در اتاقی نشسته و با کتب قانون قصد اجرای عدالت را دارد. به دیگر سخن، داشتن دانش حقوق و نداشتن سوء پیشـــینه کیفری برای احراز صلاحیت اخلاقی یک قاضی کفایت می‌کرد. این رویکرد با قانون‌گذاری ترجمه‌ای در نظم حقوقی کشـــور ما ریشـــه دواند؛ به گونه‌ای که طبق قوانین استخدامی مصوب سال‌های ۱۲۹۰ تا ۱۳۵۲ شمسی، شرایط اخلاقی یک قاضی با ســـایر مستخدمان دولت تفاوتی نداشـــت. به موجب بندهای پنج و شش ماده ۱۴۷ قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه مصوب ۱۲۹۰/۰۴/۲۶

---

۱. الکســـیس دوتوکویل، قاضی و اندیشـــمند فرانســـوی، با ملاحظه وضعیت قانون‌گذاری و قضات در انگلســـتان و امریکا، قانون را امری اشـــرافی و قضات را نوعی اشـــرافیت جدید جایگزین نسخهٔ قدیمی نخبه ســـالاری (Aristocracy) و در مجموع این وضعیت را خلاف مردم سالاری می‌دانست. (Tocqueville, 2009)

2. legibus alligatus, or bound by the law

3. legibus solutus, above the law

۴. فرانســـیس بیکن (۱۶۲۶-۱۵۶۱) از قضات و اندیشـــمندان انگلیس، در کتاب مقالات که در سال ۱۶۰۱ نگاشته، در مورد قضات می‌گفت: «نباید آنان وظیفه خود را به عنوان مسؤول اصلی اداره خود در استفاده صحیح از قوانین فراموش کنند» (Bakon,1908: 258).

به عنوان اولین قانون اســـتخدامی قضات، افراد معروف به فســـاد عقیده اســـلامی یا متظاهر به ارتکاب منکرات یا متصف به اخلاق ذمیمه، نمی‌توانستند در عدلیه استخدام شـــوند. برابر بند چهار ماده ۲ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۰۱/۰۹/۲۲ نیز «عدم محکومیت به فســـاد عقیده و عدم معروفیت به فساد اخلاق و تجاهر به فسق و معتاد نبودن به اســـتعمال افیون و مبتلا نبودن به امراض مسریه» از شرایط داوطلبان خدمت در ادارات رســـمی بود؛ بنابراین برای قضاوت، شـــخصیت والای اخلاقی نیاز نبود و صرفاً «نداشـــتن فساد عقیده یا اخلاق یا عدم تجاهر به فسق» کفایت می‌کرد و تمامی افراد عادی و حتی فاسق غیر متجاهر می‌توانستند قاضی شوند.

۳. پیدایش حرفه‌ای‌گرایی مدرن و تنوع در اخلاق حرفه‌ای

از اواخر قـــرن ۱۹ مـیلادی حرفـه‌ای‌گرایی به عنـوان یک سازکار جایـگزین یا مکـــمل نظـام اداری مجـــدداً نمـــایان شد. تلفیق مـــؤلفه‌های حرفه‌ای‌گرایی بـــا مقولات مدرن موجب تحول، تنوع و تکامل آن شـــده اســـت (Fox, 1992: 2)؛ بنابراین حرفه‌ای‌گرایی یک مفهوم مطلق نیسـت، بلکه تحـولی تاریخی و مفهـومی و رهیافتی رو به تکامـل و در حال ساخـته شدن است که پیـش فرض‌ها و کاربردهای مخـــتلفی در مورد آن و اخلاقیـات برخاسـته از آن موجـب خوانـش‌های مـتنوع از «حرفـه‌ای‌گرایی»[1] و گـــاه کاربردهـای معنـایی ناقـص یا متنـاقض آن شـده اسـت. ایـــن امر شـناخت و انتـــظام ادبـیات زبـانی این موضـــوع را ضـروری می‌سـازد (Freidson, 1994: 169 Holroyd's, 2000: 39 &). بـــرای درک بهتر خوانش‌های حرفه‌ای‌گرایی و اثرسنجی آن‌ها در موضوع اخلاق حرفه‌ای، به اجمال آن‌ها را بررسی می‌کنیم.

---

۱. در انگلیســـی از اصـطلاح «Professionalism» برای حرفـه‌ای‌گرایی استفاده می‌شود که برگرفته از واژهٔ لاتین «professus» و مرکب از دو واژهٔ pro به معنای پیـــش و fiteri به معنای آگاه کردن و افشا کـــردن است. این واژه به شـــکل مرکب به معنای اعتراف و اقرار کـــردن است. در گذشته فعل «to Profess» به معنای ورود رســـمی به یک جامعه مذهبی، متعهد شـــدن به یک نظم مذهبی و اعلام علنی دنبال کردن مســـیر آرمان‌های اخلاقی والا بود (www.merriam-webster.com). برخی اصطلاح «حرفه‌ای بودن» یا «حرفه‌گرایی» را به جای «حرفه‌ای‌گرایی» به کار برده‌اند (باقری،۱۳۷۷). به نظر می‌رسد، این معادل، با توجه به محدودیت مفهومی، برای خوانش‌های جدیدتر از حرفه‌ای‌گرایی مناسب نیست.

۱-۳. حرفه‌ای‌گرایی شغلی

بازگشت حرفه‌ای‌گرایی در اواخر قرن ۱۹ میلادی با رویکرد «حرفه‌گرایی» در انگلستان پدیدار شد. این بازگشت از یک‌سو ناشی از تکاپوی شاغلان برای بهبود وضعیت بد شغلی خود و دستیابی به موقعیت و اعتبار پرشکوه مشاغل حقوقی و پزشکی بود که در این کشور، پس از قرن ۱۷ میلادی حرفه نامیده می‌شدند و از سوی دیگر برخاسته از نیاز جامعه به ارتقاء اخلاق و کیفیت در این مشاغل بود (Evetts, 2003: 397). رویکرد حرفه‌گرایی در واقع احیا و توسعه نظام حرفه‌ای‌گرایی سنتی بود و اخلاق حرفه‌ای آن، برخاسته از انتظار شاغلان برای کسب موقعیت بهتر شغلی و رعایت آداب رفتاری مورد انتظار مردم بود.

حرفه‌گرایی منجر به پیدایش مکتب «طبقه‌بندی»[1] جهت تعریف «حرفه»[2] و دسته‌بندی آن‌ها در سال‌های ۱۹۵۰ تا ۱۹۶۰ شد. برخی پیروان این مکتب، با تفکیک شغل‌ها و حرفه‌ها، فهرستی از حرفه‌ها تهیه کردند و گروهی دیگر به تعیین ویژگی‌های برجسته شغل‌ها و حرفه‌ها و دسته‌بندی آن‌ها بر این اساس پرداختند. دانش تخصصی، ارائه خدمت عمومی، تعاملی بودن، پایداری اجتماعی، ارزش‌های مشترک، استقلال حرفه‌ای، روابط مبتنی بر اعتماد، داشتن گروه حرفه‌ای و صلاحیت حرفه‌ای از جمله این ویژگی‌ها بود[3] (Billett and others, 2014: 32). هیوز[4]، جامعه‌شناس آمریکایی در دیدگاهی متفاوت، «عملکرد حرفه‌ای»، به معنای رویکرد متفاوت به حل مسائل کاری و «اعتماد» میان حرفه‌مندان و مردم را ویژگی‌های بنیادین حرفه‌ها دانست. به نظر او حرفه‌ای بودن مشاغلی مانند برق‌کار و راننده به اندازه حرفه‌های حقوقی و پزشکی مهم است. وی همچنین موضوع تأثیر «قدرت شغلی»[5] بر حرفه‌ها را مطرح نمود برخی مانند پارسونز[6] و هوارد بکر[7] به ویژگی‌های آرمانی و نمادین حرفه توجه نمودند. بکر حرفه را یک نماد افتخارآمیز مورد کاربرد در جامعه می‌دانست که باید

---

1. The taxonomic approach
2. Proffession
۳. برای دیدن تعریف «حرفه» با این رویکرد بنگرید به: قراملکی و دیگران، ۱۳۹۱، ۷۲
4. Everett Cherrington Hughes
5. Occupational power
6. Talcott Parsons(1902-1979)
7. Howard Saul Becker(1928-2023)

ویژگی‌های نمادین آن تبیین شود (مکولی و دیگران، ۲/۱۳۸۹: ۵٤۰).

کوشش‌های فکری پیروان مکتب طبقه‌بندی، هر چند در تثبیت مفهوم حرفه و تبیین برخی ویژگی‌های آن‌ها مفید بود، اما در دستیابی به اهداف خود کامیاب نبود؛ زیرا اولاً روح دنیای مدرن یعنی رقابت‌پذیری، قانون‌مداری و دیوان سالاری و انتظار مردم مبنی بر رعایت کیفیت کار و رفتار در همه مشاغل را نادیده انگاشتند. ثانیاً تفکیک بین حرفه و شغل را شدنی دانستند، در حالی که به جهت تخصصی شدن مشاغل مختلف، تمایز میان جایگاه و قدرت شغلی حرفه‌ها و همچنین پویایی و تحولات شغلی، این تفکیک و ایجاد یک فهرست ثابت از حرفه‌ها شدنی نیست (Evetts, 2014: 31-32).

مکتب «نو- وبری» که بعد از مکتب طبقه‌بندی پدید آمد، با توجه به واقعیت‌های دنیای مدرن و بر مبنای تأکید وبر بر انحصار شغلی، حرفه را نوعی موقعیت انحصاری پدید آمده توسط قانون معرفی کرد (Saks, 2010: 89).

پیامد طبیعی حرفه‌گرایی و مکاتب مذکور، رواج «حرفه‌سازی»[1] شغلی بود؛ یعنی دستیابی برخی مشاغل به یک موقعیت قانونی برای پذیرش حرفه‌مندان و تنظیم‌گری با ایجاد نهادهایی که افراد درونی را شامل و افراد بیرونی را مانع شود (Saks,2003:28-31). این رویکرد در بین سال‌های ۱۹۷۰ تا ۱۹۸۰ شکل گرفت و جنبه افراطی تکاپوی شاغلان برای کسب موقعیت، منافع و انحصار حرفه‌ای در قوانین است (Johnson, 1972). حرفه‌سازی انتقادات فراوانی را برانگیخت. لارسون از آن به «پروژه حرفه‌ای»[2] تعبیر کرد، که در آن برچسب «حرفه‌ای» جز ابزاری برای کسب نفوذ و موقعیت نیست (Larson, 1977: 38). برخی نیز ایده «نفی حرفه‌ای‌گرایی»[3] را مطرح کردند. لارکین معتقد بود گروه‌های حرفه‌ای قدرتمند، نه تنها انحصار شغلی ایجاد کرده و بر مشاغل مرتبط دیگر مسلط شده‌اند، بلکه انحصارِ چانه‌زنی برای وضع مقررات و کسب موقعیت‌ها را هم در اختیار گرفته‌اند (Larkin, 1983).

چنانچه مزیت حرفه را دانش تخصصی بدانیم، با توجه به پیچیده‌تر شدن مشاغل، تفکیک بین حرفه و شغل بی‌معنا است. اگر جایگاه اجتماعی و مزایای

1. Professionalization
2. Professional Project
3. De-professionalism

انحصاری را ملاک بدانیم، تفاوت بین حرفه و شـــغل، ترجیح بلامرجح است. تفکیک بر اســـاس آداب رفتاری (اخلاق بیرونی) نیز قابل پذیرش نیســـت؛ چراکه هر صنفی توانایی ایجاد این قواعد را دارد. به نظر می‌رســـد در دوره کنونی وجود سه عامل در تفکیک حرفه از شغل ضروری است. نخست، داشتن شایستگی و فهم اخلاقی فردی توسط تک‌تک افراد حرفه؛ دوم، داشـــتن شایستگی و قابلیت تنظیم‌گری سازمان‌یافته اخلاقی و سوم، پذیرش شایستگی فردی و جمعی توسط قانون‌گذار و اعطای جایگاه قانونی به اعضا و نظام یک حرفه.

قضـاوت از گذشـــته دور، حرفه محـسوب شـده و در صـلاحیت حـرفه‌ای قضات تردیـــدی نیست، اما ابتـــنای اخلاق حرفه‌ای آن‌ها بر این خوانـــش، اشتباه محض است؛ زیرا به منفعـــت‌گرایی فـردی و صنفی و نقض اعتماد بین آنان و مردم می‌انجامد. در رویکرد اســـلامی، این موضوع اهمیت بیشـــتری دارد؛ زیرا بی‌غرضی، بی‌طرفـــی و عدم طمع‌ورزی از ویژگی‌های قاضی تراز اســـت (جوادی آملی، ۱۳۹۰: ۳۰۰-۳۰٤).

۲-۳. حرفه‌ای‌گرایی سازمانی

«حرفه‌ای‌گرایی سازمانی»[1] نخستین بار در سال‌های ۱۸۹٦ تا ۱۹۱٦ در آمریکا پدیدار شـــد تا از حرفه‌ای‌گرایی به عنوان روشـــی متفاوت و قدرتمند برای مدیریت محیط کار، تســـهیل و تقویت تغییرات شـــغلی و کنترل و تربیـــت کارکنان به روش دلخواه اســـتفاده کنند. در واقع گروه قدرتمند ســـازمان یا اداره به مثابه گروه حرفه‌ای قلمداد و ارزش‌ها و روش‌های آنان جایگزین ارزش‌ها و مؤلفه-های حرفه‌ای شـــد. «ایجاد گفتمان رقابـــت» و «فردگرایی» که همکاری، همدلی، خودشناســـی و آگاهی اجتماعی حرفه‌مندان را کاهش می‌دهـــد و آنان را تابع محض مدیران و رویکردهای ســـازمانی می‌کند، از روش‌های رایج در این رویکرد اســـت (Evett, 2014: 44). در حالـــت افراطی، این الگو به محـــروم کردن حرفه‌ها از موقعیت اجتماعی، اســـتقلال کاری و خودآیینـــی و تحمیل کار بی‌وقفه و خارج از ســـاحت اجتماع به حرفه‌مندان منجر می‌شـــود (Adams,2000: 297). استفاده ابزاری از انسان‌ها در چارچوب تنظیم رابطه‌های وســـیله- هدف، برقراری رابطه اقتداری به جای عمل ارتباطی مبتنی بر فهم

1. Organizational professionalism

متقابـــل، مهارت‌گرایی صرف به جای امتـــزاج بینش، دانش و مهارت، تفکیک فکر از عمـــل، جدا کردن جنبه نظری از جنبه عملی و فاصله‌های مدیریتی از مشـــکلات این خوانش اســـت (باقری، ۱۳۷۷: ٤٠-٤١). این رویکرد با تهی ساختن حرفه‌ای‌گرایی از معانی، ارزش‌ها و روش‌های خود، در بعد فردی موجب سرکوبی روح انسانی، هنجار گسیختگی اخلاقی[1]، از خود بیگانگی و خود استثماری حرفه‌مندان و در بعد اجتماعی، موجب اعتبارزدایی و استقلال‌زدایی از آنان می‌شود.

اخلاق حرفه‌ای بر مبنای این خوانش، با «اخلاق اداری» همسان است؛ زیرا در پی آن اســـت که «با منطق و برخورد انضباطی به حرفه‌مندان و شاغلان، شیوه مطلوب کار و رفتار را بفهماند و آنان در یک شـــبکه پاســـخ‌گویی، مسؤولیت‌پذیری و رعایت رفتار حرفه‌ای بر اساس قواعد ســـازمانی قرار گیرند» (Fournier, 1999: 280). این رویکرد در پی هم‌شکلی رفتاری و رویه‌ای حرفه‌مندان، آنان را به افرادی تبدیل می‌کند که رفتارشـــان به موجب قواعد انضباطی، شرطی و کورکورانه و بدون توجه به مبادی معرفتی و اصول اخلاقی تنظیم می‌شـــود[2]. در نتیجه شکل‌گرایی، قشری نگری و نفاق پروری را گســـترش می‌دهد، مفهوم حرفه‌ای را از الزامات اخلاقی تهی و حرفه‌مندان را از خودآفرینی و عاملیت در کشـــاکش نیروهای محیطی و تشـــخیص و حل مسائل پیچیده اخلاقی ناتوان می‌کند. به کارگیری حرفه‌ای‌گرایی سازمانی در اداره عمومی که اقتضای یکنواختی، بی‌طرفی، عقلانی بودن، غیر شخصی بودن را دارد، منجر به اختناق اخلاق می‌شود (مکولی و دیگران، ۱۳۸۹: ۱٤۷-۱٥۰).

اخلاق حرفه‌ای مبتنی بر این خوانش با الگوی اخلاق اداری ســـنتی شـــباهت فراوان دارد. در مورد قضاوت، چون این رویکرد با استقلال، عدالت و بی‌طرفی قاضی منافات دارد، باید مورد پرهیز قرار گیرد. وانگهی این الگو مخالف آموزه‌های اسلامی اســـت؛ زیرا از نظر اسلام حرفه‌ای‌گرایی باید موجب رفع موانع تحول و تکامل آدمی و تقرب او به خداوند، تکوین هویت آدمی و عقل‌ورزی در قلمرو کار شـــود. از نظر اســـلام عملکرد حرفه‌ای مستلزم مبادی معرفتی و علم و آگاهی فرد است تا به عنوان «عمل صالح» شناخته شود (باقری،۱۳۷۷: ٥۱).

---

1. Anomie

۲. برای دیدن تعریفی از اخلاق حرفه‌ای مبتنی بر این رویکرد، بنگرید به: یوســـفی، یحیی(۱۳۹۷)، اخلاق حرفه‌ای در نظام قضایی ایران، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۳۲-۳۳

۳-۳. حرفه‌ای‌گری

«حرفه‌ای‌گری»[1] خوانشی است که در سال ۱۹۷۵ از سوی استادی به نام هایل مطرح شـــد و در برابر سایر نسخه‌های حرفه‌ای‌گرایی که بر کار تمرکز داشتند، بر فرد حرفه‌ای و موضع‌گیری اخلاقی، آرمانی و معرفت شناسانه وی نسبت به کارش تمرکز دارد. حرفه‌ای‌گـــری یا محدود و متکی به نوعی شـــهود و تجربه محدود به عملکرد روزانـــه فرد در محیط کار اســـت یا پیشـــرفته و مبتنی بر اتخاذ نگرش هوشـــمندانه، خردمندانه، خودآگاهانه، گســـترده و ژرف فرد نسبت به حرفه خود مبتنی بر ارزیابی نظریه‌های بنیادین آن حرفه است (Evans, 2010 & Hoyle, 1975: 318).

٤. الگوی پیشنهادی برای اخلاق حرفه‌ای قضات

یک الگوی مناســـب برای اخلاق حرفه‌ای قضات را می‌توان از دو منظر مورد توجـــه قرار داد. نخســـت، از جهت محتوای اخلاقـــی و دوم از جهت نظام اداری و حرفه‌ای که امکان تحقق چنین محتوایی را فراهم سازد.

٤-۱. محتوای اخلاقی

از حـــیث محتوای اخـــلاقی، اخلاق حرفـه‌ای بـــاید دارای ابعاد زیر را در برگیرد:

نخســـت: اخـــلاق رفتاری (مَنِشـــی یا بیرونـــی): رفتارهای خـــوب که دیگر خوانش‌های حرفه‌ای‌گـــرایی بیشـــتر بر آن تمرکز داشتنـد و منظـور از آن مجـموع قواعـــد و مـــعیارهایی است که بر نحـــوه رفتار اعضای یک حرفه اعمال می‌شود (Airaksinen, 2002: 2). اخلاق حرفه ای قضات در این معنا، به ارزش‌های اخلاقی مرتبط با ســـلوک اجتماعی قضـــات در رابطه با خود، خانـــواده، مراجعان، همکاران، مدیران و عموم مردم توجه دارد.

دوم: اخلاق تصمیم‌گیری (کُنشی یا درونی): این اخلاق یعنی شناخت درست و نادرست اخلاقی در موقعیت‌های دشوار تصمیم‌گیری که در آن یک تنش ناگزیر بین خواسته فرد حرفه‌ای برای حفظ مصالح شخصی، خودآیینی و استقلال در تصمیم‌گیری و خواسته عموم برای پاسخ‌گویی به آنان وجود دارد (Frankel,1989: 109).

در حـــوزه تصمیم‌گیری قاضی باید به تعادلی بین اخلاقیات موجود و مطلوب

1. Proffessionality

و عمومی و فردی دست یابد. اخلاق حرفه‌ای در این معنا، هویت خود را در تشابه با اخلاق عمومی می‌یابد و مورد توجه وجدان عمومی جامعه است. نقطه تعادل استقلال تصمیم‌گیری قاضی و اعتماد عمومی نسبت به او و عملکردش این نوع اخلاق است که میان حرفه‌ای‌گری محدود و پیشرفته قاضی در نوسان است.

بدین ترتیب پسوند حرفه‌ای در بعد نخست به عضویت در یک نظام حرفه‌ای و در معنای دوم به تصمیم‌گیری حرفه‌ای بازمی‌گردد. برای سنجش یک تصمیم حرفه‌ای نیز وجود یک نظام حرفه‌ای ضروری است.

۲-٤. اصلاح نظام اداری

الگوی پیشنهادی، چارچوبی منعطف، فراگیر و متعادل است که از هم‌جوشی مؤلفه‌های مطلوب دو نظام اداری و حرفه‌ای بهره می‌گیرد. در این راستا عناصر مطلوبِ نظام اداری به ویژه نظم، خرد محوری، پیش‌بینی‌پذیری، برنامه‌ریزی، قانون‌مداری و مدیریت عملکرد، شفافیت و شایسته سالاری اداری با عناصر مطلوب نظام حرفه‌ای، شامل کانون حرفه‌ای، نظارت و پاسخ‌گویی حرفه‌ای، سند اخلاق حرفه‌ای ترکیب می‌شود. این ترکیب موجب تأمین حداکثری هویت و استقلال حرفه‌ای قضات و همچنین با شیوه‌های کیفی‌تر، هنرمندانه‌تر و به دور از اجبار موجب تقویت اخلاق حرفه‌ای قضات می‌شود. بدین منظور لازم است نظام اداری به گونه‌ای اصلاح شود که فرایندهای جذب، آموزش، ارتقاء، انتقال قضات و نظارت بر عملکرد آنان از حالت اداری به حرفه‌ای تغییر یابد؛ نظارت اداری و اخلاق سازمانی تا حد امکان کاهش یابد؛ امکان شهروندی سازمانی قضات از طریق تشکیل کانون حرفه‌ای و حضور نماینده در نهادهای تصمیم‌گیر افزایش یابد؛ فاصله مدیران و قضات کم شود و فرایندهای مدیریت منابع انسانی به گونه‌ای اصلاح شود که زمینه بروز شایستگی‌های شخصیتی، دانشی و مهارتی فرد با جایگاه اداری و حرفه‌ای وی فراهم شود.

بدین ترتیب نظام اداری با عامل دانستن قاضی و ارتقاء استقلال شغلی، جایگاه حرفه‌ای قضات را تأمین می‌کند و با تأکید بر اعتماد عمومی، مسؤولیت اخلاقی و مدیریت عملکرد، کارآمدی نظام اداری و منافع جامعه را تضمین می‌کند.

۳-٤. تشکیل نظام حرفه‌ای

در الگوی پیشنهادی، در کنار نظام اداری، نظام حرفه‌ای قضات باید ایجاد شود. این نظام دارای مؤلفه‌های زیر است:

۱-۳-٤. تأسیس کانون حرفه‌ای قضات

نخستین گام، ایجاد کانون حرفه‌ای مستقل قضات با رویکرد تأکید بر شایستگی حرفه‌ای و اخلاقی است تا «اخلاقی‌سازی از درون» را جایگزین «اخلاقی‌سازی از بیرون» کند. مدیران و اعضای کانون باید برای مدت معین از میان سرآمدان اخلاقی- قضایی در سطوح مختلف با انتخابات تعیین شوند. تشکیل کانون حرفه‌ای قضات تا سال ۱۳۹۰، با حکم ماده ۱۱۳ قانون اصول تشکیلات عدلیه مصوب ۱۳۰۷/٤/۲۷ ممنوع بود. این قانون با ایجاد فرهنگ فردگرایی، آسیب‌های جدی به اخلاق حرفه‌ای قضات وارد کرد. ماده ٥٦ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰/۷/۱۷ با نسخ صریح این ماده، پایان فردگرایی قضات را اعلام کرد. با این وصف تا کنون تشکل مستقل حرفه‌ای برای قضات، مشابه با «کانون وکلای دادگستری» که بتواند مسائل حرفه‌ای و حقوقی قضات را دنبال کند تشکیل نشده است. برخی صفحات و گروه‌ها در رسانه‌های اجتماعی با نام‌هایی مثل «کانون قضات ایران» وجود دارند، اما این‌ها تشکل‌های رسمی حرفه‌ای محسوب نمی‌شوند. برای تشکیل کانون حرفه‌ای قضات، تصویب قانون و تعیین صلاحیت‌های قانونی لازم از جمله نقش‌آفرینی در ارکان تحول‌آفرین نظام اداری ضرورت دارد. در این راستا بهتر است نخست کانون غیر رسمی قضات ایجاد شود و پس از کسب تجربه و انسجام لازم و در تعامل با رییس و مدیران قوه قضاییه، لایحه نظام حرفه‌ای قضات را به مجلس، ارائه نمایند.

۲-۳-٤. احراز شایستگی اخلاقی

استقرار نظام «شایسته سالاری»[1] به معنای قرار دادن موقعیت‌های شغلی در اختیار شایستگان و تبدیل موقعیت‌ها و فرایندهای اداری به مسیر رشد شایستگی از مبانی اداره عمومی مدرن است. در الگوی پیشنهادی باید افزون بر شایستگی شغلی

1. Meritocracy

(دانش و مهارت لازم)، «شایستگی»[1] اخلاقی افراد از حیث رفتاری و تصمیم‌گیری نیز احراز شود.

آموزه‌های اسلامی بر مدیریت امور توسط صالحان و سپردن امور به اهل آن تأکید دارند. مذهب تشیع نیز برخاسته از همین رویکرد است. در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است که «بر اساس تلقی مکتبی، صالحان عهده‌دار حکومت و اداره مملکت می‌گردند». بندهای یک و ده اصل سوم، دولت را مکلف به «ایجاد نظام اداری صحیح» و «ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی» می‌کند. بند سه اصل یک‌صد و پنجاه و هشت قانون اساسی، رییس قوه قضاییه را موظف به «استخدام قضات عادل و شایسته» کرده است. در مقدمه آیین‌نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضا و استخدام قضات مصوب ۱۳۹۲/۲/۲۶ به نظام شایسته سالاری در جذب قضات تصریح شده است. به موجب جزء یک بند ت ماده ۷ دستورالعمل حفظ شأن و منزلت کارکنان قوه قضاییه مصوب ۱۴۰۰/۱/۲۵ رییس قوه قضاییه با اصلاحات بعدی، معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی مأموریت دارد که نسبت به «ارتقای ضابطه‌مند کارکنان بر اساس الگوی شایستگی رفتاری و شغلی بعد از گذراندن آموزش‌های تخصصی مورد نیاز» اقدام کند. با این وصف هنوز موانع متعددی در مسیر شایسته سالاری قضات وجود دارد. از جمله مهم‌ترین این موانع، نبود الگوهای شایستگی شغل محور و عدم تهیه شاخص‌های شایستگی شخصیتی، دانشی و مهارتی هر پست قضایی و سایر الزامات مکمل آن از جمله نظام حرفه‌ای است. از جمله شایستگی‌هایی که باید در الگو و شاخص‌های شایستگی در نظر گرفته شود، شایستگی اخلاقی است. قاضی هم در بعد شخصیتی، هم به لحاظ دانشی و شناختی و هم به جهت مهارتی و انتخاب نحوه واکنش باید دارای شایستگی اخلاقی باشد؛ زیرا پرونده‌های قضایی صرفاً یک قضیه حقوقی نیستند، بلکه بیشتر آن‌ها، به ویژه پرونده‌های دشوار که در آن‌ها قواعد حقوقی به تنهایی پاسخ‌گو نیستند یا استدلال‌های حقوقی مختلف بر می‌انگیزند، یک موقعیت اخلاقی هستند که تصمیم‌گیری درست قاضی در آن‌ها تابع شایستگی اخلاقی وی است. در ادامه پیش‌نیازها و الزامات شایستگی اخلاقی بررسی می‌شود:

1. Competency

الف. شخصیت اخلاقی

شـــخصیت اخلاقی، یعنی التزام فرد به اخلاق‌مداری و رفتار سنجیده، زیربنای شایســـتگی اخلاقی اســـت. اخلاق‌مداری کیفیتی اخلاقی اســـت که در همه یکسان نیســـت. از قضات انتظار می‌رود که فراتر از معمول، به فضایل اخلاقی آراسته باشند. قاضـــی دارای اصول و ارزش‌های اخلاقی متین و رفتار ســـنجیده اجازه نمی‌دهد که جهت‌گیری‌هـــای شـــخصی، وی را از دیدن موضـــوع از دیدگاه‌های مختلف محروم کنـــد. چنین دیدی منجر به تصمیم‌گیری اخلاقی و عادلانه می‌شـــود. برخی معتقدند که با وجود مقررات انضباطی و ســـندهای اخلاقی که زمینه اخلاقی شدن حرفه‌مندان را فراهـــم می‌کند، نیازی به احراز اخلاق‌مداری در داوطلبان نیســـت. این اســـتدلال درست نیست؛ زیرا سندهای اخلاقی برای جلوگیری از سردرگمی و وسوسه در افراد اخلاق‌گرا و درستکار نوشته می‌شوند و مخاطب آنان افراد کج‌رو یا بی‌اخلاق نیستند. هیچ سند اخلاقی نمی‌تواند از فرد بد، فرد خوب بسازد (Adams, 2000: 7).

در تاریـــخ نظام قضایی کشـــور ما، غالب قوانین اســـتخدامی وضع شـــده از ابتدای مشـــروطه تا سال ۱۳٤۲ به شـــخصیت اخلاقی توجهی نداشت و نبود رذیلت در کارکنان دولت از جمله قضات را کافی می‌دانســـتند. رویکرد فضیلت‌گرا نخستین بار در قانون موقت امتحان حکام و صاحبان مناصـــب و اجزاء و مســـتخدمین عدلیه مصوب ۱۳۰۱/٤/۲۱ مطرح شـــد. ماده ۲۹ این قانون احراز «امانت و دیانت و شرافت و صحت عمل» از طریق امتحانات عملی توسط هیأت ممتحنه و تهیه گزارش جامعی در خصوص صحت مندرجات تقاضـــانامه متقاضیان را شـــرط کرده بود. ماده ۳۰ این قانون نیز تصریح کرده بود: «نظر به این‌کـــه برای اداره کـــردن کارهای عمومی و خصوصاً حکومت بین افراد و نوشتن معلومات به تنهایی کافی نیست و عمده مطمح نظر حسن اخلاق و پیرایش از آلایش است، هیأت ممتحنه همه وقت اوصاف مزبوره را بر دانش و آگاهی مقدم خواهد داشـــت و باید در مواردی که شکی از سوء اخلاق خاصه عدم دیانت و ارتکاب ارتشـــایی حاصل کند نهایـــت اهمیت را به آن بدهد و هرگاه نتوانســـت به هیچ وسیله احراز واقع نماید مراتب را در ضمن راپورت به وزیر عدلیه اظهار می‌کند». این قانون چند ماه بیشـــتر اعتبار نداشت و موجب تغییر جریان

حاکم نشد. بعد از آن، قوانین استخدامی ویژه قضات[۱] رویکرد حداقلی را ادامه دادند. از سال ۱۳٤۲، فضیلت‌گرایی در مقررات استخدامی ویژه قضات لحاظ شد. بند ۳ ماده یک تصویب‌نامه قانونی راجع به استخدام قضات و شرایط کارآموزی، مصوب ۱۳٤۲/۵/۵، شروط «معروفیّت به حُسن اخلاق و دیانت و امانت و علاقه‌مندی به سنت‌های ملی» را بر شروط پیشین افزود. این شرایط عیناً در ماده یک قانون راجع به استخدام قضات و شرایط کارآموزی، مصوب ۱۳٤۳/۲/۱۹ که همچنان معتبر است، نیز تکرار شد.

پس از انقلاب اسلامی، فضیلت‌گرایی صبغه دینی یافت. در آیین‌نامه اجرایی قانون استخدام قضات و منتقلین به وزارت دادگستری و شرایط کارآموزی مصوب ۱۳۵۹/٤/۲٤ وزارت دادگستری، طبق بند الف ماده ۲ «داشتن مذهب اسلامی، تعهد عملی به آن و وفاداری به جمهوری اسلامی ایران» از شرایط ورود و طبق ماده ۳ «تجاهر به فسق یا بی‌اعتنایی به انجام فرایض دینی و ترک مناهی و همچنین شهرت به نادرستی و فساد اخلاق»، از موانع ورود به شغل قضا مقرر شد.

آیین‌نامه اجرایی استخدام دارندگان تحصیلات علوم اسلامی جهت مشاغل قضایی در دادگستری مصوب ۱۳۵۹/۰۹/۲٤ هیأت دولت نیز در ماده یک، «تقوا و تعهد عملی نسبت به موازین اسلامی و وفاداری به نظام جمهوری اسلامی ایران و نداشتن سابقه سوء اخلاقی» را شرط ورود به قضاوت دانست.

ماده یک قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری، مصوب ۱۳٦۱/۰۲/۱٤ شروط «ایمان و عدالت و تعهد عملی نسبت به موازین اسلامی و وفاداری به نظام جمهوری اسلامی ایران» را به شروط مندرج در قانون راجع به استخدام قضات و شرایط کارآموزی افزود. با وجود شروط اخلاقی مقرر در دو قانون مذکور، در آیین‌نامه‌های بعدی جذب و استخدام قضات، عباراتی متفاوت برای شروط اخلاقی جذب قضات به کار رفت[۲].

---

۱. در بند ۳ ماده یک قانون استخدام حکام محاکم عدلیه و صاحب منصبان پارکه مصوب ۲۵ حمل ۱۳۰۲ شمسی، بند الف ماده یک «قانون استخدام قضات و صاحب منصبان پارکه و مباشرین ثبت اسناد» مصوب ۱۳۰٦/۱۲/۲۸ و بند الف ماده ۱ قانون اصلاح قسمتی از قانون اصول تشکیلات عدلیه و استخدام قضات مصوب ۱۳۱۵/۱۰/۰٦ مقرر شده بود افراد معروف به فساد عقیده یا فساد اخلاق یا متجاهر به فسق، حق ورود به خدمت قضایی را ندارند (بنگرید به: رستمی و بابایی، ۱۳۹۷)

۲. در ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون استخدام قضات و شرایط کارآموزی، مصوب ۱۳۷٦/۱۰/۰۱،

ب. شناخت اخلاقی

شـــناخت اخلاقی یا دانش اخلاقی مستلزم داشتن حساســـیت ادراکی، درک اخلاقی و توان ارزیابی استدلال‌ها و حل تعارض آن‌ها است. حساسیت ادراکی نوعی بینایی عامل انســـانی برای دیدن تمام جزییات است. هرگاه در تصمیم‌گیری قضایی، جزییات نادیده گرفته شـــود، شکســـت اخلاقی روی می‌دهد. قاضی باید ویژگی‌های اخلاقی موقعیت حقوقی و تمامی حقایق، دلایل و جزییات دارای اهمیت اخلاقی در پرونده از جمله عملکرد فاعل اخلاقی در شـــرایط خاص، را تشخیص و مورد توجه و ارزیابی قرار دهد.

قاضی باید ارزش‌ها و اصول اخلاقی را به خوبی درک و تحلیل کند و با امور موضوعی پرونده پیوند دهد. کاربردها و پیامدهای احتمالی و قابلیت‌های اعمال آن‌ها را با توجه به حقایق پرونده تشخیص دهد، کاربردهای جدید برای آن‌ها شناسایی کند و بتواند آن‌ها را شرح و قابل درک سازد.

هنگامی‌که استدلال‌های اخلاقی متفاوتی وجود دارد، قاضی باید بتواند پس از بررسی تمامی مسائل مرتبط و مقایسه منطقی استدلال‌ها و وزن‌دهی به آن‌ها، به تعادل و ترجیحی منصفانه بین آن‌ها دســـت پیدا کند. به عنـــوان مثال در دعوای دختر علیه پدر برای اخذ اذن ازدواج با نامزد مورد نظر، دختر اعلام می‌دارد که با پســـر دوســـت پدرش نامزد کرده‌اند، بعد از ورشکسته شدن پدر نامزد، پدرش با ازدواج آنان مخالفت کرده اســـت. در حالی که وی به پسر علاقمند شده اســـت. در برابر پدر معتقد است برای مصالح و آتیه دخترش و نداشتن چشم‌انداز یک ازدواج مستحکم و موفق با این ازدواج مخالف اســـت. قاضی در چنین وضعیتی باید اصول اخلاقی حاکم بر موضوع را تشخیص دهد و بین آن‌ها دست به گزینش بزند.

قاضی برای شـــفاف‌تر دیدن موقعیت به ویژه در پرونده‌های دشوار، تشخیص

«ایمان و عدالت و تعهد علمی نســـبت به موازین اســـلامی»، «عدم معروفیت به فســـاد عقیده و عدم وابستگی به احزاب و گروه‌های ملحد و غیر قانونی»، «داشتن حسن شهرت در اخلاق و رفتار و دیانت و امانت‌داری»، در ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش و اســـتخدام قضات مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۳۱، «ایمان و عدالت و تعهد عملی نســـبت به موازین اسلامی و وفاداری به نظام جمهوری اسلامی ایران» و در ماده ۱۳ آیین‌نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضا و استخدام قضات مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۲۶، «اعتقاد و التزام عملی به دین اسلام، ایمان و عدالت»(بند ۲) و «حسن شهرت، اخلاق و امانت‌داری» (بند ۸) به عنوان شرایط اخلاقی داوطلبان قضا مقرر شد.

درست اصول اخلاقی و حل عقلانی استدلال‌های اخلاقی باید یک راهبرد کلی داشته باشد و از مشورت و مشارکت دیگران بهره گیرد.

پ. واکنش اخلاقی

قاضی باید بتواند برای رفع فاصله بین اصول انتزاعی اخلاقی و بافت ملموس پرونده، مهارت لازم برای واکنش اخلاقی درست را داشته باشد و در همه شرایط اعمال کند. واکنش اخلاقی مناسب مستلزم حکمت یا خرد عملی فراتر از شناخت اخلاقی است. فرد خردمند افزون بر داشتن شخصیت و درک بالای اخلاقی، تشابه و تفاوت موقعیت‌ها را در می‌یابد و به تناسب آن‌ها، الگوی بهتری برای واکنش اخلاقی انتخاب می‌کند. سختی قضاوت اخلاقی در تشخیص کاربرد اصول و ارزش‌های اخلاقی و تشخیص این امر است که یک اصل یا قاعده کلی اخلاقی چه موارد متفاوتی را در بر می‌گیرد و در کدام موارد قابل اعمال نیست. به عنوان مثال در پرونده‌ای، فردی خانه خود را به صورت قولنامه‌ای به فرد دیگری فروخته بود، بعداً با این تفکر که خانه را ارزان فروخته، قولنامه را با ترفند از خریدار گرفته و امحا کرده بود و مبلغ پیش پرداخت را به حساب فروشنده واریز کرده بود. وی ادعا می‌کرد که قرارداد اقاله عملی شده است. این دعوا چندین سال به طول انجامید. فروشنده مدعی بود که صرف نظر از ابعاد حقوقی، چون ثمن معامله برگردانده شده، با توجه به افزایش چشمگیر قیمت ملک، اصل انصاف اقتضا می‌کند ادعای اقاله پذیرفته شود و خریدار معتقد بود که پذیرش اقاله یعنی زیر پا گذاشتن اصل وفای به عهد که زیربنای مدنیت جامعه است.

۳-۳-٤. آموزش اخلاقی

برای احراز شایستگی حرفه‌ای، باید کارآموزان و کارکنان دوره‌های آموزشی مشترک، درازمدت و مستمر را سپری کنند تا در یک نظم اخلاقی، مهارت‌های حرفه‌ای لازم برای عملی کردن دانش نظری اخلاق در تعامل با دیگران، هویت و فرهنگ شغلی مشترک، روابط مبتنی بر همدلی، همبستگی، همکاری و حمایت متقابل بین آنان و تأکید بر اعتماد میان حرفه‌مندان و مردم ایجاد شود (Freidson, 1994: 69). آموزش‌های اخلاقی قضاوت باید از تحصیل در دوره کارشناسی آغاز و در دوره تربیت قاضی در دانشگاه علوم قضایی توسعه یابد

و سپس در ضمن خدمت زیر نظر نظام حرفه‌ای قضات، به دانشجویان، کارآموزان و قضات ارائه شود. محتوای آموزشی، باید شامل درس‌های نظری (نظریه‌های فلسفی اخلاقی، اصول، هنجارها، ضمانت اجراها) و درس‌های موردکاوی در حوزه اخلاق باشد. بهترین شیوه‌های تدریس اخلاق «بحث در گروه‌های کوچک، مطالعه موردی، روایت‌های تصمیم‌گیری، تحقیق، سخنرانی، بازیِ نقش، خود ارزیابی، نمایش فیلم‌های مستند، سخنران‌های مهمان، شبیه‌سازی، فیلم‌ها و داستان‌های ساختگی، زندگی‌نامه‌ها، بازدید و ابزارهای رسانه‌ای است» (Menzel, 1997: 44).

٤-۳-٤. تعهد و پاسخ‌گویی اخلاقی

بر اساس این الگو، اخلاق قضات، در دو جلوه «اخلاق اطاعت»[1] و «اخلاق سلامت»[2] به ترتیب در «کد قانونی یا مقرراتی»[3] و «کد رفتاری یا اخلاقی»[4] تبلور می‌یابند (Lewis & Gilman, 1991:16-19). تعهد و پاسخ‌گویی قضات از طریق سوگند، سند و مقررات اخلاقی از الزامات اخلاق حرفه‌ای آنان است.

الف. تعهد با سوگند اخلاقی

سوگند اخلاقی، تمسک به باورهای معنوی جهت پایبندی به اخلاق و از قدیمی‌ترین روش‌های نهادینه‌سازی اخلاق حرفه‌ای است. در کشور ما، قوانین اساسی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران، به رغم الزامی کردن ادای سوگند برای تصدی برخی سِمَت‌ها، در مورد قضات مقرره‌ای ندارند. قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه مصوب ۱۲۹۰/٤/۲٦، نخستین قانونی بود که ادای سوگند برای قضات (ماده ۱٥٦)، دادستان‌ها و کارکنان (ماده ۱٥۰)، مأمورین اجرا (ماده ۲۰۰) و وکلا (ماده ۲٤۱) را الزامی کرده بود. در ماده ۳۱ قانون موقت امتحان حکام و صاحبان مناصب و اجزاء و مستخدمین عدلیه مصوب ۱۳۰۱/٤/۲۱، نیز اتیان یمین مقدمه اخذ حکم استخدام بود. در ماده ٦ قانون استخدام حکام محاکم عدلیه و صاحب منصبان پارکه، مصوب ۱۳۰۲/۱/۲٥، اتیان سوگند قضات همانند دیگر کارکنان دولت پیش‌بینی و به ماده ۷ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۰۱/۹/۲۲ ارجاع شده

1. Compliance ethics
2. Integrity ethics
3. Code of rules/regulations
4. Code of Conduct/ethics

بود[۱].

ماده ۸ قانون استخدام قضات و شرایط کارآموزی، مصوب ۱۳۴۳ اتیان سوگند را شرط ورود به خدمت قضایی دانست. بر این اساس، ماده ۲۸ آیین‌نامه اجرایی قانون استخدام قضات و شرایط کارآموزی، مصوب ۱۳۷۶/۱۰/۱ رییس قوه قضاییه و ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش و استخدام قضات مصوب ۱۳۷۹/۱/۳۱ رییس قوه قضاییه، متن و تشریفات ادای سوگند را تبیین کردند. البته هیچ گزاره‌ای برای پایبندی به اخلاق در این سوگندها وجود ندارد.

آیین‌نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضا و استخدام قضات مصوب ۱۳۹۲/۲/۲۶ رییس قوه قضاییه، نخستین مصوبه‌ای است که در مقدمه آن به «اخلاق و تعهد حرفه‌ای» تصریح شده است، اما در خصوص ادای سوگند حرفه‌ای داوطلبان قضاوت مقرره‌ای ندارد. با این وصف هیچ قانون و مقرره‌ای تشریفات سوگند و ضمانت اجرای سوگند نخوردن یا نقض سوگند را برای قضات مشخص نکرده است. این در حالی است که برابر برخی قوانین و مقررات، سوگند یاد کردن کارکنان دولت، اعضای شورای حل اختلاف، مشاوران دادگاه و مددکاران اجتماعی سازمان زندان‌ها الزامی و دارای ضمانت اجرا است[۲].

ب. تعهد با منشور اخلاقی

کد اخلاقی، ارزش‌ها و معیارهایی است که از طریق گفتمان، توسط گروه حرفه‌مندان وضع می‌شود و جنبه درونی، ایجابی، پیشگیرانه، داوطلبانه، انگیزشی، غیر انضباطی و غیر جزایی دارد و از طریق خود مراقبتی و واپایی رابطه محور

---

۱. ماده ۷ قانون استخدام کشوری: «ماده ۷- کسانی که داخل خدمت رسمی می‌شوند باید بر طبق مراسم مذهبی قسم یاد کنند که به مملکت و ملت و اصول حکومت ملی خیانت ننموده در پیشرفت صالح و صرفه مملکت و ملت ساعی باشند و قوانین و نظامات مربوطه به مشاغل خود را کاملاً رعایت کنند ترتیب مراسم تحلیف را نظام‌نامه هر وزارت‌خانه معین خواهد کرد.»

۲. ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی مددکاری اجتماعی مصوب ۱۳۷۹/۰۶/۲۶، ماده ۲۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۰۷/۱۸ و ماده ٤ آیین‌نامه ارتقای اخلاق حرفه‌ای در نظام اداری مصوب ۱٤۰۲/۱۲/۲۱ هیأت وزیران، تبصره ٤ ماده ٦ قانون شوراهای حل اختلاف، مصوب ۱۳۹٤/۰۹/۱۰ و تبصره ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی آن، مصوب ۱۳۹۵/۱۰/۰٤ و ماده ۱۰ قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱٤۰۲/۰٦/۲۲ و ماده ۱۳ آیین‌نامه اجرایی آن، مصوب ۱٤۰۳/۰۳/۱٦ و بند خ ماده ۵۲ و مواد ۳۰ و ٤۲ و دستورالعمل نحوهٔ تشکیل و فعالیت مراکز مشاوره خانواده، مصوب ۱۳۹٦/۱۲/۲۱ رییس قوه قضاییه.

توسط حرفه‌منـــدان موجب تقویت شخصـــیت و کمال اخلاقی قاضی می‌شـــود. کدهای اخلاقی از سال ۱۹۷۰ رواج یافـت و از همـان آغاز با ایرادهـا و تردیـدهایی مواجه شـــد. عده‌ای با ایستادگی در برابر اخـــلاق‌گرایی، کد اخلاقی را تلاش برای اخلاقی کردن تمام امور دانسـته و معتقـد بودند که باید در برابر این موضوع مقاومت کرد. برخی کد اخلاقی را با ســـنت بی‌طرفی اداری در برابر امور اخلاقی ناســـازگار می‌دانســـتند (Plant, 2000: 313). گروهـــی دیگر نیز با دغدغـــه اخلاقی، کدهای مختصـــر را کلیاتی پیـــش پا افتاده و بی‌محتوا و کدهای مفصـــل را گمراه کننده، ضد اخلاق و عامل تصلب اخلاق و جلوگیری از پویایی وجدان و در مجموع آن‌ها را غیر مؤثر می‌دانستند. برخی نیز مردد بودند که کدها باید در بردارنده چه هنجارهایی باشند و چه تفاوتی در تدوین با قوانین و مقررات دارند (Ladd, 1992: 125).

در پاسخ به این اشکالات، باید اظهار داشت؛ اولاً، کدهای اخلاقی صرفاً جهت تشـــخیص درست و نادرست تدوین نشـــده‌اند، بلکه مبتنی بر نیاز جامعه به این باور هســـتند که کارکنان اداره عمومی، در سطح بالایی از استانداردهای اخلاقی نسبت به دیگران، قرار دارند (Plant, 2000: 311)؛ بنابراین کد اخلاقی با عینی‌سازی ارزش‌های اخلاقی، موجب شناســـایی زمینه اخلاق متعالی در جامعه و رسمیت بخشیدن به شأن داوری اخلاقی مردم برای ســـنجش رفتار کارکنان اداری اســـت. این امر با بی‌طرفی اداری کارکنان در امور اخلاقی مغایرت ندارد، بلکه با محول کردن تشـــخیص درست و نادرست از خرد فردی[1] به خرد جمعی، از هرج و مرج و خودسری اخلاقی کارکنان جلوگیـــری می‌کند و رفتار آنان را در ترازوی ســـنجش اخلاقی جامعه قرار می‌دهد. ثانیاً، کد اخلاقی شناسنامه اخلاقی یک حرفه است که با مشخص کردن مورد به مورد اخلاقیـــات کارکنان، جنبه نهادین و عقلانی دارد و با نمایش وجهه آرمانی حرفه‌ای‌ها، جنبه نمادین و احساسی دارد. ابزاری که با کمک آن هم حرفه‌مندان، غایت مسؤولیت اخلاقی خود را می‌شناســـند و هم معیاری در اختیار جامعه قرار می‌دهند تا آنچنان که می‌خواهند، جامعه آنان را بشناســـد. موفق‌ترین کد اخلاقی باید یک راهنمای رفتاری

---

۱. ارسطو، اخلاقی عمل کردن را در نتیجه داشتن فرونسیس در فرد می‌دانست که ترکیبی از هوشمندی، فضیلت اخلاقی و خیرخواهی فردی است.(بنگرید به: لگنهاوزن، ۱۳۸٤: ۷) او به کارگیری فرونسیس را زمانی ضروری می‌داند که حتی بهترین قواعد وضع شده تا آن زمان نمی‌توانند آن را تحت ضابطه در آورند (شهریاری، ۱۳۸۳، ۱۸۰).

برای دســـتیابی به ارزش‌های آن و همچنین قواعد مسؤولیت‌پذیری در برابر جامعه را فراهم نماید (Gaylin and Jennings, 1996: 127-146)؛ ثالثاً، چون کدهای اخلاقی، دســـتوری و یک‌سویه نیســـتند، بلکه توصیه‌ای و چند سویه هســـتند، آزادی اخلاقی کارکنان را ســـلب نمی‌کنند و به تصلب اخلاقی منجر نمی‌شـــوند. البته پویایی کدها باید از طریق پیش بینی مشارکت هـــمگانی و بازنگری مکرر حفظ شود. رابعاً، برای رعایت کیفیت نگارش و اثربخشی، کدهای اخـلاقی، باید توسط حرفه‌مندان برگزیده در کانون حرفه‌ای نوشته شود و با دیگر حرفه‌مندان به اشتراک گذاشته شود. البته کد اخلاقی، اصول بنیادین و ارزش‌های آرمانی خلاصه و کم حجم را بیان می‌کند، اما کد رفتاری که در میانه کد اخلاقی و مقررات انضباطی اســـت و درجه انتزاعی آن از کد اخلاقی کمتر است، هم ارزش‌های آرمانی و هم ارزش‌های مورد انتظار جامعه را بیان می‌کند و شـــامل راهنمای رفتار هم هســـت. به عنوان نمونه، شبکه اروپایی شوراهای قضایی[1]، در ســـند اخلاقی خود ارزش‌ها را به دو بخش تقســـیم و تبیین کرده است[2] (ENCJ Working Group, Judicial Ethics Report 2009-2010). بـــا توجه به آن‌که غالباً در قوانین و مقررات از اصطلاح «منشـــور اخلاقی»[3] اســـتفاده شده است[4]، جهت انتظـــام کلام می‌توان کد اخلاقی را «بیانیه اخلاقی» یـــا «بیانیه ارزش‌ها» و کد رفتاری را «راهنمای رفتار» یا «منشور اخلاقی» نامید.

در کشـــور ما طبق ســـه قانون، دولت مکلف شده اســـت تا ضوابط و منشور اخلاقی کارکنان را تدوین کند. قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸٦ در ماده

---

1. European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ)

۲. این ارزش‌ها عبارت‌اند از: نخست، ارزش‌ها و شایستگی‌هایی که شهروندان از قضات انتظار دارند، شـــامل: استقلال، ســـلامت (پاکدامنی، شرافت و عزت و خوشـــنامی)، بی‌طرفی، حزم و پرهیزکاری، کوشش پیوسته، احترام به مردم و توانایی گوش کردن، برابری در برخورد، کاردانی، شفافیت و دوم، ارزش‌ها و فضیلت‌های شـــخصی قاضی، شامل: فرزانگی، پایبندی به قانون، انسان دوستی، شجاعت، وقار، دوراندیشی، سخت کوشی، مهارت‌های ارتباطی.

۳. برای دیدن تعبیرهای دیگر از اصطلاحات «کد اخلاقی»، «سند اخلاقی» و «منشور اخلاقی» بنگرید به: (قراملکی و نوچه فلاح، ۱۳۸٦، ۱۵٦–۱۵۸ و قراملکی و دیگران، ۱۳۹۱، ۲۱۸–۲۱٦، مرادی، ۱۳۹۷، ۳۵۱–۳٦٦ و یوسفی، ۱۳۹۷، ٤٦–۵۱)

٤. از جمله «آیین‌نامه تشـــکیل و فعالیت کارگروه ملی کد اخلاق گردشـــگری» مصوب ۱۳۸۳/۹/۲۹ شـــورای عالی میراث فرهنگی و گردشـــگری، ماده ۲۵ «قانون مدیریت خدمات کشـــوری»، مصوب ۱۳۸٦، ماده ۷ «قانون ارتقاء ســـلامت نظام اداری و مقابله با فساد» مصوب ۱۳۸۷ و نظام‌نامه مدیریت توسعه فرهنگ سازمانی در دستگاه‌های اجرایی کشور، مصوب ۱۳۹۷/۵/۳۰ شورای عالی اداری.

۲۵ از یک‌سو دولت را مکلف را به تدوین و تصویب منشور اخلاقی نموده است و از سوی دیگر «رعایت موازین اخلاق اسلامی و اداری» و التزام به سوگند بدو ورود و پایبندی به منشور اخلاقی مصوب هیأت وزیران را در مسیر خدمت به مردم ضروری دانسته است.

کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مصوب ۲۰۰۳ میلادی[1] که دولت جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۱۳۸۷/۸/۱٤ آن را تصویب کرده است، در مواد ۸، ۱۱ و ۱۲ دولت‌ها را مکلف کرده است تا «ضوابط مربوط به رفتار» مقامات دولتی، قضات و دادستان‌ها و بخش خصوصی را تدوین کنند.

قانون ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰، نیز در ماده ۷ دولت را مکلف نمود تا به منظور فرهنگ‌سازی و ارتقاء سلامت نظام اداری با همکاری سایر قوا، «منشور اخلاق حرفه‌ای کارگزاران نظام» را تدوین کند.

در این راستا آیین‌نامه اجرایی تبصره ۱ ماده ۲۵ قانون مدیریت خدمات کشوری در تاریخ ۱۳۸۸/۱۱/۱۷ به تصویب رسید. سپس در تاریخ ۱٤۰۰/۲/۱ منشور اخلاقی، اداری و اخلاق حرفه‌ای کارگزاران نظام تصویب شد و آیین‌نامه سال ۱۳۸۸ را نسخ کرد. افزودن عنوان اخلاق حرفه‌ای به عنوان این منشور، نشان‌دهنده توجه به ماده ۷ قانون ارتقاء سلامت اداری است، اما محتوای منشور، تکلیف مقرر در ماده ۷ را برآورده نکرد. هیأت وزیران در تاریخ ۱٤۰۲/۱۲/۲۱ آیین‌نامه ارتقاء اخلاق حرفه‌ای در نظام اداری را تصویب نمود که در مقام تحقق توأمان تکلیف قوانین مذکور است.

رییس قوه قضاییه نیز در تاریخ ۱٤۰۳/٤/٦ «دستورالعمل حفظ شأن و منزلت کارکنان قوه قضاییه» مصوب ۱٤۰۰/۱/۲۵ را اصلاح نمود. به موجب بند چ الحاقی به ماده ٦ این دستورالعمل، معاون حقوقی و امور مجلس مکلف است نسبت به تهیه «منشور اخلاق حرفه‌ای قضات» جهت تصویب اقدام کند تا راهنمایی برای کلیه قضات، دادسرا و دادگاه عالی انتظامی قضات باشد. در تاریخ ۱٤۰٤/۱۰/۹ از منشور اخلاقی قوه قضاییه مشتمل بر ده ارزش اخلاقی توسط معاون اول قوه قضاییه رونمایی

1. The United Nations Convention against Corruption (UNCAC) adopted by the United Nations General Assembly on 31 October 2003.

شد. این منشور به سه دلیل با آنچه که موضوع آیین‌نامه ارتقاء اخلاق حرفه‌ای در نظام اداری و دستورالعمل حفظ شـــأن و منزلت کارکنان قوه قضاییه است، متفاوت است؛ نخست مرجع تدوین کننده که در این منشور معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی قوه قضاییه است، در حالی که مخاطب تکلیف معاونت حقوقی و امور مجلس قوه قضاییه است. دوم مخاطب آن تمامی کارکنان قوه قضاییه هستند و نه قضات و سوم در مقدمه آن به هیچ‌یک از اســـناد بالادستی اشاره نشده اســـت، اما پرسش آن است که آیا این منشور شـــامل قضات هم می‌-شود یا خیر؟ تکلیف ارزش‌های مغفول مانند بی‌طرفی در آن چیست و نسبت آن با منشور اخلاق حرفه‌ای قضات کدام است؟

در آییـن‌نامه‌های اخلاق حـرفه‌ای در کشور ما، افـزون بر ارزش‌هـای اخـلاقی قراردادی حرفه‌مـــندان و ارزش‌هـای اخـلاقی مـورد انتظار مردم، بنـیادهای اخلاقی آیین محمّـــدی (ص) و اصول محتوایی اخلاق اســـلامی نیز مورد توجه قرار گرفته است.

برآمد

گفتمان شایستگی، الگویی مناسب برای حرفه‌ای‌گرایی و اخلاق‌گرایی قضات است. جهت تحقق این الگو در مورد قضات لازم است اصلاحات زیر در قوانین و مقررات و ساختارهای موجود صورت پذیرد:

۱- اصلاح قوانین و مقررات استخدامی قضات با رویکرد: تجمیع، اصلاح و ارتقاء شروط اخلاقی جذب قضات؛ الزامی کردن ادای سوگند برای احراز منصب قضاوت و تمهید ضمانت اجرا برای آن؛ درج گزاره‌های مربوط به تعهد قضات به رعایت اخلاق حرفه‌ای در سوگندنامه؛ تبیین تشریفات ادای سوگند به نحوی که توسط کانون حرفه‌ای قضات و در حضور قضات عالی رتبه انجام شود؛ و همچنین تشکیل کانون حرفه‌ای قضات و اعطاء صلاحیت‌های لازم به آن که اهم آن عبارت است از:

- تدوین منشور اخلاق حرفه‌ای قضات و در صورت لزوم بازنگری در آن با رویکرد مشارکت حداکثری قضات؛
- ترویج، تبیین و تفسیر منشور اخلاق حرفه‌ای قضات؛
- تشکیل گروه‌های تخصصی اخلاق حرفه‌ای؛
- ارائه مشاوره اخلاقی به قضات؛
- پدید آوردن رویه‌های احراز شایستگی اخلاقی در داوطلبان قضاوت؛
- تهیه متن سوگند اخلاقی اختصاصی قضات و مدیران قضایی و برگزاری تشریفات ادای آن؛
- آموزش اخلاق حرفه‌ای قضات در دانشگاه و دوره‌های بدو و ضمن خدمت؛
- تقویت هم‌پیوندی و هویت حرفه‌ای میان قضات و دیگر حرفه‌های حقوقی و قضایی؛
- نظارت بر وضعیت اخلاقی کارآموزان و قضات و رسیدگی به موارد نقض اخلاق حرفه‌ای؛
- ارزشیابی شایستگی حرفه‌ای و اخلاقی قضات و اظهار نظر در خصوص تغییر موقعیت شغلی آنان؛

– پیشـــنهاد اصلاح قوانین، مقررات و رویه‌ها جهت بهبود شایستگی حرفه‌ای و اخلاقی قضات.

– پیگیری استقلال و جایگاه حرفه‌ای قضات در مراجع قانونی؛

۲– تا زمان اصلاح قوانین اســتخدامی قضات، آیین‌نامه‌های جذب قضات به شرح زیر اصلاح شود:

– بــه منظور ثبات بخشــی به معیارهای اخلاقی و بازگشــت بــه قوانین و شاخص‌گذاری برای احراز آن‌ها، آیین‌نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضا و استخدام قضات مصوب ۱۳۹۲/۲/۲۶، اصلاح و برای شروط ایجابی «معروفیّت به حُســن اخلاق و دیانت و امانت و علاقه‌مندی به سنت‌های ملی» در بند ۳ ماده یک تصویب‌نامه قانونی راجع به استخدام قضات و شرایط کارآموزی، مصوب ۱۳٤۲/۵/۵؛ شــروط ایجابی «ایمان و عدالت و تعهد عملی نسبت به موازین اسلامی و وفاداری به نظام جمهوری اسلامی ایران» در ماده یک قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری، مصوب ۱۳٦۱/۲/۱٤ و شروط سلبی «فساد عقیده یا فساد اخلاق یا متجاهر به فســق» به عنوان موانع ورود به شغل قضا، در بند الف ماده ۱ قانون اصلاح قسمتی از قانون اصول تشکیلات عدلیه و اســتخدام قضات مصوب ۱۳۱۵/۱۰/٦ شاخص و سنجه تعریف شود.

– متن ســوگند اخلاقی قضات در ماده ۲۸ آیین‌نامه اجرایی قانون اســتخدام قضات و شــرایط کارآموزی، مصوب ۱۳۷٦/۱۰/۰۱ و ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش و اســتخدام قضات مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۳۱، اصلاح و گزاره التزام به تعهدات اخلاقی در آن درج شود.

۳– در مورد شیوه‌های اثربخش آموزش اخلاقیات و اخلاق حرفه‌ای به قضات و تربیت حرفه‌ای آنان بازاندیشی صورت پذیرد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* باقری، خسرو (۱۳۷۷)، «**تربیت حرفه‌ای در بستر دیدگاه اسلام**»، روش‌شناسی علوم انسانی، شماره ۱۵ و ۱٤.

* جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۰)، **ادب قضا در اسلام**، چاپ دوم، قم: اسراء.

* جعفری‌تبار، حسن (۱۳۸۸)، **فلسفه تفسیری حقوق**، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* دورکیم، امیل (۱۳۹۱)، **درس‌های جامعه‌شناسی؛ فیزیک اخلاقیات و حقوق**، برگردان: سید جمال‌الدین موسوی، تهران: نی.

* رستمی، ولی و بابایی، حسین (۱۳۹۷)، «**استقلال استخدامی قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ٤۹، شماره ۲.

* شجاعی، منوچهر (۱۳۸۱)، «**تأملی بر مبانی نظری نظام‌های اداری مدرن**»، دانش مدیریت، مجله دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، سال پانزدهم، شماره ٥٦.

* شهریاری، حمید (۱۳۸۳)، «**فلسفه‌ی اخلاق و سیاست ارسطو و افلاطون از نگاه السدیر مک‌اینتایر**»، کتاب نقد، شماره ۳۰.

* فون هایک، فریدریش (۱۳۸۰)، **قانون، قانون‌گذاری و آزادی**، برگردان: مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد، تهران: طرح نو.

* قراملکی، احد فرامرز؛ درخشانی، لعبت و رضایی شریف آبادی، سعید (۱۳۹۱)، **اخلاق حرفه‌ای در کتابداری و اطلاع‌رسانی**، چاپ چهارم، تهران: سمت.

* قراملکی، احد فرامرز و نوچه فلاح، رستم (۱۳۸٦)، **موانع رشد اخلاق حرفه‌ای در سازمان‌ها**، تهران: بشرا.

* لگنهاوزن، محمد (۱۳۸٤)، «**معرفت‌شناسی خرد**»، برگردان: حسن مهرنیا، اندیشه‌های فلسفی، سال نخست، شماره ۲.

* مرادی، امیر (۱۳۹۷)، **اخلاق حرفه‌ای در گستره کنش‌گران حقوق کیفری**، تهران: میزان.

* مک‌اینتایر، السدیر (۱۳۹۳)، **در پی فضیلت (تحقیقی در نظریه اخلاقی)**، برگردان: حمید شهریاری و محمدعلی شمالی، تهران: سمت.

* مکولی، جان و دبرلی، ژوآنی و جانسون، فیل (۱۳۸۹)، **نظریه سازمان‌ها؛ نگاه‌ها و چالش‌ها**، برگردان: حسن دانایی‌فرد و سید حسین کاظمی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
* یوسفی، یحیی (۱۳۹۷)، **اخلاق حرفه‌ای در نظام قضایی ایران**، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
* یوسفی، یحیی (۱۳۹۶)، **گزارش کمیسیون تأمل در اخلاق قضایی در فرانسه**، برگردان: ناصر سلطانی، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، تحقیقات قضایی.

ب. انگلیسی

* Adams, Guy B.(2000). **"Administrative Ethics and the Chimera of Professionalism The Historical Context of Public Service Ethics"**, In-Cooper, Terry L., Handbook of Administrative ethics, second edition, United States, New York, Marcel Dekker inc,pp,291-309.
* Airaksinen, Timo (N.d), **"The Philosophy of Professional Ethics"**, Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS) and Institutional Issues Involving Ethics and Justice, Volume 1. pp.201-216.
* Bakon, Francis (1908), **The Essays, Edited with introduction and notes by Mary Augusta Scott**, New York, Charles Scribner's son.
* Billett, Stephen, Harteis, Christian, Gruber Hans(eds) (2014), **International Handbook of Research in Professional and Practice-based Learning**, Springer International Handbooks of Education.
* Evans, Linda (2008), **"Professionalism, professionality and the development of education professionals"**, British Journal of Educational Studies, 56 (1). pp. 20-38.
* Evett, Julia(2014), **"The Concept of Professionalism: Professional Work, Professional Practice and Learning"**, in S. Billett et al. (eds.), International Handbook of Research in Professional 29 and Practice-based Learning, Springer International Handbooks of Educa-

tion.

❋ Evetts, Julia (2003), **"The Sociological Analysis of Professionalism: Occupational Change in the Modern World"**. International Sociology, Vol 18(2), SAGE (London, Thousand Oaks, CA and New Delhi): 395-415.

❋ Fournier, Valérie (1999), **"The appeal to professionalism as a disciplinary mechanism"**. Social Review, 47 (2), 280–307.

❋ Fox, Charles J. (1992), **"What do we mean when we say professionalism? A language usage analysis for public administration"**, The American Review of Public Administration, 22(1),pp 1-17.

❋ Frankel, Mark S (1989), **"Professional codes: Why, how, and with what impact?"**, Journal of Business Ethics, 8, 109-115.

❋ Freidson, Eliot (1994), **Professionalism Reborn: Theory**, Prophecy and Policy, UK Cambridge, Polity Press, in association with Blackwell Publishers.

❋ Gaylin, Willard and Jennings, Bruce(1996), **The Perversion of Autonomy**, New York, The Free Press, pp. 127-149.

❋ Holroyd, Colin (2000), **"Are assessors professional? Active Learning in Higher Education"**, Active Learning in Higher Education, 1(1), 28-44.

❋ Hoyle, E (1975), **"Professionality, professionalism and control in teaching"**. In V. Houghton et al. (eds) Management in Education: the Management of Organisations and Individuals, London, Ward Lock Educational in association with Open University Press.

❋ Johnson, Terence J. (1972), **Professions and Power**, UK, London, Macmillan.

❋ Ladd, John (1992), **"The Quest for a Code of Professional Ethics: An Intellectual and Moral Confusion"**, in - Deborah Rhode and

David Luhan, Legal Ethics, St. Paul: Foundation Press, pp. 121-127.

❋ Larkin, Gerald (1983), **Occupational Monopoly and Modern Medicine**, UK, London, Tavistock.

❋ Lewis, Carol Weiss, Gilman, Stuart, C (2012), **The Ethics Challenge in Public Service: A -Problem-Solving Guide**, 3rd Edition, San Francisco: Jossey-Bass.

❋ Maine, Henry Sumner. (1908), **Ancient Law**, London, John Murray Albemarle.

❋ Menzel, Donald, C (1997), **"Teaching ethics and values"**, Political Science& Politics, 30(3), pp 518-524.

❋ Parsons, talcott (1939), **"The professions and social structure"**, Social Forces: an International Journal of Social Research, vol. 17, nr. 4, (pp. 457-467)

❋ Poole, Ross (1991), **Morality and Modernity**, UK, london, Routledge

❋ Saks, Mike (2003), **The neo-Weberian approach to the sociology of the professions**. In G. Verpraet, C. Gadea, P. Milburn, M. Vervaeke and F. Charles (Eds.) Les Professions Face aux.

❋ Saks, Mike (2010), **"analyzing the professions: the Case for the Neo-Weberian Approach"**, Comparative Sociology, v 9, (pp 887-915), Netherland, leiden.

❋ Smith, Adam(2006), **The Theory of Moral Sentiments**, sixth Edition,1790, Brasil, sao paulo, metalibri.

❋ Tocqueville, Alexis de.(2009), **Democracy in America: Historical-Critical Edition of De la de´mocratie en Ame´rique/Alexis de Tocqueville**; edited by Eduardo Nolla; translated from the French by James T. Schleifer, Indiana, Indianapolis, liberty fund, inc.

❋ Hughes, Everett C. (1958), **Men and their Work**, United States,

New York, Free Press.

❊ Larson, Magalli Sarfatti (1977), **the Rise of Professionalism**, United States, Berkeley, University of California Press.

❊ Plant, Jeremy F. (2000), **"Codes of Ethics"** In-Cooper, Terry L, Handbook of Administrative ethics, second edition, United States, New York, Marcel Dekker inc, pp 309-335.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۷۴-۳۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۳۱

بازاندیشی در احراز رابطه سببیت با توجه به سوگیری‌های شناختی قضات[1]

پویان نیکخوی مردملک[2]، عباس میرشکاری[3]

چکیده

بخش بزرگی از فرایند شـــناختی و تفسیری انســـان به صورت ناخودآگاه شکل می‌گیرد. در برخی مواقع که تصمیم‌گیری آگاهانه اســـت نیز تفکر و نحوه تصمیم‌گیری فرد متأثر از فرایند ناخودآگاهی است که بر ذهن او سیطره دارد و در این مرحله است که سوگیری‌های شناختی رخ می‌دهد.

این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از یافته‌های مستقیم روانشناسی در حقوق، در پاســـخ به چگونگی اثرگذاری ســـوگیری‌های شناختی در قضاوت قاضی از حیث احراز رابطه ســـببیت، درمی‌یابد که عدم قطعیت نظام حقوقی در مســـأله رابطه ســـببیت و ارجاع دکترین حقوقی به عرف برای تشخیص سبب، موجب شده که قاضی بـــرای احراز عرف، از ابزارهایی چون نظریه کارشـــناس اســـتفاده کند و با فرض کردن خود به عنوان یکی از اعضای متوســـط و عادی جامعه، درباره مسأله انتساب مسؤولیت تصمیم‌گیری نماید؛ امری که موجب بروز و تاثیر ســـوگیری‌های شـــناختی می‌شـــود. اگرچه قضات بدون ســـوگیری‌ها امکان انشای رأی نخواهند داشت و این امور همانند فرایند رؤیابینی، به شـــکل ناخودآگاه رخ می‌دهد و قابل کنترل نیست، اما آگاهی به این سوگیری‌ها می‌تواند تا حدی به کنترل آثار سوء آن در تصمیمات قضایی بیانجامد.

واژگان کلیدی: رابطه ســـببیت، ســـوگیری‌های شـــناختی، عرف، قضات، مدل داستانی، مسؤولیت مدنی.

---

۱. این مقاله برگرفته از پایان‌نامهٔ دورهٔ کارشناســـی ارشد نویســـندهٔ اول با عنوان «نقش خطای شناختی قاضی در رابطهٔ سببیت» با راهنمایی نویسندهٔ مسؤول و با مشاورهٔ آقای دکتر محمود کاظمی در دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران است.

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران Pooyankhayam@gmail.com

۳. دانشـــیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران ، تهران، ایران (نویسنده مسؤول) Mirshekariabbas1@ut.ac.ir

درآمد

کشـــمکش بر سر مســـتقل بودن یا نبودن دانش حقوق سالیان درازی است که وجـــود دارد و پایان نمی‌پذیرد. این کشـــمکش را می‌توان در هر ســـه حوزه وضع، تفســـیر و اجرای حقوق ردیابی نمود. با این حال بیشترین اختلاف نظر بر سر دخالت عوامل فراحقوقی نظیر جنســـیت، نژاد و طبقه در حقوق در زمان تفسیر و درباره یکی از مهم‌تریـــن بازیگران حقوقی یعنی قاضی اســـت. صورت‌گرایی حقوقی[1]، حقوق را یک دانش خودبســـنده و متعین دانسته و اســـتدلال حقوقی را به عنوان پایه تفسیر، بر اســـاس منطق صوری که متشـــکل از امر موضوعی و امر حکمی دعواست، راهگشا تلقی می‌کند که هرچه از بیرون به آن اضافه شـــود صورت و ساختار حقوق را به هم می‌ریزد (Weinrib, 1988: 964). در مقابل، واقع‌گرایی حقوقی[2] اعتقاد دارد که حقوق دانش مستقلی نیست و به شدت دچار عدم تعین است. آن‌ها حقوق را پیش‌بینی رفتار قضات دانســـته و به همین دلیل معتقدند که برای فهم حقوق، باید به علومی همچون جامعه‌شناسی و روانشناســـی مراجعه نمود تا بتوان در افق این علوم، به مطالعه رفتار قضات پرداخـــت (Leiter, 2010: 117)؛ چنان‌که یکی از مهم‌ترین چهره‌های مکتب واقع‌گرایی یعنی جروم فرانک[3] عناصر روانی قاضی را بســـیار دارای اهمیت دانسته و معتقد است که قضات در اکثر موارد از نتیجه به سمت مقدمه می‌روند (Frank, 1930: 109-111). یکی از این امور فراحقوقی که موضوع مطالعه اقتصاد رفتاری، روانشناسی شناختی و روانشناســـی اجتماعی بوده، «سوگیری شناختی[4]» است. سوگیری شناختی راهبرد ساده انسان برای حل مسائل زندگی روزمره است که به شکل ناخودآگاه و در شـــرایطی که امکان تفکر منطقی و عمیق وجود نداشـــته و شخص در عدم اطمینان و عدم قطعیت به سر می‌برد، رخ می‌دهد.

مســـؤولیت مدنی به مجموعه قواعدی که به منظور پیشگیری از تحقق زیان و جبـــران آن در صورت تحقق زیان، همچنین بدین معنا که باید بین زیان و رفتار عامل زیان، رابطه‌ای که سببیت نام دارد، وجود داشته باشد.

---

1. Legal formalism
2. .Legal realism
3. Jerome Frank
4. Cognitive bias

مسؤولیت مدنی متشکل از سه رکن زیان، رفتار زیان‌بار و رابطه سببیت، مهم‌ترین شاخه حقوق خصوصی به حساب می‌آید که در آن سوگیری‌های شناختی امکان ظهور دارند. مسؤولیت مدنی عرصه عدم قطعیت و عدم تعین است؛ در حقیقت اگرچه در حقوق قراردادها دو طرف عقد با اراده و خواست خویش تن به انعقاد عمل حقوقی می‌دهند و مفاد توافق آن‌ها تا اندازه‌ای مشخص است، اما در مسؤولیت مدنی این رابطه دوطرفه وجود ندارد و اشخاص اغلب بدون آشنایی قبلی با یکدیگر و بدون این‌که حداقل یکی از دو طرف بخواهد، وارد رابطه حقوقی می‌شوند (ایران‌پور، ۱۴۰۱: ۱۳۲)؛ به عبارتی زیان‌دیده ممکن است تا مدت‌ها متوجه ورود زیان به خود نشده باشد و با گذشت زمان، زیان را شایسته جبران تلقی کند. عدم قطعیت زیان‌دیده درباره شناسایی عامل زیان نیز صادق است؛ یعنی ممکن است، زیان‌دیده تا مدت‌ها و شاید هیچ‌گاه متوجه نشود که چه شخصی به او خسارت وارد کرده است. این عدم قطعیت در زمان دادرسی پررنگ‌تر می‌شود؛ چه آن‌که بر خلاف اختلافات قراردادی که قاضی با استفاده از مفاد قرارداد و در فرض سکوت قرارداد با استفاده از قواعد تکمیلی قانونی متعدد و عرف‌هایی که به شکل آسان‌تری قابل شناسایی هستند، می‌تواند قضاوت کند، در دعاوی مسؤولیت مدنی نسبت به ماهیت و میزان زیان ناآگاه است و نمی‌داند که آیا مسؤولیت مبتنی بر تقصیر است یا مسؤولیت نوعی و بدون تقصیر است، آیا رفتار خوانده اثربخشی لازم برای ورود زیان را داشته یا خیر. همچنین قضات دادگاه در برابر دعوای مسؤولیت مدنی، بیشتر از سایر حوزه‌های دیگر قاعده‌گذاری می‌کنند؛ چراکه در مسؤولیت مدنی همه چیز بر مدار عرف است؛ هم زیان، هم رفتار زیان‌بار و هم رابطه سببیت و افزون بر این‌که هدف جبران خسارت است و این دادگاه است که در نهایت جبران خسارت را به رسمیت می‌شناسد. از همین منظر دخالت اموری مانند سوگیری‌های شناختی در رابطه سببیت می‌تواند هدف مسؤولیت مدنی یعنی جبران خسارت را تحت تأثیر قرار دهد و از این نظر مطالعه این پدیده حائز اهمیت می‌شود.

در این پژوهش به شکل توصیفی تحلیلی با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، ابتدا مفهوم سوگیری شناختی مورد بررسی قرار می‌گیرد، در ادامه دیدگاه‌های پیرامون سببیت که شامل دیدگاه حقوقی و دیدگاه شناختی و شهودی است بررسی خواهد شد

و در آخر نیز مهم‌ترین سوگیری‌هایی که در فرایند انتساب مسؤولیت حادث می‌شوند، به بحث و بررسی گذاشته می‌شوند.

۱. مفهوم سوگیری شناختی

شناخت موضوع مطالعه علوم و دانش‌های مختلفی بوده است، اما در علوم شناختی و علوم رفتاری و به طور کلی در روانشناسی، شناخت را به نظام پردازش اطلاعات تعریف نموده‌اند (برمودز، ۱۳۹۵: ۳۷۷). این پردازش اطلاعات در قالب ساختارهایی که از زمان نوزادی شکل گرفته و به «طرح‌واره‌های ذهنی[1]» مشهور هستند، تثبیت می‌شوند و الگوهایی را درباره کارکرد کلی جهان در اختیار فاعل شناسا می‌گذارند (اتکینسون و دیگران، ۱۳۸۸: ۳۱٤). شناخت به وسیله فرایندهایی نظیر حافظه، توجه، استدلال، احساس، تصمیم‌گیری و قضاوت به شکل فردی و اجتماعی روز به روز گسترده‌تر می‌شود. با این حال انسان‌ها از نظر شناختی موجودات کاملی نیستند؛ از این جهت که اولاً، طبق نظریات روانشناسی تکاملی قوه تعقل در انسان‌ها برای این به وجود نیامده است که به انسان در جمع‌بندی‌های عقلانی و منطقی کمک کند؛ بلکه به این علت شکل گرفته است که انسان بتواند مشکلاتی را که در پی زندگی جمعی و گروهی رخ می‌دهد حل کند. از طرف دیگر انسان‌ها از نظر شناختی موجودات خسیس و مقتصدی[2] هستند و همواره سعی دارند تا با صرف کمترین انرژی شناختی ممکن، دست به حل مسأله و تصمیم‌گیری بزنند (ارونسون، ۱۳۹٦: ۱٤٤).

در همین حال محققان از نوعی نظام دوگانه در ذهن انسان صحبت می‌کنند که یکی مبتنی بر شهود و تفکر سریع و دیگری مبتنی بر ژرف‌اندیشی و تفکر کُند است و به این دو نظام، نظام یک و نظام دو گفته می‌شود. در نظام یک، پردازش‌ها به شکل سریع، ناخودآگاه و بدون تلاش و ژرف‌نگری انجام می‌شود و کنترل کردن آن‌ها دشوار است. تمام بار هیجانی و احساسات انسان در نظام یک قرار دارد و انسان با نظام یک می‌تواند به شکل شهودی در مورد پدیده‌ها قضاوت کند، مثلاً با استفاده از نظام یک، به سرعت می‌توان حاصل جمع دو به‌علاوه دو را محاسبه کرد. در مقابل

1. Mental schema
2. Cognitive miser

نظام دو، مسؤولیت استدلال آگاهانه انسان را بر عهده دارد و به همین خاطر، کنترل شده است و از آنجا که در نظام دو، در آنِ واحد فقط بر یک چیز می‌توان تمرکز کرد، نظام دو تبدیل به نظام کُندی می‌شود؛ افزون بر این‌که نظام دو تحت تأثیر هیجانات قرار نمی‌گیرد به طور کلی می‌توان نظام دو را متفکر و پرتلاش دانست (کانمن، ۱۴۰۱: ۳۳-۳۶).

از همین مسیر، صحبت از پدیده‌هایی به نام سوگیری‌های شناختی می‌شود که عده‌ای آن را به انحراف انسان از مدل اقتصادی در تصمیم‌گیری تعریف کرده‌اند. طبق مدل اقتصادی تصمیم‌گیری، تمام بازیگران اقتصادی با فرایندی به نام هزینه-فایده[1] سعی در بیشینه‌سازی منافع و کمینه‌سازی هزینه‌های خود برای رسیدن به غایتی به نام «مطلوبیت[2]» دارند (Grafstein, 1995: 66-69). سوگیری‌های شناختی، ایجاد خطاهایی نظام‌مند هستند که مبتنی بر راهبردها و میانبرهای ذهنی که قواعد اکتشافی[3] نام دارند، بوده که به لحاظ محتوایی نمایانگر طرح‌واره‌ها و قالب‌های فکری[4] هستند (حسینی‌پناه، ۱۴۰۱: ۵؛ Chamallas, 1998: 463-467). در همین راستا قالب‌های فکری یا کلیشه‌ها به طرح‌واره‌هایی درباره اقشار مردم و پدیده‌های اجتماعی گفته می‌شود. قالب‌های فکری ابزار شناخت اجتماعی هستند که نظریه‌های کوچکی درباره تغییرات همگام به انسان ارائه می‌دهند. منظور از تغییرات همگام، کشف همبستگی‌هاست؛ یعنی کشف این‌که چه چیزی با چه چیزی همراه است؛ مثل این تصور که فقر از تنبلی می‌آید (اتکینسون و دیگران، ۱۳۸۸: ۶۰۴).

قواعد اکتشافی که سوگیری شناختی از طریق آن‌ها رخ می‌دهد، راهبردهای آنی، ساده و اغلب صرفاً تقریبی ذهن انسان هستند که در یک کلام نوعی میانبر ذهنی برای حل مسائل به حساب می‌آیند و مشخصاً از آنجا که استفاده از قواعد اکتشافی نیاز به تفکر کمی دارد، در شرایطی به کار می‌روند که امکان تفکر عاقلانه وجود نداشته و شخص در شرایط عدم قطعیت به سر می‌برد (Tversky & Kanhneman, 1974: 1125). محققان از سه قاعده اکتشافی مهم یعنی

1. Cost – benefit
2. Utility
3. Heuristics
4. Stereotypes

قاعده دسترسی‌پذیری[1]، قاعده معرف بودن (نمایندگی[2]) و قاعده شبیه‌سازی[3] سخن گفته‌اند. قاعده دسترسی‌پذیری به قضاوت‌هایی گفته می‌شود که مبتنی بر مثال‌های ویژه‌ای هستند که به آسانی به ذهن انسان می‌رسد. بر اساس این قاعده، وقتی شواهد و مثال‌هایی به آسانی قابل دسترس باشند، احتمال تخمین آن مسأله بالا می‌رود (Tversky & Kahneman, 1973: 208-209). قاعده معرف بودن دلالت بر فرایندی دارد که در آن برای کشف عملکرد مشابه دو پدیده به سراغ شباهت‌ها و همانندی‌های آن دو پدیده می‌رویم؛ گویی یک پدیده، معرِف ویژگی‌های یک پدیده دیگر است، مثل این‌که بر اساس ظاهر یک شخص، شغل او را حدس بزنیم (فیسک و تیلور، ۱۴۰۰: ۲۳۶–۲۳۸). قاعده شبیه‌سازی به راه‌حل‌هایی که از طریق ساخت گزینه‌های جایگزین فرضی ذهن انسان برای یافتن نحوه حضور چیزها ساخته می‌شود، اطلاق می‌گردد. در این فرایند رویدادها با یک ترتیب زمانیِ یکسان در ذهن جریان می‌یابند تا پیامدهای مشابهشان ارزیابی شود. برای مثال اگَر فرزندی خودروی پدرش را به امانت بگیرد،اما با خودرو دچار تصادف شود، واکنش‌های احتمالی پدرش را مورد پیش‌بینی قرار می‌دهد (فیسک و تیلور، ۱۴۰۰: ۲۴۳).

سوگیری شناختی را در مجموع باید انحراف از تصمیم‌گیری عقلایی، میان‌بری مبتنی بر شهود که متشکل از دانش‌های ضمنی و طرح‌واره‌های ذهنی است و به شکل منظم و ناخودآگاه رخ می‌دهد، تعریف نمود و در این پژوهش مد نظر داشت.

۲. دیدگاه‌های مربوط به احراز سببیت

دیدگاه‌های پیرامون سببیت را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد: نخست، دیدگاه حقوقی که در آن آموزه‌های حقوقی در پی ارائه معیار و قاعده حقوقی برای تعیین سببیت هستند؛ و دوم، دیدگاه شناختی که با استفاده از روانشناسیِ بازیگران حقوقی سعی در تعیین سببیت دارد. در ادامه به بررسی این دو دیدگاه می‌پردازیم.

۲-۱. دیدگاه حقوقی

منظور از دیدگاه حقوقی پیرامون سببیت، قوانین، قواعد و دکترین یا آموزه‌های حقوقی است که درباره سببیت یعنی مفهوم، معیار و چگونگی احراز آن سخن رانده‌اند.

1. Availability heuristic
2. Representative heuristic
3. Simulation heuristic

در دیدگاه حقوقی گفته شده است که در حقوق ایران اصولاً وظیفه اثبات رابطه سببیت بر عهده خواهان دعوای مسؤولیت یعنی همان زیان‌دیده احتمالی و احراز آن با قاضی دادگاه است. بر همین اساس باید در نظر داشت که زیان باید مستقیماً و مسلماً از رفتار شخص خوانده دعوای مسؤولیت یا همان عامل زیان احتمالی، تولید و صادر شده باشد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۹۸-۹۹)؛ یعنی زیان باید ناشی از رفتار عامل زیان باشد و اگر این رابطه بین زیان و رفتار خوانده وجود داشته باشد، سببیت محقق شده است.

«سبب» در مسؤولیت مدنی در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود: در معنای خاص، سبب به معنای تسبیب و ایراد زیان به صورت مع‌الواسطه است که در آن، یک شخص امکان ورود زیان را مهیا کرده است و در برابر مفهوم «علت» قرار دارد. منظور از علت نیز، عاملی است که عدم آن ملازم با عدم وقوع زیان است و وجود آن لزوماً زیان را به همراه خواهد داشت که اتلاف بالمباشره و انجام دهنده آن، مباشر نامیده می‌شود؛ مثل این‌که کسی با دستان خود چاقو را در قلب کسی فرو نماید. در حالی که سبب هر چند به‌طور مستقیم، معلول را پدید نمی‌آورد، اما به شکل مؤثری، در تحقق معلول نقش داشته و حتماً در وقوع زیان تأثیرگذار بوده است که به آن «تسبیب» گفته و انجام دهنده آن «سبب» نام دارد (صادقی و میرزایی، ۱۳۹۸: ۱۷۸)؛ مانند آن‌که شخصی بر روی تخت خوابی، چاقوهای تیز بگذارد و شخص بی‌خبر از این موضوع بر روی تخت بخوابد و کشته شود.

در معنای عام کلمه، سبب هم شامل مباشرت (علت) و هم شامل تسبیب (سبب) است و در این کاربرد، سبب، منشأ زیان را نشان می‌دهد و به کار رفتن عباراتی چون سبب زیان و علت زیان و همچنین رابطه سببیت و رابطه علیت به جای یکدیگر از همین امر ناشی می‌شود (برهانی و بادکوبه هزاوه، ۱۴۰۰: ۸۵)؛ لذا هر جا به‌طور مطلق سخن از سبب باشد باید معنای عام آن را در نظر آورد.

سبب گاه واحد است و گاه متعدد. سبب واحد در حالتی است که تنها با یک عامل احتمالی زیان رو به رو باشیم در حالی که در اسباب متعدد، دو یا چند عامل احتمالی وجود دارند که گاه در طول یکدیگرند و گاه در عرض یکدیگر که به آن‌ها اسباب طولی یا عرضی گفته می‌شود. اگر هر یک از اسباب تأثیرگذار، شرایط

و مقدمات ضروری ورود زیان را فراهم کند و نهایتاً زیان با تحقق سبب آخر ایجاد شود با اسباب طولی مواجهیم؛ بنابراین وقتی چند عامل یکی بعد از دیگری در حادثه زیان‌بار شرکت داشته باشند و تأثیر بگذارند و مشخص نباشد زیان ناشی از تأثیر کدام‌یک از آن‌هاست، اسباب به شکل طولی تعدد یافته‌اند. اگر چند سبب هم‌زمان و بدون تقدم یا تأخر زمانی و با یکدیگر در ایراد خسارت مداخله کرده باشند به‌طوری که زیان بدون همکاری آن‌ها به وجود نمی‌آمد با فرض تعدد سبب‌های عرضی رو به رو خواهیم بود (هاشمی، ۱۳۹۲: ۷).

با این همه سؤال اصلی آن است که معیار تعیین سببیت چه در فرض سبب واحد و چه در فرض اسباب متعدد چیست؛ چه آن‌که در فرض اسباب متعدد این امکان وجود دارد که یک یا چند یا همه اسباب مسؤول ایجاد زیان باشند و این‌که چگونه بتوان آن را کشف کرد، مسأله پر از مناقشه‌ای است.

در قانون مجازات اسلامی[1] و در بین حقوق‌دانان کیفری، در فرض اجتماع اسباب به صورت طولی، معیار «سبب مقدم در تأثیر» مطرح شده است. مطابق این معیار، سببی که پیش از سایر اسباب اثر خود را بگذارد، سبب زیان محسوب می‌شود (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۱۲۱). با این حال باز هم این سؤال مطرح است که چگونه می‌توان اثربخشی یک سبب را نسبت به سایر اسباب کشف نمود؟ در پاسخ به این سؤال حقوق‌دانان متعقدند آنچه که نهایتاً مد نظر است، سببی است که مؤثر در وقوع زیان باشد و این سبب را «عرف» شناسایی می‌کند. در حقیقت قاضی باید به سراغ فهم عرفی از مسأله مطروحه رفته و سبب متعارف را به عنوان عامل زیان معرفی نماید (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۲۱۲-۲۱۳؛ برهانی و بادکوبه هزاوه، ۱۴۰۰: ۷۱). سببیت دارای دو اثر اثباتی و منفی است. اثر منفی آن مربوط به تعیین اشخاصی است که خارج از محدوده احتمالی برای ورود خسارت هستند و اثر اثباتی آن مربوط به جایی است که از بین عوامل احتمالی، بر اساس میزان احتمال بیشتر، سبب زیان شناسایی

---

۱. مادهٔ ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیرمجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند، کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر یا اسباب دیگر باشد، ضامن است؛ مانند آن‌که یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت، کسی که سنگ را گذاشته، ضامن است...».

شـــود (ایران‌پور، ۱۳۹۸: ۳۰۱). با این اوصاف، قاضی بر اساس نظر عرف می‌بایست عواملی را از دایره احتمالی وارد کنندگان زیان حذف کند (اثر نفی‌ای سببیت)؛ سپس بین عواملی که باقی می‌مانند، عاملی را که زیان به احتمال قوی بر اثر رفتار او حادث شده به عنوان سبب شناســـایی نماید (اثر اثباتی سببیت) و حکم به رابطه سببیت بین رفتار عامل نهایی و زیان دهد.

همان‌طور که تصریح گردید زیان باید به شـــکل مستقیم ناشی از رفتار خوانده دعوای مسؤولیت باشد تا او را سبب زیان در نظر گرفت؛ لذا نباید عامل دیگری رابطه سببیت را بین رفتار خوانده و زیان قطع کرده باشد؛ یعنی زیان نباید ناشی از سبب یا اسباب خارجی باشد.

ســـبب خارجی به سببی گفته می‌شود که منتسب به خوانده دعوای مسؤولیت نیســـت؛ یعنی حادثه‌ای خارجی که ممکن اســـت بر رابطه بین رفتار زیان‌بار و وقوع زیان تأثیر بگذارد. در مجموع سبب خارجی را می‌توان در سه مورد خلاصه کرد: قوه قاهره، رفتار شـــخص ثالث و رفتار زیان‌دیده. در عین حال زمانی رفتار شخص ثالث و زیان‌دیده می‌تواند به عنوان ســـبب خارجی مطرح شـــود که شرایط قوه قاهره یعنی خارجی بودن، غیرقابل پیش‌بینی بودن و غیرقابل اجتناب بودن را داشـــته باشد که در این شرایط آن‌ها قوه قاهره به معنای عام کلمه خواهند بود. معیار تشخیص قوه قاهره نیز معیاری نوعی یعنی عرف اســـت. همچنین گفته شده است اگر رفتار خوانده با قوه قاهره به معنای خاص (عوامل طبیعی) همراه باشد، تمام زیان را باید به رفتار خوانده دعوای مسؤولیت منتسب نمود مگر این‌که قوه قاهره به‌طور کامل، رفتار خوانده دعوا را کنار زده باشـــد، اما در سایر فروض یعنی اجتماع رفتار خوانده با رفتار زیان‌دیده یا اجتماع رفتار خوانده و شخص ثالث، مسؤولیت بین خوانده و اسباب خارجی تقسیم می‌شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۸: ۲۲۲-۲۲۷).

بنابراین در دیدگاه حقوقی، ســـببیت را نمی‌توان عنصری متعین و دارای معیار و قاعده مشـــخصی همچون ضابطه علمی یا فلســـفی دانست و باید در هر مورد قائل به قضاوت عرف بر اســـاس حقایق موجود بود؛ لذا شخص قاضی وظیفه‌اش دریافتن قضاوت عرفی با ابزارهای مختلف است.

۲-۲. دیدگاه شناختی

دیدگاه شناختی را از منظر دو بازیگر حقوقی می‌توان بررسی نمود: زیان‌دیده و قاضی. مبدأ مطالبه خسارت و دادرسی، زیان‌دیده است چه آن‌که این زیان‌دیده است که در نهایت باید احساس کند به او زیانی وارد شده است. در حقیقت پیش از طرح دعوای حقوقی و دخالت دادگاه، زیان‌دیده می‌بایست یک سیر و سلوک روانی را جهت تشخیص ارکان مسؤولیت مدنی از جمله رابطه سببیت طی کند. در این سیر و سلوک روانی، زیان‌دیده ابتدا از همه باید آسیب وارده به خود را به عنوان یک «زیان» شناسایی کند؛ چنان‌که عده زیادی، بسیاری از زیان‌های وارده به خود را به عنوان زیانِ شایسته جبران تلقی نمی‌کنند گاه به این خاطر که زیان واردشده، از نظر زیان‌دیدگان، زیان گسترده و چشمگیری نیست که برای رسیدن به خسارت، زمان و پول صرف کرد و گاه به این خاطر که شخص زیان‌دیده هنوز به‌طور دقیق و محسوس، متوجه زیان نشده است و احتمالاً در آینده آثار ورود زیان را حس خواهد کرد. حال با فرض این‌که زیان‌دیده به این نتیجه برسد که زیانی به او وارد شده است، گام بعدی انتساب این زیان به شخص یا اشخاص دیگر است. در این مرحله روانی، زیان‌دیده با مسأله انتساب مسؤولیت رو به روست و باید سعی کند شخص یا اشخاصی را بابت زیان خود سرزنش کند و اینجا جایی است که زیان‌دیده از روی شهود خود که ممکن است نادرست باشد شخص یا اشخاصی را به عنوان مسؤول معرفی نماید (Hans & Robbennolt, 2016: 10-12).

با فرض اقامه دعوای خسارت در نزد دادگاه، مسأله چهره دیگری پیدا می‌کند؛ چراکه قاضی در نهایت با تشخیص ارکان مسؤولیت مدنی، مسؤولیت خوانده دعوا را می‌یابد یا رد می‌نماید و از او انتظار می‌رود که با عینک حقوق و تخصص حقوقی خود در این خصوص اظهار نظر کند. با این حال سببیت را نمی‌توان مفهومی صرفاً حقوقی در نظر گرفت چه آن‌که اولاً، سببیت به شدت با مفهوم مسؤولیت به خصوص مسؤولیت اخلاقی گره خورده و حتی ممکن است مسؤولیت خود را به سببیت تحمیل کند (میرشکاری و دیگران، ۱۴۰۳: ۷۱-۷۲) و ثانیاً سببیت در کنار مفاهیمی همچون رضایت، بی‌احتیاطی و بی‌پروایی جزء مفاهیمی محسوب

می‌شـــوند که در دســـته «حقوق عامیانه[1]» از آن‌ها سخن به عمل می‌آید؛ بدین معنا که این مفاهیم حقوقی ویژگی‌های خود را از مفهوم معمولی‌شـــان در نزد عموم مردم وام می‌گیرنـــد (Brozek et al. 2021: 86-87). در رویه قضایی ایران نیز ردپای پذیرش امـــور فراحقوقی دیده می‌شـــود، چنان‌که در دادنامه شـــماره ۹۳۰۹۹۷۸۳۱۱۵۰۰۶۱۵ صادره از شـــعبه ۱۵ دادگاه عمومی حقوقی کرمانشـــاه مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۰ گفته شده: «... این کاوش [تعیین ســـببیت] قاعده نمی‌پذیرد... عوامل انسانی، دخالت انگیزه‌ها در جست و جوی علت فاعلی و دخالت انصاف برای تحمیل مسؤولیت به عهده شخصی که آگاهی بیشتری دارد، از عوامل تأثیرگذار در تصمیم دادرس در مورد رابطه سببیت است. در داوری درباره رابطه سببیت، نوع و کیفیت تقصیر و عدالت و انصاف و شهود و اشراق درونی دادگاه نیز مورد توجه قرار می‌گیرد ...».

شـــخص قاضی پیش از هر چیز به عنوان یک انسان می‌اندیشد؛ او اگرچه یک حقوق‌دان اســـت، اما از آنجا که از تمام ماجرایی که بر ســـر ورود زیان اتفاق افتاده است خبر ندارد در نتیجه نیازمند شبیه‌سازی حادثه زیان‌بار است. شبیه‌سازی حوادث، روایت‌ها و داســـتان‌های مختلفی را در مقابل قاضی قرار می‌دهد که به «مدل داستانی یا روایی[2]» مشهور است.

مدل داستانی یک نظریه روان‌شنـــاختی توصیفی در مورد راهبردهای شناختی اســـت که شخص قضـــاوت کننده برای پردازش اطـــلاعات آزمایشـــی به منظور تصمیم‌گیـــری در مورد شـــواهد و ادله و اثبات آن‌ها استـــفاده می‌کـند و این مدل هـــر جا که ذهن نیازمند تبیین علّی و معلولی باشـــد خود را نمایان خواهد ســـاخت (Bornstein et al, 2008: 24). مدل تصمیم‌گیری مبتنی بر داســـتان یا روایت، دارای سه مرحله است: ارزیابی دلایل از طریق ساخت داستان؛ سازگاری گزینه‌های تصمیم با عناصر داســـتان و تصمیم‌گیری از طریق طبقه‌بندی داستان برای یافتن بهترین حکم (Hastie & Pennington, 1992: 190-192).

مدل داســـتانی بر اساس دســـته‌ای از دانش‌های قاضی رخ می‌دهد: دانشی که او درباره شـــواهد و دلایل پرونده دارد، دانشی که او درباره رویدادهای مشابه دارد و

1. Folk law
2. Story model

نهایتاً دانشی که او درباره عناصر تکمیل کننده روایت دارد. گذشته از این موارد قاضی در نهایت دو نوع استدلال را برای نتیجه‌گیری نهایی به کار می‌بندد: نخست، استدلال مبتنی بر نتایج و فرضیات جایگزین؛ و دوم، استدلال مبتنی بر دانش‌ها و تجربیات پیشینی (Hastie & Pennington, 1992: 198-199). در زمان فرضیات جایگزین برای نتیجه، قاضی روایت‌های جایگزینی را می‌سازد که در آن رفتارهای عوامل دخیل و نتایج حادثه به شکل متفاوتی رخ داده‌اند و بررسی می‌شوند که جایگزین کردن رفتارها باعث می‌شود تغییری در سرنوشت وقوع زیان حادث شود یا خیر.

در نظر گرفتن نتایج و فرضیات جایگزین، فرایندی است که در ذهن از طریق «تفکر خلاف واقع[1]» انجام می‌شود. تفکر خلاف واقع که مؤلفه‌ای از قاعده اکتشافی شبیه‌سازی است، به تفاوت بین امر حادث و امری که می‌توانست رخ دهد، گفته می‌شود (Galinsky & Moskowitz, 2000: 386)؛ به عبارت دیگر در تفکر خلاف واقع ذهن با در نظر گرفتن این‌که اگر رفتارهای موجود رخ نمی‌دادند (در فرض وقوع فعل) یا رخ می‌دادند (در فرض ترک فعل) یا نحوه رخ دادن یا رخ ندادنشان متفاوت می‌بود، نتایج احتمالی را بررسی می‌کند[2].

دانش‌های پیشینی نیز مبتنی بر برداشت‌ها، قالب‌های فکری و طرح‌واره‌های ذهنی است که می‌توانند برای ساختن روایت‌های پیرامون رابطه سببیت به تنهایی یا ترکیبی، یا به وسیله قیاس به کار بروند؛ بنابراین افراد تمایل دارند عواملی را به عنوان عامل یا عوامل یک زیان خاص شناسایی کنند که با الگوهای قبلی در خصوص اقدامات یا رویدادهای منتهی به آن زیان خاص هماهنگی دارد. به عنوان مثال، ممکن است این برداشت وجود داشته باشد که مواد شیمیایی سمی با سرطان مرتبط هستند (Read, 1987: 289). در نتیجه در این راه از قاعده اکتشافی معرف بودن استفاده می‌شود. افزون بر این‌که شخص قاضی مبتنی بر قاعده اکتشافی دسترسی‌پذیری با مثال‌های ویژه‌ای که از پرونده‌های قبلی خود و یا دیگران در زمینه پرونده فعلی دارد،

1. Counterfactual thinking

۲. نمونه‌ای از وجود تفکر خلاف واقع را می‌توان در مادهٔ ۵۰۶ قانون مجازات اسلامی ملاحظه نمود: «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود، به‌طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی‌شد ...».

می‌تواند مسأله را حل کند (Zamir & Teichman, 2014: 413)؛ به‌طور مثال ممکن است زمانی که قاضی برای مسؤولیت مدنی شرکت‌های خودروسازی تصمیم‌گیری می‌کند، مثال‌هایی را به یاد آورد که در آن‌ها، شرکت مزبور به دلیل تقصیر در طراحی و تولید خودرو، مسؤول جبران خسارت شناخته شده است همچنین قاضی در دادگاه همواره در معرض «پیش‌زمینه‌سازی[1]» است. بر این اساس قرار گرفتن در یک وضعیت خاص، برداشت‌های قاضی را نیز از ماجرا تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ لذا هر امری در دادرسی مطابق با همان وضعیتی که توسط اصحاب دعوا ایجاد شده است، پیش خواهد رفت (Zamir & Teichman, 2014: 683-684). وکلا و طرفین دعوا می‌توانند با زمینه‌سازی درباره موضوع حادثه و ایجاد نوعی «زمینه عِلّی و سببی[2]»، داستان و روایت ورود زیان را در ذهن قاضی تحت تأثیر قرار دهند؛ لذا خواهان تلاش دارد تا زمینه سببی خود را ایجاد کند که در آن علت زیان، خوانده است و خوانده نیز تلاش دارد تا زمینه‌ای ایجاد کند که در آن خواهان نقشی در ورود زیان داشته است (Hans & Robbennolt, 2016: 79-80). برای مثال چنین امری در پرونده شماره ۹۲۰۹۹۸۰۰۱۰۸۰۰۶۳۹ که در شعبه ۱۰۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران مورد رسیدگی قرار گرفت، قابل مشاهده است. مطابق این پرونده، شخصی با بیست سال سابقه کوهنوردی و همراه داشتن تجهیزات کامل، در اثر گرفتاری در کوه به دلیل عدم امداد رسانی فوت می‌کند و چندی بعد جسد یخ‌زده وی یافت می‌شود. این در حالی است که منطقه مورد کوهنوردی، منطقه‌ای معقول و تأیید شده برای این کار بوده و هشداری نیز از سوی هیأت کوهنوردی استان تهران مبنی بر وجود خطر و احتمال مه‌گرفتگی صادر نشده بود. طبق شرح خواسته، متوفی پس از گرفتاری در مه غلیظ و اطلاع از خطر بالقوه مرگ به دلیل سرمای شدید، سریعاً از طریق پیامک درخواست کمک می‌کند و تا سه شبانه روز به این امر ادامه می‌دهد، اما موقعیت او کشف نشده و در نهایت فوت می‌نماید. وراث او علیه جمعیت هلال احمر اقامه دعوی کرده و در دادخواست تقدیمی، این زمینه سببی را برای مسؤولیت جمعیت هلال احمر بیان می‌کنند که بالگردهای این سازمان در گشت‌زنی دقت نداشته‌اند و آن را سریع انجام

1. Priming
2. Causal field

داده‌اند، همچنین از سگ‌های تربیت شده استفاده نکرده‌اند، در جست و جو بی برنامه بوده‌انـــد و از تجهیزات کافی اســـتفاده نکرده‌اند. جمعیت هـــلال احمر نیز در لایحه دفاعیه خود زمینه‌ای را بیان می‌کند که در آن، متوفی بدون در جریان گذاشتن جمعیت هلال احمر و خودسرانه به کوه رفته؛ لذا مرگ او متوجه جمعیت هلال احمر نبوده و خودش مسؤول اســـت، همچنین این سازمان، حادثه پیش آمده برای متوفی را خارج از وظایف مندرج در اساس‌نامه این سازمان که «امداد رسانی در حوادث غیرمترقبه و حوادث طبیعی (مانند سیل و زلزله)» است می‌داند؛ چراکه حادثه مزبور نه از حوادث طبیعی بوده و نه از حوادث غیرمترقبه؛ لذا کمک رســـانی آن‌ها از بابت احســـان بوده اســـت و نه وظیفه. چنین زمینه‌هایی به ذهن قاضی برای تعیین ســـببیت، سمت و سو می‌بخشد و او در هر پرونده با زمینه سببی خاصی به قضاوت می‌نشیند.

با این اوصاف شـــاید بتوان اذعان نمود آنچه در امور حقوقی، «اماره قضایی» و آنچه که در امور کیفری «علم قاضی» نامیده می‌شود مبتنی بر همین مدل روایت‌سازی منسجم است و چه بسا به همین دلیل نیز باشد که در ماده ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی گفته شـــده اگر ادله‌ای فاقد شـــرایط شرعی و قانونی باشـــد، می‌تواند به عنوان اماره قضایی مورد اســـتناد قرار بگیرد به شرط این‌که همراه با قرائن و دیگر، علم قاضی را در پی داشته باشد و قاضی نیز موظف به ذکر این قرائن در رأی خود است. منظور از علم در ماده مذکور، ظن غالب و اطمینانی اســـت که نزدیک به یقین باشـــد، اما مجرد علم اســـتنباطی که به شـــکل عرفی موجب یقین قاضی نخواهد شد، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشـــد؛ لذا ظاهراً وظیفه قاضی برای قید قرائن و اماراتِ بَیّنِ مستندِ علم خود در حکم به‌طور صریح نیز از این حیث می‌تواند قابل توجیه باشد که برای مراجع بالاتر و ســـایر اشخاص مشخص شـــود که آیا این قرائن برای آن‌ها نیز موجب علم است یا صرفاً یکی از داستان‌هایی است که در ذهن قاضی ایجاد شده است (ساکیانی و واعظی، ۱۴۰۱: ۲۴۹-۲۵۰).

۳. سوگیری‌های مؤثر قضات در احراز سببیت

چنان‌که ملاحظـــه شد سببیت از دیدگاه حـقوقی، دارای معیار معینی در زمان تصمیم‌گیری و قضاوت نیـــست و فهم آن مستلزم بررسی دیدگاه شـــناختی است. مطابق دیدگاه شناختی، قضات در دعـــاوی مســـؤولیت در زمینه‌های ســببی‌ای که

طرفین روایت می‌کنند به قضاوت می‌نشینند و احتمالاً از میان روایت‌های موجود، داستان یا روایتی را ترجیح می‌دهند که اولاً، قابل قبول باشد؛ ثانیاً، دلایل بیشتری را توجیه کند؛ ثالثاً، توضیح دهد که چگونه اثر زیان‌باری رخ داده است؛ یعنی مکانیسم حادثه را تبیین کند؛ رابعاً، فرضیه آفرین باشد و خامساً، قابل توضیح باشد (Hans & Robbennolt, 2016: 78). این فرایند از آنجا که مبتنی بر قواعد اکتشافی قضاوت و کاهش بار شناختی است، مسأله سوگیری‌های شناختی را به میان می‌آورد. در این قسمت به این سوگیری‌های محتمل پرداخته می‌شود.

۱-۳. خطای اساسی در انتساب

پیش از صحبت درباره خطای اساسی در انتساب، باید از پدیده‌ای صحبت کرد که قضات را درگیر دو وضعیت «شخصیت‌گرایی» و «موقعیت‌گرایی» می‌کند. این پدیده که سوگیری بازیگر – مشاهده‌گر[1] نام دارد، به گرایشی گفته می‌شود که در آن افراد اگر خود در مقام انجام عملی باشند (بازیگر عملی باشند) ناکامی خود را به عوامل موقعیتی منتسب می‌کنند، در حالی که اگر مشاهده‌گر اعمال دیگران باشند و ناکامی و کوتاهی رخ داده باشد این ناکامی را به ویژگی‌های شخصیتیِ ایشان منتسب می‌نمایند (Robins & Spranca, 1996: 375). قاضی نیز در مقابلِ دعوای مسؤولیت پیش از هر چیزی نقش مشاهده‌گر را ایفا می‌کند؛ چراکه اولاً، او وارد مسأله‌ای شده که در ایجاد آن دخالتی نداشته (ورود زیان) و بازیگر و سازنده آن رویداد نبوده است و ثانیاً او در حال مشاهده یک جدل حقوقی بر سر یک مسأله مورد مناقشه بین دو طرف است. دَوَران بین انتساب امور به عوامل موقعیتی و شخصیتی در قالب خطای اساسی در انتساب[2] یا همان سوگیری تناظری[3] جلوه‌گر می‌گردد. این سوگیری به گرایش عمومی انسان‌ها گفته می‌شود که در آن برای توصیف علل رفتارهای اجتماعی، تمرکز خود را بر روی عوامل مهم درونی و شخصیتی مانند نگرش‌ها، انگیزه‌ها، باورها و خصوصیات شخصی نظیر نژاد، جنسیت، طبقه و... می‌گذارند و عوامل بیرونی مربوط به شرایط محیطی، اثرهای موقعیتی و اوضاع و احوال اجتماعی را نادیده می‌گیرند؛ به عبارت دیگر ما معتقدیم دیگران کاری را که

1. Actor – observer bias
2. Fundumental attribution error
3. Correspondence bias

انجـــام می‌دهند به دلیل تمایل درونی خود انجام می‌دهند (ارونســـون، ۱۳۹۶: ۱۸۷–۱۹۰). به‌طور مثال زمانی که ترافیک شـــدیدی در بزرگراه وجود دارد و خودرویی از عقب به خودروی دیگری برخورد می‌کند ممکن اســـت راننده خودروی جلو، علت تصادف را ضعف در مهارت و یا جنسیت راننده خودروی عقب بداند و وجود عوامل محیطی مثل ترافیک شـــدید را نادیده بگیرد. دخالت این خطا را در احراز سببیت باید در زمانی دانســـت که قضات سعی در ساخت روایت‌های جایگزین از حادثه زیان‌بار دارند؛ بنابراین زمانی که روایت جایگزینی از حادثه ساخته می‌شود ذهن تمایلی به در نظر گرفتن عوامل موقعیتی ندارد و به شـــکل اثباتی آن‌ها را در وقوع یک اتفاق دخیل نمی‌داند. از طرف دیگر عوامل موقعیتی عواملی هســـتند که غیرقابل کنترل هستند، اما عوامل انســـانی و درونی، عواملی هســـتند که قابلیت کنترل در آن‌ها قابل تصور است (Spellman & Kincannon, 2001: 244).

با این اوصاف اثر خطای اساســـی در انتســـاب، محروم کردن خوانده دعوای مسؤولیت از استناد به اسباب خارجی‌ای است که در وقوع زیان نقش داشته‌اند؛ مضافاً این ســـوگیری ممکن است باعث شـــود تا عوامل و تمایلات درونی زیان‌دیده نیز به عنوان علت زیان در نظر گرفته شـــود. در جایی که زیان‌دیده دچار زیانی شده که در آن از نظر ذهنی یک عامل موقعیتی دخیل باشد در حالی که آن عامل موقعیتی معلول رفتار یک یا چند عامل انســـانی اســـت، در این صورت این امکان وجود دارد که این رفتارها به عنوان عوامل موقعیتی تلقی شـــده و متعاقباً نادیده گرفته شـــوند و چه بسا در این صورت، رفتار زیان‌دیده باشـــد که به عنوان یک عامل انسانی مورد توجه قرار بگیرد.

در این زمینه دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۰۶۰۱۲۵۱، صادره از شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تاریخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۹ جالب توجه است. طبق پرونده، یکی از شـــهروندان تهرانی خودروی خود را در کنار درختی متوقف و پارک می‌کند. پس از مدتی شـــاخه درخت ســـقوط کرده و بر روی خودرو می‌افتد، مالک خودرو علیه شهرداری تهران به موجب عدم نگهداری مناسب از فضای سبز شهر اقامه دعوی کرده و خواهان خســـارت می‌شـــود. مطابق تبصره ۴ ماده ۴ قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شـــهرها، شـــهرداری‌ها افزون بر حفـــاظت از درختان در برابر شـــهروندان،

وظیفه حفاظت از شـــهروندان در برابر زیان‌های ناشـــی از درختان را نیز بر عهـــده دارد (میرشکاری، ۱۳۹۶: ۶۹۲)[۱]. زیان‌دیـــده نیز بر همین اساس خواستار خسـارت از شهرداری می‌شود و دادگاه نخـــستین، حکم به پرداخـت خـسارت می‌دهـد. پس از تجدیـــدنظرخواهی شـهرداری، دادگاه تجدیـــدنظر در رأی خود اعلام مـی‌دارد: «در خصوص تجـــدیدنظرخواهی شهـرداری منطقه... تهران به طرفیت م.م. نسبت به دادنامه ۵۸۲ شعبه ۱۸۷ دادگاه عـــمومی حقـوقی تهران که بر اساس دادنامه یادشده در مورد دعوای تجدیدنظرخـــوانده به خواســته مطالبه خسارت وارده به خودرو در اثر افتادن شاخه درخت با اتکای به این‌که حسب گواهی ارائه شده از سوی خـواهان نخـــستین که از ناحیه سازمان آتش‌نشـــانی و خدمات ایمنی شهرداری تهران صادر شـــده و علت خسارت به خودروی نام‌بـــرده را «ســـقوط و شکستن درخت» اعلام نموده اســـت، دعوا را وارد تشخیص و مستنداً به ماده ۲ قانون مسؤولیت مدنی حکم به محـکومیت تجدیدنظرخوانده به پرداخت پانزده میلیون ریال با احتساب خسـارات دادرسی داده است. دادگاه تجدیدنـــظر با بررسی محتویات و مستندات پـــرونده و مطالعه لوایح ابرازی از ناحیه طرفین، نظر به این‌که حســـب اظهارت خواهان نخستین و گواهی گواهان، نام‌برده نســـبت به این موضوع که شاخه درختِ کنار خـــیابان در آســـتانه ســـقوط می‌باشـــد، آگاه بوده و با این وصف خودروی خـــود را در کنار آن متـــوقف نـــموده و با اقدام خود موجب ضرر و زیان خود شده است؛ لذا استحقاق اخذ خسارت ندارد ...».

یکی از قواعد مهم در مســـؤولیت مدنی «قاعده هشـــدار یا تحذیر» اســـت. به موجب این قاعده هرگاه شخصی پیش از انجام عمل زیان‌آور، هشدار و آگاهی بایسته و شایســـته‌ای جهت گریـــز از منطقه و محدوده خطر بدهـــد، در صورت بی‌توجهی هشـــدار گیرنده و ورود زیان به وی، هشـــدار دهنده معاف از مسؤولیت خواهد بود؛ مفهوم هشدار در حقوق عبارت است از یک اقدام کتبی یا شفاهی از سوی اداره کننده محیط یا موقعیت خطرناک که گاه دلالت بر پرهیز از انجام دادن فعلی و گاه دلالت بر ترک فعلی دارد. بدین ترتیب بی‌توجهی زیان‌دیده به هشدار، رابطه سببیت را بین رفتار

۱. تبصره ٤ ماده ٤ قانون حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها: «کاشت و حفاظت و آبیاری درختان معابر، میادین، بزرگراه‌ها و پارک‌های عمومی از اهم وظایف شهرداری‌ها می‌باشد».

هشـــدار دهنده و زیان قطع می‌کند (اکبری و عربیان، ۱۳۹۹: ۱۰-۱۱). با این حال هر هشداری نمی‌تواند سبب معافیت هشدار دهنده از مسؤولیت باشد بلکه هشدار باید به گونه‌ای درست و با شرایط مناسب ابراز شود. این شرایط عبارت‌اند از: تناسب هشدار با خطر، قانونی و مشـــروع بودن رفتار هشداردهنده، تقدم زمانی هشدار بر زیان، قابل درک بودن هشـــدار و نهایتاً امکان ترک خطر توسط هشدار گیرنده (اکبری و عربیان، ۱۳۹۹: ۱۱).

یکی از مهم‌ترین جلوه‌های هشـــدار را باید در هشـــدارهایی که تولیدکنندگان کالاها بر روی محصولات خود درج می‌کنند یافت. در مسؤولیت تولید کالاها و ارائه خدمات، تعهد به دادن اطلاعات و هشـــدارهای کافـــی و لازم در مورد هرگونه خطر احتمالی به واســـطه تخصص و مهارت هشدار دهنده، امری متعارف و معقول است؛ به همین خاطر هشداری معتبر است که بتوان آن را عرفاً متناسب با شرایط هشدار در آن حوزه فعالیت دانســـت (بادینی و ایمانـــی، ۱۴۰۱: ۵۸). با این همه قضاوت دادگاه پیرامون هشـــدار به شـــدت تحت تأثیر عوامل شـــهودی قرار دارد. از طرفی قاضی با نوعی عدم قطعیت درباره هشدار مواجه است؛ چراکه به سبب این‌که در جامعه کالا و خدمات مختلفی وجود دارند معیار واحدی برای تعیین یک هشدار استاندارد و ایده‌آل وجود ندارد و باید بـــه عرف هر صنف مراجعه کرد که این امر خود امری مجهول و نامشخص است (باریکلو و حسامی شهرضایی، ۱۳۹۸: ۵۹). از طرف دیگر توضیحاتی نیز که هشـــدار دهنـــدگان کالا و خدمات در ارائه هشـــدارها ارائه می‌دهند نیز تحت تأثیر عوامـــل روانی آنان قرار دارد؛ در حقیقت از آنجا که توضیح دهندگانِ هشـــدارِ محصـــولات می‌دانند که قصد دارند چه چیزی بگوینـــد و این برای آن‌ها با توجه به دانش زمینه‌ای خودشان معنادار است، ممکن است فرض کنند که دیگران پیام هشدار را به همان روشـــی که آن‌ها درک می‌کنند، خواهند فهمیـــد. در چنین فضایی قاضی ممکن اســـت در معرض خطای اساسی در انتساب باشد یعنی صِرف هشدار را فارغ از کیفیت و زمینه‌اش مؤثر دانسته و زیان‌دیده را به دلیل بی‌توجهی به هشدار، مسؤول بشمارد (Hans & Robbennolt, 2016: 182)؛ به همین خاطر صِرف هشدار مندرج بر روی کالاها باعث نمی‌شـــود تا بی‌توجهی به هشدار را عامل معافیت هشدار دهنده از مسؤولیت به حساب آورد؛ چه آن‌که شخص زیان‌دیده شخص متخصصی نیست و

تکلیفی نیز به کسب آگاهی بیشتر یا داشتن استعداد در زمینه محصول مورد استفاده ندارد (بادینی و ایمانی، ۱٤۰۱: ۵۸).

۲-۳. سوگیری ترک فعل

سوگیری ترک فعل[1] که با عنوان سوگیری نسبت به ترک فعل و یا سوگیری انفعال نیز شناخته می‌شود به تمایلی در افراد اطلاق می‌گردد که در آن علت وقایع به فعل‌ها منتسب می‌شود و نه به ترک فعل‌ها. در حقیقت برای افراد آسان است که یک فعل را انجام نشده بدانند تا به ترک فعل فکر کنند. ما فکر می‌کنیم که صدمه زدن مستقیم و فعالانه به دیگران بدتر از آسیب رساندن منفعلانه با انجام ندادن کاری است، حتی زمانی که به همان تعداد افراد آسیب‌دیده باشند؛ بنابراین صدای فعل‌ها اصولاً بلندتر از صدای ترک فعل‌هاست (Tanner & Medin, 2004: 185). در آزمایشی، سم ریختن در غذای یک شخص بیشتر از آن‌که به همان شخص درباره وجود سم هشدار داده شود، مورد سرزنش آزمودنی‌ها قرار گرفت (Reb & Connolly, 2003: 186).

قاضی در زمانی که به دنبال فرضیه‌ها و روایات جایگزین از حادثه زیان‌بار است، رفتارهای غیراخلاقی را به راحتی جایگزین کرده و در روایت منسجم ذهنی خود می‌گنجاند. در همین راستا انجام دهندگان یک فعل می‌توانند بیشتر از ترک کنندگان یک فعل مسؤول آسیب‌ها و زیان‌ها باشند، از این جهت که انجام دادن فعل، عمدی‌تر و قاصدانه‌تر به نظر می‌رسد (Kordes-de Vaal, 1996: 161-169)؛ به عبارت دیگر انجام دادن فعل اصولاً غیراخلاقی‌تر از ترک افعال یا انفعال در برابر ورود آسیب به دیگران به نظر می‌رسد (Zamir & Teichman, 2014: 674) و شاید به همین خاطر باشد که قانون‌گذار علی‌رغم این‌که ترک فعل را مطابق ماده ۹۵۲ قانون مدنی مبنی بر این‌که «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است» زیان‌بار دانسته، مجبور شده است به‌طور خاص و جداگانه، قانونی همچون ماده واحده «کمک به مصدومین و مخاطرات جانی[2]» را در سال ۱۳۵٤ تصویب کند تا برای اعضای جامعه و همین‌طور بازیگران

1. Omission bias

۲. هرکس شخص یا اشخاصی را در معرض خطر جانی مشاهده کند و بتواند با اقدام فوری خود یا کمک طلبیدن از دیگران یا اعلام فوری به مراجع یا مقامات صلاحیت‌دار از وقوع خطر یا تشدید

حقوقی روشن شود که ترک فعل نیز می‌تواند تبعات مهمی داشته و مسؤولیت آفرین باشد.

توجه کمتر به ترک فعل‌ها را می‌توان ناشی از عادی بودن و تبدیل شدن ترک فعل‌ها به امور روزمره زندگی نیز مرتبط دانست. در حقیقت به موجب سوگیری عادی انگاری یا هنجاری[1]، افراد تمایل دارند واکنش شدیدتر به پیامدهای بدی که ناشی از شرایط غیرعادی است نشان دهند تا به نتایج مشابهی که از شرایط معمولی‌تر ناشی می‌شود؛ به عبارت دیگر ما به راحتی می‌توانیم برای نتیجه حاصل از یک امر غیرعادی در ذهن خود روایت‌های جایگزین بسازیم تا این‌که نتیجه جایگزینی را برای پدیده‌ای که معلول شرایط عادی و معمولی است، بیاوریم (چامالاس و ریگینز، ۱۳۹۹: ۱۹۸-۱۹۷). بر همین اساس می‌توان گفت ترک فعل‌ها جزیی از روند عادی امور شده‌اند، اما فعل‌ها ممکن است شرایطی را که غیرعادی است تشدید کنند و به همین خاطر فعل‌ها احتمال بیشتری نسبت به ترک فعل‌ها دارند تا به عنوان سبب زیان شناخته شوند.

۳-۳. سوگیری تناسب

به تمایل انسان‌ها مبنی بر این‌که هر پیامدی، علتی مشابه خود دارد، سوگیری تناسب[2] گفته می‌شود. در نتیجه بر اساس این سوگیری، پیامدهای بزرگ، علت‌های بزرگ و پیامدهای کوچک، علت‌های کوچک دارند. اگرچه در مواقعی که پیامد بزرگ باشد، امکان وقوع سوگیری مزبور بیشتر خواهد بود. سوگیری تناسب می‌تواند باعث نظریات توطئه شود. انسان‌ها تمایل به یافتن الگوها برای آسان کردن فهم امور اطراف دارند در نتیجه، برای رویدادها نیز به دنبال الگوهای این چنینی می‌گردند (Gagliardi, 2023: 14)، چنان‌که در آزمایشی، آزمودنی‌ها زمانی که با مقاله‌ای

نتیجه آن جلوگیری کند بدون این‌که با این اقدام خطری متوجه خود و یا دیگران شود و با وجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری نماید، به حبس جنحه‌ای تا یک سال و یا جزای نقدی تا هشتاد میلیون ریال محکوم خواهد شد. در این مورد اگر مرتکب از کسانی باشد که به اقتضای حرفه خود می‌توانسته کمک مؤثری بنماید، به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا دو سال یا جزای نقدی از بیست و پنج میلیون ریال تا صد میلیون ریال محکوم خواهد شد.

1. Normality bias
2. .Proportion bias

ساختگی درباره علت مرگ رهبر مخالفین یک کشور آفریقایی که «تصادف رانندگی» بود مواجه شدند، تمایل داشتند آن را ناشی از یک توطئه بزرگ بدانند تا یک اتفاق (Van dijk, 2014: 65 & Van prooijen). متداول‌ترین تناسبی که ممکن است قضاوتی را تحت تأثیر قرار دهد مربوط به تناسب تعداد پیامدها و علت‌هاست. به‌طور کلی در جایی که زیان واحد از علتی واحد تولید شود مشکلی وجود ندارد، اما اگر چند زیان از یک علت حاصل شوند اوضاع فرق خواهد کرد. در زیان‌های بدنی که پای دیه یا ارش به میان می‌آید چنانچه شخص در یک زمان بیش از یک زیان ببیند با زیان‌های هم‌زمان طرف خواهیم بود. بر اساس رأی وحدت رویه شماره ٦٩١ و ماده ۵۳۸ قانون مجازات اسلامی فعلی، در زیان‌های هم‌زمان، اصل بر تعدد و عدم تداخل دیات است، در نتیجه در زمان ورود خسارت به چند عضو، علی‌الاصول دیه هر عضو باید جداگانه محاسبه و پرداخت شود. با این حال با وجود صدور رأی وحدت رویه شماره ٦٩١ و حکم قانون جدید مجازات اسلامی مبنی بر این‌که اصل بر تعدد دیات است، اختلاف بر سر زیان‌های هم‌زمان ناشی از ورود چند زیان در اثر یک ضربه در بین دادگاه‌ها پایان نگرفت. این اختلاف از آنجا ناشی شده که قانون مجازات معیار دقیقی درباره ورود چند زیان از یک ضربه ارائه نداده است. در حقیقت به موجب ماده ٥٤٢ این قانون، اگر رفتارهای متعدد، آسیب‌های متعدد ایجاد کند، باید برای هر آسیبی، جداگانه دیه تعیین شود. همچنین مطابق بند ت ماده ۵٤۳ قانون مزبور نیز یکی از شرایطی که موجب تداخل دیه می‌شود آن است که مجموع آسیب‌ها با یک رفتار حادث شوند. چنان‌که ملاحظه می‌شود قانون حکم دقیقی ارائه نداده است.

عدم تعیین تکلیف در این خصوص، ناشی از پراکندگی آراء در فقه امامیه است. در فقه امامیه نیز ورود یک ضربه را منتج به تداخل دیات دانسته‌اند با این حال نظرات مخالفی نیز در بین فقها وجود دارد. به‌طور کلی به نظر می‌رسد وحدت ضربه اگرچه می‌تواند اماره‌ای برای وحدت زیان و تعدد ضربه، اماره‌ای برای تعدد زیان باشد، اما می‌توان خلاف این امارات را اثبات نمود چه آن‌که آنچه در نهایت اهمیت دارد انتساب عرفی زیان به رفتار زیان‌بار است یعنی بین ضربه و هر زیانی، رابطه سببیت جداگانه وجود دارد و جنایات متعدد هستند (میرشکاری و دیگران، ١٤٠٠:

۵۵۲-۵۵٦).

عدم قطعیت ناشـــی از تصمیم‌گیری درباره متعدد یـــا متداخل بودن دیات در اثر ورود ضربه واحد، موجب اختلاف بین دادگاه‌ها و ســـرایت این اختلاف به دیوان عالی کشـــور شـــد؛ به‌طوری که دیوان را مجبور به صـــدور دو رأی وحدت رویه که مخالف یکدیگر بودند، کرد. دیوان ابتدا در تاریخ ۱٤۰۲/۱۱/۲٤ در رأی شـــماره ۸٤۳ که هیچ‌گاه جزییات آن اعلام نشـــد، اعلام کرد که فقط یک دیه به میزان یک دهم دیه کامل برای شکستن چند مهره کافی است. با این حال پس از صدور این رأی اختلاف بین دادگاه‌ها پایان نپذیرفت و پس از حدوث اختلاف بین شـــعبه سوم و پنجم دادگاه تجدیدنظر اســـتان چهارمحال و بختیاری، مبادرت به صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۵۷ در تاریـــخ ۱٤۰۳/۱۰/۱۱ نمود، مطابق این رأی: «هـــرگاه بر اثر یک رفتار، دو یا چند مهره از مهره‌های ســـتون فقرات بشکند و بدون عیب درمان شود به لحاظ آن‌که در بند ت ماده ٦۳۷ قانون مجازات اســـلامی مصـــوب ۱۳۹۲ و تبصره یک آن، میزان دیه شکســـتن چند مهره با یک رفتار تعیین نشده اســـت با استناد به مواد ۵۳۸، ۵٤۱، ۵٤۳ و ۵۷۰ قانون مذکور در صورتی که مهره‌های شکسته شده مطابق نظریه پزشکی قانونی (عرف خاص) شکســـتگی متعدد محسوب شـــود، با توجه به تعدد شکستگی و اصل عدم تداخل دیات، برای شکســـتگی هر مهره که بدون عیب درمان شـــده یک دهم دیه کامل تعیین می‌شـــود و شکســـتن یک مهره از چند نقطه، شکســـتگی متعدد محســـوب نمی‌گردد؛ لذا هیأت عمومی دیوان عالی کشـــور بر اساس ماده ٤۷۳ قانون آیین دادرســـی کیفری رأی وحدت رویه شماره ۸٤۳ مورخ ۱٤۰۲/۱۱/۲٤ (که مشعر بر تعیین یک دهم دیه برای شکســـتن چند مهره بود) را تغییر داده و برای هر یک از مهره‌های شکسته شده که پزشکی قانونی آن‌ها را متعدد اعلام کند، ده درصد دیه کامل تعیین می‌شود ...».

مســـأله تناســـب فقط در مورد تعداد پیامد و علت مطرح نمی‌شود، بلکه بسته به عادی بودن یا عادی نبودن، بزرگ یا کوچک بودن و پیچیده یا ســـاده بودن پیامد، تمایل به ارزیابی علت و ســـبب زیان نیز تغییر خواهد کـــرد؛ بنابراین اگر در دعوای مسؤولیت بین زیان و ســـبب احتمالی آن، تناسب‌های این‌چنینی برقرار نباشد ممکن اســـت آن سبب احتمالی، به عنوان سبب زیان شناســـایی نشود. چنان‌که در بین افراد

دیده شـــده است شناسایی ویروس یا میکروب به عنوان عامل کُشنده به دلیل کوچک بودن و عدم امکان مشاهده‌شـــان برای بسیاری دشوار و غیرقابل امکان به نظر می‌رسد (Miller & Bornstein, 2016: 252-253). این تناســـب داشتن زیان و علت آن، در بُعـــد زمان و مکان نیز بـــه هماهنگی نیاز دارد در نتیجـــه، در زیان‌هایی که اصولاً در زمان‌ها یا مکان‌هایی رخ می‌دهند که عادتاً انتظار رخدادشـــان در آن زمان‌ها و مکان‌ها وجود ندارد ممکن است عواملی که به عنوان سبب زیان معرفی‌شده‌اند در ذهن قاضی به عنوان سبب زیان شناخته نشوند.

٤-٣. سوگیری پس‌نگری

ســـوگیری پس‌نگری[1] یا واپس‌نگری یا گذشـــته‌نگری یکی از سوگیری‌های متداول در میان اشـــخاص اســـت و می‌توان آن را پدیده «من به تو گفته بودم» و «من می‌دانســـتم» نامید؛ چراکه در این سوگیری، همه چیزی که در گذشته رخ داده است، برای انســـان واضح به نظر می‌رسد؛ به عبارت دیگر انسان‌ها با نگاه به گذشته، جهان را قانونمندتر و قابل پیش‌بینی‌تر از آنچه که هست تصور می‌کنند و از این نظر قدرت پیش‌بینی خود را درباره نتیجه مســـأله‌ای که در گذشـــته رخ داده اســـت، بالا تصور می‌نمایند؛ گویی نتیجه کار از ابتدا برایشـــان قابل پیش‌بینی بوده و آن را می‌دانســـتند (Fischhof & Beyth, 1975: 14-15). در ســـوگیری پس‌نگـــری افراد جزییات یک نتیجه خاص را به یاد می‌ســـپارند و سپس از طریق آن اطلاعاتی را به‌طور انتخابی از حافظه فرامی‌خوانند که با نتیجه ســـازگار است، سپس اطلاعات جدید به سرعت در شـــبکه‌ای از ساختارهای دانشِ به هم پیوســـته ادغام می‌شوند، به‌طوری که پیوندهای معنایی جدیدی بین اطلاعاتِ مربوط به نتیجه جدید و دانش قدیمی ایجاد می‌شـــود (Epstude & Neal, 2009: 56)؛ لـــذا در پس‌نگـــری دو متغیر بـــه هم می‌پیوندند: نخســـت،حافظه معیوب[2] در مورد ارزیابی احتمـــال قبل از رویداد (من گفته بودم این اتفاق خواهد افتاد)؛ و دوم، باورهای اغراق‌آمیز در توانایی برای پیش‌بینی (می‌دانســـتم که این اتفاق خواهد افتاد). قضات و دادرسان به عنوان کسانی که پس از وقوع حادثه زیان‌بار و با علم به نتیجه آن باید تصمیم‌گیری کنند در معرض خطای پس‌نگری قرار

1. Hindsight bias
2. Memory distortion

دارنـــد. اصلی‌ترین اثر خطای پس‌نگری در حوزه مســـؤولیت مدنی مربوط به تقصیر است.

در حقوق ایران مبنای مســـؤولیت، «تقصیر» اســـت و در جایی که مسؤولیت مبتنی بر تقصیر باشـــد، زیان‌دیده باید ثابت کند که رفتار ارتکابی مصداق تقصیر بوده و این تقصیر منتسب به عامل زیان است، همچنین تقصیر به تجاوز از تکلیف و تعهد قابل شناســـایی یا تجاوز از رفتاری که برای حمایت از دیگران لازم است و یا تجاوز از رفتار انسان متعارف تعریف شده است (قاسم‌زاده، ۱۴۰۰: ۲۷).

از منظر تحلیل اقتصادی، هر شـــخصی در جامعـــه بابت فعالیت خود ملزم به رعایت ســـطح بهینه‌ای از احتیاط است که نقطه بالاتر از این سطح، «احتیاط بیشتر» و پایین‌تر از آن «تقصیر» قرار دارد. در نظام حقوقی ایران نظام احتیاطی پذیرفته شـــده، نظام احتیاط متعارف اســـت و با اشخاصی رو به رو خواهیم بود که ریسک‌گریز میانه هســـتند. مراد از شخص ریسک‌گریز شخصی است که ســـعی در بیشینه‌سازی منافع و کاهش هزینه‌ها دارد. اشخاص ریســـک‌گریز، همواره نگاه میانه‌ای دارند و ضریب احتمال وقوع خســـارت را پنجاه درصد تلقی می‌کننـــد. در نهایت نقطه بهینه احتیاط عبارت خواهد بود از میزان هزینه احتیاط به نســـبت احتمال خسارت (پنجاه درصد) ضرب در میزان خســـارت که اگر هزینه احتیاط کمتر از احتمال خســـارت ضرب در میزان خســـارت باشد، نقطه بهینه احتیاط به دست آمده است (ایران‌پور، ۱۳۹۸: ۲۹۵–۲۹۸)؛ با این حال قضاوت پس‌نگرانه حد احتیاط را بیش از آنچه که محاسبات ریاضی به دســـت می‌دهد در نظر می‌گیرد و در این صورت رفتار عامل زیان را به دلیل عدم پیش‌بینی حادثه، تقصیر تلقی می‌کند. این مســـأله در چندین آزمایش نیز ثابت شـــده است.

در یکی از این آزمایش‌ها، شـــرکت کنندگان به دو دسته تقسیم شدند. به یک دســـته از شـــرکت‌کنندگان گفته شد که در صورت وقوع ســـیل ناگهانی، آیا اقدامات احتیاطی توسط شهرداری باید انجام شود؟ و به دسته دیگر گفته شد که سیلِ ناگهانی، به وقوع پیوســـته و شهرداری نتوانســـته اقدامات احتیاطی انجام دهد در این صورت اقدامات شـــهرداری مصداق سهل‌انگاری و تقصیر اســـت؟ از بین گروه اول، تنها ۲۴ درصد معتقد بودند که شـــهرداری می‌بایســـت اقدامات احتیاطی انجام دهد در حالی

که ۵۷ درصد از کســانی که در آینده و بعد از وقوع ســیل و با اطلاع از آن قضاوت می‌کردند اظهار داشــتند که عدم انجام احتیاطات، ســهل‌انگاری و تقصیر بوده است (Rachlinski & Kamin, 1995: 94-99).

با این حال نباید سوگیری پس‌نگری را مسأله‌ای صرفاً مختص به تقصیر تلقی نمود و ارتباط آن را با رابطه ســببیت نفی کرد؛ بلکه ارتباط غیرمســتقیمی که در این میان ایجاد می‌شود حائز اهمیت است؛ چه آن‌که سببیت را می‌توان انتساب زیان قابل پیش‌بینی به رفتار زیان‌بار عامل زیان تعریف کرد؛ بنابراین انتســاب زیان با پیش‌بینی کردن آن ملازمه دارد و شخص عقلاً باید مسؤول مستقیم زیان‌هایی باشد که برای او پیش‌بینی‌پذیر بوده است.

از طرف دیگر، کامل شدن رابطه سببیت در قضاوت دعوای مسؤولیت، معلول نوعی هماهنگی بین قاعده اکتشــافی معرف بودن و سوگیری پس‌نگری است؛ چراکه بر اثر قاعده اکتشافی معرف بودن، اشخاص این‌گونه فکر می‌کنند که اگر تقصیر نباشد سببیت نیز محقق نمی‌شود پس باید تحقق سببیت را نماینده و معرف تقصیر دانست، افزون بر این‌که با وقوع ســوگیری پس‌نگری، ذهن به این ســمت پیش می‌رود که با احراز تقصیر به صورت حتمی، سببیت نیز محقق شده است و خود را مطلع از تحقق آن فرض می‌کند (ایران‌پور، ۱۴۰۱: ۱۶۷).

در جایی که پای پدیده «سرزنش قربانی[1]» به میان می‌آید عدم پیش‌بینی شرایط منجر به انتســاب مسؤولیت می‌شــود. ســرزنش قربانی حاصل این تلقی از خطای پس‌نگری اســت که در آن قربانی یک حادثه احتمالاً در زیانی که متحمل شده است نقش داشته و گوشه‌ای از زیان معلول رفتار اوست به عبارت دیگر قربانی باید شرایط وقوع زیان را پیش‌بینی می‌کرد و حال عدم پیش‌بینی شــرایط برای وی نوعی تقصیر بوده است (Vitiello, 2022: 44-45). سرزنش قربانی به شکل نوعی فرهنگ عمومی می‌تواند تمرکز مســؤولیت مدنی را از عامل زیان کــه نظم طبیعی امور را به هم زده است، به سرزنش زیان‌دیده منحرف کند (میرشکاری و دیگران، ۱۴۰۳: ۷۹). به شکل استدلال حقوقی سرزنش قربانی در قالب «قاعده اقدام» متبلور می‌شود.

قاعده اقدام یکی از مســقطات ضمان به حساب می‌آید و به حالتی اشاره دارد

1. Victim blaming

کـــه در آن زیان‌دیده، خود را در معرض ورود زیان قرار داده اســـت. در حقیقت این قاعده بدین معناســـت که هرگاه مالک احترام مال یا نفس خود را اسقاط کند و بنا را بر عدم حرمت بگذارد، ضمان و مسؤولیت منتفی خواهد شد و به نظر می‌رسد مبنای قاعده اقدام در بیشتر موارد رابطه سببیت است (کاظمی، ۱۳۸٤: ۲۲۲-۲۲۱).

یکـــی از اجزای خطای پس‌نگری، اجتـــناب‌ناپذیری[1] اســـت. بدین معنا که قـــضاوت پس از وقوع یک اتفـاق، احتمال رخ دادن آن حادثـه را در ذهن قـضاوت کننـــده بالا برده و اجتناب‌ناپذیر می‌کند و او را به این نتـــیجه می‌رســـاند که سِـــیر پیشرفت امور در خصوص آن حادثه، به‌طور اجتناب‌ناپذیر آن نتیجه را رقـــم می‌زده است (Roese & Vohs, 2012: 421). در پدیده سرزنش قربانی نیز قربانی رفتارهایی از خود بروز می‌دهد یا شـــرایطی را ایجاد می‌کند که احتمال ورود زیان را به او بیشتر می‌کند با این حال او هرگز بـــه ورود زیان رضایت نداده، اما در قضاوت پس‌نگرانه، ورود زیان به علت رفتارهای زیان‌دیده اجتناب‌ناپذیر تصور می‌شود.

مـــوارد مربوط به آزار و اذیت جنســـی را باید از حوزه‌هـــای دخالت خطای پس‌نگری در زمینه ســـرزنش قربانی به شمار آورد. در آزار و اذیت جنسی متغیرهایی نظیر آشنایی قبلی زیان‌دیده و عامل زیان، مستی زیان‌دیده، نوع پوشش، ورود به منزل عامل زیان و... ممکن اســـت باعث شـــود که خود او عامل زیان به خود و راضی به وقوع رابطه تلقی شـــود (ارونســـون، ۱۳۹٦: ۳۳۵). نگرش پس‌نگرانه نسبت به آزار و اذیت جنسی و سرزنش زیان‌دیده این حادثه بر چهار عنصر مهم استوار می‌شود: پنهان کردن خشـــونت، پنهان کردن مســـؤولیت مرتکب، کتمان مقاومت قربانی و در نهایت ســـرزنش قربانی. بر همین اساس وقتی مقاومت قربانی در برابر خشونت پنهان شود، اصل خشـــونت، میزان آن و عمد مرتکب نادیده انگاشـــته شده و اغلب رفتار مرتکب از چرخه حافظه حذف و قربانی مســـؤول شناخته خواهد شد (میرشکاری و دیگران، ۱٤۰۳: ۸۳).

در همین حال ســـوگیری مشـــابهی با ســـوگیری پس‌نگری به نام ســـوگیری نتیجه‌نگری[2] وجود دارد. ســـوگیری نتیجه‌نگری به تمایل به قضاوت در مورد کیفیت

1. Inevitability
2. Outcome bias

یک تصمیم یا عمل با تمرکز بر نتیجه نهایی به جای بررسی عواملی که در زمان اتخاذ تصمیم یا انجام عمل وجود داشته‌اند اشاره دارد؛ یعنی ما به جای نگاه به فرایند حادثه تنها به نتیجه آن نگاه می‌کنیم. این مسأله به خصوص در زمانی که قضاوت کننده جز نتیجه کار از اطلاعات دیگری برخوردار نیست، بالاترین احتمال را برای رخداد دارد (Baron & Hershey, 1988: 569). برای مثال اگر دو وکیل وجود داشته باشند که در یک سال بیست پرونده داشته‌اند و وکیل اول، همه پرونده‌های خود را پیروز شده و وکیل دوم نیمی از پرونده‌ها را شکست خورده است و از این طریق گفته شود که وکیل دوم وکیل خوبی نیست سوگیری نتیجه نگری رخ داده است؛ چراکه ممکن است پرونده‌های وکیل دوم سخت‌تر و عوامل بیرونی دیگری در این خصوص دخیل بوده باشد.

تمرکز بر نتیجه امر و نتیجه‌نگری در دعوای مسؤولیت می‌تواند باعث شود قاضی آن را میان‌بری برای رسیدن به تقصیر تلقی کند (Zamir & Teichman, 2018: 337). همچنین نباید نقش نتیجه‌نگری را در زمان شناسایی تقصیر سنگین نادیده گرفت. تقصیر سنگین یا غیرقابل بخشش باعث می‌شود استناد به شروط و قواعد معاف کننده مسؤولیت مانند شرط عدم یا تحدید مسؤولیت غیرممکن شود. شناسایی تقصیر سنگین از امور چالش برانگیز در دادرسی به حساب می‌آید با این حال اگر نتیجه زیان‌بار بسیار بد باشد امکان این‌که آن را معیاری برای تقصیر سنگین در نظر بگیرند، وجود دارد.

در فرض تعدد اسباب نیز سوگیری نتیجه‌نگری باعث می‌شود سببی که زیان بیشتری از جانب وی حاصل شده باشد به عنوان سبب اقوی شناخته شود (ایران‌پور، ۱۴۰۱: ۱۷۹)؛ فارغ از این‌که میزان تأثیر رفتار او در فرایند ورود زیان زیاد یا کم بوده باشد. نتیجه‌نگری می‌تواند به تأثیر خطای پس‌نگری بر سرزنش قربانی کمک کند؛ زیرا ممکن است این تلقی وجود داشته باشد که نتیجه بد ناشی از تصمیم بد قربانی بوده است.

۵-۳. سوگیری تأیید

سوگیری تأیید[1] را به عنوان پایه و مادر سایر سوگیری‌ها و خطاهای شناختی معرفی نموده‌اند. در سوگیری تأیید انسان‌ها تمایل به پذیرش دانش، اطلاعات و شواهدی دارند که با پیش‌فرض‌ها، دریافت‌ها و باورهایشان مطابقت داشته و آن‌ها را تأیید می‌کند و در عین حال اطلاعاتی را که با باورهای آن‌ها در تضاد بوده یا آن‌ها را به چالش می‌کشد، نادیده گرفته یا رد می‌کنند (Fischhoff et al, 1980: 117). هر نوع تصمیم‌گیری و قضاوتی در مدل داستانی یک فرایند دوسویه دارد. در مدل داستانی، مسأله سببیت در قلب و مرکزیت روایت و داستان قرار می‌گیرد، اما این مرحله اول از فرایند قضاوت است. در مرحله دوم و پس از این‌که روایت و داستان‌ها در ذهن شکل می‌گیرند و به عنوان نوعی «باور قضایی» شناخته می‌شوند، قاضی به سراغ ادله و مدارکی خواهد رفت که باور قضایی وی را تأیید می‌کند. سوگیری تأیید یک روایت ثانویه است؛ بدین معنا که هرچه که با روایت اولیه منتخب، متضاد باشد باید نادیده گرفته شده و به میزان بیشتری مورد انتقاد قرار بگیرد (ساکیانی و واعظی، ۱۴۰۱: ۲۵۲)؛ بنابراین سوگیری تأیید یک سوگیری مکمل و پسینی در فرایند احراز سببیت است که بر اساس آن هنگامی که قاضی یک رابطه سببیت ترجیحی را از میان روایت‌های مختلف در ذهن دارد، تمایل می‌یابد در روایت ثانوی و نهایی خود قدرت اقناعی دلایل را به نفع آن علت و سبب ترجیحی که در ذهن شکل گرفته است بیش از حد برآورد کند و متعاقباً تمایل خواهد داشت دلایل مربوط به سایر احتمالات مربوط به سببیت را نادیده بگیرد یا کم‌ارزش جلوه دهد و چه بسا دلایل مبهم را به گونه‌ای تفسیر کند که با سبب ترجیحی خود بیشتر سازگاری داشته باشد (Biggs et al. 1993: 892-893).

در حقوق ایران از آنجا که مبنای مسؤولیت «تقصیر» به شمار می‌آید و آموزه‌های حقوقی بر نقش تقصیر تأکید دارند یافتن تقصیر تبدیل به یک امر کلیشه‌ای در ذهن قاضی و متعاقباً تبدیل به یک عقیده عمومی و طرح‌واره ذهنی در او می‌شود (Brozek et al. 2021: 193-194)؛ لذا در مواردی که چند عامل زیان‌بار وجود دارند قاضی ممکن است عاملی را به عنوان سبب ترجیح دهد که مرتکب تقصیر شده است

1. Confirmation bias

و عاملی که بدون تقصیر نیز به دلیل رژیم مسـؤولیت بدون تقصیر می‌تواند مسـؤول شناخته شود نادیده بگیرد.

نکتـه مهم در خصوص تقصیر آن اسـت که پس از این‌که اثر منفی سـببیت، عواملی را بیرون از دایره ورود زیان قرار می‌دهد، در راسـتای اثر اثباتی سببیت، ذهن از بین عوامل باقی‌مانده، با یافتن تقصیر او را به عنوان سبب زیان می‌شمارد و عوامل باقی‌مانده را نیز از چرخه ذهن خارج می‌کند؛ ناگفته پیداسـت که به قیاس اولی، عمد یکی از عوامل نیز چنین اثری دارد (ایران‌پور، ۱۳۹۸: ۳۰۲).

اهمیت بررسی سـوگیری تأیید در بحث از ادله اثبات دعوی نمایان می‌شود. در رسیدگی به دعوای مسـؤولیت، قاضی بر اساس سوگیری تأیید، در جست و جو و تفسـیر ادله، به یافتن شواهد و تفسیرهای هم‌راستا با سبب مورد قبول خود خواهد پرداخت. در همین حال، تشخیص این‌که رفتار خوانده باعث زیان بوده است یا خیر، در اغلب موارد امری فنی و تخصصی به حسـاب آمده و باید کارشـناس اظهار نظر کند، رجوع به کارشـناس نیز یا توسـط طرفین دعوا و یا توسط خود قاضی صورت می‌پذیرد (شـمس، ۱۳۹۸: ۲۱۲). قضات در راستای سوگیری تأیید ممکن است گاه امر موضوعی تخصصی را به کارشـناس ارجاع ندهند و گاه ممکن اسـت که نظریه کارشـناس را مبنی بر تعیین مسـؤول زیان بدون دقت نظر بپذیرنـد. باور و عقیده عمومی مبنی بر این‌که مسـؤول و مقصر حادثه باید توسـط کارشناس مشخص شود در میان قضات متداول اسـت. بسـیاری از قضات چشم بسته نظریه کارشناسی را در این موضوع به یک دلیل مشـخص یعنی سـوگیری تأیید می‌پذیرند؛ چراکه معتقدند حتماً تقصیری از عاملین سـر زده که کارشناس یا هیأت کارشناسی برای آنان درصد تعیین کرده اسـت و از این طریق رابطه سببیت احراز می‌شود؛ در نتیجه ارزیابی سایر احتمالات و اتفاقاتی که ممکن است در وقوع زیان نقش داشته باشند، بدین وسیله از طرف قاضی نادیده گرفته می‌شود.

باید توجه داشـت که در دعاوی مسؤولیت برای تعیین سبب مادی حادثه و نه رابطه سببیت از نظریه کارشناسی استفاده خواهد شد. به‌طور مثال برای تشخیص این‌که آیا نقص سیستمی خودرو باعث آتش‌سـوزی شده است یا خیر، قاضی چاره‌ای جز ارجاع امر به کارشـناس ندارد. کارشناس نیز باید در حدود امور موضوعی تخصصی

اظهار نظر کند و هرگونه خروج او از این دایره نباید معتبر شناخته شود؛ لذا کارشناس حق ندارد که مسؤول حادثه یا به تعبیر دیگر مقصر حادثه را معرفی و مشخص نماید. البته در فرض تعدد اسباب، معیار تشخیص این‌که آیا زیان در اثر هم‌زمانی اسباب یا تقدم و تأخر آن‌ها شکل گرفته است نظر کارشناس خواهد بود. همچنین ممکن است دادرس در فرایند احراز رابطه سببیت که امری عرفی است از عرف مطلع نباشد در این صورت برای اطلاع از عرف، نظریه کارشناسی کارساز می‌شود و در این صورت، نظریه کارشناسی نه به عنوان دلیل بلکه در حکم عرف است (برهانی و بادکوبه هزاوه، ۱۴۰۰: ۷۸-۷۹)؛ بنابراین کارشناس حق احراز رابطه سببیت را ندارد و وضعیتی همچون تعیین درصد تقصیر توسط کارشناس در زمان وجود اسباب متعدد و تأیید این امر توسط دادگاه، باعث آشفتگی در رویه قضایی و معلوم نبودن معیار تعیین سببیت می‌شود. چنین امری هیچ توجیه قانونی ندارد.

برآمد

۱- قانون‌گذار ضابطه مشـــخصی برای احراز رابطه ســـببیت ارائه نکرده و در ادبیـــات حقوقی نیز برای تشـــخیص آن به معیار مبهم و ضابطـــه ناپذیر عرف ارجاع داده می‌شـــود. تصمیم‌گیری در چنین شـــرایطی ممکن است مقام قضایی را به سمت قضاوت‌های شـــهودی که خطاپذیر است ســـوق دهد. در احراز رابطه سببیت، رجوع قاضی به ســـبب متعارف و عرف که مراد از آن رجوع به اشـــخاص متوســـط جامعه اســـت، توجه قاضی به تمایلات شـــهودی خود را موجب می‌شـــود. قضات در زمان قضاوت دعوای مسؤولیت به دنبال داستانی منسجم از ورود زیان هستند و این داستان همواره در زمینه خاصی که طرفین دعوا روایت می‌کنند ســـاخته می‌شود؛ لذا می‌تواند در معرض خطاهای مختلف باشـــد. پنج سوگیری اصلی که در این مسیر ایفای نقش می‌کنند عبارت اســـت از: خطای اساسی در انتساب، ســـوگیری ترک فعل، سوگیری تناسب، سوگیری پس‌نگری و سوگیری تأیید.

۲- سوگیری‌های شناختی گاه در مبنای استدلالی رأی دادگاه پدیدار گشته که قاعده اقدام یکی از این موارد است و گاه نیز در رأی دادگاه به شکل مشخص نمایان نمی‌شوند. این سوگیری‌ها به طرق مختلفی، مستقیم یا غیر مستقیم، یاری‌گر قاضی در احراز رابطه ســـببیت هستند و در شرایطی که قضات به پرونده‌های بسیاری رسیدگی کرده و فراغت کمی برای تفکـــر جامع در خصوص هر پرونده دارند کمک می‌کنند؛ با این حال ســـوگیری‌های شناختی مبتنی بر تفکر کامل و عمیق نیستند و آثار منفی به همراه دارند.

۳- راه‌حل‌های متقن و دقیقی جهت از بین بردن آثار منفی سوگیری‌های شناختی قضات در مسأله ســـببیت قابل طرح نیست؛ اگرچه امری مانند پذیرش درصد تقصیر تعیینی کارشناس توســـط قضات و وقوع سوگیری تأیید از این حیث قابل پیشگیری است؛ زیرا در قانون حقی برای تعیین درصد تقصیر و احراز سببیت توسط کارشناسان وجود نـــدارد؛ بنابراین اولین گام باید آگاهی قضات از وجود چنین ســـوگیری‌هایی باشـــد، آگاهی‌هایی که می‌تواند در زمان آموزش قضات و یا در قالب قوانین مختلف صورت پذیرد. همچنین آســـان کردن طرق اثباتی برخی از زیان‌های خاص مانند زیان ناشـــی از آزار و اذیت جنسی توسط قانون‌گذار می‌تواند از وقوع سوگیری پس‌نگری

و سرزنش قربانی جلوگیری کند. به‌طور مثال قانون‌گذار می‌تواند با ممنوع کردن تمرکز دادگاه بر وضعیت پوشش قربانیِ زیان ناشی از آزار و اذیت جنسی، قاضی را از وقوع سوگیری باز دارد. به لحاظ فردی، بهتر است قضات بلافاصله پس از پایان رسیدگی به پرونده در ذهن خود تصمیم‌سازی نکنند، بلکه با اندکی تأمل، قضاوت را برای مدتی هرچند کوتاه به تعویق اندازند تا حتی‌الامکان بتوان از تفکر جامع به جای قضاوت‌های شهودی استفاده نمود. در انتها پیشنهاد می‌شود در زمان گزینش افراد جهت تصدی منصب قضاوت از استخدام افرادی که دارای سلامت روان و ظرفیت روانی لازم نیستند جلوگیری شود؛ چراکه این افراد به لحاظ شخصیتی، متعصب و متعاقباً بیشتر در معرض وقوع سوگیری هستند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اتکینسون، ریتا و اتکینسون، ریچارد؛ اسمیت، ادوارد؛ بم، داریل و نولن، سوزان (۱۳۸۸)، **زمینه روانشناسی هیلگارد**، برگردان: محمد تقی براهنی و دیگران، تهران: رشد.

* ارونسون، الیوت (۱۳۹٦)، **روانشناسی اجتماعی**، برگردان: حسین شکرکن، تهران: رشد.

* اکبری، پرویز و عربیان، اصغر (۱۳۹۹)، «**بررسی دامنه قاعده تحذیر (هشدار) در حقوق موضوعه**»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره ۲۵.

* ایران‌پور، فرهاد (۱۳۹۸)، **مبانی و کاربرد تحلیل اقتصادی در حقوق خصوصی**، تهران: دنیای اقتصاد.

* ایران‌پور، فرهاد (۱٤۰۱)، **تحلیل اقتصاد رفتاری در حقوق خصوصی: رویکردی نوین به حقوق اموال، قراردادها و مسؤولیت مدنی از دیدگاه علم روانشناسی**، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

* بادینی، حسن و ایمانی، کریم (۱٤۰۱)، «**نگرشی تحلیلی بر نقش هشدار در مسؤولیت مدنی تولیدکنندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات**»، حقوق خصوصی، دوره ۱۹، شماره ۱.

* باریکلو، علیرضا و حسامی شهرضایی، زینب (۱۳۹۸)، «**تحلیل کارکرد قاعده هشدار در مسؤولیت مدنی ناشی از تولید**»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۱۱، شماره ٤.

* برمودز، خوزه لوئیز (۱۳۹۵)، **نظریه‌های علم شناخت: مقدمه‌ای بر علم ذهن**، برگردان: سید کمال خرازی، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.

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

* چامالاس، مارتا و ریگینز، جنیفیر (۱۳۹۹)، **ارزیابی زیان؛ نگاهی نو به تأثیر جنسیت و نژاد بر حقوق مسؤولیت مدنی**، برگردان: دکتر عباس میرشکاری و دیگران، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* حسینی‌پناه، حسین (۱۴۰۱)، **ذهن فریبکار من**، تهران: اریش.
* رضایی، مجید و صدرآبادی روستایی، حمید و جعفری خسروآبادی، نصرالله و سرمدی، پگاه (۱۴۰۴)، «**تعدد اسباب و چالش های توزیع خسارت در حقوق ایران؛ با تأکید بر امکان‌سنجی استفاده از ریاضیات و هوش مصنوعی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۳۱.
* ساکیانی، زهرا و واعظی، سید عباس (۱۴۰۱)، «**اثرسنجی سوگیری‌های شناختی بر کیفیت عدالت در تصمیم‌گیری قضات دادگاه‌های کیفری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۹.
* شمس، عبدالله (۱۳۹۸)، **ادله اثبات دعوی: حقوق ماهوی و شکلی**، تهران: دراک.
* صادقی، محمدهادی و میرزایی، محمد (۱۳۹۸)، «**ماهیت رابطه استناد و معیار احراز آن**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۲۱.
* صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۸)، **مسؤولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، تهران: سمت.
* فیسک، سوزان و تیلور، شلی (۱۴۰۰)، **شناخت اجتماعی؛ از مغز تا فرهنگ**، برگردان: سوسن علیزاده فرد و دیگران، تهران: آییژ.
* قاسم‌زاده، مرتضی (۱۴۰۰)، **الزام‌ها و مسؤولیت مدنی بدون قرارداد**، تهران: میزان.
* قربانی، علی اصغر و مهرا، نسرین و آشوری، محمد و رستمی، هادی (۱۴۰۴)، «**چالش‌های کارشناسی در سببیت با تأکید بر نظرات پزشکی قانونی در پرونده‌های خطای پزشکی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۳۱.
* کاظمی، محمود (۱۳۸۴)، «**قاعده جلوگیری از خسارت**»، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸.
* کانمن، دنیل (۱۴۰۱)، **تفکر سریع و کند**، برگردان: فاطمه امیدی، تهران: نوین.
* میرشکاری، عباس (۱۳۹۶)، **رساله عملی در مسؤولیت مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* میرشـــکاری، عباس و عابدی، علی و صمدی، افروز (۱٤۰۰)، «**ضابطه وحدت یا تعدد زیان‌های بدنی؛ تلاشـــی برای بازگشت به قواعد عمومی مسؤولیت مدنی**»، نشریه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۵۱، شماره ۲.

* میرشـــکاری، عباس و عبدی، مونا و ملکی، نفیسه (۱٤۰۳)، **مکافا و مدارا؛ درباره فرهنگ مطالبه خسارت**، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* میرمحمدصادقی، حســـین (۱٤۰۰)، **حقوق جزای عمومی**، جلد نخســـت، تهران: دادگستر.

* هاشمی، سید احمدعلی (۱۳۹۲)، «**اسباب متعدد در مسؤولیت مدنی**»، دو فصل‌نامه علمی پژوهشی دانش حقوق مدنی، شماره ۲.

ب. انگلیسی

* Baron, J. Hershey, C. J. (1988), **Outcome Bias in Decision Evaluation**, Journal of Personality and Social Psychology, 54(4).

* Biggs, E. Akimoto, A. S. Sanbonmatsu, M. D. (1993), **Overestimating Causality: Attributional Effects of Confirmatory Processing**, Journal of Personality and Social Psychology, 65(5).

* Bornstein, H. B, Wiener, R. L. Schopp, R. F. Willborn, S. L. (2008), **Civil Juries and Civil Justice: Psychological and Legal Perspectives**, New York: Springer.

* Brozek, B. Hage, J. Vincent, N. A. (2021), **Law and Mind: A Survey of Law and the Cognitive Sciences**, Cambridge: Cambridge University Press.

* Chamallas, M. (1998), **The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law**, University of Pennsylvanla Law Review, 146(2).

* Epstude, K. Roese, J. N. (2009), **Hindsight bias redefined: It's about time**, Organizational Behavior and Human Decision Processes, 110(1).

* Fischhof, B. Beyth, R. (1975), **I knew it would happen—Remem-**

bered probabilities of once future things, Organizational Behavior and Human Performance, 13(1).

❋ Fischhoff, B. Koriat, A. Lichtenstein, S. (1980), **Reasons for Confidence**, Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory, (6)2.

❋ Frank, J. (1930). **Law and the Modern Mind**, Routledge.

❋ Gagliardi, Lorenzo (2023), **The Role of cognitive biases in Conspiracy Beliefs: A literature review**, Journal of Economic Surveys, 39(1).

❋ Galinsky, D. A. Moskowitz, B. G. (2000), **Counterfactuals as Behavioral Primes: Priming the Simulation Heuristic and Consideration of Alternatives**, Journal of Experimental Social Psychology, 36(4).

❋ Grafstein, R. (1995), **Rationality as Conditional Expected Utility Maximization**, Political Psychology, 16(1).

❋ Hans, V. P. Robbennolt, J. K. (2016), **The Psychology of Tort Law**, New York: New York University Press.

❋ Hastie, R. Pennington, N. (1992), **Explaining the Evidence: Tests of the Story Model for Juror Decision Making**, Journal of Personality and Social Psychology, 62(2).

❋ Kordes-de Vaal, J. (1996), **Intention and the Omission Bias: Omissions Perceived as Nondecisions**, Acta Psychologica, 93(1-3).

❋ Leiter, B. (2010). **Legal formalism and legal realism: what is the issue**. Legal theory, 16 (2).

❋ Miller, M. Bornstein, B. (2016), **Advances in Psychology and Law**, V.1, New York: Springer.

❋ Rachlinski, J. J. Kamin, A. K. (1995) **Ex Post ≠ Ex Ante; Deter-**

mining Liability in Hindsight, Law and Human Behavior, 19(1).

❋ Read, S. J. (1987), **Constructing Causal Scenarios: A Knowledge Structure Approach to Causal Reasoning**, Journal of Personality and Social Psychology, 52(2).

❋ Reb, J. Connolly, T. (2003), **Omission bias in vaccination decisions: Where is the "omission" Where is the bias**, Organizational Behavior and Human Decision Processes, 91(2).

❋ Robins, W. R. Spranca, D. M. (1996), **The Actor-Observer Effect Revisited: Effects of Individual Differences and Repeated Social Interactions on Actor and Observer Attributions**, Journal of Personality and Social Psychology, 71(2).

❋ Roese, N. Vohs, D. K. (2012), **Hindsight Bias**, Perspectives on Psychological Science, 7(5).

❋ Spellman, A. B. Kincannon, P. A. (2001), **The Relation between Counterfactual ("But for") and Causal Reasoning: Experimental Findings and Implications for Jurors' Decisions**, Law and Contemporary Problems, 64(4).

❋ Tanner, C. Medin, D. L. (2004), **Protected values: No omission bias and no framing effects**, Psychonomic Bulletin and Review, 11(1).

❋ Tversky, A. Kahneman, D. (1973), **Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability**, Cognitive Psychology, 5(2).

❋ Tversky, A. Kanhneman, D. (1974), **"Judgment under uncertainity: Heuristics and Biases"**, Science, 185(4157).

❋ Van dijk, E. Van prooijen, J. (2014), **When consequence size predicts belief in conspiracy theories: The moderating role of perspective taking**, Journal of Experimental Social Psychology, 55.

❋ Vitiello, M. (2022), **Victim Blaming; When is it Legally Appropriate**, Quinnipiac Law Review, 41(1).
❋ Weinrib, E. J. (1988), **Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law**, The Yale Law Journal, 97(6).
❋ Zamir, E. Teichman, D. (2014), **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, New York: Oxford University Press.
❋ Zamir, E. Teichman, D. (2018), **Behavioral Law and Economics**, New York: Oxford University Press.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۱۰۴-۷۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۱۶

گونه‌شناسی و هرمنوتیک «استدلال حقوقی» با واکاوی مفهومی در چارچوب فلسفه حقوق

امین قاسم‌پور[۱]، نازنین زهرا صفائی[۲]

چکیده

استدلال حقوقی به‌مثابه رکن بنیادین فرایند قضایی، همواره در معرض مواجهه با چالش‌هایی نظری در باب چیستی، حدود و روش‌شناسی تفسیر قواعد حقوقی بوده است. پرسش محوری آن است که آیا می‌توان گونه‌های متنوع استدلال حقوقی را در قالب چارچوبی مفهومی و در پرتو فلسفه حقوق صورت‌بندی نمود و نسبت آن‌ها با مبانی معرفتی، اخلاقی و ساختاری حقوق چیست. این پرسش به ویژه در دوران معاصر و در برابر مسائل نوظهور اجتماعی و اخلاقی، اهمیتی فزاینده می‌یابد. پژوهش حاضر با رویکردی توصیفی تحلیلی، دو گونه متمایز استدلال را واکاوی می‌نماید: نخست، رویکرد درون‌ساختاری که بر سازکارهای تفسیری درون متن حقوقی تمرکز دارد و در پی حفظ انسجام و قطعیت نظام حقوقی است؛ و دوم، رویکرد برون‌ساختاری که با نظر به عدالت، اخلاق و مصالح اجتماعی، به بازخوانی معنای حقوق می‌پردازد. یافته‌ها حاکی از آن است که قاضی کارآمد، ناگزیر از تلفیق این دو رهیافت است تا بتواند پاسخ‌گوی واقعیت‌های پیچیده و ارزش‌مدار امروزی باشد. بدین‌سان، تقویت تربیت نظری اخلاقی، بازاندیشی در روش‌شناسی تفسیر و تشویق پژوهش‌های میان‌رشته‌ای، از لوازم نیل به دستگاه قضایی پویا و متعهد است.

واژگان کلیدی: استدلال درون‌ساختاری، استدلال برون‌ساختاری، تفسیر، فلسفه حقوق، قضاوت

---

۱. دکتری حقوق خصوصی، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، نویسنده مسؤول. Amin.Ghasempour@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، تهران، دانشگاه تهران. nazanin.safaei@ut.ac.ir

درآمد

در هـــر نظام حقوقی، گاه با پرســـش‌هایی مواجه می‌شـــویم که نـــه تنها در چارچوب قوانین موجود پاسخ روشنی ندارند، بلکه اساساً افق‌های نظریِ قانون‌گذاری را به چالش می‌کشـــند. به بیان دیگر، در دنیای پیچیده حقوق، گاه با مســـائلی روبه‌رو می‌شـــویم که فراتر از متن قوانین موجود قرار دارند و نیازمند تفســـیرهای عمیق‌تری هســـتند. قوانین، آن‌گونه که در حقیقت و ماهیت خود ظهور می‌کنند، به مثابه اصولی عینی و مطلق‌اند که مستقل از ذهن و اراده‌های فردی عمل می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ٦٨). این وضعیت، مســـأله خلأهای قانونی را از سطحی صرفاً اجرایی فراتر برده و به ســـطحی متافیزیکی ارتقا می‌دهد؛ چرا که در پسِ این خلأها، مسأله بنیادین حدود و امکان شـــناختِ حقوقی نهفته است. به تعبیر دیگر، اگر حقوق را نظامی از گزاره‌های هنجاری بدانیم، با پرسشی روبه‌رو خواهیم شد که در فلسفه نیز مطرح است: آیا قواعد حقوقی به شیوه‌ای ضروری معنا و مصداق پیدا می‌کنند، یا آن که تفسیر، عنصر لاینفکِ استدلال حقوقی است؟ به عنوان مثال، در برخی دعاوی مربوط به حقوق بشر، ممکن اســـت قوانین موجود قادر به پوشش دادن تمامی ابعاد حقوقی مسأله نباشند. چنانچه شـــخصی در کشوری با رژیم استبدادی مورد آزار و اذیت قرار گیرد، آیا قانون داخلی آن کشور به طور روشن و واضح حق دفاع از آزادی‌های فردی را تضمین می‌کند؟ در چنین مواردی، خلأهای قانونی یا تفسیرهای مختلف از قوانین ممکن است موضوعی مهم برای بررسی و تحلیل توسط دادگاه‌ها و مراجع حقوقی باشد. همچنین در برخی کشورها، قوانین مرتبط با مالکیت فکری مانند حق مؤلف، با چالش‌های جدی روبه‌رو اســـت. در مواقعی که فناوری‌های نوین و اینترنت به سرعت پیشرفت می‌کنند، ممکن اســـت قوانینی که در گذشته برای حفاظت از حقوق مؤلف کافی بوده‌اند، اکنون قادر به پاسخ‌گویی به مشکلات جدید نباشند. در این حالت، قانون‌گذاران باید تفسیرهایی نو از قواعد موجود ارائه دهند یا به فکر وضع قوانین جدید بیفتند. از این رو، تفاسیر جدید از قواعد حقوقی می‌توانند ضروری باشـــند تـــا مفاهیم قدیمی به طور مؤثر در مواجهه با تحولات جدید به کار روند.

بدین ترتیب، تفســـیر حقوقی تنها واکنشی به کاســـتی‌های قانون نیست، بلکه امری ناگزیر در ذات نظام حقوقی اســـت. در این‌جا، دوگانه کلاســـیک نص‌گرایی در

برابر هرمنوتیک حقوقی مطرح می‌شـــود: آیا حقوق بایـــد به نصوص وفادار بماند، یا آن‌که از منابع فرامتنی همچون اصول فلســـفی، اخلاقـــی و اجتماعی بهره گیرد؟ این دوگانه، خود نشـــان‌دهنده نوعی دیالکتیک میان عینیت و ذهنیت در حقوق می‌باشد؛ به این معنا که اســـتدلال حقوقی در فضایی میان واقع‌گرایی هنجاری و ساخت‌گرایی تفسیری در نوسان اســـت. به عنوان نمونه، در زمینه جرم‌شناسی و مجازات‌ها، گاهی ممکن اســـت تفسیر قضات از قانون به‌گونه‌ای باشد که نص قانونی را به طور مستقیم نادیده بگیرند؛ به این اســـتدلال که اصول اخلاقی و فلسفـــی مانند اصلاح مجرم یا کاهش مجازات در برخی شرایط، منطقی‌تر از اصرار بر متـــن قانونی است. به عبارتی دیگر، بسیاری از قوانین موجود، تجلی اصول اخلاقی هـــستند؛ مانند ممنوعیت قتل، ســـرقت و کلاهبرداری در حقوق جزا یا احترام به تعهدات و قراردادهـــا در حقوق مدنی که همگی به ترویج و تثبیـــت نواهی و هنجارهای اخلاقی می‌پردازند (وکیلیان و مقتدر، ۱۴۰۱: ۳۷). در این موارد، از آنجا که عمل قضایی فراتر از تفسیر صرف متن است، تفسیرها می‌توانند از اصول فرامـتنی مانند انصاف و عدالت بهره ببرند. از سوی دیگر، ورود فلسفه به حقوق، مســـیری یک‌ســـویه نیست، بلکه فرایندی بین‌الاذهانی اســـت که در آن فلســـفه نه صرفاً ناظر بر حقوق، بلکه دگرگون‌شـــده در دل وظایف حقوقی عمل می‌کند. به بیان دیگر، حقوق، فلســـفه را از آنِ خود می‌کند، نه آن‌که به فلسفه وابسته شود. از این منظر، پدیدارشـناسی حقوقی به ما نشان می‌دهد که چگونه مفاهیم فلســـفی در متن حقوق از نو تعریف شده و کارکردی متمایز از جایگاه اصیل خود در فلســـفه پیدا می‌کنند. یک نمونه برجســـته از این فرایند را می‌توان در تحول مفهوم «حق» در حقوق بشر مشاهده کرد. مفهوم «حق» در فلســـفه از دیرباز به عنوان یک مفهوم اخلاقی و انســـانی مطرح بوده اســـت، اما در حقوق بـــشر، این مفهوم به ابزاری قانونی و اجرایی تبدیل شـــده که بر اســـاس آن حقوق افراد در سطح جهانی حمایت می‌شـــود. به این ترتیب، فلســـفه حقوق را نه تنها به عنوان یک ابزار فکری و تئوریک، بلکه به عنوان ابـــزاری برای ایجاد تغییرات عملی و اجتماعی به کار می‌برد (Wall, 2019: 121-130).

در این پژوهش، دو شـــیوه بنیادین از نسبت فلسفه با حقوق بررسی می‌شود: نخســـت، نقد و بازاندیشی مفاهیم اساســـی چون عدالت، حق و مشروعیت از منظر

عقلانیت فلسفی؛ دوم، نقش فلسفه در تفسیر قواعد حقوقی به‌مثابه ساختارهایی گفتمانی و پویا. در هر دو رویکرد، فلسفه نه امری بیرونی، بلکه عنصری درونی و ضروری برای فهم و تحول حقوق است؛ هرچند حقوق همواره در پی حفظ استقلال روش‌شناختی خود بوده است. این تعامل، به غنای مفهومی و عمق تحلیلی هر دو حوزه می‌افزاید.

مسأله اصلی این پژوهش آن است که استدلال حقوقی به عنوان هسته مرکزی فرایند داوری و قانون‌گذاری، در مواجهه با خلأهای متنی و چالش‌های اخلاقی و فلسفی، نیازمند تحلیل‌هایی فراتر از خوانش کلاسیک و نص‌گرایانه است. با آن‌که نویسندگانی بر لزوم توجه به مبانی فلسفی حقوق تأکید کرده‌اند، اما گونه‌شناسی روشمند و هرمنوتیکی از ساختار و کارکرد استدلال حقوقی، هنوز در ادبیات حقوقی ما جایگاهی مستقل نیافته است. از این‌رو، پژوهش حاضر با تمرکز بر رابطه دوسویه تفسیر و ساختارهای استدلالی، در پی ترسیم نقشه‌ای تحلیلی از این فرایند پیچیده است. پرسش اصلی این پژوهش عبارت است از: «استدلال حقوقی در چارچوب فلسفه حقوق چگونه می‌تواند به‌واسطه رهیافت‌های هرمنوتیکی و گونه‌شناختی، فهم حقوقی را تعمیق بخشد و پاسخ‌گوی چالش‌های تفسیری در نظام حقوقی باشد؟» نوع تحقیق، نظری تحلیلی و با رویکردی میان‌رشته‌ای میان حقوق و فلسفه حقوق است؛ و روش گردآوری اطلاعات مبتنی بر تحلیل اسناد کتابخانه‌ای، متون معتبر حقوقی، آرای حقوق‌دانان برجسته و رویه‌های قضایی تطبیقی خواهد بود. نوآوری پژوهش حاضر در آن است که برخلاف مطالعات پیشین که عموماً به تبیین کلی رابطه فلسفه و حقوق بسنده کرده‌اند، این تحقیق با محوریت «استدلال حقوقی»، به گونه‌شناسی و تفسیر هرمنوتیکی آن در بستری مفهومی و روشمند می‌پردازد. لازم به ذکر است «حقوق به معنای علم حقوق همانند فلسفه به معنی شناخت هستی، جزو میراث مشترک بشریت است و حد و مرز نمی‌شناسد... [لذا] بحث از مبانی فلسفی آن اختصاص به کشور خاصی ندارد: اینکه حقوق بر چه مبنایی استوار است؛ هدف آن چیست و چه رابطه‌ای با سایر قواعد اجتماعی مانند عدالت، اخلاق، مذهب و رسوم اجتماعی دارد، پرسش‌های بنیادینی است که در هر نظام حقوقی قابل طرح است» (بادینی، ۱۳۸۳: ۱ و ۲). در واقع، نظام‌های حقوقی گوناگون هرچند در ظاهر متفاوت‌اند، اما در سطح مبنا،

با دغدغه‌هایی مشـــابه مواجه‌اند؛ بنابراین، مطالعه فلسفی حقوق نه تنها یک ضرورت نظری اســـت، بلکه بستری برای گفت‌وگو و همگرایی میان نظام‌های مختلف حقوقی فراهم می‌آورد.

در ســـاماندهی مطالب، ابتدا مبانی نظری و مفهومی اســـتدلال حقوقی بررسی می‌شود، ســـپس گونه‌های مختلف اســـتدلال با تمرکز بر مباحث هرمنوتیکی تحلیل خواهد شـــد و در پایان نیز نسبت میان فلسفه و تفسیر حقوقی در قالب بررسی آرای قضایی، جمع‌بندی و نتیجه‌گیری تبیین می‌گردد.

۱. مبانی نظری و رویکردهای فلسفی استدلال حقوقی

اســـتدلال حقوقی را می‌توان به منزله یکی از صورت‌های عقلانیت عملی در نظر گرفت که در فرایند تحلیل و تفسیر قوانین، نقش میانجی میان هنجارهای حقوقی و واقعیت‌های اجتماعی را ایفا می‌کند. از منظر فلســـفه حقوق، این استدلال نه صرفاً ابزاری تکنیکی، بلکه جلوه‌ای از فرایندهای عقلانی و معرفت‌شـــناختی اســـت که با پرســـش‌های بنیادین درباره ماهیت عدالت، الزام حقوقی و مشـــروعیت قانون پیوند می‌خورد.

یکـــی از تمایزات مهم در تحلیل اســـتدلال حقوقی، تفکیک میان رویکردهای درون‌ساختاری و برون‌ساختاری اســـت. استدلال درون‌ساختاری[1] در چارچوب نظام هنجاری حقوق، از اصول تفسیری و منطقی بهره می‌برد تا دلالت‌های متون قانونی را روشن سازد. این نوع استدلال، قرابت نزدیکی با نظریه هنجاری حقوق دارد، چرا که هدف آن انسجام‌بخشی به نظام حقوقی و تضمین قابلیت اجرایی آن است. در مقابل، استدلال برون‌ساختاری[2] از افق‌های فلسفی، اخلاقی و جامعه‌شناختی به قوانین می‌نگرد و با رویکردی متافیزیکی یا انتقادی، مشروعیت و مبانی آن‌ها را به چالش می‌کشد. این تمایز را می‌توان در ســـنت فلسفی میان رویکردهای پوزیتیویستی و طبیعت‌گرایانه در حقوق ردیابی کرد: در حالی که پوزیتیویســـم حقوقی[3] بر خودبسندگی نظام حقوقی[4] تأکیـــد دارد، نظریه‌های عدالت‌محور و اخلاق‌گرا، حقوق را در نســـبت با ارزش‌های

1. Reasoning According To The Law
2. Reasoning About The Law
3. Legal Positivism
4. Self-Sufficiency of Law

پیشینی و غایت‌های انسانی مورد سنجش قرار می‌دهند؛ چنانچه برخی معتقدند قانونی که در آن اصول اخلاقی رعایت نشـــده باشـــد، هنوز می‌تواند به عنوان قانون شناخته شود، اما قانونی ناقص خواهد بود (وکیلیان و مقتدر، ۱۴۰۱: ۲۶). یکی از مبانی اساسی و معیارهـــای محوری در فرایند تدوین، تصویب و تفســـیر قوانین حقوقی، پرهیز از تعارض صریح با اصول بنیادین اخلاقی است. به تعبیر دیگر، قانون‌گذار در یک نظام حقوقـــی معقول و عقلانی نمی‌تواند به‌گونه‌ای عمل کند که احکام حقوقی مصوب در تضاد آشـــکار با موازین اخلاقی مورد پذیرش جامعه باشد (Smith, 1998: 28). این امر نشان می‌دهد که گرچه حقوق و اخلاق دو حوزه متمایز از حیث ساختار، ضمانت اجرا و قلمرو هســـتند، اما میان آن‌ها رابطه‌ای درونی و تفکیک‌ناپذیر برقرار است. بر این اســـاس می‌توان از نظریه‌ای دفاع کرد که اخـــلاق را نه تنها عامل بیرونیِ مؤثر بر حقوق، بلکه به عنوان یکی از منابع معرفتی و گاه حتی هنجاریِ شکل‌دهنده به قواعد حقوقی تلقی می‌کند؛ چنانچه گفته شده است در برخی دیدگاه‌ها، ازجمله رویکردهای عدالت‌محور و انســـان‌گرایانه به حقوق، اخلاق نقش راهبردی در ارزیابی مشروعیت و مقبولیـــت قواعد حقوقی ایفا می‌کند (نیکخواه و علی عســـگری، ۱۳۹۴: ۱۲ و ۱۶). از این منظر، حقوق بدون پشـــتوانه اخلاقی، در معرض فروکاستن به سازکاری صرفاً صوری و اقتدارگرایانه قرار می‌گیرد و ممکن اســـت از اهداف بنیادین خود همچون عدالت، انصاف و کرامت انسانی فاصله گیرد. در همین راستا، توجه به فضایل اخلاقی و تـــلاش برای ارتقای آن‌ها، نه صرفـــاً در حوزه اخلاق فردی، بلکه به‌مثابه دغدغه‌ای تاریخی و اجتماعی، همواره محل توجه فیلســـوفان، حقوق‌دانان و قانون‌گذاران بوده اســـت. فضیلت‌هایی چون صداقت، عدالت‌طلبی، مسؤولیت‌پذیری و خیرخواهی، از جمله عناصری هســـتند که هم در اخلاق و هم در هنجارهای حقوقی بازتاب یافته‌اند (شعاع کاظمی و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۱۵).

نقد فلســـفی قوانین به‌ویژه در قالب استدلال برون‌ساختاری، نشان می‌دهد که حقـــوق صرفاً مجموعه‌ای از گزاره‌های هنجاری نیســـت، بلکـــه با مفاهیمی همچون اختیار، مســـؤولیت و عدالت درهم‌تنیده اســـت. در این راستا، پرسشی اساسی مطرح می‌شـــود: آیا قوانین صرفاً ابزارهایی برای تنظیم مناسبات اجتماعی‌اند یا اینکه واجد بنیانی متافیزیکی و اخلاقی نیز هستند؟ این پرسش، ما را به تأمل درباره نسبت حقوق

و اخلاق و همچنین به امکان گذار از یک قرائت صوری از قانون به قرائتی غایت‌گرا و معناکاوانه از آن رهنمون می‌سازد (فرانکنا، ۱۳۸۰: ٤٣). در نهایت، تحلیل فلسفی استدلال حقوقی نه تنها به بازشناسی بنیان‌های نظری حقوق یاری می‌رساند، بلکه امکانی برای نقد، اصلاح و بهبود نظام‌های حقوقی فراهم می‌آورد. این تحلیل نشان می‌دهد که حقوق تنها در صورتی می‌تواند به غایات خود دست یابد که نسبت آن با عقلانیت، عدالت و اخلاق به درستی درک و تبیین شود؛ بنابراین، جهت درک عمیق‌تر ماهیت استدلال حقوقی، در ادامه به تبیین و بررسی استدلال درون‌ساختاری و برون‌ساختاری و تمایز میان این دو رویکرد خواهیم پرداخت.

۱-۱. استدلال درون‌ساختاری در حقوق

نسبت فلسفه و استدلال‌های حقوقی در چارچوب قانون، به‌سان پیوندی دیالکتیکی میان قانون نوشته[1] و استدلال[2] است؛ پیوندی که در ذات خود حامل تنشی هنجاری و مفهومی است. آیا استدلال‌های حقوقی صرفاً در قلمرو قوانین و اصول جای می‌گیرند، یا آن‌که در ورای آن، به ساحت استدلال و نظم عقلانی نیز گام می‌نهند؟ در این میان، سه کارکرد بنیادین نهاد قضایی -یعنی شناسایی قانون، اجرای آن و تعیین آنچه باید انجام شود- خود بازتابی از سه مقوله فلسفی مهم‌اند: معرفت‌شناسی، هرمنوتیک و اخلاق هنجاری.

هرچند این سه‌گانه در ظاهر تفکیک‌پذیر به نظر می‌رسد، اما در سطح هستی‌شناختی با پیچیدگی‌های فراوانی روبه‌رو است. نخست، شناسایی قانون در خلأ رخ نمی‌دهد، بلکه مستلزم نوعی تأویل هرمنوتیکی است که به ناگزیر، بار ایدئولوژیک و پیش‌فرض‌های مفهومی دارد. در حقیقت، بدون تفسیر، قانون همچون متنی خام و بی‌جان باقی می‌ماند؛ و دوم، اجرای قانون مستلزم عملیاتی ساختن آن در متن واقعیت است، اما آیا این عمل چیزی جز تأویل مجدد قانون در سیاقی خاص است؟ از این منظر، اجرای قانون در نقطه‌ای مرزی میان پدیدارشناسی حقوقی و عمل‌گرایی قضایی قرار می‌گیرد. افزون بر این، مسأله تعیین آنچه باید انجام شود، ساحت مواجهه قانون با امر هنجاری را آشکار می‌کند. در این مرحله، مسأله عدالت مطرح می‌شود؛ عدالتی که

1. Nomos
2. Logos

نه در متون قانونی، بلکه در استدلال‌های حقوقی، به واسطه اصولی اخلاقی و فلسفی، تجلی می‌یابد. در نتیجه، این سه ساحت نه به عنوان مقولاتی مستقل، بلکه به‌مثابه لحظاتی از یک فرایند دیالکتیکی فهم می‌شوند.

یک مثال حقوقی برای درک بهتر این نکات، می‌تواند قضیه مربوط به «حق دفاع در دادگاه» باشد. در سیستم‌های حقوقی مدرن، این حق به عنوان یک اصل بنیادین شناخته می‌شود، اما چگونه این اصل در عمل پیاده‌سازی می‌شود؟ در این‌جا، نخستین مرحله، شناسایی و تفسیر قانون است: این که آیا حق دفاع به طور صریح در قانون اساسی یا قوانین عادی ذکر شده است یا خیر و اینکه تفسیر آن چگونه باید باشد. این فرایند تفسیر ممکن است تحت تأثیر پیش‌فرض‌های فلسفی خاصی قرار گیرد که در درک عمیق‌تر مفهوم «عدالت» نقش دارند. دوم، در مرحله اجرایی، وقتی شخصی از حق دفاع خود استفاده می‌کند، دادگاه باید این حق را در شرایط خاص پرونده به طور عملی به کار گیرد. آیا تفسیر دادگاه از حق دفاع همان‌طور که در قانون آمده است، دقیق و منطبق با واقعیت است یا باید آن را با توجه به سیاق اجتماعی و فرهنگی خاص پرونده تغییر دهد؟ این مسأله در مرز میان پدیدارشناسی حقوقی و عمل‌گرایی قضایی قرار دارد. سوم، تعیین آنچه باید انجام شود به‌ویژه زمانی اهمیت می‌یابد که عدالت باید در عمل تأمین شود. در این مرحله، نه تنها متن قانون بلکه استدلال‌های حقوقی و فلسفی که پشت آن قرار دارند، در تعیین عدالت در هر پرونده دخیل هستند؛ بنابراین، عدالت نه تنها در متن قانون بلکه در فرایند استدلال‌های حقوقی و تصمیمات قضایی به نمایش درمی‌آید.

در این میان، پرسش بنیادین این است: آیا قانون صرفاً مجموعه‌ای از هنجارهای مدون است، یا آن‌که روح قانون[1] در خود نوعی عقلانیت فلسفی نهفته دارد؟ به این ترتیب می‌توان گفت که فرایند حقوقی بدون فلسفه، چیزی جز مجموعه‌ای از گزاره‌های بی‌جان نخواهد بود؛ چرا که فلسفه همان نیرو و جوهری است که به حقوق، معنا، گستره و امکان تحول می‌بخشد. در واقع، فلسفه نه در حاشیه حقوق، بلکه در متن آن حضور دارد. این حضور را می‌توان در سه ساحت

1. Mens Legis

اساسی مشاهده کرد: نخست، تفسیر دقیق و انتساب معنا به ضابطه حقوقی[1] که امری هرمنوتیکی است؛ دوم، تعیین مصادیق یک قاعده[2] که مسأله‌ای پدیدارشناسانه است؛ و سوم، تحدید قلمرو الزام قانونی[3] که به پرسش‌های متافیزیکی و هنجاری پیوند دارد (Dickson, 2008: 17) که در ادامه، هر یک از این ابعاد را به تفصیل بررسی خواهیم نمود.

۱-۱-۱. تفسیر دقیق

هنگامی که به تحلیل حقوقی پرداخته می‌شود، نه تنها با لایه‌های صوری و مفهومی قواعد حقوقی روبه‌رو هستیم، بلکه با پرسشی بنیادین در باب نسبت میان متن حقوقی و معنا مواجه می‌شویم. از این منظر، تفسیر حقوقی را می‌توان نوعی هرمنوتیک حقوقی در نظر گرفت که در آن، مفسر می‌کوشد از رهگذر روش‌های تفسیری، به فهمی موجه از متن حقوقی دست یابد. همان‌طور که تیموتی اندیکات[4] تبیین می‌کند، تفسیر حقوقی در معنای خاص خود به فرایند ارائه دلایلی اطلاق می‌شود که از معنای معین یک قاعده حقوقی پشتیبانی می‌کنند (Endicott, 2014: 46 & 48). با این حال، این فرایند را نمی‌توان به‌سادگی به کشف معنای متن تقلیل داد، زیرا حتی در مواردی که یک قانون در سطح زبانی آشکار و صریح به نظر می‌رسد، همچنان امکان وجود شکاف میان دلالت صوری آن و مقتضای عملی آن در جهان واقع مطرح است.

اگر تفسیر حقوقی را در قالب یک پروژه معرفتی بنگریم، درمی‌یابیم که این فرایند مستلزم نوعی بازسازی عقلانی قواعد حقوقی در پرتو مبانی فلسفی و ارزش‌های هنجاری است. این امر ایجاب می‌کند که مفسر افزون بر بررسی دلالت‌های زبانی یک متن حقوقی، به ساختار منطقی آن نیز توجه کند و آن را در شبکه‌ای از قواعد کلی‌تر جای دهد. از سوی دیگر، می‌توان گفت که تفسیر حقوقی صرفاً یک امر توصیفی نیست، بلکه دربردارنده لحظاتی هنجاری است که در آن مفسر ناگزیر از اتخاذ موضع در برابر مسائل بنیادین عدالت و حقوق طبیعی می‌شود. به عنوان نمونه، در یک

1. Interpretation Proper
2. Specification
3. Qualification
4. Timothy Endicott

قانون کیفری که کمک به خودکشـــی را منع کرده اســـت، پرسش اصلی این است که اصطلاح «خودکشـــی» چگونه باید تفسیر شود؟ آیا خودکشی تنها به عمل عامدانه‌ای اطلاق می‌شود که فرد در آن به زندگی خود پایان می‌دهد، یا باید آن را در چارچوبی روان‌شـــناختی تحلیل کرد و مواردی را که ناشـــی از اختـــلالات ذهنی یا فقدان اراده آزاد اســـت، از شمول آن خارج دانست؟ پاســـخ به این پرسش نه تنها مستلزم تحلیل منطقـــی قواعد حقوقی، بلکه نیازمند تأملی در بـــاب مبانی اخلاقی و متافیزیکی اراده انســـان است. آیا اصل خودمختاری[1] که یکی از ارکان نظریه‌های لیبرالی عدالت است، ایجـــاب می‌کند که افراد بتوانند در مورد پایان زندگـــی خود تصمیم بگیرند، یا آن‌که ارزش ذاتی حیات انســـانی، چنان که در نظریات کانتی مورد تأکید است، بر هرگونه تصمیم فردی اولویت دارد؟ در این‌جا، مفســـر نه تنها با یک متن حقوقی، بلکه با یک مسأله هستی‌شناختی و معرفت‌شناختی مواجه است. وی ناگزیر است که میان دو منبع تفســـیری دست به انتخاب بزند: نخست، تحلیل نظام‌مند و درونی[2] از ضوابط حقوقی موجود؛ و دوم، اســـتناد به ارزش‌های اخلاقی و فلســـفی که به منزله بستری بیرونی[3] بـــرای توجیه معنای حقوقی عمل می‌کنند. این دو ســـطح بـــه تعبیر هارت بیان‌گر دو نوع نگاه به حقوق هســـتند: نگاه اثبات‌گرایانه که به قواعد موجود وفادار است و نگاه هنجاری که در جســـت‌وجوی پیوند حقوق با اصول عدالت و عقلانیت است. در این راستا، تفسیر حقوقی باید درون یک افق هنجاری انجام گیرد که نه تنها شامل محتوای ضوابط حقوقی موجود اســـت، بلکه ملاحظات اخلاقی، سیاســـی و فلسفی را نیز در برمی‌گیرد. از این منظر، معنا نه یک امر پیشـــینی و ثابت، بلکه پدیده‌ای بین‌الاذهانی و سیال است که در بستر تعامل مفاهیم و ارزش‌ها ساخته می‌شود؛ بنابراین مفسر نه تنها باید به دلالت‌های زبانی یک ضابطه توجه کند، بلکه باید آن را در چارچوب هنجاری آن بازخوانی نماید. این بدان معناســـت که هرگونه انتساب معنا به یک قاعده حقوقی، وابسته به بستر اخلاقی و اجتماعی است که در آن قرار دارد. در نتیجه، تفسیر حقوقی نه تنها امری معرفتی، بلکه نوعی کنشِ بازاندیشانه و التفاتی است که در آن، مفسر میان نص قانونی و روح قانون پیوند برقرار می‌کند.

1. Self-Determination /Autonomy
2. Internal
3. External

۲-۱-۱. تعیین مصداق

در نظام حقوقی گاه با قواعدی مواجه می‌شویم که ماهیتی مشروط و وابسته به زمینه[1] دارند؛ به این معنا که تحقق آن‌ها نه تنها به تحلیل لفظی، بلکه به سنجش شرایط خاص نیز وابسته است. حتی اگر معنا و منطوق یک قاعده به طور کامل روشن باشد، این وضوح زبانی به‌تنهایی نمی‌تواند تکلیف ما را در مقام تطبیق و اجرا مشخص کند. درواقع، معنا به خودی خود واجد کارکردی تجویزی نیست، مگر آن‌که در یک بستر عملیاتی خاص تعین یابد. این امر یادآور تمایز کلاسیک میان دلالت منطقی یک گزاره و تأثیر عملی آن در جهان واقع است.

اندیکات[2] با الهام از دیدگاه‌های فلسفی در باب فهم و عمل، بر این نکته تأکید دارد که یکی از وظایف دستگاه قضا، تعیین مصادیق قواعد حقوقی در موقعیت‌های خاص است. این وظیفه را می‌توان نوعی تکوین عملی[3] معنا دانست؛ فرایندی که طی آن، قواعد انتزاعی در یک نظام مشخص از مناسبات اجتماعی تجسد می‌یابند. چنین فرایندی نه تنها یک کارکرد تفسیری ندارد، بلکه واجد نوعی خصلت سازنده[4] است؛ یعنی قاضی صرفاً به کشف معنا از دل متن نمی‌پردازد، بلکه در مقام یک فاعل شناسنده، در شکل‌دهی به نظام حقوقی نیز نقش‌آفرینی می‌کند.

این نکته ما را به یکی از بنیادی‌ترین پرسش‌های فلسفه حقوق می‌کشاند: آیا تعیین مصداق، جزئی از فرایند تفسیر است، یا آن‌که در ساحت متافیزیکی متفاوتی قرار دارد؟ از دیدگاه تفسیری[5]، هرگونه اعمال قاعده در گرو تفسیر آن است، اما از منظر نظریه‌های نقش‌گرا[6] تعیین مصداق امری است که فراتر از تفسیر رخ می‌دهد و می‌تواند به منزله نوعی تصمیم قضایی[7] تلقی شود. این تمایز هم‌راستا با بحث‌های کلاسیک درباره نسبت میان قانون نوشته و قانون طبیعی[8] در فلسفه یونان است: آیا

1. Context-Dependent
2. Timothy Endicott
3. Practical Instantiation
4. Constructive Function
5. Hermeneutic Perspective
6. Functional Theories
7. Judicial Discretion
8. Physis

قواعد حقوقی، تنها در نسبت با یک نظام عقلانی پیشینی معنا دارند، یا آن‌که در بستر تجربه و تحقق عملی‌شان شکل می‌گیرند؟ در نهایت، فرایند تعیین مصادیق، در ظاهر یک استدلال منطقی و قیاسی به نظر می‌رسد، اما در عمل، نوعی عمل اراده‌ورزانه[1] است؛ چرا که پر کردن خلأهای قاعده، در واقع نوعی آفرینش حقوقی است که به دست نهادهای قضایی صورت می‌گیرد. هر گاه دادگاه مصادیق یک قاعده را مشخص کند، نه تنها از ابهامات آن کاسته، بلکه آن را از سطحی انتزاعی به سطحی انضمامی منتقل کرده است (پالمر، ۱۳۸۵: ۹۷-۹۹). در این میان، پرسش مهم این است که آیا چنین فرایندی تنها تابع منطق حقوقی است یا آن‌که عناصر ارزش‌گذارانه و ایدئولوژیک نیز در آن مداخله می‌کنند. این همان پرسشی است که مباحث فلسفی را بار دیگر در دل حقوق زنده می‌کند.

۳-۱-۱. تعیین قلمرو

در تفسیر قوانین، رویکردی به نام تفسیر هدف‌مند مطرح می‌شود که در آن غایت‌شناسی حقوقی نقشی اساسی ایفا می‌کند. بر این اساس قانون نه به‌مثابه متنی صلب و ایستا، بلکه به عنوان ساختاری پویا نگریسته می‌شود که باید در راستای غایات معقول و اصول عدالت توزیعی و اصلاحی تفسیر شود. این رهیافت متکی بر پیش‌فرضی است که حقوق به‌مثابه نظامی هنجاری، نه تنها تابع منطوق نصوص قانونی بلکه متأثر از روح قانون و ارزش‌های متافیزیکی مستتر در آن است. از این رو تفسیر نباید به شیوه‌ای صورت گیرد که به ابزاری صِرف برای اثبات‌گرایی حقوقی تقلیل یابد، بلکه باید در پرتو ایده‌آل‌های عدالت و انصاف به سنجش پیامدهای عملی اجرای قواعد حقوقی بپردازد.

یکی از مسؤولیت‌های بنیادین قاضی، تطبیق و تفسیر قواعد حقوقی به نحوی است که نه تنها از نتایج ناعادلانه و غیرمنصفانه[2] جلوگیری کند، بلکه نظام حقوقی را به سوی آرمان‌های عدالت هنجاری و کارکردی هدایت نماید. در این راستا مکاتب مختلف حقوقی از حقوق طبیعی تا پوزیتیویسم حقوقی انتقادی، چارچوب‌هایی برای ارزیابی میزان مشروعیت اجرای قوانین ارائه داده‌اند؛ با این حال، در حالی

1. Volitional Act
2. Iniquitas

کـــه دکترین‌های مربوط به انصاف[1] به عنوان مرجع مهمی در تحلیل حقوقی شـــناخته شـــده‌اند، انعطاف‌پذیری حقوق عرفـــی و تکنیک‌های تفســـیری هرمنوتیک حقوقی هدف‌مند کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

فرایند تعییـــن دامنه و حدود اعمال یک قاعده حقوقـــی، در واقع نقطه ورود فلسفه به تحلیل حقوقی است. این فرایند نشان می‌دهد که حقـــوق صرفاً مجموعه‌ای از دســـتورات صوری و هنجارهای ایجابی نیست، بلکه نظـــامی است که در تعامل مســـتمر با مفاهیم فلسفی همچون عدالت، حق، انصـــاف و سودمندی اجتماعی قرار دارد. در این میان، فلسفه زبان حقوقی و پدیدارشنـــاسی تفسیر قانون نیز نقش مهمی در تعییـــن معنای نهفته در متون قانونی ایفـــا می‌کنند، چرا که هر قاعده حقوقی، فارغ از زمینه‌هـــای تاریخی و اجتماعی تکوین آن، باید در پرتو تکثر تفاســـیر و مقتضیات اخلاقی معاصر مورد ســـنجش قرار گیرد. از این منظر، تفسیر هدف‌مند، بیش از آن‌که عملی صرفاً فنی باشـــد، نوعی کنش فلسفی در دل حقوق است که می‌کوشد از تسلط بی‌چون و چرای فرمالیسم حقوقی عبور کرده و به معنای غایی قواعد حقوقی نزدیک شود.

۲-۱. استدلال برون‌ساختاری در حقوق

در تحلیل قوانین و مبانی آن‌ها، پرســـش‌های بنیادینی مطرح می‌شود که نه تنها جنبه‌های حقوقی، بلکه ابعاد معرفت‌شـــناختی، اخلاقی و متافیزیکی را در برمی‌گیرد (Gardner, 2001: 199 & 224). یکی از بنیادی‌ترین پرســـش‌ها این است که چرا قانـــون از حقی حمایت می‌کند، از وقوع خطایی جلوگیری می‌نماید یا فعلی را الزامی می‌داند. این مســـأله را می‌توان در چارچوب نظریه‌های مختلف فلســـفه حقوق مورد بررسی قرار داد (Raz, 1986: 147)؛ از دیدگاه اثبات‌گرایان، قانون صرفاً مجموعه‌ای از قواعد الزام‌آور اســـت که توسط نهادهای حاکم تدوین و اجرا می‌شود؛ در حالی که از منظـــر نظریه‌های حقوق طبیعی، قوانین باید بر اصول اخلاقی پیشـــینی و ذاتاً معتبر اســـتوار باشـــند و از آن‌جا که قانون طبیعی همواره اولویـــت دارد، این برتری اخلاق بر قانون پابرجا خواهد بود؛ چه آن قانون منشـــأ دینی داشـــته باشد و چه عرفی باشد (فنائـــی و نوجوان، ۱۳۹۸: ۲۹۸). برای مثـــال، در حقوق مالکیت، اثبات‌گرایان ممکن

1. Aequitas

است قوانین مالکیت را تنها بر اساس قوانینی که توسط مقامات رسمی صادر شده‌اند، تفسیر کنند؛ در حالی که نظریه‌پردازان حقوق طبیعی ممکن است استدلال کنند که حق مالکیت به طور ذاتی از اصول اخلاقی و عدالت ناشی می‌شود. این نوع تفکر را می‌توان در مثال مالکیت زمین‌های بومی در کشورهای مختلف مشاهده کرد. بسیاری از جوامع بومی بر این باورند که مالکیت آن‌ها ناشی از روابط فرهنگی و معنوی با زمین است و نه صرفاً از مفاهیم حقوقی مدرن که تنها توسط نهادهای دولتی تعریف می‌شود (Wall, 2019: 124).

از منظر تاریخی، قوانین عمدتاً بر اساس رویه‌های قضایی و تصمیمات حقوقی پیشین شکل گرفته‌اند و در تعامل با واقعیت‌های اجتماعی تغییر یافته‌اند، اما این تحول را می‌توان در چارچوب فلسفی نیز تحلیل کرد: آیا قانون محصول اراده جمعی و قرارداد اجتماعی است، چنان که روسو می‌گوید، یا نتیجه‌ای از ساختارهای قدرت و بازتاب منافع گروه‌های مسلط، آن‌گونه که مارکسیست‌ها معتقدند؟ در این میان، پرسشی که کانتی‌ها مطرح می‌کنند، این است که آیا مشروعیت یک قاعده حقوقی را باید در کارکرد آن جست‌وجو کرد یا در انطباق آن با اصول عقل عملی؟ در واقع، آنچه به قانون اعتبار می‌بخشد، صرفاً اقتدار قانون‌گذار نیست، بلکه مبانی استدلالی و اخلاقی است که قانون بر آن‌ها بنا شده است (Kant, 1909 : 122).

به عنوان نمونه، مسأله رضایت در درمان یکی از مصادیق تعارض میان اصول اخلاقی و حقوقی است. در سنت لیبرالی، خودمختاری فردی سنگ بنای حقوق اساسی است و هر فرد عاقل و بالغی حق دارد درباره سرنوشت جسمانی خود تصمیم بگیرد، حتی اگر این تصمیم به ضرر او باشد (قاسم‌پور و صادقی مقدم، ۱۴۰۲: ۵). این اصل در فلسفه کانتی نیز ریشه دارد، زیرا کانت معتقد بود که انسان به عنوان موجودی خردمند، غایت فی‌نفسه است و نباید صرفاً به عنوان ابزار برای تحقق اهداف دیگران تلقی شود (فتحی، ۱۳۸۵: ۱۵۱)؛ بنابراین هرگونه مداخله پزشکی بدون رضایت بیمار، نوعی ابژه‌سازی[1] از او و نقض اصل خود آیینی است (Kong, 2019: 239)، اما این اصل در تقابل با دیگر ارزش‌ها، همچون قداست حیات یا وظیفه پزشک در حفظ جان بیمار، قرار می‌گیرد. آیا در این میان، تقدم با خودمختاری است یا با اصل فایده‌گرایی

1. Objectification

که بر بیشینه‌سازی رفاه تأکید دارد (Dempsey, 2013: 11-20).

این چالش‌ها نشان می‌دهد که هر قاعده حقوقی به طور ضمنی یا صریح بر پیش‌فرض‌های فلسفی متکی است. به طور مثال، حمایت از حقوق فرد بر جسم خود پس از مرگ، نیازمند پذیرش این فرض است که فرد متوفی همچنان دارای منافعی است، اما فیلسوفانی مانند جان هریس استدلال می‌کنند که پس از مرگ، فرد فاقد خودمختاری و اراده است و بنابراین، حقوقی بر او قابل اعمال نیست (Harris, 2002: 531). این مسأله ما را به پرسش‌های متافیزیکی درباره ماهیت هویت شخصی و استمرار آن پس از مرگ سوق می‌دهد.

از این رو مشروعیت قوانین نباید تنها بر مبنای رویه‌های قضایی یا مقتضیات اجتماعی سنجیده شود، بلکه باید مبانی فلسفی آن‌ها را نیز ارزیابی کرد. اگر یک قاعده حقوقی بر پیش‌فرض‌هایی نادرست بنا شده باشد، لازم است در اصول نظری آن بازنگری شود تا بتوان بنیانی استوارتر برای نظام حقوقی ارائه داد. به عبارتی دیگر، باید راه‌حلی پیدا کنیم تا قوانین ناعادلانه با قدرت عدالت اصلاح شوند و از طریق استدلال‌هایی مبتنی بر دیگر قوانین و اصول، به نتیجه‌ای منصفانه دست یابیم (کاتوزیان، ۱۳۹٤: ۲۰۰-۲۱۲). در نهایت پرسشی که همچنان باقی می‌ماند، این است که آیا تحلیل‌های فلسفی صرفاً به قلمرو نظری تعلق دارند، یا آن‌که می‌توانند در تدوین، اصلاح و تکامل قوانین نقشی فعال ایفا کنند.

۲. تأثیر اندیشه فلسفی بر استدلال حقوقی در فرایند قانون‌گذاری و قضاوت

حقوق همچون متنی زنده و پویا هرگز در حصار الفاظ و نصوص محدود نمی‌ماند، بلکه در بستر زمان با تفسیر و تأویل قضات تطور می‌یابد. اگر قانون را صرفاً مجموعه‌ای از واژگان بدانیم، از درک روح آن باز خواهیم ماند. قاضی نه یک ماشین است که صرفاً فرمان‌های مدون را اجرا کند و نه یک مؤلف صرف که از نو بنویسد، بلکه میانجی‌ای است که میان سطور خشک قانون و واقعیت جاری جامعه پل می‌زند. در این فرایند، تفسیر درون‌ساختاری که به قیود زبانی و منطقی متن پای‌بند است، گاه ناتوان از پاسخ‌گویی به پیچیدگی‌های زندگی اجتماعی است؛ از این رو قضات فراتر از محدوده متن رفته، با بهره‌گیری از اصول عدالت، اخلاق، عرف و اقتضائات

زمانه، تفسیری برون‌ساختاری ارائه می‌دهند. این نوع تفسیر نه تنها ابزاری برای حل تعارضات قانونی است، بلکه بستری برای پویایی و انطباق نظام حقوقی با واقعیات متغیر محسوب می‌شود.

در این بخش، با تحلیل برخی آرای قضایی داخلی و خارجی، نشان خواهیم داد که چگونه دادگاه‌ها از مرزهای متنی فراتر می‌روند و تفسیری انعطاف‌پذیر و متناسب با شرایط زمانه ارائه می‌کنند؛ تفسیری که نه تنها حقوق را زنده نگاه می‌دارد، بلکه آن را از رکود و تصلب نجات می‌دهد.

۱-۲. توسل و استناد قاضی به عرف در تعیین مدت خیار شرط

در نظام حقوقی ایران ماده ۴۰۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر برای خیار شرط، مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است». با وجود چنین تکلیفی، در بسیاری موارد هر چند مدت خیار حقیقتاً تعیین نشده و حتی مدت آن از خاطر طرفین نیز نگذشته است، «عرف» به عنوان مکمل قرارداد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۵۲)، مدت آن را تعیین کرده و بدین ترتیب از بطلان قراردادها جلوگیری به عمل می‌آورد. بسیاری از محاکم نیز با آرای اصداری خود نشان داده‌اند که تا حد امکان مایل‌اند از باطل دانستن قرارداد به دلیل عدم تعیین مدت خیار شرط اجتناب ورزند. البته رویه قضایی پا را هم فراتر نهاده و در پرونده‌هایی هم که حتی عرف از ارائه راهکار برای تعیین مدت عاجز است، معامله را به هر ترفندی همچنان واجد حیات حقوقی می‌بینند و با مراجعه به عرف، عادت و امارات قراردادی، سعی در تعیین مدت، جهت حفظ قرارداد و نظم عمومی معاملات دارند. به عنوان مثال، در دادنامه شماره ۱۱۴۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰ صادره از شعبه ۱۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران[1] به خواسته الزام به تنظیم سند، خوانده به باطل بودن معامله به دلیل معلوم نبودن مدت خیار اشاره کرده است؛ در حالی که دادگاه چنین استدلال نموده که در صورت عدم تعیین مدت دقیق برای خیار شرط و تعیین مهلتی برای انتقال رسمی سند، مدت خیار عرفاً معلوم بوده و تا روز انتقال سند این حق برقرار است. این رأی، نمونه بارز تمایل دادگاه‌ها به عدم اِعمال ضمانت اجرای ماده ۴۰۱ قانون

---

۱. در صورت عدم تعیین مدت دقیق برای خیار شرط و تعیین مهلتی برای انتقال رسمی سند، در عقد بیع مدت خیار عرفاً در عقد معلوم است چرا که از زمان انعقاد عقد تا روز انتقال سند این حق برقرار است. https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/5381

مدنی می‌باشد. در حقیقت دادگاه با توجه به عـــدم تعیین مدت مشخص برای خیار شـــرط در قرارداد، به عرف مراجعه کرده و بیان مـی‌دارد که «مدت خیار شرط عرفاً در عقد معلوم است، چه از زمان انعقاد عقد تا روز انتـقال سند این حق برقرار است». این اســـتدلال نشان‌دهنده استفـاده دادگاه از عرف به عنوان منبع تکمیلی برای تعیین مدت خیار شرط در قراردادهای بیع و درک عمیق دادگاه از منطق اســـتدلال حقوقی و قضـــایی اســـت که در آن، تحلیل متون قانونی با ملاحظات عرفی و عملی تکمیل می‌شود[1].

۲-۲. تفســـیر دستور ضمنی زوج جهت تحقق شرط مطالبه اجرت المثل ایام زوجیت

مطابـــق با تبصره ماده ۳۳٦ قانون مدنی ایـــران، اجرت‌المثل ایام زوجیت یکی از موضوعات بحث‌برانگیز در دعاوی خانوادگی اســـت که به موجب آن، در صورت اثبات انجام کارهایی از ســـوی زوجه که عرفاً برای آن‌ها اجرت تعیین می‌شـــود و به دستور زوج صورت گرفته باشـــد، امکان مطالبه اجرت‌المثل فراهم می‌شود. تفسیر و اســـتنباط مفهوم «دســـتور» در این زمینه اهمیت بســـزایی دارد؛ چرا که در بسیاری از موارد، زوج به طور صریح چنین دســـتوری را صادر نکرده اســـت، اما شرایط حاکم بر زندگی مشترک و رفتار او می‌تواند نشان‌دهنده یک دســـتور ضمنی باشد. در این راستا، تحلیل رفتار و سکوت زوج می‌تواند به عنوان ابزاری برای کشف قصد واقعی او در نظر گرفته شـــود. به عبارتی، اگرچه زوج ممکن است صدور دســـتور صریح به زوجه برای انجام امور منزل را انکار نماید، اما این امر، نافی امکان اســـتنباط اراده ضمنی یا درخواســـت قولی یا فعلی وی در ایـــن خصوص نخواهد بود. در هر حال، احراز وجود چنین دســـتور یا مطالبه‌ای بـــه نحو صریح یا ضمنی در صلاحیت دادگاه رسـیدگی‌کننده است. افزون بر این، برخی حقوقدانان معتقدند ادعای مبتنی بر وجود شـــرط ضمنی در عقد نکاح دال بر الزام زوجه به انجام امور منزل، فاقد وجاهـــت

---

۱. همچنین ر.ک. دادنامه شـــماره ۵٦۰ـ۱۳۹۲/۰۹/۱۸ شـــعبه ۵ دیوان عالی کشـــور؛ دادنامه شـــماره ۱۲۵۰ـ۱۳۹۲/۰۹/۳۰ شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۲٦۳–۱۳۹۵/۰۳/۰۵ شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر اســـتان تهران؛ دادنامه شـــماره ۱٤۸۹–۱۳۹۳/۱۱/۰۱ شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر اســـتان تهران؛ دادنامه شـــماره ۷۲۵–۱۳۹۳/۰۸/۰۷ شـــعبه ۳۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۵٦۰–۱۳۹۳/۰٤/۲۲ شعبه ٤٤ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۷٦٦–۱۳۹۲/۱۱/۱۲ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی فیروزکوه.

قانونی بوده و به عنوان مبنای تعهد الزام‌آور برای زوجه مسموع نیست (انصاری‌پور و صادقی مقدم، ۱۳۸٤: ۱۰). رویه قضایی نشـــان داده است که گاهی دادگاه‌ها با توجه به اصول حقوقی نظیر اصل عدم تبرع و ملاحظات عملی، به بررســـی قرائن و شواهد موجود پرداخته و از این طریق به احراز یا رد اســـتحقاق زوجه نسبت به اجرت‌المثل می‌پردازند. دادنامه شماره ۹٤۰۹۹۸۲۱٦٥٥۰۱۲۸٥ مورخ ۱۳۹٥/٤/۳۰ صادره از شعبه هشـــتم دیوان عالی کشـــور[1] نمونه‌ای از این رویکرد اســـت که نشان می‌دهد چگونه می‌توان با بهره‌گیری از اصول حقوقی و شرایط خاص پرونده، به تفسیر مفهوم دستور ضمنی پرداخت و بر اســـاس آن، به یک حکم منصفانه دســـت یافت. در این پرونده، دادگاه با استناد به تبصره ماده ۳۳٦ قانون مدنی[2] و ۱۲٥۷ آن قانون[3]، به بررسی شرایط اســـتحقاق زوجه برای دریافت اجرت‌المثل پرداخته اســـت. دادگاه تأکید می‌کند که برای احراز این اســـتحقاق، باید اثبات شـــود که زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن‌ها اجرت‌المثل تعیین می‌شـــود، به دستور زوج و بدون قصد تبـــرع انجام داده اســـت. در این راســـتا دادگاه با تکیه بر اصل عـــدم بیان می‌دارد که در صورت عدم ارائه دلیل کافی از ســـوی زوجه مبنی بر دســـتور زوج، اصل بر عدم استحقاق اجرت‌المثل است. استدلال برون‌ساختاری به ملاحظات فراتر از متن قانون، از جمله اصول کلی حقوقی، عدالت و شـــرایط اجتماعـــی می‌پردازد. در این پرونده، دادگاه بـــا در نظر گرفتن شـــرایط خاص، از جمله توافـــق زوجه در ضمن عقد برای پذیرش و مراقبت از فرزند زوج از همســـر اول، به این نتیجه می‌رســـد که این تعهد حتی بدون وجود دســـتور صریح از سوی زوج، می‌تواند مبنایی برای استحقاق زوجه به دریافت اجرت‌المثل باشـــد. این رویکرد نشان دهنده توجه دادگاه به واقعیت‌های

---

۱. در احراز استحقاق زوجه نسبت به اجرت المـــثل زندگی مـشترک، لازم نیست دسـتور شـوهر به انجام کارهای خـــانه، به طور صریح یا ضمنی بیان شود؛ بلکه دستور توقعی، خواستن، خواهش و حتی قبول کار زوجه توأم با سکوت زوج، برای مسؤولیـــت وی به پرداخت اجرت المثل کفایت می‌کند.

https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/34843

۲. چنانچه زوجه کارهایی را که شـــرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت‌المثل باشـــد، به دســـتور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشـــد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید.

۳. هر کس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند و مدعی‌علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد اثبات امر بر عهده او است.

عملی و شـــرایط خاص حاکم بر روابط زوجین اســـت که فراتر از نص صریح قانون مورد بررســـی قرار گرفته اســـت؛ لذا دادگاه با تفســـیر مواد قانونی مرتبط و همچنین در نظر گرفتن شـــرایط خاص و اصول کلی عدالت، سعی در ارائه حکمی منصفانه و متناسب با واقعیت‌های موجود داشته است[۱].

۳-۲. تفسیر حقوقی و اجتماعی تأخیر در اجرای تعهدات قراردادی و تعدیل وجه التزام

در تحلیل حقوقـــی قراردادها و اجرای تعهدات، همـــواره چالش‌هایی وجود دارد کـــه نیازمند تفســـیر دقیق و جامع‌تری از مفاد قانونی و قراردادی هســـتند. یکی از ایـــن چالش‌ها، زمانی رخ می‌دهد که تعهـــدات قراردادی با تأخیر یا نواقص جزئی مواجه می‌شـــود. در این‌گونه موارد، دادگاه‌ها باید تعادلی میـــان اجرای دقیق قرارداد و واقعیت‌های اجتماعـــی و اقتصادی طرفین برقرار کنند. انعطاف‌پذیری در قراردادها بـــا توجه بـــه ابعاد حقوقی، اقتصادی و روان‌شـــناختی آن، امری موجـــه و قابل دفاع اســـت؛ با این حال، اصل ثبات قراردادها نیـــز از ارکان بنیادین نظام حقوق قراردادها به شـــمار می‌رود (موسوی و اصانلو، ۱٤۰۱: ۲۷۸) و تغییر آن مستلزم توجیهات قوی و شـــرایط خاص است. از این رو، در فرایند تفســـیر قرارداد، لازم است که به هر دو مؤلفه یعنی ثبـــات و انعطاف‌پذیری توجه توأمان شـــود و از ظرفیت‌های موجود در هـــر یک بهره‌برداری معقول و متوازن صورت گیرد. هدف آن اســـت که ســـازکاری طراحی شـــود که بدون ایجاد اختلال در روابط قراردادی و تحمیل هزینه‌های اضافی، امکان انعطاف‌پذیری مثبت و ســـازنده در چارچوب قرارداد را فراهم سازد. بدین‌سان انعطاف‌پذیری سنجیده در قراردادها می‌تواند منجر به شکل‌گیری روابطی شفاف، قابل فهم، مشارکتی و مبتنی بر درک متقابل از نیازها، ظرفیت‌ها، فرصت‌ها و اعتماد متقابل میان طرفین شود (طالب احمدی، ۱٤۰۳: ۲۲۵). یکی از مثال‌های برجسته و کاربردی این نوع اســـتدلال، دادنامه‌ای اســـت که در آن استفاده از اســـتدلال برون‌ساختاری به ویژه در رابطه با تفســـیر تعهدات قراردادی و تعیین میزان وجه التزام مورد توجه قرار

---

۱. همچنین بنگرید به: دادنامه شـــماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۸٦۱ مورخ ۱۳۹۵/۰۵/۳۰ صادره از شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر اســـتان تهران؛ دادنامه شماره ۹٤۰۹۹۸۰۷۰٤۳۰۰۷۷۳ مورخ ۱۳۹۵/۰۵/۲۷ صادره از شعبه دوازدهم دیوان عالی کشور؛ دادنامه شماره ۹٤۰۹۹۸۰۲۱٦۱۰۰۹۲۱ مورخ ۱۳۹۵/۰۱/۲٤ صادره از شعبه ۲٤ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

گرفته است و به دادگاه این امکان را می‌دهد که به جای اتکای صرف به لفظ و معنای لغوی قوانین، به جنبه‌های انسانی، اجتماعی و اقتصادی نیز توجه داشته باشد. در این پرونده، فروشنده متعهد شده بود که ظرف یک ماه برق و تلفن مورد معامله را فراهم سازد و در صورت تخلف، نیمی از ثمن را به عنوان وجه التزام پرداخت کند؛ با این حال، دادگاه به‌جای اعمال سخت‌گیرانه قواعد قراردادی و اصرار بر اجرای تمام و کمال تعهدات فروشنده در مدت زمان مقرر، در تفسیر خود، به دو عامل اساسی توجه کرده است: نخست، عرف اجتماعی که تأخیر یک‌روزه در انجام تعهدات را قابل اغماض و کم‌اهمیت می‌داند؛ و دوم، شرایط اقتصادی و اجتماعی طرفین قرارداد، به ویژه تأثیر منفی و غیر منطقی وجه التزام سنگین بر وضعیت مالی فروشنده. در این رویکرد، دادگاه با توجه به عرف اجتماعی که غالباً به تأخیرهای جزئی در اجرای تعهدات در موارد مشابه نگاه تساهل‌آمیز دارد، از تطبیق دقیق و بی‌چون و چرای مفاد قرارداد به ویژه در ارتباط با وجه التزام خودداری کرده است. این اقدام در جهت تعدیل سخت‌گیری‌های قراردادی با شرایط انسانی و اجتماعی طرفین صورت گرفته است. در واقع دادگاه به جای پیروی صرف از واژه‌های قراردادی، از استانداردهای اخلاقی و اجتماعی جامعه بهره برده تا تصمیمی اتخاذ کند که نه تنها با قواعد حقوقی، بلکه با اصول عدالت اجتماعی و انصاف هم‌خوانی داشته باشد. از سوی دیگر توجه به شرایط اقتصادی فروشنده و بار سنگین وجه التزام، به عنوان عامل برون‌ساختاری دیگر، حاکی از حساسیت دادگاه نسبت به تبعات اجرایی قرارداد و آثار آن بر طرفین است. این رویکرد در واقع پیامی فلسفی در تفسیر قانون و قراردادها است که بیان می‌دارد نباید حقوق افراد در دنیای واقعی صرفاً به‌صورت مطلق و انتزاعی اعمال شود، بلکه باید با توجه به شرایط خاص فردی و اجتماعی هر مورد، تعدیل و تطبیق یابد. در نتیجه دادگاه با استناد به عرف اجتماعی و شرایط اقتصادی، نشان داد که قواعد حقوقی و قراردادی نمی‌توانند به طور مطلق و بدون توجه به واقعیت‌های اجتماعی و اقتصادی جامعه اعمال شوند. این استفاده از استدلال برون‌ساختاری بیان‌گر تکامل و بالندگی حقوق است که تلاش می‌کند با انعطاف‌پذیری بیشتر، عدالت واقعی و متوازن را در روابط قراردادی برقرار کند و نه تنها حقوق فردی را در چارچوب قواعد حقوقی محافظت می‌کند، بلکه به جنبه‌های انسانی و اجتماعی نیز

توجه داشـــته و به طور ضمنی بر این اصل تأکید دارد که حق و عدالت نباید تنها در متون خشـــک قانونی جست‌وجو شوند، بلکه باید در واقعیت‌های اجتماعی و انسانی هم تنیده شوند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۷۷).

٤-۲. تحلیـــل اراده ضمنی طرفین در چارچـــوب عدالت قضایی و تعلق بهره ساده و بهره مرکب

ماده 35A [1] قانون محاکم عالی انگلســـتان (۱۹۸۱)[2] به صراحت مقرر می‌دارد که بهره ســـاده به عنوان خسارت در نتیجه تأخیر در پرداخت بدهی‌های تجاری قابل تعلق اســـت. از ظاهر این ماده، این حکم به نظر می‌رسد که صرفاً تأخیر در پرداخت بدهی‌ها باعث می‌شـــود که بهره به طور خودکار و بـــدون نیاز به تراضی صریح بین طرفین، به عنوان خسارت به طلبکار تعلق گیرد، اما جالب‌ترین بخش تفسیر این ماده، نحوه ارتباط آن با اصول عمومی‌تر حقوقی اســـت که در مورد تعلق بهره به خسارت وجود دارد. در اصـــول عمومی نظـــام حقوقی انگلستان، تعلق بهره به خسارت تنها زمانی ممکن است که طـرفین قرارداد به طور صـریح در این باره تـوافق کرده باشند، اما در ماده 35A، تفســـیر قانون‌گـــذار با این اصول در تضاد قرار دارد و به شکلی مبتنی بر «اراده ضمنی طرفین» عمل می‌کنـــد. در حقیقت، قانون‌گذار به‌جـای تکیه بر ظاهر قانونی، به منافع و اهداف پنـــهان در رابطه تجاری توجه کرده و با این فـرض که طرفین به طور ضمنی بر تعلق بـــهره به عنـــوان خسارت در صورت تأخیـر در پرداخت توافق دارند، از طلبکار در برابر آســـیب‌های ناشی از تأخیر حمایت می‌کند. این تفسیر از قانون، نوعی «تفسیر حکمی» و استدلال برون‌ساخـــتاری تلقی می‌شود؛ چرا که قانون‌گذار به‌جای پیروی صرف از متن ماده، در پی اجـــرای عدالت و منافع

1. Article 35A power of high court to award interest on debts and damages.
(1) Subject to rules of court, in proceedings (whenever instituted) before the high court for the recovery of a debt or damages there may be included in any sum for which judgment is given simple interest, at such rate as the court thinks fit or as rules of court may provide, on all or any part of the debt or damages in respect of which judgment is given, or payment is made before judgment, for all or any part of the period between the date when the cause of action arose and—
(a) In the case of any sum paid before judgment, the date of the payment; and
(b) In the case of the sum for which judgment is given, the date of the judgment.
2. Supreme Courts Act

واقعی طرفین اســـت و بیشتر به پیامدهای اجتماعی و اقتصادی تصمـــیمات حقوقی توجه دارد.

همچنین در نظام‌های حقوقی، یکی از چالش‌های اساسی در محاسبه خسارت، تعیین نحوه جبران دقیق و منصفانه زیان‌های وارده اســـت. در بسیاری از موارد جبران خســـارت تنها به مقدار اصل زیان محدود می‌شـــود، اما در برخی از پرونده‌ها قضات برای دستیابی به عدالت بیشـــتر از ظاهر قانون فراتر رفته و تفسیرهایی ارائه می‌دهند که مبتنی بر اصول عمومی عدالت و انصاف است. پرونده شرکت سِمپرا متالز در برابر اداره مالیات و عوارض پادشـــاهی بریتانیا (Burrows, 2019: 298)[1] یکی از مصادیق مهم این رویکرد است که در آن دادگاه انگلستان در یک اقدام نوآورانه و سنت‌شکن، به مســـأله «بهـــره مرکب» در جبران خســـارت پرداخت و آن را بـــه عنوان جزئی از هزینه‌های خسارتی در نظر گرفت. این تصمیم برخلاف رویه‌های معمول حقوقی که عمدتاً به محاسبه بهره ســـاده می‌پردازند، نشان‌دهنده یک تفسیر فراتر از ظاهر قانون اســـت. در این زمینه، قاضی با استفاده از تفسیر حکمی که به اصول عمومی عدالت و جبران کامل خسارت توجه دارد، به یک گام پیشرفته در تحول رویه قضایی انگلستان پرداخته اســـت. در سیستم‌های حقوقی مرسوم به ویژه در انگلستان، محاسبه خسارت عمدتاً بر اســـاس بهره ساده انجام می‌شـــود و تأکید قانون‌گذار بیشتر بر جبران مقدار اصل خســـارت اســـت تا عواقب دیرکرد یا تأخیر در پرداخت؛ با این حال، قاضی در پرونده سِمپرا متالز به طور آگاهانه از ظاهر قانون فراتر رفت و به‌جای پای‌بندی صرف به مقررات موجود، به نیازهای حقیقی و عدالت‌محور توجه کرد. او با استناد به اصول عدالت قضایی و منطق اقتصادی، تصمیم گرفت که جبران خســـارت باید شامل «بهره مرکب» باشـــد؛ چرا که تأخیر در پرداخت خســـارت، خود نوعی زیان مضاعف است که باید به طور کامل جبران شـــود. این تفســـیر نشان‌دهنده درک عمیق‌تری از مفاهیم عدالت و انصاف اســـت که به طور صریح در متن قانون نیامده است. به عبارت دیگر قاضی در تصمیم‌گیری خود صرفاً به کلمات و مقررات صریح قانون اکتفا نکرد، بلکه با نگرشـــی اجتماعی و اقتصادی به مسأله نگاه کرد و به نتایج عینی و ملموس تأخیر

1. Sempra Metals Ltd V. Her Majesty's Commissioners Of Inland Revenue And Another [2007] Ukhl 34

در پرداخت خسارت‌ها توجه نمود. این تصمیم به معنای به چالش کشیدن اصول سخت‌گیرانه و مکانیکی حقوق است که تنها به پرداخت اصل خسارت توجه دارند. در این تفسیر، تأکید بر عدالت ترمیمی به‌جای عدالت توزیعی است؛ بدین معنا که هدف بیشتر از آن‌که به توزیع مساوی خسارات بین طرفین محدود شود، معطوف به ترمیم کامل و واقعی زیان‌های وارده است. بهره مرکب به عنوان یک ابزار برای جبران تأخیر و خسارات ناشی از آن، نه تنها به بهای واقعی خسارت‌ها توجه دارد، بلکه فشارهای مالی طولانی مدت بر طرف آسیب‌دیده را نیز در نظر می‌گیرد. در واقع، این تصمیم به‌نوعی توجه به وضعیت اقتصادی و اجتماعی فرد آسیب‌دیده است که در اثر تأخیر به مشکل برخورده است.

۵-۲. تقابل نص‌گرایی و عدالت در حقوق ارث

در تحلیل حقوقی، گاه آنچه که به طور صریح و روشن در قوانین آمده است، نمی‌تواند تمامی ابعاد و پیچیدگی‌های مسائلی را که در عمل پیش می‌آید، دربرگیرد. در چنین مواقعی تفسیر قانون باید فراتر از الفاظ آن صورت گیرد و به اصول کلی عدالت، اخلاق و هدف‌مندی قوانین توجه شود. یکی از مباحث اساسی در این زمینه، تقابل میان نص‌گرایی و اصل عدالت در تفسیر قوانین است. این تقابل در بسیاری از پرونده‌های حقوقی مطرح شده است که در آن‌ها قضات به جای پیروی صرف از ظاهر قانون، به تفسیر غایت‌گرایانه و اصول اخلاقی و عدالت توجه کرده‌اند. یکی از نمونه‌های بارز این رویکرد، پرونده ریگز علیه پالمر[1] است که در آن دادگاه عالی نیویورک[2] از تفسیر صرفاً لفظی و نص‌گرایانه قانون عبور کرده تا نتیجه‌ای منصفانه و مبتنی بر روح قانون ارائه دهد و با استناد به اصل عدالت، حکم داد که قاتل نمی‌تواند از ارث مورث خود بهره‌مند شود، حتی اگر وصیت‌نامه‌ای که مطابق تشریفات قانونی تنظیم شده، او را وارث بداند. در این پرونده، المر پالمر که مطابق وصیت‌نامه پدربزرگش یکی از وارثان قانونی او بود، برای جلوگیری از تغییر احتمالی وصیت‌نامه، پدربزرگ خود را به قتل رساند. بر اساس ظاهر قانون ایالت نیویورک،

1. Riggs V. Palmer, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889)
جهت مطالعه تفصیلی این پرونده، بنگرید به:
https://www.nycourts.gov/Reporter/Archives/Riggs_Palmer.Htm
2. New York County Supreme Court

وصیت‌نامه‌ای که به درستی تنظیم شده باشد، معتبر است و مطابق آن ارث تقسیم می‌شود. در نتیجه، هیچ نص قانونی صراحتاً مانع از آن نبود که فردی که وارث قانونی است، اما مرتکب قتل مورث شده، از ارث محروم گردد؛ برخلاف نظام حقوقی ایران که در پاره‌ای از موارد، ممکن است شخص متوفی از حیث وجودی دارای وارث یا وارثانی باشد، لیکن به دلیل تحقق یکی از موانع قانونی ارث، آنان از تملک ترکه محروم می‌شوند و وضعیت متوفی از منظر حقوقی به مثابه بلاوارث تلقی می‌شود (صادقی مقدم و امیری سرارودی، ۱۳۹۶: ۲۰۵). قانون‌گذار در مواد ۸۸۰ الی ۸۸۵ قانون مدنی[1] به‌طور حصری برخی از موانع ارث را احصا نموده است که عبارت‌اند از: ارتکاب قتل نسبت به مورّث، کفر، لعان، و تولد از زنا؛ که هر یک از آن‌ها مانع تحقق رابطه ارث‌بری میان وارث بالقوه و مورّث می‌گردند (مصلحی عراقی، ۱۳۸۶: ۵۳ و ۷۳)؛ بنابراین اگر دیوان عالی نیویورک به ظاهر قانون اکتفا می‌کرد، المر پالمر همچنان مستحق دریافت ارث بود. این دادگاه به‌رغم نبود نص قانونی صریح، حکم داد که المر پالمر نمی‌تواند از قتل خود منتفع شود. این رأی بر چند اصل اساسی حقوقی استوار بود که نشان‌دهنده عبور قاضی از ظاهر قانون و بهره‌گیری از تفسیری مبتنی بر عدالت بود. دادگاه به اصل «هیچ‌کس نباید از خطای خود سود ببرد»[2] استناد کرد که نظام حقوقی نمی‌تواند طوری تفسیر شود که به فردی

---

۱. ماده ۸۸۰ قانون مدنی: قتل از موانع ارث است بنابراین کسی که مورث خود را عمداً بکشد از ارث او ممنوع میشود اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا بالتسبیب و منفرداً باشد یا به شرکت دیگری.
ماده ۸۸۱ مکرر قانون مدنی: کافر از مسلم ارث نمی‌برد و اگر در بین ورثه متوفای کافری، مسلم باشد وراث کافر ارث نمی‌برند اگرچه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند.
ماده ۸۸۲ قانون مدنی: بعد از لعان زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی‌برند و همچنین فرزندی که به سبب انکار او لعان واقع شده از پدر و پدر از او ارث نمی‌برند لیکن فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و همچنین مادر و خویشان مادری از او ارث می‌برند.
ماده ۸۸۳ قانون مدنی: هر گاه پدر بعد از لعان رجوع کند پسر از او ارث می‌برد لیکن از ارحام پدر و همچنین پدر و ارحام پدری از پسر ارث نمی‌برند.
ماده ۸۸٤ قانون مدنی: ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد، لیکن اگر حرمت رابطه‌ای که طفل ثمره آن است نسبت به یکی از ابوین ثابت و نسبت به دیگری به واسطه اکراه یا شبهه زنا نباشد طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می‌برد و بالعکس.
ماده ۸۸۵ قانون مدنی: اولاد و اقوام کسانی که به موجب ماده ۸۸۰ از ارث ممنوع می‌شوند محروم از ارث نمی‌باشند بنابراین اولاد کسی که پدر خود را کشته باشد از جد مقتول خود ارث می‌برد اگر وارث نزدیکتری باعث حرمان آنان نشود.

2. Ex Turpi Causa Non Oritur Actio

اجازه دهد با ارتکاب جرم، منتفع شـــود. اگر چه قانون ارث در آن زمان در مورد این وضعیت خاص حکم روشنی نداشت، اما پذیرش ادعای وارث قاتل، منجر به نتیجه‌ای غیر عادلانه و خلاف مبانی اساســـی حقوقی می‌شـــد[1]. در واقـــع دادگاه صرفاً به متن قانون بسنده نکرد، بلکه هدف و فلسفه قانون ارث را مورد نظر قرار داد. هدف قانون تعیین ورثه‌ای اســـت که بر اســـاس اراده مورث و اصول حقوقی، شایستگی دریافت ارث را داشـــته باشند، نه این‌که بستری برای سوء اســـتفاده از قانون فراهم شود. این پرونـــده نمونه‌ای از رجوع دادگاه به اصول کلی حقوقـــی فراتر از نص قانونی بود و نشـــان می‌دهد که تفسیر قانون نمی‌تواند صرفاً به ظاهر آن محدود شود، بلکه باید در چارچوبی وســـیع‌تر که شـــامل اصول بنیادین حقوقی و عدالت است انجام شود. این رویکرد بیان‌گر آن است که قواعد حقوقی در خلأ عمل نمی‌کنند، بلکه باید در ارتباط با موازین اخلاقی، عدالت و اهداف قانون مورد تفســـیر قـــرار گیرند. رأی دادگاه در این پرونده نمونه‌ای از تفسیری پویا و برون‌ساختاری از قانون است که نشان می‌دهد چگونـــه می‌توان از ظاهر قانون فراتر رفت و حکمـــی صادر کرد که با اصول بنیادین حقوق سازگارتر باشد.

1. Domat, part 2, book 1, tit. 1, § 3; Code Napoleon, § 727; Mackeldy's Roman Law, 530, 550.

برآمد

۱- استدلال حقوقی را می‌توان در دو چارچوب بنیادین و تکمیلی تحلیل نمود: نخست از منظر بازخوانی درون‌ساختاری قواعد و احکام حقوقی که بر اساس اصول و مفروضات نهادی سیستم حقوقی بنا شده است؛ و دوم از زاویه کاوش در بنیادهای فرا حقوقی و ملاحظات هنجاری که به بررسی پیش‌فرض‌های فلسفی، اجتماعی و اخلاقی می‌پردازد و در فرایند تفسیر و اعمال حقوقی نقشی اساسی و تعیین‌کننده دارند.

۲- در استدلال درون‌ساختاری، هدف اصلی این است که قواعد حقوقی بر اساس اصول تفسیری، مصادیق و قلمرو آن‌ها روشن شوند. این فرایند شامل تفسیر قانونی، تعیین مصادیق و تحدید یا گسترش قلمرو قواعد است. در مرحله نخست، تفسیر قانون با استناد به متن، رویه‌های تفسیری، اصول کلی و حتی زمینه تاریخی و اجتماعی قانون انجام می‌شود تا مشخص گردد که یک قاعده چه معنایی دارد و چه برداشتی از آن قابل‌قبول‌تر است. در مرحله دوم، قاضی یا مفسر باید تعیین کند که آیا یک قاعده بر یک وضعیت خاص قابل اعمال است یا خیر. در نهایت در برخی موارد به دلیل وجود خلأهای قانونی یا نتایج نامطلوب از اجرای بی‌چون و چرای یک قاعده، ممکن است قلمرو آن محدود یا گسترش داده شود. این سه عنصر، بنیان استدلال درون‌ساختاری را شکل می‌دهند و امکان استنباط حقوقی در چارچوب نظام حقوقی موجود را فراهم می‌کنند. رویکرد برون‌ساختاری نگاه خود را به فراتر از متن قانون معطوف می‌کند و پرسش‌های هنجاری را مطرح می‌سازد. در این رویکرد، مسأله اصلی چرایی قواعد است: چرا قانون از یک حق حمایت می‌کند؟ چرا یک رفتار مجرمانه تلقی می‌شود؟ این رویکرد به تحلیل مبانی فلسفی، اخلاقی و اجتماعی قواعد حقوقی پرداخته و در مواقعی که قوانین موجود ناکافی یا ناموجه باشند، پیشنهادهایی برای اصلاح یا تغییر آن‌ها ارائه می‌کند. در این چارچوب، استدلال حقوقی نه صرفاً ابزاری برای تفسیر قواعد موجود، بلکه وسیله‌ای برای ارزیابی مشروعیت، عدالت و کارآمدی آن‌ها محسوب می‌شود. این نوع استدلال در مسائلی مانند حقوق بشر، اخلاق پزشکی و عدالت کیفری نقش پررنگ‌تری دارد و به‌ویژه در مواجهه با چالش‌های اجتماعی و اخلاقی، اهمیت بیشتری می‌یابد.

۳- در نـظام‌های حقـوقی، خصـوصاً نظام‌های رومی ژرمنـی، در ظاهر چنین به نظر می‌رسد که اسـتدلال درون‌ساختاری برتری دارد؛ زیرا قـضات موظف به تبعیت از قانون و اصـــول قانونی بودن رسیدگی‌ها هستند. با این حال بررســـی دقیق رویه قضایی کشـــور ایران نشان می‌دهد که در بسیاری از موارد قضات از طریق تفسیرهای هدف‌مند، نگاه‌های برون‌ســـاختاری را نیز در تصمیمات خـــود دخالت می‌دهند و با تحلیل‌های درون‌ساختاری، تـلاش می‌کـنند جهت احـتراز از انگاره‌های ضد شهودی، نتایج مطلوب خود را استخـراج کرده و به قـانون نسبـت دهند. این روند نشـان‌دهنده آن است که تفکر برون‌ساخـــتاری حتی در چارچوب‌های سخت‌گیرانه نظـــام‌های حقوق نوشته، در لفافه‌ای از تفســـیرهای متـن‌محور و تحـلیل‌های درون‌ســاختاری، نفـــوذ خود را حفظ کرده اســـت. این واقعیـــت بیش از آن‌که صرفاً بازتابـــی از انعـــطاف‌پذیری قضـایی باشد، مؤیدی بر فاصـله میان متن قانون و اقتضائات پویای جامـعه مدنی ایران است؛ گسستی که ناگزیر قضـات را به بهره‌گیری از مکانیسم‌های تفســـیری سوق می‌دهد تا حقوق را از ایســـتایی برهانند و با نیازهای واقعی جامعه هم‌ســـو سازند. این هم‌زیستی میان دو رویکرد، به معنای فقدان اصـــالتِ هیچ‌یـک از آن دو نیســـت و می‌تـــوان گفت که توازن میان این دو نوع اســـتدلال، به پویایی و انعـــطاف‌پذیری نظام حقوقی کمک می‌کند؛ در حالی که همچنان انسجام ساختاری آن را حفظ می‌نماید.

٤- وضعیت ایده‌آل آن است که ساختار حقوقی کشور چنان استوار و مستحکم باشـــد که نیاز به تفسیرهای گسترده و مداخلات برون‌ساختاری در تصمیمات قضایی به حداقل برســـد. هر چند نگاه هنجاری در حقوق، بـــه خودی خود امری نامطلوب نیســـت و می‌تواند به تحول اندیشه حقوقی کمک کند، اما اگر این رویکرد جایگزین معیارهای عینی و مشـــخص شود، ممکن اســـت به کاهش پیش‌بینی‌پذیری و کاهش قطعیت حقوقی منجر گردد. هدف نهایی، ایجاد نظامی است که ضمن حفظ ارزش‌های بنیادین حقوقی، امکان تحلیل و اصلاح قواعد را بدون خدشـــه به ســـاختار کلی نظام حقوقی فراهم کند.

فهرست منابع

الف. فارسی

* انصاری‌پور، محمدعلی و صدقی‌مقدم، محمدحسن (۱۳۸٤)، «**اجرت‌المثل کارهای زوجه و نقد آرای محاکم**»، فصل‌نامه مدرس علوم انسانی، سال نهم، شماره پیاپی ٤۱.

* بادینی، حسن (۱۳۸۳)، «**فلسفه مسؤولیت مدنی**»، رساله دکتری دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

* پالمر، مایکل (۱۳۸۵)، **مسائل اخلاقی**، برگردان: علیرضا آل بویه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

* شعاع کاظمی، مهرانگیز و میرمحمدحسین اوشانی، سیده آتنا و نقیب، فرزانه (۱۳۹٤)، «**رابطه آموزه‌های دینی و رشد اخلاقی کودکان دبستانی**»، پژوهش در مسائل تعلیم و تربیت اسلامی، دوره ۱۲، شماره ۲۹.

* صادقی مقدم، محمدحسن و امیری سرارودی، سید رضا (۱۳۹٦)، «**وصیت اشخاص بلاوارث در حقوق ایران و فقه امامیه**»، مجله علمی پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۳، شماره ۲.

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

* فتحی، علی (۱۳۸۵)، «**اخلاق و نسبت آن با دین از دیدگاه کانت**»، معرفت، شماره ۱۱۱.

* فرانکنا، ویلیام کی (۱۳۸۰)، **فلسفه اخلاق**، برگردان: إنشاالله رحمتی، تهران: حکمت.

* فنائی، ابوالقاسم و نوجوان، داود (۱۳۹۸)، «**نقش اخلاق در قانون از منظر فلسفه فقه و فلسفه حقوق**»، دوفصل‌نامه علمی حقوق تطبیقی، دوره ٦، شماره ۲.

* قاسم‌پور، امین و صادقی مقدم، محمدحسن (۱٤۰۲)، «**بررسی خودمختاری رابطه‌ای و فردی بیمار از دیدگاه نتیجه‌گرایانه**»، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی، دوره ۱۷، شماره ۵۸.

* کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۱)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۵)، **فلسفه حقوق**، چاپ چهارم، جلد نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹٤)، **گامی به سوی عدالت**، جلد نخست، تهران: میزان.
* مصلحی عراقی، علی‌حسین (۱۳۸٦)، **حقوق ارث**، چاپ سوم، تهران: سمت.
* موسوی، سیدعباس و اصانلو، اکبر (۱٤۰۱)، «**انتفای عقد به سبب عدم امکان اجرای موضوع آن در حقوق ایران و فرانسه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۲۰.
* نیکخواه، رضا و علی‌عسگری، ابراهیم (۱۳۹٤)، «**نقش پنهان اخلاق در حقوق**»، مجله اخلاق زیستی، دوره ۵، شماره ۱۵.
* وکیلیان، حسن و مقتدر، محمد (۱٤۰۱)، «**دلایل موجهه تبعیت از قانون در پرتو آموزه‌های حقوق طبیعی و فلسفه حقوق تحلیلی**»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲٤، شماره ۷۷.

ب. انگلیسی

* Burrows andrew (2019), **Interest as damages and interest on damages**, Remedies for torts, breach of contract and equitable wrongs (online edn), Oxford Academic.
* Dempsey, Michelle Madden (2013), **Victimless conduct and the volenti maxim: how consent works**, Criminal Law and Philosophy, 7(1).
* Dickson, Julie (2008), **Interpretation and coherence in legal reasoning**, Stanford Encyclopedia of Philosophy.
* Endicott, Timothy (2014), **Interpretation and indeterminacy: comments on Andrei Marmor's philosophy of law**, Jerusalem Review of Legal Studies, 10(1).

❋ Gardner, John (2001), **Legal positivism: 5½ myths**, American Journal of Jurisprudence, 46(1).

❋ Harris, John (2002), **Law and regulation of retained organs: the ethical issues**, Legal Studies, 22(4).

❋ Kant, Immanuel (1909), **Critique of Practical Reason**, trans Thomas Kingsmill Abbott, London.

❋ Kong, Camillia (2019), **The problem of mental capacity in self-harming egosyntonic disorder**, In: Herring, J and Campos, T and Phillips, A,M, (eds,), Philosophical foundations of medical law, Oxford University Press.

❋ Raz, Joseph (1986), **The morality of freedom**, Oxford University Press.

❋ Smith, George W. (1998), **Limits of law**, In Routledge Encyclopedia of Philosophy, Routledge.

❋ Wall, Jesse (2019), **How the philosophy gets in**, In Andelka M, Phillips, Thana C, de Campos, & Jonathan Herring (Eds,), Philosophical foundations of medical law, Oxford University Press.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۱۳۵-۱۰۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۹/۰۴

خوانده غیر مرتبط در دادرسی مدنی؛ با تأکید بر رویه قضایی

گودرز افتخار جهرمی[۱]، احسان بهرامی[۲]

چکیده

خوانده معمولاً به شخصی اطلاق می‌شود که ادعای اصلی علیه او است؛ با این حال، گاه با خواندگانی روبه‌رو می‌شویم که نه تنها ادعای اصلی علیه آن‌ها نیست، بلکه ارتباطی بین آن‌ها و دعوای اقامه شده وجود ندارد. برای مثال، شخص الف که از شخص ب طلبکار است، شخص ج را نیز در ردیف خواندگان دعوا قرار می‌دهد تا از امتیاز ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی [سوء] استفاده نموده و دعوا را در اقامتگاه ج طرح کند. پرسش مطرح، معیارهای شناسایی خوانده غیر مرتبط، انگیزه‌های درج خوانده غیر مرتبط در دادخواست و راهکارهای مقابله با این انگیزه‌ها است. مقاله حاضر با روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و مطالعه گسترده در آرای قضایی، در صدد ارائه پاسخی شایسته به این پرسش‌ها است و نتیجه می‌گیرد که سوء استفاده از مقررات صلاحیت محلی و مواعد، جلوگیری از رد شکلی دعوا و اعتراض شخص ثالث و همچنین تسریع در تحصیل دلیل، از انگیزه‌های درج خوانده غیر مرتبط است و به منظور مقابله با درج خوانده غیر مرتبط نیز راهکارهای صدور قرار رد دعوا، صدور قرار تأمین هزینه‌های خوانده در کنار تفسیر صحیح قوانین و مقررات آیینی را پیشنهاد می‌دهد.

واژگان کلیدی: خوانده اصلی، خوانده تسهیل کننده، خوانده فرعی، رد شکلی دعوا، سوء استفاده از مقررات صلاحیت محلی.

---

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

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران (نویسنده مسوول)
e_bahramy@sbu.ac.ir

درآمد

یکی از ارکان دعوای مدنی، خوانده است. به عبارت بهتر، دادخواهی را نمی‌توان بدون مخاطب قرار دادن شـــخصی که داد و ادعا علیه اوست تصور کرد. بر این بنیاد، شروع شدن فرایند دادرسی با درج یک خوانده که ادعای خواهان علیه او است بلامانع است. با وجود این، گاه با خواندگانی مواجه هستیم که هرچند هیچ ارتباطی با دعوای اقامه شده ندارند، اما توسط خواهان به فرایند دادرسی دعوت شده‌اند. برای مثال، یک سردفتر اسناد رسمی را در نظر بگیرید که بدون شناخت قبلی از طرفین متصدی تنظیم صلح‌نامه رسمی بین آن‌ها می‌شود. سال‌ها پس از انجام این امر و ترک دفترخانه توسط طرفین، یکی از آن‌ها مدعی باطل بودن عقد به جهت جنون طرف مقابل می‌شـــود؛ به همین خاطر رهســـپار محکمه شـــده و دعوای «اعلام بطلان عقد صلح» و «ابطال سند رســـمی» را علیه طرف دیگر عقد اقامه می‌کند. با این حال، سردفتر یاد شده را نیز به عنوان خوانده دعوا قرار می‌دهد. همان‌طور که پنهان نیست در این قبیل موارد، ادعای خواهان علیه شخص دیگری است، اما بنا به هر جهت شخص یا اشخاص غیر مرتبط نیز در قامت خوانده به جولانگه دادرســـی فراخوانده می‌شـــوند. با این توضیح، چند پرسش بســـیار مهم پیرامون خوانده غیر مرتبط، ذهن نگارندگان این مقاله را به خود مشغول ساخته اســـت: اولاً، منظور از خوانده غیر مرتبط چیست؟ به عبارت دقیق‌تر، درســـت است که گفته شد خوانده غیر مرتبط شخصی است که دعوا هیچ ارتباطی به او نـــدارد، اما منظور از این عدم ارتباط چیســـت؟ ثانیاً، دادگاه با چه معیاری می‌تواند خوانـــده غیر مرتبط را شناســـایی کند؟ ثالثاً، چه انگیزه‌هایی ســـبب درج خوانده غیر مرتبط در دادخواســـت می‌گردد؟ رابعاً، چه راهکارهایی جهت مقابله با درج خوانده غیر مرتبط در دادخواست‌های تقدیمی وجود دارد؟

در پاســـخ به ایـــن پرســـش‌ها، پژوهش خاصـــی در حقوق ایـــران صورت نگرفته اســـت. در حقیقت، علی‌رغم این‌که رویه قضایی سال‌هاســـت با چالش درج خواندگان غیر مرتبط در دادخواســـت‌ها دســـت و پنجه نـــرم می‌کند، حقوق‌دان‌ها و صاحب‌نظران آیین دادرســـی مدنی، توجه شایسته‌ای به آن نداشته‌اند. به عنوان نمونه، آنجا که برخی از اســـتادان حقوق به فراخور بحـــث درباره بند ۲ ماده ۵۱ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، به طرح مطلب راجع به خوانده

پرداخته‌اند (متین‌دفتری، ۱٤۰۲: ۳۲٤-۳۲۵؛ شمس، ۲/۱۳۸۵: ۳۰-۳۵؛ افتخار جهرمی و السان، ۲/۱٤۰۱: ۳۸-۳۹؛ مهاجری، ۱/۱۳۹۷: ۲۳۵-۲۱۸؛ واحدی، ۲/۱۳۹۸: ۲۹)، ردپایی از اشاره به خوانده غیر مرتبط ملاحظه نمی‌گردد. همچنین آنجا که بعضی از صاحب‌نظران، ذیل بحث توجه دعوا به خوانده، به تفصیل به جایگاه خوانده در حقوق دادرسی مدنی پرداخته‌اند (نهرینی، ۲/۱۳۹۸: ۳٦۸-۳۹۰)، گریزی به خوانده غیر مرتبط زده نشده است. در این وضعیت، تنها اشارتی که به نظر می‌رسد بی‌مناسبت با خوانده غیر مرتبط نباشد، در عبارت یکی از حقوق‌دان‌ها مستور است، آنجا که خاطرنشان ساخته‌اند: «از نظر حرفه‌ای و به این دلیل که دعوای خواهان با ایراد عدم استماع مواجه نشود، در موارد مشکوک، باید اشخاصی که حضور آن‌ها محتمل است را به عنوان خوانده تعیین کرد؛ زیرا در نهایت دادگاه نسبت به آن‌ها اقدام به صدور قرار رد می‌کند...» (خدابخشی، ۱/۱۳۹۹: ۲۹۱).

با این اوصاف، پاسخ به پرسش‌های یاد شده هدف اصلی مقاله پیش‌رو است. به این منظور، ابتدا سعی خواهد شد با روشن ساختن انواع و اقسام خوانده در نظام دادرسی مدنی به شناسایی مفهوم خوانده غیر مرتبط پرداخته شود. در ادامه، محور بحث بر ارائه ضابطه و معیار جهت شناسایی خوانده غیر مرتبط تمرکز می‌یابد. سپس، به تبیین جهات (انگیزه‌های) درج خوانده غیر مرتبط در دعوا خواهیم نشست. در پایان نیز به راهکارهای مقابله با درج خوانده غیر مرتبط خواهیم پرداخت.

۱. مفهوم خوانده غیر مرتبط از رهگذر تبیین اقسام خوانده

دعوا به مثابه یک امر ترافعی، بدون وجود خوانده قابل تصور نیست. به عبارت بهتر، درست در نقطه مقابل امر حسبی که نیاز به طرف ندارد دعوا را نمی‌توان بدون خوانده تصور کرد. با این توضیح، یکی از خواندگانی که به فرایند دادرسی دعوت می‌شود خوانده غیر مرتبط است که در این بخش از مقاله به تبیین مفهوم آن خواهیم پرداخت؛ منتها پیش از آن بایستی اقسام خواندگانی که به عرصه دادرسی فراخوانده می‌شوند روشن شوند.

۱-۱. خوانده اصلی

خوانده اصلی به شـــخصی اطلاق می‌شـــود که ادعای اصلی خواهان علیه او اســـت. برای مثال، آنگاه که خواهان ادعا می‌کند خوانده مالی را از او قرض گرفته، اما از بازپرداخت آن خودداری می‌کند، با خوانده اصلی رو به رو هستیم. گویا از دیدگاه برخی از استادان حقوق، خوانده تنها منحصر در خوانده اصلی است؛ چراکه گفته‌اند: «خوانده شخصی است که دعوا علیه او اقامه شده و حق ادعایی علیه اوست و بنابراین نتیجه دادرســـی هر چه باشد، بر او بار می‌گردد» (شمس، ۲/۱۳۸۵: ۳۱). نتیجه مشابه از نوشـــته‌های برخی دیگر از صاحب نظران نیز قابل برداشت است، آنجا که از واژه خوانده در بند ۲ ماده ۵۱ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تحت عنوان «مدعی‌علیه» یاد کرده‌اند (واحدی، ۲/۱۳۹۸: ۲۹).

خوانده اصلی، خود دو گونه اســـت. توضیح آن‌کـــه، در اغلب مواقع بی‌آن‌که قانون‌گذار رهنمود ویژه‌ای پیرامون گزینش خوانده اصلی داشته باشد، خواهان دست به انتخاب زده و شـــخص یا اشخاصی را به عنوان خوانده اصلی معرفی می‌کند، مانند مثالی که پیش‌تر گفته شـــد. در مقابل و گاهی اوقات، این قانون‌گذار است که خواهان را در انتخـــاب خوانده اصلی راهنمایی می‌کند، نظیـــر جایی که بدهکار فوت کرده و هیـــچ وارثی ندارد؛ به همین خاطر، قانون‌گذار از طلبکار می‌خواهد که دعوای خویش را علیه مدیر ترکه اقامه نماید (ماده ۲۳۸ قانون امور حســـبی). همچنین است آنجا که قانون‌گذار مقرر داشته: «از تاریخ حکم ورشکستگی، هرکس نسبت به تاجر ورشکسته دعوایی از منقول یا غیرمنقول داشـــته باشـــد باید بر مدیر تصفیه اقامه یا به طرفیت او تعقیب کند» (ماده ٤١٩ قانون تجارت) و... .

۲-۱. خوانده فرعی

به منظور درک بهتر خوانده فرعی، باید گفت که برخی مواقع، ادعاهای اصلی و فرعی از ســـوی خواهان در یک دادخواســـت به طرفیت خوانـــدگان متعدد مطرح می‌شود. برای مثال، مالکی را در نظر بگیرید که ملک خود را در زمان حاکمیت قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳٥٦ به شخص الف اجاره می‌دهد. در ادامه شخص الف منافع عین مســـتأجره را [با اســـتفاده از اختیارات قانونی] به شـــخص ب منتقل می‌ســـازد و سپس، رفتار مشابه از جانب ب رخ می‌دهد؛ یعنی او نیز منافع ملک را به

ج انتقال می‌دهد[۱]. وانگهی مدتی پس از آغاز تصرف شخص ج، مالک مدعی می‌شود که او مرتکب تعدی در عین مستأجره شده و به همین سبب، دعوای تخلیه را علیه او مطرح می‌کند. با این حال، او که به خوبی می‌داند باید مستأجرین سابق را نیز به عنوان خوانده قرار دهد، مشخصات اشخاص الف و ب را نیز در ردیف خواندگان دعوا درج می‌کند. در این وضعیت از یک سو ادعای اصلی خواهان این است که شخص ج مرتکب تعدی در عین مستأجره شده و از این رو، مکلف به تخلیه ملک است؛ از سوی دیگر ادعای فرعی او این است که حکم وضعی عقد اجاره بین او و شخص الف، همچنین انتقال منافع از ناحیه شخص الف به شخص ب و از سوی ب به شخص ج نیز صحت می‌باشد که اینک، چنین ادعایی اصلی از جانب او علیه ج مطرح شده است[۲].

به عنوان نمونه‌ای دیگر، شخص الف را تصور کنید که ملکی را به موجب مبایعه‌نامه عادی از شخص ب خریداری کرده است. شخص ب نیز ملک موصوف را از شخص ج و ج نیز آن را از دارنده سند رسمی ملک یعنی شخص د خریده است. در این وضعیت، در دعوای الزام به تنظیم سند رسمی که از سوی شخص الف علیه شخص د اقامه می‌شود، خواهان وظیفه دارد که ایادی سابق بر خود را نیز به عنوان خوانده دعوا معرفی نماید[۳]. با این وصف از یک سو، ادعای اصلی دعوا که همانا تنظیم سند رسمی است تنها علیه شخص د مطرح می‌شود. از سوی دیگر، اما خواهان مکلف است ایادی سابق بر خود را نیز طرف دعوا قرار دهد تا صحت انتقال ملک به آن‌ها به عنوان ادعای فرعی او نیز احراز و پس از آن، حکم علیه دارنده سند رسمی صادر شود[٤].

---

۱. گفتنی است در فرض این مثال، کلیه انتقالات از طریق سند عادی انجام شده است.

۲. برگرفته از جنبه موضوعی دادنامه شماره ۱٤۰۳٥۰۳۹۰۰۰۲۱۹۸۰٦۱ مورخ ۱٤۰۳/٥/۳۰ صادره از شعبه هفدهم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان کرمانشاه.

۳. برگرفته از جنبه موضوعی دادنامه شماره ۹٥۰۹۹۷۰۲۲۳٥۰۰۰۲۹ مورخ ۱۳۹٥/۱/۱٦ صادره از شعبه سی و پنجم دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

با این همه مشخص نیست چرا برخی از استادان حقوق گفته‌اند که در دعوای الزام به تنظیم سند رسمی، ایادی سابقه اثری در اصل حقوق و تعهدات خواهان و خوانده اصلی ندارند (برای دیدن این دیدگاه، بنگرید به: خدابخشی، ۱/۱۳۹۹: ۲۹٤).

٤. همان‌طور که در دادنامه شماره ۱٤۰۳۱۱۰۰۰۰۰۱۲۰٦۸۱۸ مورخ ۱٤۰۳/٦/٦ صادره از شعبه هشتم دادگاه عمومی شهرستان زنجان نیز مورد تصریح قرار گرفته، وضعیت در دعوای الزام به تنظیم

بـــه این قبیل خواندگان که ادعای اصلی علیه ایشـــان نبوده، بلکه صرفاً ادعای فرعی علیه آن‌هاست، اصطلاحاً «خوانده فرعی» گفته می‌شود. به عبارت بهتر، همان‌طور که این قبیل دعاوی دارای دو ادعای اصلی و فرعی به شرح یاد شده هستند، به همین فراخور باید مشخص باشـــد که ادعای اصلی علیه کدام خوانده است و ادعای فرعی علیه کدام یک از دیگر خواندگان مطرح شده است. همین امر سبب پیدایش اصطلاح «خوانـــده فرعی» در کنار «خوانده اصلی» می‌شـــود؛ بنابراین بر خلاف خوانده اصلی، خوانده فرعی شخصی است که ادعای اصلی هرگز علیه او نبوده، بلکه به جهت ارتباط ادعای فرعی نسبت به او، طرف دعوا قرار گرفته است.

۳-۱. خوانده تسهیل‌کننده

برای فهم بهتر این قسم از خواندگان، عقد رهنی را در نظر بگیرید که در یک طرف آن، اشـــخاص الف و ب به عنوان راهن و در طرف دیگر شـــخص ج به عنوان مرتهن قرار دارند. پس از گذر مدتی از تاریخ انعقاد عقد رهن، یکی از راهنین (الف) که ســـودای اعلام بطلان عقد رهن به جهت صوری بودن آن را در ذهن می‌پروراند، دعوایی را به خواســـته اعلام بطلان عقد رهن بـــه طرفیت راهن دیگر (ب) و مرتهن مطرح می‌کند. او در دادخواســـت تقدیمی، هیچ ادعایی (اعم از اصلی و فرعی) علیه شـــخص ب مطرح نمی‌ســـازد، اما او را نیز طرف دعوا قرار می‌دهد. با این توضیح، ناگفته پیداست که علت خوانده قرار دادن شخص ب، صرفاً تسهیل رسیدگی به ادعای خواهان علیه خوانده اصلی اســـت. به دیگر بیان، هرچند خواهان هیچ ادعایی علیه ب مطرح نمی‌کند، اما او را طرف دعوا قرار داده تا اولاً، مشـــخص باشد هریک در برابر چه میزان دینی، حصه خود از عین مرهونه را به رهن گذاشـــته‌اند؛ ثانیاً، خوانده اصلی آگاه و متوجه باشد که ادعای بطلان نسبت به کدام بخش از عقد رهن است و جهت دفاع متناسب آماده شود[1].

ســـند رسمی خودرو نیز مشابه اســـت. با این حال، معلوم نیست چرا گروهی از صاحب نظران خاطر نشان ساخته‌اند که چنین اشخاصی نمی‌توانند خوانده دعوا قرار بگیرند (برای دیدن این نظر و دیدگاه مخالف آن، به ترتیب بنگرید به: شمس، ۲/۱۳۸۵: ۳۳؛ السان و همکاران، ۱٤۰۳: ۱٥٦).

۱. برگرفته از جنبه موضوعی دادنامه شـــماره ۱٤۰۳٦۸۳۹۰۰۰۷۰۹٤۸٤٦ مورخ ۱٤۰۳/٥/۲۲ صادره از شـــعبه دویست و چهاردهم دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید مفتح تهران. گفتنی است که این وضعیت ناظر به فرضی است که بطلان تمام عقد رهن ادعا شود؛ یعنی اگر خواهان تنها نسبت به آن بخش از عقد رهن که مرتبط با اوست ادعا نماید، نیازی به خوانده قرار دادن راهن دیگر نخواهد

به عنوان مثالی دیگر، قـــرارداد اجاره‌ای را تصور کنید که بین دو مالک و یک مستأجر منعقد شده است. پس از سپری شدن مدت اجاره، در حالی که یکی از مالکین از مســـتأجر تقاضا می‌کند که ملک را تخلیه نماید، مالک دیگر چنین درخواستی از او ندارد. به همین خاطر، مالک نامبرده ناچار می‌گردد دعوای تخلیه را نســـبت به حصه خود به تنهایی علیه مستأجر اقامه کند. وانگهی، او که نتوانسته موافقت مالک دیگر در طرح دعوای تخلیه را جلب نماید، مکلف اســـت او را نیز در ردیف خواندگان دعوا قرار دهد. در واقع تردیدی نیست که خواهان هیچ ادعایی علیه مالک دیگر ندارد، اما به جهـــت رعایت حقوق نامبرده (از جمله این‌که مالک دیگر در حال دریافت اجرت المثل از مستأجر است و تخلیه ملک، او را از این حق محروم می‌سازد)، مکلف است او را نیز به نحوی به دادرسی فراخواند و این امر از طریق درج مشخصات او به عنوان خوانده امکان‌پذیر است.

٤-١. خوانده غیر مرتبط

گاه در عرصه دادرســـی با خواندگانی مواجه می‌شویم که در هیچ‌یک از انواع یاد شـــده قرار نمی‌گیرند. برای نمونه، شخصی را در نظر بگیرید که مدعی باطل بودن عملیات اجرایی اداره ثبت اســـناد و املاک اســـت. در این زمینه از یک سو، او مدعی است ملکی که مزایده و فروش آن از طریق عملیات اجرای ثبت طی شده، دارای چاه آب بوده و از ســـوی دیگر، هرچند کل ملک به همراه متعلقات آن از جمله چاه آب بـــه مزایده و فروش رفته، اما هرگز مجوز وزارت نیرو در خصوص نقل و انتقال چاه آب اخذ نشـــده است. به همین سبب عملیات اجرایی باطل بوده، فاقد هرگونه اعتبار اســـت. با این اوصاف، خواهان که احتمال می‌دهد دادگاه استعلامات لازم از وزارت نیرو را به عمل نیاورَد، شـــرکت سهامی آب منطقه‌ای را نیز در ردیف خواندگان دعوا درج می‌کند تا نماینده آن در جلسه دادرسی حاضر شده و با اعلان مراتب عدم صدور مجوز، خواهان را در نیل به نتیجه مطلوب یاری نماید[1]. همان‌طور که پنهان نیســـت، شرکت ســـهامی آب منطقه‌ای در هیچ‌یک از اقسام خواندگان اصلی، فرعی و تسهیل کننده قرار نمی‌گیرد. با این حال، چون خواهان احتمال می‌دهد دادگاه استعلام مقتضی

بود.

۱. برگرفته از جنبه موضوعی دادنامه شـــماره ۱٤۰۱۱۲۳۹۰۰۱۰٦۷۲۷۹۳ مورخ ۱٤۰۱/۱۲/۳ صادره از شعبه نوزدهم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان شیراز.

را از این شـــرکت به عمل نیاوَرد، نامبرده را نیز در ستون خواندگان دعوا درج می‌کند تا از مستندات و مدارک آن به نفع خویش بهره برد.

به عنوان مثالی دیگر، شـــخص الف را تصور کنید که ادعا می‌کند از شـــخص حقوقی ب طلبکار است. با این وصف، از آنجا که محل اقامت ب، شهرستانی به جز محل اقامت خواهان یعنی شهرستان ماکو بوده است، خواهان اقدام به درج خوانده‌ای دیگر که مقیم شهرســـتان ماکو اســـت نیز می‌نماید و محکومیت خواندگان را به نحو تضامنی مطالبـــه می‌کند تا از این طریق، از ماده ۱۶ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی [سوء] استفاده نموده و بتواند دعوا را در محل اقامت خویش طرح کند[1]. در این فرض نیز آشـــکار است که شخص ج در هیچ‌یک از اقسام خواندگان اصلی، فرعی و تســـهیل کننده قرار نمی‌گیرد، بلکه صرفاً جهت بهره بردن از مقررات ماده ۱۶ طرف دعوا قرار گرفته اســـت. به ایـــن قبیل خواندگان اصطلاحاً «خوانده غیر مرتبط» گفته می‌شود.

۲. معیار شناسایی خوانده غیر مرتبط

پس از تبیین مفهوم خوانده غیر مرتبط، پرسشـــی که اینک قابل‌طرح می‌باشد درباره معیار شناسایی خوانده غیر مرتبط است. به دیگر بیان، سؤال این است که دادگاه با چه معیاری می‌تواند دســـت به شناســـایی خوانده غیر مرتبط بزند. در این بخش از مقاله به بررسی این معیارها خواهیم پرداخت.

۱-۲. عدم طرح ادعا علیه خوانده

یکی از معیارهای شنـــاسایی خوانـــده غیر مرتبط، به طرح یا عدم طرح ادعا علیه او در شـــرح خواسته بازمی‌گردد. بر اســـاس این معیار، زمانی می‌توان گفت که خوانده غیر مرتبط اســـت که علی‌رغم درج مشخصات او در ردیف خواندگان، هیچ ادعایی علیه او در شرح خواســـته مطرح نشـــده باشد. به عنوان نمونه، شخصی را فرض کنید که مبلغی از دیگری طلبکار است، اما نمی‌خواهـد دعوا را در محل اقامت بدهکار مطرح نماید. در این وضعیت از یک‌سو، او مشخصات شخص دیگری که در محل اقامت خویش مقیم است را در ردیف خواندگان قرار می‌دهد. از سوی دیگر، او

---

۱. برگرفته از جنبه موضوعی دادنامه شـــماره ۴۴۳۶ مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۱ صادره از شـــعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکو.

هیچ ادعایی علیه شـــخص اخیر در شرح خواسته بیان نمی‌کند. در این وضعیت، عدم طرح ادعا علیه شـــخص اخیر می‌تواند معیار مناسبی جهت احراز خوانده غیر مرتبط باشد.

در مقام ارزیابی این معیار، به نظر می‌رســـد کـــه مثال‌های نقض قابل توجهی می‌توان برای آن ارائه کرد. برای مثال، در همان پرونده تخلیه که پیش‌تر گفته شـــد و یا در همان مورد اعلام بطلان عقد رهن که از نظر گذشت، در شرح خواسته، خواهان هیچ ادعایی علیه برخی از خواندگان مطرح نمی‌کند. با وجود این، دانســـتیم که آن‌ها در زمره خواندگان فرعی و تســـهیل کننده قـــرار می‌گیرند؛ فلذا هرگز نمی‌توان چنین خواندگانی را غیر مرتبط دانست. به باور نگارندگان، هرچند این معیار می‌تواند دادگاه را در شناســـایی برخی از مصادیق خوانده غیر مرتبـــط یاری کند، اما در ارائه الگویی جامع ناتوان است.

در تأیید گزاره فوق، توجه شـــما را به مثالی دیگر جلب می‌نماییم. شخصی را تصور کنید که خودروی خود را به شرکت ب اجاره می‌دهد. پس از اتمام مدت اجاره، مســـتأجر از رد خودرو اجتناب نموده و به همین خاطر اندیشه طرح دعوای استرداد خودرو در ذهن موجر شـــکل می‌گیرد. در این زمینه، از آنجا که موجر شخصی است که در شـــهر تهران اقامت دارد، تمایل او به طرح دعوا در محل اقامت خویش است. وانگهی، چون محل انعقاد عقد اجاره، رد عین مســـتأجره و اقامتگاه مســـتأجر همگی شهرســـتان جهرم است، موجر اقدام به درج شخصی حقیقی ج که عملاً از آن خودرو اســـتفاده می‌کرده در دادخواست می‌نماید و در شرح خواسته، ادعای استرداد را علیه او نیز طرح می‌نماید. در این وضعیت، هر چند خواهان ادعای خود را علیه شـــخص ج نیز مطرح کرده، اما هرگز نمی‌توان از غیر مرتبط بودن چنین خوانده‌ای چشم‌پوشی کرد؛ زیرا نه ادعای اصلی و فرعی علیه ج اســـت و نه نقشـــی در تسهیل رسیدگی به دعوا ایفا می‌کند.

۲-۲. عدم توجه دعوا به خوانده

معیار دیگری که جهت شناســـایی خوانده غیر مرتبط قابل طرح اســـت، توجه یا عدم توجه دعوا به خوانده[۱] اســـت. وفق این معیار، اگر دعوا متوجه خوانده باشـــد،

۱. برای مطالعه بیشتر راجع به توجه دعوا به خوانده، بنگرید به: نهرینی، ۲/۱۳۹۸: ۳۶۸-۳۹۰؛ افتخار

یعنی موضوع دعوا در اختیار او باشـــد، نمی‌توان از خوانده غیر مرتبط ســـخن گفت؛ در حالی که اگر موضوع دعوا در اختیار خوانده نباشـــد، خوانده را می‌توان غیر مرتبط خطـــاب کرد. برای نمونه در همان مثال فوق، چون شـــخص ج طرف قرارداد اجاره نبوده، نمی‌توان استرداد مال بر مبنای قرارداد اجاره را از او مطالبه کرد؛ پس او خوانده غیر مرتبط محســـوب می‌شود، هرچند خواهان ادعای اســـترداد را علیه او نیز مطرح کرده باشد.

باری، در نقد معیار فوق ممکن اســـت گفته شود که معیار توجه یا عدم توجه دعوا به خوانده باعث می‌شـــود مرز میان خوانده فرعـــی و خوانده غیر مرتبط از بین برود. به عنوان نمونه، در همان مثال دعوای الزام به تنظیم ســـند رسمی، موضوع دعوا یعنی تنظیم ســـند رسمی در اختیار برخی از ایادی سابقه قرار ندارد. با این وصف، آیا می‌توان ایادی سابقه را خوانده غیر مرتبط دانست؟

در پاســـخ، به نظر می‌رسد این نقد وارد نباشد؛ زیرا در مثال فوق درست است که موضوع اصلی دعوا همان تـنظیم سند رسمی است، اما ادعاهای دیگری نیز به‌طور ضمنی در آن مطرح شده است. به عـبارت دقیق‌تر، از یک‌جهـت موضوع اصلی دعوا که عبارت است از تنظیم سند رسمـــی، در اختیار دارنده سند رســـمی بوده و علیه ایشـــان مطرح شـــده اســـت. از جهت دیگر با خوانده قرار دادن سایر ایادی، خواهان به‌طور ضمنی ادعای وقوع بیع را نسبت به آن‌ها مـطرح و از دادگـاه تقاضا می‌کند که ضمن احراز آن‌ها به موضوع اصلی رسیدگی نماید. از این رو، هرچند موضوع اصلی دعوا در اختیار ایادی ســـابقه نبوده و از این رو ادعای تنظیم سند رسمی متوجه آن‌ها نیســـت، اما موضوع ادعای ضمنی (وقوع بیع) در اختیار ایشان بوده و از این رو، این بخش از دعوا متوجه ایشـــان اســـت. در نتیجه، با توجه به نقشی که ادعای ضمنی در موضوع اصلی دعوا دارد نمی‌توان گفت ایادی ســـابقه در زمره خواندگان غیر مرتبط هستند.

با این همه به نظر می‌رســـد این معیار نیز با یک چالش اساسی مواجه باشد و آن چالش این است که این معیار سبب می‌شود خوانده تسهیل‌کننده نیز نوعی خوانده غیر مرتبط محسوب گردد. در واقع، از یک جهت، دانستیم که موضوع دعوا هرگز در

جهرمی و صفیان، ۱۴۰۱: ۶۲۳-۶۴۵؛ بهرامی و همکاران، ۱۴۰۱: ۴۴.

اختیار خوانده تسهیل‌کننده قرار ندارد؛ لذا نمی‌توان گفت دعوا متوجه اوست. از جهت دیگر به دلیل نقشی که خوانده تسهیل‌کننده در تسهیل رسیدگی به دعوا دارد نمی‌توان او را خوانده غیر مرتبط نیز دانست. با این اوصاف پذیرش معیار حاضر نتیجه‌ای جز غیر مرتبط دانستن خوانده تسهیل‌کننده نخواهد داشت؛ امری که آشکارا غلط است و باید از رخداد چنین نتیجه‌ای اجتناب کرد.

به هر روی، با توجه به ایرادات وارده به معیارهای یاد شده، به نظر می‌رسد باید از معیارهای ایجابی گذر کرد و با معیار سلبی دست به شناسایی خوانده غیر مرتبط زد. به عبارت دقیق‌تر، شناسایی خوانده غیر مرتبط در گرو این است که به باور دادگاه، خوانده در هیچ‌یک از اقسام خواندگان اصلی، فرعی و تسهیل‌کننده قرار نگیرد. در این صورت بی‌شک خوانده درج شده در دادخواست، غیر مرتبط خواهد بود. با تمسک به این راهکار، اولاً، ایراد مطرح شده نسبت به معیار نخست برطرف می‌شود؛ یعنی ممکن است شرح خواسته حکایت از ادعا علیه خوانده داشته باشد، اما چنین خوانده‌ای غیر مرتبط لحاظ شود. ثانیاً، ایراد موجود نسبت به معیار دوم نیز دفع می‌گردد؛ یعنی دیگر شاهد غیر مرتبط دانستن خوانده تسهیل‌کننده نخواهیم بود.

۳. جهات درج خوانده غیر مرتبط

انگیزه‌های متفاوتی سبب درج خوانده غیر مرتبط در دادخواست تقدیمی می‌شود. در این بخش از مقاله، به این موارد خواهیم پرداخت.

۱-۳. سوء استفاده از مقررات صلاحیت محلی

مبتلابه‌ترین جهت درج خوانده غیر مرتبط، سوء استفاده از مقررات صلاحیت محلی به ویژه ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است. همان‌طور که در ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ذکر شده، در صورت تعدد خواندگان، خواهان می‌تواند دعوا را در محل اقامت هر یک از آن‌ها اقامه نماید. در این زمینه، فرض کنید شخص الف که از شخص ب طلبکار بوده به دلیل خودداری ب از پرداخت بدهی دعوای مطالبه وجه را علیه او مطرح می‌کند. در این فرض، از آنجا که خوانده در شهرستان بندرعباس اقامت دارد خواهان باید دعوای خود را در بندرعباس مطرح نماید. وانگهی به جهت بُعد مسافت یا به هر دلیل دیگر، خواهان تصمیم می‌گیرد با اضافه نمودن یک خوانده دیگر که در

شهر تهران اقامت دارد دعوا را در شهر تهران مطرح کند.

نمونه‌ای از جهت یاد شـــده را می‌توان در یکی از آرای صادره از شـــعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرســـتان ماکو ملاحظه کرد. در دادنامه صادره می‌خوانیم: «... با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر پرونده چنین اســـتدراک می‌شود که وکیل محترم مدافـــع خواهان صرفاً به منظـــور تغییر در صلاحیت دادگاه در رســـیدگی به دعوای مطروحه نام خوانده ردیف اول را به دادخواست اضافه نموده‌اند و اختلافات حقوقی بیـــن خواهان و خوانده ردیف اول (س. ا.) وجود ندارد ... و روابط حقوقی فی مابین خواهان‌ها با شـــرکت می‌باشد؛ و ... چنین اقدامی موجب ضرر خوانده ردیف اول از حیث زحمت ســـفر و هزینه احتمالی بوده و نوعی ســـوء اســـتفاده از قواعد دادرسی محسوب می‌شود ...»[1].

نمونه‌ای دیگر را می‌توان در یکی از آرای صادره از شـــعبه دهم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان همدان جستجو کرد. به موجب دادنامه صادره، با توجه به اظهارات خواهان، قضیه از این قرار بوده که خوانده ردیف اول بارها به خواســـتگاری خواهان رفته و در یکی از مراســـمات خواستگاری او متعهد شده که در آینده نزدیک خواهان را به نکاح دائم خود درآورد. با این حال و علی‌رغم وقوع نزدیکی بین آن‌ها، این‌گونه نمی‌شود و عقد نکاح بین ایشان منعقد نمی‌گردد. همین امر سبب می‌گردد دعوایی به خواســـته مطالبه مهرالمثل و ارش‌البکاره بین طرفین یاد شده اقامه گردد. آنچه در این خصوص به بحث ما مرتبط می‌گردد این است که از یک‌سو، خوانده ردیف اول مقیم بخش میلاجرد (از شهرســـتان کمیجان واقع در استان مرکزی) بوده و از سوی دیگر، خواهان در شهرستان همدان اقامت داشته است. با این وصف خواهان تصمیم می‌گیرد به منظور طرح دعـــوا در محل اقامت خویش، خوانده دیگری را نیز به دعوا اضافه و در شـــرح خواسته عنوان نماید که موجبات آشنایی طرفین توسط خوانده اخیر فراهم شـــده است. این وضعیت در نهایت دادگاه را به چنین اظهار نظری رهمنون می‌سازد: «... این ماده [ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی] در زمانی [قابل اســـتناد] می‌باشد که دعوا متوجه خواندگان دیگر قرار گیرد چراکه در غیر این تفســـیر ایجاد صلاحیت برای محاکم از طریق قـــرار دادن افرادی که دعوی

---

۱. دادنامه شماره ۴۴۳۶ مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۱ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکو.

متوجه آن‌ها نبوده لیکن محل اقامت آن‌ها در محل اقامت خواهان قرار داشـــته جهت سهولت در تردد یا قصد دیگر توسط خواهان در اختیار ایشان قرار می‌گیرد و خواهان بـــا قرار دادن خواندگان دیگری که دعـــوی متوجه به آن‌ها نبوده صلاحیت دادگاه مد نظر خویش را انتخاب می‌نماید...»[1].

۲-۳. سوء استفاده از مقررات مواعد

پاره‌ای اوقات طولانی گرداندن فرایند دادرســـی، خواهان را به سمت و سوی اضافه نمودن خوانده غیر مرتبط ســـوق می‌دهد. در ایـــن زمینه، هرچند قاعدتاً وقت دادرســـی نباید کمتر از پنج روز از زمان ابلاغ دادخواســـت به اصحاب دعوا باشد، اما اگر یکی از خواندگان در خارج از کشـــور اقامت داشته باشد، پنج روز یاد شده به دو ماه افزایش خواهد یافت (ماده ٦٤ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امـــور مدنی). از این طریق، خواهان می‌تواند با اضافه کردن خوانده غیر مرتبط که مقیم خارج از کشور است، از مفاد ماده ٤٤٧ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی استفاده نموده و دادرسی را مطول گرداند. این وضعیت منحصر به فرض پیش‌گفته نبوده، بلکه در تمام موارد مشـــمول ماده ٤٤٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز قابل‌تصور است.

با این توضیح، پرسشـــی که اینک مطرح می‌گردد این اســـت که خواهان چه نفعی ممکن اســـت در درج خوانده غیر مرتبط مقیم خارج از کشور داشته باشد. مگر نه این‌که این رفتار نتیجه‌ای جز اطاله دادرســـی آن هَم به زیان خواهان در پی نخواهد داشت؟

در پاســـخ باید گفت که در این اقدام، منافـــع قابل توجهی برای خواهان قابل تصور اســـت. برای مثال، فرض کنید پس از طرح دعوا از ســـوی شـــخص الف علیه شـــخص ب (دعوای اصلی)، ب نیز دعوایی جداگانه که به حسب ظاهر ارتباط کامل با دعوای اصلی دارد، به طرفیت الف اقامه می‌کند. شخص ب که هدفش از طرح این دعوا، مطول گرداندن فرایند رســـیدگی به دعوای اصلی است، از یک سو، شخص ج را که مقیم خارج از کشور است را نیز خوانده دعوا قرار می‌دهد تا از مقررات مواعد

---

۱. دادنامه شـــماره ۱٤۰۲۲۸۳۹۰۰۰۱۹٤۳٦۷۹ مورخ ۱٤۰۲/۵/۲۹ صادره از شعبه دهم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان همدان.

جهت طولانی شدن فرایند دادرسی سوء استفاده کند. از سوی دیگر، به شعبه رسیدگی کننده به دعوای جدید مراجعه نموده، تقاضای اعمال ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را جهت رسیدگی توأمان تقدیم می‌نماید. با توسل به این راهکارها، او موفق می‌شود از مقررات مواعد به نفع خود استفاده کرده و احقاق حق شخص الف را به تأخیر بیاندازد.

۳-۳. جلوگیری از رد شکلی دعوا

گاهی اوقات، خواهان از بیم آن‌که مبادا دعوای او به دلیل ایراد ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی غیرقابل استماع شناخته شود، اشخاص غیر مرتبط با دعوا را نیز در ردیف خواندگان قرار می‌دهد. در این رابطه فرض کنید پس از انعقاد قرارداد اجاره در دفترخانه اسناد رسمی، موجر تقاضای صدور اجراییه جهت تخلیه ملک را تقدیم و سردفتر اسناد رسمی نیز مبادرت به صدور اجراییه می‌کند. در ادامه، مستأجر که مدعی است اجاره بها را پرداخت کرده، دعوای ابطال اجراییه و عملیات اجرای ثبت را اقامه می‌کند. وانگهی، از بیم آن‌که مبادا دعوا رد شود سردفتر دفترخانه اسناد رسمی را نیز در ردیف خواندگان دعوا قرار می‌دهد[۱].

این جهت به اندازه‌ای در میان فعالان رویه قضایی به ویژه وکلای محترم دادگستری رواج یافته که عبارت «از درج خوانده اضافی، آسیبی به دادخواست

---

۱. برگرفته از جنبه موضوعی دادنامه شماره ۹۲۵۶۰ مورخ ۱۳۹۲/۵/۳۰ صادره از شعبه شانزدهم دادگاه عمومی حقوقی تهران و دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۱۲۶ مورخ ۱۳۹۳/۲/۳۱ صادره از شعبه سی و پنجم دادگاه تجدیدنظر استان تهران. ممکن است در خصوص مثال یاد شده چنین استدلال شود که سردفتر را نمی‌توان خوانده غیر مرتبط تلقی نمود؛ چراکه از یک سو، او می‌تواند در دادگاه حاضر شده، از خود دفاع نماید و مانع طرح دعوای مشابه در آینده علیه خویش گردد. از سوی دیگر، افزودن سردفتر در ردیف خواندگان، یکی از طواری دادرسی که همانا جلب شخص ثالث است را از فرایند دادرسی حذف می‌کند؛ در واقع، غیر مرتبط تلقی نکردن چنین خوانده‌ای سبب می‌گردد اشخاص رو به سوی جلب شخص ثالث که از عوامل اطاله دادرسی است نیز نیاورند. با وجود این، به نظر می‌رسد چنین استدلالی صحیح نباشد؛ زیرا از یک جهت، همان‌طور که در ادامه خواهد آمد، چه سردفتر در دادگاه حاضر شود، از خویشتن دفاع کند یا خیر، دعوا علیه ایشان با قرار رد مختومه می‌شود؛ پس به سبب عدم شمول اعتبار امر قضاوت شده بر مسأله، مانعی جهت طرح دعوا علیه او در آینده وجود نخواهد داشت. از دیگر جهت، اساساً در این فرض، جلب سردفتر به عنوان شخص ثالث «ضرورت» و «لزومی» ندارد که بتوان از زوایه دعوای جلب شخص ثالث بدان نگریست.

نمی‌رسد» و مشابه آن را کمتر کسی است که تاکنون نشنیده باشد. در این زمینه، دیدگاه یکی از حقوق‌دان‌ها نیز جالب توجه است، آنجا که خاطرنشان ساخته‌اند: «از نظر حرفه‌ای و به این دلیل که دعوای خواهان با ایراد عدم استماع مواجه نشود، در موارد مشکوک، باید اشخاصی که حضور آن‌ها محتمل است را به عنوان خوانده تعیین کرد؛ زیرا در نهایت دادگاه نسبت به آن‌ها اقدام به صدور قرار رد می‌کند، اما اگر خوانده‌ای لازم دانسته شده و در دادخواست نباشد کل دعوا مردود خواهد شد و گذشته از اتلاف وقت، هزینه‌ای نیز عهده خواهان قرار می‌گیرد» (خدابخشی، ۱/۱۳۹۹: ۲۹۱).

برخلاف دو جهت پیشین، در ارزیابی این جهت نیاز به تأمل بیشتری حس می‌شود. در واقع، تفاوت رویکرد قانون‌گذار با آنچه برخی از دادگاه‌ها مد نظر دارند، دادخواهان را به سمت و سوی درج خوانده غیر مرتبط جهت فرار از صدور قرار عدم استماع دعوا سوق داده است. به دیگر بیان، از یک طرف، وفق قانون، خواهان هیچ ادعایی علیه شخص غیر مرتبط نداشته و تمایل نیز ندارد که او را خوانده قرار دهد. از طرف دیگر اما از بیم آن‌که مبادا تحت فشار آمارگرایی و با تفسیر موسع از ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دادگاه دعوا را رد نماید، خواهان یا وکیل ایشان اقدام به درج خوانده غیر مرتبط می‌نماید. برای نمونه، طلبکار راهن که مدعی است عقد رهنی که بر اساس آن اجراییه ثبتی صادر شده باطل است، از بیم آن‌که مبادا دعوایش با ایراد شکلی رد شود، اداره اجرای اسناد رهنی را نیز خوانده قرار می‌دهد[1]؛ حال آن‌که تردیدی در عدم ارتباط دعوا به این اداره وجود ندارد.

٤-۳. جلوگیری از اعتراض شخص ثالث

برخی مواقع، خواهان که حق ادعایی خویش را مرتبط با حقوق شخص ثالث می‌داند و یقین دارد که در صورت طرح دعوا و صدور حکم به نفع او، شخص ثالث می‌تواند با شکایت از رأی صادره در قالب «اعتراض شخص ثالث» رأی را از اعتبار بیاندازد، در یک اقدام غیرمنصفانه و مزوّرانه، شخص ثالث را به عنوان احدی از

۱. برگرفته از جنبه موضوعی دادنامه شماره ۱٤۰۳٦۸۳۹۰۰۰۷۵۸۲۳٦۵ مورخ ۱٤۰۳/۵/۲۸ صادره از شعبه دویست و دهم دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید مفتح تهران.

خواندگان دعوا ذکر و او را نیز مجهول المکان قید می‌کند. از این طریق، از یک سو خوانده یاد شده آگهی‌ها را بررسی نمی‌کند تا از اقامه دعوا علیه خود مطلع شود. از سوی دیگر، حتی اگر دادگاه نسبت به او قرار رد دعوا صادر کند، ظاهراً او در فرایند دادرسی منتهی به صدور رأی شرکت کرده؛ به همین خاطر، عنوان ثالث به او قابل اطلاق نیست تا بتواند نسبت به رأی صادره، اعتراض شخص ثالث نماید (ماده ٤۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی).

برای درک بهتر این جهت، شخص الف را در نظر بگیرید که ملکی را با سند عادی از ب خریده است. او که می‌داند ج به موجب مبایعه‌نامه مقدم این ملک را از ب خریده و به همین سبب حق مالکیتی نسبت به آن ندارد، در اندیشه تصرف در مبیع غوطه‌ور می‌شود. در این اثنا، این نگرش در ذهن او ایجاد می‌شود که دعوای الزام به تحویل مبیع را علیه ب مطرح کند و جهت جلوگیری از احقاق حق توسط ج، او را نیز به عنوان احدی از خواندگان درج نموده و مجهول-المکان اعلام نماید. در این وضعیت، علاوه بر این‌که ج هیچ‌گاه از اقامه دعوا با خبر نمی‌شود، امکان اعمال ماده ٤۱۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و همچنین ماده ٤٤ قانون اجرای احکام مدنی نیز او سلب می‌شود؛ زیرا او طرف دعوای الزام به تحویل مبیع بوده و نمی‌توان او را شخص ثالث پنداشت.

۵-۳. تسریع در تحصیل دلیل

سرانجام گاهی اوقات طولانی شدن فرایند تحصیل دلیل یا حتی عدم توجه احتمالی دادگاه به تقاضای استعلام از سوی خواهان، عامل اصلی فراخواندن خوانده غیر مرتبط به عرصه دادرسی است. توضیح آن‌که، برخی مواقع ضروری است دادگاه در راستای اجرای مقرراتی مانند مواد ۱۹۹، ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، استعلاماتی چند را از مراجع مشخصی معمول دارد. برای نمونه، شخصی را فرض کنید که مدعی است ملک او با استفاده از وکالت‌نامه رسمی که از اعتبار افتاده، در یکی از دفاتر اسناد رسمی به برادرش منتقل شده است. او که به سند رسمی حاوی نقل و انتقال دسترسی ندارد، واقف است که دادگاه می‌تواند در راستای اعمال ماده ۲۱ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳٥٤، اصل سند را از آن دفترخانه درخواست نماید. با این حال،

او بیم این را دارد که مبادا دادگاه چنین نکند و به سبب عدم ارائه سند دعوا رد شود. در نتیجه، او سردفتر دفترخانه موسوم را نیز در ردیف خواندگان قرار می‌دهد تا دلیل اصلی دعوای او سریع و ایمن‌تر در دسترس او و دادگاه قرار گیرد[۱].

٤. راهکارهای مقابله با درج خوانده غیر مرتبط

نظر به آنچه گفته شـــد، بی‌تردید باید با درج خوانده غیر مرتبط مقابله کرد. با این وصف، راهکارهای مقابله با درج خوانده غیر مرتبط در دو دســـته جای می‌گیرد: برخی از راهکارها را می‌توان در کلیه جهات یادشده به کار گرفت. در مقابل، شماری از راهکارها صرفاً قابلیت بهره‌برداری در بعضی از جهات را دارند. با این توضیح، در بخش حاضر به معرفی این راهکارها خواهیم پرداخت.

٤-١. راهکارهای عمومی

در این بخش از مقاله، به راهکارهای عمومی در دو فرع «صدور قرار رد دعوا» و «صدور قرار تأمین هزینه‌های خوانده» خواهیم پرداخت.

٤-١-١. صدور قرار رد دعوا

همان‌طور که گفته شد، آنچه درباره خوانده غیر مرتبط واضح است، عدم توجه دعوا به او اســـت. به عبارت دقیق‌تر چون موضوع دعوا در اختیار خوانده غیر مرتبط قـــرار ندارد و نمی‌توان حکم دعوا را علیه او تصور کرد، بی‌شـــک دعوا در هیچ حال متوجه او نخواهد بود. با این وصف، نخستین راهکار عمومی که جهت مقابله با درج خوانده غیر مرتبط وجود دارد، آن است که در بند ٤ ماده ٨٤ و همچنین ماده ٨٩ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی پیش‌بینی شده است؛ یعنی تکلیـــف اولیه دادگاه در مواجهه بـــا خوانده غیر مرتبط، صدور قرار رد دعوا به جهت عدم توجه آن به خوانده غیر مرتبط است.

٤-١-٢. صدور قرار تأمین هزینه‌های خوانده

پس از اشـــاره به صدور قرار رد دعوا در مواجهه با خوانده مرتبط، اکنون این بحث قابل‌طرح اســـت که آیا می‌توان از قـــرار تأمین هزینه‌های خوانده (موضوع ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) جهت مقابله با

---

۱. ایـــن جهت را می‌توان در دادنامه شـــماره ۱٤۰۱۱۲۳۹۰۰۱۰٦۷۲۷۹۳ مورخ ۱٤۰۱/۱۲/۳ صادره از شعبه نوزدهم دادگاه عمومی حقوقی شهرســـتان شـــیراز که پیش‌تر به آن پرداخته شد نیز ملاحظه کرد.

درج خوانده غیر مرتبط بهره برد.

به منظور پاسخ به این پرسش، باید گفت از این حیث که در شرح خواسته، ادعایی علیه خوانده غیر مرتبط مطرح شده باشد یا خیر، دو حالت را می‌توان تصور کرد: در حالت نخست، علاوه بر درج خوانده غیر مرتبط در ردیف خواندگان، خواهان در شرح خواسته نیز ادعایی را نسبت به آن‌ها مطرح می‌کند. به عنوان نمونه، خواهان مدعی مسؤولیت تضامنیِ خوانده غیر مرتبط می‌گردد یا صدور حکم به اعلام بطلان قرارداد را علیه خوانده غیرِ مرتبط (مانند مثال سردفتر اسناد رسمی) نیز خواستار می‌شود. در حالت دوم، اما خواهان صرفاً خوانده غیر مرتبط را در ردیف خواندگان ذکر می‌نماید؛ یعنی در شرح خواسته هیچ ادعایی نسبت به آن‌ها مطرح نمی‌کند[1]. با این اوصاف، بدیهی است که حالت نخست در زمره مفهوم «دعوای واهی» قرار می‌گیرد که تردیدی در شمول ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نسبت به آن وجود ندارد. در مقابل، نمی‌توان مصادیق ذکر شده در حالت دوم را در زمره اصطلاح «دعوای واهی» قلمداد کرد؛ زیرا در این قبیل موارد شرح خواسته حکایت از این دارد که خواهان اساساً هیچ ادعایی نسبت به خوانده غیر مرتبط ندارد، بلکه صرفاً بنا به جهات پیش‌گفته، اقدام به جلب خوانده غیر مرتبط به دادرسی نموده است.

با این توضیح، در پاسخ به پرسش فوق‌الذکر نسبت به حالت دوم، آنچه ابتدا به ذهن می‌رسد، «خیر» است. در واقع، با اندکی توجه به رویه قضایی متوجه می‌شویم که علی‌رغم شیوع درج خوانده غیر مرتبط در دعاوی حقوقی، دادگاه‌ها ابزاری عمومی به جز رد دعوا به جهت عدم توجه آن به خوانده غیر مرتبط در اختیار ندارند؛ این در حالی است که خوانده غیر مرتبط ممکن است وکیل اختیار کند، حق‌الوکاله پرداخت کند و متحمل هزینه دادرسی شود. از این رو، صرف صدور قرار رد دعوا نسبت به خوانده غیر مرتبط نمی‌تواند دارویی مؤثر تلقی شود. در مقام رفع این کاستی، شاید بتوان راه علاج را در عبارت «سایر جهات» که در ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ذکر شده، یافت. توضیح بیشتر آن‌که،

---

۱. در برخی از نوشته‌ها، از چنین خوانده غیر مرتبطی تحت عنوان «خوانده واهی» یاد شده است (بهرامی، ۱۴۰۳: ۱۲۲-۱۲۳).

هرچند این مقرره مشـــهوراً ناظر به تأمین «دعوا» ی واهی اســـت، لکن عبارت «سایر جهات» می‌تواند کمک کند تا مقابله مؤثری با «خوانده» غیر مرتبط نیز صورت پذیرد. با این برداشت [هرچند سخت می‌نماید]، می‌توان از خوانده قرار گرفتن اشخاص غیر مرتبط و ورود زیان به آن‌ها جلوگیری کرد [البته پس از درخواست خوانده]. این تفسیر از عبارت «ســـایر جهات» مرتبط با پیشـــینه وضع ماده ۱۰۹ نیز می‌باشد. در حقیقت، وقتی یکی از زمینه‌های وضع ماده ۱۰۹ این بوده که اشخاص ثالث به نحو بلاجهت به دادرســـی جلب نشوند (عامریون، ۱۳۳۹: ۱۰)، چه تفاوتی میان مجلوب ثالثی که تمام احکام خوانده بر او بار می‌شـــود (ماده ۱۳۹ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) و خوانده‌ای که از ابتدا طرف قرار داده شـــده، وجود دارد؟ طبیعتاً تفاوتی وجود نخواهد داشـــت و از این حیث نیز، امکان اعمال ماده ۱۰۹ در ما نحن فیه تقویت می‌گردد. این دیدگاه منطبق با قیاس اولویت نیز می‌باشـــد؛ زیرا وقتی قانون‌گذار صدور قرار تأمین را در جایی تصریح کرده که ادعای ناروایی علیه خوانده مطرح می‌شود، به طریق اولی خوانده‌ای که خود را در مظان هیچ ادعایی نمی‌بیند، باید بتواند از مفاد ماد ۱۰۹ بهره ببرد.

به هر روی، نتیجه حاصله دو پرسش بسیار مهم را به دنبال دارد: نخست آن‌که، آیا صدور قرار تأمین نیازمند احراز تقصیر خواهان در درج خوانده غیر مرتبط اســـت یا خیر؟[1] برای مثال، اگر رویه اکثر شعب یک حوزه قضایی، ضرورت طرف دعوا قرار دادن ادارات اجرای ثبت در دعاوی ناظر به ابطال اجراییه‌های ثبتی باشـــد و به همین خاطر، خواهان اقدام به خوانده قرار دادن اداره اجرای ثبت نموده باشـــد، آیا می‌توان مفـــاد ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومـــی و انقلاب در امور مدنی را نسبت به او اعمال کرد؟

در پاســـخ، ماده ۱۰۹ هیچ اشاره‌ای به لزوم احراز تقصیر در صدور قرار تأمین ندارد. از این رو، ممکن اســـت از اطلاق این مقرره اســـتفاده شـــده و گفته شود که احراز تقصیر خواهان، شـــرط صدور قرار تأمین و در نهایت، جبران خسارات خوانده نمی‌باشـــد؛ لذا همین‌که دادگاه احراز کند که خوانده غیر مرتبط اســـت، می‌تواند در

۱. این پرســـش در فرض اعمال ماده ۱۰۹ نســـبت به دعوای واهی نیز مطـــرح بوده و در جای خود (بهرامی و السان، ۱۴۰۲: ۵۸-۶۰) مورد بحث قرار گرفته است.

راســـتای جبران خسارات احتمالی او اقدام به صدور قرار تأمین نماید. در نهایت نیز، جبران خسارات خوانده از محل تأمین انجام خواهد شد.

با وجود این، اســـتفاده از اطلاق مقرره فوق چندان صحیح نمی‌باشد؛ زیرا اولاً، یکی از شـــرایط اســـتناد به اطلاق مقررات، در مقام بیان بودن قانون‌گذار است (قافی و شـــریعتی، ۱/۱۳۹۳: ۲۶۹). به عبارت بهتر، در صورتی می‌توان به اطلاق این مقرره استناد کرد که مشخص شود مقنن در این ماده در مقام بیانِ شرط بودن یا نبودن تقصیر بوده اســـت. این در حالی اســـت که پیشینه وضع ماده ۱۰۹ به خوبی نشان می‌دهد که قانون‌گذار در مقام بیانِ شـــرط بودن یا نبودن تقصیر نبوده اســـت (عامریون، ۱۳۳۹: ۱۰). ثانیاً، به موجب ماده ۱ قانون مســـؤولیت مدنی، تقصیر یکی از ارکان مسؤولیت مدنی می‌باشـــد (کاتوزیان، ۱/۱۳۹۹: ۴۳۰؛ صفایـــی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۱۴۹) و جبران خسارت خوانده، در قالبی به جز مسؤولیت مدنی نمی‌گنجد. ثالثاً، عدم اشتراط تقصیر ســـبب می‌گردد به موازات تفسیر موسع برخی از شعب از ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌هـــای عمومی و انقلاب در امور مدنـــی، دادخواهان و وکلا از بیم آن‌که مبادا با ایـــراد تأمین هزینه‌های خوانده غیر مرتبط مواجه شـــوند، از درج خوانده غیر مرتبط خودداری کرده و از قضا شعبه محترم، دعوا را به دلیل عدم درج همان خوانده، مردود تشـــخیص دهد. به همین خاطر، اشـــتراط تقصیر در ما نحن فیه به صواب نزدیک‌تر است.

دومین پرسش نـــیز آن‌که، آیا صـــدور قرار تأمـــین نیازمـــند پیش‌بینی صدور حکم در پایان فرایند رسیدگی توســـط دادگاه اســـت یا خیر. اگر پاسخ مثبت باشد، امکان بهره‌گیری از ماده ۱۰۹ در باب خوانده غیر مرتبط وجود نخواهد داشـــت؛ زیرا دانســـتیم که تصمیم دادگاه در مواجهه با خوانده غیـــر مرتبط، صدور «قرار» رد دعوا است.

در پاســـخ، ظاهر ماده ۱۰۹ حکایت از مثبت بودن پاسخ دارد. در واقع، عبارت «ممکن است خواهـــان محکوم شود» در این مقرره دلالت بر این دارد که اگر تصمیم دادگاه، صدور قرار باشد، امکـــان صدور قرار تأمین وجود نخواهد داشت. این ظاهر با دقت نظر در تبصـــره ماده ۱۰۹ تقویت می‌شـــود؛ زیرا وقتی قانون‌گذار در تبصره از واژه‌های «حکم» و «قرار» در کنار هم اســـتفاده کرده، به کارگیری عبارت «محکوم

شود» در متن ماده دلالت بر این دارد که مقـنن در درج این عبارت در مقام بیان بوده است.

با این همه این ظاهر از چند جهت قابل خدشه است: اولاً، عبارت یاد شده از باب غلبه ذکر شـــده و از این رو نمی‌تواند مورد تمسک قرار بگیرد. در حقیقت، ماده ۱۰۹ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی بر مبنای فرضی وضع شده که دعوا در ماهیت و با صدور حکم علیه خواهان مختومه شود. از این رو، این مقرره هرگز نافی امکان صدور قرار تأمین در فرض صدور قرار رد دعوا نیســـت. ثانیـــاً، آنچه در اعمال ماده ۱۰۹ اهمیت دارد، احراز تقصیر خواهان اســـت؛ نه این‌که فرایند دادرســـی منجر به صدور حکم شود یا قرار. اگر تفسیری جز این داشته باشیم، امکان اعمال ماده ۱۰۹ نســـبت به بســـیاری از مصادیق دعوای واهی (دعاوی مشمول بندهای ٦، ۷ و ۸ ماده ٨٤ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) که همگی با قرار قاطع مختومه می‌شوند، وجود نخواهد داشت.

۲-٤. راهکارهای اختصاصی

در این بخش از مقـــاله، به راهکارهای اختصاصی بـــا دقت‌نظر در مواد ١٦، ٤٤٧، ۲ و ٤١٧ قانون آیین دادرســـی دادگـــاه‌های عمومی و انقـلاب در امور مدنی می‌پردازیم.

۱-۲-٤. تفـــسیر ماده ١٦ قانـون در پـرتـو ضـــرورت توجـه دعـوا به خـوانـده

آنگاه که درج خوانده غیر مرتبط به منظور ســـوء اســـتفاده از مقررات ماده ١٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است، دادگاه می‌تواند با عنایت بـــه ضرورت توجه دعوا به خوانده، با درج خوانده غیر مرتبط مقابله نماید. توضیح آن‌که، زمانی می‌توان از ماده ١٦ اســـتفاده کـــرد که از یک طرف، دعوا دارای خواندگان متعدد باشـــد و از دیگر طرف، ادعای خواهان متوجه تمام خواندگان باشد؛ یعنـــی موضوع ادعای خواهان در اختیار تک‌تـــک آن‌ها بوده و دادگاه بتواند بر فرض وارد بودن ادعا، حکم را علیه تمام آن‌ها تلقی نماید. این در حالی اســـت که در فرض خوانده غیر مرتبط، اساســـاً موضوع دعوا در اختیار چنین خوانده‌ای قرار ندارد. از این رو، ماده ١٦ نســـبت به خوانده غیر مرتبط خروج موضوعی داشته و به هیچ وجه قابل

تکیه نمی‌باشد.

دیدگاه ارائه شـــده منطبق با آرای برخی از دادگاه‌ها نیز می‌باشد. در این زمینه، در یکی از آرای صادره از دادگاه عـمومی بخش میلاجرد آمده است: «... رسیدگی به دعاوی مطروحه علیه اشخاص که اسـاس دعوی متوجه آنان می‌باشد در مرجع قضایی غیرصالح به صرف حضور اشخاصی که دعوی متوجه آنان نبوده و توسط خواهان به عنوان خوانده مطرح گردیده دارای تالی فاســد و نقض غرض قانون‌گذار اســت...»[1]. همچنین، در دادنامه‌ای صادره از شعبه هشتـم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان زنجان، این‌گونه مقرر شـــده است: «... در پرونده حاضر، خواهان با افزودن خوانده غیرواقعی که تأثیری در پرونده امر ندارد و دعوی متوجه وی نمی‌باشـــد، اقدام به تعیین دادگاه صالح نموده اســـت ... قبول این امر توســـط محاکم می‌تواند تالی فاسد داشته باشد و با قبول این امر زین پس این دادگاه نیســـت که تشخـــیص صلاحیت می‌دهد، بلکه خواهان اســـت که با افزودن یک خوانده غیرواقعی بـــه خوانده واقعی پرونده، قاعده صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده را به میل و به نفع خود به کار برده و با این امر، دادگاه صالح از لحاظ محلی را تعیین می‌نماید...»[2]. شـــعبه ســـی و چهارم دیوان عالی کشور نیز مهر تأییدی بر این رویکرد زده است. به باور این شـعبه: «... ماده ۱۶ قانون ذکر شده در فوق ناظـــر به مواردی اســـت که دعوی به کلیه خواندگان توجه داشته باشد ...»[3].

بـــا این توضیح، آنچه در خصـــوص اتخاذ رویکرد فوق قابل‌طرح می‌باشـــد، ســـازکار آیینیک دادگاه جهت اجرایی ساختن آن است. در واقع، پرسش این است که اگر دادگاه قائل به چنین تفسیری باشد، چه تصمیمی باید در قبال دعوا اتخاذ نماید. آیا می‌تواند نسبت به کلیه خواندگان قرار عدم صلاحیت به شایستگی مرجع دیگر صادر کند یا باید دعوا را تفکیک کرده، نسبت به خوانده غیر مرتبط قرار رد دعوا صادر کند و نسبت به سایرین قرار عدم صلاحیت صادر نماید؟

---

۱. دادنامه شـــماره ۱۴۰۲۲۶۰۰۰۰۰۷۳۶۰۶۵۲ مورخ ۱۴۰۲/۱۲/۲۱ صـــادره از دادگاه عمومی بخش میلاجرد.

۲. دادنامه شماره ۱۴۰۱۱۱۳۹۰۰۰۱۱۱۷۱۹۰ مورخ ۱۴۰۱/۶/۲ صادره از هشتم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان زنجان.

۳. دادنامه شـــماره ۹۴۰۹۹۸۳۵۴۳۱۰۱۵۱۴ مورخ ۱۳۹۵/۶/۲۴ صادره از شـــعبه سی و چهارم دیوان عالی کشور.

در پاسخ، برخی از دادگاه‌ها مانند شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکـــو، بی‌آن‌که دعوا را با عنایـــت به خواندگان مرتبط و غیر مرتبـــط تجزیه نمایند، معتقدند که دادگاه وظیفه دارد قرار عدم صلاحیت نســـبت به تمام دعوا به شایستگی مرجع صالح صادر نماید. در این زمینه، رئیس شـــعبه یاد شده مقرر داشته: «... نظر به این‌که چنین اقدامی [ســـوء استفاده از ماده ١٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب در امور مدنی] موجب ضرر خوانده ردیف اول از حیث زحمت ســـفر و هزینه احتمالی بوده و نوعی ســـوء اســـتفاده از قواعد دادرسی محسوب می‌شود؛ لذا برآیند تحلیل این اســـت که اختیار خواهان در استفاده از ماده ١٦ قانون آیین دادرسی مدنی فاقد اثر تلقی می‌شود. با عنایت به مراتب نظر به این‌که این محکمه معتقد است دعوای خواهان در صلاحیت محاکم حقوقی ... بوده با این وصف مســـتند به ماده ١١ قانون آیین دادرســـی دادگاه عمومی و انقلاب در امور مدنی قرار عدم صلاحیت این مرجع را به اعتبار صلاحیت و شایستگی محاکم حقوقی ... صادر و اعلام می‌دارد رأی صادر قطعی است»[1].

در مقام ارزیابی رویکرد فوق، باید گفت که صدور قرار عدم صلاحیت نیازمند این اســـت که در وهله اول، دادگاه دعوا را از حیـــث خواندگان مرتبط و غیر مرتبط تجزیه کرده، نسبت به خوانده غیر مرتبط قرار رد دعوا صادر نماید و در ادامه، نسبت بـــه خواندگان مرتبط، قرار عدم صلاحیت صادر کند[2]. در حقیقت، وقتی علت صدور قـــرار عدم صلاحیت، عدم توجه دعوا به خواندگان غیر مرتبط اســـت، دادگاه وظیفه دارد جهـــت توجیه صدور قرار عدم صلاحیت، ابتدا قرار رد دعوای اقامه شـــده علیه خواندگان غیر مرتبط را صادر نماید.

همین جنبه منطقی قضیه ســـبب پیدایش رویکرد دیگری در رویه قضایی شده اســـت. در این خصوص، در یکی از آرای صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی

---

۱. دادنامه شماره ٤٤٣٦ مورخ ١٤٠٠/٩/٢١ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ماکو.
۲. مشابه این رویکرد را می‌توان در بخشی از ماده ٣٦ قواعد اروپایی آیین دادرسی مدنی ملاحظه کرد. مطابق این مقرره: «دادگاه می‌تواند دســـتور تفکیک دعاوی را با هدف حســـن اداره دادگستری صادر کند» (شایگان، ١٤٠٢: ٨). در همین زمینه، در ماده ٥-٦ قواعد آیین دادرسی مدنی فراملی می‌خوانیم: «دادگاه می‌توانـــد به منظور اداره و حل و فصل منصفانه یـــا مؤثرتر دعوا یا به جهت رعایت عدالت، ادعاها یا موضوعات یا اصحاب متعدد دعوا را از یکدیگر تفکیک کرده...» (غمامی و محسنی، ١٣٩٦: ٢٠٠).

شهرستان ابهر، این‌گونه آمده است: «... از توجه به جمیع محتویات پرونده مطالب معنونه فوق و این‌که اولاً، دعوی متوجه خواندگان ردیف‌های سوم و چهارم نمی‌باشد؛ لذا و مستنداً به بند ٤ ماده ٨٤ و ٨٩ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان به طرفیت خواندگان مذکور صادر و اعلام می‌گردد...، اما در خصوص دعوی خواهان به طرفیت ... این مرجع خود را صالح به رسیدگی نداشته و ضمن نفی صلاحیت از خویش...»[1]. این رویکرد را می‌توان در یکی از آرای صادره از دادگاه عمومی بخش میلاجرد نیز ملاحظه کرد. در این رأی می‌خوانیم: «... دادگاه ... با عنایت به این‌که در خصوص دعوی حاضر و خواسته مطروحه از جانب خواهان با انطباق ارکان دعوی با اقدامات و تعهدات طرفین، دعوی حاضر را متوجه خوانده ردیف چهارم ... ندانسته و از جانب خواهان ادله در اثبات موضوع مطرح نگردیده است؛ فلذا مستند به بند ٤ ماده ٨٤ و ماده ٨٩ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان به طرفیت نامبرده را صادر و اعلام می‌نماید و اما در خصوص دعوای خواهان به طرفیت خواندگان ردیف اول، دوم و سوم به خواسته مارالذکر و همچنین دعوای جلب ثالث به طرفیت آقای ... دادگاه با توجه به جمیع مطالب فوق ضمن پذیرش ایراد مطروحه از جانب خواندگان ردیف اول و سوم در خصوص عدم صلاحیت دادگاه با توجه به مفاد ماده ١١ قانون آیین دادرسی مدنی که در وهله اول اصل بر صلاحیت محل اقامت خوانده بوده ... بنا به تصریح ماده ١١ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی خود را صالح به رسیدگی ندانسته و با استناد به مواد مذکور و مواد ٢٦ و ٢٧ قانون اخیرالذکر قرار عدم صلاحیت به شایستگی و صلاحیت دادگاه عمومی (حقوقی) شهرستان قزوین صادر و اعلام می‌نماید...»[2].

به هر روی، پرسش بسیار مهمی که اینک راجع به رویکرد اخیر طرح می‌گردد، این است که آیا دادگاه می‌تواند قرار رد دعوا و عدم صلاحیت را به‌طور هم‌زمان صادر کند؟ به عبارت دقیق‌تر، آیا دادگاه وظیفه ندارد ابتدا قرار رد دعوا را صادر نماید، سپس منتظر قطعی شدن آن بماند و پس از قطعیت یافتن آن، در نهایت قرار عدم صلاحیت

---

١. دادنامه شماره ١٤٠٠١١٣٩٠٠٠١٥٠٥٨٨٦ مورخ ١٤٠٠/٧/٢٦ صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ابهر.

٢. دادنامه شماره ١٤٠٢٢٦٠٠٠٠٠٧٣٦٠٦٥٢ مورخ ١٤٠٢/١٢/٢١ صادره از دادگاه عمومی بخش میلاجرد.

صادر کند؟

در پاســـخ، باید گفت که از یک‌ســـو، در بحث خوانده غیر مرتبط، دلیل اصلی وجاهـــت یافتن قرار عـــدم صلاحیت، عدم توجه دعوا به خوانده غیر مرتبط اســـت. به همین خاطر تا این امر مســـجّل و قطعی نشـــود، دادگاه مجاز به صدور قرار عدم صلاحیت نخواهد بود. از ســـوی دیگر، اگر انتظار جهت قطعی شـــدن قرار رد دعوا ضروری نباشد، ممکن است مشکلات عملی پیش آید؛ چراکه هرآن ممکن است قرار رد دعوا در مرحله تجدیدنظر نقض شود؛ حال آن‌که پرونده جهت رسیدگی به مرجع دیگری ارســـال شده است. گویا دیدگاه مشـــابه مدنظر قاضی محترم شعبه ۳۷ دادگاه عمومی حقوقی شـــهر تهران نیز بوده که خاطرنشان ساخته: «... صدور قرار رد دعاوی نسبت به ســـایر خواندگان نیز چون مبتنی بر نظر قضایی قاضی صادرکننده قرار عدم صلاحیت و آن‌هم پس از تشخیص صلاحیت ذاتی و محلی و ورود به فرایند رسیدگی اســـت، قاطع نبوده و چه بسا مستعد نقض و رسیدگی ماهوی حسب تشخیص مرجع تجدیدنظر قرار گیرد»[1]. این دیدگاه با دقت در نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه استوارتر می‌گردد. آری، به باور این مرجع نیز، دادگاه باید پس از صدور قرار رد دعوا و قطعیت یافتن آن، راجع به صلاحیت محلی اتخاذ تصمیم نماید[2].

۲-۲-٤. تفسیر ماده ٤٤۷ قانون در پرتو حق دفاع

آنجا که خواهان به دنبال ســـوء استفاده از مقررات مواعد دادرسی مدنی است، دادگاه نبایـــد مهلت‌های مذکور در مواد ٤٤٦ و ٤٤۷ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومـــی و انقـــلاب در امور مدنی را بدون توجه به اصل حـــق دفاع خوانده ارزیابی نماید. در واقع، اولاً، این مقررات جهت حمایت از حقوق خواندگانی وضع شـــده که از طرح دعوا علیه خودآگاه می‌شـــوند و نیاز به مهلت بیشـــتری جهت دفاع در برابر دعوا دارند. این در حالی اســـت که گفته شد از یک طرف، غالباً ادعایی علیه خوانده غیر مرتبط در شـــرح خواسته بیان نمی‌شود و از طرف دیگر، حتی اگر ادعایی علیه او مطرح شـــود، معمولاً از طرح این ادعا آگاه نمی‌شود (به دلایلی چون نشر دادخواست

---

۱. دادنامه شـــماره ۱٤۰۱٦۸۳۹۰۰۰۰٦۱۹٥۷۰ مورخ ۱٤۰۱/۱/۲٦ صادره از شـــعبه سی و هفتم دادگاه عمومی شهر حقوقی تهران.

۲. نظریه مشورتی شـــماره ۷/۹۸/۲۱۲ مورخ ۱۳۹۸/۲/۲۹؛ نظریه مشورتی شماره ۷/۹۷/۲۳۰۳ مورخ ۱۳۹۷/۸/۱٥.

در آگهی و عدم بررسی آن توسط اشخاص) تا گفته شود دادگاه باید مواعد طولانی را نسبت به ایشان محاسبه نماید. با این وصف، وقتی خواهان صرفاً جهت استفاده نادرست از مقررات آیینی، آن‌ها را طرف دعوا قرار داده، اعمال مقررات یادشده هیچ توجیهی نخواهد داشت.

۳-۲-٤. تفسیر ماده ۲ قانون در پرتو اصل استماع دعوا

بر خلاف راهکارهای اختصاصی پیشین که به نوعی در گرو تفسیر صحیح قوانین و مقررات بود، راهکار اخیر بیشتر مرهون توجه حداکثری دادگاه‌ها به اصل استماع دعوا است. به عبارت دقیق‌تر، آنجا که جهت درج خوانده غیر مرتبط، گریز از رد شکلی دعواست، قانون هیچ ابهام و کژتابی نداشته و اصل نیز، ضرورت استماع دعوا است (خدابخشی، ۱/۱۳۹۹: ۲۳۷؛ فرحزادی و میرنژاد بروجنی، ۱۳۹۹: ۱۸٦-۱۸۳). با این حال، مشکلات ناشی از آمارگرایی و استقبال بیش از حد برخی از قضات از ایراد عدم استماع دعوا سبب می‌گردد دادخواهان و فعالان رویه قضایی به درج خوانده غیر مرتبط توسل جویند. با این اوصاف، درست در نقطه مقابل اکثر جهات درج خوانده غیر مرتبط که ریشه در استفاده نادرست دادخواهان و وکلای ایشان از حقوق آیینیک دارد، علت درج خوانده غیر مرتبط به منظور فرار از رد شکلی دعوا را شاید باید بیشتر در رویکرد قضات محترم جستجو کرد و اندیشه اصلاح آن را در ذهن پروراند.

٤-۲-٤. تفسیر ماده ٤۱۷ قانون در پرتو تجزیه دعوا

همان‌طور که گذشت، یکی از خدعه‌آمیزترین جهات درج خوانده غیر مرتبط، جلوگیری از اعتراض شخص ثالث است. اگر بنا باشد تفسیری ظاهری از ماده ٤۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی داشته باشیم، یکی از طرق شکایت از رأی یعنی اعتراض شخص ثالث از اشخاص ذی‌حق سلب می‌گردد. در نتیجه باید در برابر این برآیند نامطلوب ایستاد. در این راستا، به نظر می‌رسد مانند آنچه در بحث اجرای صحیح ماده ۱٦ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی گفته شد، دادگاه وظیفه دارد از حیث نظری، دعوا را با عنایت به خواندگان مرتبط و غیر مرتبط به دو بخش تجزیه و تفکیک نماید[۱].

۱. برای مطالعه بیشتر درباره تجزیه دعوا، بنگرید به: محسنی، ۱۳۹۷: ۲۱۹-۲۳۹؛ اوجی و همکاران،

در نتیجـــه این رویکرد، دعوا به دو بخش تبدیـــل می‌گردد: یک بخش ناظر به ادعای خواهان علیه خوانده مرتبط که به آن رسیدگی می‌شود. بخـــش دیگر ناظر به ادعای خواهان علیه خوانده غیر مرتبط که بی‌شک با قرار رد مواجه خـــواهد شد. از طـریق این تفکیک، می‌توان گفت که خوانده غیر مرتبط تنها در فرایند رسیدگی منتهـــی به صدور قرار رد دعوا شرکت کرده؛ فلذا امکان اعتراض او در قامت شخص ثالـــث به این قرار وجود نخواهد داشت. در مقابل، او در فراینـد صدور رأی له یا علیه خوانده مرتبط هیچ نقشـــی نداشـــته؛ پس می‌تواند عندالاقتضاء نسبت به آن اعتراض شخص ثالـث نماید.

به منظور درک بهتر این راهکار، ملکی را در نظر بگیرید که فاقد ســـابقه ثبتی بوده و در حقیقت، متعلق به شخص ج است. به دلیل این‌که او سال‌هاست در خارج از کشور اقامت دارد و شخصی عهده‌دار اموال او نیست، اشخاص الف و ب با یکدیگر تبانی می‌کنند تا با طرح دعوای اثبات مالکیت[1] نســـبت به آن ملک از سوی الف علیه ب، ملک ج را تصاحب کنند. در این راســـتا، آن‌ها برای این‌که امکان شکایت شخص ج از حکم صادره تحت عنوان اعتراض شخص ثالث را از او سلب نمایند، وی را نیز در ردیف خواندگان دعوا قرار می‌دهند، بی‌آن‌که سخنی از مالکیت او در شرح خواسته به میان آورند. در این وضعیت، با تجزیه دعوا به اعتبار خواندگان مرتبط و غیر مرتبط، نتیجه این خواهد شد که شـــخص ج در فرایند دادرسی منتهی به صدور حکم اثبات مالکیت شـــرکت نکرده؛ لذا می‌تواند از حکم صادره به عنوان اعتراض شخص ثالث شکایت نماید.

۱۴۰۲: ۷۱۷-۷۳۴.

۱. در خصوص قابلیت اســـتماع دعوای اثبات مالکیت ملک فاقد ســـابقه ثبتی، در رأی وحدت رویه شماره ۵۶۹ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور آمده است: «... الزام قانونی مالکین به تقاضای ثبت ملک خود در نقاطی که ثبت عمومی املاک آگهی شـــده، مانع از این نمی‌باشـــد که محاکم عمومی دادگســـتری به اختلاف متداعیین در اصل مالکیت ملکی که به ثبت نرسیده رسیدگی نمایند...».

برآمد

۱- هرچند مشـــهور است که منظور از خوانده، همان شخصی است که ادعای اصلی علیه او مطرح می‌شود، اما یافته‌های این تحقیق نشان داد که این شهرت چندان صحیح نبوده، باید از آن عبور کرد. از این رو، به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود خواندگان را به دو دســـته مرتبط و غیر مرتبط تقسیم نموده و ســـپس، در خصوص خواندگان مرتبط از الگوی ذیل تأســـی نماید: «خواندگان مرتبط در ســـه دســـته خوانده اصلی، خوانده فرعی و خوانده تسهیل‌کننده جای می‌گیرند. خوانده اصلی به شخصی اطلاقی می‌شـــود که ادعای اصلی خواهان علیه او اســـت. بر خلاف خوانده اصلی، منظور از خوانده فرعی شخصی است که ادعای اصلی هرگز علیه او نبوده، بلکه به جهت ارتباط ادعای فرعی نسبت به او، طرف دعوا قرار گرفته است. مقصود از خوانده تسهیل‌کننده نیز شخصی است که هیچ ادعایی (اعم از اصلی و فرعی) علیه او مطرح نمی‌شود، بلکه صرفاً جهت تسهیل رسیدگی به دعوا طرف قرار می‌گیرد».

۲- پس از شناســـایی سه دسته یاد شـــده در بند پیشین، قانون‌گذار می‌تواند به معرفـــی نوع دیگری از خوانده تحت عنوان خوانـــده غیر مرتبط بپردازد. بر این بنیاد، پیشـــنهاد ما به مرجع تقنین این است که بدون دخالت دادن معیارهای عدم طرح ادعا علیه خوانده و عدم توجه دعوا به خوانده، مقرر نماید که منظور از خوانده غیر مرتبط، خوانده‌ای است که در هیچ-یک از اقسام خواندگان اصلی، فرعی و تسهیل‌کننده قرار نمی‌گیرد. این برداشت کاستی معیارهای فوق در شناسایی خوانده غیر مرتبط را جبران می‌کند و دادگاه را با یک معیار سلبی به شناسایی خوانده غیر مرتبط رهنمون می‌سازد.

۳- ســـوء اســـتفاده از مقررات صلاحیت محلی (موضوع ماده ۱۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) و مواعد، جلوگیری از رد شکلی دعوا و اعتراض شـــخص ثالث و در نهایت تســـریع در تحصیل دلیل را می-توان در زمره مهم‌ترین جهات درج خوانده غیر مرتـــبط در دادخواست‌های تقدیمی دانست. به منظور مقابله با جهات یاد شده، دو راهکار عمومی و اختصاصی در دسترس دادگاه قـــرار دارد. مطابق راهکار عمومی که در کلیه جهات قابل اعمال اســـت، «صدور قرار رد دعـــوا» و «صدور قرار تأمین هزینه‌های خوانده» البته پس از احراز تقصیر خواهان در درج خوانده غیر مرتبط [و درخواســـت خوانده] شـــدنی است. به موجب راهکار

اختصاصـــی، دادگاه وظیفـــه دارد ماده ۱۶ قانون آیین دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را در پرتو ضرورت توجه دعوا به کلیه خواندگان تفســـیر کرده و از این طریق، مجال ســـوء استفاده از مقررات صلاحیت محلی را به خواهان ندهد. به همین ترتیب، دادگاه باید با تفسیر مقررات مواعد در پرتو حق دفاع خوانده، توجه به اصل استماع دعاوی هنگام استناد به ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقـــلاب در امور مدنی، تجزیه دعاوی به اعتبـــار خواندگان مرتبط و غیر مرتبط در زمان مواجهه با حربه ســـلب حق اعتراض شخص ثالث، به مبارزه با درج خوانده غیر مرتبط بپردازد.

فهرست منابع

* افتخار جهرمی، گودرز و السان، مصطفی (۱۴۰۱)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: میزان.

* افتخار جهرمی، گودرز و صفیان، سعید (۱۴۰۱)، «**مفهوم توجه دعوا**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۲، شماره ٤.

* السان، مصطفی و بهرامی، احسان و الماسی، اکبر (۱۴۰۳)، «**مصادیق دعوای مردد (غیرمنجز) و تکلیف دادگاه در مواجهه با آن؛ با تأکید بر رویه قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.

* اوجی، امین و پورعرفان، ایرج و عسکری، حکمت‌اله (۱۴۰۲)، «**بررسی تطبیقی دعوای قابل تجزیه‌پذیر و تفکیک دعوا در آیین دادرسی مدنی ایران و فرانسه**»، فصل‌نامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره ۵، شماره ۵.

* بهرامی، احسان (۱۴۰۳)، **دعوای واهی: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، انگلیس و آمریکا (با تأکید بر رویه قضایی)**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* بهرامی، احسان و السان، مصطفی (۱۴۰۲)، «**جایگاه تقصیر و سوءنیت در مطالبه خسارات ناشی از دعوای واهی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۳.

* بهرامی، احسان و پیشنماز، سید امین و زارع، امیر (۱۴۰۱)، «**شرایط توجه دعوا به وارث در فقه امامیه و راهکارهای احراز آن در حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۹.

* خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۹)، **حقوق دعاوی**، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* شایگان، اسماعیل (۱۴۰۲)، **قواعد اروپایی آیین دادرسی مدنی**، چاپ نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار.

* شمس، عبدالله (۱۳۸۵)، **آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)**، جلد دوم، چاپ دوازدهم، تهران: دراک.

* صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۳)، **مسؤولیت مدنی (الزامات**

خارج از قرارداد)، چاپ هفتم، تهران: سمت.
* عامریون، غلامحسین (۱۳۳۹)، «**اظهارنظر در ماده ۲۲۵ مکرر قانون آیین دادرسی مدنی**»، مجله کانون وکلا، شماره ۷۱.
* غمامی، مجید و محسنی، حسن (۱۳۹۶)، **آیین دادرسی مدنی فراملّی**، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* فرحزادی، علی‌اکبر و میرنژاد بروجنی، رسول (۱۳۹۹)، «**اصل قابل استماع بودن دعاوی در فقه اسلامی و حقوق ایران**»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۵، شماره ۸۹.
* قافی، حسین و شریعتی، سعید (۱۳۹۳)، **اصول فقه کاربردی**، جلد نخست، چاپ دهم، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، **الزام‌های خارج از قرارداد-مسؤولیت مدنی**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
* متین‌دفتری، احمد (۱۴۰۲)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، چاپ ششم، تهران: مجد.
* محسنی، حسن (۱۳۹۷)، «**مفهوم و آیین دادرسی دعوا و رأی غیرقابل تجزیه و تفکیک**»، دو فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۵، شماره ۲.
* مهاجری، علی (۱۳۹۷)، **دوره جدید مبسوط در آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: فکر سازان.
* نهرینی، فریدون (۱۳۹۸)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.
* واحدی، قدرت‌الله (۱۳۹۸)، **آیین دادرسی مدنی**، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: میزان.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۱۶۲-۱۳۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

مطالعه تطبیقی معیارهای تشخیص اظهارات غیر مؤثر در گفت‌وگوهای مقدماتی مبتنی بر رویه قضایی

آرتین جهانشاهی[۱]، حبیب طالب احمدی[۲]

چکیده

اگر چه اظهارات پیش‌قراردادی ممکن است انتظاراتی را در دو طرف ایجاد کند، اما همگی آن‌ها آثار حقوقی ندارند. اظهارات غیر مؤثر به اظهاراتی گفته می‌شود که در روابط حقوقی قابل اســـتناد نبوده و نقض آن‌ها مسؤولیتی برای گوینده ایجاد نمی‌کند. معمولاً این‌گونه اظهارات به عنوان مقدمه‌ای برای گفت‌وگوهای اصلی بازگو می‌شوند و بر خلاف اظهارات مؤثر، نمی‌توانند مبنای ایجاد آثار حقوقی باشند. تشخیص اظهارات مؤثر از غیر مؤثر در میان حجم گسترده‌ای از گفت‌وگوهای مقدماتی به ویژه در معاملات مهم، همواره ساده نیست.. این پژوهش با به کارگیری روش توصیفی تحلیلی و استفاده از منابع کتابخانه‌ای، در پاســـخ به این پرسش که چگونه می‌توان اظهارات غیر مؤثر را از دیگر اظهارات پیش‌قراردادی تشـــخیص داد و به این منظور چه معیارهایی باید مورد توجه باشد، معیارهای مشخص و مطمئنی به این منظور ارائه می‌کند که از مهم‌ترین این معیارها می‌توان به عدم قصـــد التزام، ماهیت تبلیغاتی اظهارات، کلی‌گویی‌ها، اظهارات بی‌تأثیر در تکمیل قرارداد و تغییر شرایط یا فاصله زمانی طولانی میان اظهارات و انعقاد قرارداد اشاره کرد.

واژگان کلیدی: اظهارات مؤثر، اظهارات غیـــر مؤثر، دوره پیش‌قراردادی، رویه قضایی، گفت‌وگوهای مقدماتی، مسؤولیت قراردادی.

---

۱. کاندیدای دکتری حقوق خصوصی، دانشـــکده حقوق و علوم سیاســـی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (نویسنده مسؤول). artinjahanshahi@hafez.shirazu.ac.ir
۲. اســـتادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران talebahmadi@shirazu.ac.ir

درآمد

رعایت فرایند حقوقی در انعقاد قراردادها، روابط معاملاتی میان دو طرف را سامان می‌دهد. این فرایند نه تنها مستلزم تدوین دقیق و جامع مفاد قرارداد نهایی است، بلکه شامل مراحلی پیش از انعقاد قرارداد نیز می‌شود که با انجام گفت‌وگوهای مقدماتی یا پیش‌قراردادی صورت می‌پذیرد. این گفت‌وگوها به عنوان مرحله‌ای حساس در فرایند تشکیل قرارداد، نقش تعیین کننده‌ای ایفا کرده و تأثیر قابل توجهی بر کیفیت، استحکام و اعتبار قرارداد نهایی دارند (گندمکار و فهیمی و سید دارابی و گنج خانلو، ۱۴۰۱: ۱۲۵۱).

اهمیت گفت‌وگوهای مقدماتی فراتر از تبادل اطلاعات و تعیین شرایط اولیه است. چنین گفت‌وگوهایی به عنوان بستری برای ایجاد تفاهم و توافقات نخستین عمل کرده و پایه‌های روابط قراردادی میان دو طرف را شکل می‌دهد. در این مرحله، تعیین نیات، شناسایی نیازها و انتظارات و بررسی شرایط و ضوابط اولیه از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. اظهارات اولیه می‌توانند جهت گفت‌وگوهای آینده را مشخص کرده و تأثیر مستقیم بر انعقاد قرارداد نهایی بگذارند. از سوی دیگر، اظهارات غیر مؤثر در این دوره می‌تواند موجب ابهام و سردرگمی در تشخیص تعهدات طرفین شده و احتمال بروز اختلافات حقوقی را افزایش دهد.

تعیین مرز میان مسؤولیت پیش‌قراردادی و مسؤولیت قراردادی در تبیین معیارهای شناسایی اظهارات مؤثر از غیر مؤثر حائز اهمیت است. در حقوق قراردادها دو دوره وجود دارد که منشأ مسؤولیت در هر یک متفاوت است. دوره اول، هنگامی است که طرفین هنوز قراردادی منعقد نکردند و در جریان مذاکرات قرار دارند. در این دوران هرگاه یکی از طرفین وعده‌ای بدهد یا اطلاعات نادرست ارائه کند و به دیگری زیان برساند «مسؤولیت پیش‌قراردادی» خواهد داشت. این مسؤولیت ناشی از نقض اصل حسن نیت و تقصیر است و بر اساس قواعد مسؤولیت مدنی رسیدگی می‌شود؛ بنابراین اگر پس از وعده انعقاد قرارداد، یک طرف ناگهان مذاکرات را بدون دلیل موجه لغو کند و طرف مقابل هزینه‌های مطالعات فنی یا حقوقی کرده باشد، می‌توان خسارت ناشی از آن هزینه‌ها را مطالبه کرد. در دوره دوم یعنی پس از انعقاد قرارداد، هرگونه قصور یا نقض مفاد صریح قرارداد در چارچوب «مسؤولیت قراردادی» قرار

می‌گیرد. این مسؤولیت مبتنی بر اراده طرفین و تعهداتی است که در متن قرارداد به صراحت قید شده‌اند.

پرسش اصلی این پژوهش آن است که معیارها و شاخص‌های تعیین کننده اظهارات غیر مؤثر در مرحله گفت‌وگوهای مقدماتی کدام است و با چه روش‌ها و فرایند تحلیلی می‌توان این اظهارات را از اظهارات مؤثر جدا کرد. پاسخ به این سؤال مستلزم بررسی مقررات مرتبط و مطالعه نمونه‌های عملی و رویه قضایی است تا چارچوبی برای شناسایی و ارزیابی اظهارات غیر مؤثر ارائه شود. در این راستا، مطالعه حقوق کشورهای دیگر می‌تواند به شناسایی روش‌های بهتر و معیارهای قابل اعمال در حقوق ایران کمک کند.

اهداف این پژوهش شامل شناسایی و طبقه‌بندی انواع اظهارات غیر مؤثر در گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی، تدوین معیارهای قابل اعتماد برای تشخیص این اظهارات و ارائه راهکارهای عملی و پیشنهادات قانونی برای بهبود فرایند گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی است. این پژوهش به دنبال ارائه معیارهای حقوقی جهت ارتقای فرایند انعقاد قراردادهای معتبر و کاهش احتمال بروز اختلافات قضایی مرتبط با آن‌ها می‌باشد. همچنین، با تأکید بر مسؤولیت پیش‌قراردادی، قصد دارد راهکارهایی ارائه دهد که به کاهش تعهدات غیرضروری و افزایش شفافیت در گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی منجر شود. بر این اساس، پژوهش حاضر با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، در مقام پاسخ به پرسش‌های مرقوم است و در قالب تحلیل معیارهای شاخص از جمله عدم قصد التزام، ماهیت تبلیغاتی اظهارات، کلی‌گویی‌ها، اظهارات بی‌تأثیر در تکمیل قرارداد و تغییر شرایط یا فاصله زمانی طولانی میان اظهارات و انعقاد قرارداد سامان‌دهی شده است.

۱. عدم قصد التزام به اظهارات

قصد انعقاد معامله یکی از ارکان اساسی در قراردادها به شمار می‌رود و تعیین کننده وجود حقوقی توافقات میان طرفین است. طبق ماده ۱۹۱ قانون مدنی «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند» و طبق ماده ۱۹۵ همان قانون فقدان قصد، موجب بطلان معامله است همچنان که مطابق ماده ۱۱۸ قانون مدنی آلمان نیز «اظهار قصدی که به طور جدی نیت نشده و

با این انتظار صورت می‌گیرد که فقدان نیت جدی آن مورد سوء تفاهم قرار نگیرد، باطل است».

برای تشکیل معامله تنها پذیرش یک پیشنهاد کافی نیست. بدون نیت جدی طرفین برای ایجاد تعهدات قانونی، قرارداد از نظر حقوقی بی‌اعتبار است. این قصد که به نیت و اراده طرفین برای اجرای توافقاتشان دلالت دارد، نقش کلیدی در تمایز قراردادهای الزام‌آور از توافقات غیررسمی و مقدماتی ایفا می‌کند (غفاری و هاشمی و صدیقیان، ۱۳۹۹: ۲۴۷)؛ لذا در مواردی که یکی از طرفین در گفت‌وگوهای مقدماتی اعلام کند که قصد انعقاد قرارداد ندارد نشان‌گر عدم وجود قصد برای ایجاد تعهدات قانونی است؛ به عبارت دیگر، اگر در گفت‌وگوهای مقدماتی یکی از طرفین بیان کند که گفت‌وگوها تنها جنبه غیررسمی یا آزمایشی دارد، مراجع رسیدگی، اظهارات پیش‌قراردادی را معتبر و الزام‌آور نمی‌شمارند. در چنین شرایطی، اظهارات مبنی بر عدم قصد انعقاد قرارداد منجر به عدم ایجاد تعهد قانونی میان طرفین می‌شود و هیچ‌یک از ایشان نمی‌توانند بر اساس چنین اظهاراتی از دیگری مطالبه قانونی داشته باشند (حاجی‌پور، ۱۳۹۷: ٦۲). این موضوع به ویژه در گفت‌وگوهای بازرگانان اهمیت دارد، جایی که طرفین ممکن است برای بررسی امکان‌سنجی و شرایط معامله وارد گفت‌وگو می‌شوند، بدون این‌که تعهدی رسمی به بستن قرارداد داشته باشند. در صورت بروز اختلاف، این اظهارات مد نظر قرار گرفته و توافق الزام‌آوری تشخیص داده نمی‌شود. این تصمیمات قضایی بر اساس تحلیل دقیق اظهارات و رفتار طرفین صورت می‌گیرد تا مشخص شود نیت جدی برای ایجاد تعهدات قانونی وجود داشته یا خیر.

فقدان قصد انعقاد معامله در آینده می‌تواند از طریق اعمال و اقوال طرفین استنباط شود. در معاملات تجاری، ممکن است طرفین پس از رسیدن به اجماع نظر در مورد برخی ابعاد معامله، اسنادی تنظیم کنند، بدون این‌که با امضای سند تعهد قانونی بر عهده گیرند. در چنین مواردی، با درج عباراتی در سند، قصد خود مبنی بر عدم ایجاد تعهد را اعلام می‌دارند. همچنین در مواردی که طرفین نسبت به اجزای اصلی قرارداد توافق نکرده‌اند، نقص توافق ممکن است نشان دهنده عدم قصد جدی برای انعقاد معامله در آینده باشد. با این حال، این قاعده مطلق نبوده و برای تشخیص

مؤثر بودن گفت‌وگوهای طرفین و احراز قصد جدی انعقاد قرارداد باید به طور موردی بررسی شود. این نکته در استدلال دادگاه تجدیدنظر پرونده ام آر آی تریدینگ ای جی علیه اردنت ماینینگ در سال ۲۰۱۳ [1] مورد تأکید قرار گرفت (Andrews, 2015: 27). افزون بـــر آن می‌توان موارد دیگری را در آرای دادگاه های خارجی دید که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

در پرونـــده رز و فرانک‌کو علیه جی آر کرامپتون بروز (۱۹۲۳)[2] یک شـــرکت آمریکایی با یک شـــرکت انگلیســـی توافق‌نامه‌ای را برای نمایندگی انحصاری فروش محصولات کاغذی در ایالات متحده امضا کردند. این توافق‌نامه شـــامل بندی بود که تصریح می‌کرد: «این توافق نه به عنوان یک قرارداد رســـمی یا قانونی منعقد شده و نه این یادداشت ماهیت یک سند الزام‌آور حقوقی دارد و به همین دلیل، تحت صلاحیت محاکم ایالات متحده یا انگلســـتان قرار نمی‌گیرد، بلکـــه تنها بیان و ثبت قطعی نیت و هدف طرفین ذی‌نفع اســـت که هر یک از آن‌ها با اعتماد کامل و بر اســـاس سوابق همکاری تجاری گذشته، به اجرای مفاد آن با حسن نیت، وفاداری متقابل و همکاری دوســـتانه متعهد می‌شوند» (Beale et al, 2019: 317). پس از امضای این توافق‌نامه، شـــرکت آمریکایی ســـفارش‌هایی برای خرید کاغذ ثبت کرد که شـــرکت بریتانیایی پذیرفـــت. با این حال، پیش از انجام تحویل، شـــرکت بریتانیایی قرارداد نمایندگی را فســـخ کرد و از ارسال کالا خودداری نمود. این شرکت استدلال کرد که توافق ۱۹۱۳ از لحاظ قانونی الزام‌آور نبوده و در نتیجه، ســـفارش‌های ثبت‌شـــده نیز تعهد حقوقی ایجاد نمی‌کنند.

دادگاه در رسیدگی به این پـــرونده، بیشـــترین وزن را برای بندی از قرارداد در نظر گـــرفت که به صراحـــت آن را یک «تعهد شـــرافتمندانه» توصیف کرده بود (Andrews, 2015: 317-318). این وصف، نشـــان دهنده عـــدم قصد طرفین برای ایجـــاد یک قرارداد الزام‌آور قانونی بـــود (Charman, 2013: 72). دادگاه توضیح داد کـــه بندهای محدود کننده قابلیت اجرای قانونی یک قـــرارداد تنها در مواردی اعمال می‌شوند که سند مزبور در حالت عادی از قدرت الزام‌آور قانونی برخوردار باشد، ولی

1. MRI Trading AG v. Erdenet Mining Corporation LLC (2013)
2. Rose & Frank Co v. JR Crompton Bros (1923)

در اینجا قابل پذیرش نیست. با این حال، دادگاه حکم داد که عدم تشکیل یک قرارداد قانونی در چارچوب توافق نمایندگی، مانع از آن نیست که سفارش‌ها و پذیرش آن‌ها، قراردادهای الزام‌آور قانونی شمرده شـــوند؛ به عبارت دیگر، عدم قابلیت اجرای یک توافق صریح نمایندگی، معاملات مســـتقل حقوقی را بی‌اعتبار نمی‌کند. از نظر دادگاه، سفارش‌ها و پذیرش آن‌ها به عنوان ایجاب و قبول متقابل شمرده شد.

در پرونده‌ای دیگر،[1] یک شـــرکت مالزیایی برای تأمین مالی شرکت تابعه خود در لندن از یک بانک ســـرمایه‌گذاری وام دریافت کرد. این شرکت در نامه‌ای به بانک اعلام کرد که سیاســـت آن حمایت از شرکت تابعه برای پرداخت بدهی‌هایش است. بانک بر اســـاس این نامه، ابتدا ۵ میلیون پوند تســـهیلات اعطا کرد و پس از دریافت نامه مشـــابه دیگری، مبلغ وام را به ۱۰ میلیون پوند افزایش داد. پس از ورشکســـتگی شـــرکت تابعه، بانک با استناد به این نامه‌ها از شرکت مالزیایی خواست که بدهی‌های شرکت تابعه خود را پرداخت کند، اما شرکت مالزیایی ادعا کرد که نامه‌ها صرفاً جنبه اطمینان بخشـــی داشته و هیچ‌گونه تعهد قانونی برای پرداخت بدهی‌ها ایجاد نمی‌کنند (Stevens, 2013: 99).

دادگاه در رسیدگی به این پرونده اعلام کرد در صورتی که قصد صریحی برای ایجاد تعهد قانونی در پرداخت وجود نداشـــته باشد، باید بررسی کرد که آیا اظهارات مطرح شـــده در چارچوب خود، به عنوان یـــک تعهد الزام‌آور برای اقدامات آینده در نظر گرفته شـــده‌اند یا خیر. بر اساس شـــواهد، دادگاه تشخیص داد که عباراتی که در نامه اســـتفاده شده‌اند ماهیت قراردادی ندارند و تنها بیان یک واقعیت درباره سیاست فعلی بانک هســـتند، نه یک تعهد برای ادامه این سیاست در آینده (Suff, 2013: 28). افزون بر این، با در نظر گرفتن متن کامل نامه و ســـایر اســـناد بانکی، چنین اظهاراتی نشـــان دهنده قصد ایجاد تعهد قانونی نیستند. این عبارات تنها جنبه اطمینان بخشی و مسؤولیت اخلاقی دارند و تعهد الزام‌آوری ایجاد نمی‌کنند.

۲. عدم تأثیر اظهارات در تکمیل قرارداد

اظهـــارات پیش‌قراردادی به عباراتی گفته می‌شـــوند که در فرایند گفت‌وگوها میان دو طرف مبادله شـــده، اما تأثیری در تکمیل قـــرارداد نهایی ندارند و نمی‌توانند

1. Kleinwort Benson Ltd v. Malaysian Mining Corporation (1989).

به عنوان بخشـــی از مفاد قرارداد در نظر گرفته شـــوند. این اظهارات معمولاً به عنوان مقدمه‌ای برای آغاز گفت‌وگوها یا روشـــن کردن جزئیات ابتدایی برای طرفین به کار می‌روند و حتـــی اگر در نهایت باعث تفاهم و توافق شـــوند، الزاماً به طور خودکار، تبدیل به بخش الزام‌آور و قابل اجرا در قرارداد نهایی نمی‌شـــوند؛ مگر آن‌که دارای اثر حقوقی بوده و ماهیت قراردادی داشته باشد (طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۲۲).

دلیل عدم تأثیر این اظهارات در تکمیل قرارداد این اســـت که آن‌ها صرفاً برای انجـــام گفت‌وگوهای اولیه و فراهم کردن زمینه برای رســـیدن به توافق نهایی مطرح می‌شـــوند. معمولاً هنگامی که طرفین به توافق نهایی می‌رسند و قرارداد نهایی تنظیم می‌شـــود، تمامی جزئیـــات مرتبط با حقوق و تعهدات طرفیـــن در آن می‌آید. در این مرحله، اظهارات پیش‌قراردادی دیگر نقشـــی ندارند. این بدان معناســـت که حتی اگر طرفیـــن در طول گفت‌وگوها به برخی اظهارات پیش‌قراردادی اتکا کرده و آن‌ها را به عنوان مبنای تصمیم‌گیـــری خود منظور کنند، این اظهارات در صورت عدم گنجاندن در متن نهایی قرارداد، هیچ‌گونه التزام یا مســـؤولیتی را بـــرای طرفین ایجاد نخواهند کرد؛ به عبارت دیگر، اگر یکی از دو طرف پس از گفت‌وگوها با تغییر شرایط یا عدم پذیرش آن اظهارات، وارد عمل شود طرف دیگر نمی‌تواند از آن اظهارات برای مطالبه خسارت یا الزام به انجام تعهدات استفاده کند.

در حقوق انگلیس این‌گونه اظهارات معمولاً به عنوان بخشی از گفت‌وگوهای مقدماتی در نظر گرفته می‌شـــوند و فاقد هرگونه اثر حقوقی هســـتند و نمی‌توانند به عنوان شرطی الزام‌آور یا جزء مفاد قرارداد نهایی قلمداد شوند. برای این‌که یک شرط قراردادی معتبر به وجود آید، باید با توافق طرفین در متن قرارداد نهایی بیاید. در نتیجه، هرگونه اظهار نظر یا پیشـــنهاد اولیه‌ای که بدون تأســـیس یک شرط رسمی و الزام‌آور وارد قرارداد نهایی نشود، نمی‌تواند به عنوان یک شرط قانونی مورد استناد قرار گیرد، چنان‌که در پرونده بیســـیت علیه ویلکینســـون (۱۹۲۷)[1] طرفین قرارداد در خصوص خرید یک قطعه زمین کشاورزی گفت‌وگو کردند. ویلسون در خلال گفت‌وگوها ادعا کرد زمین ظرفیت نگهداری دو هزار گوســـفند را دارد. طرف مقابل، این اظهار نظر را بـــه عنوان یکی از مبانی تصمیم‌گیری خود بـــرای خرید زمین در نظر گرفت، اما پس

1. Bisset v. Wilkinson (1927)

از خرید مشـــخص شد که زمین به آن اندازه که ویلسون گفته بود گنجایش نگهداری گوسفند را ندارد (Burrows, 2016: 191)؛ بنابراین بیست اقدام به طرح دعوی برای جبران خسارت به دلیل اطلاعات نادرست علیه ویلکینسون نمود. مسأله اصلی این بود که آیا اظهار نظر ویلســـون به عنوان بخشی از قرارداد و به عنوان یک شرط قراردادی معتبر در نظر گرفته می‌شـــود؟ به عبارت دیگر، آیا می‌توان این اظهار نظر را به عنوان مبنای جبران خسارت در نظر گرفت؟

دادگاه اعلام کرد که اظهار نظر ویلســـون تنها بـــه عنوان یک دیدگاه مقدماتی و نه به عنوان یک شـــرط قـــراردادی الزام‌آور شمرده می‌شود. دادگاه تصریح کرد که اظهارات پیش‌قراردادی که به طـور صریح و رسمی در قرارداد نهایی نیایند، نمی‌توانند به عنوان منبع تعهدات قانونی برای طرفین مطرح شـــوند؛ بنابراین ویلســـون مسؤول جبران خســـارت ناشـــی از این اظهار نظر نبود. دادگاه این اظهارات را به عنوان بیان دیدگاه غیر الزام‌آور و اطلاعات مقدماتی ارزیابی کرد که صرفاً به منظور شفاف‌سازی و تســـهیل تصمیم‌گیری طرفین در گفت‌وگوها مطرح شـــدند. این اظهارات هیچ‌گونه تعهد الزام‌آوری نداشته و نمی‌توانســـتند به عنوان شرطی از شروط قراردادی شمرده شوند.

در دعوی اسمیت علیه هیوز[1] نیز دو طرف در مورد خرید جو گفت‌وگو کردند. فروشـــنده گفته بود که جوها تازه است، اما خریدار پس از امضای قرارداد متوجه شد که جو عرضه شـــده کهنه است. خریدار برای جبران خســـارت یا لغو قرارداد از این اظهار نظر استفاده کرد. مسأله اصلی پرونده این بود که آیا اظهارات فروشنده مبنی بر این‌که جوها تازه هســـتند می‌تواند به عنوان یک شرط قراردادی معتبر شمرده شود و آیا این اظهارات می‌توانند مبنای باطل شـــدن قرارداد یا جبران خسارت خریدار قرار گیرند؟

دادگاه اعلام کرد اظهار نظر فروشنده مبنی بر تازه بودن جو به عنوان یک شرط قراردادی شمرده نمی‌شود و تنها یک اظهار نظر مقدماتی می‌باشد. دادگاه تصریح کرد تا زمانی که اظهارات به طور مشـــخص در قرارداد نهایی درج نشده باشند، نمی‌توانند به عنوان شرط الزام‌آور مورد استناد قرار گیرند؛ بنابراین حتی اگر این اظهارات اشتباه

1. Smith v. Hughes (1871)

باشـــند، هیچ تأثیری بر اعتبار قرارداد ندارنـــد (Burrows, 2016: 177). دادگاه تأکید کرد این اظهارات نمی‌توانند به طور خودکار شـــروط قانونی و الزام‌آور باشند؛ چراکه اولاً، در قالب شـــرط قراردادی مطرح نشده است. ثانیاً، در مورد کیفیت جو سخنی به میان نیامده است (Beale et al, 2019: 568).

۳. اظهارات غیرموجه و گزافه

در گفت‌وگوهـــای بازرگانی، گزافه‌گویی و اظهارات اغراق‌آمیز که گاه با دروغ همراه اســـت، رفتاری رایج و قابل پیش‌بینی شمرده می‌شـــود (Jung, 2021: 255). این پدیده تنها به موضوعات اصلی قرارداد محدود نمی‌شـــود، بلکه در ابعاد مختلف مذاکره[1] نیز دیده می‌شـــود. برای مثال، طرفین ممکن اســـت درباره پیشـــنهادات رقبا، موجودی محصولات، شرایط قانونی مرتبط با قرارداد، یا حتی احساسات و ترجیحات شـــخصی خود اطلاعات نادرســـت ارائه دهند. این گفتارها معمولاً به عنوان ابزاری برای کســـب مزیت رقابتی یا تحت تأثیر قرار دادن طرف دیگر اســـتفاده می‌شوند. با این حال، چنین اقداماتی می‌توانند اعتمـــاد میان طرفین را تضعیف کرده و پیامدهای منفی بلندمدتی برای روابط بازرگانی به همراه داشته باشند. بررسی این موضوع نشان می‌دهـــد که دروغ‌گویی در گفت‌وگوهای مقدماتـــی نه تنها یک چالش اخلاقی، بلکه عاملی تأثیرگذار بر پویایی و نتایج گفت‌وگوهاست.

با گسترش شیوه‌های تبلیغاتی و گاه فـــریب‌آمیز برای ترغیب افراد به انـعقاد معامله، در حقـــوق قـــراردادها دکتـــرینی تحت عنوان «پافیـــنگ»[2] یا اظهـارات اغـراق‌آمیز مطرح شده است (Hoffman, 2006: 106). این اصطلاح نخستین بار در مورد قیمت‌گذاری نامشـروع در مزایـــده‌ها به کار رفت و فردی که به طور پنـهانی توسط فروشنده برای افزایش قیمـــت‌ها در مـزایده استـــخدام می‌شد، پافر[3] نامیده می‌شد.

---

۱. در فرهنگ حـــقوقی بلک، مذاکره به معنای «فرایند بررسـی، گفت‌وگو یا نشـست پیرامون شرایط یک توافق پیشنهادی است؛ همچـــنین به اقدام در جهـــت تنظیم، تعیین یا توافق بر سر شـــرایط و ضوابط یک قرارداد، معامله، خرید و فروش یا ســـایر تعاملات تجاری اطلاق می‌شـــود» آمده اســـت (Black's Law Dictionary, 1968: 1188).

2. Doctrine of Puffing.

3. Puffer.

از قرن شانزدهم میلادی، پافینگ[1] به عنوان دفاعی در برابر اتهامات تدلیس[2] و اظهارات خلاف واقع[3] مطرح شد. به مرور دادگاه‌ها به این نتیجه رسیدند که ادعاهای کلاه‌برداری یا ارائه اطلاعات نادرست نمی‌توانند بر اساس نظرات، اظهارات مربوط به ارزش، یا ادعاهای غیرقابل اندازه‌گیری استوار باشند (Rosenberg, 2022: 240). برای مثال، دادگاهی در انگلستان به خریداری که به ادعای فروشنده درباره ارزش ملک اعتماد کرده بود، هیچ جبران خسارتی ارائه نکرد و گفت این «حماقت خریدار بوده که به چنین ادعایی اعتماد کرده است» (Browne et al, 2012: 71).

هنگامی که اظهارات اغراق‌آمیز از سطح یک ادعای کلی و مبهم فراتر رفته و حاوی جزئیات دقیق و مشخصی باشند که موجب ایجاد انتظار معقول در طرف مقابل شوند، وضعیت حقوقی متفاوت خواهد بود. اگر چنین اظهاراتی به میزانی دقیق باشند که طرف مقابل با تکیه بر آن‌ها تصمیمی اتخاذ کند و این تصمیم متکی بر انتظاراتی باشد که عرفاً قابل اعتماد بوده‌اند، در آن صورت اظهارات مذکور می‌تواند تحت عنوان «اظهارات نادرست مؤثر» بررسی و منجر به ایجاد تعهد حقوقی شود (Prosser and Keeton on Torts,1984: 109)؛ بنابراین، دکترین اظهارات اغراق‌آمیز هرچند در ظاهر مانع از ایجاد تعهد حقوقی است، اما مطلق نیست و در رویه قضایی این امکان پذیرفته شده است که در مواردی خاص و بسته به اوضاع و احوال پرونده چنین اظهاراتی نیز الزام‌آور شمرده شوند؛ به عبارت دیگر، معیار کلیدی برای تشخیص ایجاد تعهد حقوقی، معقول بودن اتکای طرف مقابل به آن اظهارات و توانایی او در تمایز میان تبلیغات مبالغه‌آمیز و اطلاعاتی است که به طور منطقی می‌توان آن‌ها را به عنوان مبنای تصمیم‌گیری پذیرفت.

دادگاه تجدیدنظر ایالات متحده اظهارات اغراق‌آمیز را به دو شکل تعریف کرده است: نخست به عنوان «بیانی اغراق‌آمیز، پرطمطراق و فخرآمیز که هیچ خریدار معقولی نمی‌تواند به آن اعتماد کند»؛ دوم[4] به عنوان «ادعای کلی برتری نسبت به محصولات مشابه که آن‌قدر مبهم است که نمی‌توان آن را چیزی بیش از یک بیان

1. Puffing.
2. Fraud.
3. Misrepresentation.
4. Pizza Hut, Inc. v. Papa John's Int'l, Inc. 227 F.3d, 489 497 (5th Cir. 2000).

دیدگاه ساده شخصی دانست» (Browne et al, 2012: 76). این تعاریف نشان می‌دهد که پافینگ معمولاً به عنوان ادعاهایی در نظر گرفته می‌شوند که از نظر قانونی غیر قابل استناد هستند؛ زیرا انتظار نمی‌رود مصرف‌کنندگان معقول به آن‌ها اعتماد کنند. دادگاه نیز پافینگ را نوعی تبلیغات می‌داند که «فریب‌آمیز نیست؛ زیرا هیچ‌کس به ادعاهای اغراق‌آمیز آن اعتماد نمی‌کند» (Browne et al, 2012: 73).[1] این تعریف تأکید دارد که اظهارات اغراق‌آمیز به دلیل ماهیت غیر واقعی، معمولاً نمی‌توانند مبنایی برای ادعای فریب یا گمراه کردن مصرف‌کننده باشند.

در پرونده هاروی علیه یانگ (۱۶۰۲)[2] که یکی از دعاوی مهم قدیمی در حقوق انگلیس است الزام‌آور بودن وعده‌های ارائه شده در قراردادهای تجاری با تبلیغات بررسی شد. در این دعوی، هاروی مدعی بود که یانگ وعده‌ای در قبال انجام یک عمل داده، اما پس از انجام آن از پرداخت مبلغ وعده داده شده خودداری کرده است. یانگ در دفاع از خود گفت که این وعده صرفاً یک اظهار نظر تبلیغاتی و غیر الزام‌آور بوده و در گروه اظهارات اغراق‌آمیز قرار می‌گیرد. دادگاه به این نتیجه رسید که اگر یک فرد عاقل بتواند وعده داده شده را جدی بشمارد، این وعده الزام‌آور است؛ با این حال، در این مورد دادگاه به این نتیجه رسید که خریدار باید اظهارات اغراق‌آمیز فروشنده را بررسی می‌کرد و این اشتباه خریدار بوده که وارد قراردادی شده است که هیچ فرد عاقلی وارد نمی‌شود (Preston, 1974: 4). دادگاه تأکید کرد که تمایز میان تبلیغات غیر الزام‌آور و تعهدات واقعی باید بر اساس انتظارات معقول مخاطب و شرایط بیان وعده مشخص شود. این اصل بعدها در دعاوی مشابه، از جمله پرونده کارلیل علیه شرکت کاربولیک اسموک بال (۱۸۹۳)[3] مورد استناد قرار گرفت (Rosenberg, 2022: 247) و مبنایی برای تفسیر تعهدات تبلیغاتی و تعیین حدود دفاع حقوقی اظهارات اغراق‌آمیز شد. این دعوا نشان داد که تبلیغات و وعده‌های ارائه شده در بستر تجاری، در صورتی که از نظر عرفی تعهدآور شمرده شوند نمی‌توانند صرفاً به عنوان بیانی اغراق‌آمیز باشند و ممکن است تعهدات قانونی برای گوینده ایجاد کنند. در این رابطه می‌توان به پرونده جونز علیه برایت

1. Alpine Bank v. Hubbell, 555 F.3d 1097, 1106 (10th Cir. 2009).
2. Harvey v. Young, (1602).
3. Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co (1893).

(۱۸۲۹)[1] درباره خرید آهن اشـــاره کرد که خریدار پس از دریافت کالا متوجه نقص و کیفیت پایین آن شـــد. خریدار ادعا کرد فروشـــنده به طـــور ضمنی کیفیت آهن را تضمین کرده، اما فروشنده گفت اظهاراتش تبلیغاتی بوده و اغراق‌آمیز می‌باشد. دادگاه اعلام کرد اظهارات اغراق‌آمیز منشأ اثر نیستند و شرط قراردادی محسوب نمی‌شوند؛ زیرا اشـــخاص می‌دانند که این اظهارات گزافه‌گویی محض است. با این حال، دادگاه مقرر داشـــت که چون آهن‌هـــا برای هدف خاصی فروخته شـــده‌اند و این هدف در گفت‌وگوهای طرفین مورد تأکید قرار گرفته بودند، فروشـــنده به طور ضمنی مسؤول تضمین کیفیت آن‌هاست.

در پرونده دیماک علیه هالت (۱۸٦٦)[2] (Charman, 2013: 172) نیز فروشنده زمینی را در مزایده عرضه کرد و در تبلیغات آن را «حاصل‌خیز و قابل بهبود» توصیف کرد. همچنین اعلام شـــده بود که زمین به مستأجران اجاره داده شده، اما در واقعیت مســـتأجران پیش از مزایده تصمیم به تخلیه زمین گرفته بودند. خریدار پس از اطلاع از موضوع ادعا کرد که تبلیغات فروشنده گمراه کننده بوده و درخواست فسخ قرارداد را مطرح کرد. دادگاه میان تبلیغات مبالغه‌آمیز و اظهارات نادرســـت تفاوت قائل شد. توصیف زمین به عنوان «حاصل‌خیز و قابل بهبود» صرفاً یک توصیف تبلیغاتی شمرده شـــد که نمی‌تواند مبنای ادعای اظهار خلاف واقع قرار گیرد، اما دادگاه عدم افشـــای وضعیت مســـتأجران را یک اظهار نادرست دانست که می‌توانست بر تصمیم خریدار تأثیر بگذارد. در نتیجه، خریدار حق داشت قرارداد را فسخ کند.

در پرونده لئونارد علیه شـــرکت پپســـیکو (۱۹۹٦)[3] شـــرکت خوانده در یک کمپین تبلیغاتی اعلام کرده بود که مشـــتریان می‌تواننـــد با جمع‌آوری امتیاز، جوایزی مانند تی‌شـــرت و ژاکت‌های چرمی دریافت کنند. در یک تبلیغات نشان داده شد که دانش‌آموزی با اســـتفاده از یک جت جنگنده به مدرسه می‌رود و در پایان تبلیغ، این جت هفتصد هزار دلار قیمت‌گذاری شد. جان لئونارد، دانشجوی ۲۱ ساله، با مشاهده این تبلیغ تصمیم گرفت جت را به دست آورد. او با جمع‌آوری امتیاز و ارسال چکی به مبلغ هفتصد هزار دلار، درخواســـت خود را به شـــرکت ارســـال کرد. شرکت این

1. Jones v. Bright (1829) 130 E.R. 1167.
2. Dimmock v. Hallett (1866–67).
3. Leonard v. Pepsico, Inc. (1999).

درخواســـت را رد کرد و اظهار داشت تبلیغ مذکور تنها یک شوخی بوده است. دادگاه به این نتیجه رســـید که تبلیغ مذکور یک پیشـــنهاد قراردادی واقعی نبوده و هیچ فرد معقولی نمی‌تواند باور کند که شرکت قصد داشته یک جت جنگنده به ارزش تقریبی ۳۷/٤ میلیون دلار را در ازای هفتصد هزار دلار تحویل دهد. در نتیجه دادگاه حکم به نفع خوانده صادر کرد (Conklin, 2022: 10).

بنابراین دکترین اظهارات اغراق‌آمیز مطلق نیســـت و بسته به شرایط هر پرونده ممکن است موجد تعهد حقوقی هم باشد، در حالی که تبلیغات مبالغه‌آمیز معمولاً غیر الزام‌آور شمرده می‌شوند. لازم به یادآوری است که عدم افشای اطلاعات مهم یا ایجاد انتظارات معقول در ذهن طرف مقابل می‌تواند تعهدات قانونی ایجاد کند.

٤. اظهارات مشروط

بیشـــتر گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی در جهت تعیین شرایط قرارداد است. دو طرف ممکن اســـت نیاز داشته باشند تا شرایط را چندین بار بررسی و اصلاح کنند تا به توافق مطلوب دســـت یابند. با تصریح به این‌که توافقات اولیه مشـــروط به امضای قرارداد نهایی هســـتند، آن‌ها می‌توانند بدون نگرانی از ایجاد تعهدات حقوقی آزادانه در مورد شـــرایط گوناگون گفت‌وگو کنند. این انعطاف‌پذیری برای رسیدن به بهترین توافق ممکن، ضروری است و فضای گفت‌وگو را بهبود می‌بخشد.

در گفت‌وگوهای مقدماتی، اظهارات مشـــروط به عنوان راهکار حقوقی عمل می‌کننـــد که هدف اصلی آن‌ها تعیین مرز بین «مذاکره» و «تعهد حقوقی» اســـت. این اظهارات که معمولاً با عباراتی مانند «مشـــروط به امضای قرارداد نهایی» یا «منوط به تأیید نهایی توســـط طرفین» بیان می‌شوند، نشان می‌دهند که طرفین هنوز قصد ندارند رابطـــه حقوقی الزام‌آوری میان خود ایجاد کنند (Kleinhans, 2020: 33)، بلکه صرفاً در حال بررســـی امکان همکاری در آینده هستند. از دیدگاه حقوقی، این شرط مبتنی بر قصد طرفین اســـت که سنگ بنای تشکیل هر قراردادی شمرده می‌شود. تا هنگامی که قصد نهایی برای ایجاد تعهد وجود نداشته باشد، حتی اگر توافقات جزئی در مورد قیمت، موضوع معامله یا سایر شرایط حاصل شده باشد، نمی‌توان گفت التزامی ایجاد یا قراردادی بسته شده است.

اظهارات مشروط، انعطاف‌پذیری فضای گفت‌وگوها را حفظ می‌کند. در فرایند

گفت‌وگوها، طرفین بیشتر نیاز به بررسی گزینه‌های مختلف، مشورت با کارشناسان، یا تنظیم چندین پیش‌نویس دارند. اگر هر پیشنهاد یا توافق اولیه به طور خودکار الزام‌آور تلقی شود، فضای لازم برای چانه‌زنی و بازنگری از میان می‌رود. برای مثال، اگر خریدار ملکی اعلام کند: «این پیشنهاد مشروط به بررسی سند مالکیت توسط وکیل است» این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که در صورت کشف اختلاف در سند، بدون آن‌که تعهدی نقض شده باشد، از معامله انصراف دهد.

تشخیص این‌که آیا طرفین وارد یک رابطه قراردادی شده‌اند، نخست به تفسیر صحیح اظهارات و عباراتی که در جریان گفت‌وگوها به کار برده‌اند بستگی دارد. این تفسیر باید با در نظر گرفتن شرایط حاکم بر گفت‌وگوها صورت پذیرد (خزائی و غلامی، ۱۳۹۸: ۲۲٤). هدف آن است که مشخص شود آیا طرفین قصد دارند در لحظه توافق به تعهدات قانونی پایبند باشند یا هرچند ممکن است توافقات کامل به نظر برسند، اما تمایل داشته باشند تا تحقق یک رویداد دیگر مانند امضای اسناد رسمی یا انجام ترتیبات تکمیلی از تعهدات قراردادی معاف باشند (Mahdi et al, 2013: 1197؛ طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۲۹۱).

در بسیاری از معاملات پیچیده طرفین تمایل دارند گفت‌وگوهای خود را در قالب اسناد نوشته‌شده، صورت‌بندی کنند، بدون آن‌که متعهد شوند. به همین دلیل، در قرارداد عباراتی مانند «مشروط به انعقاد قرارداد نهایی»[1] یا نظیر آن درج می‌کنند. در این راستا، آنچه اهمیت دارد قصد ابراز شده طرفین است، نه صرفاً استفاده از واژه‌ها یا عبارات خاص (شیروی، ۱۳۸۲: ۱۰). به همین دلیل در بسیاری از موارد، چالش هنگامی ایجاد می‌شود که طرفین در مذاکرات خود به «نقاط توافقی» دست می‌یابند یا قولنامه‌هایی[2] مبادله می‌کنند، اما همچنان انتظار دارند که در آینده یک سند رسمی میان آن‌ها تنظیم و امضا شود (Slawicki, 2020: 29-30).

عبارت «مشروط به قرارداد» ممکن است به طور صریح در اسناد تنظیم شده توسط طرفین قید نشود، اما فحوای توافق حاکی از مشروط بودن آن باشد. در پرونده پریتوریا انرژی کمپانی لیمیتد علیه بلنکنی استیتس لیمیتد (۲۰۲۲)[3] خواهان که

1. Subject to Contract
2. Letter of Intent
3. Pretoria Energy v. Blankney Estates [2023] EWCA Civ 482

صاحب شرکتی فعال در حوزه انرژی‌های تجدیدپذیر بود، علیه خوانده دعوایی اقامه کرد و ادعا نمود خوانده مطابق سندی تحت عنوان «مبانی شرایط قرارداد»، تعهدات خود را نقض کرده است. در این سند، شرایط کلی برای اجاره زمین به مدت ۲۵ سال با مبلغ مشخص که قرار بود در فواصل معین پرداخت شود، تعیین شده بود (O'Sullivan, 2024: 86). دادگاه استیناف انگلستان[1] ضمن تأیید حکم دادگاه بدوی مبنی بر این‌که اظهارات کتبی طرفین مشروط به قرارداد بوده اعلام داشت: «وجود یک قرارداد الزام‌آور به وضعیت ذهنی طرفین وابسته نیست، بلکه بر مبنای ارزیابی عینی از آنچه میان آن‌ها از طریق گفتار یا رفتار منتقل شده، تعیین می‌شود. در صورتی که این ارزیابی نشان دهد طرفین قصد ایجاد روابط حقوقی را داشته و بر شرایط اساسی توافق کرده‌اند، حتی اگر برخی شرایط اقتصادی یا جزئیات دیگر نهایی نشده باشد، قرارداد الزام‌آور شمرده خواهد شد. در بررسی قصد طرفین باید کل روند تعاملات آن‌ها در نظر گرفته شود».

۵. تغییر اوضاع و احوال

گاهی طرفین در دوره پیش‌قراردادی گفت‌وگوهایی انجام می‌دهند و در خلال آن اظهاراتی بیان می‌کنند که به نظر می‌رسد پایه و اساس قرارداد نهایی هستند. با این حال، پس از پایان گفت‌وگوها، به ویژه در صورتی که اوضاع و احوال تغییر کرده باشد، ممکن است بر اساس اظهارات پیشین نتوان قرارداد را معتبر شمرد. این اظهارات معمولاً به عنوان مقدمات مذاکره شمرده می‌شوند و نمی‌توانند به طور مستقیم به تعهدات قانونی تبدیل شوند؛ به عبارت دیگر، وجود فاصلهٔ قابل توجه میان بیان اظهارات و انعقاد قرارداد این فرض را تقویت می‌کند که طرفین نخواسته‌اند اظهارات مطرح شده واجد آثار حقوقی باشد. افزون بر تغییر اوضاع و احوال، این موضوع را می‌توان به قصد طرفین بازگرداند (Baker, et.al, 2023: 19). به عبارت بهتر، در چنین مواردی فرض می‌شود طرفین قصد جدی برای الزام‌آور تلقی کردن این‌گونه اظهارات نداشته‌اند.

اگر شرایط اقتصادی، سیاسی یا حتی اطلاعات جدیدی که پس از گفت‌وگوهای اولیه حاصل می‌شود تغییر کند، اظهاراتی که در ابتدا برای طرفین قابل قبول و معتبر

1. Appellate Court

بودند، ممکن اســـت دیگر منطبق با وضعیت جدید نباشند. در این صورت، اظهارات پیشـــین نمی‌توانند به عنوان بخشی از قرارداد نهایی شمرده شوند؛ زیرا اساساً شرایط و اطلاعات تغییر کرده و این تغییـــرات می‌توانند بر اعتبار آن اظهارات تأثیر بگذارند (Zuckerman, 2011: 2).

گاه طرفیـــن در طـــول گفت‌وگوها، بدون آن‌که قصد نهایـــی برای انعقاد یک قرارداد داشـــته باشند فقط در حال بررسی گزینه‌ها یا پیشنهادات گوناگون هستند. در چنین مواقعی اظهاراتی که در خلال گفت‌وگوها مبادله می‌شـــود ممکن است تنها به عنوان پیشنهادات یا دعوت به معامله باشند و هیچ‌کدام از آن‌ها به تنهایی نمی‌توانند به عنوان مبنـــای قانونی قرارداد قرار گیرند؛ بنابراین، هنگامی که طرفین نتوانند به توافق نهایی در خصوص جزئیات و شـــرایط اصلی قرارداد برســـند اظهارات پیشین ممکن است بی‌اثر شوند.

تغییر در قوانین یا مقررات نیز می‌تواند شرایط را به طور چشمگیری دگرگون کند. در چنین مواردی اظهارات پیشـــین، حتی اگر پیشـــتر منطقی به نظر می‌رسیدند دیگر با شـــرایط نوین هم‌خوانی نخواهند داشـــت؛ بنابراین نمی‌توانند به عنوان بخش اصلی یک قرارداد نهایی شمرده شوند. یک مورد برجسته که در حقوق انگلیس نشان می‌دهـــد تغییر اوضاع و احوال می‌تواند موجب بی‌اثر شـــدن اظهارات پیش‌قراردادی شـــود، پرونده گریت پیس شیپینگ لیمیتد علیه تساولیریس (اینترنشنال) لیمیتد[1] است که در آن خواهان یک کشتی را برای کمک به یک کشتی غرق شده به خوانده پیشنهاد داده بود. در گفت‌وگوهای مقدماتی به نظر می‌رسید که کشتی خواهان به طور تقریبی در نزدیکی موقعیت کشتی غرق شـــده است. با این حال پس از نهایی شدن قرارداد، مشخص شد که کشتی خواهان ۷۰ مایل دورتر از موقعیت کشتی غرق شده قرار دارد و برای رســـیدن به آن باید مسافت زیادی را طی کند. فاصله واقعی کشتی از موقعیت حادثه موجب شـــد به طور جدی در شرایط قرارداد و اساس توافقات پیشین تجدید نظر شـــود. خوانده ادعـــا کرد که اگر اطلاعات صحیحی از موقعیت کشـــتی دریافت می‌کرد هرگز قرارداد نمی‌بســـت. دادگاه تجدیدنظر حکم داد که اوضاع و احوال تغییر

1. The Great Peace Shipping Ltd v. Tsavliris (International) Ltd (2002) EWCA Civ 1407

کرده و اطلاعات نادرست ارائه شده به طور اساسی بر تصمیم‌گیری طرفین تأثیر گذاشته است. در نتیجه، قرارداد به دلیل عدم وجود توافق صحیح بر اساس اطلاعات کامل و واقعی بی‌اثر اعلام شد (McKendrick, 2012: 522).

در پرونده ویث علیه او فلاناگان (۱۹۳۶)[1] دادگاه تجدیدنظر انگلستان پدیده‌ای در حوزه اظهار نادرست پیش‌قراردادی را مورد بررسی قرار داد که به «تحریف متعاقب»[2] معروف شده است (Bigwood, 2005: 96). در این مورد، اظهار اولیه در زمان ابلاغ به طور کامل، صحیح و مطابق با واقعیت ارائه می‌شود، اما به دلیل گذر زمان و تغییرات بعدی در شرایط یا اطلاعات، اظهار مذکور تا زمانی که طرف دریافت‌کننده به طور معقول موضع خود را تغییر دهد، از واقعیت فاصله گرفته و نادرست می‌گردد. در این پرونده خواهان با استناد به اظهاراتی که در ابتدای گفت‌وگوها توسط دکتر او فلاناگان و نماینده وی مبنی بر عملکرد مطب با نرخ دو هزار پوند در سال ارائه شده بود، درخواست ابطال قرارداد خرید مطب را مطرح کردند. در دوره چهارماهه منتهی به امضای قرارداد، به دلیل بیماری، دکتر او فلاناگان قادر به ادامه فعالیت تمام وقت در مطب نشد. اگرچه دکتر و نماینده وی از این تغییرات آگاه بودند، خریداران از وقوع آن بی‌اطلاع بودند و ارزش مطب تا هنگام امضا به گونه‌ای کاهش یافت که عملاً بی‌ارزش گردید. در نهایت، خواهان در دعوی خود موفق به ابطال قرارداد شد. مسأله اصلی در پرونده این بود که آیا تغییراتی که پس از ارائه اظهاری رخ می‌دهد به گونه‌ای که از دید دریافت‌کننده تا زمان تغییر موضع او تأثیر قابل توجهی بر اظهار اولیه دارند باید مسؤولیت حقوقی ناشی از اظهار نادرست را به همراه داشته باشند یا خیر (Suff, 2013: 63). دادگاه استدلال کرد که اگرچه اظهار اولیه صحیح بوده، ولی فاصله زمانی قابل توجه میان ارائه اظهار و تغییر موضع دریافت‌کننده می‌تواند منجر به وضعیتی شود که اظهار اولیه دیگر با شرایط جدید مطابقت نداشته باشد. این نکته چالش‌های حقوقی در تعیین مرز بین صحت اظهار در زمان ابلاغ و مسؤولیت‌های ناشی از تغییرات بعدی را نمایان می‌کند و در نتیجه دادگاه اعلام کرد که هرچند اظهار اولیه در زمان ابلاغ صحیح بوده، اما تغییرات ناشی از گذر زمان موجب شده

1. With v O'Flanagan [1936] Ch 575
2. Supervening Falsification

تا اظهار مذکور تا زمان تأثیرگذاری بر تصمیم دریافت‌کننده به شـــکل قابل توجهی از واقعیـــت فاصله بگیرد. از آنجا که دریافت‌کننده در طول روند گفت‌وگوها از تغییرات آگاه نبوده و نماینده نیز تعهد قانونی برای به روزرسانی اظهار خود نداشته، مسؤولیت حقوقی ناشی از اظهار نادرست پیش‌قراردادی در این مورد به کار نمی‌رود؛ به عبارت دیگر، مفهوم «تحریف متعاقب» به عنوان عاملی جدا برای ایجاد مســؤولیت حقوقی شـــمرده نمی‌شود و در شرایطی که تغییرات پس از ابلاغ اظهار خارج از کنترل طرف اظهارکننده رخ می‌دهد، مسؤولیتی ایجاد نمی‌شود.

٦. اظهارات کلی

گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی در تشکیل روابط معاملاتی، همواره با چالش‌های ناشـــی از ابهام و عدم شفافیت روبه‌روست. این چالش‌ها هنگامی تشدید می‌شوند که یکی از طرفین با استفاده از اظهارات کلی، غیر دقیق یا وعده‌های مبهم، طرف مقابل را به اتخاذ تصمیمات اقتصادی پرمخاطره سوق دهد، بدون آن‌که تعهد حقوقی مشخصی ایجاد کرده باشد.

پرســـش بنیادین این است که آیا حـــقوق می‌تواند در فضای پیش از تشکیل قرارداد که ذاتاً غیرقطعی و آزمایشـــی است مسؤولیتی برای جبران خسارات ناشی از این ابهامات تعریف کند؟ پاســـخ به این پرســـش در گرو تحلیل تعادل میان دو اصل متعارض اســـت: از یک ســـو، آزادی طرفین در گفت‌وگـــو و حفظ انعطاف پیش از توافق نهایی و از سوی دیگر، ضرورت حمایت از اعتماد مشروع و جلوگیری از سوء استفاده از موقعیت مذاکره‌ای و کاهش اختلافات (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۳۰). بدیهی است مطابق اصل حمایت از اعتماد مشـــروع طـــرفین، اظهارات کلی و غیر دقیق به طور طبیعی نمی‌توانند پایه‌گذار اعتماد مشـــروع برای اتخاذ تصمیمات اقتصادی و تجاری باشـــند. در صورتی که یک طرف بدون شفافیت کافی در مورد جزئیات مهم قرارداد، دیگری را به اتخاذ تصمیمات پرمخاطره ســـوق دهد، می‌تواند به نقض اعتماد مشروع منجر شود.

تعیین مســـؤولیت در این حوزه نیازمند بررسی دقیق اوضاع و احوال هر مورد اســـت. عواملی مانند ســـابقه روابط طرفین، زمینهٔ گفت‌وگو، میزان ابهام در اظهارات، تخصص طرفین و تأثیر مستقیم اظهارات بر تصمیمات اقتصادی، در تعیین مسؤولیت

مؤثرنـــد (Baker et. al, 2023: 20). همچنیـــن، تمایل فزاینـــده در حقوق تطبیقی به سمت «جبران خسارت اتکایی» به جای «اجرای تعهد» نشان می‌دهد که هدف اصلی، بازگرداندن طرف زیان‌دیده به وضعیت پیش از گفت‌وگوهاســـت، نه تحمیل تعهدات ناخواسته. این رویکرد، تعادل مناسبی میان حفظ انعطاف در گفت‌وگوها و جلوگیری از بی‌عدالتی ایجاد می‌کند (Goldberg, 2014: 1033-4).

در پرونده سکامل لیمـــیتد علیه اوستون (۱۹۴۱)[1] توافق شـده بود که یکی از طرفین کامیونی از دیگری خریـــداری کند و مبلغ توافق شده را به صـــورت اقساط در قالب شرایط اجاره به شرط تملـــیک[2] پرداخـــت کند. با این حال، شرایـط دقیق قرارداد مشخص نشـــد و طـــرفین تنها به عبارت «بر اساس شرایط اجاره به شرط تملیک» بسـنده کردند، بدون آن‌که جزئیـات آن را تعییـن کنند. پس از گفـت‌وگوها، یکـــی از طرفین از انعقاد قـــرارداد خودداری کرد و ادعا نمود کـــه هیچ‌گونه قرارداد الزام‌آوری وجود ندارد؛ زیرا شـــروط مورد نظر به طور واضح مشـــخص نشـده‌اند. مجلـــس لردان در این پرونده به این نتیـــجه رسید که عبارت «بر اســـاس شرایط اجاره به شرط تـملیک» بسیار مبهم و کلی است و نمی‌توان آن را به عنوان بخشی از یک قرارداد الزام‌آور شـــمرد (McKendrick, 2012:133-134). دادگاه استدلال کرد چون طرفین در مورد جزئیات کلیدی قرارداد مانند این‌که آیا قرارداد اجاره به شـــرط تملیک باید میان طرفین باشـــد یا از طریق یک شـــرکت مالـــی ثالث، توافق نکرده‌اند چنین اظهاراتی نمی‌تواند پایه‌گذار یک قرارداد قانونی باشد (Burrows, 2016: 69). ایـــن پرونده به خوبی نشـــان می‌دهد که اظهارات پیش‌قـــراردادی مبهم و غیرقطعی، حتی اگر میان طرفین گفت‌وگو توافقات اولیه صورت گرفته باشـــد، نمی‌تواند به طور خودکار به یک قرارداد الزام‌آور تبدیل شود. از آنجا که شرایط کلیدی قرارداد مشخص نشـــده بود، اظهارات پیشین فاقد تأثیر حقوقی و بی‌اثر شمرده شدند. هدف از مذاکره پیش‌قراردادی حفظ انعطاف و آزادی طرفین برای تغییر تصمیمات اســـت، اما در عین حال باید از ســـوء اســـتفاده از این وضعیت جلوگیری شـــود. این امر به ویژه زمانی کـــه یکی از طرفین با اظهارات مبهم و غیر دقیق طـــرف مقابل را به اتخاذ تصمیمات

1. Scammell Ltd v. Ouston [1941] AC 251 (HL).
2. Hire-Purchase.

اقتصادی پرمخاطره ســـوق دهد، اهمیت دارد. در چنین شرایطی، عدم ایجاد تعهدات الزام‌آور در مرحله پیش‌قراردادی به نفع ایجاد تعادل میان آزادی قرارداد و حمایت از اعتماد مشروع طرفین است.

در پرونده هَیلبات، سایمِنز و شـــرکا علیه باکلِتون (۱۹۱۳) آقای باکلِتون قصد داشت ســـهام یک شرکت تازه تأسیس شده که گفته می‌شد در زمینه لاستیک فعالیت دارد، خریداری کند. پیش از خرید، باکلِتون از نماینده شرکت هَیلبات، سایمِنز و شرکا پرســـید که آیا این شرکت واقعاً یک شـــرکت تجارت لاستیک است یا خیر؟ نماینده پاسخ داد بله همین‌طور است. پس از خرید سهام، مشخص شد که شرکت به اندازه‌ای کـــه انتظار می‌رفت، در تجارت لاســـتیک فعالیت ندارد و عملکرد شـــرکت مطابق با انتظارات نبود. باکلِتون مدعی شد که پاسخ نماینده به سؤال او در مورد فعالیت شرکت یک تضمین[1] بوده و چون نادرســـت بوده، او مستحق جبران خسارت است. دادگاه در بررســـی ادعای او به این نتیجه رسید که پاسخ نماینده صرفاً یک اظهار نظر کلی بوده نه یک تضمین قطعی. دادگاه اســـتدلال کرد که اگر قرار باشد یک اظهار نظر به عنوان ضمانت در نظر گرفته شود، باید با دقت و وضوح بیشتری بیان شود و نیت طرفین در زمان گفت‌وگو نیز باید همین باشد که آن اظهار به عنوان تعهدی الزام‌آور شمرده شود. قضات توضیح دادند که هرچند نماینده گفته بود شـــرکت مزبور یک شرکت لاستیک است، اما این اظهار بسیار کلی و غیر دقیق بوده و با هیچ نوع تعهد صریح یا ضمانتی همراه نبوده اســـت. این نـــوع اظهارات که بدون دقت کافی و بـــه صورت کلی بیان می‌شـــوند، به ویژه در زمینه‌های تجاری که طرفین معمولاً باید دقیق باشند، به ندرت به عنوان تعهدات الزام‌آور شـــمرده می‌شوند. در نتیجه، دادگاه به نفع هَیلبات، سایمِنز و شـــرکا حکم داد و ادعای باکلِتون برای جبران خســـارت رد شد. این پرونده نمونه مهمی در حقوق قراردادها شـــد که نشان می‌دهد اظهارات کلی و غیر دقیق در جریان گفت‌وگوهای مقدماتی معمولاً به عنوان تعهدات قانونی در نظر گرفته نمی‌شوند، مگر آن‌که به وضوح و به صراحت به عنوان تضمین بیان شده باشند.

در حقـــوق آلمان نیز رویکرد مشـــابهی دیده می‌شـــود: در صورتی که طرفین قرارداد در خصوص عناصر اصلی قرارداد اظهارات کلی و غیر دقیق ارائه کنند، محاکم

1. Warranty

تعهـــدات الـــزام‌آور را بر روابط طرفین تحمیل نخواهند کـــرد (Beale et al, 2019: 289). این رویکرد نشان می‌دهد که نظام‌های حقوقی گوناگون، به طور کلی اظهارات مبهم و غیر دقیق را به عنوان تعهدات قانونی تلقی نمی‌کنند (کاتوزیان، ۱۳٦۸: ۷)، مگر آن‌که به صراحت و با وضوح کامل به عنوان تضمین بیان شده باشند.

برآمد

۱- این پژوهش به بررسی نقش و تأثیر اظهارات مقدماتی در فرایند گفت‌وگوهای پیش‌قراردادی و آثار حقوقی ناشی از آن‌ها بر اعتبار و اجرای قراردادهای نهایی پرداخته و نتایج مهمی را در زمینه تمایز میان اظهارات مؤثر و غیر مؤثر ارائه کرده است. بر اساس یافته‌های تحقیق، اظهارات اولیه طرفین در گفت‌وگوها، به ویژه در مراحل شکل‌گیری توافق، می‌توانند در صورت داشتن ویژگی‌های خاصی، منجر به ایجاد تعهدات حقوقی شده و در نهایت بر مفاد و ساختار قرارداد نهایی تأثیر بگذارند. این گروه از اظهارات که به عنوان «اظهارات مؤثر» شناخته می‌شوند معمولاً با قصد جدی و آگاهانه برای الزام‌آور بودن بیان می‌شوند و از نظر حقوقی قابل استناد خواهند بود. در مقابل، «اظهارات غیر مؤثر» شامل بیاناتی است که فاقد قصد الزام‌آور هستند و بیشتر جنبه مقدماتی، تبلیغاتی یا اطلاعاتی دارند.

۲- این مقاله چند معیار برای شناسایی اظهارات غیر مؤثر پیشنهاد می‌دهد که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به نبود قصد جدی برای ایجاد تعهدات، عدم تأثیر مستقیم بر مفاد نهایی قرارداد، کلی و مبهم بودن محتوا، مشروط بودن به تحقق شرایط خاص و تغییر در اوضاع و احوال اقتصادی یا حقوقی اشاره کرد. به کارگیری معیارهای یاد شده در تحلیل اظهارات پیش‌قراردادی می‌تواند به طور قابل توجهی از بروز اختلافات حقوقی در آینده جلوگیری کند و به شکل‌گیری قراردادهایی روشن، معتبر و منطبق با خواست واقعی طرفین کمک نماید.

۳- با توجه به تأثیر اظهارات مقدماتی بر روند شکل‌گیری قراردادها، این پژوهش تأکید می‌کند که شناخت دقیق و کاربردی از ماهیت حقوقی این اظهارات، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر برای کلیه نقش‌آفرینان عرصه قراردادهاست؛ اعم از طرفین معامله، مشاوران حقوقی و مقامات قضایی. از این رو، لازم است که قوانین و مقررات مربوط به دوره پیش‌قراردادی با دقت و شفافیت بیشتری تدوین شود و نظام حقوقی با ارائه چارچوب‌های روشن، مقررات لازم را جهت تنظیم روابط در اختیار طرفین قرار دهد.

۴- نتیجه پژوهش حکایت از آن دارد که ارتقای سطح آگاهی و دقت در بیان اظهارات مقدماتی، ضمن کاهش مخاطرات حقوقی، می‌تواند اعتماد متقابل میان

طرفین را افزایش داده و اجرای صـــحیح و مؤثر قراردادهـای نهایی را تسهیل نماید. چنین نگاهی به فرایند پیـش‌قراردادی، نه تنها در تقویـت بنیـان‌های حقوقی قراردادها نقش دارد، بلکه موجـــب بهبود کارایی و شفافیت در روابط تجاری و مدنی خواهد شد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* حاجی‌پـــور، مرتضـــی (۱۳۹۷)، «**وضعیت حقوقی مســـؤولیت پیش‌قراردادی**»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۳، شماره ۸۴.

* حبیبیـــان، هدیه و یزدانیان، علیرضا و داراب‌پور، مهراب و آیتی، ســـید محمدرضا (۱۴۰۱)، «**مســـؤولیت مذاکره‌کنندگان در مرحله پیش‌قراردادی بر مبنای اســـناد بین‌المللی، سیستم‌های حقوقی پیشرو (حقوق آلمان، فرانسه و انگلیس) و حقوق ایران**»، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی، دوره ۱۶، شماره ۵۷.

* خزائی، سید علی و غلامی، یاسر (۱۳۹۸)، «**معیارهای سنجش الزام‌آوری توافق‌های مقدماتی با تأکیـــد بر رویه قضایی دادگاه‌های آمریکا**»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۸، شماره ۲۹.

* گندمکار، رضاحســـین و فهیمی، عزیزالله و ســـید دارابی، سید علی و گنج خانلو، عزت‌الله (۱۴۰۱)، «**مسؤولیت ناشی از مذاکرات پیش‌قراردادی با نگاهی به کامن‌لا و فقه امامیه**»، ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره ۵، شماره ۱۱.

* شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۲)، «**توافق‌های مقدماتی در حقوق کامن‌لا با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا**»، مجله علمی حقوق خصوصی، دوره ۱، شماره ۳.

* طالب احمدی، حبیب (۱۳۹۲)، **مسؤولیت پیش‌قراردادی**، تهران: میزان.

* غفاری، حجت و هاشـــمی، سید جعفر و صدیقیان، امیرمحمد (۱۳۹۹)، «**مسؤولیت نقـــض مذاکرات پیش‌قـــراردادی (ارکان، اصول و آثـــار آن) در حقوق ایران و انگلیس**»، ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره ۳، شماره ۱.

* کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۶۸)، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، جلد ســـوم، تهران: بهنشر.

* کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۷۰)، **حقوق مدنی: ایقاع**، تهران: یلدا.

ب. انگلیسی

* American Law Institute. (1981). **Restatement (Second) of Contracts**, American Law Institute Publishers.

* Andrews, N. (2015). **Contract law**. Cambridge university press.

❋ Baker, S. Akka, L. & Glass, R. (2023). **"IT Contracts and Dispute Management: A Practitioner's Guide to the Project Lifecycle"**, Edward Elgar Publishing.

❋ Beale, H. Fauvarque-Cosson, B. Rutgers, J. & Vogenauer, S. (2019). **"Cases, materials and text on contract law"**, Bloomsbury Publishing.

❋ Bigwood, R. (2005). **"Pre-contractual misrepresentation and the limits of the principle in With v, O'Flanagan"**, The Cambridge Law Journal, 64(1), 94-125, p96 –– 97

❋ Browne, M. N. Hale, K. & Cosgrove, M. (2012). **"Legal tolerance toward the business lie and the puffery defense: The questionable assumptions of contract law."** S. Ill. ULJ, 37, 69.

❋ Burrows, A. (2016), **A restatement of the English law of contract**. Oxford University Press.

❋ Charman, M. (2013). **Contract law**. Willan.

❋ Conklin, M. (2022). **"Pepsi's Harrier Jet Commercial: A Class Activity Covering Contract Formation and More. Michael Conklin, Pepsi's Harrier Jet Commercial: A Class Activity Covering Contract Formation and More."** WL & Bus. Rev.1-20.

❋ Goldberg, V. P. (2014). **"Protecting reliance."** Colum. L. Rev. 114, 1033.

❋ Henry Campbell Black. (1968). **"Black's law dictionary."** Fourth edition, West Publishin Co.

❋ Jung, S. (2021). **"Acceptable Lies in Contract Negotiations"**. J. Disp. Resol. 255.

❋ Kleinhans, B. L. E. (2020). **"Pre-contractual agreements"** (Doctoral dissertation, Stellenbosch: Stellenbosch University).

❋ Kucher, A. N. (2004). **"Pre-contractual liability: protecting the rights of the parties engaged in negotiations."** NYU Hauser Global Law School.

❋ Mahdi, N.M.N. Anuar, N.I.M. Razmin, N.H, and Yusoff, N.D.M. (2013). **"Enforceable contracts: intention to create legal relations."** Entrepreneurship Vision 2020: Innovation, Development Sustainability, and Economic Growth, 1195: 1194-1199.

❋ McKendrick, E. (2012). **"Contract law: text, cases, and materials."** Oxford University Press, USA.

❋ O'Sullivan, J. (2020). **"O'Sullivan & Hilliard's The law of contract."** Oxford University Press.

❋ Preston, I. L. (1974). **"The Questionable Rationale for Advertising Puffery as Revealed in Early English and American Legal Precedents."**

❋ Prosser, W. L. & Keeton, P. (198'4). **Prosser and Keeton on torts**. West Publishing.

❋ Rosenberg, A. & Book. (2022). **The Rise of Mass Advertising: Law, Enchantment, and the Cultural Boundaries of British Modernity**. Oxford: Oxford University Press.

❋ Sławicki, P. (2020). **"Precontractual Agreements in Selected Legal Systems."** TalTech Journal of European Studies, 10(3).

❋ Stevens, R. (2013). **"Circumventing veil piercing: possible delictual liability of a holding company to a creditor of its insolvent subsidiary."** Stellenbosch Law Review, 24(1), 93-106.

❋ Suff, M. (2013). **Essential contract law**. Routledge-Cavendish.

❋ Zuckerman, A. A. (2011). **"Without prejudice interpretation–with prejudice negotiations."** Evidence and Proof, 15(3).

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۱۸۶-۱۶۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۰۵

حمایت از دارندگان حقوق مرتبط؛ سراب یا واقعیت؟!

پژمان محمدی[۱]، هادی طهماسب‌زاده[۲]، محمدجواد محمدکریمی[۳]

چکیده

پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری دارای دو حق مالی تکثیر و عرضه نسبت به آفرینه‌های فکری خود هستند که معمولاً به سبب نداشتن توانایی و تخصص لازم، امکان اعمال این حقوق را ندارند. از این رو، این حقوق را طی قرارداد به افراد متخصص و سرمایه‌گذار در این حوزه واگذار می‌کنند. طرف قرارداد حق تکثیر، اصولاً ناشران هستند و طرف قرارداد حق عرضه، دارندگان حقوق مرتبط می‌باشند. دارندگان حقوق مرتبط برخلاف ناشران، به حمایت‌های قراردادی بسنده نکرده‌اند، زیراکه ارتباط آن‌ها به دسته‌ای از اشخاص مانند ناشران محدود نمی‌شود و باید شبکه‌ای از اشخاص شامل هنرمند مجری، آوانگارها و سازمان‌های پخش به ترتیب زمانی در امر عرضه آثار مداخله کنند تا این آثار به دست جامعه برسد؛ بنابراین شبکه پیچیده بین این اشخاص و سرمایه‌گذاری‌های کلان در این حوزه، ایجاب می‌کند حقوقی مجزا از حقوق مؤلف شناسایی شود. این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی در صدد تبیین جایگاه این حقوق در نظام حقوقی ایران است و نتیجه می‌گیرد که در ایران قانون حقوق مرتبط صرفاً از آوانگارها و سازمان‌های پخش، آن هم به طور ناقص حمایت می‌کند؛ با این حال، در عمل برخی اشخاص موضوع حقوق مرتبط، با توسل به قانون حقوق مؤلف و پدیدآورنده جلوه دادن خَود، حقوق پدیدآورنده را ادعا یا حتی کسب کرده‌اند.

واژگان کلیدی: آوانگارها، حقوق مرتبط، حقوق مؤلف، سازمان‌های پخش، هنرمندان مجری.

---

۱. استاد گروه حقوق مالکیت فکری، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسوول) p.mohamadi@modares.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران hadi.tahmasebzadeh@modares.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران. muhamadjavadkarimi@gmail.com

درآمد

«حقوق مرتبط»[1] شـــاخه‌ای در کنار «حقوق مؤلّف»[2] اســـت کـــه به همراه آن، حقوق مالکیت ادبی و هنری را تشکیل می‌دهـند. این شاخه جوان تر حقوق مالکیت ادبی و هنری، در ایران با عناوین مختـــلفی از جمله: حقوق مجاور، حقوق هم‌جوار، حقوق جانبی، حقوق وابسته، حقوق قرینه، حقوق همســـایه و حقوق مرتبط معرفی شده است. برخی این اختلاف در برگزیدن اصـطلاح مناسب را ناشی از نوع نگرش به این حقوق دانسته‌اند. اصطلاح «حقوق مرتبط» به دلیل ارتباط آن با حقوق مؤلف و بهره‌برداری از آثار، اصطلاح مناسب‌تری است (محمـدی، ۱۳۹۱: ۳٤) و این شیوه‌ای اســـت که قانون‌گذار ایران در ماده ٦۲ قانون تجـــارت الکتـــرونیک مصوب ۱۳۸۲ برگزیده اســـت البته به کار بستن این عنوان نیز امروزه با ایراد روبه‌رو شده است؛ چرا کـــه در نتیجه پیشـــرفت فناوری‌ها با مصادیقی از حقوق مرتبط مواجه هســـتیم که به پدیدآورندگان و آفرینه‌های فکری آن‌ها مربوط نمی‌شـــود. در هر حال، ما در پژوهش حاضر اصطلاح «حقوق مرتبط» را که در نظام قانون‌گذاری ایران به کار رفته اســـت، استفاده می‌نماییم.

لحظه پدیدارشدن اشـــخاص صاحب این دسته از حقوق، زمان انعقاد قرارداد بهره‌برداری میان پدیـــدآورنده و آن‌ها است. پـدیدآورنده دارای دو حق مالی تکثیر و عرضه نسبت به اثر خود است و معمولاً به دلیل نداشـــتن تخصـــص و امکانات لازم، این حقوق را طی قرارداد به اشخاص متخصص و سـرمایه‌گذار واگذار می‌کند. طرف قرارداد حق تکـــثیر اصولاً ناشران و طرف قرارداد حق عرضه اصولاً دارندگان حقوق مرتبط هستـــند. با توجه به این‌که بهره‌برداری و عرضه آثار به جامعه مستلزم طی مراحلی پیچیده و دخالت مجموعـه‌ای از اشخـاص با توانمـندی‌های گونـاگون اســـت، نظام قراردادی به تنـــهایی برای حمایت از این دسته اشخاص، کافی نیست؛ بنابراین کنوانســـیون‌های بین‌المـــللی و قوانین داخلی در صدد وضع احکام حمایتی جداگانه در کنار مقررات حقوق مؤلف برآمدند و به این طریق، حقوق مرتبط شـــکل گرفته است.

---

1. related rights (E.), droits du voisin (F).
2. author's rights (E.), droits d'auteur (F).

در نظام حقوقی نوشـــته[1] گفته می‌شود که شناسایی حقوق مرتبط نباید موجب محدودیتی برای حقوق مؤلف شود؛ چراکه تا اثری نباشد عرضه آثار هم معنا ندارد و وجود حقوق مرتبط فرع بر وجود آثار و پدیدآورندگان است. دارندگان حقوق مرتبط طبیعتاً در اقدامات خـــود ذوق و خلاقیت پدیدآورندگان را ندارند و از این رو کاملاً بدیهی اســـت که حقوق شناسایی شده برای آنان با حقوق پدیدآورندگان آثار یکسان نباشـــد، اما نظام کامن‌لا[2] به دلیل مبنـــای اقتصادی که وجود دارد تفکیکی میان حقوق مؤلف و حقوق مرتبط قائل نیست و هر دو تحت عنوان «کپی رایت»[3] قرار می‌گیرند؛ بنابراین حمایت از دارندگان حقوق مرتبط نه تنها در مرتبه‌ای پایین‌تر از حقوق مؤلف نیست، بلکه به جهت تأثیر بزرگی که فعالیت این اشخاص بر اقتصاد دارد ممکن است عملاً این حمایت‌ها بیش از حمایت از اشـــخاصی باشـــد که در حقوق نوشته تحت عنوان پدیدآورنده مطرح هستند.

فـــعالیت دارندگان حقوق مرتبط با تکیه بر وجـــود آثار از پیش موجود بوده اســـت که آن‌ها با اجرا یا بهره‌برداری یا اشاعه آثار، برای خود صاحب حق می‌شوند، اما امروزه با مصادیق جدیدی از صاحبان حقوق مرتبط مواجه هستیم که اقدامات آن‌ها ارتباطـــی به وجود اثر ندارد و البته این موضوع در میان کشـــورهای مختلف اختلافی می‌باشـــد. از ایـــن رو، میان دارندگان ســـنتی و نوظهور حقوق مرتبـــط تفکیک قائل می‌شوند. دارندگان سنتی، نخستین دسته از صاحبان حقوق مرتبط هستند که آثار ادبی و هنری را اجرا می‌کنند (هنرمندان مجری) یا آثار اجرا شده را در واسطه‌های صوتی و تصویری ضبط می‌کنند (سازمان‌های ضبط آوا و تصویر) یا از طریق سیگنال‌ها و امواج رادیویی و تلویزیونی در دســـترس عموم قرار می‌دهند (سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی)؛ به عبارتی می‌توان گفت دارندگان سنتی حقوق مرتبط دارای حقوق تبعی هســـتند و به تبع وجود آثاری که توســـط پدیدآورندگان خلق شده است و از طریق به کارگیری توان فردی، مالی یا ســـازمانی خود، شایســـته بهره‌مندی از حمایت‌های قانونی هســـتند. دارندگان نوظهور نیز دسته‌ای هســـتند که در برخی کشورها و بنابر سیاســـت‌گذاری‌ها به تازگی شناسایی شده‌اند و ارتباط کمتری با آثار و حقوق مؤلف

1. Roman-Germanic
2. Common Law
3. copyright.

دارند (Cohen jehoram, 1990: 83).

نظام حقوقی ایران راجع به حقوق مؤلف قوانین مشخص و تا حدودی منسجم دارد، اما در حقوق مرتبط با ابهام زیادی مواجه است که موجب شده پژوهش‌گران کمتر به آن ورود کنند و پژوهش‌های اندک در این حوزه نیز بیشتر رویکرد تطبیقی داشته است. با این حال، این صاحب‌نظران در سه دسته جای می‌گیرند. گروهی قائل به عدم شناسایی حقوق مرتبط در ایران هستند و معتقدند که در حقوق ایران برای دارندگان حقوق مرتبط، ساختار، مبنا و مدت حمایت مجزا دیده نشده؛ بین حقوق مؤلف و حقوق مرتبط تفکیک به عمل نیامده و تمام این حقوق تحت عنوان «حقوق پدیدآورنده» بررسی می‌شود (صادقی و محسنی، ۱۳۸۳: ۱۵۹-۱۹۲)؛ گروهی قائل به حمایت دوگانه قانون‌گذار از دارندگان حقوق مرتبط هستند و این اشخاص را مورد حمایت هر دو دسته از قوانین حقوق مؤلف و مرتبط می‌دانند (صادقی، ۱۳۸۹: ۴۰۳-۴۴۳؛ محمدزاده و حکیم شفایی، ۱۳۹۳: ۸۹ تا ۱۳۷؛ علیزاده، ۱۳۹۵) و گروه سوم قائل به وجود قانون حقوق مرتبط در ایران هستند و حمایت از این اشخاص را صرفاً در این قانون دنبال می‌کنند (آزادبیگی، ۱۳۹۲: ۶۳-۹۴).

در این پژوهش، ضمن بررسی قوانین ایران و دیدگاه‌های متفاوت فعلی، حمایت حقوق ایران از حقوق مرتبط بررسی می‌شود.

۱. نگاه قانونی به حمایت حقوق مرتبط در ایران

ایران به هیچ‌یک از کنوانسیون‌های حمایت از حقوق مرتبط نپیوسته است[1] و صرفاً کنوانسیون ژنو را امضا کرده که در مجلس تصویب نشده است؛ بنابراین مبانی قانونی حمایت از حقوق مرتبط در ایران صرفاً در قوانین داخلی منعکس شده است. قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان ۱۳۴۸ و قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی ۱۳۵۲ و قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ مهم‌ترین قوانین حقوق مالکیت ادبی و هنری ایران هستند.[2] واضح

---

۱. اهم کنوانسیون‌های این حوزه عبارت است از: کنوانسیون رم برای حمایت از مجریان، تولیدکنندگان آواگرام و سازمان‌های پخش ۱۹۶۱؛ کنوانسیون حمایت از تولیدکنندگان آواگرام در برابر تکثیر غیرمجاز فونوگرام آن‌ها ۱۹۷۱ (معروف به کنوانسیون ژنو)؛ معاهده پکن در مورد اجراهای سمعی و بصری ۲۰۱۲؛ کنوانسیون بروکسل در رابطه با توزیع سیگنال‌های حامل برنامه ارسال شده توسط ماهواره ۱۹۷۴ و معاهدهٔ اجراها و آوانگارهای وای‌پو ۱۹۹۶

۲. در این پژوهش به اختصار قانون ۱۳۴۸، قانون ۱۳۵۲ و قانون ۱۳۷۹ عنوان می‌شوند.

است که قانون ۱۳٤۸ قانون حقوق مؤلف ایران است و قانون ۱۳۷۹ قانون حمایت‌کننده از پدیدآورندگان نرم‌افزارها و مخصص قانون ۱۳٤۸ اســـت، اما راجع به قانون ۱۳۵۲ تردید وجود دارد؛ چرا که عنوان این قانون در بردارنده مفاهیم حقوق مؤلف اســـت[1]، اما مفاد آن تلفیقی از حقوق مؤلف و حقوق مرتبط، آن هم به صورت ناقص است. به نظر می‌رسد که این قانون مکمل قانون ۱۳٤۸ است و قصد داشته تا کاستی‌های آن را برطرف کند؛ زیرا در بحث‌های حقوق مؤلف این قانون، توســـعه و تکاملی نسبت به قانون ۱۳٤۸ دیده می‌شـــود. قانون‌گذار در آن سال به موضوع ضرورت بهره‌برداری از آثار ادبی و هنری با عنایت به تحولات جهانی در آن دوره پی برده و خواســـته از این طریق در راستای شناسایی و تعیین حقوق راجع به بهره‌برداران آثار ادبی و هنری (نه صرفاً پدیدآورندگان) گام بردارد. بـــا مراجعه به تاریخ حقوق نیز درمی‌یابیم که زمان تصویب این قانون با زمان تصویب کنوانســـیون‌های حقوق مرتبط نزدیک به هم بوده اســـت و در آن روزگار جامعه جهانی به ایران فشـــار وارد می‌کرد که حقوق مالکیت ادبـــی و هنری را به صورت جهانی حمایت کند. بـــه همین خاطر روح حاکم بر این قانون نشـــان‌گر مقررات بین‌المللی حقوق مالکیت ادبی و هنری اســـت تا در صورت الحاق قریب‌الوقوع ایران به کنوانســـیون‌های مربوطه، جامعه آشـــنایی و آمادگی اولیه داشـــته باشد. از این جهت مواد حقوق مرتبط این قانون بسیار شبیه به کنوانسیون‌های حقوق مرتبط است. در ماده ۳ از تولیدکنندگان آثار صوتی به صراحت و همچنین در فراز آخر این ماده از سازمان-های پخش رادیویی و تلویزیونی به‌طور ضمنی یاد کرده است که از دارندگان سنتی حقوق مرتبط هستند. ماده ٤ به تقلید از ماده ۱۱ کنوانسیون رم ۱۹٦۱ و ماده ۵ کنوانســـیون ژنو ۱۹۷۱ تدوین شده است و حرف اختصاری (پ) p در ایـــن قانون مخفف واژه phonogram (فونوگرام) اســـت که از واژگان کلیدی حقوق مرتبط است. ماده ۱۱ پیرامون عدم ایراد صدمه حقوق مرتبط به حقوق مؤلف، عیناً از کنوانسیون رم برگرفته شده است و از اصول اولیه حقوق مرتبط است. این امر که به قاعدهٔ «عدم لطمه[2]» معروف اســـت دربردارنده این مفهوم است که فعالیت‌های دارندگان حقوق مرتبط، با توجه به این‌که وابسته به وجود آثار از پیش موجود است،

۱. حتی «آثار صوتی» نیز از مفاهیم حقوق مؤلف اســـت و آن مفهوم مشـــابهی که در ادبیات حقوق مرتبط به کار می‌رود «حامل‌های صوتی» است.

2. safeguard

نباید موجب صدمه به حقوق پدیدآورندگان شود. از این رو، حمایت از حقوق مرتبط نیـــز نباید لطمه‌ای به حقوق مؤلف بزند. پس با وضع این قاعده، هم حقوق دارندگان حقوق مرتبط که به بهره‌برداری و عرضه آثار به جامعه مشـــغول هستند حفظ می‌شود و هم حقوق پدیدآورندگانی که بدون آن‌ها، حقوق مرتبطی وجود نمی‌داشـــت. ماده ۳ کنوانســـیون ژنو ۱۹۷۱ نیز طرق اجرای کنوانسیون توسط کشورهای عضو را شامل حداقل یکی از این ســـه مورد می‌داند: اعطای حق مؤلف یا هر حق خاص دیگری به تولیدکننده فونوگرام، رقابت غیرمنصفانه و جرم‌انگاری.

در حقوق ایران ماده ۳ قانون ۱۳۵۲ برای آوانگارها حقوق انحصاری محدودی شناسایی کرده است و ماده ۷ قانون ۱۳۵۲ متضمن جرم‌انگاری اعمال اشخاصی است که خلاف ماده ۳ آن قانون عمل می‌کنند؛ یعنی دقیقاً دو ابزار اجرای کنوانســـیون ژنو را دنبال کرده اســـت. افزون بر این، تبصره ۱ ماده ٦۲ قانون تجارت الکترونیک ۱۳۸۲ از حمایـــت از دارندگان حقوق مرتبط نام برده اســـت و حمایـــت از آن‌ها در محیط الکترونیک را به قوانین ۱۳٤۸ و ۱۳۵۲ ارجاع داده اســـت که جای ایراد دارد؛ چرا که به قانون ۱۳٤۸ اشاره دارد؛ در حالی که این قانون منصرف به پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری اســـت و نه بهره‌برداران آن، مگر آن‌که قصد داشته تا حقوق هنرمندان مجری را مشـــمول قانون ۱۳٤۸ تلقی نماید که این فرض همان‌طور که در ادامه خواهیم دید، نادرســـت است. از طرف دیگر، در این تبصره به حقوق معنوی برای دارندگان حقوق مرتبط اشـــاره شده اســـت و گویی تمامی صاحبان حقوق مرتبط برخوردار از حقوق معنوی هستند؛ در حالی که چنین رویکردی با توجه به توضیحاتی که در ادامه خواهیم داد، نادرست است. از طرف دیگر خود قانون ۱۳۵۲ در زمینه حمایت از حقوق مرتبط در فضای غیر الکترونیک کاســـتی‌های فراوان دارد از جمله تعاریف راجع به هر یک از ذی‌نفعـــان، مصادیق و حقوق انحصاری، مدت و شـــرایط حمایت؛ بنابراین ارجاع حمایت‌هـــای دنیای واقعی به بهره‌برداری از آثار در فضای الکترونیک، به طریق اولی نادرست است.

در ادامه به حمایت ناقص حقوق ایران از هر یک از مصادیق ســـنتی دارندگان حقوق مرتبط می‌پردازیم.

۲. هنرمندان مجری

در میان مصادیق سنتی دارندگان حقوق مرتبط، هنرمندان مجری بیشترین شباهت و نزدیکی را با پدیدآورندگان دارند و از این رو بیشترین تردید هم نسبت به این اشخاص وجود دارد که آیا در صورت فقدان مقررات حقوق مرتبط، می‌توان در قالب حقوق مؤلف از آن‌ها حمایت کرد یا خیر. در این بند ابتدا به مفهوم هنرمند مجری و مبنای حمایت از آن‌ها اشاره می‌شود، سپس با نگاهی به قوانین و دیدگاه‌های موجود، موضع حقوق ایران نسبت به هنرمند مجری را بررسی می‌کنیم.

۲-۱. مفهوم هنرمند مجری و مبنای حمایت از آن

هنرمندان مجری اشخاص حقیقی هستند که اثر ادبی و هنری را اجرا می‌کنند. به تعبیر دیگر می‌توان گفت هنرمند مجری شخص حقیقی است که اثر را از طریق اجرای آن به جامعه می‌رساند و طبیعتاً مطابق این تعریف، وابستگی وی به اثر و پدیدآورنده مشهود است. در خصوص مصادیق هنرمندان مجری بر مبنای آنچه در اسناد بین‌المللی و قوانین خارجی آمده است می‌توان به بازیگران، خوانندگان، نوازندگان، رقصندگان، دکلمه‌کنان و به‌طور کلی هر شخصی که اثر ادبی و هنری را اجرا و به نمایش درمی‌آورد اشاره نمود. در اکثر موارد، اجرای اجرا کنندگان به قدری خلاقانه است که باعث تشویق مصرف‌کنندگان بیشتر به استفاده از اثر می‌شود (شاکری، موسی‌پور و نورعلی، ۱۳۹٦: ۱۹٤)؛ بنابراین مبنای حمایت از آن‌ها علاوه بر مبانی اقتصادی، حمایت از شخصیت هنرمند مجری نیز می‌باشد.

۲-۲. حمایت از هنرمندان مجری در حقوق ایران

قوانین موضوعه ایران از جمله قوانین ۱۳٤۸ و ۱۳۵۲ حکم صریحی در حمایت از هنرمندان مجری مقرر نکرده‌اند. صرفاً در تبصره ۱ ماده ٦۲ قانون تجارت الکترونیک از هنرمندان مجری نام برده شده و حمایت از آنان را به قوانین سال‌های ۱۳٤۸ و ۱۳۵۲ ارجاع داده است. با وجود این در میان نظراتی که توسط حقوق‌دانان راجع به حمایت از هنرمندان مجری ابراز شده است، می‌توان دو دیدگاه را ملاحظه کرد. گروه اول قائل به شمول حمایت‌های مقرر در قوانین نسبت به هنرمندان مجری هستند و استدلالاتی را در این زمینه مطرح می‌نمایند و در مقابل، گروه دیگر در رد استدلالات گروه اول معتقد به عدم شمول حمایت قانون به هنرمندان مجری در مفهوم

متفاوت آن از پدیدآورنده هستند و معتقد هستند که حقوق این اشخاص باید در سایه حمایت‌هـــای قانون کار و ضمانت اجراهای مدنی و نیز اصل آزادی قراردادی، تأمین گردد.

۱-۲-۲. دیدگاه موافقان حمایت حقوق ایران از هنرمندان مجری

این گروه از حقوق‌دانان معتقد هستند به صرف عدم صراحت شمول حمایت از هنرمنـــدان مجری در قوانین موضوعه حقوق مالکیت ادبی و هنری، نمی‌توان گفت این‌ها از امتیازات و تکالیف قانونی بهره‌مند نیســـتند و سرنوشت این گروه را که نقش برجســـته‌ای در فرهنگ اجتماعی جامعـــه و بهره‌برداری از آثار دارند، نادیده گرفت و حمایـــت از آن‌ها را به ضمانت اجراهای قراردادی یا غیـــر قراردادی واگذار کرد. به همین جهت موافقان این دیدگاه بر آن هســـتند تا با تفسیر قوانین حقوق مالکیت ادبی و هنری و نیز برداشت ضمنی از آن، مبنای حمایتی را برای هنرمندان مجری استنباط نمایند.

برخی از حقوق‌دانان مبنای اســـتدلال خـــود را قانون ۱۳٤۸ قرار داده و معتقد هســـتند بر اساس تفســـیری صحیح از بعضی از بندهای ماده ۲ این قانون که در باب آثار مورد حمایت می‌باشد، می‌توان هنرمندان مجری را ذیل عنوان پدیدآورنده معرفی کرد و آنان را مشمول حمایت‌های قانون ۱۳٤۸ دانست (علیزاده، ۱۳۹۵: ٤٥-٤٦). این گروه می‌افزایند:

نخســـت، بر مبنای بند ۲ از ماده ۲ قانون ۱۳٤۸ که «شـــعر و ترانه و ســـرود و تصنیف که به هر ترتیب و روش نوشـــته یا ضبط یا نشـــر شده باشد» را به عنوان اثر تلقی کرده و پدیدآورنده آن را مشـــمول حمایت‌های قانونی دانسته است، حمایت از ترانه، ســـرود و تصنیف به عنوان اثر شامل اجرای آن‌ها نیز می‌باشد و به همین جهت اجرا کنندگان آن ها نیز در زمره پدیدآورنده قرار می‌گیرند. همچنین فراز اخیر این بند به بحث ضبط این مصادیق نیز اشاره دارد که بدون امر اجرا متصور نمی‌باشد.

دوم، طبق بند ٤ ماده ۲ «اثر موسیـــقی که به هر ترتیب و روش نوشته یا ضبط یا نشر شـــده باشد» نیز اثر تلقی شده اســـت. می‌دانیم که اثر موسیقایی زمانی قابلیت ضبط یا نـــشر را دارد که به اجرا درآید. به عبـــارتی، صرف نـــوت‌ها، ملودی‌ها، ضرب‌آهنگ‌ها و شعـــر بدون آن‌که توسط نوازنده یا خواننده اجرا شده باشد چیزی

جز متون آهنگین و موزون نیست؛ بنابـــراین خلق موسـیقی متضـمن دو رکن است: ریتم و اجرا. به همین سبـب همان‌طور که خالق نت‌ها و ملودی‌ها پدیدآورنـده تلقی شـــده و مورد اشـــاره در بند ۲ قرار گرفته، رکن دوم خلق اثر موسیقایی نیز، مشمول همین حـــمایت، حداقل در بحث هنرمندان مجری «موسیقی» قرار می‌گیرد. همچنین قابل ذکر است که اگر از حیث تدوین ملودی‌ها و ضرب‌آهنگ‌ها این بند مورد اشاره و تـــصویب قرار گرفته اســـت، با توجه به وضع بند ۲ ماده ۲، نیازی به تکرار آن در این بند نبوده است.

سوم، اگرچه از اجرا کنندگان به صراحت نامی به میان نیامده است، اما می‌توان اســـتنباط کرد که با توجه به حمایت قانون از هنرمندان و این‌که در حقوق ما هنرمند شـــامل اجرا کننده نیز می‌شود؛ زیرا که اجرا ناشـــی از هنر و ابتکار اجرا کننده است، می‌توان گفت که حمایت از اجرا کنندگان نیز مورد نظر قانون‌گذار بوده است (صادقی و محسنی، ۱۳۸۳: ۱۸۲).

در کنار استدلال‌های مطرح شده که بر پایه قانون ۱۳٤۸ بنیان نهاده شده، گروه دیگر از موافقان وجود مبنای قانونی برای حمایت از هنرمندان مجری، برای این امر به قانون ۱۳۵۲ استناد می‌کنند. این گروه استدلال می‌کنند که شاید بتوان با دلالت التزامی هنرمندان مجری را مشـــمول حمایت‌های مقرر در این قانون دانســـت. ماده ۳ قانون ۱۳۵۲ مقرر می‌دارد: «نســـخه‌برداری یا ضبط یـــا تکثیر آثار صوتی که بر روی صفحه یا نوار یا هر وســـیله دیگر ضبط شده است بدون اجازه صاحبان حق یا تولیدکنندگان انحصاری یا قائم مقام قانونی آن برای فروش ممنوع اســـت». عبارت «صاحبان حق» در این ماده را شـــاید بتوان شامل هنرمندان مجری نیز دانست (صادقی، ۱۳۸۹: ٤۲۷)؛ به ویژه با توجه به این‌که قانون ســـال ۱۳۵۲ برای آوانـــگار که فعالیت خود را مبتنی بـــر اجرای هنرمند مجری انجام می‌دهد، حق انحصاری ضبط و تکثیر را به رســـمیت شناخته است؛ بنابراین منطقی به نظر نمی‌رسد که هنرمند مجری به عنوان منشأ ایجاد این حقوق، خود فاقد چنین حمایت‌هایی باشد.

به هرحال، قـــانون تجـــارت الکترونیک ۱۳۸۲ برای اولیـــن بار به صراحت هنرمندان مجری را مورد توجه قرار داده و حقوق آن‌ها را به قوانـین قبلی ارجاع داده است.

۲-۲-۲. دیدگاه مخالفان حمایت حقوق ایران از هنرمندان مجری

بخش بزرگی از حقوق‌دانان بر این باور هستند که قانون ۱۳۴۸ هدف حمایت از هنرمند مجری را نداشته است. منظور قانون‌گذار از «هنرمندان» در عنوان این قانون، آن دسته از اشخاصی است که یکی از اقسام اثر هنری را که مندرج در ماده ۲ همانند طراحی، نقاشی، نوشته، مجسمه و... است، می‌آفرینند (محمدزاده و حکیم شفایی، ۱۳۹۳: ۱۲۰-۱۲۱).[۱] همچنین باید افزود که ماده ۵ قانون ۱۳۴۸ امکان واگذاری حق اقتباس از اثر برای نمایش صحنه‌ای مانند تئاتر و باله و نمایش‌های دیگر و ضبط صوتی یا تصویری اثر بر روی صفحه یا نوار یا هر وسیله را برای پدیدآورندگان شناسایی کرده است. بی‌تردید اثری که اجازه تهیه نمایش صحنه‌ای از آن واگذار می‌شود توسط اشخاصی به اجرا در می‌آید. یکی از آثاری که مجوز ضبط صوتی یا تصویری آن داده می‌شود، اثر موسیقایی است که برای این‌که قابل ضبط صوتی یا تصویری باشد باید توسط شخص یا اشخاصی اجرا شده و نواخته گردد. در این قانون به امکان استفاده‌های این چنینی از اثر اشاره شده بی‌آن‌که درباره اشخاصی که این‌گونه از اثر بهره‌برداری می‌کنند سخنی به میان آمده باشد و حقوقی همسان یا مشابه با آنچه که در کنوانسیون رم در نظر گرفته شده، برای آن‌ها ذکر شده باشد (آزادبیگی، ۱۳۹۲: ۸۱). در این نگرش افزوده می‌شود که اگرچه در قانون ۱۳۵۲ هم راستای اعمال مقررات کنوانسیون رم از برخی از دارندگان حقوق مرتبط یاد شده است، ولی این قانون به طور صریح و در قالب حکمی مستقل، از هنرمندان مجری سخن نگفته است. اگرچه با آوردن عبارت «صاحبان حق» در کنار «تولیدکنندگان انحصاری» فرض این‌که یکی از مصادیق صاحبان حق از نظر قانون‌گذار هنرمند مجری است که اجرایش تثبیت و در قالب اثر صوتی یا تصویری روانه بازار می‌شود قوت می‌گیرد، ولی این استدلال نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا اگرچه این عبارت به شکل کلی بیان شده است، ولی مصادیق آن صرفاً اشخاصی هستند که در نظام حقوق مالکیت ادبی و هنری ایران به عنوان شخص تحت حمایت و به تبع آن شخص صاحب حق دانسته شده باشند؛ زیرا به نظر می‌رسد قاعدتاً اعطای حقوق انحصاری به اشخاص نیازمند تصریح و

---

۱. در بیشتر متون حقوقی نیز، خصوصاً در کامن‌لا، صرفاً از کلمه مجری representator استفاده می‌کنند، نه هنرمند.

اعلام قانون‌گذار می‌باشد (آزادبیگی، ۱۳۹۲: ۸۱-۸۲). قانون ۱۳۵۲ که در آن حمایت از حقوق مرتبط از حیث شرایط حمایت و مدت حمایت و مصادیق حقوق ناقص است، به طریق اولی باید تفسیر مضیق شود.

بنابراین گروه طرفداران انکار وجود مبنای حمایت قانونی از هنرمندان مجری در حقوق ایران معتقد هستند که قانون ۱۳٤۸ به پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری انصراف دارد و هنرمندان مجری پدیدآورنده اثر نیستند؛ زیرا عمل آن‌ها از اصالت لازم برای تلقی شدن به عنوان اثر برخوردار نیست و افزون بر آن نمی‌توان اقدامات آن‌ها را به هیچ‌یک از بندهای ماده ۲ قانون اخیر نیز منتسب کرد. از طرفی قانون ۱۳۵۲ هم که مکمل قانون ۱۳٤۸ و در راستای حمایت از دارندگان حقوق مرتبط وضع گردیده است، هیچ‌گونه صراحتی راجع به هنرمندان مجری ندارد و با توجه به آن‌که در نظام قانون‌گذاری کنونی تعریفی از هنرمندان مجری وجود ندارد و دامنه شمول آن‌ها مشخص نیست، قانون ۱۳۵۲ نیز برای حمایت از این اشخاص ناکارآمد خواهد بود. حکم مندرج در تبصره ۱ ماده ٦۲ قانون تجارت الکترونیک نیز اگرچه از باب اعطای حقوق معنوی به هنرمند مجری منطقی است؛ زیرا خلاقیت آن‌ها موجب شباهت با پدیدآورندگان و برخورداری از حقوق معنوی می‌شود، اما از جهت ارجاع به قانون ۱۳٤۸ که ارتباطی با حقوق مرتبط ندارد و قانون ۱۳۵۲ که نه تصریحی از هنرمند مجری دارد و نه تصریحی از حقوق معنویِ دارندگان حقوق مرتبط، با اشکال مواجه است. با این همه نمی‌توان انکار کرد که چنانچه در مواردی فعالیت یک هنرمند مجری از چنان فعالیت و اصالتی برخوردار باشد که بتوان آن را اثر دانست، حمایت از این هنرورزی‌ها در چهارچوب حقوق مؤلف پذیرفتنی و توجیه‌پذیر خواهد بود.

۳. آوانگارها

برخلاف هنرمندان مجری که اختلاف درباره حمایت قانونی از آن‌ها دیده می‌شود، نسبت به آوانگارها اختلاف نظر کمتری در اصلِ حمایت، مطرح است و بیشتر اختلافات در نحوه حمایت این دسته است. در این بند پس از آشنایی با مفهوم آوانگارها و مبنای حمایت از آن‌ها، نحوه حمایت را در قوانین موجود بررسی می‌کنیم.

۱-۳. مفهوم آوانگارها و مبنای حمایت از آنان

آوانگار شخص حقیقی یا حقوقی است که برای اولین بار اثر صوتی یا تصویری را بر روی ابزار رسانه‌ای از جمله نوار، سی‌دی، حافظه موقت[1] و... ضبط می‌نماید؛ بنابراین باید در نظر داشت که تثبیت برنامه‌های از قبل ضبط شده خارج از این تعریف قرار می‌گیرد و چنین اشخاصی را نمی‌توان از حقوق مرتبط بهره‌مند دانست. مبنای حمایت از این اشخاص، بازگشت سرمایه‌ای است که آنان برای دسترسی جامعه به آثار صرف کرده‌اند. همچنین، هنگام به کار بردن اصطلاح آوانگار باید آن را با اصطلاح فونوگرام[2] یعنی آنچه در کنوانسیون رم و ژنو مورد اشاره و حمایت قرار گرفته است، هم‌معنا دانست. برخی حقوق‌دانان از اصطلاح تولید کنندگان صدا استفاده می‌نمایند که این عبارت به ضبط صداهایی غیر از صدای اجرا کنندگان از جمله صداهای موجود در طبیعت نیز تعمیم داده می‌شود، اما قانون ۱۳۵۲ از اصطلاح «آثار صوتی» استفاده کرده است و این نتیجه به دست می‌آید که آوانگارها در ایران باید الزاماً در بردارنده اثر باشند نه صداهایی مانند آنچه در طبیعت موجود است.

۲-۳. موضع قانون ۱۳۴۸ نسبت به حمایت از آوانگارها

در حقوق ایران، قانون ۱۳۴۸ نسبت به حقوق آوانگارها ساکت است. با وجود این، برخی از حقوق‌دانان با توسل به بندهای ۲ و ٤ از ماده ۲ آن قانون که به موضوع ضبط ترانه، سرود، شعر، تصنیف و موسیقی اشاره دارد، نتیجه گرفته‌اند که تولیدکنندگان این آثار به عنوان پدیدآورنده از حمایت قانونی برخوردار هستند (علیزاده، ۱۳۹۵: ٤٤)، اما با توجه به این‌که در این قانون مبنای حمایت، ارج نهادن به شخصیت و خلاقیت پدیدآورندگان است که متجلّی در آثار ادبی و هنری می‌باشد، این نظر چندان قابل پذیرش نیست. افزون بر این شناسایی آوانگار به عنوان پدیدآورنده بر مبنای قانون ۱۳۴۸ خلاف رویه جهانی است که در حمایت از این اشخاص شکل گرفته است و علت اصلی حمایت، سرمایه‌گذاری و تضمین بازگشت هزینه به کار بستن فناوری‌های در اختیار برای بهره‌برداری از آثار ادبی و هنری پدیدآورندگان

1. RAM.
2. Phonogram.

دانسته می‌شود؛ لذا یکی از دلایل وضع قانون ۱۳۵۲ رفع نقیصه مربوط به عدم شناسایی حقوق دارندگان حقوق مرتبط از جمله آوانگارها بوده است و در این قانون احکامی در این زمینه مشاهده می‌شود. هر چند همچنان کاستی‌های قابل توجهی راجع به آن‌ها وجود دارد.

۳-۳. موضع قانون ۱۳۵۲ پیرامون حمایت از آوانگارها

در این زمینه، قانون ۱۳۵۲ صرفاً دربردارنده شرایط حمایت از آوانگار، مصادیق و استثنائات حقوق است که تمام این موارد هم به صورت ناقص ذکر شده‌اند و پیرامون مدت حمایت و مفهوم قانونی تولیدکنندگان آثار صوتی هیچ حکمی دیده نمی‌شود؛ بنابراین اطلاق عنوان تولیدکنندگان آثار صوتی در این قانون موجب می‌شود که هر شخصی بتواند به راحتی مدعی حقوق گردد (حبیبا و محتشمی، ۱۳۹۲: ۱۵۳). به هر حال با وجود کاستی‌های موجود در قوانین فعلی در حوزه حقوق مرتبط، این دسته از صاحبان حق وضعیت مشخص‌تری را در مقایسه با هنرمندان مجری دارند.

۱-۳-۳. شرایط حمایت

همان‌طور که در ابتدای پژوهش گفته شد، قانون ۱۳۵۲ تا حدود زیادی تحت تأثیر کنوانسیون ژنو قرار داشته است. ماده ۲ قانون در حکمی کاملاً مشابه به ماده ۵ کنوانسیون ژنو، حمایت از آثار صوتی را تابع تشریفات خاص دانسته و مقرر داشته است (صادقی، ۱۳۸۹: ٤۳۱): «صفحات یا نوارهای موسیقی و صوتی در صورتی حمایت می‌شود که در روی هر نسخه یا جلد آن علامت بین‌المللی «℗» در داخل دایره و تاریخ انتشار و نام و نشانی تولیدکننده و نماینده انحصاری و علامت تجارتی ذکر شده باشد».

برخی معتقد هستند که در حقوق مرتبط نیز مانند حقوق مؤلف اصل حمایت بدون تشریفات را داریم و این ماده برخلاف اصل جهانی مذکور وضع شده است (محمدزاده وادقانی، ۱۳۹۹: ۳۸۸) و برخی می‌گویند که در حقوق مرتبط برخلاف حقوق مؤلف اصل بر حمایت تشریفاتی است و این ماده مطابق با اصل مذکور وضع شده است (شاکری، ۱۳۹۳: ۱۲٤). به هر حال در تشریفاتی بودن حمایت فوق تردیدی نیست و در صورت عدم رعایت تشریفات فوق، این فعالیت‌ها مانند اموال

بلاصاحب در ملکیت عمـــومی قرار می‌گیرند. قانون‌گذار در ماده ٦، در خصـــوص حمایت از حقوق تولیدکنـندگان آثار صوتی که دارای تابعیـت غیر ایـرانی می‌باشـند، حمایت را منـــوط به عـهدنامه یا معـامله مـــتقابل با دولت متـبوع خارجـیان کرده اســـت. مطـابق این ماده: «در مـورد ... و آثار صـــوتی حمـایت‌های مذکور در این قانون به شرط وجود عهدنامه یا معامله متقابل نسبت به اتباع سایر کشورها نیز جاری است».

۲-۳-۳. مصادیق حقوق آوانگار

در ماده ۳ قانون ۱۳۵۲، قانون‌گذار صراحتاً تولیدکنندگان آثار صوتی (آوانگارها) را مورد اشـــاره قرار داده و حقوقی محدود برای این اشـــخاص در نظر گرفته است: «نســـخه‌برداری یا ضبط یا تکثیر آثار صوتی که بر روی صفحه یا نوار یا هر وســـیله دیگر ضبط شده –اســـت بدون اجازه صاحبان حق یا تولیدکنندگان انحصاری یا قائم مقام قانونی آن برای فروش ممنوع است ...». در این ماده، حقوق مالی آوانگارها صرفاً شامل حق تکثیر یا ضبط یا نسخه‌برداری مطرح شده که اجمالاً شامل دو حق ضبط و تکثیر می‌باشد؛ چراکه تکثیر همان نسخه‌برداری است؛ در حالی که در کنوانسیون‌های مربوط و قوانین ملی کشورهای خارجی، حقوق انحصاری آوانگارها، موارد دیگری را هم در بر می‌گیرد. حق ضبط عبارت از ضبط صدا یا نمودهای آن توسط دستگاه‌های مختص به انجام این امر به صورت دائمی اســـت؛ به نحوی که امکان پخش مجدد آن وجود داشـــته باشد (کرنو، دولامبرتوری، سیرنلی، والر،۱۳۹۰: ۲۱۲–۲۱٤). حق تکثیر به معنای تولید نســـخه یا نســـخه‌های مشابه یک اثر ضبط‌شـــده به هر شکل و روش اســـت (محمدی، ۱۳۷٦: ٦۰). همچنین در ماده ۷ قانـــون ۱۳۵۲، واردات و صادرات اشـــیاء مذکور در ماده ۳ که در خارج به طور غیرمجاز تهیه شده را جرم‌انگاری کرده اســـت. صرف جرم‌انگاری در بردارنده شناســـایی کامل حقوق انحصاری واردات و صادرات برای تولید کنندگان آثار صوتی نیســـت، ولی می‌توان چنین برداشـــت کرد که قانون‌گذار حق وارد و صادر کردن آواهای ضبط و تکثیر شـــده را برای آوانگار به صورت ضمنی تأیید کرده است و انجام این اعمال بدون رضایت صاحب حق را جرم دانسته است؛ به ویژه با توجه به ماده ۱۲ که جرائم این حوزه را قابل گذشت دانسته و تعقیب آن را منوط به شکایت شاکی خصوصی نموده است و با در نظر گرفتن این‌که

شاکی خصوصی شـــخصی است که به طور مســـتقیم از وقوع جرم متضرر می‌شود، می‌توان اســـتنباط کرد که آوانـــگار از حق انحصـــاری واردات و صادرات برخوردار است که از جانب نقض این حقوق متضرر می‌شود؛ ضمن این‌که شناسایی حق مدنی صادرات برخلاف واردات، با رویه جهانی حقوق مؤلف در تعارض اســـت. همچنین جرم‌انگاری این عمل که خارج از حیطه قلمرو سرزمینی ایران محقق می‌شود، ناقض اصل سرزمینی بودن حقوق کیفری محســـوب می‌گردد. این قانون صرفاً در بردارنده حقوق مالی محدود، نه معنوی، برای آوانگارها می‌باشد که منطقی و موافق با مقررات جهانی اســـت و همین مسأله ســـبب می‌گردد حکم مقرر در تبصره ۱ ماده ٦٢ قانون تجـــارت الکترونیک مبنی بر وجود حقوق معنوی برای این دســـته از صاحبان حقوق مرتبط تأمل‌برانگیز باشد.

۳-۳-۳. استثنائات حقوق آوانگار

قانون‌گذار در ماده ۵ و تبصره آن اســـتثنائاتی را بر حقوق مالی آوانگارها وارد آورده اســـت. مطابق این ماده: «تکثیر و نسخه‌برداری از ... و آثار صوتی موضوع مواد ... و ۳ این قانون به منظور اســـتفاده در کارهای مربوط به آموزش یا تحقیقات علمی مجاز خواهد بود مشـــروط بر این‌که جنبه انتفاعی نداشته باشد و اجازه نسخه‌برداری از آن‌ها قبلاً به تصویب وزارت فرهنگ و هنر رســـیده باشد. تبصره: نسخه‌برداری از ... و آثار صوتی موضوع مواد ... و ۳ این قانون در صورتی که برای اســـتفاده شخصی و خصوصی باشـــد بلامانع است». در این ماده صرفاً به حق تکثیر استثناء وارد شده و قانون‌گذار دو شرط را برای اســـتفاده آموزشی و علمی و تحقیقاتی مقرر کرده است: نخست آن که باید با اهداف غیر انتفاعی باشد، یعنی به منظور کسب منفعت و تجارت نبوده و برای رفع نیازهای مؤسســـات و سازمان‌های مربوطه باشد؛ دوم آن که، اعمال این اســـتثنا را مشروط به اخذ مجوز از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی کرده است که حاکی از مطلق نبودن عدم نیاز به اخذ مجوز از صاحب حق در استفاده از آثار صوتی اســـت. این شرط اضافه با ماهیت استثنائات و عدم نیاز به اخذ مجوز اضافه سازگاری ندارد.

٤-۳. حمایت قانون‌گذار از آثار تصویری (ویدئوگرام‌ها)

یکی دیگر از چالش‌هایی که امروزه در زمینه حقوق مرتبط وجود دارد، موضوع حمایت از تولیدکنندگان آثار تصویری است. در کنوانسیون رم و نیز معاهده اجراها و آوانگاشت‌های وای‌پو هیچ‌گونه اشاره‌ای به حمایت از این گروه نشده است و احکام آن‌ها صرفاً ضبط شنیداری را شامل می‌شوند.

تبصره ۱ ماده ٦۲ قانون تجارت الکترونیک در کنار تولیدکنندگان صفحات صوتی از تولیدکنندگان صفحات تصویری نیز یاد کرده و حمایت از آنان را به قانون ۱۳٤۸ و ۱۳۵۲ ارجاع داده است. ارجاع به قانون ۱۳٤۸ با توجه به این‌که این قانون ارتباطی با حقوق مرتبط ندارد، با ایراد مواجه است. نکته‌ای که در قانون ۱۳۵۲ در خصوص تولیدکنندگان آثار تصویری و حمایت از آن‌ها به چشم می‌خورد، فراز اخیر ماده ۳ این قانون است که «ضبط یا تکثیر از برنامه‌های رادیویی و تلویزیون یا هرگونه پخش دیگر» را نیز مشمول حمایت مقرر در صدر ماده قرار داده است. اطلاق «برنامه‌های تلویزیون» این نکته را به ذهن متبادر می‌سازد که این عبارت در بردارنده اثر تصویری نیز بوده و به همین جهت تولیدکنندگان این آثار هم از حمایت‌های مربوط به آوانگارها برخوردار هستند. این تفسیر با واقعیت‌های موجود سازگارتر است.

٤. سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی

حمایت از سازمان‌های پخش در حقوق ایران به صراحت تولیدکنندگان آثار صوتی نیست، اما می‌توان حمایت‌هایی را استنباط کرد. در این بند پس از آشنایی با مفهوم سازمان‌های پخش، موضع قوانین ۱۳٤۸ و ۱۳۵۲ در رابطه با این دسته از دارندگان حقوق مرتبط را خواهیم دید.

٤-۱. مفهوم سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی و مبنای حمایت از آن

سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی یکی از راه‌های انتشار آثار ادبی و هنری در سطح گسترده میان افراد جامعه می‌باشند. به عبارتی، اشخاص حقوقی هستند که صدا و تصویر را به عموم عرضه می‌نمایند. پخش رادیویی و تلویزیونی در گذشته صرفاً از طریق امواج صورت می‌گرفت، اما امروزه با توسعه شبکه جهانی دسترسی به

اطلاعات، از طریق اینترنت هم امکان‌پذیر است. نکته‌ای که در خصوص سازمان‌های پخش باید به خاطر داشت آن است که میزان تبعیت آن‌ها از اثر در مقایسه با دو گروه دیگر کمتر است؛ به عبارت دیگر آنچه در قالب صدا و تصویر توسط این سازمان مورد مخابره قرار می‌گیرد لزوماً اثر نمی‌باشد[۱]. مبنای حمایت از آن‌ها، مانند آوانگارها، حمایت از سرمایه‌گذاری و بازگشت سرمایه است.

۲-٤. موضع قانون ۱۳٤۸ راجع به حمایت از سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی

در قانون ۱۳٤۸ مقرره‌ای که به حمایت از سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی پرداخته باشد، دیده نمی‌شود و صرفاً در ماده ۱۱ این قانون که ناظر به یکی از استثنائات وارده بر حقوق پدیدآورندگان می‌باشد آمده است: «نسخه‌برداری از اثرهای مورد حمایت این قانون مذکور در بند ۱ از ماده ۲ و ضبط برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی فقط در صورتی که برای استفاده شخصی و غیرانتفاعی باشد مجاز است». در این ماده به ضبط برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی برای استفاده شخصی و غیرانتفاعی به عنوان یکی از استثنائات وارده بر حقوق پدیدآورنده اشاره شده است. این مسأله سبب شده تا تصور شود سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی به عنوان دارنده حقوق مؤلف تلقی شده و به همین جهت استثنایی این چنینی بر حقوق آنان وارد آمده است (صادقی و پورمحمدی، ۱۳۸٦: ۸۷)، در صورتی که این استدلال نادرست می‌باشد؛ چراکه سازمان-های پخش رادیویی و تلویزیونی فاقد ابتکار و خلاقیت در اقدامات خود می‌باشند. همچنین این مقرره راجع به ضبط برنامه رادیویی و تلویزیونی است، یعنی قانون‌گذار با ذکر این استثنا محدودیتی را بر حقوق پدیدآورنده این برنامه‌ها از جهت ضبط وارد کرده است (صادقی و پورمحمدی، ۱۳۸٦: ۸۷) و نه سازمان‌های پخش که صرفاً در امر بهره‌برداری از اثر رادیویی و تلویزیونی مشارکت دارند!

البته این نکته قابل ذکر است که چنانچه سازمان‌های پخش خود به عنوان سفارش‌دهنده و یا کارفرما در تولید برنامه رادیویی و تلویزیونی ایفای نقش نمایند،

---

۱. این مسأله یکی از دلایل مخالفت کشورها در حمایت یا عدم حمایت از سازمان‌های پخش در کنوانسیون اجراها و آوانگارهای وای‌پو ۱۹۹٦ (WPPT) بود. به همین خاطر اشاره‌ای به سازمان‌های پخش نشد تا کشورها با اختلاف کمتری مواجه شوند و معاهده هر چه زودتر به تصویب برسد.

حقوق مالی مربوط به آن اثر متعلق به آن‌ها بوده و بنابراین گویی اســتثنای مذکور بر حقوق آن‌ها، به عنوان دارندهٔ حقــوق مالی پدیدآورنده و نه از جهت پدیدآورندگی، وارد آمده است[۱].

۳-٤. حمایت قانون ۱۳۵۲ از سازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی

از میــان تمامی قوانین و مقرراتی که راجع به ســازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی وجود دارد، در بحث حقوق قابل تصور برای این سازمان‌ها به عنوان یکی از ذی‌نفعان حقوق مرتبط صرفاً قانون ۱۳۵۲ قابل توجه می‌باشد. به موجب ماده ۳ این قانون: «... حکم مذکور در این ماده شامل نسخه‌برداری یا ضبط یا تکثیر از برنامه‌های رادیو و تلویزیون یا هرگونه پخش دیگر نیز خواهد بود». در این ماده عبارت «هرگونه پخش دیگر» دلالت بر این دارد که قانون‌گذار در این قانون به «پخش» برنامه که عملی است در توان ســازمان رادیو و تلویزیون، توجه داشته است؛ بنابراین به نظر می‌رسد قانون‌گــذار تکثیر و ضبط برنامه رادیویی و تلویزیونی را بدون اجازه ســازمان پخش ممنوع دانســته است (صادقی، ۱۳۸۹: ٤۳٤- ٤۳۵). برخی نیز بر این باور هستند که با توجــه به این‌که در ماده ۳ حکم مذکــور در باب تولیدکننده آثار صوتی به برنامه‌های رادیو و تلویزیون تســری داده شده، پس ســازمان پخش هم باید خودش تولیدکننده باشــد تا حمایت مقرر در آن ماده را کســب کند. به عبارت بهتر، «سازمان پخش در صورت تولید برنامه و پخش آن با عنوان تولیدکننده حامل صوتی بخشــی از برنامه یا تمام آن مورد حمایت است» (محمدزاده وادقانی، ۱۳۹۹: ۳۸٦).

اگر قائل به اعطای حق انحصاری تکثیر توســط قانون‌گذار به ســازمان پخش باشــیم، مطابق قانون ۱۳۵۲ اســتثنائات وارده بر حقوق تولیدکنندگان آثار صوتی بر حقوق ســازمان‌های پخش رادیویی که صرفاً صدا پخش می‌کنند (نه تصویر) نیز وارد اســت که پیش‌تر به آن‌ها اشاره شد و به همین جهت از تکرار مطالب پرهیز می‌کنیم. افزون بر این، ایراد مطرح شده راجع به عدم تعیین شرایط و مدت حمایت و نیز عدم وجود تعریفی مشــخص از سازمان‌های پخش و همچنین پیش‌بینی حقوق معنوی در

---

۱. برخی با تفسیری که از ماده ۱٦ قانون ۱۳٤۸ دارند، ظاهراً قابلیت پدیدآورندگی شخص حقوقی در حقوق ایران را پذیرفته‌اند و در نتیجه ســازمان‌های پخش را هم خالق (پدیدآورنده) و نه صرفاً مالک اثر تلقی می‌کنند (محمدزاده وادقانی، حکیم شفایی، ۱۳۹۳: ۱۲۲) که در این صورت باید گفت قانون ۱۳٤۸ از سازمان‌های پخش به عنوان پدیدآورنده حمایت می‌کند.

قانـــون تجارت الکترونیک برای این گروه با وجـــود ارجاع حکم آن به قانون ۱۳۵۲، کماکان باقی است.

۵. حمایت از دارندگان حقوق مرتبط در عمل

قـــرارداد یکی از روش‌های حمایت از مالکیت فکری اســـت (رجبی، ۱۴۰۳: ۱۰۱). لحظـــه پیدایش و ظهور دارندگان حقوق مرتبط، زمان انعقاد قرارداد اســـت[1]؛ جایی که پدیدآورنده با انعقاد قـــرارداد، حق اجرای خود را به هنرمند مجری واگذار می‌کند و ســـپس هنرمند مجری نیز حق ضبط اجرای خود را به آوانگار می‌دهد و در آخر آوانگار حق پخش خود را به ســـازمان پخش منتقل می‌کند، اما در حقوق ایران، با توجه به عدم شناســـایی حقوق انحصاری برای هنرمند مجری، همواره در دادگاه‌ها بحث بوده که آیا قرارداد هنرمند مجری و آوانگار دارای موضوع معامله است یا خیر. اکثر دادگاه‌ها به دلیل عدم آشـــنایی با حقوق مالکیت ادبی و هنری، هنرمند مجری را جلـــوه‌ای از پدیدآورنده تلقی کرده و قراردادهای وی را معتبر تلقی می‌کنند. اگر حق انحصاری برای هنرمند مجری شناســـایی شده باشـــد، با توجه به این‌که مسامحتاً یک حق عینی اســـت، در برابر همه قابل اجرا است و کسی نمی‌تواند بدون اجازه صاحب حق ضبط و تکثیر کند، حتی در فرضی که این حقوق به دیگری منتقل شده باشد، اما در وضعیت عدم شناســـایی حقوق انحصاری (وضعیت فعلی ایران)، هنرمند مجری با آوانگار توافق می‌کند که در روابط قراردادی حق انحصاری ضبط به چه صورت باشد. حتی در فرض صحت این قراردادها، بنابر اصل نسبی بودن آثار قرارداد، اشخاص ثالث هیچ الزامی به رعایت تعهدات قراردادی هنرمند مجری با طرف قرارداد ندارند (قبولی درافشان و محسنی، ۱۳۹۶: ۲۳۱)[2]. به عبارت دیگر، با این قراردادها، حقی عینی ایجاد نمی‌شـــود تا در برابر همه قابل اجرا باشـــد و تنها می‌توان به استناد حق ضبط و تکثیر شناســـایی شده برای آوانگار در قانون ۱۳۵۲ جلوی بهره‌برداری دیگران را گرفت. در رابطه با مســـؤولیت غیر قراردادی در قبال هنرمند مجری نیز اکثر دادگاه‌ها، به استناد

---

۱. در فرضی که آثار خارجی در ایران منتشر نشوند (ماده ۲۲ قانون ۱۳۴۸)، یا مدت حمایت از آن‌ها منقضی شده باشـــد، حقوق مرتبط بدون قرارداد شکل می‌گیرد؛ چراکه این آثار مورد حمایت حقوق ایران نیستند و در نتیجه نیازی نیست برای اجرای آن‌ها مجوز بهره‌برداری اخذ شود.

۲. البته نظر به اعتباری نظام حقوق مرتبط و آمره بودن مقررات آن، این قراردادها از اساس و در روابط طرفین قرارداد هم باطل اســـت؛ چراکه حقی برای هنرمند مجری توسط قانون‌گذار شناسایی نشده تا قابلیت نقل و انتقال هم داشته باشد.

قواعد عام مسؤولیت مدنی و ضمانت اجراهای کیفری قانون ۱۳۴۸ حکم می‌دهند. در هر حال، وضعیت پیرامون حقوق آوانگارها و سازمان‌های پخش مشخص‌تر است و نه تنها قراردادشان معتبر است بلکه ضمانت اجراهای مدنی و کیفری در قانون ۱۳۵۲ برای نقض حقوق ایشان تعیین شده است. البته با توجه به قدیمی بودن قانون مذکور و عقب ماندن از تحولات فناورانه و پیشرفت‌های جهانی، این قانون کارایی لازم را ندارد. مطابق ماده ۷ این قانون: «اشخاصی که عالماً و عامداً مرتکب یکی از اعمال زیر شوند علاوه بر تأدیه خسارت شاکی خصوصی به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا یک سال محکوم خواهند شد: ۱- کسانی که خلاف مقررات مواد ... و ۳ این قانون عمل کنند؛ ۲- کسانی که اشیاء مذکور در ماده ۳ را که به‌طور غیرمجاز در خارج تهیه شده به کشور وارد یا صادر کنند».

اشاره به این نکته لازم است که تأدیه خسارات شاکی خصوصی در این ماده قانونی که کیفری است، ارتباطی با جرم و علم و عمد مرتکب ندارد و طبق قواعد عام، جبران خسارت بدون علم و عمد و با دعوای صرف حقوقی قابل مطالبه است و صرفاً از جهت تأکید در این ماده ذکر شده است. همچنین مطابق ماده ۳ اگر ضبط یا تکثیر غیرمجاز برای مقاصدی غیر از فروش باشد، عمل مرتکب قابل پیگیری نخواهد بود (زرکلام، ۱۳۸۷: ۲۳۶)، اما در عمل آوانگارها و سازمان‌های پخش به این حمایت ناقص اکتفا نکرده و با توسل به قانون ۱۳۴۸ خود را صاحب حقوق پدیدآورنده جلوه می‌دهند.

برآمد

۱- حمایت از گروه‌های بهره‌بردار از آثار ادبی و هنری در دنیای امروز به واسطه تحولات اقتصادی و اجتماعی و ارزش آثار به عنوان صنایع فرهنگی امری انکارناپذیر است. در حقوق ایران، متعاقب تصویب قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان ۱۳٤۸ این مهم از نظر قانون‌گذار دور نیفتاده و در سال ۱۳۵۲ با تصویب قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی تلاش در جهت حمایت از بهره‌برداران از آثار ادبی و هنری صورت گرفت. شیوه نگارش این ماده و اصطلاحات به کار رفته در آن که مشابه مقررات و ادبیات کنوانسیون‌های حقوق مرتبط است، ما را به پذیرش این قانون به عنوان قانون حقوق مرتبط ایران متقاعد می‌کند. از طرفی، ابهامات این قانون نظیر عدم ذکر تمام دارندگان حقوق مرتبط و بسنده کردن به تولیدکنندگان آثار صوتی و اشاره‌ای ضمنی به سازمان‌های پخش، عدم ارائه تعریف از ایشان، اکتفای قانون‌گذار به حق ضبط و تکثیر، عدم ارائه ملاکی روشن برای حمایت از این اشخاص، عدم ذکر مدت حمایت و ... منجر شده که برخی از حقوق‌دانان، یا این قانون را به عنوان قانون حقوق مرتبط نشناسند یا عملاً به آن توجهی نکرده و حمایت از بهره‌برداران از آثار را تحت عنوان «پدیدآورنده» در قانون ۱۳٤۸ دنبال کنند. به ویژه باید در نظر داشت که در این قانون اصطلاحاتی مانند هنرمند، ضبط، پخش، برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی به کار رفته که شبهه صدق عنوان پدیدآورنده بر بهره‌برداران از حقوق مرتبط را ایجاد می‌کند. قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ نیز در تبصره ۱ ماده ٦۲ صراحتاً از دارندگان سنتی حقوق مرتبط نام برده و حمایت از آن‌ها را به قوانین مرتبط قبلی ارجاع داده است، امری که بدون وجود مفاهیم قانونی از مفاهیم حقوق مرتبط و صاحبان این حقوق و خود حقوق آن‌ها، قابل انتقاد است.

۲- به نظر می‌رسد قانون ۱۳٤۸ ارتباطی با حقوق مرتبط ندارد. در قانون ۱۳۵۲ هیچ صراحتی درباره هنرمند مجری نیامده است و پدیدآورنده دانستن هنرمندان مجری که تنها به اجرا و بهره‌برداری از آثار دیگران می‌پردازند، هرچند صاحب خلاقیت و هنرورزی در کار باشند، افزون بر مغایرت با نظام پذیرفته شده به ویژه در نظام حقوق نوشته موجب گسترش انحصار و امتیازات حقوق مؤلف به افراد دیگر و

محدودیت برای جامعه در دسترسی به آثار می‌گردد. در باب آوانگارها، حمایت‌های محدودی از حیث ضبط و تکثیر از آوانگارها آن‌هم بدون ارائه تعریفی دقیق از آن‌ها، شرایط حمایت و ذکر مدت حمایت به عمل آمده است که به حق تکثیر هم استثنائاتی وارد شده است. از سازمان‌های پخش نیز سخن صریحی به میان نیامده است، اما می‌توان از برخی مواد قانون به شناسایی این اشخاص به عنوان دارندگان حقوق مرتبط و مشابهت وضعیت آنان با آوانگارها در حقوق ایران پی برد، اما در عمل برخی از این اشخاص با توسل به قانون ۱۳۴۸ و پدیدآورنده جلوه دادن خود، از حمایت‌های این قانون بهره‌مند می‌شوند که آن‌هم ناقص است.

۳- با توجه به نقصان شدید قانون ایران در تمام مصادیق سنتی حقوق مرتبط و مقررات مبهم، بهترین راه‌حل ممکن، تصویب قوانین حمایتی جدید در این حوزه است.

فهرست منابع

* آزادبیگی، سمیه (۱۳۹۲)، «**بررسی حقوق هنرمندان مجری در اسناد بین‌المللی و حقوق ایران**»، فصل‌نامه حقوق پزشکی، دوره ۷، شماره ۲٤.

* حبیبا، سعید و محتشمی، میترا (۱۳۹۲)، «**حقوق تولیدکنندگان ابزار رسانه‌های صوتی و تصویری**»، فصل‌نامه حقوق پزشکی، دوره ۷، شماره ۲٤.

* رجبی، عبداله (۱٤۰۳)، «**نرم‌افزار متن باز؛ حقوق مالکیت فکری یا حقوق قراردادها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲٦.

* زرکلام، ستار (۱۳۷۸)، **حقوق مالکیت ادبی و هنری**، چاپ نخست، تهران: سمت.

* شاکری، زهرا (۱۳۹۳)، «**حمایت عاری از تشریفات با تأکید بر کنوانسیون برن، نظام حقوق مالکیت ادبی و هنری ایران و آمریکا**»، مجله حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دوره ۵، شماره ۱.

* شاکری، زهرا و موسی‌پور، وحید و سهیلا، نورعلی (۱۳۹٦)، «**جستاری حقوقی در قراردادهای هنرمندان اجرا کننده آثار ادبی و هنری با تأکید بر مطالعه تطبیقی**»، مطالعات فرهنگ ارتباطات، دوره ۱۷، شماره ۳۹.

* صادقی، محسن و محسنی، حسن (۱۳۸۳)، «**حقوق مرتبط با حقوق پدیدآورندگان آثار ادبی و هنری**»، فصل‌نامه پژوهش و سنجش، سال دوازدهم، شماره ۳۹.

* صادقی، محمود (۱۳۸۹)، «**بررسی معاهدات بین‌المللی و مقررات موضوعه ایران در زمینه حقوق مرتبط**»، در: مجموعه مقالات همایش مالکیت ادبی و هنری و حقوق مرتبط، چاپ نخست، تهران: پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات.

* صادقی، محمود و پورمحمدی، شیما (۱۳۸٦)، «**حقوق مرتبط با حق مؤلف**»، فصل‌نامه فقه و حقوق، سال چهارم، شماره ۱۳.

* علیزاده، محمدرضا (۱۳۹۵)، «**حمایت از حقوق تهیه‌کنندگان آثار صوتی در نظام مالکیت فکری**»، پایان‌نامه برای اخذ مدرک کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری، دانشگاه قم.

* قبولی درافشان، سید محمدمهدی و محسنی، سعید (۱۳۹٦)، «**حمایت از حقوق معنوی هنرمندان مجری اثر در حقوق ایران، فرانسه و اسناد بین‌المللی**»، پژوهش‌های

حقوق خصوصی، دوره ۱۴، شماره ۲.
* کرنو، ماری و دولامبرتوری، ایزابل و سیرنلی، پیر و والر، کاترین (۱۳۹۰)، **فرهنگ تطبیقی حقـــوق مؤلف و کپی‌رایت**، برگردان: علیرضا محمـــدزاده وادقانی و پزمان محمدی، چاپ نخست، تهران: دانشگاه تهران.
* محمدزاده وادقانی، علیرضا (۱۳۹۹)، «**برداشـــتی از قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشـــریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.
* محمدزاده وادقانی، علیرضا و حکیم شفایی، شیوا (۱۳۹۳)، «**حقوق مالکیت فکری ســـازمان‌های پخش رادیویی و تلویزیونی**»، دو فصل‌نامه دانش و پژوهش حقوقی، دوره ۳، شماره ۱.
* محمدی، پزمان (۱۳۹۱)، «**نقد و بررسی کتاب حقوق مرتبط؛ سازمان‌های پخش صدا و تصویر**»، ماهنامه کتاب ماه کلیات، سال پانزدهم، شماره۸.
* محمدی، پزمان (۱۳۷۶)، «**حق مؤلف**»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
* محمـــدی، پزمـــان (۱۴۰۲)، «**تقریرات درس حقوق مالکیـــت ادبی و هنری ۲**»، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس.
* Cohen jehoram, Herman (1990), **"The relationship between copyright and neighbouring rights"**, RIDA.

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۲۱۴-۱۸۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۱۹

مبانی و آثار تمایز قبض و تسلیم در حقوق مدنی ایران

سید حسن حسینی مقدم[۱]، سینا قاسم‌زاده[۲]

چکیده

در ادبیات حقوقی، قبض و تسلیم مورد معامله در نگاه اول ممکن است ساده و حتی متحد به نظر برسد، ولی با اندکی درنگ می‌توان دریافت که هر یک از این دو مفهوم در ماهیت، قلمرو شمول، مصادیق، زمان وقوع و ایجاد اثر حقوقی متفاوت بوده و این موضوع با اختلاف نظرهای گوناگون و بعضا متهافتی در حقوق ایران و فقه امامیه همراه بوده است و این پرسش را مطرح می‌سازد که آیا این دو مقوله دارای مفهوم و اثر یکسانی است یا خیر.

این مقاله به روش تحلیلی‌توصیفی و در پی پاسخ به پرسش پیش‌گفته، نتیجه می‌گیرد که قبض و تسلیم اگر چه از حیث ضمانت اجرا، قلمرو شمول، مصادیق و میزان تاثیر وقوع اشتباه و غرور ظاهرا جدا از یکدیگرند، اما استدلال‌های طرفداران جدایی این دو مفهوم از یکدیگر قابل خدشه است و لذا ارجح است که قبض و تسلیم را دارای مفهومی واحد انگاشت.

واژگان کلیدی: قبض، تسلیم، ماهیت حقوقی، مقایسه، ضمان معاوضی.

---

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.
s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. (نویسنده مسؤول) sina77ghasemzadeh@gmail.com

درآمد

در کتاب‌هـــای لغت، قبض به معنای به پنجه و به دســـت گرفتن و تصرف و تملک کردن (دهخدا، ۳٤/۱۳٤۲: ۱۳٤) آمده است. تسلیم نیز به معنای به گردن نهادن، سلام گفتن، پذیرفتن شکســـت و متوقف کردن جنگ، حالت اطاعت و فرمانبرداری، اعطای چیزی به کســـی و سپردن اســـت (معین، ۱/۱۳۷۱: ۱۰۸۲). تعریف اصطلاحی آن‌ها در ماده ۳٦۷ قانون مدنی است که بیان داشته است: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی‌که متمکن از انحای تصرفات و انتفاعات باشد. قبض عبارت اســـت از استیلا مشـــتری بر مبیع». تعریف‌های حقوق‌دانان و فقها از قبض و تســـلیم نیز تفاوت قابل ذکری با تعریف قانون مدنی ندارد و تنها نحوه چینش واژگان تعریف آن‌ها کمی با قانون مدنی متفاوت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۱۵۲-۱۵۳؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۷۲؛ فیض، ۱۳۸۵: ۳٦۱).

صاحب‌نظران در مورد قبض و تسلیم به دو دسته قائلان به وحدت و قائلان بر افتراق (عربیان و خدابخشـــی، ۱۳۹۰: ۱۰٤) تقسیم می‌شوند. این‌که قانون مدنی قبض و تسلیم را در یک ماده و به صورت درهم تنیده تعریف نموده و این‌که در ماده ۳٦۸ تصرف عملی مشتری را در مبیع شرط تسلیم ندانسته نظریه طرفداران وحدت قبض و تسلیم را تقویت می‌کند. اما در مقابل برخی فقها با ذکر مثال‌هایی با این نظریه مخالفت نمودند (موسوی خمینی، ۵/۱٤۲۱: ٥٤۸؛ محقق اصفهانی، ۱۳۷۵: ۱٤٦).

درباره مفهوم قبض و اهمیت آن و هم‌چنین تسلیم آثار پرشماری وجود دارد، اما کم‌تر نویســـنده‌ای در پژوهشی مستقل و نســـبتا مفصل به موضوع مقایسه قبض و تســـلیم و آثار یگانه یا متمایز دانستن این دو مفهوم پرداخته است. ظاهرا تنها مقاله‌ای که پیش‌تر در این‌باره نوشـــته شده اســـت مقاله‌ای تحت عنوان «تفاوت و آثار عملی قبض و تســـلیم در عقود معاوضی» نوشـــته آقایان اصغر عربیان و حسن خدابخشی می‌باشـــد. مقاله مذکور تفاوت قبض و تســـلیم را حقیقی و واقعـــی می‌داند؛ بنابراین دیدگاه‌هایـــی را که این دو مفهوم را دو چهره از یـــک حقیقت واحد می‌داند، چندان دقیق نمی‌داند. اما در مقاله‌ای که اکنون تقدیم می‌شـــود، وجوه اشتراک و افتراق قبض و تســـلیم به طور جداگانه دســـته‌بندی و تبیین شده اســـت. همچنین برخلاف مقاله پیش‌گفته، دیدگاه یگانگی دو مفهوم قبض و تســـلیم را ترجیح داده و استدلال‌هایی را

که افتراق حقیقی و واقعی قبض و تسلیم را نشان می‌دهد، مورد انتقاد قرار می‌دهد. در این راستا ابتدا به کاربردهای عملی موضوع و سپس تبیین وجوه افتراق یا شباهت قبض و تسلیم و بررسی دیدگاه‌های صاحب‌نظران پرداخته خواهد شد و پس از آن دلایل ترجیح دیدگاه وحدت قبض و تسلیم بیان می‌شود.

۱. کاربردهای تمیز مفهوم قبض از تسلیم

بحث درباره وحدت یا افتراق قبض و تسلیم صرفا جنبه نظری ندارد ، بلکه دارای کاربردهایی نیز می‌باشد که در این مبحث به آن پرداخته خواهد شد.

۱-۱. آثار عدم تسلیم توابع و ملحقات مبیع

یکی از کاربردهای بحث در مورد افتراق یا وحدت دو مفهوم قبض و تسلیم، در مورد تعهدات فرعی یعنی جایی است که عین مبیع تسلیم شده، اما تعهدات فرعی انجام نشده است؛ مانند آن‌که هواپیمایی فروخته شود و به دست خریدار برسد ولی تعهد به تسلیم اطلاعات لازم برای بهره‌برداری از آن مال پابرجا است؛ یا این‌که تلویزیونی تحویل داده می‌شود، ولی چند سیم و فیش برای راه‌اندازی آن تحویل خریدار نشده است. در موارد این‌چنینی ممکن است این سوال مطرح شود که ملاک تحقق قبض و انتقال ضمان معاوضی، قبض عین مبیع (بدون در نظر گرفتن توابع و ملحقات) می‌باشد یا این امر پس از تسلیم ملحقات و توابع مبیع محقق می‌شود. به نظر می‌رسد با توجه به ظاهر و مبانی ماده ۳۸۷ قانون مدنی زمان قبض عین مبیع (بدون توابع و ملحقات آن)، مناط انتقال ضمان معاوضی می‌باشد. با پیروی از دیدگاه افتراق ماهوی می‌توان گفت با قبض عین مبیع بدون متعلقات، قبض محقق شده است و آثار قبض مثل انتقال ضمان معاوضی برقرار می‌شود ولی به دلیل عدم تسلیم برخی توابع مبیع مثل اسناد و مدارک یا لوازم جانبی، تسلیم که فعل بایع است، محقق نشده است.

۱-۲. کراهت فروش مال قبل از قبض آن

از کاربردهای دیگر این بحث، در مورد کراهت بیع قبل از قبض آن از جانب بایع است؛ زیرا در تفسیر روایت نبوی «... لا تبع ما لیس عندک» (حر عاملی، ۱۸/۱٤۱٤: ٤۷) برخی فقها قائل به کراهت فروش مالی که بایع هنوز آن را قبض نکرده است شده‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۳۷۱: ۲۹۷). این سؤال پیش می‌آید در

مواردی همچون فروش کالا در حمل آیا با صرف تسلیم از جانب خریدار به متصدی، کراهت فروختن مال توسط مشتری رفع می‌شود یا این‌که حتماً باید به قبض حقیقی او برسد.

۳-۱. مزاحمت شخص ثالث در اجاره

کاربرد دیگر این بحث در بررسی ماده ٤٨٨ قانون مدنی است که بیان می‌دارد: «اگر شخص ثالثی بدون ادعای حقی در عین مستاجره یا منافع آن مزاحم مستاجر گردد، در صورتی‌که قبل از قبض باشد، مستاجر حق فسخ دارد و اگر فسخ ننمود می‌تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت‌المثل به خود مزاحم رجوع کند، اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود، حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزاحم رجوع کند». اگر چه در نگاه اول ممکن است این‌طور به نظر آید که این ماده مبتنی بر دیدگاه کفایت تسلیم عین از تسلیم منفعت است، اما موضوع این ماده شخص ثالث است؛ لذا مفهوم مخالفش این است که موجر به دلیل استمرار منع وی از ایجاد مزاحمت دارای تعهد به تسلیمی مستمر است. با پذیرش دیدگاه استمرار و تدریج تسلیم منفعت در اجاره و در فرض منجر شدن مزاحمت شخص ثالث به ممتنع شدن قبض منفعت، می‌توان برخلاف نص ماده برای مستاجر حق فسخ قائل شد؛ بنا بر این دیدگاه به نظر می‌رسد که مستاجر به واسطه استمرار و تدریج تعهد موجر به تسلیم در صورتی که مزاحمت ثالث قبض منفعت را ممتنع سازد، حق فسخ اجاره را از زمان امتناع قبض منفعت داشته باشد. در مجموع اگر دیدگاه کفایت تسلیم از عین را بپذیریم و در عین حال به افتراق ماهوی قبض و تسلیم معتقد باشیم، می‌توان گفت تسلیم فعل موجر است و با تسلیم عین مستاجره پایان می‌یابد و قبض فعل مستاجر است و از این جهت مزاحم تنها فعل مستاجر (قبض منفعت) را مختل می‌نماید و این مزاحمت ربطی به فعل موجر (تسلیم منفعت) ندارد؛ از این رو خلل در فعل مستاجر نباید به موجر که تعهد خود (تسلیم عین مستاجره) را انجام داده است خلل وارد آورد.

این استدلال که مبتنی بر دیدگاه افتراق ماهوی قبض و تسلیم از یکدیگر می‌باشد اگر چه می‌تواند مفاد ماده ٤٨٨ را توجیه نماید، اما این مفاد قابل انتقاد است: اولا از لحاظ ادبی و نگارشی روشن است که واژه قبض در این ماده به معنای قبض عین مستاجره است، در واقع از لحاظ ادبی و سیاق متن واضح است که واژه قبض

در ماده مذکور به معنای تسلیم عین مستاجره می‌باشد؛ زیرا اگر معنای قبض در این ماده غیر از این بود و معنای قبض تدریجی منفعت را داشت، دیگر مزاحمت بعد از قبض وجود نداشت؛ چون در آن صورت هر مزاحمتی قبل از قبض بود. از جهتی دیگر مفهوم مخالف شق اول ماده ٤٨٨ و مفهوم اولویت شق دوم آن، این افاده را دارد که مزاحمت موجر در تمام مدت اجاره موجبات خیار فسخ را برای مستاجر فراهم می‌سازد.

این تعارض میان مفهوم موافق و مخالف ماده ٤٨٨ قابل تامل است؛ زیرا اولی معیار کفایت تسلیم عین از تسلیم منفعت را برگزیده و دومی بر مبنای عدم کفایت تسلیم عین از تسلیم منفعت استوار است. مفاد موادی مانند ٤٨٠، ٤٨٣ و ٤٨٤ قانون مدنی نیز دیدگاه عدم کفایت تسلیم عین از تسلیم منفعت را توجیه می‌کند. در مورد این تعارض به دو گونه می‌توان نظر داد:

در ابتدا می‌توان گفت تسلیم منفعت با تسلیم عین مستاجره محقق می‌شود، ولی قبض آن تدریجی است. مزاحمت موجر بعد از تسلیم اثر قهقرایی بر تسلیم دارد و تسلیم را منتفی می‌سازد، پس به مستاجر حق خیار می‌دهد، اما مزاحمت ثالث مبتنی بر قبض است که جدا از تسلیم است و چون قبض فعل مستاجر است امتناع قبض منفعت، مستاجر را بر موجر نسبت به خیار فسخ مستولی نمی‌کند. روشن است که این استدلال بر دیدگاه تمایز ماهوی قبض و تسلیم استوار است.

در اظهار نظری متفاوت می‌توان گفت مزاحمت ثالث در اثنای اجاره نوعی تلف مورد عقد (منفعت) قبل از قبض می‌باشد و می‌توان در تفسیر ماده ٤٨٨ از مناط تلف مبیع قبل از قبض بهره برد؛ زیرا اگر چه با توجه به عبارت «بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع»، ظاهرا قانون مدنی تنها اتلاف مبیع از جانب شخص بایع را از قلمروی ماده ۳۸۷ خارج نموده است و با این تفسیر می‌توان قائل به انفساخ عقد در فرض تلف مبیع به‌وسیله شخص ثالث شد (محمدی، ۱۳۹۳: ۲۵۰)، ولی بر اساس شهرت فتوایی گسترده بهتر است گفته شود ماده ۳۸۷ تنها ناظر به موردی است که تلف مبیع در اثر حادثه طبیعی و خارجی باشد؛ بنابراین در صورت تلف مبیع به وسیله شخص ثالث قبل از قبض اعطای حق خیار تخلف از شرط یا مطالبه خسارت از ثالث به نظریه انفساخ ترجیح دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۹۸). مفاد ماده ٤٨٨ را نیز می‌توان بر همین

اســـاس تفسیر نمود؛ لذا نیازی نیســـت در توجیه ماده مزبور به دیدگاه افتراق قبض و تسلیم متوسل گردیم.

با این تفاســـیر بهتر به نظر می‌رســـد که حکم مـــاده ٤٨٨ تغییر کند و با توجه به دیدگاه یگانگی قبض و تســـلیم و اســـتمرار و تدریج این دو مفهوم در عقد اجاره، در صورت مزاحمت ثالث نیز به مســـتاجر حق فســـخ اعطا شـــود؛ زیرا هدف غایی مستاجر از قرارداد اجاره، اســـتیفای منافع است که با مزاحمت ثالث منتفی یا حداقل متعســـر می‌گردد. در واقع چون منافع عین مســـتاجره تدریجی است، مزاحمت ثالث پس از زمان مزاحمت به نسبت مدت زمان مزاحمت، فوت منفعت و تلف مورد عقد محسوب می‌شود و به خاطر تلف بعض مورد عقد قبل از قبض، اعطای خیار فسخ به مستاجر ارجح به‌ن ظر می‌رسد.

فایده دیگر بحث در موردی است که طبق ماده ۳۸۷ قانون مدنی، بایع مبیع را به حاکم یا قائم‌مقام خریدار تســـلیم می‌کند و این‌گونه قبض حکمی محقق می‌شـــود. در این حالت اگر خریدار ثمن را پرداخت نکند، این ســـوال پیش می‌آید که آیا بایع می‌تواند با وجود تســـلیم به حاکم یا قائم‌مقام، مبیع را برای استفاده از حق حبس باز ستاند. در پاسخ می‌توان گفت حق حبس دائر مدار نپرداختن عوض است و باید آن را استصحاب نمود. اگر چه ممکن است با استناد به نظر افتراق قبض و تسلیم، استدلال شـــود با ســـپردن مبیع به حاکم یا قائم‌مقام تنها تســـلیم رخ داده و قبض آن منوط به دریافت حقیقی مشـــتری است، ولی این نظر پذیرفتنی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا با تسلیم مبیـــع به حاکـــم یا قائم‌مقام قبض حکمی تحقق می‌یابد و بـــا توجه به این‌که قبض و تسلیم حقیقت عرفیه می‌باشند وقوع آن مربوط به عالم جعل و اعتبار است و در امور اعتباری، موضوعی یا حکمی بودن امر موضوعیت ندارد.

٤-۱. زمان سقوط حق حبس بایع

یکی دیگر از کاربردهای بحث در مورد یگانگی یا جدایی قبض و تســـلیم، در مورد چگونگی پایان تکلیف بایع در مورد تسلیم مبیع می‌باشد. گروهی بر این باورند که قبض و اقباض مانند کسر و انکسار دو مفهوم لاینفک و جدانشدنی هستند و تخلیه مبیع (تســـلیم) بدون استیلا بر آن، اقباض و تســـلیم حقیقی نخواهد بود (خوانساری، ۳/۱٤۰۵: ۱۹٦). به عبارتی قبض و تســـلیم را دو روی یک سکه و دو جنبه گوناگون

از یک حقیقت می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱٦٦؛ امامی، ۱/۱۳۸۷: ٤٤٩). گروهی دیگر که دو مفهوم فوق را از هم جدا می‌کنند، آن‌ها را در ذات نیز متمایز می‌دانند و تفاوت آن‌هـــا را یک تفـــاوت حقیقی قلمداد می‌کنند و در بحث آثار تســـلیم و قبض، انتقال ضمان معاوضی را متوقف بر تسلیم می‌دانند، ولو این‌که قبض از سوی مشتری محقق نشود و این نشان می‌دهد که تغایر این دو مفهوم قبض و اقباض نزد فقها مسلم است (عربیان و خدابخشی، ۱۳۹۰: ۱۱۳).

۵-۱. زمان پایان تکلیف بایع در مورد تسلیم

یکی دیگر از کاربردهای بحث در مورد یگانگی یا جدایی قبض و تســـلیم در مورد زمان پایان تکلیف بایع در مورد تسلیم مبیع است. این نکته اهمیت فراوانی دارد؛ زیرا با توجه به این‌که قبض در شـــماری از اعمال حقوقی شرط صحت و در پاره‌ای شرط لزوم اســـت، ممکن است پذیرش هر یک از دیدگاه‌های یگانگی یا جدایی این دو مورد، اثر حقوقی متفاوتی را رقم زند.

۲. شباهت‌های قبض و اقباض

قبض و تســـلیم دو مفهوم مرتبط هســـتند که در بسیاری از موارد با هم به کار می‌روند. از این رو روشـــن است که میان این دو مفهوم شباهت‌هایی وجود دارد. در این مبحث به این شباهت‌ها پرداخته خواهد شد.

۱-۲. از منظر ماهیت حقوقی

در نفس این‌که عمل تســـلیم و به تبع آن قبض دارای ماهیت حقوقی است یا عمل مادی صرف، اختلاف است. این اختلافات در مواردی که مال مورد تسلیم عین معین اســـت و نیز مواردی که تسلیم رکن عقد نیست و صرفا اثر عقد است خفیف‌تر است. با توجه به این‌که برخلاف مال کلی فی الذمه که معمولا دخالت بایع در تسلیم نقـــش دارد، در عین معین تعیین مصداق وجود نـــدارد، در واقع اکثرا معتقدند قبض و تســـلیم صرفا یک ایفای تعهد و یک عمل مادی فاقد ماهیت حقوقی مســـتقل است (شهیدی، ۱۳۸۳: ۳۵؛ امامی، ۱/۱٤۰۱: ٤۳٤؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۵۷)؛ زیرا قانون مدنی در ماده ۳۳۸ عقد بیع را تملیکی دانسته و در بند ۳ ماده ۳٦۲ الزام بایع به تسلیم مبیع را از آثار عقد دانســـته اســـت نه رکن آن. از نظر قانون مدنی ماهیت عقد بیع تملیک اســـت و تســـلیم مبیع مربوط به مرحله اجرای تعهدات ناشی از بیع است که با تسلیم

که عملی اســـت مادی، صـــورت می‌گیرد (جعفری لنگـــرودی، ۱۳۹۹: ۱۹). در این فرض تنها نقشی که مـــی‌توان برای تسـلیم مبیع در نظر گرفت، استـقرار تام تمـلیک و تکمیل مقتضی آن اسـت (قنبری، ۱۳۷۲: ٦)، اما تردیـدها جایی فـزونی می‌یابد که مبیع کلی باشـــد. دلیل تردید این است که در فرض مذکور با توجـــه به تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی[1] و عدم امـکان تعیین مصـداق فوری مبیـع به محض انعقاد عقد این ابهام به وجود می‌آید که بیع مال کلی فی الذمه عهدی اســت نه تملـــیکی (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۱). برای برطرف کردن این ابهام برخی از حقوق‌دانـــان چـــنین نظر داده‌اند که در اثر انعقاد عـقد بیع کلی فی الذمه دو اثر حـقوقی مستـقل هـم‌زمان ایجاد می‌شود. در وهله نخسـت دینی برای بایع ایجـاد می‌شود که باید به آن وفـا کند و در وهلـــه دوم او فرد مورد نظر خود را از مال کلی فی الذمـه برمی‌گزینـد و آن را به مشـتری تملـیک می‌کند (امامی، ۱/۱٤۰۱: ٤۸۸)؛ بنابراین می‌توان گفت ایشان عمل تسلیم را موجب تملیک می‌دانند و نتیجتا تسلیم را در باید عمل حـقوقی مستقلی در نظـــر بگیریم که با قبض صورت می‌پذیرد (امامی، ۱/۱٤۰۱: ٤٥۱). اما در انتقاد از این نظر می‌توان گفت با توجه به این‌که مقتضای تملیک پیش از تسلیم و با انعقاد عقد به وجود آمده و زمینه آن فراهم اســـت تعهد ناشی از قرارداد ناظر به تملیک مبیع نیست بلکه ناظر به تعیین مصداق آن اســـت (کاتوزیـــان، ۱۳۹۲: ۳٤)؛ بنابراین صرف تعیین مصداقی که اثر موجد تملیک ندارد را نمی‌توان عمل حقوقی مســـتقل شمرد. در تایید نظر فوق می‌توان از این نکته بهره برد که لزومی ندارد تعیین مصداق همیشـــه با اراده فروشـــنده صورت پذیرد بلکه در فرضی که همه مصداق‌های کلی جز به میزانی که به فروش رفته اســـت، تلف شـــود، تملیک قهرا انجام می‌شود و نیز در موردی که طلب ناشـــی از قرارداد بیع با دین هم‌جنس خریدار تهاتر می‌شـــود، اراده خریدار در تعیین مصداق نقشی ندارد. این خود مثال نقضی بر دیدگاه عمل حقوقی بودن تسلیم می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۵).

افزون بر آن به طور کلی وفای به عهد را نمی‌توان عمل حقوقی مستقل شمرد؛ زیرا به دلیل امکان اجبار و الزام متعهد به وفای به عهد و نیز مشروعیت وفای به عهد

۱. ماده ۱۸۳ قانون مدنی: عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.

در فرضی که طلبکار خود به موضوع تعهد دســـت یابد یا زمانی که شخص ثالثی دین را ایفا می‌کند و مـــوارد مانند آن، نقش جوهره اصلی قرارداد که همان آزادی انتخاب و تراضی اســـت در آن کم‌رنگ است و چه بســـا در موارد یادشده وجود ندارد و نیز می‌توان افزود بـــا توجه به ماده ۲۷۳ [۱] نمی‌توان نقـــش چندانی برای رضای متعهدله متصور بود و از این جهـــت نیز جنبه مراضاتی قرارداد در وفای به عهد وجود ندارد. شـــایان ذکر است، شرطیت اهلیت در تســـلیم را نمی‌توان دال بر عمل حقوقی بودن تسلیم دانست. زیرا مبنای شرطیت اهلیت در این مورد به خاطر حمایت از محجورین است نه این‌که تسلیم از جمله اعمال حقوقی باشد (کاتوزیان، ۱۳۹٤: ۲۰٤)؛ چه این‌که در اقرار و افراز نیز اهلیت شرط است در حالی‌که مسلم است این دو از جمله اعمال حقوقی نیســـتند؛ زیرا ماهیت آن‌ها اخباری است نه انشایی؛ بنابراین نمی‌توان هر عمل قصدیه‌ای را دارای ماهیت انشـــایی دانست (اکرمی ابرقویی، ۱۳۸۹: ٤٥). در پاره‌ای از قراردادها قبض شـــرط صحت و رکن عقد محسوب می‌شود مانند هبه، وقف، رهن. حال باید دید که آیا این رکنیت، تسلیم را به یک عمل حقوقی مستقل تبدیل می‌سازد و به آن ماهیت حقوقی می‌بخشـــد یا خیر. عمل حقوقی بودن تسلیم در عقود عینی را می‌توان با دو استدلال مطرح نمود: اول وجوب اهلیت در قبض در عقود عینی که هم در کلام فقها روشن است (موسوی خمینی، ۱۳۹۵: ۲٤۲) و هم از منظر قانون مدنی با وجود مواد ٦۳ و ۷٦۹ در آن شکی نیست و دوم شرطیت اذن در قبض در عقود عینی که از ماده ۷۹۸ قانون مدنی برمی‌آید. در رد دو اســـتدلال پیش‌گفته باید گفت اولا، در مورد اهلیت، مبنای لزوم اهلیت داشـــتن در قبض انشـــایی بودن آن نیست بلکه برای حمایت از محجور است (کاتوزیان، ۱۳۹٤: ۲۰٤)؛ ثانیا، در مورد شرطیت اذن می‌توان گفـــت که لزوم قبض در عقد عینی به خاطر این اســـت که مهم‌ترین دلیل عینی بودن پاره‌ای از عقود غیرمعوض بودن آن‌ها اســـت (شیروی، ۱۳۹٦: ٤۲) و شرطیت قبض در این نوع قراردادها ترتیبی اســـت که قانون‌گذار برای شخص فراهم آورده است تا سنجش بیشتری نماید و در صورت پشیمانی بتواند تا قبل از قبض از کار خود برگردد (شـــیروی، ۱۳۹٦: ٤۳). با این اوصاف می‌توان اظهار داشت قبض مال در عقود عینی

۱. ماده ۲۷۳ قانون مدنی: اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به‌وســـیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم‌مقام او بری می‌شـــود و از تاریخ این اقدام، مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.

که جزو احسانات هستند، بدون اذن صاحب مال نوعی استیلا بر فرد محسن است و چنین استیلایی با مفاد قاعده احسان در تقابل است (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۳۰۷). در مجموع می‌توان گفت در قبض و تسلیم چه در عقود رضایی و چه در عقود عینی، اذن جوهره امر نیست بلکه جنبه عارضی و حاشیه‌ای دارد و نمی‌توان اذن را موجد ماهیت حقوقی دانست.

۲-۲. معیار عرفی داشتن

یکی از روشن‌ترین مشابهت‌ها میان دو مفهوم قبض و تسلیم این است که هر دو حقیقتی عرفی دارند. در واقع ضابطه قبض و تسلیم همان ضابطه عرفیه می‌باشد. ضابطه‌های مختلفی که راجع به قبض و تسلیم عنوان شده است هیچ‌یک موضوعیت ندارد. در واقع به اعتبار اوصاف مبیع ضوابطی چون تخلیه مبیع، گرفتن با دست، سپردن کلید در برخی اموال، استیلا و گرفتن افسار مطرح شده است (شیخ طوسی، ۲/۱۳۵۱: ۱۲۰؛ ابن حمزه، ۱٤۰٤: ۲۷۹؛ اردبیلی، ۱۳٦۲: ۵۱۲؛ محقق‌کرکی، ٤/۱٤۰۸: ۳۹۱-۳۹۲؛ خویی، ۷/۱٤۱۲: ۵۲۸؛ اراکی، ۲/۱٤۱۵: ۳۷۱؛ سبحانی، ۱٤۱٤: ٦۸۸)؛ بنابراین قبض و تسلیم دو مفهوم عرفی است که باید آن را از عرف اتخاذ کرد و حقیقت آن، همان تسلط و استیلا بر مال می‌باشد (نجفی، ۲۳/۱٤۰٤: ۱۵۵).

۳-۲. ارتباط کامل و منشا واحد

یکی دیگر از روشن‌ترین مشابهت‌های بین دو مفهوم ارتباط کامل آن‌ها با یکدیگر و داشتن منشا واحد است. این مشابهت‌ها به قدری بدیهی است که توضیح بیشتر چندان ضروری به نظر نرسد. این نکته در آیین دادرسی مدنی و حقوق بین‌الملل خصوصی دارای کارایی است. در آیین دادرسی مدنی داشتن منشا واحد و ارتباط کامل در پاره‌ای از مواد مورد اشاره قرار گرفته است که از آن جمله می‌توان به مواد ۹۸، ٦۵ و ۱۰۳ این قانون اشاره نمود. این مقررات در قانون آیین دادرسی مدنی در راستای اهداف حقوق شکلی است؛ زیرا یکی از مهم ترین اهداف قوانین شکلی را «ایجاد نظم و ترتیب در راستای تحقق عدالت قضایی» دانسته‌اند (کشاورزی ولدانی ، ۱٤۰٤ : ۱۱) و وجود این مقررات می‌تواند برای فرایند دادرسی انتظام بخش باشد. در مورد حقوق بین‌الملل خصوصی نیز توجه به ارتباط کامل داشتن قبض و تسلیم در

بحث اعمال نظریه تعدد قوانین (دپســـاژ[1]) در روند انتخاب قانون حاکم دارای اهمیت است. دپساژ که در لغت به معنای پاره پاره کردن است (Garner,2009: 503)، فرایند تقطیع یک موضوع واحد حقوقی به قسمت‌های مجزا و مستقلی است که هر قسمت تحت حاکمیت قانون حاکم مختلفی قرار دارد (کریمی، ۱۳۹٦: ۱۳۰). تئوری دپساژ به مورد تایید حقوق‌دانان مختلف صاحب‌نظر در حقوق بین‌الملل خصوصی به ویژه در آمریکا و اروپا قرار گرفته اســـت قرار گرفته است (مافی و مجتهدزاده، ۱٤۰۲: ۲۲٦). این تئوری در صورتی ممکن اســـت که قرارداد به طور منطقی قابل تجزیه و تفکیک باشد. به عنوان مثال یک قانون را برای تفسیر قرارداد انتخاب کنند و قانون دیگری را برای سقوط تعهدات قراردادی تعیین کنند (امیرمعزی، ۱۳۹۱: ۱٦۸)؛ بنابراین اگر چه دپساژ به‌طور کلی نظریه پذیرفته شـــده‌ای در نظام حقوق بین‌الملل خصوصی کنونی می‌باشـــد، ولی با توجه به اســـتثنای مذکور نمی‌توان در مورد قبض و تسلیم قائل به اعمال این نظریه شـــویم و در مورد هر یـــک از این دو مورد در قراردادی واحد قائل به اعمال دو قانون جداگانه شـــویم؛ زیرا قبض و تسلیم در یک قرارداد نمونه بارز دو امر مرتبط می‌باشند.

۳. تفاوت‌های قبض و تسلیم

با دقت و تأمل در دو مفهوم قبض و تسلیم می‌توان دریافت این دو مـــفهوم تمایزهایی دارند که در این مبحـــث به آن‌ها می پردازیـــم تا در ادامه بـــررسی شود که آیا این موارد می‌تواند به یگانگی قبـــض و تســـلیم در حقوق ایران خدشه وارد کند یا خیر.

۱-۳. از منظر ضمانت اجرا

فایده تســـلیم برای مشتری جنبه عملی و اقتصادی دارد؛ زیرا او می‌خواهد در موعد مناســـب به مورد معامله دست یابد و از آن بهره‌مند شود، اما فایده وقوع تسلیم و به قبض رســـاندن مورد معامله برای بایع کاملا متفاوت است. قبض مبیع برای بایع از لحاظ انتقال ضمان معاوضی مهم است؛ زیرا ریسک ناشی از تلف احتمالی مبیع که هر لحظه ممکن اســـت به او آسیب برســـاند و او را از اخذ قیمت مبیع محروم سازد، با قبض مبیع از جانب مشتری منتفی می‌شود، به همین اعتبار قبض و تسلیم از لحاظ

1. Dépeçage

ضمانـــت اجرا با یکدیگر تفاوت اساســـی دارند. در صورت خـــودداری و تعلل بایع نســـبت به تســـلیم مبیع طبق قواعد عمومی قراردادها، بایع را می‌توان به تسلیم مورد تعهد ملزم نمـــود و قواعد عمومی اجبار را اجرا نمود، امـــا در مورد ضمانت اجرای قبض لزومی ندارد برای این‌که بایع از ریســـک ناشـــی از ضمان معاوضی فارغ شود، مشـــتری را به زور وادار به قبض مبیع نماییم بلکه با پذیرفتن نظریه قبض حکمی این غرض حاصل می‌شود. ماده ۳۸۷ مقرر می‌دارد: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر این‌که بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم‌مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود». بر اساس بند دوم ماده پیش گفته که بیان‌گر قبض حکمی است، ایـــن نهاد حقوقی (قبض حکمی) به دلایـــل مختلفی هم‌چون قاعده نفی حرج، قاعده اقدام و لاضرر در موارد مشخص برای بایع وضع شده است.

بنابراین در عقود غیرمعاوضی مثـــل عاریه و هبه حتی اگر معیر و واهب عین مورد نظررا به منظور بهره‌گیری متهب یا مستعیر به حاکم تسلیم کند، تا زمانی که مال به قبض حقیقی آن‌ها در نیامده، مال از جانب تســـلیم‌کننده قابل بازستاندن است؛ زیرا اولا، مبنـــای قبض حکمی قاعده نفی حرج، لاضرر و قاعده اقدام اســـت که این مبنا در این فرض منتفی اســـت؛ ثانیا، ولایـــت حاکم بر ممتنع در این مورد جهت حمایت از تســـلیم‌کننده وضع شده اســـت و نباید علیه او به‌کار گرفته شود؛ ثالثا، ظاهرا الزام فرد به تســـلیم مبیع در چنین فرضی با مفاد قاعده احســـان تعارض دارد، اما بر اساس برخـــی نظریات فقهی می‌توان در عقـــد وقف و صدقه قبض حکمی را برای واقف و صدقه‌دهنده نیز الزام‌آور دانســـت؛ زیرا این دسته از فقها به خاطر وجود منافع معنوی، تقرب واقف و صدقه‌دهنده را به عنوان عوض دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱/۱٤۱۲: ۲٦۷)؛ بنابراین اگر آن‌طور که دســـته‌ای از فقها گفتند معوض بودن چنین عقودی را بپذیریم نمی‌توان به حق داشـــتن واقف یا صدقه دهنده در بازستاندن مال تسلیم‌شده به حاکم قائل شد.

بـــه هر حال این پرســـش را می‌توان مطرح نمود که آیـــا بایع می‌تواند پس از تســـلیم مال به حاکم و وقوع قبض حکمی مبیع را به دلایلی چون استفاده احتمالی از حق حبس بازستاند یا خیر. اگر به این سوال پاسخ مثبت دهیـــم می‌توان گفت، ولایت

حاکم در اینجا به منظور حمایت از بایع اســت تا از خطر تحـــمیل ضمان معاوضی مصون بماند (از جهت نفی حرج و ضرر او) و اگر بایع به طمع استفاده از حق حبس احتمالی و یا دلایلی از این دست مبیع را از نزد حاکم مسترد کند بر او حرجی نیست و در واقع او بازگشت خطر ناشی از ضمان معاوضی را با اقدام خود پذیرفته است و در مال خود تصرف می‌کند و خویش را از امتیاز قبض حکمی محروم ســاخته است. در فرضی که مشــتری ثمن را پرداخته یقینا پاســخ منفی است؛ زیرا با پرداخت ثمن حق حبســی برای بایع وجود ندارد تا با استناد به آن مبیع را نزد حاکم مسترد کند. در واقع موازنه تســلیم (مبیع) در برابر تسلیم (ثمن) صورت پذیرفته و عقد در مقام اجرا تحقق یافته است.

در مقابل مـــی‌توان گفت تـــسلیم مبیع به حاکم به منزله اسقاط ضمنی حق حبس اســت؛ بنابراین حاکم نباید مال را به بایع برگرداند؛ زیرا با ســقوط حق حبس دلیلی وجود ندارد که بایع مبیع را از حاکم پس بگیرد ؛ زیرا حق حبس نهادی ناشــی از حکم قانونگذار است و باید آن را استثنایی و خلاف اصل شمرد (شهیدی ، ۱٤۰۲: ۱٦۲).

۲-۳. تفاوت در تاثیر غرور و اشتباه

یکی از تفاوت‌های قبض و تســلیم قلمرو تاثیر غرور و اشــتباه است. تسلیم نتیجــه مادی و قهری اجرای تعهد اســت و ارتباطی با قصد انشــاء و اثر اراده ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹٤: ۲۰٤) در عقود معاوضی اذن بایع شــرط نیســت و ماده ۳۷٤ قانون مدنی نیز موید همین امر است و تردیدی باقی نمی‌گذارد. بایع اگر پس از فرا رسیدن موعد انجام تعهد مبیع را به اشتباه به خریدار تحویل دهد یا خریدار خود بر مال مورد معامله دســت یابد در صحت قبض او تردید نباید کرد. اگر چه در عقود غیرمعاوضی و عینی این قضیه وجود ندارد؛ زیرا ظاهرا قانون این حق را برای شــخص قائل شده است تا سنجش و تفکر کند (شیروی، ۱۳۹۸: ٤۳). با توجه به وجود قاعده تقاص[1] در فقه اسلامی، بدیهی اســت در صورتی‌که فروشنده مغرور واقع شود و در اثر آن مبیع را به خریدار تحویل دهد، این تسلیم صحیح است و او نمی‌تواند به استناد غرور مبیع

۱. بر مبنای قاعده تقاص، زمانی‌که صاحب حق به حاکم رجوع می‌کند ولی توان اثبات یا اجرای حق خود را ندارد، هر فردی که از وجود دین مطلع باشد می‌تواند احقاق حق کند (ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۹۰: ۲۹).

را پس بگیرد؛ زیرا خریدار مال خودش را گرفته ولو به وسیله مغرور ساختن بایع. اما در مورد قبض باید درباره قلمرو تاثیر اشتباه دقت بیشتری نمود؛ زیرا با قبض مبیع از جانب بایع ضمان معاوضی از بایع به مشتری منتقل می‌شود. مشتری باید توجه نماید که مال مورد معامله در اختیار او قرار گرفته است تا در محافظت از مبیع با توجه کامل بکوشـــد. یکی از حقوق‌دانان توجه قبض‌کننده به قرار گرفتن مال مورد معامله تحت اختیار خود را از عناصر قبض می‌داند؛ بنابراین اگر کسی گوسفندی بخرد و پس از آن فروشنده گوســـفند را بدون التفات خریدار در آغل او قرار دهد (به قدری که سیطره و چیرگی خریدار بر آن اطلاق شـــود)، قبض محقق نشـــده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ٥۲٦).

بـــا این اوصاف هنگامی‌که خریدار فریفته‌شـــده، در مبیع تصرف می‌کند بدین پندار که مال دیگری اســـت آن را از بین می‌برد، این عمل غرورآمیز در انتقال ضمان معاوض موثر نیســـت و استیلای بایع بر مبیع چنین اثری ندارد؛ زیرا می‌توان گفت در تلف مال بایع سبب اقوی از مباشر بوده است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۹۹). به عنوان مثال اگر میوه فروش به فردی یک کیلو ســـیب بفروشد و سپس آن فرد را دعوت کند و با همان ســـیب‌ها از او پذیرایی کند و خریدار نیز آن‌هـــا را بخورد، باید گفت غرور در چنین قبضی موثر است و اثر معاوضی آن را از بین می‌برد.

۳-۳. تمایز قبض و تسلیم وفق احکام عقد اجاره

قانون مدنی در ماده ٤۷٦ در بیان تکالیف موجر مقرر می‌دارد: «موجر باید عین مستاجره را تسلیم مســـتاجر کند ...» و سپس در ماده ٤۹۰ در بـیان تکالیـف مستاجر می‌گوید: «مسـتاجر باید ... ثالثا، مال‌الاجـاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر اسـت تادیه کند و در صـورت عدم تعـیین موعد نقدا باید بـپردازد». از جمع میان دو عبارت «عین مســـتاجره» در ماده ٤۷٦ و کلمه «مال‌الاجـــاره» که از نظر اصـول لفظی ظهور در کل مال‌الاجاره دارد، چنین به دست می‌آیـــد که قانون مدنی تسلیم منافع را تابـع عین مستاجره دانسته و از نظریه تـــبعیت منـافع از عین پیروی نموده است. از جهتی عرفیت مفهوم تسلیم و تبعیت کیفیت تسلـــیم از ماهیت مورد معامله در اینجا نمایان می‌باشد. در واقع معیار تســـلیم عین مسـتاجره به عنوان تسلیم منافع در کنار یکدیگر معیارهای عرفی تسلـــیم مثل معیار تخلـیه، نقل، وضـع ید، کیل، شمارش و امثال آن

قرار می‌گیرد.

موضع قانون مدنی در مورد قبض منافع در عقد اجاره متفاوت از تسلیم منافع در این عقد به‌نظر می‌رسد؛ زیرا ظاهرا قانون مدنی در مورد تلف شدن عین مستاجره و نیز قابلیت انتفاع از عین مستاجره که در حکم تلف آن است، معیار و مناط تلف مبیع قبل از قبض را برگزیده و بر همان اساس قائل به انفساخ اجاره از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده است.

ماده ٤٨٣ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر در مدت اجاره، عین مستاجره به واسطه حادثه‌ای کلا یا بعضا تلف شود، اجاره از زمان تلف نسبت به آن مقدار تلف شده منفسخ می‌شود و در صورت تلف بعض آن، مستاجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال‌الاجاره نماید». در ماده ٤٩٦ نیز بیان شد: «عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستاجره از تاریخ تلف باطل می‌شود و نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستاجر مقرر است، خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد». ماده ٤٨١ نیز عیبی را که خللی در انتفاع از عین مستاجره وارد آورد، در صورتی که نتوان رفع نمود، موجب بطلان (که در این‌جا ظاهرا به معنای انفساخ است) اجاره می‌داند. در واقع قانون‌گذار این مورد را در حکم تلف دانسته است (کاتوزیان،۱۳۹۲/۱: ٤٠٠). ماده ٤٨٠ بیان می‌کند: «عیبی که بعد از عقد و قبل از قبض منفعت در عین مستاجره حادث شود موجب خیار است و اگر عیب در اثنای مدت اجاره حادث شود، نسبت به بقیه مدت خیار ثابت است»؛ بنابراین اولا، از ترکیب اضافی «قبض منفعت» در این ماده برمی‌آید که قانون‌گذار قبض را مختص عین نمی‌داند و به منافع سرایت داده است؛ ثانیا، شق دوم این ماده نشان می‌دهد صرف تسلیم عین مستاجره (که طبق نظر مشهور به منزله تسلیم منافع عین مستاجره می‌باشد و طبق ماده ٤٩٠ از نظر پرداخت اجاره‌بها و سقوط حق حبس نیز تسلیم محسوب می‌شود) به معنای قبض منافع نیست و ظاهرا قبض منافع و تسلیم آن دو مقوله جدا است. در واقع تسلیم منافع از شؤون مربوط به موجر است که با تسلیم عین محقق می‌شود و از آثاری مثل استقرار و استحقاق اجاره‌بها و سقوط حق حبس از جانب مستاجر به محض تسلیم عین مستاجره بهره‌مند می‌شود، ولی آثار قبض منافع (ضمان معاوضی) امری جدا است که با مرور زمان و به صورت تدریجی

حاصل می‌شود.

در مقابل دیدگاه پیش‌گفته که موضع دوگانه قانون مدنی در مورد قبض و تسلیم مورد اجاره را بر مبنای افتراق ماهوی این دو نهاد توجیه می‌کند، دیدگاه‌های پرشمار دیگری وجود دارد که بر اساس دیدگاه وحدت و یگانگی قبض و تسلیم مورد اجاره ابراز شده است. این دیدگاه‌ها را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم نمود. دسته نخست تسلیم عین مستاجره را برای تسلیم مورد اجاره کافی می‌داند و آن دسته از مواد قانون مدنی را که با این نظر منافات دارد از قبیل مواد ٤٨٣، ٤٨٠ و ٤٨٤، استثنایی بر این ضابطه می‌شمرند. دیدگاه‌هایی هم‌چون عهدی بودن عقد اجاره (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۳۱)، انتقال صلاحیت انتفاع یا حق مالکیت بر منافع با تسلیم عین مستاجره (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳٦۱)، مورد اجاره بودن تسلیط مستاجر بر عین مستاجره (امامی، ۱٤۰۱: ۱۱۲) و پذیرش تسلیم عین مستاجره به عنوان تسلیم عرفی منافع (پارساپور و عیسائی تفرشی، ۱۳۹۵: ٦٤) در این دسته‌بندی قرار می‌گیرند. برخی دیگر نیز با توجه به استمراری و تدریجی بودن ماهیت مورد اجاره، قبض و تسلیم منفعت را امری مستمر و تدریجی می‌دانند و حکم قانون مدنی در مورد پرداخت اجاره‌بها و حق حبس موجر را استثنایی و ناشی از ضرورت می‌دانند (الشریف، ۱۳۹۰: ۱۹)؛ زیرا الزام موجر به صبر نمودن تا پایان مدت اجاره با قاعده‌هایی چون نفی حرج و لاضرر منافات دارد (مراغی، ۱٤۱۷: ۲٦۹؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۸۱–۱۸۰).

بنابراین دیدگاه‌ها در مورد کیفیت قبض و تسلیم مورد اجاره به سه دسته کلی تقسیم می‌شود: نخست، تدریجی و مستمر بودن قبض و تسلیم منافع در عقد اجاره؛ دوم، کفایت تسلیم عین برای تسلیم منافع در عقد اجاره و سوم، افتراق قبض و تسلیم مورد اجاره با یکدیگر (آنی بودن تسلیم و استمرار قبض). طبق دسته‌بندی مذکور و با توجه به این‌که اکثریت قریب به اتفاق صاحب‌نظران پیرو دیدگاه‌های اول و دوم هستند و دیدگاه سوم شاذ محسوب می‌شود، بهتر است گفته شود موضع دوگانه قانون مدنی در مورد قبض و تسلیم منافع به خاطر وجود یک قاعده کلی و استثنایی بودن حکم دیگر است نه افتراق ماهوی قبض و تسلیم؛ لذا به‌نظر نمی‌رسد از مقررات دوگانه قانون مدنی در مورد قبض و اقباض مورد اجاره، بتوان افتراق ماهوی قبض و تسلیم را استنباط نمود.

٤-۳. تفاوت در اهمیت

اساسا تسلیم عمل بایع است و قبض عمل مشتری. در فقه امامیه در مبحث بیع که نماد عقود معاوضی می‌باشـــد گویی کفه بایع سنگین‌تر از کفه مشتری است؛ زیرا از دیدگاه برخی فقها تملیک که جوهره و مقتضای ذات عقد بیع تملیک مبیع اســـت از سوی بایع است و حقیقت عمل مشتری تملک است که تملیک ثمن در آن ضمنی اســـت (انصاری، ۳/۱٤٤۳: ۱۲-۱۳)[1]. به همین خاطر بعضی از فقها تقدیم ایجاب بر قبول را شـــرط دانسته‌اند (اردبیلی، ۸/۱۳٦۲: ۱٤٥). در مورد حق حبس نیز برخی فقها اعتقاد دارند ابتدا بایع به تسلیم مبیع اجبار می‌شود، سپس مشتری به تسلیم ثمن؛ زیرا ثمن تابع مبیع اســـت، اگر چه این نظر در اقلیت است (شهید ثانی،۱/۱٤۱۲: ٤٤٥). در مـــورد ضمان معاوضی نیز قانـــون مدنی در ماده ۳۸۷ در مورد تلف مبیع قبل از قبض بحث نموده ولی اســـمی از تلف ثمن قبل از قبض نیاورده و همین امر موجب شـــده اســـت تا در مورد استثنایی بودن یا مطابق قاعده بودن حکم مقرر در این ماده اختلاف شود (کاتوزیان، ۱٤۰۰: ۳٤۱). در مورد خیار حیوان نیز قانون مدنی مقرر داشته است: «اگر مبیع حیوان باشـــد مشـــتری تا سه روز از حین عقد حق فســـخ معامله را دارد». اســـتفاده از واژه مبیع و سکوت مقنن در مورد ثمن این تردید را به وجود آورده است که اگر ثمن حیوان باشـــد، می‌توان از این خیارات استفاده نمود یا خیر؟این اندیشه که بایع به دلیل ابتکار عمل خویش و این‌که تملیک‌کننده اصلی اوســـت، کفه ســـنگین‌تر قرارداد را دارد در حقوق مدنی ایران بی‌نفوذ نیســـت. در حقوق تجارت بین‌الملل نیز همین امر به چشم می‌خورد.

در کنوانســـیون بیع بین‌المللی مصوب ۱۹۸۰ وین[2] تعهدات تکمیلی بایع ذیل عنوان تســـلیم کالا مطرح می‌شود (مواد ۳۰ تا ٤٥ کنوانسیون). در کنوانسیون تعهداتی چون تسلیم مدارک و تحویل آن‌ها و مطابقت مادی و حقوقی کالا جملگی ذیل عنوان تسلیم است و از توابع تسلیم کالا به‌شمار می‌آید. طبق ماده ۹۱ قانون متحدالشکل بیع

---

۱. عبارت مرحوم شـــیخ انصاری در مکاسب چنین است: « فالأولی تعریفه (یعنی البیع) بأنّه: «إنشاء تملیک عین بمال»، و لا یلزم علیه شـــیء ممّا تقدّم. نعم، یبقی علیه أمور ... و منها: صدقه علی الشراء؛ فإنّ المشتری بقبوله للبیع یملّک ماله بعوض المبیع. و فیه: أنّ التملیک فیه ضمنیّ و إنّما حقیقته التملّک بعوض و لذا لا یجوز الشراء بلفظ «ملّکت»، تقدّم علی الإیجاب أو تأخّر».

2. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Vienna, 11 April 1980.

بین‌المللی (۱۹٦٤)، مطابقت کالا از توابع تسلیم شمرده می‌شد . این امر تحت‌تاثیر ماده ۳۰٦۱قانون مدنی فرانسه بود؛ در واقع از دیدگاه مواد ٤۰٦۱ و ۳۰٦۱ قانون مدنی فرانسه، هرگونه عدم مطابقت به منزله نقض تعهد به تسلیم و در نتیجه نقض قرداد است (Ghestin: 1990: 748). این مطلب با نظام حقوقی کامن‌لا مخالف بود و مورد انتقاد حقوق‌دانان انگلیسی قرار گرفت . آن‌ها معتقد بودند چگونه ممکن است تحویل کالای معیوب تسلیم به حساب آید در حالی‌که کالا در تصرف مشتری است و حتی آن را تلف یا مصرف کرده است (Honnold: 1991: 290)، اما در کنوانسیون وین با مطابقت داشتن کالا از ذیل عنوان تسلیم کالا جدا شد و صورتی مستقل پیدا نمود (صفایی و همکاران، ۱٤۰۱: ۸۵). اگر چه مطابقت دیگر جزو توابع تسلیم در کنوانسیون نیست اما در مواردی چون تسلیم پیش از موعد، تسلیم بیش از مقدار و تسلیم کم‌تر از مقدار، هم‌چنان مساله قبض کالا به تبعیت از تسلیم مورد بحث قرار می‌گیرد و قبض در چنین مواردی تحت تاثیر تسلیم می‌باشد.

۵-۳. تفاوت در قلمرو شمول

تسلیم در حقوق دو اصطلاح دارد که یکی نسبت به دیگری اعم محسوب می‌شود. آن‌چه با کاربرد عرفی و روزمره تسلیم هم‌خوانی دارد به معنای تحویل و به تصرف دادن عین به دیگری است. قانون مدنی در ماده ۲۱٤ که از تسلیم مال در کنار ایفای عمل سخن گفته است به این کاربرد از تسلیم نظر داشته است. برخلاف این معنای عرفی و مضیق از مفهوم «تسلیم» که صرفا تحویل و اعطای عین خارجی را به ذهن متبادر می‌سازد، تسلیم در اصطلاح فقها را می‌توان معادل اجرای تعهد ناشی از عقد در حقوق امروزی دانست (عربیان و خدابخشی، ۱۳۹۰: ۱۰٦)؛ بنابراین برخلاف تصور ابتدایی، تسلیم محدود به قبض و اقباض اموال نیست بلکه شامل هرگونه ایفای تعهد موضوع عقد و تحقق بخشیدن به مضمون آن نیز می‌گردد، اما قبض قلمرو شمول خاص خود را دارد و از این لحاظ با تسلیم متفاوت است. با توجه به نهاد فقهی و حقوقی «قبض حکمی» برخی صاحب‌نظران تحت شرایطی و در برخی موارد هم‌چون بیع سلم، پرداخت ثمن از طریق حواله، ضمان وثیقه و تهاتر را نوعی قبض (قبض حکمی) دانسته‌اند (محقق داماد و حدادی منش، ۱۳۸۹: ۲۲). تلف مبیع به وسیله خریدار قبل از انتقال ضمان معاوضی نیز نوعی قبض محسوب

می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۹۸). برخی در مورد رابطه جنسی بین زوجین از اصطلاح قبض استفاده کرده‌اند (شهیدثانی، ۲/۱٤۲۱: ۱۲۲). به طور کلی می‌توان گفت قلمرو قبض و قلمرو تسلیم هر کدام با معنای لغوی خود رابطه تنگاتنگی دارد به طوری که قلمرو شمول قبض مربوط به مواردی می‌شود که نوعی استیلا و یا به سرانجام رسیدن کاری در میان باشد، ولی قلمرو تسلیم معمولا مربوط به ایفای تعهد و انجام دادن کاری است.

٤. ترجیح دیدگاه وحدت قبض و تسلیم

تمام استدلال‌ها در تایید دیدگاه افتراق ماهوی قبض و تسلیم قابل خدشه به نظر می‌رسد؛ بنابراین اکنون می‌توان از این استدلال ها انتقاد کرد. مبحث پیش رو به این امر اختصاص دارد.

٤-۱. نهاد تسلیم حکمی و قبض حکمی

در مورد استدلالی که مبتنی بر مواردی است که تسلیم بدون استیلای مشتری بر مبیع محقق می‌شود، باید گفت این استدلال به نهاد قبض حکمی بی‌توجه است. در واقع اگر تسلیم مطابق ضوابط قانونی و به‌طور صحیح واقع شود، قبض حکمی رخ می‌دهد و لزومی ندارد تا مفهوم قبض را صرفا به قبض حقیقی و واقعی محدود نماییم. پس آن اشکال به دیدگاه وحدت قبض و تسلیم وارد نیست. توجه بیشتر به دو مفهوم تسلیم حکمی و قبض حکمی می تواند دیدگاه یگانگی قبض و تسلیم را تقویت کند؛ زیرا نتیجه قبض و اقباض حکمی با قبض و اقباض حقیقی از حیث اثر در عالم اعتبار، تفاوتی با هم ندارد و فقها وجود شئ حکمی در کنار شئ حقیقی را در عالم معاملات ناشی از نتیجه واحد یا ضرورت‌های اجتماعی می‌دانند (ریاحنه ، ۲۰۰۵: ۱۰۸). در واقع لزومی ندارد همواره تسلیم حقیقی مورد معامله با قبض حقیقی یا تسلیم حکمی آن با قبض حکمی همراه باشد، بلکه ممکن است تسلیم حکمی و غیر مادی یا غیر فیزیکی باشد و قبض حقیقی و به‌عکس؛ مانند جایی که مبیع در دست مشتری است و فروشنده در همان حال آن مال را به خریدار می‌فروشد. در اینجا قبض فیزیکی و مادی است، ولی تسلیم به صورت مادی و فیزیکی رخ نداده است؛ یا جایی که خریدار خواب است و فروشنده مال را در زنبیل خریدار که در کنار رختخواب اوست می‌گذارد. با پذیرش این مفهوم می‌توان ادعا کرد که قبض جزء

پایانی علت تامه تسلیم است.

در مورد استدلال عدم امکان وحدت دو امر وجودی و عدمی نیز باید گفت می‌توان قبض و اقباض را عملی واحد و درهم‌تنیده دانست که ممزوج از دو امر عدمی و وجودی است و این سلب و ایجاب یا عدم و وجود به هم وابسته هستند به طوری که بدون یکدیگر معنا ندارند و با هم ملازمه دارند. در استدلال مذکور نیز به مفهوم قبض حکمی بی‌توجهی شده است. با پذیرش این نکته که این وجود و عدم را می‌توان مستقل از یکدیگر شناخت می‌توان استدلال مذکور را رد نمود. این استدلال تنها وحدت حقیقی و مطابقی قبض و تسلیم را نفی می‌کند، ولی به دیدگاه وحدت این دو توام با دو جلوه داشتن این حقیقت واحد خللی وارد نمی‌سازد. در مورد ماده ۳٦۷ نیز می‌توان گفت همین که این ماده قبض و تسلیم را یک‌جا تعریف نموده نشان دهنده این است که قبض و تسلیم دو چهره از یک حقیقت واحدند و این ماده از آن جهت قبض را در پی تسلیم تعریف نموده است که قبض را وسیله عرفی و شایع تحقق تسلیم می‌داند (کاتوزیان، ۱٤۰۰: ۳۳٤). استدلال آخر نیز به مفهوم قبض حکمی بی‌اعتنایی نموده است؛ زیرا اگر قبض حکمی یا حقیقی محقق نشود، نشان دهنده این است که تسلیم، تسلیم تام نبوده است.

۲-٤. خروج ضمانت اجرا از ماهیت

در مورد تفاوت قبض و تسلیم از لحاظ ضمانت اجرا نیز می‌توان گفت، ضمانت اجرای یک امر خارج از ماهیت آن است و تفاوت در ضمانت اجرا میان دو امر لزوما به معنای افتراق ماهوی آن دو امر نیست. به عنوان نمونه در مورد تمکین به معنای اخص یا مباشرت در رابطه زوجیت اگر یکی از طرفین امتناع نماید، حسب زوج یا زوجه بودن دو ضمانت اجرای متفاوت وجود دارد، اما روشن است که نزدیکی یک عمل واحد است. در مثالی مشابه می‌توان نسب ناشی از وطی به شبهه یا نکاح باطل را مطرح نمود که اگر در این دو مورد یکی از طرفین جاهل باشد و یکی عالم به بطلان و حرمت وطی باشد، به این اعتبار دو حکم متفاوت وجود دارد؛ در حالی‌که روشن است که وطی یک عمل واحد است که می‌تواند برای هر یک از طرفین ضمانت اجرایی خاص داشته باشد.

در این راستا در ماده ۱۱٦۵ قانون مدنی آمده است: «طفل متولد از نزدیکی

به شـــبهه فقط ملحق به طرفی می‌شود که در اشـــتباه بوده و در صورتی‌که هر دو در اشتباه بوده‌اند ملحق به هر دو خواهد بود» و ماده ۱۱٦٦ نیز مقـرر می دارد: «هرگاه به واسطه وجود مانعی نکاح بین ابوین طفل باطل باشد، نسبت طفل به هر یک از ابوین که جاهل بر وجود مانع بوده مشـــروع و نسبت به دیگری نامشروع خواهـــد بود. در صورت جهل هر دو، نسب طفل به هر دو مشروع است». بر اشکال مربوط به تفاوت قبض و تســـلیم در مورد تاثیر غرور و اشتباه نیز می‌توان همین ایراد را مطرح و گفت تاثیر غرور و اشـــتباه نیز به ضمانت اجرا برمی‌گردد و خارج از ماهیت قبض و تسلیم است.

۳-٤. اصل هم‌بستگی عوضین

اشکالی که به تفاوت اهمیت قبض و تسلیم با یکدیگر اشاره دارد نیز با توجه به اصل هم‌بســـتگی عوضین قابل خدشه اســـت. اشکال تفاوت قلمرو شمول قبض و تســـلیم را نیز می‌توان ناشی از استعمالات مجازی و مســـامحی دانست؛ در حالی‌که مقصود بحث حاضر مقایســـه قبض و تســـلیم به معنای اخص آن‌ها است که موضوع ماده ۳٦۷ قانون مدنی می‌باشـــد. از این رو نمی‌توان به تفاوت قلمرو شـــمول دو واژه قبض و تســـلیم به‌عنوان یک استدلال در تایید دیدگاه افتراق ماهوی قبض و تسلیم از یکدیگر استناد نمود.

استدلالی که بر مبنای تقابل قبض و تسلیم در لسان فقها و حقوق‌دانان در دفاع از دیدگاه افتراق واقعی قبض و تسلیم بیان شده است، پذیرفتنی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا این تقابل ممکن است بر مبنای زاویه دید متفاوت بایع و مشتری باشد. بر این اساس می‌توان در تفسیر ماده ۳٦۷ گفت که دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی‌که متمکن از انحای تصرفات و انتفاعات عبارت اخرای اســـتیلای مشتری بر مبیع است، در واقع مـــاده ۳٦۷ یک معنای واحد را با دو جمله متفاوت یکـــی به اعتبار بایع و دیگری به اعتبار مشتری بیان نموده است.

٤-٤. سیاق قانون مدنی

رویکرد سیاق گرایانه در تفسیر متونِ مربوط به معاملات به عنوان یک رویکرد تفســـیری ایستا، قابل تأمل و کاربردی است و می تواند راهگشا باشد (امینی و نوعی، ۱٤۰٤: ۳٦ -۳۷). مـــوادی از قانون مدنی از قبیل مـــواد ۵۹، ۷۷۲، ۷۹۸ و ۳٤۷ از دو

واژه قبض و تسلیم به جای یکدیگر استفاده برده است. یکی از روشن‌ترین مصادیق استعمال قبض و تسلیم به جای یکدیگر در قانون مدنی، ماده ۳۸۷ است که قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» را بیان می‌کند. در متن این ماده واژه قبض دیده نمی‌شود، ولی دو بار از واژه تسلیم استفاده شده است؛ در حالی که در روایاتی که مبنای این قاعده است، واژه قبض دیده می‌شود نه تسلیم؛ حتی از ماده ۳۶۸ قانون مدنی[1] نیز می‌توان برداشت کرد که برای تحقق قبض و اقباض، قبض فیزیکی مادی مورد معامله لزوما مورد نیاز نیست، بلکه صرف تمکن و دسترسی بدون مزاحمت مشتری نسبت به مبیع (تسلیم غیر مادی) کفایت می‌کند. ماده ۳۶۹ این قانون نیز تنها به عرفی بودن معیار تسلیم اشاره دارد و به معیار قبض اشاره‌ای نمی‌کند. این نکته نیز می‌تواند نشان دهنده این باشد که قانون‌گذار تحقق تسلیم را ملازم تحقق قبض می‌داند و از این رو نیازی به تبیین چگونگی قبض نمی‌بیند. پس از این ماده برمی‌آید که قبض و تسلیم دو چهره از یک حقیقت‌اند (قاسم‌زاده، ۱۳۷۷: ۹۰). ماده ۳۸۱ قانون مدنی[2] هم به مخارج تسلیم مبیع و ثمن تصریح دارد، ولی به مخارج قبض یا تسلم عوضین اشاره‌ای ندارد؛ از این رو می‌توان استنباط کرد که مقنن قبض را مرحله‌ای جدا از تسلیم نمی‌دانسته تا مخارج ناشی از آن را به عهده طرف مقابل تسلیم کننده بگذارد؛ از این رو استدلالی که بر مبنای تقابل قبض و تسلیم در دفاع از دیدگاه افتراق واقعی قبض و تسلیم بیان شده است، پذیرفتنی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا این تقابل ممکن است بر مبنای زاویه دید متفاوت بایع و مشتری باشد. بر این اساس می‌توان در تفسیر ماده ۳۶۷ قانون مدنی گفت: دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد، عبارت اخرای استیلای مشتری بر مبیع است. ماده ۳۶۷ معنای واحد را با دو جمله متفاوت یکی به اعتبار بایع و دیگری به اعتبار مشتری بیان کرده است. به دیگر سخن، با دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد، به خودی خود استیلای مشتری بر مبیع تحقق می‌یابد. در اینجا می‌توان گفت برخی فقها در رد دخول قید «متعقب بالقبول» در تعریف بیع (تستری، بی‌تا: ۱۰۷) و برخی فقها تملیک در عقد بیع را با استناد به تبادر تقارن تملیک با

۱. تسلیم وقتی حاصل می‌شود که مبیع تحت اختیار مشتری گذاشته شده باشد اگر چه مشتری آن را هنوز عملاً تصرف نکرده باشد.

۲. تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند.

تملک در ذهن و صحت سلب تملیک بدون تملک از عقد بیع، متضمن تملک مشتری دانســـته‌اند. همچنین می‌توان با اســـتناد به قاعده عقلی جدایی ناپذیری تاثیر از اثر که برخی فقها گاه به آن اســـتناد می‌کنند، قبض و تســـلیم را دو چهره از حقیقتی واحد دانست (انصاری، ۱٤٤۳/۱٦:۳-۱۸).

برآمد

۱- قبض و تسلیم از دیدگاه بیشتر حقوق‌دانان و فقها دو مفهوم کاملا از هم جدا نیستند بلکه دو روی یک سکه و دو چهره از یک حقیقت یکسانند، اما این نظر مشهور مخالفان جدی هم دارد. آنان با آوردن مثال‌هایی چون گذاشتن مورد معامله در زنبیل کسی که در خواب است و استدلال‌هایی چون تفاوت در ضمانت اجرا و تفاوت در میزان تاثیر اشتباه و غرور سعی در توجیه نظریه افتراق این دو مفهوم از یکدیگر دارند.

۲- در پاسخ به دیدگاه موافقان جدایی این دو مفهوم از یکدیگر می‌توان گفت اگر به قبض و تسلیم به معنای اخص بپردازیم و از معانی عام و موسع آن که از موضوع بحث ما خارج است بگذریم، تفاوت در اهمیت نیز به خاطر تفاوت در نقش بایع و مشتری است نه این‌که ذات قبض و تسلیم از هم جدا باشند. هم‌چنین با پذیرفتن اصل همبستگی بین عوضین در حقوق کنونی، این اشکال برطرف می‌شود. در مورد ضمانت اجرا نیز باید گفت ضمانت اجرای هر عمل حقوقی و یا مادی خارج از ماهیت آن است و تفاوت در ضمانت اجرا لزوما به معنای افتراق ماهوی نیست. در مورد تفاوت آثار عملی نیز باید گفت حکم قانون‌گذار مبنی بر استحقاق تمام و کمال اجرت‌المثل به محض تسلیم عین مستاجره، یک حکم استثنایی و خلاف قاعده بوده است و ممکن است در آینده این حکم قانونی نیز تغییر نماید؛ بنابراین نمی‌توان از این حکم استثنایی نتیجه کلی گرفت و قبض و تسلیم را دو مفهوم جدا از هم انگاشت.

۳- اگر چه قبض و تسلیم از نظر نسب اربعه در علم منطق رابطه تساوی ندارند و رابطه آن‌ها عموم و خصوص من وجه است، ولی به این معنا نیست که در عالم حقوق این دو را کاملا مفترق و جدا از هم بپنداریم. در واقع با همه این اوصاف رابطه تلازم آن‌ها با هم پابرجا است به طوری که می‌توان گفت «هر قبض توام با تسلیمی است و هر تسلیمی توام با قبض است» یا «هر قبضی تسلیمی را به همراه دارد و هر تسلیمی قبضی را به همراه دارد»؛ بنابراین عقیده برخی از اساتید مبنی بر این‌که قبض و تسلیم دو روی یک سکه هستند درست به‌نظر می‌رسد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اکرمی ابرقویی، زهرا (۱۳۸۹)، **تبیین ماهیت و احکام تسلیم در عقود معاوضی در حقوق ایران و فقه امامیه**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان.

* الشـــریف، محمدمهدی (۱۳۹۰)، «**کیفیت و آثار تسلیم منفعت؛ مطالعه تطبیقی در فقه و قانون مدنی**»، حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۲.

* امامی، ســـید حسن (۱٤۰۱)، **حقوق مـــــدنی**، جلد نخست، چاپ چهلم، تهران: اسلامیه.

* امیرمعـــزی، احمـــد (۱۳۹۱)، **قواعد حل تعارض در قانـــون حاکم بر تعهدات قراردادی**، چاپ نخست، تهران: دادگستر.

* امینـــی، منصور و نوعی، الیاس (۱٤۰٤)، «**ایســـتایی و پویایی معنای متن؛ مطالعه موردی حقوق قراردادهای ایران و انگلســـتان**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۳۰.

* ایزانلو، محســـن و میرشـــکاری، عباس (۱۳۸۹)، «**تقاص**»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره ۳.

* بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، **حقوق مدنی**، چاپ نخست، تهران: مجد.

* پارساپور، محمدباقر و عیسائی تفرشـــی، محمد (۱۳۹۵)، «**تحلیـــل فقـــهی و حـقوقی تسلیم منفعت در قرارداد اجاره**»، پژوهـش‌های حقوقی تطبیقی، دوره ۲۰، شماره ۲.

* دهخـــدا، علی‌اکبر (۱۳٤۲)، **لغت‌نامه دهخدا**، جلد ســـی و چهارم، زیر نظر: محمد معین، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

* جعفـــری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۷)، **دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت**، چاپ نخست، تهران: استاد.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ بیســـت و نهم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۹)، **فلســـفه عمومی حقوق : تئوری موازنه**، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.

* شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، **سقوط تعهدات**، چاپ ششم، تهران: مجد.
* شهیدی، مهدی (۱٤۰۲)، **حقوق مدنی، آثار قردادها و تعهدات**، جلد سوم، تهران: مجد.
* شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۸)، **حقوق قراردادها**، چاپ سوم، تهران: سمت.
* صفایی، سید حسن و عادل، مرتضی و کاظمی، محمود و میرزانژاد، اکبر (۱٤۰۱)، **حقوق بیع بین‌المللی**، جلد دهم، تهران: دانشگاه تهران.
* عربیان، اصغر و خدابخشی، حسن (۱۳۹۰)، «**تفاوت و آثار عملی قبض و تسلیم در عقود معاوضی**»، پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، سال چهارم، شماره ۸.
* فیض، علیرضا (۱۳۸۵)، **مبادی فقه و اصول**، تهران: دانشگاه تهران.
* قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۷۷)، «**تأثیر متقابل عقد و قبض و تسلیم**»، دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۹.
* قنبری، محمدرضا (۱۳۷۲)، **مجموعه مقالات حقوقی**، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.
* کاتوزیان، ناصر (۱٤۰۰)، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ شصت و دوم، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، **عقود معین**، جلد نخست، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹٤)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی) قرارداد- ایقاع**، چاپ چهاردهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* 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.
* کریمی، عباس و کریمی، سحر (۱۳۹٦)، «**اعمال نظریه تعدد قوانین (دپساژ) در انتخاب قانون حاکم**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ٤۷، شماره ۱.
* مافی، همایون و مجتهدزاده، سیدحسین (۱٤۰۲)، «**مقایسهٔ نظریهٔ تعدد قوانین حاکم (دپسژ) در تعهدات قراردادی در حقوق امریکا و اتحادیهٔ اروپا**»، مطالعات

حقوق تطبیقی معاصر، دوره ١٤، شماره ٣٢.
* محقق داماد، سید مصطفی (١٣٩٥)، **قواعد فقه- بخش مدنی ٢**، چاپ دوم، تهران: سمت.
* محقق داماد، سید مصطفی و حدادی‌منش، مجید (١٣٨٩)، «**قبض حکمی ثمن در بیع سلم**»، نشریه حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ٢٦.
* محمدی، سام (١٣٩٣)، «**اثر اتلاف مبیع قبل از قبض از سوی شخص ثالث**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ٤٤، شماره ٢.
* معین، محمد (١٣٧١)، **فرهنگ فارسی**، جلد نخست، تهران: امیرکبیر.
* موسوی خمینی، سید روح الله (١٣٩٥). **ترجمه مباحث حقوقی تحریرالوسیله**، برگردان: سید محمد موسوی بجنوردی، تهران: مجد.

ب. عربی

* ابن‌حمزه، عمادالدین ابن‌جعفر (١٤٠٨ق)، **الوسیله الی نیل الفضیله**، قم: مکتبه آیه‌الله المرعشی.
* اراکی، محمدعلی (١٤١٥ق)، **کتاب البیع**، جلد دوم، قم: موسسه اسماعیلیان.
* اردبیلی، احمد (١٣٦٢ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح الارشاد الاذهان**، جلد هشتم، تصحیح و تعلیق: مجتبی عراقی و علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین.
* اصفهانی، محمدحسین (١٣٧٥ق)، **کتاب الاجاره**، چاپ نخست، نجف: دارالکتب الاسلامیه.
* انصاری، مرتضی بن محمدامین (١٤٤٣ق)، **المکاسب**، جلد سوم، چاپ سی و یکم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
* تستری، اسدالله بن اسماعیل (دزفولی کاظمی) (بی‌تا). **مقابس الأنوار**، چاپ نخست، قم: مؤسسه آل البیت (علیهم‌السلام) لإحیاء التراث.
* حسینی مراغی، سید عبدالفتاح (١٤١٧ق)، **العناوین الفقهیه**، چاپ بیست و سوم، قم، انتشارات جامعه مدرسین.
* حر عاملی، محمد بن حسن (١٤١٤ق). **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل**

الشریعه، جلد هجدهم، چاپ نخست، قم: موسسه آل البیت لاحیاء التراث.
* خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، **جامع المدارک فی شرح القواعد**، جلد سوم، چاپ نخست، قم: موسسه اسماعیلیان.
* ریاحنه، مروان سالم علی (۲۰۰۵م)، **المعنی الحقیقی و الحکمی؛ ضوابطه و احکامه فی الفقه الاسلای**، چاپ نخست، اردن: جامعه آل‌البیت.
* سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ق)، **المختار فی احکام الخیار**، چاپ نخست، قم: اعتماد.
* شیخ طوسی، محمد بن حسن (۱۳۵۱)، **المبسوط فقه الامامیه**، جلد دوم، تهران: المکتبه المرتضویه.
* شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۲ق)، **الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه**، المحشی: سلطان العلماء، جلدهای اول و دوم، چاپ نخست، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
* طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۳۷۱)، **نهج الفقاهه**، چاپ نخست، قم: ۲۲ بهمن.
* محقق کرکی، علی بن الحسین (۱۴۰۸ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم: موسسه آل البیت لاحیاء التراث.
* موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، **البیع**، جلد پنجم، چاپ نخست، تهران: موسسه تنظیم نشر آثار امام خمینی (ره).
* نجفی، محمدحسین (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد بیست و سوم، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.

پ. انگلیسی

* Garner, Bryan A. (2009), **Black's Law Dictionary**. United States of America: West Publishing Company.
* Honnold,John (1991). **Uniform Law for International Sales under the 1980 United**, 3rd ed , Boston.

ت. فرانسه

* Ghestin, (Jacque) et Desche, (Bernard) (1990). **Traite des contrats**, La vente, L, G, D, J. Paris.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۲۴۶-۲۱۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۰۱

میانجی‌گری به مثابه حل مسأله در دعوای طلاق[1]

زهرا رضاپور[2]، محمد فرجیها[3]

چکیده

پژوهش‌های تجربی نشـــان می‌دهد که رویکردهای قضایی سنتی در رسیدگی به دعوای طلاق، منجر به حل و فصل مطلوب اختلاف نمی‌شود؛ از این رو نظام‌های قضایی کشـــورهای پیشرو به سمت رویکردهای حل مسأله و شیوه‌های جایگزین حل اختلاف، به ویـــژه میانجی‌گری خانواده حرکت کرده‌اند. این پژوهـــش با هدف تحلیل چگونگی به‌کارگیری رویکرد حل مسأله در دعوای طلاق، تجربیات کشورهای پیشرو در این حوزه را بررســـی و با عملکرد نظام حقوقی ایران مقایســـه می‌کند. روش پژوهش کیفی است و با اســـتفاده از تحلیل محتوای اسناد قضایی شامل پرونده‌های طلاق، مصاحبه عمیق با کنش‌گران قضایی و زوجین متقاضی طلاق؛ و مشاهده نیمه‌مشارکتی جلسه‌های رسیدگی در دادگاه‌های خانواده، به گردآوری داده‌ها پرداخته اســـت. یافته‌ها نشـــان می‌دهد که در کشـــورهای پیشـــرو، میانجی‌گری خانواده در چارچوبی نهادینه‌شده و سازمان‌یافته اجرا می‌شـــود و تضمین امنیت طرفین، داوطلبانه بودن فرایند، آموزش تخصصی میانجی‌گران و نظارت مؤثر بر اجرای توافقات، از اصول اساســـی محسوب می‌شود. در ایران نیز لازم اســـت رویکرد نظام قضایی از یک فرایند اداری و الزامی، به ســـمت مدلی مشـــارکتی، تخصصی و مبتنی بر حل واقعی مســـائل زیربنایی خانـــواده تغییر جهت دهد؛ امری که مســـتلزم تدوین چارچوبی قانونی، آموزشی و نظارتی برای نهادینه‌سازی میانجی‌گری در دعوای طلاق است.

واژگان کلیدی: حل مسأله، میانجی‌گری، دعوای طلاق ، داوری، مشاوره خانواده.

---

۱. این مقاله با حمایت بنیاد علم ایران (INSF) و با کد ۴۰۳۸۹۵۴ تهیه شده است.

۲. دکترای مطالعات زنان دانشگاه تربیت مدرس، (نویسنده مسؤول)
z.rezapoor90@yahoo.com

۳. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تربیت مدرس
mohammadfarajiha@gmail.com

درآمد

تحلیـــل محتوای پرونده‌هـــای خانوادگی در نظام‌های قضایی نشـــان می دهد رجوع به محاکم و توســـل به روش‌های قضایی معمول به دلایلی مقصود قانون‌گذار را در جهـــت حفظ کیان خانواده و عدم تضییـــع حقوق طرفین دعوی تأمین نمی‌کند. یکی از مهم‌ترین دلایل پدیدار شدن این مسأله، تفکر سنتی حاکم بر سیستم قضایی و رسیدگی به دعاوی خانوادگی صرفاً با تکیه بر هدف قضاوت و صدور حکم به ویژه در دعاوی مانند طلاق اســـت؛ در حالی‌که ماهیت متفـــاوت دعاوی خانوادگی، نحوه رســـیدگی متمایزی را ایجاب می‌کند. رسیدگی قضایی به پرونده‌های طلاق و صدور حکـــم و اجرای آن در اغلب مواقع نمی‌تواند فصل خصومت نماید. برخلاف دعاوی دیگر مانند دعوای مطالبهٔ خسارات یا اثبات مالکیت که معمولاً پس از خاتمه رسیدگی و اجرای حکم طرفین دیگر ارتباطی با یکدیگر ندارند، در دعوای طلاق ارتباط طرفین به دلایلی مانند حضانـــت، نحوه و زمان ملاقات طفل یا موضوعات دیگر غالبا تداوم دارد (Saccuzzo, 2003: 426). در دعاوی حضانت یا ملاقات فرزندان، والدین طفل به عنوان خواهان و خوانده دعوا شـــناخته می‌شوند، لذا نوع رسیدگی و تصمیم قاضی آثار گســـترده مادی، عاطفی و اخلاقی برای طرفین و کودک به همراه دارد و چه بسا سرنوشت آنان را به شدت تحت تاثیر قرار می دهد.

تلاش برای رسیدگی قضایی به دعوای طلاق و تعیین حقوق و تکالیف قانونی مرتبـــط با آن در فضـــای رقابتی و با رویکرد ترافعی، نه تنهـــا منجر به حل اختلاف، ارتباط‌گیری و همکاری مســـالمت‌آمیز نمی‌شـــود، بلکه به پیچیده‌تر شدن اختلاف و تشـــدید آسیب‌های روحی و درگیری زوجین و اثرات سوء آن بر کل اعضای خانواده و به ویژه کودکان می‌انجامد. بر این مشـــکلات و چالش‌ها می‌بایســـت اتلاف انرژی، سلب اعتماد عمومی نسبت به سیستم قضایی، کند و پرهزینه بودن رسیدگی به دعوای طلاق را نیز افزود (Carbonneau: 1986, 1121). در پاسخ به این چالش‌ها، نظام‌های قضایی بســـیاری از کشورهای پیشرو به ســـمت رویکردهای حل مسأله و شیوه‌های جایگزین حل اختلاف به ویژه میانجی‌گری حرکت کرده‌اند. با امکان‌سنجی و اجرای موفق پروژه‌های آزمایشـــی میانجی‌گری در امر طلاق، یک موقعیت مغتنم و گسترده برای کاربست رویه‌های جایگزین در دعوای طلاق بخصوص میانجی‌گری پدید آمد

(Kamenecka, 2016: 1-3) و در چارچوب رسمی یا غیر رسمی نظام قضایی برخی از کشـــورها به عنوان رهیافتی در حل و فصل بهینه دعاوی در رسیدگی به اختلافات به کار گرفته شد (Marlow and Sauber; 1990: 3-4).

یکی از اولین پژوهش‌های علمـــی در مورد میانجی‌گری در طلاق در یکی از کشـــورهای عضو حقوق کامن لا با انتخاب تصادفی چهل تن از والدین در آســـتانه طـــلاق برای حل و فصـــل اختلافات مربوط به حضانت فرزند به طریق ســـنتی و از طریق میانجی‌گری طلاق اجرا شد که نتایج موفقیت آمیزی به همراه داشت. هم‌چنین داده‌های چندین پژوهش دیگر نشـــان داد که میانجی‌گری در دعاوی طلاق در حل و فصل اختلافات مربوط به حضانت به والدین کمک کرده اســـت تا به توافقات پایدار برسند (Mann, 2022).

انتشـــار اثربخشـــی میانجی‌گری به‌عنوان جایگـــزینی عملی، منطقی، کارآمد و ســـازنده موجـب شد بسیاری از نظام‌های حـــقوقی در صـدد تبدیل این نهاد به یک‌رویـــه قانونی برآیند (Brown, 2005: 1-2). بیـــش از نیمی از ایالت‌های آمریکا قوانینی را تصویب کردند که نوعی میانجـــی‌گری در پرونده‌های طلاق را پیش‌بینی می‌کنـــد. به عنوان مثال در آلاســـکا، قوانین ایالتی به دادگاه‌های خانواده اختـــیارات زیـــادی در مورد میانجی‌گری در پرونده‌های طلاق می‌دهد. آیین‌نامه دادرســـی مدنی آلاســـکا[1] به قاضی اجازه می‌دهد که میانجی‌گـــر منصوب کند و البته طرفین می‌توانند وکیل هم انتخاب کنند. در داکوتای شـــمالی به دادگاه‌ها این اختیار داده شده اســـت که بـــا هزینه طرفین، میانجی‌گری را انتخاب کننـــد (Saccuzzo, 2003: 428-429). میانجی‌گری در موضـــوع طلاق در برخی از حوزه‌های قضایی به یک هنجار تبدیل شده است (Mnookin and Kornhauser, 1997: 950) و هیچ‌چـــیز زوجـــین را از انتـــخاب روش میانـجی‌گری که در دسترس باشـــد، باز نمـی‌دارد (Rhodes, 2008: 1-8). علاوه بر این، کانون وکـــلای آمریکا تشکیل کمیته‌هـــای ویژه بـرای مـطالعه میانجـی‌گری و کنفرانـس‌هایی در راسـتای حـمایت از چنـین رویـه‌هایی را در دسـتور کار قـــرار داده اسـت. به مـوازات آن دانشـکده‌های حـقوق در سـراسر

۱. آیین‌نامه دادرسی مدنی آلاســـکا (Alaska Rules of Civil Procedure) , ویژه بخش ۹۰ (Rule 90)، عنوان Mediation in Domestic Relations Cases

کشـــور دوره‌هایی آموزشـــی و تخصصی پیرامون میانجی‌گری در دعاوی خانوادگی برگـــزار کرده‌انـــد (Marlow and Sauber, 1990: 4). اغلـــب دادگاه‌های خانواده در ایالات متحده زوجـــین را ملزم می‌ســـازند تا از طریق میانجـی‌گری وضـعیت حـــضانت فرزند خود را مشخـــص کنند. هم‌چنین زوجین را تشـــویق می‌کنند تا برای کل مراحل طـــلاق، میانجـــی‌گری را تجربه کـــنند. در برخی از دادگـاه‌های ایـالتی از جمـله دادگـــاه عـالی ایالت نیـــویورک، ارجاع پرونـده‌های خانوادگـی به میانجی‌گری تا پیش از رسیـــدگی قضایی ضروری است (Hall, 2017: 103). در برخی حوزه‌های قضایی حضور در یک جلســـه توجیهی و دریافت اطلاعـــاتی در مورد فرایندهـای حل اختلاف خانوادگی از جمله میانجی‌گری، به طورکلی یک الزام قانـــونی تلـقی می‌شود (Law Reform Commission, 2010: 107-108). در حال حاضر هم مطابق با دستورالعمل میانجی‌گری اروپایی[1] مصوب سال ۲۰۰۸ پارلـــمان اروپا، کلیه محاکم موظـــف‌اند پیـــش از ورود به ماهیت دعوا با ارجاع طرفین دعوی به میانجی‌گری، اختلافـــات را از طریق روش‌های مسـالمت آمیـز حل و فصـل کنند (Center for Effective Dispute resolution, 2023).

همچنین میانجی‌گری به یک شرط پیش از دادگاه در پرونده‌های طلاق تبدیل شـــده است. داده‌های تجربی به دست آمده از ســـازمان میانجی‌گری ملی خانواده در آخرین سرشـــماری طرح میانجی‌گری بیش از ده هـــزار میانجی‌گری برای خانواده‌ها نشان داد که هفتاد و هفت درصد دعاوی بدون مراجعه به قاضی از طریق میانجی‌گری حل و فصل شده است (National Family Mediation, 2023).

میانجی‌گـری طلاق فرایـندی متشکـل از چـندین مرحـله به این تـرتیـب است: یـــکم، زمینه‌سازی و ایجاد فضـایی بی‌طـــرف، معرفـی خـود به عنوان میانـجی‌گر، وضـع قـوانین و جـلب تعـهد طرفیـــن به مشارکت در فراینـد میانجـی‌گری؛ دوم، تعریـف مسائل با بیـان حـقایق، خـواسته‌ها و احساسـات زوجیـن؛ سـوم، پـردازش مسـائل با مدیریـت عواطـف، ترغیـب هم‌دلی، بررسـی مسـائل زیربنـایی منـجر بـه اختلاف و جســـت‌وجوی راه‌حل؛ و چهارم، دستیابی به توافق و اطمینان از اجرای آن

1. European Mediation Directive, 2008; Center for Effective Dispute Resolution (CEDR), What is the European Mediation Directive?, https://www.cedr.co.uk/dispute-resolution-resources/what-is-the-european-mediation-directive

(Gulliver, 1979: 35-60., Felstiner and Williams, 1978: 223-224).

بـــه طورکلی میانجی‌گری به عنوان جلوه‌ای از رویکرد حل مســـأله در تلاش است ضمن درگیر کردن طرفین اختلاف در مسیر حل آن و ایجاد فضای گفت‌وگو و جبران خسارت، مسیر معقولی جهت حل اختلافات ترسیم کند.

در ایـــن تحقیق ادبیات نظری هر یک از مراحل میانجی‌گری در دعوای طلاق در کشورهای پیشـــگام تبیین می‌شود و آن گاه محتوای مصاحبه‌های عمیق و اسناد و مدارک مورد مطالعه کدگذاری و حســـب مورد ذیل مراحل مذکور تحلیل می‌شـــود. روش مقاله حاضر کیفی اســـت و از مصاحبه عمیق با ســـی و چهار کنش‌گر قضایی، وکیل دادگســـتری و زوجین متقاضی طلاق و تحلیل محتوای بیســـت و هفت سند و مدرک قضایی و مشـــاهده شانزده جلسه رســـیدگی در مجتمع قضایی شهید مطهری مشـــهد و مجتمع قضایی خانواده یک تهران طی فعالیت‌های میدانی انجام شده در این پژوهش بهره‌گیری می‌شود.

پس از تلفیق ادبیات نظری و یافته‌های حاصله از مطالعات تطبیقی با داده‌های کیفیِ جمع‌آوری‌شده در نظام حقوقی ایران، ساختار مقاله بر اساس مراحل میانجی‌گری در دعوای طلاق، در چهار مرحله: شناســـایی پرونده‌های واجد شرایط میانجی‌گری، چگونگی اجـــرای فرایند میانجی‌گری، اجرای توافق‌هـــای حاصله از میانجی‌گری و کیفیت اجرای توافق‌های به دست‌آمده تدوین می‌شود.

۱. شناسایی پرونده‌های واجد شرایط میانجی‌گری

فراینـــد میانجی‌گـری به محض رجوع زوجین متقـاضی طلاق به میانجـی‌گر و یا قبول پیشـــنهاد میانجی‌گری توســـط زوجـــین آغاز می‌شـــود ارجاع زوجین به میانجی‌گری به دو طریق اســـت؛ در روش اول متصـــدیان مربوطه پرونده‌های واجد شرایط را به میانجی‌گر یا مؤســـسه میانجـــی‌گری انتقـال می‌دهنـد و در روش دوم مجریان میـــانجی‌گری با مسئولان ذی‌ربط و مقامات قضایی ارتبـاط برقرار کرده و با توجه به معیارهـای تعیین شده نسـبت به گزینش پرونده‌های زوجین متـقاضی طلاق اقدام می‌نماینـــد. پـس از ارجاع جـــهت اجرای میانجی‌گری طلاق و پیش از آغاز رسمی فرایند، شـــناسایی، پذیرش و غربال‌گری زوجین واجد شرایط انجام می‌شود (Brown, 2005:9, 10 and Latifiani, 2018: 52 and Rundare, 2018: 35).

غربال‌گری فرایند تشخیص و ارزیابی وضعیت و شرایط زوجین به منظور انتخاب زوجین مساعد میانجی‌گری است که توسط دادگاه و یا مؤسسه و مراکز خصوصی، به صورت محرمانه و مطابق شیوه‌نامه غربال‌گری مدون تصویب و اجرا می‌شود (Salem, 2009: 380). دو مورد از اهداف غربال‌گری، حصول اطمینان از ظرفیت همکاری مؤثر زوجین در فرایند میانجی‌گری و توانایی فیزیکی و روانی آنان برای شرکت در این فرایند به طور ایمن است (Law Reform Commission, 2010: 116-117).

در غربال‌گری، از روش‌های گوناگون اطلاعات زوجین کسب می‌شود و بر اساس معیارهای مشخص مانند سابقه اختلاف، زمینه خشونت خانگی، بی‌توجهی یا تهدید به ربودن فرزند، مصرف مواد مخدر، مشکلات سلامت روان، نوع و شدت اختلافات و رضایت، انگیزه و آمادگی زوجین برای مشارکت در امر میانجی‌گری و نیازهای آنان مورد بررسی قرار می‌گیرد (Salem, 2009: 373; Rundare, 2018:35-36). به عنوان نمونه در آیین‌نامه اخلاق و رفتار حرفه‌ای خدمات میانجی‌گری خانواده[1] آمده است: «یکی از اهداف غربالگری در جلسه پذیرش این امر مهم است که بررسی شود آیا رفتار خشونت‌آمیزی بین زوجین وجود دارد و آیا احتمال بروز خشونت در آینده انتظار می‌رود». در جریان کار نیز با توجه به اهمیت موضوع رعایت عدالت و حفظ ایمنی، به طور مستمر موضوع خشونت خانوادگی ارزیابی می‌شود (Law Reform Commission, 117). در حالت کلی چنان‌چه خشونت خانوادگی یا جرم دیگری اتفاق افتاده باشد و یا موضوع عدم تعادل روان و سوء مصرف مواد مخدر در مورد هر یک از زوجین مطرح باشد، پرونده به میانجی‌گری ارجاع نمی‌شود؛ چرا که اساسا رویکرد حل مسأله دو هدف کلی: توجه به نیازهای بزه‌دیده و حفظ امنیت وی و مسئولیت‌پذیر نمودن بزه‌کار در مقابل بزه‌دیده در جرائم خشونت خانوادگی را در دستور کار دارند (رضاپور و فرجیها و روشن، ۱۴۰۲: ۱۳۸-۱۳۹).

---

1. - Law Reform Commission of Ireland, Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation, Report No. 98, 2010, p. 117;

اصول حرفه‌ای مرتبط با غربالگری در میانجی‌گری خانواده، معادل انگلیسی:

Code of Ethics and Professional Conduct for Family Mediation Services, 2010.

برخی از حقوق‌دانان بر این باورند در مواردی که خشونت خانوادگی وجود دارد میانجی‌گری مناسب نیست و به‌کارگیری این روش‌ها در این موقعیت‌ها می‌تواند زنان را در معرض خطر قرار دهد. این به دلیل عدم توازن قدرت بین طرفین و ترس و ارعابی است که توسط زنان تحت خشونت خانوادگی تجربه می‌شود. میانجی‌گری زمانی امکان‌پذیر است که طرفین از قدرت چانه‌زنی برابری برخوردار باشند و مایل به همکاری با یکدیگر باشند. واقع‌بینانه نیست اگر تصور شود مرتکب خشونت با بزه‌دیده به شیوه‌ای صادقانه و آشکار همکاری کند یا این روند می‌تواند آن‌چه را که ممکن است سال‌ها سلطه و کنترل بوده است، معکوس نماید (Law Reform Commission, 116-117)؛ با این حال در موارد استثنا که موضوع حضانت، ملاقات و سایر موارد مرتبط با آن در میان است، امکان ارجاع به میانجی‌گری مورد بررسی قرار می‌گیرد (Foy, 1978: 85-90; Cleak, 2014: 1-23).

در صورت تصمیم و ارجاع این‌گونه از پرونده‌ها به میانجی‌گری، در طول فرایند همواره وضعیت طرفین و فرزند بررسی می‌شود و در صورت نیاز اقدام‌ها و تمهیدات لازم جهت تضمین ایمنی خانواده توسط میانجی‌گر انجام می‌گیرد (Ervasti, 2018: 26). هم‌چنین چنان‌چه میانجی‌گر تشخیص دهد که زوجین متقاضی طلاق یا یکی از آن‌ها قادر به مشارکت مؤثر نیست، فرایند میانجی‌گری را تعلیق نموده یا به آن خاتمه می‌دهد.

ارزیابی آمادگی زوجین برای شروع میانجی‌گری نیز امری بسیار مهم است و مطالعات بسیاری به اهمیت این موضوع در آغاز و در طول فرایند میانجی‌گری اشاره داشته‌اند (Barsky,2017: 60-62). نتایج این مطالعات نشان می‌دهد بسیاری از میانجی‌گرانی که بدون ارزیابی و توجه به احساسات و آمادگی طرفین میانجی‌گری را انجام داده‌اند در طی فرایند با مشکلات بیشتری مواجه شده‌اند (Rundare, 2018: 35-36). بر این اساس ضروری است میانجی‌گران پیش از هر اقدامی، ظرفیت و آمادگی زوجین برای میانجی‌گری را مورد ارزیابی قرار دهند (The Family Law Reporting Project committee, 2007).

در قوانین ایران، ارجاع دعوای خانوادگی به داوری در ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ پیش‌بینی شده است. این ماده موارد درخواست طلاق به

استثناء طلاق توافقی را قابل ارجاع به داوری می داند. ارجاع به داوری پس از درخواست طلاق و بررسی‌های اولیه و پیش از اتخاذ تصمیم دادگاه و بدون ارزیابی و توجه به آمادگی زوجین حتی در زمانی که اختلافات بسیار شدیدی بین زوجین وجود دارد نیز انجام می‌شود. جلوه‌هایی از این رویه قضایی را می‌توان در آرا دیوان عالی کشور مشاهده کرد. در یک دادنامه آمده است: «فرجام‌خواهی نسبت به رأی شماره ۲۵۴– ۱۳۸۹/۶/۲۷ شعبه سیزدهم دادگاه تجدیدنظر استان ... به علت نقص تحقیق و رسیدگی وارد است؛ زیرا ... مطابق ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و آیین‌نامه اجرایی آن در دعوای طلاق تحصیل نظریه داوران زوجین از طرف دادگاه یک الزام قانونی است ... بنابراین قبل از انشاء رأی توسط دادگاه باید موضوع به حکمین ارجاع شود در صورتی که حل و فصل نگردید، دادگاه تصمیم الزام اتخاذ می‌کند ... هدف از ارجاع به داوری حل و فصل اختلاف فی مابین است و طبق آیه شریفه[1] چنان‌چه خوف شقاق بین زوجین پدیدار گردید ارجاع به داوری صورت می گیرد تا چنان‌چه اصلاح ذات البین ممکن باشد شقاق برطرف گردد با رد دعوای طلاق از سوی دادگاه اختلاف بین زوجین حل می گردید و نیازی به رسیدگی دادگاه نمی‌بود ... بنا به مراتب فوق رأی فرجام‌خواسته به دلیل نقص تحقیق و رسیدگی به استناد بند ۵ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نقض می‌گردد و تجدید رسیدگی به تجویز بند الف ماده ۴۰۱ همان قانون به شعبه صادر کننده رأی محول می‌گردد». مصاحبه شونده شماره ۷ [2] در این خصوص می‌گوید: «همه زوجین متقاضی طلاق و غیر طلاق توافقی بلااستثناء به داوری ارجاع می‌شوند و زمانی که پرونده به شعبه می‌آید قاضی توضیحاتی را از طرفین دعوا می‌خواهد و سپس قرار ارجاع امر به داوری را صادر می‌کند دیگر ارزیابی و گزینش خاصی در این رابطه انجام نمی‌شود. البته به عقیده بنده انجام این کار ضرورتی هم ندارد».

برخی از قضات دیگر نظر متفاوتی دارند؛ مانند مصاحبه‌شونده شماره ۱۵ [3] که

---

۱. نساء، ۳۵

۲. قاضی، مرد، چهل و نه ساله با بیست سال سابقه قضایی و تحصیلات کارشناسی ارشد فقه و حقوق

۳. قاضی، مرد، سی و هفت ساله با یازده سال سابقه قضایی و تحصیلات دکتری حقوق

نظر متفاوتی دارد: «در برخی موارد حقیقتاً داوری گزینه مناسبی برای زوجین نیست و گاه وضعیت زوجین یا یکی از آن‌ها به‌گونه‌ای است که با ارجاع به داوری چه بسا بحرانی‌تر می‌شود، مانند زوجینی که در چند سال پیش توسط یکی از قضات همکار به داوری ارجاع شده بودند، متأسفانه در حین این فرصت پیش‌آمده زوج همسر خود را به قتل رسانید. بعد از وقوع حادثه و بررسی وضعیت زوج مشخص شد زوج دچار اختلال روانی ادواری بوده است. حال اگر قبل از ارجاع به داوری ماده‌قانونی مقرر می‌کرد که ابتدا زوجین به‌دقت ارزیابی شوند، چه بسا این اتفاق رخ نمی‌داد». اگرچه قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ در ماده ۲۵ ارجاع به مشاوره را الزامی دانسته و در بند الف ماده ١٤ آیین‌نامه اجرایی آن، استثناهایی را برای عدم انجام مشاوره در مواردی که جان یا روان افراد در خطر است پیش‌بینی کرده است، اما اثبات همین امر که چه کسی در استثنا قرار می‌گیرد خود چالش دیگری در این مسیر طولانی و طاقت‌فرسا خواهد بود که کیفیت روانی افراد را تحت‌تأثیر قرار خواهد داد.

یکی دیگر از تمهیدات قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ [۱] ارجاع زوجین به نهادها و مراکز مشاوره جهت حل و فصل اختلافات بین آنان است. طبق مواد ۱۱ و ۲۵ قانون مذکور دادگاه می‌تواند با صلاح‌دید خود زوجین را در هر دعوای خانوادگی به مشاوره ارجاع دهد. البته در طلاق توافقی الزاماً باید این امر انجام گیرد و دادگاه موضوع را به مراکز مشاوره خانواده ارجاع دهد. در این موارد طرفین می‌توانند تقاضای طلاق توافقی را از ابتدا در مراکز مذکور مطرح کنند. همان‌طور که ملاحظه می‌شود در نظام حقوقی ایران، این قانون‌گذار و دادگاه‌ها هستند که طرفین را به مراجعه به این نهاد می‌فرستند و تکالیفی هم برای این مرکز تعیین نموده‌اند و زوجین متقاضی طلاق بدون غربال‌گری و شناسایی واجد شرایط بودن آن‌ها به میانجی‌گری ارجاع می‌شوند. هم‌چنین عواملی چون اعتیاد، خشونت و شرایط و وضعیت زوجین جهت تشخیص مناسب‌بودن میانجی‌گری و اتخاذ تمهیدات لازم در

خصوصی

۱. ماده ۱۱ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱: «دادگاه خانواده موظف است در هر دعوای خانوادگی و در هر مرحله از رسیدگی، در صورت لزوم، موضوع را به مراکز مشاوره خانواده ارجاع دهد»؛ ماده ۲۵همان قانون: «در طلاق توافقی، دادگاه خانواده موظف است موضوع را به مراکز مشاوره خانواده ارجاع دهد».

نظر گرفته نمی‌شود.

در خصوص افراد اجراکننده داوری، انتخاب داور بر عهده زوجین است و در صورت امتناع آنان، دادگاه برای تعیین داور اقدام خواهد نمود[1]. در حال حاضر با توجه به تراکم پرونده‌ها و کمبود قاضی، داوران معمولاً از میان افراد محدودی که برای این کار در واحد داوری مجتمع‌های خانواده حضور دارند انتخاب می‌شوند. مشاهده‌های انجام شده نشان می‌دهد داوران مذکور انگیزه و دلسوزی کافی برای حل و فصل اختلافات میان زوجین را ندارند. به گفته مصاحبه‌شونده شماره ۱۱ [2] «با توجه به این‌که این افراد برای داور شدن از زوجین حق‌الزحمه می‌گیرند و چه بسا بعضی از آنان داوری را راهی برای امرار معاش قرار داده‌اند، کار اصولی انجام نمی‌دهند و حتی ممکن است با یکی از طرفین برای تسریع در نتیجه تبانی کنند». از طرفی مطابق ماده ۲۸ قانون حمایت خانواده برای داوری میان زوجین، آشنایی با مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی کفایت می‌کند. شرایطی که برای داوران پیش‌بینی‌شده است در حد کارشناسی نیست و به اشخاصی که اطلاعات و آگاهی آن‌ها در حد آشنایی به مسائل شرعی و خانوادگی و اجتماعی است، کارشناس نامیده نمی‌شود و روشن است از اشخاصی با این سطح از توانایی کار چندانی ساخته نیست.

هم‌چنین صلاحیت‌های علمی و رفتاری اعضای مراکز مشاوره بسیار نازل‌تر از حد مورد انتظار است و مسامحه در شرایط علمی و تجربی مشاوران مانع تحقق مأموریت‌های محوله است. مطابق بند ج ماده ۳٤ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۳ داشتن حداقل مدرک کارشناسی در چندین رشته برای عضویت در مرکز مشاوره کافی است. این رویکرد نشان‌دهنده آسان‌گیری در شرایط علمی جذب مشاوران خانواده است؛ زیرا دارا بودن حداقل مدرک کارشناسی نمی‌تواند نشانه و مؤید توان‌مندی علمی باشد و نمی‌توان به آن‌ها خبره یا کارشناس اطلاق نمود.. این کاستی کیفی در مواجهه با مسائل پیچیده‌ای همچون تشخیص وابستگی عاطفی و ابعاد ظریف مصلحت طفل، دوچندان می‌شود؛ چرا که ساختار فعلی مراکز مشاوره، بدون همکاری کارشناسان روانشناس و متخصصان خانواده، توان پاسخ‌گویی

۱. ماده ۲۷قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱: «در صورت توافق زوجین، هر یک از آنان می‌تواند داوری را انتخاب کند و در غیر این صورت، دادگاه موظف است داور را منصوب کند».
۲. مراجعه کننده، مرد، سی و یک ساله و تحصیلات فوق دیپلم

به چنین مسائلی را ندارد و تراکم پرونده‌ها نیز فرصت بررسی دقیق را از آن‌ها می‌گیرد (میرشکاری و ملکی و حبیب‌زاده، ۱٤۰۰: ٤۳۰).

البته در این راستا، دستورالعمل نحوه تشکیل و فعالیت مراکز مشاوره خانواده قوه قضائیه مصوب ۱۵ اسفند ۱٤۰۳ رئیس قوه قضاییه با تأکید بر برگزاری آزمون کتبی، مصاحبه تخصصی، دوره کارآموزی عملی و بررسی صلاحیت عمومی، گام‌های مهمی فراتر از حداقل‌های تحصیلی تعیین‌شده در آیین‌نامه ۱۳۹۳ برداشته است. این دستورالعمل، با تعریف فرایندی جامع و چندمرحله‌ای برای جذب مشاوران، در تلاش است تا شکاف موجود بین حداقل‌های قانونی کافی نبوده و الزامات عملی حرفه‌ای مشاوره خانواده را پر کند و کیفیت خدمات مشاوره را ارتقا دهد.

۲. چگونگی اجرای فرایند میانجی‌گری

ارجاع زوجین به میانجی‌گری و آغاز فرایند میانجی‌گری به جز موارد استثنایی نیازمند توافق و رضایت آن‌ها است. در واقع پذیرش داوطلبانه زوجین و رغبت آن‌ها به همکاری در این فرایند یکی از اصول بنیادین میانجی‌گری است (Law Reform Commission, 2010: 71) و چنان‌چه هر یک از زوجین در طی فرایند، میانجی‌گری را نامناسب بداند می‌تواند از ادامه همکاری امتناع کند و پرونده وی جهت رسیدگی به نظام رسمی قضایی ارجاع شود (Salem, 2009: 373). البته در بسیاری از ایالت‌های آمریکا و کشورهایی مانند کانادا و استرالیا میانجی‌گری برای زوجینی که در آستانه جدایی هستند و در مورد حضانت فرزندان اختلاف دارند اجباری است. طرف‌داران میانجی‌گری اجباری در مورد حضانت فرزند به دلایل متعددی از جمله کاهش آسیب‌های طلاق برای کودکان، احتمال نتایج رضایت‌بخش و بادوام‌تر و بهبود روابط پس از جدایی، امکان و فرصت مشترک برای تصمیم‌گیری در خصوص سرنوشت کودک اشاره کرده‌اند (Alau, 2020: 58).

در برخی از دادگاه‌ها اقداماتی جهت ترغیب زوجین به میانجی‌گری در نظر گرفته شده، ستادهایی تشکیل شده و کتابچه‌ها و خدمات مشاوره‌های زیادی برای تشویق به طرفین دعوی به استفاده از روش میانجی‌گری تدوین شده است. در واقع طیفی از دست‌اندرکاران و کارشناسان دست به دست هم داده‌اند تا ورود پرونده‌ها به نظام قضایی را کنترل کنند. این کارشناسان با طرح پیگیری موضوع از طریق

میانجی‌گری در صددند تا طرفین دعاوی طلاق را متوجه کنند که با مساعدت خودشان، روند کار بهتر پیش می‌رود. در این رویکرد زوجین در اختلافات خانوادگی، دو طرف مقابل نیستند که هر کس فقط به فکر منافع خود باشد و در این اختلافات لزوماً نباید یک طرف محکوم و طرف دیگر حاکم باشد بلکه منافع دو طرف به هم گره خورده و حل و فصل دعاوی و اختلافات مربوط به حوزه طلاق از طریق روش‌های غیر رسمی ترجیح داده می‌شود (Bondy & Doyle, 2011: 37-39 Byrne ; 2010).

در ایـــن مرحله میانجی‌گر با طرفین تماس گرفتـــه و در مورد آمادگی یا عدم آمادگی جهت ورود به برنامه میانجی‌گری بررســـی و تحقیق می‌کند. معمولاً زوجین رضایت خود را در قالب توافق‌نامه‌ای ابراز می‌کنند. بر اســـاس این توافق‌نامه طرفین موافقـــت خود بـــا پیگیری موضوع از طریق میانجی‌گری و حل و فصل غیر رســـمی اختلافـــات اعلام می‌کنند. در صورت نیاز، میانجی‌گـــر با توافق طرفین امکان حضور ســـایر اعضای خانواده را در جلسه میانجی‌گری فراهم می‌کند؛ چرا که بهره گرفتن از همراهی اشخاص مؤثر و مناسب، در مواردی می‌تواند حصول سازش را تسهیل نماید و طرفین را به توافق نزدیک‌تر کند. برخی از میانجی‌گران ضمن تلاش برای روشـــن شـــدن ابعاد اختلاف، شـــرایط را برای چانه‌زنی و توافق روی موضوعاتی مانند شیوه طلاق، حضانت طفل و مسائل مالی فراهم می‌کنند. در واقع توافق در مورد مسائل کمتر پیچیده اغلب موجب افزایش اعتماد به نفس طرفین و آمادگی بیشـــتر برای مواجهه با مشکلات دشوارتر می‌شـــود (Brown, 2005:10). ایجاد رابطه کیفی در نشست‌های اولیه یک جزء مهم میانجی‌گری موفق است[1]. این نکته نیز ضروری است که میانجی‌گر یا میانجی‌گران ضمن پرهیز از انجام هر عملی که شـــائبه جانب‌داری ایجاد کند، دقت نمایند که خواســـته یا ناخواســـته نقش کمک برای یک طرف در امتیازگیری از طرف دیگر را نداشـــته باشـــند و با اســـتفاده از مهارت‌های کلامی و در عین حال هم‌دلی با زوجین خود را معرفی کنند. سپس برای یادآوری، توضیح مختصری راجع به موضوع ارائـــه دهند (Latifiani, 2018: 53-54 and Salem, 2009: 371-388). میانجی‌گران باید زبان و ادبیات مورد استفاده خود را با اوضاع و شرایط زوجین و موضوع و زمینه اختلاف سازگار نمایند (Munsinger and Philbin, 2020: 307).

1. See: Alkaff, F., Ritonga, A. H. ., & Miftah, A. A. M., 2021: 1– 19

مطالعات انجام شـــده نشـــان می‌دهد رضایت از برنامهٔ میانجی‌گر به انتظارات طرفین، کیفیت فرایند و نتیجهٔ توافق پرونده بســـتگی دارد. زمانی که طرفین اختلاف احســـاس کننـــد انتظارات آنان برآورده شـــده اســـت؛ روند میانجی‌گـــری منصفانه، انعطاف‌پذیـــر، غیر اجباری و محرمانه بوده و فرایند میانجی‌گری موقعیت خوبی برای ابراز نظرات و دغدغه‌های آن‌ها فراهم آورده و این اظهارات در چگونگی توافق تأثیر داشته است، رضایت بیشتری دارند (Guthrie, Levine, 1998: 118).

میانجی‌گرها در روش خود برای برقراری ارتباط اتفاق نظر ندارند و می‌توانند هر یک ابتکار عمل خود را داشـــته باشـــند. برخی تلاش می‌کنند فضایی غیر رسمی همراه بـــا افزایش اعتماد و هم‌دلی ایجاد کننـــد (Rodrigues, 2020: 4) تا بتوانند با فهم زبان بدن و اقدام متناسب با آن، احساسات زوجین را که در تصمیم‌گیری مسائل اختلال ایجاد می‌کند تسکین داده و کنترل کنند؛ در روش دیگر میانجی به عنوان یک کارشناس حقوقی یا بهداشت روان به بیان تجربه‌های غیر حرفه‌ای و شخصی خود و جلـــب احترام و اعتماد زوجین می‌پردازد. برای نمونه، در یکی از پرونده‌های اختلاف در مورد حضانت طفل، پدر کودک که به شـــدت بر اخذ حضانت دائمی فرزند خود اصرار داشـــت، متقاعد شـــد به کلاس گفتاردرمانی دختر ناشنوایش مراجعه کند. این ملاقات باعث شـــد تا متوجه شود که دخترش به شدت به هر دو والد خود نیاز دارد و با دور شـــدن از هر یـــک، لطمات جبران‌ناپذیری را تجربـــه می‌کند. میانجی‌گر در طی فرایند توانســـت موضع پدر را تغییر دهد و حضانت فرزند به صورت مشـــارکتی مورد توافق قرار گیرد. در مقابل برخی دیگر اعتقاد دارند وجود یک محیط رســـمی و وظیفه‌محور در مهار هیجان و احساسات زوجین مؤثرتر است و روند میانجی‌گری را بهتر کنترل می‌کند و جلوی وارد آمدن آسیب به والدی که از قدرت اقتصادی اجتماعی کمتری برخوردار است، را می‌گیرد (Rothkin, 2022: 536-61)

میانجی‌گری در پرونده‌های طلاق معمولاً از دو روش بهره می‌گیرد. در روش اول بـــه هر یک از زوجین اجازه داده می‌شـــود تا دیدگاه‌هـــای خود را بیان و دیدگاه طرف مقابل را در مورد اختلاف بشـــنوند، اما مـــورد دوم یک ملاقات خصوصی بین میانجی‌گر و هر یک از زوجین انجام می‌شـــود که هدف آن فهم موضوعاتی است که طرفین ممکن اســـت تمایلی به بحث در مورد آن‌ها در جلسه مشترک نداشته باشند.

برخی از کارشناسان با در نظرگرفتن جنبه عاطفی اختلافات خانوادگی که اغلب زوجین را از ارزیابی منطقی و آگاهانه برای رسیدن به یک توافق باز می‌دارد، معتقدند روش دوم الگوی مناسب‌تری است (Kamenecka, 2016: 1-4; Melamed, 2018). برخی میانجی‌گران برگزاری نشست‌های مجازی را با دلایلی چون صرفه‌جویی در هزینه، سهولت دسترسی، انعطاف‌پذیری و افزایش همراهی زوجین پیشنهاد می‌دهند. با این حال نشست‌ها و میانجی‌گری‌های مجازی نیز با انتقادهایی مانند عدم دسترسی برخی از زوجین به ابزارهای مجازی، فقدان تمرکز کافی در فرایند گفت‌وگو و عدم توانایی میانجی‌گر برای فهم زبان بدن زوجین روبه‌رو است (Javits, 2021). به طور سنتی و گسترده پذیرفته شده است که اگر همه افراد درگیر در روند طلاق به طور حضوری در محیط مناسب جمع شوند، شانس و فرصت بیشتری برای حل و فصل اختلاف از طریق میانجی‌گری وجود دارد (McBride, 2020).

در رویه قضایی و متون قانونی ایران، داوری هر چند دارای ماهیت الزام‌آور است و مشاوره که نظر مشورتی است با میانجی‌گری متفاوت است، ولی به عنوان یک امر غیر قضایی مطرح هستند که می‌توان از آن‌ها در راستای رویکرد حل مسأله بهره گرفت. اصل ارجاع به داوری در دعاوی طلاق به جز طلاق توافقی که به مشاوره ارجاع می‌شود، یک امر الزامی است و با توافق طرفین یا نظر قاضی دادگاه قابل چشم‌پوشی نیست. البته زوجین می‌توانند توافق کنند که برای مثال اگر اختلافی در زمینه نفقه پیش آمد، به‌جای رجوع به محاکم قضایی، به داوری مراجعه کنند. هم‌چنین در حال حاضر در حقوق ایران، یک نوع داوری عمومی وجود دارد که در مواد ٤٥٤ تا ٥٠١ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ ذکر شده و مستثنیات اختلافات خانوادگی از داوری هم در ماده ٤٩٦ صراحت یافته است.

از طرفی مشاوره در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، ماهیت غیراختیاری دارد. قانون‌گذار در ماده ۲۵ قانون مذکور، در خصوص طلاق های توافقی، ارجاع به مراکز مشاوره را الزامی دانسته است و به قاضی یا زوجین اختیاری در این موضوع نداده است، از آن‌جا که طبق قانون پیش‌گفته، ارجاع به مشاوره بخشی از تشریفات الزامی طلاق توافقی است؛ آن‌چنان که اگر صدور گواهی عدم امکان

سازش بدون طی این تشریفات صورت گیرد، در مرحله تجدیدنـــظر نقض خواهد شـــد؛ گرچه بســـیار بعید به نظر می رســـد زوجینی که بر جدایی توافق دارند، بعد از صدور گواهی عدم امکان ســـازش تصمیم به تجدیدنظرخواهی بگیرند. مشاهده‌های انجام شـــده در جلسه‌های شـــورای حل اختلاف نیز بیان‌گر این الزام و عدم رضایت برخی زوجین برای حضور در آن اســـت. مصاحبه شونده شماره ۲ [۱] می‌گوید: «ما از قبل حرف های‌مان را زده بودیم. راهی به جز جدایی نداشتیم. هر دو هم به این نتیجه رســـیده بودیم و در مورد مهریه و اموال و چیزهای دیگر هم به توافق رســـیده بودیم. چرا ما را به مشـــاوره فرستادند؟ بیشـــتر از یک ماه است که معطل این داستانیم». این شـــکایت، نشان‌دهنده این است که فرایند، نه به منظور حل مسأله، بلکه به عنوان یک مانع اداری عمل می‌کند. در علت الزام زوجین متقاضی طلاق توافقی برای مراجعه به مراکز مشـــاوره، به افزایش آمار طلاق‌های توافقی استناد شده است و یکی از علت‌ها این است که گاه زوجین به دلیل اختلافات کم اهمیت و تحت تاثیر احساسات تصمیم به طلاق می‌گیرند و دادگاه هم به ســـرعت مجـــوز لازم را صادر می‌کند. به هر حال اصل و پایه میانجی‌گری بر اختیار اســـت و در آن تلاش می‌شود زوجین حل و فصل مســـائل زمینه‌ای، بهبود رابطه بین خود یا حصول توافق برای جدایی با آســـیب‌های کمتر و اتخاذ تصمیمات مشترک از روی تمایل و اختیار با یکدیگر همکاری کنند. از طرفی نتایج برخی پژوهش‌ها حکایت از پدیده همسرکشی به دلیل طولانی‌شدن مسیر طلاق دارد. پرونده‌های همسرکشـــی نشان می‌دهد بیشـــتر زنان درگیر در پرونده‌های همسرکشـــی قبل از قتل قصد طلاق داشـــته‌اند، اما با روند طولانی و شـــرایط سخت طلاق مواجه شـــده‌اند (قاضی‌نژاد و عباســـیان، ۱۳۹۰: ۱۰۷-۱۱۲؛ وحیدا و ســـبزه و ذاکری، ۱۳۹٤: ۲۱۳).

در مجمـــوع، تفاوت اجرای فرایند میانـــجی‌گری در نـــظام‌های بهره‌مند از رویکرد حل مســـأله و ایران، نه تنها یک تفاوت رویـــه‌ای، بلکه نشان‌دهنده شکاف بنیادین در چارچوب نظری و فلســـفی رســـیدگی به دعاوی خانوادگـــی است. در نظام‌های پیشرو، میانجی‌گری به عنوان فرآیندی اختیاری، تخصـــصی و ایمنی‌محور طراحی شـــده اســـت که در آن رضایت، تعادل قدرت و مشـــارکت آگاهانه زوجین

۱. مراجعه کننده، زن، سی ساله و تحصیلات کارشناسی

به عنوان اصول اساسی عمل می‌کنند. در مقابل، در نظام حقوقی ایران، داوری و مشاوره به یک روال الزامی، غیر تخصصی و اداری تبدیل شده است که نه تنها از نظر ساختاری با مدل‌های موفق بین‌المللی فاصله دارند، بلکه در ماهیت خود با فلسفه حل مسأله و میانجی‌گری نیز تناقض دارند. این رویکرد، فرایند را از یک فرصت برای بازسازی رابطه یا جدایی با آسیب کمتر، به یک محل طولانی‌شدن رسیدگی و تحمیل هزینه تبدیل می‌کند. در نتیجه، به جای کاهش تعارض و حمایت از کودک، این فرایندها ممکن است به تضعیف اعتماد به سیستم قضایی و افزایش آسیب‌های روانی و حتی جسمی، به ویژه برای زنان در معرض خشونت، منجر شوند. این شکاف، نه یک کاستی اجرایی ساده، بلکه نشانه‌ای از عدم نهادینه‌سازی رویکرد حل مسأله در نظام قضایی ایران است.

۳. اجرای توافق‌های حاصله از میانجی‌گری

برخی کارشناسان بر این باور هستند که میانجی‌گری طلاق روندی مشارکتی است که در آن با وجود تدابیر افزایش ایمنی ارتباط بین زوجین را تسهیل کرده و در طول میانجی‌گری مداخله‌هایی جهت کاهش تعارضات، تعادل قدرت، کنترل احساسات و یافتن اولویت‌ها و شناسایی مسائل انجام می‌گیرد (Ellis, 2022: 1-2). برخی از میانجی‌گران حوزه خانواده نیز می‌گویند: میانجی‌گری طلاق امری بیش از یک روش حل اختلاف است و دارای بعد درمانی است که باعث تشویق زوجین به شناسایی مسائل روانی و توجه به آن دارد (Rau, et al, 2006: 1-5).

این مرحله در میانجی‌گری با هدف دیدار حضوری زوجین با یکدیگر و بیان نیازها و خواسته‌های خود اجرا می‌شود. زوجین در خصوص مشکل پیش‌آمده و آثار آن بر زندگی مشترک، روابط اجتماعی و احساسات خود صحبت می‌کنند و سؤال‌های خود را مطرح کنند. این مرحله توسط یک یا ترجیحاً دو میانجی‌گر مدیریت می‌شود. میانجی‌گر از زوجین برای مشارکت در گفت‌وگو دعوت می‌کند و به آن‌ها کمک می‌نماید تا موضع و انتظارات خود را به وضوح بیان کنند. این امر در راستای تغییر نقش آن‌ها برای درک بهتر احساسات و دیدگاه یکدیگر است. زوجین تشویق می‌شوند تا زمینه‌های احتمالی سازش را بررسی کنند. اهداف مشترک، منافع احتمالی مشترک را بشناسند و با حسن‌نیت مذاکره کنند. میانجی‌گر به زوجین کمک می‌کند

تا خواسته‌های خود را تعدیل کنند و در صورت نیاز بدون وجود نشانی از ضعف، امتیازی را هم به طرف مقابل بدهند (Brown, 2005: 10).

در طی جلسه‌های میانجی‌گری، به چند موضوع اساسی پرداخته می‌شود: تصمیم‌گیری در مورد حضانت فرزندان، شیوه و نحوه ملاقات، نفقه فرزند و کلیه حقوق مالی زوجین. میانجی‌گران ابتدا بر مسائل خنثی و مواردی که دستیابی به توافق برای آن آسان‌تر است؛ مانند هماهنگی زمان ملاقات بعدی، مراقبت‌های پزشکی و آموزشی تمرکز می‌کنند و سپس موضوعات مهم‌تری همچون حضانت را مطرح می‌کنند. والدین درگیر در یک اختلاف حقوقی خانواده خارج از جلسات میانجی‌گری، می‌توانند طی قراردادی بین خود، ترتیبات والدینی و چگونگی ملاقات و سرپرستی فرزند خود را تعیین کنند. البته این قرارداد به خودی خود لزوماً قابل اجرا نیست، اما ممکن است با شرایطی که دادگاه مناسب بداند در حکم ذکر شود (Law Reform Commission, 2010: 109).

در نشست‌های میانجی‌گری که با حضور فرزندان برگزار می‌شود، وضعیت بیمه، مراقبت‌های پزشکی و دندانپزشکی، نحوه تأمین هزینه‌های تحصیل و سایر موضوعات مهم مطرح می‌شود. کارشناسان سلامت روان نیز چگونگی سازگاری کودکان با طلاق، مناسب بودن شیوه نگهداری و ملاقات با والدین در سنین مختلف را مورد بررسی قرار می‌دهند. در برخی از میانجی‌گری در صورت نیاز هر یک از زوجین به مراکز ارائه خدمات مشاوره‌ای و حمایتی معرفی می‌شوند و نیز در صورت لزوم کودک مورد مراقبت ویژه قرار می‌گیرد (Vanderkool and Pearson,1983: 557-566; Brown, 2005:10).

در این مرحله، حل مسأله یکی از محوری‌ترین موضوعات میانجی‌گری است و می‌توان آن را در چند مرحله توصیف کرد (Grebe, et al. 1989: 133-148). در مرحله نخست میانجی‌گر باید به زوجین کمک کند تا برای دستیابی به یک راه حل مشترک، هر دو از ابتدا موضوعی را مشخص و در مورد آن بحث و گفت‌وگو کنند. یکی از وظایف میانجی‌گر این است که زوجین را در مسیر گفت‌وگو نگه دارد تا از موضوع اصلی دور نشوند. مرحله دوم به رسمیت‌شناختن نیازها، خواسته‌ها و نگرانی‌های اساسی هر یک از طرفین است. میانجی‌گر به زوجین کمک می‌کند تا

احساسات و نگرانی‌های خود را در مورد آن مطرح کنند. بسیاری از زوجین این نیازها، خواسته‌ها و نگرانی‌ها را مسائل بدیهی دانسته و لازم نمی‌دانند آن‌ها را در حضور طرف مقابل بیان کنند. وظیفه میانجی‌گر کمک به آن‌ها جهت عدم ذهن‌خوانی و تخلیه هیجانات و احساسات است. در مرحله سوم حل مسأله، جوانب مختلف هر موضوع بررسی می‌شود و پاسخ به هر نیاز، خواسته، نگرانی و چگونگی پیاده‌سازی آن تجزیه و تحلیل می‌شود. مرحله چهارم، انتخاب راه حل نهایی و مورد توافق زوجین است. چالش عمده‌ای که میانجی‌گر در اجرای مراحل مختلف با آن مواجه می‌شود این است که زوجین عموماً بی‌حوصله هستند و اجرای این مراحل را پرزحمت می‌دانند و تصور می‌کنند قادر به برخورد عاطفی با فرایند پیچیده برای یک راه‌حل مشارکتی نیستند و اغلب چیزی که آن‌ها می‌خواهند این است که فقط تمام شرایط استرس‌زا و سخت تمام شود؛ لذا میانجی‌گر باید به زوجین کمک کند تا با آگاهی از مزیت‌های رویکرد مشارکتی و معایب رویکرد غیر مشارکتی، همکاری خود را بالا ببرند (Grebe, 1994: 15-35). در این مرحله میانجی‌گر به کمک اعضای یک گروهی از کارشناسان مرتبط با دعاوی خانوادگی به زوجین کمک می‌کند تا ریشه مشکلات را شناسایی، تضادها را به حداقل برسانند و با یکدیگر در طول فرایند همکاری کنند. همچنین در این مرحله وکلا نیز سعی می‌کنند به‌جای این که صرفاً به دفاع از منافع موکل خود بپردازند، به سازنده بودن توافقات زوجین، در اختلافاتشان و پیوندزدن منافع طرفین دعوی توجه کنند. در مجموع تکنیک‌ها و کاربردهای مختلف میانجی‌گری طلاق در همه حوزه‌های قضایی وجود دارد (Alau, 2020: 57). اما هدف امکان تعیین شرایط جدایی زوج‌های در آستانه طلاق است و دلیلی وجود ندارد که زوج‌هایی که در صدد طلاق هستند پس از ارزیابی حقوق قانونی خود از طلاق توافقی منع شوند.

در نظام حقوقی ایران و در ماده ۱۴ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده وظیفه داوران را تشکیل جلسه یا جلسه‌های متعدد و تلاش در جهت رفع اختلافات و اصلاح ذات‌البین دانسته است. هر چند این ماده ضمانت اجرایی برای تلاش واقعی داوران به دست نمی‌دهد.

به علت محدودیت‌هایی که در دستگاه قضا وجود دارد امکان دسترسی

به پرونده‌ها جهت مستندکردن و ارائه تحلیل‌های آماری وجود ندارد، با این حال مشاهده‌های انجام شده و مصاحبه‌های عمیق بیان‌گر آن است که روند اجرایی کنونی داوری چندان موفق عمل نکرده و نیازمند تغییرات اساسی در ساختار و مقررات است. مصاحبه‌شونده شماره ۵ [۱]، در این رابطه می‌گوید: «با حجم زیاد پرونده‌های در گردش از یک سو و توجه بیش از حد مدیران دستگاه قضایی به رشد کمی عملکرد دادگاه‌ها از سوی دیگر، دادگاه‌ها نمی‌توانند در انتخاب داور تحقیق لازم را انجام دهند تا داوران شایسته و واجد شرایط را برگزینند. داوران انتخابی در بیشتر موارد، افراد خاصی هستند که انگیزه مالی دارند و اصلاح میان زوجین برای آنان اهمیت کمتری دارد». تبدیل‌شدن داوری به یک حرفه و روند آن به رویه اداری و در نهایت عدم تأثیر داوری در تحقق اهداف تعیین شده در آثار حقوق‌دانان و نویسندگان نیز مطرح شده است. یافته‌های یکی از پژوهش‌هایی که به سنجش تأثیرگذاری داوری بر طلاق در یکصد و پنج پرونده طلاق در یکی از مجتمع‌های خانواده دادگستری تهران پرداخته است نشان داد تنها در یک پرونده، گزارش اصلاحی صادر شده است. در سایر موارد داوران رأی به عدم امکان سازش داده بودند (هدایت نیا، ۱۳۸۷: ۲۵۷) و توسل به داوری در این پرونده‌ها فاقد اثربخشی بوده است. هم‌چنین اطلاعات آماری مربوط به برخی از استان‌ها مانند استان یزد در یک بازه زمانی مشخص نشان می‌دهد عملکرد داوری در پرونده‌های طلاق ضعیف بوده و در مجموع نود و سه درصد درخواست‌های طلاق ارجاعی به داوری منجر به ثبت واقعه طلاق گردیده است (اسدی زارچ، ۱۳۹٤: ۱۰۱).

ماده ۱۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ تکالیف مرکز مشاوره را ارائه خدمات مشاوره‌ای به زوجین، اجراء خواسته‌های دادگاه در مهلت مقرر و تلاش برای سازش برشمرده است و در ماده ۸ آیین نامه اجرایی قانون مذکور امده است گزارش اقدامات انجام شده و مشروح مذاکرات از جمله، اظهارات آن‌ها و نقاط قوت و ضعف و موارد توافق و نظر مرکز فوق پیرامون موضوع را به دادگاه ارائه می دهد تا دادگاه مطابق قانون رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید. صرف نظر از ایراداتی که توسط

۱. کارمند دادگاه خانواده، زن، چهل و هفت ساله با بیست و دو سال سابقه کار و تحصیلات کارشناسی ارشد حقوق

جمعی از حقوقدانان بر مواد مذکور وارد شـــده اســـت[1]. نتایج برخی از بررسی ها در خصوص عملکرد مراکز مذکور نشان می‌دهد در سال‌هایی که تمامی درخواست‌های طلاق به مشـــاوره خانواده ارجاع شـــدند در مقایسه با سال‌های قبل و بدون ارجاع به مراکز مشـــاوره، درصدی از میزان طلاق کاسته شده است و پژوهشگران دلیل اصلی این کاهش را موفقیت مراکز مشـــاوره در حوزه اجرا می دانند (اســـدی زارچ، ۱۳۹۴: ۱۱۰). در مقابل قاضی شـــماره ۸ [2] می‌گوید: «کاهش آمار طلاق طی دوره‌ای، دلیلی بر اثربخشـــی مراکز مشاوره نیست. برخی از زوجین مدتی منصرف می‌شوند و مجدد در زمان دیگر با حجم مشکلات بیشتری وارد سیستم قضایی می‌شوند». مصاحبه شونده شماره ۱۰ [3] بیان می‌کند: «برای طلاق ما را به جلسه‌های مشاوره فرستادند. فقط انگار این کار باید انجام می‌شـــد. هیچ فایده‌ای نداشت. همه به من می‌گفتند یک پولی بده تمام شود یا میگفتند نرو بگذار وکیلت برود». طی مشاهدات انجام شده از جلسه‌های شورای حل اختلاف، هر چند موارد انگشت شماری با لحاظ زمان برای بررسی مجدد شرایط خود موافقت کردند، اما به طور کلی شورای مذکور گویا تنها بخشی از مراحل اداری فرایند جدایی اســـت و نه فرایندی اثرگذار. قاضی بازنشســـته دادگاه خانواده[4] می‌گوید: «مســـأله ارجاع به داوری و شـــورای حل اختلاف از جمله مراحلی اســـت که با عنایت به تجارب شـــخصی من در طول سال‌های فعالیتم همگی صوری است. شـــورای حل اختلاف و داوری به امنیت روانی زوجین و جامعه کمکی نخواهد کرد. در پرونده‌هایی که داشـــته‌ام به عینه دیده‌ام که مشاوران و داوران هیچ نقشی در ادامه زندگی زوجین و کمک به حل مسائل و مشکلات آن‌ها ندارند. اگر داوران از بستگان باشـــند که اغلب کسانی هســـتند که قبل از تقدیم دادخواست میانجی‌گری کرده‌اند و اگر هم داور از طرف دادگاه انتخاب شـــود کـــه دیگر ظرف پنج دقیقه داور طرفین یا داور دادگاه بلافاصله امضا می‌کنند و حتی گاهی مفســـده‌هایی هم در این میان وجود دارد؛ این در حالی اســـت که مشـــاوره‌ها و میانجی‌گری واقعی می‌تواند زوج‌ها را به

---

۱. جهت مطالعه بیش‌تر، بنگرید به: هدایت‌نیا، ۱۴۰۱: ۷-۳۰.

۲. قاضی دادگاه خانواده، مرد، ســـی و هشت ساله با ده ســـال سابقه قضایی و تحصیلات دانشجوی دکتری حقوق خصوصی

۳. مراجعه کننده، مرد، بیست و پنج ساله و تحصیلات کارشناسی ارشد

۴. قاضی بازنشسته دادگـاه خانواده، مـرد، پنجاه و نه سـاله و تحصیلات کارشـناسی حقوق خصـوصی

زندگی مشترک بازگرداند. من مواردی داشتم که زوجین را دعوت کردم و با صحبت کردن با آن‌ها متوجه مشـــکل آن‌ها در زندگی شـــدم و با توصیه‌های مذهبی، اخلاقی و اجتماعی توانســـتم زوج‌ها را از طلاق منصرف کنم، اما باید وقت گذاشـــته شـــود. در بررســـی و علت یابی عدم کیفیت و اثربخشی مراکز مشاوره مواردی چون کثرت پرونده‌ها، کمبود نیرو، ضعف تخصص علمی و صلاحیت اخلاقی نیروهای مشـــاور، فقدان اظهار نظر کارشناسی مراکز مشـــاوره مطرح است (هدایت‌نیا، ۱٤۰۱: ۲۰-۲۳؛ محسنی، ۱۳۹٦: ۸۷-۸۹). هم‌چنین سیطره اندیشه آمارگرایی و افزایش درصد مصالحه و به طور کلی تعجیل در میانجی‌گری به علت ارزیابی این فرایندها با ضوابط دادرسی رسمی، از علل مهم عدم کارایی است.

در مجموع، اجـــرای توافق‌های حاصل از میانجی‌گـــری در نظام‌های قضایی پیشرو، منعکس‌کننده یک چارچوب نهادینه شده، تخصصی و مبتنی بر مسئولیت‌پذیری متقابل اســـت که در آن توافق‌ها نه صرفاً ســـندی حقوقی، بلکه نتیجه‌ای از مشارکت آگاهانه، توازن قدرت و تضمین امنیت طرفین محســـوب می‌شـــوند. در این نظام‌ها، میانجی‌گری فرایندی اســـت که توافق را تولید می‌کند و اجرای آن را پیگیری می‌کند و در صـــورت نیاز، زوجین به خدمات تخصصی (روان‌شناســـی، مددکاری، حقوقی) معرفی می‌شـــوند. در نظام حقوقی ایران، داوری و مشاوره فاقد این چارچوب هستند. فرایند اجرای توافق نه تنها فاقد ضمانت اجرایی مؤثر است، بلکه خود فرایند دستیابی به توافق نیز اغلب صوری، غیر تخصصی و فاقد مکانیسم نظارتی است. شواهد نشان می‌دهد که داوری بیشـــتر به یک روال اداری بـــرای طولانی‌کردن فرایند طلاق تبدیل شـــده و در عمل، پرونده‌های بسیار کمی منجر به ســـازش و اصلاح ذات البین شده است. این شکاف، نه یک کاستی فنی، بلکه نشانه‌ای از عدم تطابق نظام ایران با فلسفه حل مسأله است؛ جایی که به جای تسهیل مشارکت و ترمیم روابط، فرایندها به ابزاری بـــرای کنترل رفتار زوجین و تحقق اهداف اداری تبدیل شـــده‌اند. در نتیجه، به جای کاهش تعارض و حمایت از کودک، این سیســـتم‌ها ممکن است به تضعیف اعتماد به عدالت، افزایش هزینه‌های روانی و حتی تشدید خشونت منجر شوند.

٤. کیفیت اجرای توافق‌های به‌دست‌آمده

شیوه معمول فرایند میانجی‌گری، پایان رسیدگی و نیل به توافق است، اما ممکن است زوجین در اثنای فرایند با امضای یک توافق‌نامه به رسیدگی پایان دهند. عدم موفقیت در میانجی‌گری با انصراف یکی از زوجین از ادامه کار یا انقضای مدت تعیین شده میانجی‌گری و عدم حصول نتیجه مشخص می‌شود. به طورکلی معمول‌ترین حالت اتمام میانجی‌گری دستیابی به نتیجه مورد توافق زوجین است. در این فرض طرفین مبادرت به تنظیم توافق‌نامه می‌کنند؛ هرچند میانجی‌گری طلاق موفق، لزوماً به نوشتن قرارداد ختم نمی‌شود و در برخی موارد زوجین نیازی به مکتوب نمودن توافقات خود نمی‌بینند؛ اما در موارد مهم و پیچیده موضوع مکتوب نمودن توافقات در غالب یک قرارداد جامع، شفاف و قابل‌اجرا اهمیت زیادی پیدا می‌کند (Brown, 2005: 9).

در خصوص زوجینی که دارای فرزند هستند بدین‌گونه است که هنگامی که زوجین به یک توافق قابل‌قبول برسند، میانجی‌گر در مورد مسئولیت‌های آن‌ها مطابق با طرح فرزندپروری گفت‌وگو می‌کند. این امر بخشی ضروری و پراهمیت از فرایند حل مسأله در طلاق است (Bruijn, 2018: 128-142)؛ با این‌حال برخی افراد این نگرش را دارند که میانجی‌گری فاقد ضمانت دارد و لذا آن را کم‌اهمیت می‌دانند و کمتر تمایل دارند در فرایندی مشارکت کنند که صرفاً منتهی به انعطاف نسبت به طرف مقابل و همراهی با وی شود، اما هدف اصلی مرحله نهایی، پیگیری کیفیت اجرای توافق‌نامه است. ممکن است در اجرای توافق‌نامه ابهامات یا مسائل دیگری مطرح شود که نیازمند مذاکره و بحث باشد. هم‌چنین ممکن است جهت برخی توافق‌ها نیاز به برگزاری جلسه‌های غیر رسمی میان زوجین نیز باشد و از زوجین درخواست شود نسبت به اجرای کامل تعهدات اقدام کنند. از آن‌جا که میانجی‌گری اختلافات به صورت دوستانه و بر مبنای تراضی حل و فصل می‌شوند، اغلب توافقات بدون تشریفات خاص اجرا می‌شوند. در هر صورت میانجی‌گر وظیفه پیگیری آن را تا پایان اجرای تعهدات و تأیید آن‌ها بر عهده دارد. بعد از اتمام همه مراحل فوق لازم است میانجی‌گر کارهایی را که به منظور میانجی‌گری انجام داده و هم‌چنین گفت‌وگو و اظهارات طرفین و نتیجه حاصل را صورت‌جلسه کرده و به مقام قضایی گزارش دهد

.(Latifiani, 2018: 52, 53)

در حال حاضـــر در دادگاه‌های خانواده ایران مطابق مـــاده ۲۷ قانون حمایت خانواده در مواردی که درخواســـت‌های طلاق به داوری ارجاع می‌شود، قضات باید بـــا توجه به نظر داوران رأی صـــادر کنند و چنان‌چه آن را نپذیرند، نظریه داوران را با ذکر دلیـــل رد کنند. هم‌چنین اگر در دادگاه بدوی ارجـــاع به داوری صورت نپذیرد، موجب نقض رأی در مرحله تجدیدنظر اســـت (جعفری، ۱۳۸٦: ۱۱۵)؛ بااین‌حال نظر داوران ماهیتاً حکم تلقی نمی‌شـــود، بلکه یک نظر ساده کارشناسی است که به دادگاه اعلام می‌شود و این دادگاه است که ضمن تحقیق از طرفین دعوی با توجه به مدارک و دلایل ابرازی، تصمیم نهایی را اتخاذ می‌کند.

همچنین بخش آخر تبصره ۲ مـــاده ۲۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به نحوه تعیین داور و مدت زمانی که برای امر داوری در نظر گرفته شده است اشاره می‌کنـــد و در ماده ۱۳ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکـــور تعیین مهلت اعلام نظر داوران توســـط دادگاه و تمدید مهلت آن در صورت درخواســـت داوران یا یکی از آن‌ها و احراز ضرورت مطرح می‌کند. در ماده ١٤ آیین‌نامه وظیفه داوران را تشـــکیل جلســـه یا جلســـه‌های متعدد با حضور زوجین و تلاش در جهت رفع اختلاف و اصلاح ذات البین و اعلام نتیجه آن به دادگاه دانســـته است. مشاوره هم در قانون حمایت خانواده مانند داوری تنها برای صلح و ســـازش است. با این تفاوت که مرکز مشاوره در قانون حمایت خانواده، کارکرد کارشناسی نیز دارد و درباره منشأ و ماهیت اختلاف زوجین اظهـــار نظر می‌کند. از آن جا که قانون‌گذار هـــدف از ایجاد این مرکز را جلوگیری از افزایش اختلافات خانوادگی و تلاش برای صلح و سازش معرفی می‌کند، نقش آن را هم تبیین می‌نماید که اگر با تلاش مرکز مشـــاوره، زوجین تصمیم به سازش گرفتند، این مرکز صلاحیت این را دارد که به تنظیم سازش‌نامه مبادرت ورزد و اگر به سازش منجر نشـــد، نظر کارشناســـی خود را در مورد دلیل عدم ســـازش کتباً به دادگاه ارائه می‌دهد و دادگاه با ملاحظه آن به تشخیص خود، رأی صادر می‌کند. البته الزام قانونی برای قضات در خصوص پذیرش یا رد نظر مشاوران مطرح نیست؛ آن‌چنان که تبصره ماده ۱۹ قانون حمایت خانواده به این شـــکل تنظیم شـــده اســـت: «دادگاه باملاحظه نظریه کارشناســـی مراکز مشاوره خانواده به تشـــخیص خود مبادرت به صدور رأی

می‌کند». هم‌چنین نتایج خدمات ارائه شـــده به زوجین در مراکز مشـــاوره، در پرونده ثبت می‌شـــود خدمات مرکز می‌تواند حتی پس از سازش یا سازش مشروط زوجین ادامه یابد.

موضوع دیگری که اهمیت دارد عدم اجرای تعـهدات و نبود ضمانت اجرایی بـــرای پای‌بندی به این توافقات به عنوان مهم‌تـــرین موانـــع پیش روی میانجی‌گری محسوب می‌شود؛ به گونـــه‌ای که مصاحبـــه شونده شـــماره ۱۸ [۱] به‌عنوان یکی از کنش‌گـــران حقوقی در این خصوص اظهـــار می‌دارد: «هیچ ضمانـــت اجرایی برای عمل‌کردن طرف به توافقات وجود ندارد؛ به‌گونه‌ای که طبق توافقات صورت‌گرفتـــه ممکن است یکی از طرفین رضایت دهـد؛ اما بعد به تعهـدات خود عمل نکـند. البته می‌شود از طریق دادگاه پیگیری کرد»، اما مصاحبه شـــونده شماره ۹ [۲] به‌عـنوان یکی از وکلای با تجربه دعاوی خانوادگـــی که میانجی‌گـری را با روش خاصی با هدف این‌که طـــرف مقابل به تعهدات خود عمل کند انجام می‌دهد و در این خصوص بیان می‌دارد: «من هیچ‌وقت اجازه نمی‌دهم موکلـم بدون این‌که طرف به تعهدات خودش عمل نماید، ســـازش کند؛ از دادگاه درخواســـت مهلت می‌کنـــم و اقدام به اخذ چک از یـــک ضامن معتبر می‌کـــنم که اگر در مهلتی که دادگاه داده اســـت تعهدات انجام نشـود، موضـوع را از طریق رسیدگی رسمی ادامه می‌دهم». در خصوص عدم وجود ضمانت اجرا در صورت عدم پای‌بندی به تعهدات، مصاحبه شـــونده شماره ۱۲ [۳] به ضعف قانون‌گذار اشـــاره می‌کند و بیان می‌دارد: «در دادگاه طرف شمشـــیر عدالت را در دست گرفته و با آن می‌تواند حقوق خودش را احیا کند. وقتی می‌گـــوییم طرف حاضر به جبران اســـت آن شمشـــیر را زمین بگذار، می‌گوید اگر این را زمین بگذارم دیگر نمی‌توانم به حـــقوقم برسم». به نظر می‌رسد میانجی‌گری فاقد ضمانت اجرای مؤثر و بدون نقص است.

در مجموع، کیفیت اجرای توافق‌های حاصل از میانجی‌گری، شاخصی کلیدی

---

۱. قاضی مشاور دادگاه خانواده، زن، سی و شش ساله با نه سال سابقه قضایی و تحصیلات دانشجوی دکتری حقوق

۲. وکیل دادگســـتری، زن، چهل و هشـــت ساله با بیست و هفت سال ســـابقه قضایی و تحصیلات دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

۳. قاضی دادگاه بخش، مرد، چهل ســـاله با نوزده سال ســـابقه قضایی و تحصیلات حوزوی معادل کارشناسی ارشد

از نهادینه‌سازی یک رویکرد حل مسأله است. در نظام‌هایی که میانجی‌گری به عنوان بخشی از یک چارچوب نهادینه شده عمل می‌کند، توافق‌ها تنها به صورت نوشتاری ثبت نمی‌شوند، بلکه در فضایی از مسئولیت‌پذیری متقابل، پیگیری حرفه‌ای و مکانیسم‌های بازگشتی قرار می‌گیرند. در این نظام‌ها، عدم اجرای توافق به معنای بازگشت به فرایند میانجی‌گری یا انتقال به نظام قضایی با حفظ اعتبار توافق قبلی است، نه نادیده گرفتن آن. در مقابل، در نظام حقوقی ایران، فرایندهای داوری و مشاوره با فقدان ضمانت اجرایی واقعی مواجه هستند. اگرچه قانون الزام به ارجاع دارد، اما نظر داوران و گزارش مشاوران صرفاً جنبه مشورتی داشته و فاقد اثر حکمی است. این وضعیت، نه تنها انگیزه طرفین برای پای‌بندی به توافق را تضعیف می‌کند، بلکه کارکرد اعتمادسازی میانجی‌گری را زیر سؤال می‌برد. شواهد نشان می‌دهد که در عمل، پی‌گیری اجرای توافق‌ها به صورت سیستماتیک انجام نمی‌شود و در صورت نقض، تنها راه بازگشت به نظام قضایی رسمی است؛ فرایندی که خود به معنای نفی ارزش‌های میانجی‌گری است. این شکاف نشان می‌دهد که در نظام‌های پیشرو، میانجی‌گری به عنوان فرایندی پویا و پی‌گیر عمل می‌کند؛ در حالی که در ایران، داوری و مشاوره بیشتر به رویدادی گذرا و غیر متصل به اجرای نتایج تبدیل شده‌اند. در نتیجه، به جای تقویت تعهد متقابل و ایجاد فضایی برای حل مسأله پس از توافق، این فرایندها در عمل به ابزاری برای تحقق الزامات فرمالیستی تقلیل یافته‌اند. این تفاوت، نه یک کاستی فنی، بلکه نشانه‌ای از عدم نهادینه‌سازی رویکرد حل مسأله در نظام قضایی ایران است.

برآمد

۱- در نظام‌هـــای قضایی پیشـــرو دادگاه‌ها قبل از ورود به رسیدگی ماهوی، ملزم به حل و فصل دعوا از طریق ترغیب طرفین به شـــیوه میانجی‌گری هســـتند که شـــامل دادگاه‌های رســـیدگی‌کننده به دعوای طلاق نیز می‌شـــود. این الزام به معنای تحمیل میانجی‌گری نیســـت، بلکه به صورت ترغیب زوجین به حل و فصل دعوا از طریق این روش است؛ بنابراین، میانجی‌گری منوط به پذیرش پیشنهاد و تمایل طرفین است.

۲- میانجی‌گری یکی از شـــیوه‌ها و ابزارهای پرکاربرد رویکرد حل مسأله در حل و فصل دعاوی مختلف، از جمله طلاق است. رویکرد حل مسأله حسب اقتضای هر یک از دعاوی خانوادگی، شـــیوه خاصی را به کار می‌گیرد. تمرکز این رویکرد در طلاق، اصلاحی و ترمیمی است که در آن سعی در پرداختن به مسائل زیربنایی منجر بـــه اختلافات بین زوجین دارد و برای حصول هدف مذکور از شـــیوه میانجی‌گری و حل و فصل اختلافات بهره می‌گیرد.

۳- در نظام حقوقی ایران، ظرفیت‌ها و قابلیت‌هایی از رویکرد حل مســـأله در رســـیدگی به دعوای طلاق در قوانین و رویه عملی قضات قابل مشاهده است. البته با این‌که شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات مانند میانجی‌گری سابقه طولانی در قانون و نظام فرهنگی جامعه ایران دارد، اما به درســـتی نهادینه نشـــده است. به‌عنوان مثال، داوری در حقوق خانواده به‌نوعی حکمیت است و نظر داور برای قضات صرفاً جنبه مشـــورتی دارد و حتی نام‌گذاری ایـــن روش‌ها به‌عنوان روش‌های جایگزین در نظام حقوقی ایران با مســـامحه است. از سوی دیگر، ویژگی‌های قانونی تعریف شده برای داوران چنان نیست که شایستگی آنان را از لحاظ عرفی و علمی محرز سازد. در مواردی حتی در قصد سازش داوران تردید وجود دارد. از نظر اجرا، در عمل داوری در طلاق به سمت صوری شدن پیش رفته است.

٤- با توجه به مقررات مربوط به مراکز مشـــاوره خانواده قوه قضاییه در ایران، روشـــن می‌شود قانون‌گذار به فلسفه ایجادی و تأیید صلاحیت مشاوران توجه لازم را داشته است، اما مشاوره هم در عمل به شکل سازمان‌یافته نبوده و در خصوص اعتبار بخشـــیدن به نظر مراکز مشـــاوره اعتباری چندانی قائل نیست. هم‌چنین ارجاع تمامی

پرونده‌های طلاق بـــدون ارزیابی و در نظرگرفتن رغبت زوجین به مراکز مشـــاوره، تأثیری در کاهش طلاق نخواهد داشت.

۵- تفـــاوت عملکرد میانجی‌گری در نظام‌های پیشـــرو و ایـــران، نه تنها یک تفاوت در رویه، بلکه نشـــان‌دهنده تفاوتی ساختاری در نهادینه‌سازی فرایندهای حل مسأله است. در نظام‌های پیشـــرو، میانجی‌گری در چارچوبی نهادینه شده، با رعایت اصول ایمنـــی، داوطلبانه بودن، آموزش تخصصی و نظارت حرفه‌ای اجرا می‌شـــود. در مقابل، در ایران، داوری و مشـــاوره فاقد چنین چارچوبی اســـت و بیشتر به عنوان مراحـــل اداری و الزامی در فرایند طلاق عمل می‌کنند. این شـــکاف، اثربخشـــی این فرایندها را زیر سؤال می‌برد و نشان می‌دهد که برای تحقق واقعی رویکرد حل مسأله در نظام قضایی ایران، ضروری اســـت تا چارچوبی قانونی، آموزشـــی و نظارتی برای نهادینه‌سازی میانجی‌گری خانواده تدوین شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اسدی زارچ، عاطفه (۱۳۹۴)، **تحلیل حقوقی عملکرد داوری و مرکز مشاوره خانواده در فرایند طلاق**، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.

* جعفری، عباس (۱۳۸۶)، «**داوری در دعاوی خانوادگی، قوانین موضوعه و رویه قضایی**»، فقه و حقوق خانواده، شماره ۴۷.

* رضاپور، زهرا و فرجیها، محمد و روشن، محمد (۱۴۰۲)، «**تحول نقش قاضی در رویکرد حل مسأله به خشونت خانوادگی؛ مطالعه تطبیقی حقوق کیفری کامن‌لا و ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.

* قاضی‌نژاد، مریم و عباسیان، ماریا (۱۳۹۰)، «**مطالعه کیفی عوامل اجتماعی همسرکشی**»، زن در توسعه و سیاست (پژوهش زنان)، دوره ۹، شماره ۲.

* محسنی، مهدی (۱۳۹۶)، **نقش داوری و مراکز مشاوره خانواده در فرایند طلاق با تأکید بر آرای قضایی**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق.

* میرشکاری، عباس و ملکی، نفیسه و حبیب‌زاده، الهام (۱۴۰۰)، «**حق ملاقات اقربا با طفل در حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴.

* وحیدا، فریدون و سبزه، حسینعلی و ذاکری، حامد (۱۳۹۴)، «**تحلیل و بررسی کیفی عوامل مؤثر بر همسرکشی در بین زنان و مردان مطالعه موردی زندانیان اصفهان**»، بررسی مسائل اجتماعی ایران، دوره ۱، شماره ۶.

* هدایت نیا، فرج‌الله (۱۳۸۷)، **داوری در حقوق خانواده**، فرهنگ و اندیشه اسلامی.

* هدایت نیا، فرج‌الله (۱۴۰۱)، «**چالش های فقهی- حقوقی مراکز مشاوره دادگاه‌های خانواده**»، مطالعات راهبردی زنان، دوره ۲۴، شماره ۹۵.

ب. انگلیسی

* Alau, Aaron Olaniyi. (2020). **Divorce Mediation in Nigeria: The Ogun State Multi-Door Court in Perspective (Unpublished mas-**

ter's thesis). Department of Jurisprudence & International Law, Olabisi Onabanjo University, 58.

❋ Alkaff, F., Ritonga, A. H., & Miftah, A. A. M. (2021). **The effectiveness of mediation in completing divorce cases in Jambi Provincial Religious Court**. International Journal of Southeast Asia, Vol. 2, No. 1. https://doi.org/10.47783/journijsa.v2i1.196

❋ Barsky, A. (2017). **Conflict Resolution for the Helping Professions: Negotiation, Mediation, Advocacy, Facilitation and Restorative Justice** (3rd ed.). Oxford University Press.

❋ Bondy, V., & Doyle, M. (2011). **Mediation in Judicial Review: A Practical Handbook for Lawyers**. The Public Law Project.

❋ Brown, Daniel G. (2005). **Divorce and family mediation: History, review, future directions**. Family Court Review, Vol. 2, No. 1.

❋ Bruijn, de, Simon. (2018). **Reaching Agreement after Divorce and Separation** (Ph.D. dissertation). Utrecht University.

❋ Byrne, R. H., et al. (2010). **Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation**. Law Reform Commission.

❋ Carbonneau, E. Thomas. (1986). **A consideration of alternatives to divorce litigation**. University of Illinois Law Review, 4.

❋ Center for Effective Dispute Resolution (CEDR). (2023). **What is the European Mediation Directive?** https://www.cedr.co.uk/dispute-resolution-resources/what-is-the-european-mediation-directive/

❋ Cleak, Helen, Schofield, Marianne, & Bickerdike, Andrew. (2014). **Efficacy of family mediation and the role of family violence: Study protocol**. BMC Public Health, Vol. 14, No. 57.

❋ Ellis, Desmond. (2022). **Evaluation of adversarial adjudication and divorce mediation as options for high-conflict parents experiencing divorce**. Gender and Women's Studies, Vol. 5, No. 1.

❋ Ervasti, Kaijus. (2018). **Problem-solving justice in criminal and civil justice in Finland**. Utrecht Law Review, Vol. 14, No. 3, 26.

❋ Felstiner, William L. F., Williams, Lynne A. (1978). **Mediation as an alternative to criminal prosecution**. Law and Human Behavior, Vol. 2, No. 4.

❋ Foy, Kathy. (1987). **Family and divorce mediation: A comparative analysis of international programs**. Mediation Quarterly, Vol. 5, No. 1.

❋ Grebe, Sarah Childs, Irvin, Karen, & Lang, Margaret. (1989). **A model for ethical decision making in mediation**. Negotiation Journal,. Vol. 7, No. 2, 133–148.

❋ Grebe, Sarah Childs. (1994). **Building on structured mediation: An integrated model for global mediation of separation and divorce**. Family Court Review, Vol. 12, No. 1,15–35.

❋ Gulliver, Philip H. (1979). **Disputes and negotiations: A cross-cultural perspective**. Academic Press.

❋ Guthrie, Chris, & Levine, James. (1998). **A party satisfaction perspective on a comprehensive mediation**. Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 13, No. 3.

❋ Hall, Lavinia. (2017). **Mediation: An adaptable process for problem solving, relationship building and sustained dialogues for change and collaboration**. Journal Négociations, Vol. 28, No. 2.

❋ Javits, Joshua M. (2021). **Virtual v. in-person hearings in a COVID world and beyond**. https://mediate.com/virtual-v-in-person-hearings-in-a-covid-world-and-beyond

❋ Kamenecka, M., & Usova, L. (2016). **Mediation for resolving family disputes**. SHS Web of Conferences, 30, 00018. https://doi.org/10.1051/shsconf/20163000018

❋ Latifiani, Dian. (2018). **Contributing factors of mediation failure in the tribunal in divorce cases**. South East Asia Journal of Contemporary Business, Economics and Law, Vol. 15, No. 4, 51–54.

❋ Law Reform Commission. (2010). **Alternative dispute resolution: Mediation and conciliation**. https://www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf

❋ Mann, B. J. (2022). **Why choose divorce mediation: An infographic. BJ Mann Divorce Mediation**. https://bjmediationservices.com/why-choose-divorce-mediation-an-infographic

❋ Marlow, Lenard, & Sauber, Richard. (1990). **The handbook of divorce mediation**. Springer Publishing Company.

❋ Melamed, James. (2018). **Sample mediation ground rules**. https://mediate.com/sample-mediation-ground-rules

❋ McBride, Meredith. (2020). **Alternative dispute resolution, ODR in the era of COVID-19**. American Bar Association. https://www.americanbar.org/groups/family_law/committees/alternative-dispute-resolution/odr/

❋ Mnookin, Robert H., & Kornhauser, Lewis. (1997). **Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce**. The Yale Law Journal, Vol. 88, No. 5.

❋ Munsinger, Harry L., & Philbin, Donald R. (2017). **Why can't they settle: The psychology of relational disputes**. Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 18, No. 2.

❋ Muslim, Kamalia. (2020). **Tindak tutur direktif hakim mediator perempuan dalam mediasi perceraian di pengadilan agama kelas ia padang**. Jurnal Kata: Penelitian tentang Ilmu Bahasa dan Sastra, Vol. 3, No. 2.

❋ National Family Mediation. (2023). **Family mediation scheme**.

https://www.nfm.org.uk

❋ Rhodes, Vivour A. O. (2008). **Mediation (a face saving device), the Nigerian perspective**. The International Bar Association Legal Practice Division, Mediation Committee Newsletter, Vol. 4, No. 1.

❋ Rothkin, Emily. (2022). **How to create a better mediation: Using divorce mediation outcomes to assess gender's effect on mediation**. Boston University Law Review, Vol. 102, No. 2.

❋ Rodrigues, Giovanni Garcia. (2020). **A critical analysis of the benefits of mediation on children in a divorce process (Master's thesis)**. Faculty of Law, Independent College Dublin.

❋ Rundare, Tichainda M. (2018). **The nature and use of family mediation by social workers in Port Elizabeth (Master's thesis)**. Nelson Mandela University.

❋ Saccuzzo, P. Deninis. (2003). **Controversies in divorce mediation**. North Dakota Law Review, Vol. 79, No. 3.

❋ Salem, Peter. (2009). **The emergence of triage in family court services: The beginning of the end for mandatory mediation?** Family Court Review, Vol. 47, No. 3.

❋ Sternlight, Jean R., & Robbennolt, Jennifer K. (2022). **In-person or via technology?: Drawing on psychology to choose and design dispute resolution processes**. DePaul Law Review, Vol. 71, No. 2.

❋ The Family Law Reporting Project Committee. (2007). **Report of the family law reporting committee to the board of the courts service. Courts Service of Ireland**. http://www.courts.ie/attachments/File/Report

❋ Vanderkool, Lois, & Pearson, Jessica. (1983). **Mediating divorce disputes: Mediator behaviors, styles and roles**. Family Relations, Vol. 32, No. 4.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۲۷۲-۲۴۷
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۲

وضعیت حقوقی نکاح دختر باکره رشیده بدون اذن ولی در حقوق ایران و فقه امامیه

جواد نیک‌نژاد[۱]، ناصر فراقی[۲]

چکیده

فقه امامیه در خصوص ضـــرورت وجود اذن یا عدم اذن پدر و جد پدری در نکاح باکره رشیده، هفت نظر را در بر دارد که ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی با پذیرش یکی از این نظریه‌ها، نکاح دختر باکره را موقوف به اجازه پدر یا جد پدری نموده اســـت. پرسش مطرح در این خصوص، ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بدون اذن ولی است که در این راستا، نظریه‌های بطلان، صحت و عدم نفوذ نکاح ارائه شده است و قائلان به صحت نکاح معتقدند که نکاح بدون اذن ولی واجد ضمانت اجرای تکلیفی است. در رویه قضایی نظر غالب عدم نفوذ نکاح باکره رشـــیده بدون اذن ولی است که ولی دختر می‌تواند تقاضای ابطال نکاح را از دادگاه درخواست نماید.

این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی و با اســـتفاده از شـــیوه کتابخانه‌ای اســـت، با جمع حقوق طرفین (الجمع مهما امکن اولی من الطرح) و آثار ناگواری که بطلان عقـــد به دنبال دارد، نتیجه می‌گیرد که نکاح دختـــر باکره بدون اذن ولی که با مانع بقای عقد مواجه اســـت، صحیح و مراعی به اجازه پدر و جد پدری می‌باشد. در صورت عدم اجازه نکاح، از تاریخ عدم اجازه منفسخ می‌شود و در صورت زوال مانع از قبیـــل فوت پدر یا جد پدری قبل از اجازه یا رد، عقد نکاح به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد.

واژگان کلیدی: انفســـاخ عقد نکاح، باکـــره، صحت عقد نکاح، عدم نفوذ عقد نکاح، مراعی بودن عقد نکاح.

---

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران غرب (نویسنده مسوول)
j.n406@yahoo.com

۲. دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد آیت اله آملی
j.niknejad@yahoo.com

درآمد

یکی از مسائل مبتلابه در جامعه امروز ایران مسأله ازدواج دختر باکره رشیده است. با توجه به گذار جامعه ایرانی از سنت به مدرنیته همواره یکی از چالش‌های مطروحه در مورد نابرابری حقوق زنان و مردان که بیشتر از سوی زنان طرح می‌گردد، اذن پدر یا جد پدری نسبت به ازدواج دختر باکره رشیده است. به موجب ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است. در فقه امامیه در مورد لزوم یا عدم لزوم یا حتی محدوده اذن مذکور که بعضاً تا هفت نظر نیز رسیده است اختلاف نظر جدی میان فقها وجود دارد. این پژوهش در صدد پاسخ به این پرسش است که در صورت ازدواج دختر باکره رشیده بدون اذن ولی وضعیت فقهی حقوقی نکاح مذکور چیست؟ در این مورد اختلاف نظر جدی میان حقوق‌دانان و فقهای امامیه وجود دارد، برخی معتقدند که نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی فاقد ضمانت اجرای وضعی بوده، بلکه از نظر وضعی عقد نکاح صحیح است، اما عدم اذن ولی دارای ضمانت اجرای تکلیفی بوده و دختر با انعقاد نکاح بدون اذن ولی مرتکب گناه شده است (صفار، ۱۳۹۰: ۱۹) عده‌ای دیگر معتقدند که نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی غیرنافذ است؛ لذا سرنوشت نکاح مذکور منوط به اجازه یا رد ولی است. اگر پدر یا جد پدری نکاح را اجازه دهد این نکاح که به نحو فضولی واقع شده است تنفیذ می‌شود و در صورت رد نکاح از سوی ولی نکاح باطل می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۶). در این مقاله پس از ذکر نظریه‌های مختلف فقهی و حقوقی از جمله نظریه عدم نفوذ موقوف، نظریه صحت، نظریه عدم نفوذ مراعی و نظریه وضعیت مراعی به عنوان وضعیت حقوقی مستقل در عرض صحت و بطلان و عدم نفوذ و نقد آن‌ها، نظریه منتخب نویسندگان مبنی بر صحت نکاح مذکور و مراعی بودن بقای آن به اذن یا عدم اذن پدر و جد پدری تبیین گردید. در تأیید نظریه منتخب باید گفت از آنجایی که عدم اذن پدر و جد پدری از مقوله مانع بوده و وضعیت حقوقی عقدی که از حیث مقتضی کامل بوده و با مانع مواجه است مراعی می‌باشد، عقد مذکور مراعی به اجازه یا رد پدر یا جد پدری بوده، در صورت اجازه مانع مرتفع می‌شود و عقدی که صحیح تشکیل شده بود به حیات خود ادامه می‌دهد. زوال مانع ممکن است به دلایل دیگر از جمله فوت پدر یا جد

پدری باشد بدین نحو که هیچ‌یک از آن دو بعد از عقد نکاح مذکور و قبل از اجازه یا رد، در قید حیات نباشند، مانع مذکور در عقد مراعی از موانع بقای عقد می‌باشد، یعنی اگر پدر یا جد پدری حق خود را اعمال کنند، عقد از همان تاریخ منفسخ می‌شود، اعتقاد به این دیدگاه نه تنها مستلزم جمع حقوق طرفین بوده بلکه از آثار ناگوار ناشی از بطلان نکاح پیشگیری می‌نماید؛ زیرا اگر عقد نکاح با رد پدر یا جد پدری باطل شود، اولاً زوجه مستحق مثلاً مهرالمسمی نیست، ثانیاً نفقه‌ای به زوجه تعلق نمی‌گیرد، ثالثاً اگر از رابطه میان زوجین تا قبل از رد نکاح فرزندی به دنیا بیاید، قاعدتاً باید نامشروع تلقی شود که طبق قاعده لاضرر چنین حکمی ضرری است، در حالی که در اسلام احکام ضرری نفی شده است.

در خصوص پیشینه مقاله، هاشمی در مقاله‌ای تحت عنوان نقش اذن در صحت یا بطلان نکاح در فقه و حقوق (هاشمی، ۱۳۹۵: ۹۷-۱۱۶) به بررسی اذن ولی در نکاح دختر باکره رشیده و اذن زوجه در ازدواج زوج با برادرزاده و یا خواهرزاده زوجه و همچنین اذن ولی در نکاح مولی‌علیه قبل از بلوغ پرداخته و ضمن تبیین مفهوم اذن و نقش آن در نکاح در فقه امامیه و حقوق ایران، ضمانت اجرای نکاح باکره رشیده را بدون اذن ولی عدم نفوذ (موقوف) عقد نکاح دانسته‌اند، سجادی امین در مقاله‌ای تحت عنوان اذن ولی در عقد موقت باکره رشیده (سجادی امین، ۱۳۹۷: ۱۲۸-۱۴۵) فقط به بررسی موضوع در خصوص نکاح موقت پرداخته و اساساً به ضمانت اجرای وضعی فقدان اذن ولی در نکاح باکره رشیده نپرداخته است. صدری و ذاکری در مقاله‌ای تحت عنوان نگرشی نو بر اذن ولی قهری در نکاح باکره رشیده از منظر فقه و حقوق موضوعه (صدری و ذاکری، ۱۳۹۳: ۶۹-۹۱) به بررسی موضوع پرداخته‌اند و مدعی شده‌اند نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی هیچ ضمانت اجرای وضعی ندارد، بلکه صحیح است فقط ضمانت اجرای تکلیفی به دنبال دارد. عابدی اندریان و پاشازاده و مسعودی در مقاله‌ای تحت عنوان تأثیر باکرگی بر وضعیت حقوقی زن (عابدیان و پاشازاده و مسعودی، ۱۴۰۲: ۸۹-۱۰۸) به بررسی موضوع نکاح باکره رشیده پرداخته‌اند، همچنین عابدی و مرتضوی در مقاله‌ای تحت عنوان قابلیت توکیل اذن ولی قهری در عقد نکاح (عابدی و مرتضوی، ۱۳۹۷: ۲۴۱-۲۶۲) به بررسی موضوع مذکور پرداخته‌اند.

تفاوت مقاله حاضر با سایر آثار در این است که نگارندگان در این تحقیق صرفاً به بررسی حکم وضعی نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی در فقه امامیه و حقوق ایران و همین‌طور رویه قضایی پرداخته‌اند، ولی وارد بحث ضرورت یا عدم ضرورت وجود اذن ولی در نکاح باکره رشیده در فقه و حقوق ایران نشده‌اند؛ زیرا در منابع متعدد فقهی و حقوقی به بررسی موضوع مذکور پرداخته شده است. همچنین در خصوص ضمانت اجرای وضعی نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی اصولاً نظریه عدم نفوذ در منابعی که به این امر پرداخته‌اند پذیرفته شده است؛ در حالی که نگارندگان ضمن نقل و نقد نظریه‌های صحت، عدم نفوذ موقوف، عدم نفوذ مراعی، وضعیت مراعی به عنوان وضعیت مستقل در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ، عقد نکاح موصوف، نظریه منتخب خویش را تبیین نموده‌اند؛ لذا از این منظر مقاله حاضر کاملاً نو بوده و به موضوع جدیدی می‌پردازد.

۱. نظریه عدم نفوذ موقوف

برخی از نویسندگان حقوقی معتقدند اگر دختری که به سن بلوغ رسیده بدون اجازه پدر یا جد پدری و بدون این‌که ناموجه بودن علت مخالفت او محرز شده باشد ازدواج کند این ازدواج غیرنافذ است؛ زیرا ظاهر ماده ۱۰٤۳ قانون مدنی که نکاح دختر باکره را موقوف به اجازه پدر یا جد پدری دانسته مفید همین معنی است، ضمن این‌که قواعد عمومی اعمال حقوقی هم این نظر را تأیید می‌کند (صفایی، ۱۳۷۸: ۸۵). برخی از استادان حقوق گفته‌اند: «تخلف دختر از دستور ماده ۱۰٤۳ قانون مدنی موجب عدم نفوذ نکاح است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸٦: ۲٦). برخی نیز ضمن غیرنافذ دانستن ازدواج دختر باکره رشیده بدون اذن ولی اجازه ولی را سبب نفوذ عقد از ابتدای تشکیل عقد نکاح می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۸٦: ٥٤). پاره‌ای از استادان نیز اجازه ولی قهری را در ماده ۱۰٤۳ قانون مدنی شرط نفوذ عقد دانسته (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۸۳) و اگر دختری بدون اذن پدر یا جد پدری شوهر کند در اثر مخالفت پدر و درخواست او نکاح نامتناسب ابطال می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۸٤). در فقه نیز برخی از فقها معتقدند جایز نیست دختر باکره بدون اذن پدر و جد پدری عقد نکاح منعقد نماید و اگر چنین کرد خلاف سنت عمل کرده و عقد به امضای ولی موقوف است[۱]

۱. ولا یجوز لها العقد علی نفسها بغیر إذنهما، فان عقدت خالفت السنة، وکان العقد موقوفا علی

(حلبی،۱٤۰۳: ۲۹۲). شیخ مفید نیز در مقنعه گفته اگر دختر بعد از بلوغ بدون اذن پدر ازدواج کند بر خلاف سنت عمل کرده و عقد باطل است، مگر این‌که پدرش آن عقد را اجازه دهد[1] (مفید، ۱٤۱۳: ۵۱۱). از این عبارت متوجه می‌شـــویم که عقد نکاح از نظر فقیه مذکور غیرنافذ موقوف است.

پـــاره‌ای از دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر هم همین دیدگاه را دارند. به عنوان نمونـــه شـــعبه ۱۰۰۱ دادگاه عمومی (خانـــواده) حقوقی ملارد طی دادنامه شـــماره ۹٤۰۹۹۷۰۲۲۲٤۰۱۷۱۲ مورخ ۱۳۹٤/۹/۲۹ عدم اذن و رضایت پدر نســـبت به ازدواج دختر باکره را کاشـــف از بطلان عقد نکاح دانســـته اســـت که دادنامه مذکور عیناً در شـــعبه ۲٤ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شـــده است. به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۱٦٦٤ مـــورخ ۱۳۹۳/۱۰/۸ اصداری از شـــعبه ۲٦۳ دادگاه عمومی خانواده تهران که عیناً در شـــعبه ٦۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده نیز آمده اســـت که: «دعوی اعلام بطلان نکاح منقطع به علت عدم وجود اذن و اجازه پدر، در فرضی متصور است که زوجه در زمان عقد باکره بوده باشد».

به موجب دادنامه شـــماره ۱٤۰۱٤۷۳۹۰۰۰۰۸۱۸۲۹۰ مـــورخ ۱٤۰۱/۱۰/۲۰ شـــعبه ۱۳ دیوان عالی کشور نیز آمده است اگر دختر باکره‌ای بدون اذن و اجازه پدر بـــا دیگری ازدواج نماید و پدر تقاضای بطلان نـــکاح را مطرح نماید دادگاه حکم به بطلان نکاح صادر خواهد کرد.

اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشـــورتی شماره ۲۵٤٤/۹۷/۷ به تاریخ ۱۳۹۸/۲/۲ مقرر داشـــته: نکاح دختر باکره اعم از دائم و موقت، بدون اذن پدر یا جد پدری، غیرنافذ اســـت (نه باطل). مقررات ماده ۱۰٤۳ اصلاحی قانون مدنی که نکاح دختر باکره را موقوف به اجازه پدر نموده شـــرط صحت عقد نمی‌باشـــد، بلکه شرط کمال عقد است و چنانچه ولی قهری به لحاظ عدم تنفیذ مدعی بطلان عقد مورد نظر شـــود خود (رأســـاً یا با تفویض وکالت) باید خواهان چنین دعوایی گردد. با توجه به مراتب فوق، در فرض ســـؤال که نکاح دختر باکره بدون اذن ولی قهری بوده اســـت، با توجه به این‌که شرط کمال عقد (اذن پدر یا تنفیذ وی) محقق نیست، امکان صدور

امضائهما.

۱. و إن عقدت علی نفســـها بعد البلوغ بغیر إذن أبـــیها خالفـت السنۀ و بـطل العقـد إلا أن یجـیزه الأب.

حکم مبنی بر ثبت نکاح (در صورت باکره بودن) وجود ندارد؛ مگر آن‌که شرایط مذکور در ماده ۱۰٤٤ اضافه شود. بدیهی است در صورتی که صفت باکره بودن به هر علتی موجود نباشد، نیازی به اذن ولی قهری نیست و در آن صورت دعوای اثبات زوجیت و الزام به ثبت نکاح با عنایت به رأی وحدت رویه شماره ۱ به تاریخ ۱۳٦۳/۲/۳۱ [۱] قابل استماع و پذیرش است. اداره مذکور در نظریه شماره ۷/۹۲/۱۲٦۱ به تاریخ ۱۳۹۲/٦/۳۰ مقرر داشته: نکاح دختر باکره بدون اذن پدر یا جد پدری غیرنافذ است (نه باطل) و تا زمانی که حکم به بطلان نکاح مزبور صادر نگردد آثار عقد صحیح را دارا است.

ایراد وارد به نظریه عدم نفوذ موقوف این است که زمانی عقد موقوف به اجازه است که مقتضی عقد یا جزیی از آن در عقد موجود نباشد یا معیوب باشد، مثلاً در عقد فضولی به علت فقدان رضای مالک عقد غیرنافذ است یا در عقد اکراهی به علت فقدان رضای مکره عقد غیرنافذ است که در هر دو مثال مذکور عقد به علت فقدان جزیی از مقتضی غیرنافذ می‌باشد، سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که آیا اذن پدر یا جد پدری در نکاح دختر باکره رشیده از مقوله مقتضی است؟ یا فقدان اذن در مانحن فیه از مقوله مانع است؟ به نظر می‌رسد همان‌گونه که برخی از استادان در تعریف اذن گفته‌اند: «اذن عبارت است از ازاله منع قانونی به سود یک یا چند شخص از جانب مقنن یا شخص معین، پس اذن همان رفع مانع است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۱۰٦). فقدان اذن از موانع عقد نکاح دختر باکره رشیده است. از ماده ۱۰٤۳ قانون مدنی که مقرر می‌دارد هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط می‌شود نیز صحت این مطلب استنباط می‌شود؛ زیرا واضح است که اگر اذن یا اجازه ولی در مانحن فیه جزء مقتضی عقد بوده، وجود آن در عقد ضروری بوده و حتی در صورت سقوط آن باید اجازه حاکم به عنوان نماینده ممتنع در نکاح دختر باکره رشیده جانشین اجازه ولی می‌شد،

---

۱. با توجه به نظر اکثر فقها و به ویژه نظر حضرت امام خمینی (ره) در حاشیه عروه الوثقی و نظر آیت‌الله منتظری که در پرونده منعکس است و همچنین با عنایت به ملاک صدر ماده ۱۰٤۳ قانون مدنی عقد دوم از نظر این هیأت صحیح و ولایت پدر نسبت به چنین عقدی ساقط است و مشروعیت دخول قبل از عقد شرط صحت عقد و با شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد

در حالی که از مفادِ ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی و پیشـــینه موضوع در فقه جانشینی اجازه دادگاه در این خصوص اســـتنباط نمی‌شـــود، از طرفی همان‌گونه که برخی از استادان گفته‌اند در صورتی که نکاح دختر باکره رشـــیده بدون اذن ولی منعقد شـــود و دعوی در دادگاه مطرح شـــود، مثلاً دختر به طرفیت ولی خواسته اثبات نکاح و الزام به ثبت نکاح را طرح کند، ولی به عنوان مدعی باید موجه بودن مخالفت خویش را با ازدواج دختـــر اثبات نماید[1] (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۸۵)، که خود این امر دلالت بر مانع بودن عدم اذن است؛ زیرا واضح است که اصل بر عدم وجود مانع است و مدعی باید وجود آن را ثابت کند، ولی در مورد مقتضی با توجه به ماهیت ایجابی و مثبت آن اصل بر عدم آن است و کسی که مدعی وجود آن است باید ادعای خود را ثابت کند؛ لذا با توجه به مانع بودن اذن ولی ازدواج دختر بدون اذن ولی نمی‌تواند غیرنافذ موقوف باشد، بلکه به تعبیر برخی از نویســـندگان در عقدی که مانع موجود است آن عقد غیرنافذ مراعی اســـت (کریمی، ۱۳۹۱: ۱٦۱) و به تعبیـــر برخی دیگر عقد مذکور در وضعیت مراعی قرار دارد که خود وضعیت حقوقی مســـتقلی در عـــرض صحت، بطلان و عدم نفوذ می‌باشد (کریمی و شعبانی، ۱۳۹٦: ٦۸۳). در ضمن اعتقاد به این‌که عقد نکاح مذکور غیر نافذ موقوف است با این اشکال مواجه است که عقد غیرنافذ موقوف عقدی است که یا اجازه باید به آن ملحق شـــود یا رد شـــود و تا زمانی که اجازه یا رد به آن ملحق نشـــود عقد در وضعیت عدم نفوذ باقی می‌ماند، ضمن این‌که مجیز اجباری ندارد که اجـــازه یا رد خود را فوراً اعلام کند، مگر این‌کـــه تأخیر موجب تضرر طرف قرارداد باشد که در این صورت ملزم می‌شود که اجازه یا رد خود را اعلام کند، سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که اگر عقد نکاح دختر بدون اذن ولی غیرنافذ موقوف باشـــد، ولی نیز اذن یا عدم اذن خود را اعلام نکند، تکلیف این عقد چیست؟ با توجه به این‌که طرف عقد یعنی زوجه پایبند به آثار این عقد اســـت، بدین معنی که در صـــورت پذیرش نظریه عدم نفوذ موقوف زوجـــه همچون اصیل در عقد فضولی

---

۱. بدیهی است چنانچه پدر یا جد پدری در مانحن فیه فقط صرفاً درصدد رد ادعای خواهان (زوجه) باشـــد این ادعا باید به شـــکل دفاع ماهوی مطرح گردد، اما اگر خوانده (پدر یا جد پدری) خواستار نفعی بیش از رد خواسته خواهان باشد، لازم است در قالب دعوای متقابل ادعای خود را مطرح نماید. (شکوهی زاده، ۱٤۰۲: ۱۹۵) به عنوان مثال اگر خواستار صدور حکم بر مثلاً اعلام بطلان نکاح مذکور باشد نیاز به تقدیم دادخواست تقابل است.

است، بدین نحو که در معامله فضولی پیش از آن‌که مالک، عقد را اجازه دهد و یا آن را رد کند، طرف اصیل نمی‌تواند در مورد معامله تصرف کند و اصیل تنها در صورت رد معامله، مجاز به تصرف در مورد معامله اســـت (تولیت، ۱۴۰۱: ۹۱). در مانحن فیه مورد معامله معنی ندارد بلکه زوجه حق ندارد ازدواج را به هم بزند و همین‌طور مثلاً در مهر تصـــرف کند و ... از طرفی وفق ماده ۲۵۲ قانون مدنی لازم نیســـت اجازه یا رد فوری باشـــد. اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد مشارالیه می‌تواند معامله را به هم بزند؛ لذا اگر شـــوهر هم اقدامی جهت الزام ولی به اعلام اجازه یا رد نکند، تکلیف این عقد چیســـت؟ آیا باید تا ابد در وضعیت پا در هوا و معلق باشـــد؟ تالی فاسد نظریه مذکور چگونه باید حل شود؟ از سوی دیگر اگر ولی در صدور اجازه یا رد مماطله کند و فوت کند، در این صورت با توجه به این‌که این اجازه یا رد به علت شـــخصی بودن ماهیت آن به وراث ولی به ارث نمی‌رســـد تکلیف این عقد موقوف چیست؟ یا ممکن است ولی فوت نکند، اما به علت ابتلا به جنون محجور شود که در این صورت نیز با توجه به این‌که قیم وی حق ندارد به جای نامبرده نســـبت به نکاح دختـــر اعلام اجازه یا رد کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۸) تکلیف این عقد موقوف چیســـت؟ ایراد دیگری که از نظر تحلیلی بر این دیدگاه وارد اســـت این است که اگر اذن و اجازه ماهیتاً به عنوان رضا به مضمون عقد باشـــد با این مشکل مواجه می‌شویم که نمی‌توان در تشکیل یک عقد به وجود یک قصد به انضمام دو رضا قائل شد؛ زیرا در مواردی که قانون‌گذار اذن و اجازه فرد دیگری غیر از اصیل را لازم دانســـته است این اذن و اجازه در واقع رضای مثلاً نماینده به عقدی است که منوب عنه سابقاً منعقد نموده یا قرار اســـت در آینده منعقد کند، نه این‌که عقد با دو رضای نماینده و منوب عنه به همراه قصد منوب‌عنه تشکیل شود، البته این امر به خاطر حمایت از منوب عنه است، مثلاً معاملات سفیه غیرنافذ موقوف است و منوط به اجازه قیم، در این صورت علت عدم نفوذ معاملات مذکور فقدان رضای معتبر سفیه است و در واقع قیم با اجازه خویش به نمایندگی از ســـفیه مشـــکل فقدان رضا را حل می‌کند نه این‌که وجود یک قصد با دو رضا در تشکیل عقد لازم باشد.

۲. نظریه صحت

برخی از نویســـندگان حقوقی معتقدند که هیچ دادگاهی نمی‌تواند نکاح واقع شده را به این دلیل (عدم کسب اجازه از ولی) ابطال نماید؛ زیرا این امر خلاف احتیاط است و به همین جهت در این موارد گفته‌اند احتیاط آن است که دختر و پسر با طلاق از یکدیگر جدا شوند (صفار، ۱۳۹۰: ۱۹). به نظر می‌رسد طرفداران این دیدگاه برای عدم اذن ولی در نکاح باکره رشـــیده ضمانت اجرای وضعی قائل نبوده و فقط قائل به ضمانت اجرای تکلیفی برای این موضوع هســـتند، مثلاً دختر با این کار مرتکب فعل حرام شده است (صدری و ذاکری، ۱۳۹۳: ١٦) و از طرفی ضمانت اجرای نکاح بدون اذن ولی را عدم ثبت آن نکاح اعلام نموده‌اند (همان: ۱۸). برخی نیز ضمن بررســـی فقهی موضوع با فرق گذاشتن میان نکاح موقت و دائم در نکاح موقتی که قصد طرفین ازاله بکارت نیســـت (عدم نزدیکی) اذن ولی را لازم ندانســـته، اما در نکاح موقتی که قصد ازاله بکارت در آن باشـــد و نکاح دائم اذن ولی را لازم دانسته و ضمانت اجرای فقدان اذن ولی را حرمت تکلیفی اعلام نموده‌اند (سجادی امین، ۱۳۹۷: ۱۱۷). برخی از استادان نیز معتقدند اگر دختر به حد بلوغ و رشد رسیده باشد به گونه‌ای که بتواند در امور مالی خود تصرف کند در امر نکاح نیز مستقل است و پدر یا جد پدری بر او ولایت ندارند و اجازه آن‌ها نیز شرط صحت عقد نیست هرچند جلب نظر و موافقت آن‌ها بسیار ممدوح و پسندیده و مخالفت با آنان مکروه و ناپسند است (مهرپور، ۱۳۷۱: ۱۳۳-۱۳٤). شـــهید ثانی نیز در مســـالک در این خصوص گفته بر فرض حرام بودن نکاح مذکور این حرمت دلالت بر فســـاد عقد نـــکاح ندارد؛ زیرا نهی در غیر عبادات دلالت بر فســـاد ندارد (جبعی عاملی، بی‌تا: ۱۳۵) در فقه امامیه نیز برخی از فقها قائل به صحت چنین عقدی هســـتند. آیت‌الله گلپایگانی ضمن این‌که اقوی اقوال در پاسخ به این ســـؤال که دختر باکره رشیده بدون اذن ولی می‌تواند شوهر کند را استقلال در ولایت امر خود می‌داند، به دلیل اصالت عدم لزوم اذن (گلپایگانی، ۱٤۰۹: ٤۲۱) نکاح دختر مذکور را بدون اذن ولی صحیح می‌داند (همان: ۱۵۱). میرزای قمی نیز در جامع الشتات اظهار داشتند: «در خصوص لزوم رضای پدر در دختر بالغه باکره خلاف است و اقوی و اشـــهر و اظهر عدم اشتراط است و عقد بدون اذن پدر صحیح است (قمی، ۱۳۷۱: ٤۰۷). شـــهید ثانی در شرح لمعه گفته‌اند بنابر اصح در نکاح باکره رشیده پدر

و جد پدری به اســـتناد آیه ۲۳٤ سوره مبارکه بقره و روایات وارده و اصل عدم ثبوت ولایت بر باکره رشـــیده ولایتی ندارند (جبعی عاملی، ۱۳۹۸: ۱۱٦). شـــیخ طوسی در مبســـوط معتقد است که اگر بالغه رشیده خودش را تزویج نماید نزد امامیه این نکاح صحیح است (طوســـی، ۱۳۸۷: ۱٦۳) و در این صورت اگر نزدیکی بین زن و شوهر صورت بگیرد بر زوج حد و تادیبی (تعزیر) جاری نمی‌شـــود و اختلاف نظری میان فقهای امامیه در خصوص سقوط حد وجود ندارد، الا نظر شاذی که در این خصوص وجـــود دارد مبنی بر این‌که گفته‌اند اگر معتقد به تحریم این نکاح باشـــیم حد واجب می‌شـــود. در مورد مهریه بدون اختلاف نظر میان فقها با دخول زوج ملزم به پرداخت آن به زوجه می‌شود و هرگاه دعوا نزد حاکم دادگاه مطرح شود بر قاضی جایز نیست کـــه حکم به جدایـــی بین زن و مرد صادر کند (همـــان: ۱٦۲) صاحب جواهر نیز در پاسخ به این سؤال که آیا پدر و جد پدری بر ازدواج باکره رشیده ولایت دارد؟ اظهار داشته‌اند: «در این خصوص چندین روایت وجود دارد که اظهر آن سقوط ولایت پدر و جد پـــدری و ثبوت ولایت خود دختر بر ازدواج خویـــش در نکاح دائم و موقت اســـت» (نجفی،۲۹/۱۳٦۲: ۱۷٤). علامه حلی در تحریر اظهار داشته پدر و جد پدری بر باکره رشـــیده بنا بر اصح چه در نکاح دائم و چه منقطع ولایتی ندارد (علامه حلی، ۱٤۲۱: ۱٤) و در تذکره اگرچه به اختلاف نظر علمای امامیه اشاره نمود خود قائل به صحت نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی است (علامه حلی، بی‌تا: ۵۸۵ – ۵۸٦). محقق ثانی نیز ضمن شرح عبارات علامه مبنی بر عدم ولایت پدر و جد پدری بر نکاح باکره رشیده اظهار داشته پنج نظر در این خصوص وجود دارد، نظر اول عدم ولایت پدر و جد پدری اســـت که شیخ مفید، ابن جنید، سید مرتضی، سلار دیلمی، مصنف (علامه حلی) و اکثر متأخرین قائل به آن هستند و این قول اصح است (کرکی، ۱٤۱۱: ۱۲۳). محقق حلی نیز با طرح این سؤال که آیا ولایت پدر و جد پدری بر نکاح باکره رشیده ثابت اســـت، پاســـخ دادند در این موضوع روایاتی وجود دارد که اظهر آن دلالت بر ســـقوط ولایت پدر و جد پدری دارد، بلکه دلالت بر ثبوت این دارد که باکره رشیده چـــه در نکاح دائم و چه در نکاح منقطع می‌تواند به تنهایی و بدون اذن ولی به انعقاد عقد نکاح مبادرت نماید (محقق حلی، ۱٤۰۸: ۵۰۲). مغنیه نیز در این خصوص گفته است: «اکثر فقهای امامیه عقیده دارند که بالغه رشیده چه باکره باشد چه ثیبه در تمامی

تصرفات اعم از عقود و غیر آن حتی نکاح صالح اســـت. پس عقدی که برای خود یا دیگری به مباشرت یا به وکالت می‌بندد خواه طرف ایجاب باشد یا قبول صحیح است، خواه پدر و جد پدری داشـــته باشد خواه نداشته باشد، خواه پدر راضی باشد یا نباشد و نیز فرقی نمی‌کند که از بزرگان باشـــد یا از فرومایگان، با شـــخص بزرگی ازدواج کند یا با شخص پست، کســـی حق اعتراض ندارد، او بی هیچ فرقی مانند مرد است. فقیه مذکور برای صحت اســـتدلال خویش به کتاب، سنت و عقل استناد کرده است[1] (مغنیه، بی‌تا: ۳۲۲).

ایرادی که به نظر مذکور وارد اســـت این اســـت که اگر منظور قانون‌گذار این بـــوده که ضمانت اجرای فقدان اذن ولی حرمت بوده، از آنجایی که اصولاً قانون‌گذار بـــه احکام وضعی می‌پـــردازد و با حوزه احکام تکلیفـــی کاری ندارد پس چه لزومی داشته در صورتی که ولی بدون عذر موجه از دادن اذن ممانعت می‌نماید به دختر این امکان را از نظـــر قانونی داده‌اند که با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با وی ازدواج نماید و مهریه توافق شـــده و ... جهت ازدواج از دادگاه اجازه بگیرد. به نظر می‌رسد بـــا عنایت به این‌که اگر در مواردی که مخالفت ولی با ازدواج دختر بدون عذر موجه بـــوده و دختر اصرار به ازدواج دارد همین‌که قانون اجازه داده دختر به دادگاه مراجعه نماید، نشانگر این است که ازدواج دختر بدون اذن ولی دارای ضمانت اجرای وضعی می‌باشـــد. البته ایراداتی که به نظریه صحت وارد اســـت فقط از جنبه حقوقی مطرح است؛ زیرا نظریه مذکور با ظاهر مواد ۱۰۴۳ و ۱۰۴۴ قانون مدنی سازگاری ندارد، ولی دیدگاه صحت نکاح باکره رشـــیده در فقه نه تنها ایرادی از نظر تحلیلی ندارد، بلکه به صواب نزدیک‌تر است.

در رویه قضایی برخی از دادگاه‌ها نظر به صحت نکاح مذکور دارند، به عنوان

---

۱. و قال اکثر الإمامیة: إنّ البالغه الرشـــیده تملک ببلوغها ورشدها جمیع التصرفات من العقود وغیرها حتی الزواج بکراً کانت أو ثیباً، فیصحّ أن تعقد لنفســـها ولغیرها مباشـــره وتوکیلاً إیجاباً وقبولاً، سواء أکان لها أب أو جد أو غیرها من العصبیات أو لَم یکن، وسواء رضی الأب أو کره وسواء کانت رفیعه أو وضیعه، تزوجتْ بشـــریف أو وضیع ولیس لأحد کائناً مَن کان أن یعترض، فهی تماماً کالرجل دون أی فرق واســـتدلوا علی ذلک بالقرآن: (ولا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ یَنکِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ) وبالحدیث عن ابن عباس عن النبی: (الأیم أحق بنفســـها من ولیها). والأیم: مَن لا زوجَ له، رجلاً کان أو امرأه، بکراً کانت أو ثیبا. واستدلوا أیضاً بالعقل حیث یحکَم بأنّ لکل إنسان الحریه التامه بتصرفاته، ولیس لغیره أیّ سلطان علیه قریباً کان أو بعیداً.

مثال در نشست قضایی مورخ ۱۳۸۹/۹/۱۰ قضات دادگستری استان آذربایجان شرقی نظریه اقلیت قضات نشست مذکور در پاسخ به سؤال مطروحه در نشست مبنی بر: عقد نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی چه حکمی دارد؟ آیا محکوم کردن زوج به پرداخت نفقه در صورت درخواست در چنین نکاحی وجود دارد؟ اظهار داشته‌اند: «اذن ولی جزء تشریفات عقد است و در صورت عدم اذن نیز عقد نکاح صحیح است و آثار عقد صحیح از جمله تمکین و نفقه بر آن مترتب است.

شعبه اول دادگاه مدنی خاص تهران در تاریخ ۱۳۵۹/۳/۱۲ در پرونده کلاسه ۵۸/۲۰ درخواست پدر مبنی بر اعلام بطلان عقد دخترش را که بدون اذن او انجام گرفته مردود شناخته و به صحت عقد مذکور حکم داده است. در قسمتی از رأی دادگاه آمده است: ... باید توجه داشت که موجبات فسخ نکاح چند چیز است که مورد ادعا از مصادیق هیچ‌یک از آن‌ها نیست و این‌که مراجع عالی‌قدر رضایت پدر را در ازدواج دختر دوشیزه شرط دانسته‌اند اولاً شرط صحت عقد نمی‌باشد بلکه شرط کمال عقد است که جنبه اخلاقی دارد که احترام به پدر محفوظ بماند. ثانیاً هیچ‌یک از کسانی که حتی اجازه پدر را شرط صحت عقد دانسته‌اند، ازدواج مجدد دختر رشیده ای را که بدون اجازه پدرش به عقد مرد دل‌خواهش درآمده، پس از مراسم عروسی و زندگی با یکدیگر برای شخص ثالثی جایز نمی‌داند، یعنی ازدواج اول را باطل اعلام نمی‌کنند؛ بنابراین ازدواج دو نفر جوان بالغ و رشید را نمی‌توان باطل دانست، بلکه ازدواج آن‌ها صحیح است (هاشمی، ۱۳۹۵: ۱۰۸).

۳. نظریه عدم نفوذ مراعی

برخی از نویسندگان حقوقی با تقسیم عدم نفوذ به موقوف و مراعی در فرق میان این دو اظهار نموده‌اند در عدم نفوذ موقوف عقد به علت فقدان مقتضی یا جزیی از آن در حالت عدم نفوذ قرار دارد مانند معامله فضولی ولی عدم نفوذ مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که مقتضی آن کامل می‌باشد، ولی به علت وجود مانع که حقوق شخص ثالث بوده و این حق یا طلب ثالث است یا مالکیت بالقوه ثالث، عقد در وضعیت عدم نفوذ مراعی قرار دارد (کریمی،۱۳۹۱: ۱۶۱). به نظر می‌رسد حصر موانع در مانحن فیه به طلب ثالث یا مالکیت بالقوه منطقی نباشد، بلکه ممکن است مانع موجود در عقد هیچ‌یک از این مصادیق نباشد، کما این‌که در مانحن فیه عدم اذن پدر

یا جد پدری در نکاح باکره رشـــیده خود از مصادیق مانع است، اما نه مربوط به طلب ثالث است و نه مربوط به مالکیت بالقوه ثالث و حتی تلقی حق برای ولی محل اشکال است؛ زیرا با تعریف حق سازگاری ندارد، در ضمن نویسنده مذکور در فرق بین عقد مراعی و موقوف اظهار داشته‌اند در عقد موقوف تا زمانی که اجازه یا رد به آن ملحق نشـــود، عقد در وضعیت عدم نفوذ باقی است، اما در عقد غیرنافذ مراعی چنانچه مانع موجود در عقد به هر علتی منتفی شـــود، عقـــد خود به خود دارای اثر قانونی خواهد شـــد، بدون این‌که نیاز به اجازه کسی داشته باشـــد (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۲-۱۶۳)، در ضمـــن در خصوص وضعیت عقد غیرنافذ مراعی تا قبل از تعیین تکلیف مانع، ضمن تقســـیم مصادیق عقد غیرنافذ مراعی اظهار داشـــته‌اند در معاملاتی که مشتری قبل از اخذ به شـــفعه نسبت به مبیع انجام می‌دهد و معاملات معارض با قولنامه عقد غیرنافذ مراعی صحیحاً تشـــکیل می‌شود و اعمال حق توسط ثالث (شفیع و متعهد له قولنامه) باعث انفساخ عقد می‌شود و در سایر مصادیق عقد غیرنافذ مراعی صحت تأهلی دارد و در دوره بـــه اصطلاح انتظار برای رفع مانع فاقد اثـــر قانونی بوده، بلکه اعمال حق توســـط ثالث کاشف از بطلان عقد از ابتدا بوده و زوال مانع کاشف از صحت عقد از ابتدا می‌باشـــد، در ادامه به این نکته اشاره کرده که شـــاید بتوان بین موردی که ثالث نســـبت به منافع و نمائات مورد معامله نیز استحقاق دارد و سایر موارد فرق گذاشت و در مواردی که ثالث از ابتدا نسبت به منافع و نمائات مورد معامله استحقاق دارد، با اعمال حق توســـط ثالث کشف می‌شود عقد از ابتدا باطل بوده است و در سایر موارد این‌گونه نیست (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۸-۱۶۹). اگرچه نویسنده مذکور به هیچ وجه نکاح دختر باکره رشیده بدون اذن ولی را از مصادیق عدم نفوذ مراعی ذکر نکرده است، ولی با توجه به تعریف عقد غیرنافذ مراعی و شرایط و آثار آن به نظر می‌رسد نکاح بدون اذن ولی می‌بایســـت از نظر نویســـنده مذکور از مصادیق غیرنافذ مراعی باشد، اگرچه حصر اســـباب عدم نفوذ مراعی به مواردی که حمایت از طلب ثالث و مالکیت بالقوه وی مانعی در عقد ایجاد می‌کند، منطقی و معقول نمی‌باشـــد، از طرفی در مورد تقسیم وضعیت عقد غیرنافذ مراعی به دو دسته و ادعای این‌که در برخی از مصادیق به شرح پیش‌گفته عقد صحیحاً تشکیل می‌شود و دارای آثار قانونی است و در برخی دیگر از مصادیق فاقد آثار بوده یا این‌که آثار آن معلق به تعیین تکلیف مانع اســـت، با اشـــکال

جدی مواجه است؛ زیرا از نظر منطقی تعریفی که از یک ماهیت به عمل می‌آید بایستی بر همه مصادیق آن ماهیت قابل تطبیق باشد، در حالی که خود نویسنده مصادیق عدم نفوذ مراعی را به دو دسته تقسیم نموده و اساساً اگر برخی از مصادیق آن صحیحاً تشکیل می‌شود، آیا صدق عنوان عدم نفوذ مراعی بر آن منطقی است؟ آیا به صرف این‌که بر فرض در یک معامله‌ای مانعی وجود دارد، کارکرد آن مانع همیشه این است که عقد در وضعیت عدم نفوذ قرار گیرد؟ یا به صرف این‌که اعمال حق توسط ثالث سبب انحلال عقد (انفساخ) شود، آن عقد از مصادیق عدم نفوذ مراعی است؟ به نظر می‌رسد اگر بر فرض تعریف عدم نفوذ مراعی به گونه‌ای که نویسنده مذکور مدعی شده صحیح باشد، دسته اول که عبارت از معاملات مشتری نسبت به مبیع قبل از اخذ شفعه و معاملات معارض با قولنامه نمی‌تواند جزء دسته عدم نفوذ مراعی باشد، زیرا موانع موجود در عقد به سه دسته تقسیم می‌شود که عبارت‌اند از اول موانع صحت، مانند اشتباه مؤثر در عقد که سبب بطلان عقد می‌شود، کفر در ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی از موانع نکاح است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸٦: ۹٤) و سبب بطلان نکاح خواهد شد. دوم موانع نفوذ عقد مانند اکراه و سوم موانع بقای عقد، در عقدی که با مانع بقا مواجه است، آن عقد اصولاً صحیح بوده و دارای آثار قانونی است ولی هر لحظه ممکن است با اثرگذاری مانع عقد از همان زمان منفسخ شود؛ لذا تلقی عدم نفوذ مراعی به آن صحیح نیست، بلکه عقد مذکور عقدی صحیح بوده که بقا یا زوال آن مراعی است، یعنی انتظار انحلال یا عدم انحلال را می‌کشد، در مورد دسته دوم نیز تلقی عدم نفوذ مراعی صحیح نیست، زیرا در این دسته نیز اصولاً مانع موجود در عقد از موانع بقای عقد است و در صورت اثرگذاری مانع نیز عقد از همان تاریخ منفسخ می‌شود و اگر بر فرض ثالث صاحب حق نسبت به منافع و نمائات مورد معامله حقی داشته باشد، نمی‌توان گفت اعمال حق، کاشف از بطلان عقد از ابتدا است، بلکه اعمال حق سبب انفساخ قهقرائی معامله مذکور خواهد شد؛ لذا نظریه عدم نفوذ مراعی به عنوان قسمی از عدم نفوذ نظریه صحیحی نیست و حتی در فقه نیز هیچ فقیهی به این تقسیم اشاره ننموده بلکه برخی از فقها از عقد موقوف و مراعی تعبیر نموده‌اند (نجفی، ۲۵/۱۳٦۲: ۱۹۹) که نمی‌توان مدعی شد که مقصود از مراعی عدم نفوذ مراعی است، ضمن این‌که برخی از فقها مراعی را عقدی صحیح دانسته‌اند (تستری، بی‌تا: ۱۸٤) از

طرفی صرف نظر از ایرادات وارده و اگرچه نویســـنده همان‌گونه که عرض شد نکاح باکره رشـــیده را از مصادیق عقد غیرنافذ مراعی نیاورده است، به نظر عقد مذکور هم با توجه به مطالبی که نویســـنده آورده از نظر نویسنده باید از مصادیق غیرنافذ مراعی باشد و از نظر سرنوشت عقد قبل از اعمال حق توسط ثالث (اذن یا عدم اذن ولی در مانحن فیه) از مصادیق عقودی اســـت که صحیحاً تشکیل شده و از تاریخ اعمال حق توســـط ثالث منفسخ می‌شـــود؛ زیرا با تفکیکی که نویسنده به شرح فوق از عدم نفوذ مراعی به عمل آورده نکاح باکره رشـــیده شبیه معاملات مشتری قبل از اخذ به شفعه و معاملات معارض با قولنامه می‌باشـــد و با دسته دوم سازگاری ندارد؛ زیرا در نکاح اصولاً بحث منافع و نمائات موضوعیت ندارد و پدر و جد پدری استحقاقی نسبت به منافع و نمائات ندارند.

وضعیت حقوقی عدم نفوذ مراعی در رویه قضایی نیز پذیرفته شـــده است. به عنوان مثال در دادنامه شماره ۱٤۰۲۳۹۳۹۰۰۰۱۳۰٦٥٥۱ مورخ ۱٤۰۲/۰٦/۰٦ شعبه ٤ دادگاه عمومی حقوقی بوشـــهر در خصوص وضعیت حقوقی معاملات با قصد واقعی معوض محض که با انگیزه فرار از دین انجام می‌شـــود آمده است: «با توجه به مراتب پیـــش گفته و نیز با عنایت به اصل امنیت و لزوم اجرای تعهد، مســـدود نمودن طرق قانونـــی فرار از ایفاء تعهد، اصل تأمین عدالت در روابط حقوقی و اصل عدم حمایت از اهداف نامشروع می‌توان گفت معاملات مذکور از مصادیق وضعیت حقوقی مستقل «عدم نفوذ مراعی» اســـت، خواه انتقال گیرنده عالم باشد، خواه جاهل به قصد انتقال دهنده».

٤. وضعیت مراعی

برخی از نویســـندگان حقوقی پس از این‌که متوجه برخی از اشکالات تقسیم عدم نفوذ به موقوف و مراعی شده‌اند، مدعی گردیدند که مراعی خود وضعیت حقوقی مستقلی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ است نه این‌که قسمی از عدم نفوذ باشد (کریمی و شـــعبانی، ۱۳۹٦: ٦۸۳). البته نویسندگان مذکور همه آنچه که در مورد عدم نفوذ مراعـــی گفته‌اند و حتی مصادیق عدم نفوذ مراعی را از مصادیق وضعیت مراعی دانسته‌اند. در خصوص آثار عقد مراعی مدعی شدند که در وضعیت مراعی آثار عقد تا قبل از تعیین تکلیف مانع در حالت معلق است و بر عقد اثری بار نیست، در صورت

زوال مانع کشـــف می‌شـــود که عقد از ابتدا صحیح بوده و در صورت اثرگذاری مانع کشـــف می‌شود که عقد از ابتدا باطل بوده است (رباطی و محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۹۹: ۷۱). در خصـــوص مبانی وضعیت مراعی کماکان مبانی آن را منحصر به همان دو موردی دانســـته‌اند که طرفداران نظریه عـــدم نفوذ مراعی مدعی بودند یعنی موانع موجـــود در عقد مراعی را یا حمایت از طلب ثالث دانســـته‌اند یا حمایت از مالکیت بالقوه ثالث و اگرچه به سایر مبانی نپرداخته‌اند ولی از نظر تحلیلی نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی می‌بایســـت از نظر نویسندگان مذکور جزء وضعیت مراعی تلقی شود اگرچـــه به آن اشـــاره نکرده‌اند، صرف نظر از ایراد مذکور کـــه مبانی مراعی را به دو دســـته منحصر نموده اند، اعتقاد به این‌که عقد در وضعیت مراعی فاقد آثار است و به اصطلاح آثار آن معلق به زوال مانع اســـت، نمی‌تواند فی نفسه باعث جدایی وضعیت مراعی از عقد غیرنافذ موقوف شـــود؛ زیرا در عقد موقوف نیز آثار عقد تا زمان اجازه یا رد معلق اســـت، از طرفی اگر نهایتاً کشف می‌شود که وضعیت حقوقی عقد مراعی یا صحیح است یا باطل پس چه فرقی با این وضعیت‌های حقوقی دارد، مگر نه این‌که مدعی هستند وضعیت حقوقی عقد مجهول است، لابد فی‌الواقع وضعیت عقد معلوم اســـت، پس اگر فی‌الواقع معلوم اســـت، یعنی در واقع قضیه معلوم است که یا عقد از ابتدا صحیح بوده یا از ابتدا باطل بوده، در این صورت چرا مدعی اســـتقلال وضعیت مراعی هســـتند؟ عقدی که نهایتاً کشف می‌شود که یا باطل است یا صحیح ولی فعلاً این صحت و بطلان برای اطراف عقد مجهول اســـت، پس چگونه از این وضعیت‌ها مستقل است؟ برخی نیز معتقدند که در صورتی میان عقد موقوف و مراعی فرق است که قائل به صحت عقد مراعی از ابتدای تشکیل عقد مذکور باشیم، در غیر این صورت میان مراعی و موقوف تفاوتی وجود ندارد (محمدی میر عزیزی و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۹: ۲۱۵).

از عبارت برخی فقها اگرچه اســـتقلال مراعی با موقوف به‌طور ضمنی استنباط می‌شود، ولی فقهای مذکور فقط

به بخشی از آثار متفاوت میان مراعی و موقوف توجه داشته‌اند. به عنوان مثال صاحب جواهر در این خصوص اظهار داشـــته است: «شهید در حواشی خود بر کتاب قواعد در شـــرح متنی که علامه گفته است آن معامله باطل نیست، بلکه موقوف است

گفته اســـت فرق بین مراعی و موقوف این اســـت که اگر عقد مراعی را اجازه بدهند معلوم می‌شـــود که حقیقتاً و واقعاً از لحظه انجام آن عقد صحیح بوده ولی در موقوف صحیح بودن آن موقوف به اجازه است یعنی اجازه جزء سبب آن عقد است[1] (نجفی، ۲۵/۱۳۶۲: ۱۹۹).

در رویه قضایی وضعیت حقوقی مراعی پذیرفته شـــده اســـت. به عنوان مثال در دادنامهٔ شـــمارهٔ ۹۵۰۹۹۷۷۵۷۸۵۰۰۷۶۰ شـــعبه ۳۵ دادگاه عمومی مشـــهد مورخ ۱۳۹۵/۶/۳۱ مراعـــی وضع معامله‌ای اســـت که معامله دارای تمامی شـــرایط صحت اســـت و صرفاً شخص ثالث در مال دارای حقی است ... رد معامله توسط دارنده حق موجب بطلان قرارداد نمی‌شود، چراکه حق وی بر مال فقط مانع از آن خواهد شد که عقد دارای آثار کامل نگردد و این امر باعث نخواهد شـــد که وی بتواند معامله را رد کند؛ زیرا در اینجا طلب بالقوه دارنده حق نادیده گرفته شده است. اگر حق وی به هر دلیلی تأمین شود، عقد دارای منشأ اثر کامل خواهد بود.

۵. نظریه منتخب

آنچه با تحلیل دقیق موضوع به دســـت می‌آید این است که نکاح باکره رشیده بدون اذن پدر یا جد پدری در وضعیت مراعی قرار دارد؛ زیرا مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که در آن عقد مقتضی موجود است، اما آن عقد با مانعی مواجه است. به نظر می‌رسد در نکاح مذکور عقد از نظر مقتضی مشکلی ندارد؛ زیرا طرف عقد نکاح زوجه بوده و قصد و رضای نامبرده در تشـــکیل عقد کافی است و این‌گونه نیست که عقد نیاز به رضای هم‌زمان زوجه و پدر یا جد پدری داشـــته باشد؛ لذا اجازه ولی من باب رضا نیست، بلکه فقدان اذن به منزله وجود مانع در نکاح باکره رشیده است، اساساً از نظر تحلیلی ممکن نیست در عقد دو رضا به عنوان جزیی از مقتضی لازم باشد، در ســـایر مواردی که عقد منوط به اجازه دیگری است، مثل معاملات سفیه که بدون اذن ولی یا قیم غیرنافذ است و منوط به اذن ولی یا قیم است، این بدین معنا نیست که عقد متشکل از قصد سفیه و رضای نامبرده به همراه رضای ولی یا قیم باشد، بلکه به علت ضعف قوای دماغی ســـفیه در امور مالی رضای وی معتبر نیست و چون فاقد رضای

---

۱. الفرق بین المراعاه و الموقوف، ان الاول یکون کاشفا عما صحیح فی نفس الامر و الثانی ما یتوقف علیه الحکم بالصحه، فیکون جزء سبب.

معتبر است معاملاتش اصولاً غیرنافذ است که مانند معاملات فضولی است و با اجازه بعدی ولی یا قیم عقد تنفیذ خواهد شـــد، در حالی که عقد نکاح باکره رشیده از نظر قصد و رضا مشـــکلی ندارد و هیچ‌یک از طرفداران نظریه عدم نفوذ نیز چنین ادعایی مطرح ننموده‌اند؛ بنابراین عقد نکاح باکره رشـــیده بدون اذن ولی با مانع مواجه است و در نتیجه عقد مراعی به اجازه پدر یا جد پدری است. در خصوص وضعیت مراعی تاکنون دو دیدگاه در حقوق ایران مطرح شده است، برخی معتقدند که مراعی قسمی از عدم نفوذ بوده و در تقســـیم عدم نفوذ قائل به عدم نفوذ موقوف در برابر عدم نفوذ مراعی هستند (کریمی و شعبانی کندســـری، ۱۳۹۱: ۱۵۷–۱۸۸) این گروه در تفاوت میـــان غیرنافذ موقوف و مراعی گفته‌اند در عقد موقوف عقد به علت نقص مقتضی یا جزیی از آن در وضعیـــت عدم نفوذ قرار دارد، مانند معاملات فضولی و اکراهی و ... ولی در عدم نفوذ مراعی عقد از حیث مقتضی کامل اســـت، اما وجود مانعی در عقد باعث می‌شـــود عقد در حالت عدم نفوذ قرار گیرد، مانند معامله راهن نسبت به عین مرهونه بدون اذن مرتهن و... برخـــی دیگر معتقدند که وضعیت حقوقی مراعی خود وضعیتی مستقل در عرض سایر وضعیت‌ها از جمله عدم نفوذ، صحت و بطلان است (کریمی و شـــعبانی کندسری، ۱۳۹٦: ٦۸۳–۷۰۲). از نظر این دسته فرق عقد غیرنافذ با مراعی در این اســـت که عقد غیرنافذ از حیث مقتضی مشکل دارد ولی عقد مراعی از حیـــث مقتضی کامل بوده، اما با مانعی مواجه اســـت. در واقع از حیث تحقق عقد موقـــوف و مراعی دو گروه فوق اختلافی با هم ندارند، حتی از حیث آثار نیز دیدگاه دو گروه فوق تقریباً یکی اســـت ولی تفاوت میان آن‌ها فقط در خصوص استقلال یا عدم اســـتقلال مراعی از عدم نفوذ موقوف اســـت. به نظر می‌رسد مراعی نه قسمی از عدم نفوذ اســـت و نه وضعیتی مســـتقل در برابر صحت، بطلان و عدم نفوذ می‌باشد، بلکه مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که صحیحاً تشکیل شده ولی به علت وجود مانع در آن عقد بقای آن عقد در معرض زوال قرار دارد، به‌طور کلی موانع در حقوق ایران و فقه امامیه به ســـه دسته تقسیم می‌شوند. نخست، موانعی که سبب بطلان عقد می‌شـــوند مانند شوهر داشتن زن (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۷۲)؛ دوم، موانعی که باعث عدم نفوذ عقد می‌شـــوند مانند اکراه (نیک نژاد، ۱٤۰۳: ٤؛ نجفی، ۱۳٦۲: ۱۹۹)؛ و ســـوم، موانعی که باعث تزلزل عقد شـــده و به اصطلاح بقای عقد صحیح را در معرض زوال

قرار می‌دهند (محقق کرکی، ۱٤۱٤: ۱٤٥). به نظر می‌رسد موانع موجود در عقد مراعی از قسم ســـوم بوده و بقای عقد به علت موانع مذکور در معرض زوال و نابودی قرار دارد، این تزلزل به علت حق شـــخص ثالث است که در هر مورد ممکن است ماهیت متفاوتی داشته باشد، مثلاً بعضاً ممکن است حمایت از طلب ثالث عقد را مراعی کند. در برخـــی دیگر از مواقع حمایت از مالکیت بالقوه ثالث عقد را مراعی می‌کند، اما در مانحـــن فیه حمایت از خامی و بی‌تجربگی طرف عقد (زوجه) عقد را مراعی اجازه و رد پدر یا جد پدری می‌نماید. به هر حال از آنجایی که در نظام حقوقی ایران عقدی که صحیحاً تشـــکیل شده است، در اثنای مدت فقط با انفساخ منحل می‌شود، اعمال حق پدر یا جد پدری که در قالب رد عقد نکاح باکره متبلور می‌شود، نکاح اخیر را از همان تاریخ منفسخ می‌نماید، مبنای انفســـاخ عقد مذکور می‌تواند قاعده لاضرر باشد؛ زیرا در اســـلام حکم ضرری نفی شده است، در مانحن فیه بقای عقد نکاح مذکور ضرری اســـت؛ بنابراین با اعتقاد به انفساخ نکاح از تاریخ رد ولی ضرر مذکور منتفی می‌شود. از طرفی اعتقاد به بطلان نکاح از تاریخ تشـــکیل عقد با رد ولی خود حکمی ضرری خواهد بود؛ زیرا هم به ضرر زوجه است چون بر عقد باطل اثری مترتب نمی‌شود؛ از این رو زن نمی‌تواند مهرالمسمی را از زوج مطالبه کند یا در صورت دریافت باید آن را به زوج مسترد کند؛ استحقاقی به دریافت نفقه و دیگر حقوق مالی مترتب بر نکاح را ندارد و در صورت باردار شدن زن، طبق قاعده در صورت علم طرفین، طفل متولد از زنا محسوب شده؛ زیرا اولاً جهل به قانون (ماده ۱۰٤۳ قانون مدنی) از سوی طرفین مســـموع نیست؛ ثانیاً بر عقد باطل اثری بار نمی‌شود (ملاک ماده ۳٦٥ قانون مدنی) و این حکم[1] به ضرر طفلی اســـت که نقشـــی در قضیه نداشته است؛ بنابراین جمع بین حقوق طرفین اقتضای این را دارد که مراعی را در مانحن فیه عقد صحیحی بدانیم که فقط در صورت رد ولی از همان تاریخ منفسخ می‌شود.

۱. برخی از مراجع عظام تقلید در پاســـخ به سؤال مطروحه مبنی بر این‌که اگر دختر باکره‌ای با مردی بدون اذن پدر ازدواج موقت کند و فرزندی از این رابطه به دنیا بیاید آیا فرزند متولد شـــده مشـــروع اســـت یا غیرمشروع؟ اظهار داشته‌اند: «اذن پدر شـــرط واقعی است و لذا عقد باطل است و اگر علم داشـــتند نامشروع اســـت و تنها در صورت عدم علم و تصور به حلال بودن حلال زاده است (مکارم شـــیرازی، پایگاه اطلاع رسانی). بدیهی است که در صورت جهل طرفین موضوع از مصادیق وطی به شبهه بوده و بحث زنا و نامشروع بودن طفل منتفی می‌شود، ولی کماکان آثار اجتماعی چنین حکمی به‌خصوص نسبت به فرزندان کماکان به قوت خود باقی است.

در فقه امامیه ابن زهره معتقد است اگر باکره رشیده بدون اذن ولی راساً نکاح را منعقد کند و پدر و جد پدری قبول نکردند، این نکاح منفسخ می‌شود[۱] (ابن زهره، بی‌تا: ۳٤۳). البته ابن زهره در ادامه می‌فرماید غیر از پدر و جد پدری کس دیگری بر دختر باکره ولایت ندارد و پدر و جد پدری و غیر این دو بر دختر باکره بالغه رشیده ولایتی ندارد، مگر این‌که دختر با غیر هم‌کفو خود ازدواج نماید که در این صورت پدر یا جد پدری می‌تواند نکاح دختر را فسخ نمایند[۲] (همان‌جا). از این جمله ابن زهره استنباط می‌شود که: نخست، نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی صحیح است؛ دوم، به علت وجود مانع بقای آن مراعی است؛ سوم، اگر ثابت شود دختر با غیر هم‌کفو خویش ازدواج نموده است، ولی حق فسخ نکاح را دارد که به معنی انحلال نکاح از همان زمان اعمال فسخ است. اگرچه از عبارت شیخ مفید در مقنعه که شرح آن سابقاً گذشت استنباط می‌شود که نکاح باکره بدون اذن ولی غیرنافذ است، ولی شاید از توجه به جمله بعدی آن استنباط شود که منظور شیخ مفید عدم نفوذ موقوف نبوده است؛ زیرا نامبرده بلافاصله اظهار داشته اگر پدر دختر را عضل کند و دختر بدون اذن وی خودش را به عقد نکاح مردی در آورد برای پدر راهی برای فسخ عقد نکاح وجود ندارد[۳] (مفید، ۱٤۱۳: ۵۱۱). شاید بتوان از این عبارت استنباط نمود که اگر دختر بدون اذن پدر نکاح منعقد نماید، پدر می‌تواند آن را فسخ کند و در این صورت نکاح از همان تاریخ منحل می‌شود نه این‌که از ابتدا باطل شود. از رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲ [٤] هیأت عمومی دیوان عالی کشور که به یکی از مصادیق عقد مراعی یعنی معاملات راهن نسبت به عین مرهونه می‌پردازد نیز استنباط می‌شود که مراعی

---

۱. ولا تعقد البکر علی نفسها بغیر إذنهما، فإن عقدت وأبیا العقد انفسخ، إلا أن یکونا قد عضلاها بمنعها من التزویج بالأکفاء، فإنه لا ینفسخ بدلیل إجماع الطائفه.

۲. ولا ولایه لغیر الأب والجد علی البکر، ولا ولایه لهما ولا لغیرهما علی البنت البالغ الرشیده إلا أن تضع نفسها مع غیر کفء، فیکون لأبیها أو جدها فسخ العقد.

۳. و إن عَضَلَهَا الأب فعقدت علی نفسها بغیر إذنه کذلک لم یکن للأب سبیل علی فسخ ما عقدته.

٤. نظر به این‌که با تحقق عقد رهن، مالکیت عین کماکان متعلق به راهن است و مرتهن به تبع طلب خود نسبت به عین مرهونه، حق عینی دارد و به استناد این حق می‌تواند از محل فروش آن با رعایت تشریفات قانونی طلب خود را استیفاء نماید، چنانچه حقوق مرتهن به نحوی از انحاء، تأمین یا طلب وی تأدیه شود، انجام بیع نسبت به عین مرهونه توسط راهن، منافاتی با حقوق مرتهن و ماده ۷۹۳ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ٦۲۰ تاریخ ۱۳۷٦/۸/۲۰هیأت عمومی دیوان عالی کشور ندارد و دعوی الزام به فک رهن به طرفیت فروشنده مال مرهونه قابلیت پذیرش را دارد.

عقدی است صحیح که بقای آن در معرض زوال قرار دارد؛ زیرا در رأی مذکور دعوی خریدار به طرفیت راهن مبنی بر الزام به فک رهن قابل استماع می‌باشد. روشن است قابلیت استماع دعوی الزام به فک رهن قبل از زوال مانع (حق عینی تبعی مرتهن) فرع بر این است که عقد مراعی در وضعیت مراعی دارای اثر قانونی بوده است چون اگر همان‌گونه که برخی مدعی شده‌اند آثار عقد مراعی تا قبل از تعیین تکلیف مراعی معلق است، منطقاً به استناد عقدی که آثارش معلق است، نمی‌توان مدعی حقی بود و بر طبق آن طرح دعوی نمود؛ زیرا یکی از شرایط اقامه دعوی ذی‌نفعی خواهان است و خود ذی‌نفعی شرایط دارد که یکی از شرایط آن این است که نفع مورد ادعا به وجود آمده و باقی باشد، اگر آثار عقد مراعی حسب ادعا قبل از اثرگذاری یا زوال مانع معلق است، دعوی مربوط به آثار عقد در این دوران به علت فقدان ذی‌نفعی قابلیت استماع را نداشته و رد می‌شود. ملاک رأی وحدت رویه مذکور در همه مصادیق مراعی از جمله نکاح باکره رشیده موجود بوده، در نتیجه قابل تسری به همه مصادیق مراعی خواهد بود؛ ضمن این‌که طبق قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» اگر جمع کردن دیدگاه‌ها میسر باشد، بهتر از کنار گذاشتن برخی از آن‌ها است (طالب احمدی، ۱۴۰۳: ۲۲۵).

نظریه مذکور ایرادات دیدگاه‌های قبلی را ندارد؛ از جمله یکی از ایرادات نظریه عدم نفوذ این است که اگر بر فرض عقد نکاح باکره رشیده غیرنافذ باشد، چنانچه پدر یا جد پدری که نکاح بدون اجازه وی منعقد شده قبل از اجازه یا رد عقد از دنیا برود، عقد غیرنافذ تا چه زمانی باید در حالت عدم نفوذ باقی بماند. واضح است که عقد غیر نافذ یا باید ملحق به اجازه شود یا ملحق به رد و خود به خود تنفیذ نمی‌شود، اما عقد مراعی چون از حیث مقتضی کامل است با زوال مانع خود به خود مشکلش مرتفع شده و به حیات خود ادامه می‌دهد. از طرفی اعتقاد به عدم نفوذ فرع بر این است که علت مخالفت پدر موجه باشد. به عبارت دیگر اگر دختر ثابت کند که ولی بدون عذر موجه از دادن اجازه امتناع نموده اذن پدر ساقط شده و عقد مشکلی نخواهد داشت، در این صورت سؤالی که مطرح می‌شود این است که تکلیف عقد در دوره مذکور چیست. آیا باید عقد را در این دوران صحیح تلقی کنیم یا غیر نافذ؟ اگر پاسخ این است که باید صحیح تلقی کنیم، در این صورت اگر دختر نتواند موجه

نبودن مخالفت ولی را ثابت کند چگونه عقد از صحت تبدیل به عدم نفوذ می‌شود؟ اگر عقد را در این دوران غیرنافذ تلقی کنیم در این صورت چگونه می‌توانیم با اثبات موجه نبودن مخالفت ولی حکم به صحت عقد از ابتدا بدهیم؟ لذا به نظر می‌رسد اعتقاد به عدم نفوذ با مشکلات عدیده‌ای از نظر تحلیلی مواجه بوده و ضمن این‌که با مبانی نیز تطبیق ندارد.

برآمد

۱- عقد نکاح دختر باکره رشـــیده بدون اذن پـــدر یا جد پدری با مانع مواجه است، عقد مذکور صحـــیحاً تشـــکیل می‌شود ولی مراعی اســـت، بدین معنا که در صـــورت اثرگذاری مانع (عدم اذن پدر یا جد پـــدری در صورت اثبات موجه بودن علت مخالفت) عقد نکاح از همان تاریخ منفســـخ می‌شـــود؛ بنابراین مانع مذکور در نکاح موصوف از موانع بقای عقد است و با اثرگذاری مانع عقد از همان لحظه منحل می‌شود، ولی با زوال مانع عقدی که صحیحاً تشـکیل شده بود به حیات قانونی خود ادامه می‌دهد.

۲- اعتقاد به این دیدگاه مذکور در بند پیشـــین تالی فاسدی که سایر نظریه‌ها دارند را از بین می‌برد، ضمن این‌که مســـتلزم جمع بیـــن حقیین بوده و حقوق زوج، زوجه و ولی را با همدیگر در نظر دارد، مبنای انفساخ در مانحن فیه در اثر اثرگذاری مانع، قاعده لاضرر اســـت؛ زیرا حکم به بقـــای عقد در صورت عدم اذن ولی حکمی اســـت ضرری که در اسلام نفی شده اســـت، حکم به عدم نفوذ موقوف نیز به ضرر دختر اســـت، ضمناً اگر چنانچه ولی قبل از اجازه یا رد فوت کند یا محجور شـــود، عقد بلاتکلیف و در حالت خنثی باقی می‌ماند، از طرفی اعتقاد به این‌که عقد غیرنافذ مراعی اســـت یا در وضعیت مراعی اســـت و در صورت زوال مانع کشف می‌شود از ابتدا صحیح بوده و در صورت اثرگذاری مانع کشـــف می‌شود عقد از ابتدا باطل بوده به ضرر زوجه و زوج اســـت؛ زیرا در صورت بطلان دارای تالی فاسد زیادی است از جمله تلقی رابطه طرفین به زنا، عدم اســـتحقاق زن نسبت به نفقه و مهرالمسمی و ... همین‌طور طفلی که از رابطه احتمالی در این دوران متولد می‌شـــود ولدالزنا تلقی شده و از ابویـــن خود ارث نمی‌برد و ابوین نیـــز از وی ارث نمی‌برند که از این منظر نیز حکمی ضرری بوده که توســـط لاضرر نفی می‌شـــود. تحلیل پیش‌گفته از نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی که با مانع مواجه است به عقدی صحیح که مراعی بوده و بقای آن در معـــرض زوال قرار دارد از ملاک رأی وحدت رویه شـــماره ۸۳۲ دیوان عالی کشـــور که به یکی از مصادیق عقد مراعی یعنی معاملات راهن نسبت به عین مرهونه می‌پردازد نیز قابل استنباط است.

فهرست منابع

الف. فارسی

* تولیت، عباس (۱۴۰۱)، «**حدود تصرفات ورثه در موصی‌به از دیدگاه فقه امامیه**»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۰.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، **حقوق خانواده**، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.

* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵)، **دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت**، تهران: مشعل آزادی.

* رباطی، مهسا و محسنی، سعید و قبولی درافشان، سید محمدمهدی (۱۳۹۹)، «**واکاوی مفهوم استناد ناپذیری و تمایز آن از مفاهیم مشابه**»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۰، شماره ۱.

* سجادی امین، مهدی (۱۳۹۷)، «**اذن ولی در عقد موقت باکره رشیده**»، مجله مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده، دوره ۱، شماره ۱.

* شکوهی‌زاده، رضا (۱۴۰۲)، «**بحثی در تمیز دعوای متقابل از دفاع ماهوی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.

* شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، **حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ نخست، تهران: حقوق‌دان.

* صدری، سید محمد و ذاکری، حمید (۱۳۹۳)، «**نگرشی نو بر اذن ولی قهری در نکاح باکره رشیده از منظر فقه و حقوق موضوعه**»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، دوره ۵، شماره ۸.

* صفار، محمدجواد (۱۳۹۰)، **درس‌هایی از حقوق خانواده**، چاپ دوم، تهران: جنگل.

* صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۷۸)، **حقوق خانواده**، جلد نخست، چاپ هفتم، تهران: دانشگاه تهران.

* طالب احمدی، حبیب (۱۴۰۳)، «**انعطاف‌پذیری در قراردادها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.

* قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۱)، **جامع الشتات**، جلد چهارم، تهران: کیهان.

* کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، **حقوق خانواده**، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: گنج

دانش.
* کریمی، عباس (۱۳۹۱)، «**تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی**»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۸.
* کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹٦)، «**وضعیت حقوقی مراعی به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ**»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، دوره ٤٧، شماره ٤.
* گلپایگانی، محمدرضا (١٤٠٩ ق)، **مجمع المسائل**، جلد دوم، چاپ دوم، قم: دارالقرآن الکریم.
* محقق داماد، سید مصطفی (١٣٨٦)، **بررسی فقهی حقوق خانواده**، چاپ شانزدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
* محمدی میرعزیزی، پیام و صالحی مازندرانی، محمد (۱۳۹۹)، «**نسبت میان عقد استناد ناپذیر و عقد غیرنافذ مراعی**»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ٤.
* مهرپور، حسین (۱۳۷۱)، «**اجازه ولی در عقد نکاح**»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱، شماره ۱۱.
* نیک‌نژاد، جواد (١٤٠٣)، «**صورت‌بندی آثار عقد مراعی در فقه امامیه و حقوق ایران**»، مجله پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، انتشار آنلاین از تاریخ ٢٤ اسفند ١٤٠٣.
* هاشمی، سید احمدعلی (۱۳۹۵)، «**نقش اذن در صحت یا بطلان نکاح در فقه و حقوق**»، جستارهای فقهی اصولی، دوره ۲، شماره ۲.

ب. عربی

* تستری، اسدالله (بی‌تا)، **مقابس لانوار و نفائس الاسرار**، قم: موسسه آل البیت علیه السلام.
* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی) (بی‌تا)، **مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، جلد هفتم، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی) (۱۳۹۸)، **روضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه**، جلد پنجم، چاپ دوم، قم: موسسه المعارف

الاسلامیه.
* حلبی، ابوالصلاح (۱٤۰۳ ق)، **الکافی فی الفقه**، اصفهان: مکتبه الامام امیر المومنین علیه السلام.
* حلبی، سید حمزه بن علی بن زهره (بی‌تا)، **غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع**، قم: موسسه امام صادق (ع).
* حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (۱٤۲۱ ق)، **تحریرالاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**، جلد سوم، قم: موسسه الامام الصادق.
* حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (بی‌تا)، **تذکره الفقهاء**، جلد دوم، تهران: منشورات المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
* حلی، نجم‌الدین جعفر بن الحسن بن یحیی بن سعید هزلی (محقق حلی) (۱٤۰۹ ق)، **شرایع الاسلام**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: استقلال.
* طوسی، ابوحمزه محمد بن حسن بن علی بن حسن (۱۳۸۷ ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران: مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
* کرکی، نورالدین علی بن حسین بن عبدالعالی (۱٤۱۱)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، جلد دوازدهم، قم: موسسه آل البیت علیه السلام.
* کرکی، نورالدین علی بن حسین بن عبدالعالی (۱٤۱٤)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، جلد چهارم، قم: موسسه آل البیت علیه السلام.
* مغنیه، محمدجواد (بی‌تا)، **الفقه علی المذاهب الخمسه**، جلد نخست، بی‌نا، در: سایت مدرسه فقاهت، تاریخ مراجعه: ۱٤۰۳/۱۲/۵.
* مفید، محمد بن محمد (۱٤۱۳ ق)، **المقنعه**، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
* نجفی، محمدحسن (۱۳٦۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد بیست و نهم، بیروت: دار الاحیاء تراث العربی.
* نجفی، محمدحسن (۱۳٦۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد بیست و پنجم، بیروت: دار الاحیاء تراث العربی.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۳۰۸-۲۷۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۸

منشأ التزام قرارداد متکی بر عدالت طبیعی

مرتضی ترابی[۱]

چکیده

مفهوم منشأ التزام قراردادها یکی از موضوعات بنیادی در حقوق قراردادها است و مبنای التزام قواعد حقوقی، از ضمانت اجرای قانون متفاوت است. چهار نگرش اصلی در مورد منشأ التزام قرارداد شامل اراده طرفین، اراده دولتی، اراده اجتماعی و عدالت طبیعی وجود دارد که تأثیر هر یک از این وجوه در تفوق یک اصل بر اصل دیگر متفاوت است. پژوهش حاضر که به روش توصیفی تحلیلی انجام شده است، در پاسخ به این سؤال که عدالت طبیعی تحت چه شرایطی منشأ التزام قرارداد است و پیامدهای عملی آن بر حقوق قراردادی چیست، نتیجه می‌گیرد که بر مبنای اراده طرفین، اصل لزوم برتری داشته و تقدس قرارداد همواره وجه غالب است. بر مبنای اراده دولتی، هرگونه عدم انطباق اراده‌ها با مر قانون، سبب بطلان قرارداد خواهد شد. بر مبنای اراده اجتماعی، صحت قرارداد مبتنی بر عرف است و در رویکرد عدالت طبیعی اصولی نظیر حسن نیت وجه غالب بوده و بر اصول دیگر نظیر اصل لزوم برتری داشته و در تفسیر قراردادها نیز نقش به‌سزایی دارد. در نظام حقوقی ایران به علت تکثرگرایی به نظر می‌رسد عدالت و اخلاق طبیعی مبنای اصلی التزام بوده، اما سایر مبانی در کنار آن نقش‌آفرینی می‌نماید.

واژگان کلیدی: منشأ التزام قرارداد، اصل حاکمیت اراده، اراده دولتی، اراده اجتماعی، عدالت طبیعی

---

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا
toraby_morteza@yahoo.com

درآمد

منشـــأ الـــزام‌آوری قراردادها همواره به عنوان یکی از مســـائل کلیدی در علم حقوق، به ویژه در حیطه حقوق قراردادها شـــناخته می‌شود. در هنگام تعامل و توافق میان طرفین، پرســـش‌های بنیادی در مورد چرایی و چگونگی التزام آن‌ها به قراردادها مطرح می‌شود. در نظام‌های حقوقی مختلف، قوانین و قواعد حقوقی از مبانی و اصول خاصی سرچشـــمه می‌گیرند. این مبانی معمولاً به دو دســـته اصلی تقسیم می‌شوند: نخســـت، اصول حقوقی که به وســـیله دولت تعیین و تدوین شده‌اند؛ و دوم، اصول اخلاقی و طبیعی که به نوعی در ذات بشـــری ریشه دارند. درک این تمایز و تفکیک بیـــن قانون و قاعده، به ما کمـــک می‌کند تا بهتر بفهمیم که چه عواملی باعث الزام‌آور شدن یک قرارداد می‌شوند.

در ایـــن میان، مفهوم حاکمیـــت اراده نیز به عنوان یک اصل اساســـی حقوق قراردادها مطرح می‌شود. منشأ التزام قرارداد متأثر از مبنای قانون در الزام‌آوری قواعد آن اســـت. نظام حقوقی قواعد خود را بر اساس آن وضع می‌کند و قوانین مشروعیت خود را از مبانی کسب می‌کنند. برای این مهم باید دید که اراده طرفین، قانون و عرف چرا الزام‌آورند و اساســـاً منشأ التزام قواعد حقوقی مرتبط با قراردادها چیست. در این خصوص می‌توان ســـؤال موصوف را کلی‌تر بیان نمود: حقوق چرا الزام‌آور است؟ آیا حقوق از اراده دولت نشأت می‌گیرد یا از طبیعت انسان و عقلانیت فطری؟

اختلاف نگرش، ناشـــی از اختلاف در فهـــم و تفکیک قانون از قاعده حقوقی وجود دارد. قانون ابزاری برای بیان و اجرای قواعد حقوقی اســـت، اما قاعده حقوقی همان قاعده کلی اســـت که برای ایجاد نظم و عدالت، توسط دولت تضمین می‌شود. نتیجه یکی دانســـتن قاعده حقوقی و قانون، این است که اراده دولت مبنای تام اعتبار قاعده حقوقی تلقـــی می‌گردد و از این حیث دیگر نمی‌توان از عادلانه بودن یا نبودن قاعده حقوقی ســـخن به میـــان آورد. از این حیث بحث اصلی این اســـت که قواعد حقوقی که الهام‌بخش اصول بنیادین یک نظام حقوقی اســـت، از چه مبنایی برخوردار است. اصل حاکمیت اراده، یکی از اصول مهم حقوق قراردادی است که تشکیل‌دهنده عقد اســـت. حال آیا این اصل مبین این اســـت که اراده طرفین قرارداد منشـــأ التزام قرارداد است و یا اعتبار و نفوذش ناشی از اراده دولتی مورد نظر قانون‌گذار است و یا

منشأ التزام آن، ناشی از اراده جمعی است که قرارداد را به عنوان یک پدیده اجتماعی در جامعه به رسمیت شناخته است؟ اگر منشأ التزام اراده نباشد بلکه ناشی از عدالت طبیعی باشد، در آن صورت عادلانه بودن قرارداد منشأ التزام آن خواهد بود. از این رو این‌که منشأ آن اراده طرفین باشد یا اراده دولتی یا اراده اجتماعی و یا عدالت و اخلاق طبیعی هر یک دارای آثار متفاوتی است. حال اگر قانون‌گذار قاعده‌ای که فاقد مبانی منظور است را به عنوان یک قانون اجباری وضع نماید، آیا می‌توان از آن نافرمانی کرد؟ از طرف دیگر آیا می‌توان در تفسیر و برقراری رابطه بین قواعد حقوقی نیز از این مبانی استفاده نمود؟ پاسخ به این پرسش‌ها مستلزم درک چگونگی کارکرد مکانیسم‌های حقوقی و نگرش آن‌ها به مبنا و منشأ التزام قواعد حقوقی است. منشأ التزام قرارداد را در چهار نگرش می‌توان بررسی نمود: اراده طرف‌ها، اراده دولتی، اراده اجتماعی و عدالت طبیعی. مبنا قرار گرفتن هر یک از مبانی، در تفسیر قواعد حقوقی و قانون، به ویژه در صورت تعارض مفاد قرارداد با مبانی عدالت نظیر حقوق بنیادین یا اصول حقوق بشر[۱]، در سلسله مراتب اصول حقوق قراردادی و حاکمیت یکی بر دیگری مؤثر است. از این منظر درصدد پاسخ به این پرسش نیز هستیم که اراده طرف‌ها و یا اراده دولتی و یا اراده اجتماعی، بر سایر اصول نظیر حسن نیت و یا عسر و حرج و یا عدالت و انصاف برتری دارد و یا مبناهای دیگر قرارداد، نظیر عدالت طبیعی، برتری یافته و نهایتاً حدود مداخله قاضی در برخورد با تعارض اراده و عدالت چه خواهد بود؟ ابتدا به بررسی چهار نگرش فوق پرداخته و بیان مبانی فلسفی آن و تأثیر هر نگرش بر قواعد عمومی قراردادها و در آخر به بررسی وضعیت نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

۱. اراده طرف‌ها

در این رویکرد، منشأ وجودی و غایت حقوق، عقل و اراده انسان، است. دیدگاه‌های انسان‌شناختی به عنوان مبانی فلسفی نیز همگی مبتنی بر محوریت قرار دادن اراده انسان است. اصل حاکمیت اراده در ابتدا یک اصل فلسفی است که ریشه

۱. امروزه حقوق بنیادین بشر به عنوان یک ایده وحدت‌بخش است که هم در نظام حقوقی عمومی و هم حقوق خصوصی غیر قابل نفی است و در سطح هنجاری بالایی قرار دارد که هم در مقابل دولت (در سطح داخلی و بین‌المللی) قابل استناد است و هم به عنوان عنصری که توازن را در همه رشته‌های حقوق ایجاد می‌کند، قابل اعمال است.

هر تعهد و الزام برای انسان را در اراده و خواست او می‌داندو

۱-۱. مبانی فلسفی

در قـــرن هفدهم در اروپا که قرن در هم ریختن تـــار و پودهای در هم تنیده شـــده نام گرفته اســـت، چهار قاعده بزرگ حقوقی، پایه‌ریـــزی می‌گردد: عقل‌گرایی، قانون‌گرایی، کلیت‌گرایی و تساوی در مقابل قانون (نوین، ۱۳۹۰: ۹۲). با این وضعیت و گرایشـــات به عقل‌گرایی و قانون‌نویسی‌های متعددی که در بسیاری از کشورها رخ داد، در قرن‌های هجده و نوزده شـــاهد تحولات ژرفی در پدیدار شدن اصل حاکمیت اراده بودیم که مرهون عواملی چون غلبه فلسفه اراده محض، فردگرایی و اقتصاد آزاد بود. در واقع با غلبه اصل حاکمیت اراده در ســـیر تحولات تاریخی، این فرد است که به وســـیله اعمال ارادی خود، صلاحیت تعیین شرایط زندگی و روابطش را به دست می‌آورد و در این مرحله بدون این‌که مجذوب اجتماع باشـــد، عقد حاکم بر روابط او خواهد بـــود (دلوکیو، ۱۳۸٦: ۲۰۹). در این دیدگاه قرارداد نماد حضور شـــخص در جامعه شـــده و از طریق آن به برقراری ارتباط مالی یا عاطفی پرداخته و کارکرد آن به عنوان یک عنصر برابرســـاز، نقش اجتماعی اراده افراد را نمایان می‌سازد (لوک‌اوبر و کولاردوتیول، ۱۳۹۰: ۳۳). در این دوران، انســـان‌محوری و اصالت اراده را می‌توان به عنوان مهم‌ترین مبانی ظهور اصل حاکمیت اراده برشـــمرد. از این حیث مبانی فلسفی حول دو محور اومانیستی و اصالت فرد از یک‌سو و اراده‌گرایان از سوی دیگر است. اومانیســـم به معنای محور قرار دادن انسان به عنوان یک تفکر مذهبی بوده و اصالت فـــرد تأکید بر حفظ حقوق فردی در مقابل حقوق اجتماع اســـت کـــه هر دو به آثار مشـــترکی دست می‌یابند. ابونصر فارابی معتقد است که جامعه چیز جدیدی جز افراد آن نیست و به خودی خود اصالت ندارد (فارابی، ۲۰۰۲: ۱۱۹). جان استوارت میل نیز از طرفداران اصالت فرد بود که تئوری فایده‌گرایی او با اهداف خاص افراد و تمایلات ایشـــان برآورده گردد (آر.وست، ۱۳۸۹: ۲۵-۲٦). در نگرش اصالت فرد، وجه حقوق فـــردی بر حقوق اجتماعی او پیشـــی دارد. در دیدگاه جامعه‌شناســـی فردگرایی، فرد بنیادی‌ترین واحد اجتماعی قلمداد شـــده و کنش و واکنش‌های او، هستی اجتماعی را تشـــکیل داده و در دیدگاه اقتصادی، فرد آزاد است تا آگاهانه سود خود را تشخیص داده و آزادی اقتصـــادی با کمترین مداخله دولت، بهترین شـــیوه اســـت و در دیدگاه

سیاسی، دولت فقط وظیفه حفظ و حمایت از حقوق فردی با کمترین مداخله در امور را دارد (Kennedy, 1976: 1713). در نظـر اراده‌گرایان قصد طرف‌ها در تفسـیر و اجرا، بدون مداخله دولت و بدون در نظر گرفتن معیارهایی نظیر عدالت، ملاک عمل قرار می‌گیرد (Brownsword,2017: 29). مبنـای حق در نگاه اراده‌گرایان، گزینش یا اراده فرد اسـت (کانت، ۱۳۹۳: ٦٦ و ۱۱۷؛ Scheiber,1998: 148). در این دیدگاه حقوق دیگر یک پدیده طبیعی و ناشی از اراده الهی نیست بلکه کار عقل است (داوید و اسپینوزی، ۱۳۸٤: ۵۱).

۲-۱. تأثیر بر قواعد عمومی

تأثیـری کـه این نظـریه بر عقـود داشته بر کـسی پوشیـده نیسـت؛ به‌طـوری که مهـم‌ترین عـنصر صـحت قـرارداد، وجود تراضـی و اراده اشخـاص اسـت (جـعفری لنگـرودی، ۱/۱۳۸۰: ٤٦). با مبنـا قـرار دادن عقـلانیت فطری در الـزام‌آوری قـرارداد، اصل رضـایی بـودن عـقود بر عـینی یا تشـریفاتی بـودن آن تـفوق می‌یـابد (Carolyn, 2009: 654-655)؛ رفیعی مقدم، ۱۳۹۰: ۵۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰[الـف]/۱: ۲٦۷). به موجب این تحلیل، نوع مقررات قانونی در زمینه قراردادها، تکمیلی یا تفسـیری اسـت؛ چراکه هدف اصلی قانون، اجرای اراده‌های طرفین است و جز در موارد اسـتثنایی پای نظم عمومی و قانون امـری به میان نمی‌آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۹).

دیدگاه لیبرالیسـم مبتنی بر جامعه آزاد از نتایج مکتـب اصالت فرد بوده و با این‌که دولت منافع افراد را بهتر از خود ایشان می‌شناسد، مخالف است و از این حیث با اجبار نوع و یا قالب حقوقی قرارداد توسط دولت مخالف بوده و با طرفداری از این ایده که افراد در انتخاب قالب حقوقی آزادند، برای انعقاد عقود نیز قائل به تشـریفات نیسـتند (باقری، ۱۳۸۵: ٤۳) و هر عقد عقلایی، الزام‌آور اسـت (Voicheci, 2013: 417)؛ ، ۱/۱۳۸۸: ۲۱۳؛ امامی، ۱/۱۳۹۰: ۲۰۳؛ شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۱۱۰ ؛ صفایی، ۱۳۸۹: ٤۷ ؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰ الف/۱: ۱٤٦ و جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۲۲).

الفاظ در اعلام اراده نقش کاشـفیت و اثباتی داشته و در این رویکرد، دادرس برای احراز قصد واقعی باید به دنبال احراز اراده ضمنی و قصد باطنی باشـد و اراده باطنی بر اراده ظاهری مرجح اسـت (کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف]/۱: ۲۲۷-۲۲۹ و صفایی،

۱۳۸۹: ۴۸-۴۹) بر این اساس، دادرس حق تغییر مفاد قرارداد را ندارد و اعمال ارادی در قالب عقود عادلانه است (حیاتی، ۱۳۸۰: ۴۵-۴۶).

توالی عرفی و منطقی بین ایجاب و قبول از عناصر عمومی عقد است و فقدان موالات به معنای فقـــدان تراضی در صورت ماده آن، یعنی عدم ایجاد اراده در ظرف خود اســـت (جعفری لنگـــرودی، ۱/۱۳۸۰: ۱۷۸ و ۱۸۶) و از ایـــن حیث «از مزایای خالقیت نفس، نسبت به امور اعتباری این است که می‌تواند هم در حدوث موجودات اعتباری و هم در بقای موجودات اعتباری مؤثر باشد، یعنی دوام موجود اعتباری، بسته به اعتبار، معتبر اســـت؛ در عقد حاضرین اگر برای اظهار قبول، از طرف ایجاب‌کننده مهلت داده نشود، بقای موجودات ناشی از ایجاب زیاد نیست و قبول‌کننده باید عجله کند که تا آن موجود اعتباری، فانی نشـــده است به وسیله اظهار قبول، آن را به مرحله وجود نهایی برساند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۵۰؛ و لذا حیات و عدم حجر موجب، قید بقای ایجاب بوده و امکان رجوع از آن برای سازنده ایجاب، همگی وابسته به اصل حاکمیت اراده موجب می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف]/۱: ۳۱۷-۳۱۸).

در دیدگاه حاکمیت اراده، عیوب اراده نظیر اکراه یا اجبار، ســـبب عدم تحقق تراضی شـــده و نهایتاً موجب بطلان یا عدم نفـــوذ قرارداد می‌گردد (Brownsword, 2017: 44). در این رویکرد حتی اضطرار را نیز در وجه وجهی که از آن سوء استفاده شـــده است را در حکم اکراه می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف]/۱: ۱۲۷). اهلیت داشتن نیز دلالت بر ضرورت وجود قصد و رضا برای انجام عمل حقوقی است و به عبارتی شـــخصی که محجور است، در اصل فاقد قصد و رضاست. در نظریه حاکمیت اراده، افلاس یا مرض منجر به فوت موجب زایل شدن قصد و رضا نبوده و مانعی در ایجاد تراضی نیســـت و نباید آن‌ها را غیر نافذ یا باطل قلمداد کنیم (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱۴۴).

معلـــوم و معین بودن موضوع عقد نیز برای رفـــع جهالت و غرر بوده و اراده جاهل، دارای قدرت تصمیم‌گیری و تأثیرگذاری نیست و از این حیث نیز معلوم بودن یکی از عناصر صحت عقد نامیده شـــده اســـت (جعفری لنگرودی، ۱/۱۳۸۰: ۲۰۷ و شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۲۹۷). فقدان شرایطی نظیر موجود بودن مورد معامله معین، مالیت داشـــتن، قدرت بر تســـلیم داشتن را منجر به تردید نســـبت به قصد طرفین در انعقاد

قرارداد دانسته و از این حیث اقتضای اصل حاکمیت اراده این است که شرایط مزبور راجع به موضوع معامله وجود داشته باشد.

مبنای بسیاری از خیارات نیز در این رویکرد در قالب شرط ضمنی طرفین توجیه می‌گردد و نه انصاف یا مصالح اجتماعی (کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف]/۵: ۵۸-۶۲). به‌طور مثال در خیار غبن بر مبنای نظریه شخصی یا اصل حاکمیت اراده، مبنای خیار غبن، عیب اراده معرفی شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف]/۵: ۲۲۷)

رویکرد این نظریه در مورد جهت معامله این است که آن را شرط مستقلی از قصد و رضای طرفین ندانسته و همان توجیهاتی که برای قصد و رضا از این منظر وجود دارد، برای جهت نیز در نظر می‌گیرند. از این حیث بعضی اراده را بدون جهت آن کارگزار نمی‌دانند، اما آثار آن را فرعی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۹[ب]: ۲۵۲).

در تفسیر عقد دادرس باید در کشف اراده واقعی و درونی ایشان بکوشد و ملاک قصد درونی متعاقدین است (صفایی، ۱۳۸۹، ٤٨). مدار تفسیر احراز قصد مشترک طرف‌هاست و نه مصالح اجتماعی و انصاف (شهیدی، ۲/۱۳۸۱: ۲۹٤). تفسیر بر مبنای عرف نیز شرط ضمنی طرفین و بر مبنای اراده مشترک است و عرف منبع مستقلی نیست (شهیدی، ۲/۱۳۸۱: ۳۳۱). بر مبنای اصل حاکمیت اراده، قرارداد قابل تعدیل قضایی و تجدیدنظر نیست. بعضی ضمن این‌که امکان تعدیل قضایی قرارداد را در صورت تغییر شرایط و اوضاع مردود دانسته‌اند، اما با اتکا به قاعده العقود تابعه للقصود و حاکمیت اراده، وجود حق فسخ برای متعهد قرارداد در صورت بروز شرایط دشوار غیر قابل پیش‌بینی غیر از فورس ماژور را بر اساس تئوری عدم پیش‌بینی به عنوان خیار تخلف از شرط ضمنی صفت، پذیرفته‌اند (شهیدی،۳/۱۳۸۲: ۳۷ و ١٤٤).

۲. اراده دولتی

در اوایل قرن بیستم به دلایل عملی اصل حاکمیت اراده تعدیل گردید. در این دوره قدرت دولت‌ها برای برقراری صلح با محوریت واقع‌گرایی تقویت یافت (جاوید، ۱۳۹۰: ٦٢). ناتوانی اصل مزبور به عنوان منشأ التزام نهادی چون شبه عقد و یا نقش قانون در تفسیر و تکمیل بسیاری از امور جزئی عقد، بدون این‌که اراده در

آن‌ها دخیل باشد، سبب شد تا منشأ التزام، اراده دولتی از طریق قانون معرفی گردد.

۱-۲. مبانی فلسفی

انتقادات فلسفی بر اصل حاکمیت اراده بر این بود که حاکمیت اراده در جامعه به عنوان یک وسیله مفید فقط برای تأمین سعادت جامعه کارکرد دارد و به خودی خود موضوعیت ندارد. همچنین عادلانه بودن قرارداد با تعیین ماهیت و آثار آن با اراده، صرفاً یک اماره غیر قطعی است و الا این قانون است که به اراده‌های فردی توانایی ایجاد عقد داده است و همین قانون است که چارچوب اراده را تعیین می‌کند (قاسمی، ۱۳۸۸: ۲۸۹-۲۹۱). در این رویکرد، مشروعیت حقوقی هر عملی، منحصراً متوقف بر انطباق آن با یک قاعده قانونی به عنوان اراده دولت است و از این حیث اراده فردی هیچ ارزشی نداشته و تا حدی معتبر است که اراده دولتی تعیین کرده باشد (دلوکیو، ۱۳۸٦: ۱۵۵-۱۵٦). ریشه اختلاف اثبات‌گرایان با حقوق طبیعی‌مداران در زمینه این‌که قانون چیست و ریشه الزام آن کدام است، در این می‌باشد که اثبات‌گرایان قانون را بر قرارداد انسانی استوار می‌سازند و واضعان قانون نیز دارای قدرت کافی تحمیل قواعد بر جامعه هستند و ایشان بدون این‌که درباره عادلانه بودن یا نبودن قانون بحثی به میان آورند، فقط به ویژگی الزام‌آور بودن آن تأکید می‌ورزند و حالی که حقوق طبیعی‌مداران سخن از ریشه و سرچشمه قانون می‌کنند و آن را خارج از اختیار انسان دانسته و به دنبال کشف آن‌اند تا وضع آن (تبیت، ۱۳۸٦: ۲۹-۳۰). از نظر ژوزف رز حقوق یک نهاد اجتماعی مقتدر و یک اعتبار دارای حجیت و مشروعیت است (ابدالی، ۱۳۸۹: ۲۰-۲۱)؛ بدان معنا که دستورات آن قابل تشخیص و معتبر است و از طرفی آن‌گونه مدلل شده که پاسخ‌گوی التزام افراد بوده و از این حیث دارای حجیتی قائم به نفس است (ابدالی، ۱۳۸۹: ۲۱-۲۲). در این نگرش به واسطه این‌که جوهر دولت اجبارگری است، دولت و نظام حقوقی یکی فرض شده است و مرجع اسناد حقوقی در مشروعیت اعمال، دولت است و نه باورهای اجتماعی (کلسن، ۱۳۹۱: ۱۳۹-۱۴۰ و ۱۴۵). کلسن از اثبات‌گرایان حقوقی بوده که معتقد است دانش حقوق مستقلاً به عنوان یک نظریه ناب و خالص مورد مطالعه قرار گیرد و از این حیث حقوق را مجموعه‌ای از بایدها دانسته که شکل صرف قوانین در هر حال باید اجرا گردد (ابدالی، ۱۳۸۸: ۱۸۹-۱۹۳). در این نگاه اراده دولتی در مقام برتری از

سایر اراده‌ها است و حفظ نظم اجتماعی جز با اطاعت از دولت و از طریق اطاعت از قانون میسر نیست. از این حیث وظیفه اطاعت از قانون گاهی ترس از ضمانت اجراها نشأت می‌گیرد که مبتنی بر نظریه امر جان آوستین است که مبتنی بر یک وظیفه اخلاقی مطلق است (ابدالی، ۱۳۸۸: ۱٦۸).

طرفداران این نظریه معتقدند که منشأ اعتبار قرارداد، اراده و قانون (شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۵۵). به اعتقاد ایشان، اراده انسان تنها در امور مادی می‌تواند نافذ باشد و در امور اعتباری، اراده نفوذ خود را از قانون دریافت می‌دارد (شهیدی، ۱۳۸۰: ۵۸). قانون‌گذار فرانسوی قراردادهای حقوقی اشخاص را در صورتی که وفق قانون منعقد شده باشد، به منزله قانون قلمداد می کند[1]. از حیث تاریخی قانون به عنوان ریشه استقلال اراده در این ماده به کار گرفته شده است (لوی و کاستادلو، ۱۳۸٦: ۲۰۸).

۲-۲. تأثیر بر قواعد عمومی

در این رویکرد حقوقی که از اراده دولتی نشأت گرفته باشد، مشروعیت و آثار حقوقی هر عملی، منحصراً متوقف بر انطباق آن با یک قاعده قانونی به عنوان اراده دولت می‌باشد و از این حیث اراده فردی هیچ ارزشی نداشته و تا حدودی معتبر است که اراده دولتی تعیین کرده باشد (دلوکیو، ۱۳۸٦: ۱۵۵-۱۵٦).

در این رویکرد قانون فرمان یک مقام برتر است و به همین دلیل دارای الزام‌آوری و اجبار است و نه به خاطر این‌که درست و عادلانه است. بعضی در تحلیل ویژگی‌های قانون، عنصر اجباری بودن قانون را از ویژگی‌های ذاتی قانون دانسته ولی ویژگی مبتنی بر اخلاقی بودن یا عادلانه بودن را از ویژگی‌های عرضی قانون می‌دانند (راسخ، ۱۳۸۵: ۳۰-۳۱)؛ از این حیث سه شاخصه مهم برای قانون بر شمرده شده است: مبتنی بر اراده برتر، دارای اجبار و ضمانت اجرا و نهایتاً مظهر و سنبل حقوق بودن (شهابی، ۱۳۹۳ب: ۵۹).

منظور از عقلانیت دولتی این است که اراده دولت است که منشأ اعتبار قواعد حقوقی است و قانون نیز ابزاری است در دست دولت برای ایجاد تعهدات و تعیین

---

۱. از این منظر معنای بند ۱ ماده ۱۱۳٤ قانون مدنی فرانسه این می‌تواند باشد که به قرارداد از حیث الزام‌آوری، همان قدرتی را که قانون دارد بدهیم نه این‌که قرارداد همانند قانون، ایجادکننده آثار حقوقی باشد.

حـــدود ثغور آن و اعتبار دادن به قواعد حقوقی و نه این‌که قانون صرفاً به بیان قواعد بپردازد (شـــهابی، ۱۳۹۳الف: ۱۵۳). در نظریه‌هـــای تحققی دولتی منبع اصلی حقوق، قانون اســـت و والاترین هدف استقرار نظم در جامعه است (کاتوزیان، ۱۳۸۰[ب]/۱: ۵۰۵). در ایـــن دیدگاه نه تنها صرفاً قانون اســـت که می‌توانـــد تعهدات قراردادی را ایجاد کند، بلکه تنها نظم‌دهنده کانون منافع طرف‌های قرارداد، قانون می‌باشد و نتیجه این‌کـــه قرارداد یک عمل حقوقی هنجاری اســـت (لوک اوبر و کولار دوتیول، ۱۳۹۰: ۳۶-۳۷). واقعیت آن اســـت که در این نگاه دیگر بحث از منـــبع حقوق نیست بلکه بحـث از منابع حقوق است؛ چراکه منبع حقوق امری کلی اسـت و آن چیزی نیسـت جز طـبیعت انسان و وجدان‌های فردی او، اما صحبت از منـابع حقوق، سـمت و سو به حقوق موضوعه داشـــته که در این وضعیت عرف و قانـــون با ویژگی اجبار، نماد منابع حقوق هستند (دلوکیو، ۱۳۸۶: ۷۷)، اما باید دانست که منابـــع حقوق از منـشأ الزام‌آوری تأثیرپذیرند. در حقوق طبیعی مدرن، منشـــأ التزام‌آوری قاعده حقوقی اراده دولتی اســـت و بر این اســـاس قانون مهم‌ترین منبع حقوق به عنوان تنها ابزار دولتی قلمداد می‌گردد.

طرفداران این نظریه معتقدند که منشـــأ اعتبار قرارداد دو چیز اســـت: اراده و قانون (شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۵۵) و مبنای احترام به قرارداد، احترام به قانون است. از این منظر معنای بند ۱ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانســـه[1] این می‌تواند باشد که به قرارداد از حیث الزام‌آوری، همان قدرتی را که قانون دارد بدهیم نه این‌که قرارداد همانند قانون، ایجاد کننده آثار حقوقی باشـــد. این رویکرد که قواعد حقوق را مبتنی بر اراده دولتی می‌داند، مکتب اصالت قانون نیز نامیده شده است که در آن نقش قاضی منفعل بوده و باید اراده‌های اشخاص را با قانون در یک تفسیر لفظی و منطقی از قانون منطبق سازد (داوید و اسپینوزی، ۱۳۸۴: ۱۰۰-۱۰۱).

در مورد توقیفـــی بودن عقود، چنانچـــه قانون مجوزی برای اراده اشخاص برای ایجاد ماهیت‌های حقـــوقی غیر از قالب‌هایی که خود معرفی کرده است، نداده باشد، امکان انعقاد عقود غیر معـــین وجود نداشـــت. حتی در وضعیتی که قانون به

---

۱. بند یک ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه:
"Les convetions Legalement Formees tiennent live de loi a ceunqui les ont faites"

آزادی اراده از این حیث احترام گذاشـــته است، بعضی در یک رویکرد قانون‌مداری، معتقدند اگر آثار اصلی قرارداد منعقد شده با یکی از عقود معین مشابهت داشته باشد، احکام و قواعد آمره عقد معین مزبور جاری اســـت (شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ٤٠ و ۱۰۸ و ۱۸۵-۱۸۸).

قانون مبتنی بـــر اراده دولتی، اراده ظاهری را ترجیح می‌دهد و علت آن حفظ نظم در معاملات اســـت (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۸۸؛ لوی و کاســـتادلو، ۱۳۸٦: ۲۱۳).

ترجیح اراده ظاهری بر باطنی بر تفســـیر قرارداد نیز مؤثر است؛ لذا از یک‌سو در تفسیر قانون توجه به نص، در درجه اول اهمیت است و صرفاً قاضی تفسیر لفظی و دلالات ظهـــوری را ملاک عمل قرار دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۹٦-۱۰۵) و از ســـوی دیگر تفســـیر قرارداد مبتنی بر تفسیر لفظی یا تحلیلی است که در آن صرفاً اعلام اراده (گفتار و رفتار اظهار شده) وسیله رفع ابهام و یا کشف قصد مشترک است (کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف]/۳: ۱۳). در این رویکرد اعلام اراده نیز مطابق نظر قانون‌گذار اســـت؛ لذا هر جا وســـیله خاص و یا روش خاصی برای اعلام اراده ضرورت داشته باشد، عدم رعایت آن موجب بطلان عمل حقوقی است. با عنایت به ماده ۱۹۱ قانون مدنی، اصل بر رضایی بودن عقود و به کارگیری هرگونه وســـیله در اعلام اراده است، اما در ماده ۱۰٦۲ همان قانون، به کارگیری لفظ در مورد عقد نکاح ضروری دانسته شده است. از این منظر لزوم توالـــی ایجاب و قبول در واقع تجویز قانون‌گذار در ماده ۱۰٦۵ قانون مدنی و الغای خصوصیت از آن و تسری به سایر عقود است و این امر نه از اراده بلکه تجویز و الزام قانونی است. (صفایی، ۱۳۸۹: ٦۹؛ شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۱٤۸).

گســـتره عیوب اراده در این رویکرد می‌تواند مبتنی بر اســـتحکام معاملات و حفظ نظم اجتماعی باشد و یا حمایت از فرد (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱۳۳) قانون‌گذار ایران اکراه و اشـــتباه را فقط از موارد عیوب اراده قلمداد کرده است و غبن یا تدلیس را از عیوب اراده نمی‌داند و فقط ضمانت اجرای فسخ برای آن در نظر گرفته است و این مصلحت قانونی مورد توجه قرار گرفته شده است. «پذیرش مبنای قانونی، موجب بطلان عقد فاقد قصد می‌گردد؛ زیـــرا اراده قانون‌گذار به‌طور مطلق بر بطلان عقودی که بدون قصد واقع می‌شـــود قرار گرفته و ادعای صحیح یا غیر نافذ بودن را در هیچ

حالتی نپذیرفته است.»(ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱۳٤)

این‌که قانون‌گذار ایران شـــرط اهلیت را از قصد و رضا به عنوان یک شـــرط مســـتقل قلمداد کرده است و برای داشـــتن اهلیت معاملاتی شرایط خاصی را در نظر داشته است، شرط مستقل مورد نظر اراده دولتی است. این‌که برای شخص بیمار منجر به فوت حکمی ندارد و معاملات ایشـــان صحیح اســـت، باید گفت این یک رویکرد اراده دولتی به اهلیت است (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱٤٥).

عرف در این رویکرد منبع غیر مستقیم حقوق معرفی شده و صرفاً شامل امور موضوعی قرارداد می‌شـــود و حتی موضوع الحاقات مبیع در قســـمت ذیل ماده ۳٥٦ قانون مدنی نیز در یک رویکرد اراده‌گرای قانون‌گذار، امری موضوعی و اســـتثنایی و خلاف قاعده قلمداد شـــده است (شـــهیدی، ۲/۱۳۸۱: ۳۰۳ و ۳۳۱ و ۳۳٤). در مورد لزوم معلـــوم و معین بودن مورد معامله، ضرورت قانونـــی برای حفظ نظم معاملاتی اســـت. در بحث فورس ماژور نیز عدم التزام متعهدٌله در اجرای تعهد، شـــرط ضمنی و ارادی طرف‌ها تلقی شـــده است، اما در رویکرد دولتی این یک حکم قانونی است. حتی بعضی شـــرط با این عنوان که در صورت عـــدم امکان اجرای تعهد در صورت فورس ماژور، متعهدٌله ملزم به اجرای تعهدش باشد را به علت این حکم آمره قانونی در حقوق ایران، باطل می‌دانند (شهیدی، ۳/۱۳۸۲: ۱۲۹).

در ایـــن نظریه، جهت معامله متعلق قصد و رضـــای طرف‌ها و یا جزء یا قید موضوع عقد نیســـت، بلکه بنا به حکم قانون‌گذار اگر تصریح شده و نامشروع باشد، سبب بطلان قرارداد می‌گردد (شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۳۳٥-۳۳٦).

۳. اراده‌گرایی اجتماعی

حقوق قـــراردادی بر پایه اصل حاکمیت اراده و یا اراده دولتی مبتنی بر اصول و دکترینی اســـت که روی زمین بوده و مبتنی بر خود استدلالی است؛ به این معنی که جایی برای توجیه موقعیت‌هـــا و مبانی اجتماعی، اخلاقی و تجربی وجود ندارد. این تئوری بر پایه یک دســـته اصول بنیادین نظیر آزادی، نحوه تشـــکیل و اجرای قرارداد به‌طور تکنیکی و قیاسی است[1]. از سوی دیگر، طیف اصول حقوق قراردادی مستقیماً

1. Barnett, Randy E. Perspective on Contract Law, Wolters Kluwer: Law & Business, (Published by Aspen Publishers) 4th ed. New York, 2009, pp. 494-495.

مبتنی بر تکنیک‌ها و قواعد آمره از قانون اســـت و تفســـیر قرارداد نیز فقط یک تفسیر لفظی برآمده از قصد مشترک طرف‌هاست که قانون تعیین نموده است. از طرف دیگر قصد مشترک نیز بر اساس ضوابط نوعی تشخیص داده می‌شود و قاعده تفسیری در آن قاعده دلیل شفاهی[1] است و از این جهت رویکردهای انتزاعی نظیر قواعد معقولیت[2]، وظیفه مذاکره بر اســـاس حسن نیت، منع شـــروط ناعادلانه و اصول تفسیری دیگر را رد می‌کنـــد (Barnett, 2009: 494-496). از این رو تئوری اراده‌گرایی اجتماعی که بر اســـاس آن امکان بازنگری قرارداد بر اســـاس عوامـــل اجتماعی و همچنین وجود قرارداد به عنوان یک پدیده اجتماعی نگریســـته می‌شود، پا به عرصه وجود گذاشت. از این جهت اولاً حقوق بایســـتی با موقعیت‌ها و اصـــول اجتماعی و تجارب توجیه گـــردد. ثانیاً جنبه‌های تکامل قرارداد باید پویا باشـــد و نه ثابت و تکنیکی صرف. در این رویکرد دو منشـــأ اراده‌گرایی حقوق که دولت را موجد قاعده حقوقی می‌داند و فردگرایی حقوق که مبنای قاعده را اراده فرد می‌داند، به ســـمت مبنای اجتماعی شدن حقوق ســـوق می‌دهد. «اجتماعی شدن حقوق به معنای حرکت از امر فردی به سمت امر اجتماعی؛ از مفهوم حق به مفهوم کارکرد؛ از امر شـــخصی و ذهنی به امر نوعی و عینی؛ از متافیزیک به واقعیت و در یک کلام، اجتماعی شدن حقوق به معنای پذیرش حقوق به نفع همه اعضای جامعه است» (شهابی، ۱۳۹۰: ۲۵۹). در این رویکرد فرد از خود قدرت الزام ندارد و دولت نیز فقط نقطه متحدکننده تصمیمات و مقررات حقوقی در نظام موجود اســـت. به عبارتی تا زمانی که قـــرارداد به عنوان یک واقعه اجتماعی تلقی نشـــود، موضوع حقوق قرار نگرفته و تعهدی صرفاً اخلاقی اســـت (لوک اوبر و کولاردوتیول، ۱۳۹۰: ۵۹). حتی زمانی که صحبت از اراده قراردادی می‌شـــود، منظور اراده حقوقی اســـت که صاحبش، اختیار آن را از دست داده و هم‌سو با اراده دیگری، توافقی به دســـت آمده که نفوذ و اعتبارش در جامعه کسب شده و پدیده‌ای اجتماعی تلقی می‌گردد (لـــوک اوبر و کولاردوتیول، ۱۳۹۰: ۵۹). ایـــن تغییر در مبنا، تغییر در روش‌های تفسیر قاعده حقوقی را نیز به دنبال دارد؛ به نحوی که به جای تفسیر مبتنی بر اصول و قواعد محض حقوقی به ســـمت تفسیرهای مبتنی بر ضروریات اجتماعی

1. Parol edivens rule.
2. Uncontionability.

تغییر جهت پیدا می‌کند (باقرزاده، ۱۳۸۱: ۲۳).

۱-۳. مبانی فلسفی

در دیـــدگاه مبتنی بـــر اراده‌گرایی اجتماعی، قرارداد دارای حداقل ســـه طرف است که طرف سوم آن جامعه است و این توجیه‌گر منشأ التزام قرارداد در اراده‌گرایی اجتماعی است (Sieburgh, 2007: 115). در این نظریه، این جامعه است که به اصل آزادی قـــرارداد اعتبار داده و مفاهیمی نظیر حســـن نیت، اصل وفای به عهد و یا نظم عمومی معـــرف یا تعدیل‌کننده بنیان قرارداد هســـتند و از این جهت نقش جامعه در قرارداد غیر قابل انکار است (Sieburgh, 2007: 116). بعضی نیز معتقدند نظریه‌های اجتماعی حقوق قرارداد از نظریه–های هنجاری غیر لیبرال است که حقوق خصوصی را به محل نزاع بســـیاری از بحث‌های ایدئولوژیک و فـــرا واقعیت تبدیل می‌نماید و از این حیث بســـیاری از ایده‌های رفاه و عدالـــت اجتماعی که خود دارای تضادهای درونی بوده و در به کارگیری هنجارها، یک قاعده منسجم و ثابتی ندارند را نمی‌توان در حقـــوق قراردادها به عنوان ایده دخیل نمـــود (Gutmann, 2013: 44-45). اراده در این نگاه یک نیروی خلاقه مطلق‌العنان نیســـت و قصد انشاء یک موجود اجتماعی تلقی می‌گردد. عمل به وعده یک ارزش اجتماعی اســـت تا بر اساس آن، روابط افراد اجتماع بـــا یکدیگر به‌طور قابل پیش‌بینی، تنظیم گـــردد (Craswell, 1994: 19). در اراده‌گرایی اجتماعی، وجود دولت مرهون توافق جمعی اســـت و بســـیاری از رسوم کهنه اجتماعی منجر به اراده قانون‌گذار شـــده است (Rold, 2013: 1016). این نظریه منجر بـــه ایجاد مکتب‌های تحققی اجتماعی گردید کـــه در آن‌ها منبع اصلی حقوق، عرف و عادت بوده و عالی‌ترین هدف حقوق پیشـــرفت تمدن و فرهنگ ملت‌هاست (کاتوزیـــان، ۱۳۸۰[ب]/۱: ۵۰۸). در این مکاتب، قرارداد بـــه دلیل این‌که یک نظم و مصلحتی از اجتماع اســـت، محترم و لازم‌الاجرا شناخته می‌شود. طرفداران این نظریه، برای اجتماع وجودی مستقل و دارای اصالتِ برتر از افراد، قائل‌اند است (ابن خلدون، ۱۳۳۶: ۱۲۹–۱۳۱ و طوسی، ۱۳۶۰: ۲۸۰). مبنای تحول هدف حقوق به سمت اجتماعی شدن حقوق، گذار از یک مفهوم انتزاعی و محض به سمت یک مفهوم واقع‌گرا است و در روش‌شناسی نیز مشاهده‌های تجربی، در تحلیل‌های حقوقی اهمیت بسزایی پیدا می‌کند (شهابی، ۱۳۹۰: ۲۶۵). در جامعه‌شناسی حقوقی، با هنجارها سروکاری نیست

بلکـــه واقعیت‌های مادی به واقعیت‌های مـــادی دیگری، به عنوان علت و معلول ربط داده می‌شـــود (کلسن،۱۳۹۱: ۵۵). در این نگرش، صرفاً به جنبه نوعی حقوق که ناظر به انســـان اجتماعی است، توجه شده است. در حقیقت حقوقِ نوعی در مقابل حقوقِ شـــخصی به کار رفته و فرد، آزادی‌های خود را تابع شـــرایط زمان، مکان و نوسانات اجتماعی می‌بیند. از این حیث طرف‌ها نمی‌توانند ارزش‌های مهم جامعه را با قرارداد نقـــض کنند. به عبارتی از طریق اصـــل آزادی قراردادی، رابطه میان طرف‌ها و جامعه معین می‌گردد. همین موضوع ســـبب شـــده تا بعضی اصل آزادی قراردادی را شاخه فلســـفی اصل حاکمیت اراده تلقی نکنند بلکه آن را یک وسیله مفید اجتماعی و برای توزیع ثروت تلقی کنند (کاتوزیان،۳/۱۳۸۱: ٤٢٠).

۲-۳. تأثیر بر قواعد عمومی

در اوایل قرن بیســـتم نظام‌های حقوقی دچار انواع شکل‌گرایی‌ها شدند که در یک تقســـیم‌بندی کلی می‌توان آن‌ها را به شـــکل‌گرایی مبتنی بر هدف و شکل‌گرایی مبتنی بر ضمانت اجرا تقســـیم نمود؛ بر اساس هدف، شکل‌ها حمایتی و ارشادی بوده و بر اســـاس ضمانت اجرا، به صورت رکن یا شرط صحت و یا شرط نفوذ و یا شرط لزوم و یا توصیفی و یا شـــرط قابلیت اســـتناد و یا قابلیت اثبات و یا مجازات انتظامی یا کیفری می‌باشـــند (قاســـمی، ۱۳۸۸: ۲۳۳-۲۸٦). در مورد زوال ایجاب در صورت رجوع و یا حجر و مرگ قبل از قبولی در این رویکرد، فقط از اراده‌های تلاقی شـــده و منجر به عقد شـــده حمایت می‌شود و نه اراده فردی یک فرد قبل از انعقاد قرارداد. جالب اســـت ماده ۹۲ قانون مدنی مصر اشعار می‌دارد: «وقتی اعلام کننده اراده قبل از تأثیر نتیجه اعلام بمیرد یا فاقد اهلیت شـــود، مانعی از ترتب اثر بر این اعلام نیســـت؛ مشـــروط بر آن‌که اعلام به اطلاع طرف مقابل رســـیده باشد. این حکم تا وقتی جاری است که از اعلام یا طبیعت معامله خلاف آن معلوم نشود» (سنهوری، ۱۳۸۲: ۹۷). بر این اســـاس اراده‌ای که وجود فعلی یافته ولو ایجاب باشد، اگر به اطلاع طرف رسیده باشـــد، با توجـــه به جنبه اجتماعی اعلام یک اراده، وجـــودش حتی بعد از فوت و یا حجر موجب، زائل نمی‌گردد.

در رویکـــرد وجدان اجتماعی، اهلیت به عنوان یک عنصر مســـتقل در صحت قرارداد شـــرط بـــوده و برای حمایـــت از افراد در معاملاتشـــان این‌که مورد ســـوء

استفاده قرار نگیرند؛ زیرا معاملاتشان بر خلاف مصالح و منافع اجتماعی است (کاتوزیان، ۱۳۸۰[الف]/۱: ۳۹۳). در این مبنا معاملات مفلس و بیمار و به موت هم غیر نافذ یا باطل است (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱٤٥). مطابق این نظریه اعلام اراده بر اساس شرایط قانونی باید محرز و قابل اثبات باشد. در واقع اعلام اراده، شرط تأثیر قصد انشاء است و خلاقیت اراده تنها در مقارنت با وسیله ابراز آن در اجتماع مؤثر واقع می‌شود (شهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۱٤۲). تشریفات در عقود توسط قانون‌گذار در تعدیل اصل رضایی بودن عقود بنا به مصالحی از جمله حمایت از طرف ضعیف نظیر رعایت بعضی تشریفات در قراردادهای مصرف و یا حمایت از اشخاص ثالث و یا حمایت از منافع عمومی اجباری می‌گردد (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰، ۹۷-۹۸).

امکان انعقاد عقود مکاتبه‌ای و عدم نیاز به توالی ایجاب و قبول در یک مجلس را مرهون همین وجه اجتماعی قرارداد و ضرورت‌های اجتماعی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۰پ: ۱۲٦).

مبنای توجیهی در عدم نفوذ یا بطلان قرارداد در موارد عیوب اراده نظیر حجر را ضرورت‌های حمایتی ناشی از مصالح اجتماعی دانسته (شریعت باقری، ۱۳۹۱: ۱۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰الف/۱: ۳۹۳) و یا بر مبنای همین وجه اجتماعی قرارداد، بطلان یا تعدیل قرارداد را به حمایت از مضطر یا طرف ضعیف اقتصادی، با تئوری نظم عمومی اقتصادی، توجیه نموده‌اند (کاظم‌پور، ۱۳۹۲: ۱۵۱). در این دیدگاه، تشخیص درجه تأثیر تهدیدهای منجر به اکراه، معیارهای نوعی در جنسیت یا سن و غیره، ملاک قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰پ: ۱۲۹). از این منظر نیز در تعارض معنای ظاهری و باطنی قرارداد با نگاهی به این‌که تراضی وقتی در عالم خارج قابل اثبات باشد، جنبه الزام به اجرا را در بردارد، معنای ظاهری تفوق دارد (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵: ۱۳۷). مبنای بسیاری از خیارات نیز در این رویکرد در قالب انصاف یا مصالح اجتماعی توجیه می‌شود و نه شرط ضمنی طرفین و یا اصل حاکمیت اراده (کاتوزیان، ۱۳۸۰ب/۵: ٦۲-٦٦).

عرف در این رویکرد نشان از امور متعارف و عقلای جامعه دارد و از این جهت قرارداد عنصری قابل ستایش نیست و می‌توان آن را متناسب با ضروریات اجتماعی و نفع عمومی تعدیل کرد.

٤. عدالت طبیعی

عدالت والاترین ارزش انسانی و گوهری گران‌بها در راه تحقق حقوق است. عدالت فضیلتی است برازنده قانون و حقوقی‌ترین فضیلت میان فضایل اخلاقی است (هارت، ۱۳۹۵: ٤٠). درست است که اصل حاکمیت اراده خود دارای منشأ احترام به منزلت و حیثیت انسانی بوده و مبتنی بر فردگرایی و مبانی اخلاقی است، اما با لحاظ پیشرفت‌های اقتصادی و عدم توازن قدرت چانه‌زنی در روابط قراردادی، اتکای به حاکمیت مطلق اراده، سوء استفاده و دور شدن از اصول اخلاقی را بسیار محتمل می‌سازد؛ و لذا نفوذ مفاهیمی اخلاقی و عادلانه در حوزه حقوق نظیر اخلاق حسنه، حسن نیت، منع سوء استفاده از حق، منع عسر و حرج، دارا شدن ناعادلانه و منع تدلیس برای برقراری توازن قراردادی بوده و خود از عوامل تعدیل اصل حاکمیت اراده محسوب می‌گردد. در نقد اصل حاکمیت اراده به عنوان مبنای التزام قرارداد می‌توان به دو نظریه حاکمیت اعتماد و حاکمیت اخلاق اشاره نمود. در نظریه مبتنی بر اعتماد بدون اتکا به اصول اخلاقی، مبنای التزام به ایفاء قرارداد، اعتماد کردن به دیگری و تکیه بر اعمال و اقدامات دیگری است. در واقع مبنای الزام‌آوری قرارداد، ایجاد انتظار و اعتماد زیان‌بار به تعهد قراردادی یک طرف در مقابل طرف دیگر است. در این نظریه اصل اولیه این است که یک طرف اگر موجب پشت‌گرمی و اتکایی قابل پیش‌بینی و موجه برای دیگری شود، باید مسؤول شناخته شود (William, 1936: 54-55 & Fuller). اصل ثانویه این است که اگرچه وعده دهنده تمایلی به التزام قانونی نداشته، اما اگر مخاطب به‌طور جدی به آن اعتماد کرده و اقدامی انجام داده باشد، نظام مسؤولیت قراردادی به پا می‌شود[1]. نظریه اعتماد به دنبال اهداف متعددی بود: نخست، جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه متعهد به هزینه و زیان متعهدٌله؛ زیرا متعهدٌله در پی اعتماد به تعهد طرف، مالی را منتقل کرده است. با این وصف در صورت عدم ایفاء تعهد، با استرداد عوضین از دارا شدن ناعادلانه جلوگیری می‌شود؛ دوم، تغییری که در موقعیت متعهدٌله در پی اعتماد ایجاد شده است، از جمله هزینه‌هایی که کرده و یا فرصت‌هایی که از دست داده است، مورد

۱. نظریات دیگر در توجیه الزام‌آوری قرارداد مبتنی بر حاکمیت اخلاق یا تکلیف‌گرا و یا مصلحت‌گرا می‌باشند که بیان این نظریه‌ها از حوصله این نوشتار خارج است. برای مطالعه این نظریه‌ها، بنگرید به: Fried, 1981: 9-17: 237 -Gordley, 1991: 215- 237

حمایت قرار گیرد؛ و سوم، متعهدٌله را در موقعیتی قرار دهیم که اگر قرارداد اجرا می‌شد، چه منافعی را به دست می‌آورد (William & Fuller, 1936: 54-55)[1].

۱-٤. مبانی فلسفی

با توجه به انتقادهایی که به نظریات اراده‌گرا وارد آمد، التزام مبتنی بر عدالت به عنوان یک مبنا با استدلال‌های متفاوت، تبدیل به وجهی قابل بحث در حقوق قراردادی گردید. در نظر بعضی به کارگیری عدالت در حقوق قراردادی با سه اصل مهم دنبال می‌شود: نخست، اولویت خود منفعتی و یا خود تعیین‌گری (هر کسی منفعت خود را بهتر تشخیص می‌دهد)؛ دوم، منافع برابر (منافع طرف‌ها با یکدیگر برابری می‌کند)؛ و سوم، اولویت منافع اشخاص ثالث در جایی که منافع آن‌ها مطرح است (Brownsword, 2017: 13). اصل اول اخلاقی همان فردگرایی[2]، اصل دوم همکاری[3] و اصل سوم نوع‌دوستی[4] است (Brownsword, 2017: 13). حقوق قرارداد کلاسیک مبتنی بر فردگرایی است که در آن دیگر طرف قراردادی را که در آن وارد شده ملزم به رعایت بوده و حق تغییر آن را ندارد و دادگاه نیز حق مداخله در قرارداد را ندارد؛ در این نظریه هر چیز که قراردادی است، اخلاقی نیز می‌باشد. در نظریه مبتنی بر اصل اول، نظریه‌های اشتباه و عیوب اراده کارایی دارد (Brownsword, 2017: 16). در نظریه مبتنی بر اصل دوم (همکاری) نظریه‌های استاپل، برابری منافع، شروط غیر منصفانه و غیر معقول مطرح می‌گردد و در نظریه سوم نیز وجه اجتماعی قرارداد مطرح است (Brownsword, 2017:19-21). در واقع اتکای بیش از اندازه به اصل حاکمیت اراده، ناکارآمدی بخش خصوصی را در تحقق اهداف عمومی را نشان می‌دهد که از جمله دلایل ناکارآمدی قواعد حقوق خصوصی، فقدان وجود قواعد واضح در ایجاد تعادل در نابرابری اراده‌ها در قراردادها و دسترسی نابرابر به اطلاعات، انحصار و محدودیت بر رقابت است (طجرلو،۱۳۸۷ : ۱۹۶)؛ لذا مبنای الزام‌آوری را باید در امر دیگری که

---

۱. شایان ذکر است نظریه اعتماد با نظریه استاپل خلط گردید و عده‌ای مبنای التزام را نظریه استاپل دانسته‌اند، اما این نظریه‌ها با یکدیگر تفاوت داشته است که از حوصله این نوشتار خارج است. در این زمینه، بنگرید به: Barnett Randy, 1987: 486.

2. Individualism.

3. Co-operativism.

4. Altruism.

همان عدالت اســـت جست‌وجو کرد و سیستم حقوقی باید به گونه‌ای طراحی، توجیه یا تفسیر شود که تمامی فرصت‌ها و اقدامات دولت و مردم منجر به ایجاد یک زندگی عادلانـــه گـــردد (Barnett, 2009: 201). بحث از عدالت در نـــگاه مکاتب حقوقی، بســـته به هدف یا مبنای آن مکتب قابل بررسی است. اگر مقصود مکتب مورد بحث، واقعیت‌های عینی موجود (هست‌ها) باشد، عدالت نیز در چنین جایگاهی مورد بحث است و اگر ارزش یا حقایق مطلوبی باشد (بایدها)، عدالت نیز به عنوان هدف مطلوب مورد بحث قرار می‌گیرد. حتی در نگاه پوزیتیویســـتی اطاعت از قانون، با مدلل شدن اخلاقی آن در فرای قانون توجیه می‌شـــود (Raz, 2009: 158)؛ لذا دستور قانونی هم وجه پوزیتیویســـتی اجبار به اجرای قانون را دارد، هم وجه اخلاقی توجیه‌کننده حکم قانونی. کلسن به عنوان یک پوزیتیوست حقوقی در کتاب نظریه حقوقی ناب اعتراف دارد که به‌رغم پوزیتیوستی بودن علم حقوق مشروعیت نظام حقوقی، منوط به داشتن حداقل اصول اخلاقی و عدالت اســـت (کلسن، ۱۳۹۱: ٦٤). هارت نیز دارا بودن یک دسته از اصول حقوق طبیعی را به عنوان حداقل حقوق طبیعی، لازمه یک نظام حقوقی عادلانـــه می‌داند (هارت، ۱۳۹۵: ۲۹٦–۲۹۸)؛ لذا در این رویکرد بجای این‌که به دنبال اراده متعاقدین و یا اراده دولت و یا اراده شـــارع مقدس باشـــند، به عنوان مبنای التزام قرارداد، عدالت را قرار می‌دهند.

چنانچه قانون اوصاف عدالت طبیعی را در برنداشـــته و به اصطلاح ناعادلانه باشـــد آیا می‌توان از آن سرپیچی نمود؟ آیا عمل سرپیچی حق تلقی می‌شود؟ یکی از ابزارهای اجرای عدالت، ســـرپیچی مدنی از قانون است. فلاسفه حقوق در خصوص امکان و شرایط نافرمانی و این‌که نافرمانی حق تلقی می‌گردد یا خیر، مباحث مفصلی مطرح کرده‌اند که از حوصله این نوشتار خارج است، اما یکی از نتایج تئوری نافرمانی مدنی از قانون، این است که اخلاق اولیه اطاعت از قانون، مبتنی بر پیش‌فرض عادلانه بودن آن اســـت و مبنای التزام از قانون نه وجه اجبار دولتی بلکه وجه عدالت طبیعی قانون اســـت. نافرمانی از قانون ناعادلانه حق تلقی می‌شـــود تا قانون‌گذار را ملزم به رعایت اصول عدالت نماید.

بـــا عنایت به مبانی فوق، در حوزه قراردادهـــا می‌توان قدرت الزام‌آور قرارداد

را بر پایه حاکمیت ماهوی قانون دانست که در دو طیف بحث می‌شود: نخست، حاکمیت شکلی که ناظر بر اصل قانونی مبتنی بر حقیقت حقوقی صرف نظر از خوبی یا بدی قانون است؛ و دوم، حاکمیت ماهوی است که در آن توجه به معیارهای فرا حقوقی و اخلاقی نظیر عدالت و مبانی حقوق طبیعی جزء اساس و ویژگی‌های قانون کارآمد است.

در دیدگاه اخیر در تعریف حاکمیت قانون به دور از نگاه پوزیتیویست حقوقی، ارزش‌های بنیادین ملاک عمل قرار گرفته و مشروعیت قانون با معیارهایی چون دفاع از ضعفا، برقراری عدالت و رعایت حق‌های فردی از منظر هنجاری در نظر گرفته می‌شود (هاشمی و غفاری، ۱۳۹۰: ۳٤٥-۳٦۲). در این دیدگاه اراده فرد وابسته به دو عامل می‌شود: اول، قانون ماهیتاً عادلانه باشد و دوم، نقش قاضی فقط رعایت مر قانون نیست، بلکه افزون بر آن باید احراز کند که اعمال قانون و انعقاد و اجرای قرارداد متناسب با عدالت و اقتضائات عادلانه اجتماعی هست یا نه (لوک اوبر و کولار دوتیول، ۱۳۹۰: ۳۸).

۲-٤. تأثیر بر قواعد عمومی

در اینجا کارکرد قرارداد را نباید یک هنجار اجبار کننده دانست، بلکه قرارداد اجازه می‌دهد تا متعاقدین حقوق خود را عادلانه و بر مبنای عقلانیت توزیع کنند. طبق این دیدگاه مبنای الزام‌آوری قرارداد، از یک‌سو سازگاری با آن با عدالت است و قرارداد را در صورتی الزام‌آور می‌داند که عادلانه نیز باشد (لوک اوبر و کولار دوتیول، ۱۳۹۰: ۳۸) و از سوی دیگر یکی از لوازم برقراری عدالت این است که رابطه طرف‌های قرارداد با هم برابر باشد و نتیجه آن تعدیل رابطه طرف‌های قرارداد به نفع طرف ضعیف است و دامنه اجرای این مبنا، هم در انعقاد و هم مفاد و هم در اجرای قرارداد است (لوک اوبر و کولار دوتیول، ۱۳۹۰: ۳۸)

طرفداران نظریه عدالت معتقدند که درست است که آزادی اراده امری مطلوب بوده و سبب کامروایی انسان است، اما تجربه نشان داده است که در شرایط نامساوی و با وجود قدرت‌های اقتصادی و سیاسی و اجتماعی امروز، همین آزادی اراده، کام را از اقشار ضعیف می‌ستاند (کاظم‌پور، ۱۳۹۲: ۱٤٦). عادلانه بودن قرارداد در شرایط مساوی متصور است که این شرایط در همه موارد وجود ندارد (حیاتی، ۱۳۸۰: ٤۹).

در ایـــن رویکرد می‌توان بـــا بعضی هم‌عقیده بود که نظریـــه حاکمیت اراده را نظریه مربوط به قواعد عمومی قرارداد و روشـــی برای ایجاد آثـــار حقوقی می‌دانند و اراده دولتی را منبع ایجاد آثار قرارداد دانسته تا مبنا (شهابی، ۱۳۹٤ب: ٦۱۰-٦۱۱). در واقع هدف حقوق عدالت است؛ لذا در این نظریه اراده در خدمت هدف حقوق است و نه این‌که حقوق کارگزار اراده (کاتوزیان، ۱۳۸۰ الف/۱: ۱٤٦).

بـــر مبنای اراده مبتنی بر عدالت و انصاف، اصل رضایی بودن عقود انعقاد عقد به امری غیر از ایجاب و قبول وابســـته اســـت و از این جهت منشـــأ و توجیه شرایط صحت قرارداد، اجرای عادلانه عقود اســـت و برای التـــزام اراده، ضرورت اعلام آن و آگاهی آنچه طرف می‌خواهد و یا بر او تحمیل گردد، از مؤلفه‌های عدالت اســـت. در ایـــن رویکرد ملاک ظاهری یا باطنی بودن اراده فقط بر اســـاس مؤلفه‌های عدالت توجیه می‌شود و هیچ‌یک بر دیگری تفوق ندارد. بر اساس عقلانیت مبتنی بر عدالت، عدالت و انصاف روا ندارد تا آثار قراردادی که منعقد کننده آن دارای قوه تمییز، عقل و یا بلوغ نیست، بر او تحمیل گردد؛ لذا ضرورت اهلیت در صحت عقد از این جهت توجیه می‌شـــود. مبنای عدم اثربخشی قرارداد در موارد عیوب اراده، در این رویکرد، ناعادلانه بودن التزام شـــخص دارای اشـــتباه یا مکره اســـت و حتی ســـوء استفاده از اضطرار نیز از آثار عقد اکراهی برخوردار اســـت. در این ارتباط حسن نیت از اصول مهم حقوق قراردادی محســـوب می‌گردد (Brownsword, 2017, 45)؛ حتی مبنای بســـیاری از خیارات نیز در این رویکرد در قالب انصاف توجیه می‌شـــود و نه شرط ضمنی طرفین و یا اصل حاکمیت اراده (کاتوزیان، ۱۳۸۰پ: ٦۲-٦٦). معلوم و معین بـــودن مورد معامله در برقراری عدالت معاوضی و حتی عـــدالت توزیعی ماهوی و همچنین منصفانه بودن شـــروط قراردادی، از لوازم ضروری در اعتبار قرارداد اســـت. دادرس نیـــز در رفع ابهام از الفاظ قرارداد آنچه متناســـب با اصول عدالت اســـت را بهتریـــن معنا در نظـــر می‌گیرد و نیز می‌تواند با تئوری اداره قرارداد، شـــروط گزاف، ناعادلانه و غیر متناســـب با اهداف قرارداد، در مقام تعدیل قرارداد بر آید و خلأهای قرارداد را عادلانه پر کند.

۵. رویکرد حقوق ایران

برای تشـــخیص مبنای التزام قرارداد در نظـــام حقوقی ایران باید دید این نظام چـــه مبنایی در الزام‌آوری قواعـــد حقوقی دارد. در مقدمه قانون اساســـی ایران عدل اسلامی فلسفه وجودی دستگاه قضاست و اصول دوم و چهارم همان قانون جمهوری اســـلامی ایران را بر پایه ایمان به عدل خدا در خلقت و تشـــریع و حرکت در جهت موازین اسلامی دانســـته و حتی تأمین آزادی‌های اجتماعی و سیاسی مندرج در اصل ســـوم در گرو اهداف یاد شده است. در این فرض تردیدی نیست نظام حقوقی ایران در حوزه اصل حاکمیت اراده دســـت به انتخاب قواعد زده تا وضع قواعد و در مورد مبنای التزام قرارداد، اراده شـــارع مبتنی بر عدالت واقعی را معیار قرار دهد (جاویدی، ۱۳۹۵: ۲۵)؛ لذا در حقوق ایران باید گفت نظام حقوقی ایران به دنبال عدالت شـــرعی اســـت. عدالت شـــرعی، عدالتی اســـت که مفهوم، ماهیت و محتوای آن را اراده الهی تشـــکیل می‌دهد. حتی عقلانیت به عنوان یکی از منابع تشریع الهی یک منبع مستقل در دســـتیابی به قوانین الهی نیست، بلکه روشی برای استخراج و استنباط احکام الهی اســـت. عقلانیت فطری الهی نیز متکی به اراده تکوینی الهی اســـت (آدمیت، ۱۳۵۱: ۱۷۱). مـــواد ۱۰، ۳۲۱، ۳۰ و ۹۷۵ قانون مدنی[1] از نشـــانه‌های این گذار بوده اســـت. البته عده‌ای تصویب قانون مدنـــی را تغییر در مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی و کنار گذاشـــتن اراده الهی نمی‌دانند و معتقدند با وجود اصل چهارم قانون اساســـی بعد از انقلاب، قانون منبع درجه دومی اســـت که منبع درجه اول آن یعنی کتاب و سنت، آن را پشـــتیبانی می‌نماید (شهابی، ۱۳۹۱: ۱۴۲-۱۴۳ و ۱۴۸). دولت در دو حوزه پا را از

---

۱. ماده ۱۰: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

ماده ۳۲۱: «هر گاه مالـک ذمه یکی از غاصـبین را نسبت به مـثل یا قیـمت مال مغـصوب ابراء کـند حق رجوع بغاصـــبین دیگر نخـــواهد داشت. ولی اگر حق خود را بیکی از آنان بنحـــوی از انحاء انتـــقال دهد آنکس قائم مقام مالـک می شود و دارای همان حـــقی خواهد بود که مالک دارا بوده است».

ماده ۳۰: «هر مالکی نســـبت بمایملک خود حق همـــه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد».

ماده ۹۷۵: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا بعلتِ دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود بموقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

انتخاب قواعد فراتر گذاشـــته و مبادرت به وضع قواعد می‌کند: یکی در حوزه منطقه الفراغ و دیگری در چارچوب اصل شـــرعی ولایت فقیه و اصولی چون لاضرر، نفی عسر و حرج و یا مصلحت (شهابی، ۱۳۹۳ب: ۱۷۰-۱۷۱). در مورد فقهی یا اومانیستی بودن حاکمیت اراده، دو گونه مبنا می‌توان ملاحظه نمود، به‌طوری که دسته اول راجع به موادی اســـت که نظام رومی- ژرمنی نظیر مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی وارد قانون شـــده و بعضی مواد که مختص نظام فقهی نظیر مبحث شـــروط ضمن عقد یا صلح و عقود معین اســـت (بیگدلـــی، ۱۳۹٤: ۱٤۲ و ۱٤٦). بعضی معتقدند که ماده ۱۰ قانون مدنی از حقوق فرانســـه اقتباس شـــده و مبین اصل حاکمیت اراده است و مهم‌ترین نتیجه آن آزادی افراد در تعیین نوع و قالب عقود اســـت (صفایی، ۱۳۸۹: ٤۷). بعضی نیـــز به‌رغم اعتقاد به توقیفی نبودن عقود نه تنها بر این باورند که ماده ۱۰ قانون مدنی از قانون فرانســـه اقتباس گردیده، بلکه با اتکا به آن بســـیاری از عقود و شروطی نظیر بیع کالی به کالی و یا قرارداد عدم مســـؤولیت را که مشـــهور فقها آن‌ها را بنا به دلایل متعـــدد از جمله توقیفی بودن یا اجتهاد باطل دانســـته یـــا در آن تردید کرده‌اند را به اســـتناد این ماده قانونی، صحیح و معتبر می‌دانند (امامی،۱/۱۳۹۰: ۳۲۳ و ۵۳۰-۵۳۱ و ۷۳۸)؛ بعضی نیز با اذعان به این‌که ماده ۱۰ ابداع نویسندگان قانون مدنی یا ثمره تقلید از حقوق اروپایی نبوده، تأثیرگذاری ماده ۱۱۳٤ قانون مدنی فرانســـه را منکر نشده‌اند (کاتوزیان،۱۳۸۰[الف]/۱: ۱٤٤-۱٤۵). برخی دیگر معتقدند مفاد ماده ۱۰ تماماً ریشـــه در مبانـــی فقهی ما دارد و اساســـاً ضرورتی به درج این مـــاده قانونی در قانون مدنی نبوده است و با وجود مواد ۷۵۲ و ۷۵٤ راجع به عقد صلح نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱٤۰).

این تشتت عقاید در فقه امـــامیه و حقوق ایـــران در بســـیاری از قواعد و اصول حقوق قراردادها را می‌توان ملاحـــظه نمود، اما باید گفت درســـت است که تـــا قبل از وضـــع ماده ۱۰، در منابع فقهـــی یا حقوقی اصلی با عنوان اصـــل آزادی قراردادی دیده نمی‌شـــود، اما تردیدی نیســـت اصل حاکمیت اراده به متابعت از فقه و از قاعده العقود تابعه للقصود، وارد حقوق موضـــوعه ایران شـــده است. بعضی از فقها این قاعده را مبنای اعتبار ندانسته بلکـــه مبنای اعتبار عـقد را همان اراده شـارع می‌داننـــد (بجنوردی، ۱٤۱۹: ۱۳٦-۱۳۷؛ غروی نائینی، ۱٤۱۳: ۱٤۱). این تشـــتت آرا

در مـــورد مبنای التزام عقد نیز وجود دارد: بعضی معتقدند مبنای التزام عقد در حقوق ایران اصل حاکمیت اراده اســـت (صفایـــی، ۱۳۸۹: ٤۷). بعضی اصل حاکمیت اراده را حاصـــل توجه فطری انســـان به اهمیت اراده در حقـــوق می‌دانند و معتقد به مقدم بودن مصلحت اجتماعی بر مصلحت فردی هســـتند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۸-۳۱). بعضـــی مبنا را در دو چیز، اراده و قانون دانســـته و قانون به عنوان اراده دولتی که سبـــب نفوذ اصل حاکمیت اســـت را مبنا قرار داده‌اند (شـــهیدی، ۱/۱۳۸۰: ۵۵ و ۵۸). عده‌ای نیز اراده اشـــخاص را تابعی از اراده الهی دانســـته و استدلال می‌کنند که برای ایجاد ماهیـــت‌های حقوقی، اصل حاکمیت اراده تا جایی که مخالف اراده الهی (کتاب و ســـنت) نباشد، دارای اعتبار اســـت (محقق داماد و قنواتی و وحدتی شبیری و عبدی پور ، ۱/۱۳۸۸: ۲۱۱-۲۱۲ و ۲۱۷-۲۲۰)؛ به‌عکس برخی دیگر مبنا را تلفیقی از اراده اشـــخاص و اراده الهی دانسته که تفوق با اراده اشخاص در نظام مدرن قانون مدنی است (بیگدلی، ۱۳۹٤: ۱٤۳). بعضی دیگر اراده اجتماعی را قاعده ساز و مبنای حقوق قراردادهای ایران می‌دانند، به‌طوری‌که عرف را مبنای وضع قانون در بســـیاری از قواعد حقوق قراردادها برشـــمرده و از این حیث عـــرف را مهم‌ترین منبع حقوق قراردادها و منـشأ التزام بســـیاری از قواعد و مصادیق می‌دانند (میرزانژاد جویباری، ۱۳۸۸: ۳٤٤-۳٤۵ و ۳٤۷-۳۵٤). برخی نیز اصل حاکمیت اراده و نتیجه مهم آن یعنی آزادی قراردادی را صرفاً یک وســـیله مفید اجتماعی در دســـت قانون‌گذاری می‌دانند که خود نیز در ســـایه تحولات اجتماعی باید حرکت کند و از این جهت نه اصل یاد شـــده را و نه اراده محض دولتی با ابزار قانـــون را و نه اراده اجتماعی را مبنای التزام قواعـــد می‌داند بلکه مبنا را تلفیقی از اراده قانون‌گذار و اراده اجتماعی دانســـته که با اصولـــی چون اصل حاکمیت اراده تعادل میـــان منافع فردی و جمعی برقرار می‌گردد (کاتوزیـــان، ۱۳۷۹[الف]: ٦۵۵-٦۵٦). بعضی نیـــز عدالت و انصاف را مبنا الزام‌آوری می‌دانند (شهابی، ۱۳۹٤: ٦۲۰).

این تشتـــت عقاید را این‌گـونه می‌تـوان توجیه نمـــود که در نظام حقوقی ایران، تلفیقی از نظام دینـــی و مدرن به نمایـش گذاشته شده است؛ از یک سو اعتبار اراده طرفین در مواد مخـــتلف قانونی مورد لحاظ قرار گرفته شده اســت و از سوی دیگر در قانون اساســـی به ویژه در اصل چهارم آن، اراده الهی مبنا قرار گرفته شـــده

است و از جهات دیگر اهمیت عرف مبتنی بر اراده اجتماعی و در نهایت مبنا بودن عدالت واقعی و انصاف به عنوان مبنا در خور توجه‌اند. به نظر می‌رسد نظام حقوقی ایران، یک نظام تکثرگرا یا پلورالیسم است. در چنین وضعیتی، هم‌سو با برخی باید گفت نظام حقوقی ایران، نوعی وحدت‌گرایی با مبنا قرار دادن اراده الهی به عنوان اصل و در بردارنده تکثرگرایی (سایر مبانی به عنوان تابع) است (شهابی، ۱۳۹۳[الف]: ۱۶۹).

ممکن است این سؤال مطرح شود که اصل حاکمیت اراده که حاصل انسان‌گرایی عصر جدید است چطور با نسخه فقهی که اراده انسان را تنها ذیل امضای شارع کارساز می‌داند، سازگاری می‌یابد. در فقه اراده در پرتو اصول ثابتی که از منابع اصلی یعنی قرآن و سنت و منابع متکی یعنی عقل و اجماع است تفسیر می‌گردد و از مفهوم فلسفی حاکمیت اراده فاصله دارد. در پاسخ باید گفت قرارداد یک نهاد است نه محصول صرف اراده‌ها. نهاد به این معنی است که قرارداد پس از تشکیل در جامعه، قوه تشخیص داشته و در ساختار نظام‌مند حقوقی دارای حدود، آثار و الزاماتی خارج از اراده طرف‌ها داراست. از این نظر اگرچه قرارداد پدیده‌ای است محصول اراده مشترک، اما این نهاد در جامعه اهداف و کارکردهای متفاوتی دارد. این اهداف و کارکردها باید با اولویت‌ها و کارکردهای جامعه نیز منطبق باشد.

در تحلیل نهاد قرارداد، خواسته‌های صریح و ضمنی طرف‌ها برگزیده شده است، اما آثاری را در نظر گرفت که مناسبت مصلحت‌هایی منطبق با مصالح نظام حقوقی را نیز داراست. در نتیجه توافق اراده‌ها فقط بر سر خواسته‌های صریح و ضمنی نیست بلکه بر سر نهادی است که الزامات دیگری را نیز با خود همراه دارد. این الزامات گاه از قانون، گاه از وقایع اجتماعی و گاه از ارزش‌های متعالی بر قرارداد تحمیل می‌گردد. الزامات این نهاد تابع مبنای التزام قواعد نظام حقوقی است. از طرفی اراده به تنهایی تاب مقابله با بسیاری از اوضاع و احوال و مصلحت‌های فراتر از عالم حقوق خصوصی و خارج از اقتدار خود را ندارد. به عبارتی بخش زیادی از آثار، شرایط و احکام قرارداد از پیش تعیین شده است و اشخاص فقط با اراده خود به آن می‌پیوندند و البته امکان تغییر شرایط نیز توسط ایشان بسیار محدود و مضیق است.

در نتیجه در حقوق ایران اصل حاکمیت اراده شیوه‌ای در تشکیل ماهیت‌های حقوقی در چارچوب قانون به عنوان اراده دولتی و در طول اراده الهی و اراده اجتماعی بوده که همگی در صورت عادلانه بودن وضعیت ایجاد شده قابل نفوذ و اجرا هستند و در تعارض اصول لزوم با اصل عسر و حرج، اصل اخیرالذکر تفوق دارد و در تفسیر قرارداد، اداره قرارداد بر ستایش آن مرجح بوده و بهترین نظریه برای تعادل تمام نظریه‌ها مبنا قرار دادن عدالت است.

رویکرد عملی تأثیر منشأ عدالت طبیعی را در رویه قضایی در زمینه شروط ناعادلانه[1]، وجه التزام گزاف[2]، کرامت انسانی[3]، قراردادهای الحاقی[4]، آراء

---

۱. در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۷۲۸ شعبه ۳ حقوقی شهریار استناد به اصل حاکمیت اراده در وجدان عمومی ناعادلانه بوده و با توجه به بلا عوض بودن تملک، برهم زننده نظم عادلانه در جامعه است و فاصله گرفتن از آرمان بشریت در قسط و عدل در جامعه را به دنبال دارد.

۲. در دادنامه ۹۷۰۹۹۷۸۷۳۶۷۰۰۴۷۵ پرونده ۹۷۰۹۹۸۸۷۳۶۷۰۰۰۴۵ شعبه ۲ حقوقی کامیاران کردستان، وجه التزام گزاف را مغایر با اصول حقوقی نظیر لاضرر، عدالت معاوضی، اصل عقلانی بودن تراضی تشخیص داده است... در این رأی می‌توان ملاحظه نمود که چطور قاضی با ظرافت مثال زدنی ضمن اشاره به قواعد فقهی و حقوقی به فلسفه حقوق اشاره داشته و یک استدلال اصولی مد نظر داشته است و در نحوه تفسیر قوانین به منشأ التزام قرارداد عدالت طبیعی شده است.

۳. به موجب دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۹۲۹۰۰۸۵۸ شعبه اول حقوقی ارسنجان (استان فارس) حکم به الزام ایفاء تعهد صادر می‌گردد. در این پرونده مردی در ازدواج دوم، بر همسر دوم چنین شرط می‌کند: «ضمن عقد خارج لازم، زوجه این شرط را پذیرفت که نسبت به انجام کارهای منزل و نگهداری و جمع‌آوری همسر اول زوج تا آخر عمر اقدام نماید». بعد از مرگ شوهر، همسر اول (ذی‌نفع شرط)، دعوای الزام به انجام تعهد علیه همسر دوم (مشروط‌علیه) اقامه می‌کند. دادگاه نخستین (شعبه اول حقوقی ارسنجان)، حکم به الزام صادر می‌کند، ولی دادگاه تجدیدنظر رأی را نقض می‌کند. شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر فارس در دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۲۲۴۰۱۵۵۹ بیان می‌کند، اگرچه شرط فعل ضمن عقد مورد دعوا در پرتو اصل آزادی اراده، مد نظر واقع شده، اما صحت و نفوذ شرط مذکور با تردید جدی روبه‌روست. مبنای عادلانه بودن و عقلایی بودن شرط با توجه به حیثیت انسانی و با توسل به مبانی فقهی، شرط صحت آن است و حکم به بطلان دعوی نخستین صادر می‌گردد.

۴. در دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۵۱۱۲۴۰۱۲۶۱–۸۹/۹/۲۲ شعبه ۲۹ دادگاه حقوقی مشهد در مورد قرارداهای الحاقی بانکی و مبنای شروع خسارت تأخیر در خصوص حدود تعهدات ضامن با این استدلال که به ضامن اخطار لازم برای پرداخت ارسال نشده است و در مورد ضامن علم به عدم پرداخت مدیون مفروض نیست. محکومیت ضامن به پرداخت خسارات را مبتنی بر حسن نیت و عدالت ندانسته و خسارات تأخیر از تاریخ تقدیم دادخواست مورد حکم قرار گرفته شده است.

متعددی[۱] با تکیه بر وجوه عدالت می‌توان ملاحظه نمود[۲].

۱. همچنین بنگرید به: آراء موجود در سایت http://www.ijri.ir از جمله دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۳۸۵ شعبه ۳ دیوان عالی که تعیین وجه التزام بیش از ثمن معامله از مصادیق شرط غرری و دارا شدن غیر عادلانه بوده و شرطی نامشروع تلقی شده است. در دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۷۲۸ شعبه ۳ حقوقی شهریار در خصوص شرط ناعادلانه و سوء استفاده از موقعیت قوی، به حیثیات انسانی و عدالت توسل شده است. در دادنامه‌های ۹۶۰۹۹۷۷۱۲۲٤۰۱٤۵۱ شعبه ۲٤ تجدیدنظر فارس و ۹۵۰۹۹۷۷۱۲۰۱۰۰۸۵٦ شعبه ۱۱ تجدیدنظر فارس و ۹۲۰۹۹۷۱۵۱٦۹۰۰۵۹٤ شعبه ۱٦ تجدیدنظر مازندران و ۹۷۰۹۹۷۸۷۳٦۷۰۰۳۸۷ شعبه ۲ حقوقی کامیاران، وجه التزام گزاف مخالف اصل معقولیت و حیثیات انسانی شناخته شده است. در دادنامه-های ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۱٤٦۷ شعبه ۳٦ حقوقی تهران و ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰٤۰۰٤۹٦ شعبه ۲۱۵ حقوقی تهران در تفسیر قراردادهای الحاقی اطلاق اصل حاکمیت اراده کنار گذاشته شده و اصول حقوقی نظیر اصل تفسیر به زیان تنظیم‌کننده ملاک عمل قرار گرفته و حیثیات انسانی مستند قرار گرفته شده است. همچنین ببینید رویه قضایی را در مورد تأثیر انحلال عقد بر وجه التزام و جنبه‌های مورد نظر در مورد عدالت و رویکردهای مختلف آن، بنگرید به: جواهرکلام و علیجانی و شریفی، ۱٤۰۳: ۲۳-۲۵.

۲. از منظری دیگر این تئوری‌های مهم در حقوق قراردادی تحت عنوان اصول بنیادین حقوق بشری در حقوق قراردادی مورد مطالعه قرار گرفته شده است. در این خصوص بنگرید به: بابایی و ترابی، ۱٤۰۰: ۹٤-۱۰۰؛ ترابی و بابایی و طوسی، ۱٤۰۱: ۲٤-۲۵.

برآمد

۱- قرارداد عنصری قابل ستایش است که تمام نیروی خود را از اراده می‌گیرد و هیچ‌چیز جز اراده نمی‌تواند آن را محدود سازد و خدشه به اراده موجب عدم تحقق عقد است. بر مبنای اراده دولتی، قرارداد در صورتی صحیح قلمداد می‌شود که مطابق قانون باشد و شرایط قانونی مندرج در قانون بنا به مصلحت قانونی است. قانون به این دلیل که ابزاری منسجم و دارای ضمانت در دست دولت برای بیان قاعده حقوقی است و امنیت حقوقی با این ابزار تضمین می‌شود، منشأ التزام تلقی شده است؛ در حالی که ضمانت اجرا ویژگی و صفت قانون است، اما توجیه الزام‌آوری قاعده حقوقی منشأ دیگری را می‌طلبد. چنانچه اراده‌گرایی اجتماعی منشأ التزام قرارداد باشد، دیگر قرارداد امری فردی نیست و به عنوان وسیله‌ای مفید اجتماعی، در خدمت ملاحظات اجتماعی است. این رویکرد پراگماتیسمی است که در آن وظیفه ارائه اطلاعات یا تئوری تدلیس و یا کلاه‌برداری و یا سوء استفاده از ضعف نفس بر اراده طرف‌ها حاکمیت دارد.

۲- بر اساس رویکرد عدالت طبیعی، کارکرد قرارداد یک هنجار اجبارکننده نیست بلکه به قرارداد اجازه می‌دهد تا متعاقدین حقوق خود را عادلانه و بر مبنای عقلانیت توزیع کنند. در این رویکرد منشأ اعتباری قرارداد، قانون طبیعی یا عدالت و انصاف طبیعی است. اصول حسن نیت و عسر و حرج بر اصل حاکمیت اراده یا اراده قانون‌گذار برتری دارند. به نظر می‌رسد نظریه‌ای که از طرفی سبب تعادل در نظریه حاکمیت اراده طرف‌ها و نظریه اراده دولتی است و از طرف دیگر نفع شخصی را فدای نفع جمعی نمی‌کند، نظریه مبنا بودن عدالت است. البته این به معنای انکار اصل حاکمیت اراده و تأثیر سایر مبانی نیست. از این جهت اصل حاکمیت اراده روشی برای ایجاد ماهیت حقوقی بوده و قانون منبعی برای بیان اراده دولتی و نفوذ اراده است. در نتیجه ایرادهایی که در مورد دیگر مبانی وجود دارد در این مورد دیده نمی‌شود.

۳- آشتی میان نظریه‌ها برای حفظ ارزش نخستین حقوق، مبنا قرار دادن عدالت است. شاید بتوان گفت نظام حقوقی ایران، با توجه به هر یک از مبانی یاد شده و با استدلال‌های برشمرده، کثرت‌گرای مستقل (مبانی در عرض هم هستند) است،

اما این نظر سبب تشـــتت قضاوت‌های مختلف در برخورد با قواعد حقوق قراردادها می‌شـــود و بهترین مبنایی که می‌توان برای نظام حقوقی ایران در نظر گرفت، عدالت و انصاف اســـت. از این حیث اساساً عدالت، مفهومی نسبی دارد و می‌تواند به عنوان مبنا میان تمام نظـریه‌ها تعادل برقرار سازد. در نتیجه این نظریه ضمن اهمیت به اصل حاکمیـــت اراده به عنوان مبنایی در احترام به شـــخصیت انســـانی، در صدد برقراری عدالـــت معاوضی، عدالت توزیعی، رعایت اخلاق حســـنه و رعایت نظم عمومی در تأمیـــن اراده دولتی با ابزار قانون در وجه عادلانه آن بـــوده و همچنین عدالت عرفی برای تأمین اراده اجتماعی با لحاظ عدالت شـــرعی و واقعـــی در اراده الهی را تأمین می‌نماید.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۸)، **درآمدی بر فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی**، چاپ نخست، تهران: مجد.

* ابدالی، مهرزاد (۱۳۸۹)، «**تحلیل مفاهیم اعتبار حقوقی و هنجار حقوقی**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱٤، شماره ۲.

* ابن‌خلدون، عبدالرحمان (۱۳۳٦)، **مقدمه ابن خلدون**، برگردان: محمد پروین گنابادی، جلد نخست، تهران: بنگاه ترجمه.

* ابویی، مژده و شهابی، مهدی (۱۳۹۵)، «**تأثیر مبنای قرارداد بر شرایط اساسی صحت قرارداد**»، پژوهش‌نامه اسلامی، شماره ۱ (پیاپی ٤۳).

* امامی، سید حسن (۱۳۹۰)، **حقوق مدنی**، جلد نخست، چاپ سی و دوم، تهران: اسلامیه.

* آدمیت، فریدون (۱۳۵۱)، **اندیشه ترقی و حکومت قانون، عصر سپهسالار**، چاپ نخست، تهران: خوارزمی.

* آر. وست، هنری (۱۳۸۹)، **فایده‌گرایی جان استوارت میل**، برگردان: امیرحسین تقی‌پور، چاپ نخست، زنجان: آذر کلک.

* بابایی، ایرج و ترابی، مرتضی (۱٤۰۰)، «**جایگاه اصل حقوق بشری حیثیت و منزلت انسانی در حقوق قراردادها**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱٤.

* باقرزاده، محمدرضا (۱۳۸۱)، «**درآمدی بر نظریه نسبیت در حقوق**»، معرفت، شماره ۵۸.

* باقری، محمود (۱۳۸۵)، «**اقتصاد مبتنی بر بازار و کاستی‌های حقوق خصوصی**»، پژوهش‌های حقوق عمومی (حقوق و سیاست)، شماره ۱۹.

* بیگدلی، عطاءالله (۱۳۹٤)، «**حاکمیت اراده در فقه امامیه نظام رومی-ژرمنی و حقوق ایران**»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال شانزدهم، شماره ۱ (پیاپی ٤۱).

* تبیت، مارک (۱۳۸٦)، **فلسفه حقوق**، برگردان: حسن رضائی خاوری، چاپ دوم،

مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
* ترابی، مرتضی و بابایی، ایرج و طوسی، عباس (۱٤۰۱)، «**جایگاه اصل کرامت اجتماعی در حقوق قراردادی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸٦، شماره ۱۱۸.
* جاوید، محمدجواد (۱۳۹۰)، «**عدالت طبیعی بنیان صلح طبیعی از قوانین طبیعی تا حقوق طبیعی**»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ٤۱، شماره ٤.
*جاویدی، مجتبی (۱۳۹۵)، «**عدالت عرفی یا عدالت واقعی: بازتعریف عدالت حقوقی در نظام جمهوری اسلامی ایران**»، اندیشه دینی دانشگاه شیراز، دوره ۱٦، شماره ۲ (پیاپی ۵۹).
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، **حقوق مدنی: رهن و صلح**، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
* جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، **تأثیر اراده در حقوق مدنی**، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
*جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، **فلسفه حقوق مدنی (عناصر عمومی عقود)**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
*جواهرکلام، محمدهادی و علیجانی، محسن و شریفی، فخرالدین (۱٤۰۳)، «**اثر انحلال قرارداد بر شرط وجه التزام؛ مطالعه تطبیقی رویه قضایی ایران، انگلیس و فرانسه**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲٦.
* حیاتی، علی‌عباس (۱۳۸۰)، «**مبنای تعهد در حقوق ایران و فرانسه**»، فصل‌نامه پژوهشی دانشگاه امام صادق مجله دین و ارتباطات، شماره ۱۳ و ۱٤.
* داوید، رنه و اسپینوزی، کامی ژوفره (۱۳۸٤)، **درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر**، برگردان: حسین صفایی، چاپ ششم، تهران: میزان.
* دلوکیو، جرج (۱۳۸٦)، **فلسفه حقوق**، برگردان: جواد واحدی، چاپ دوم، تهران: میزان.
* راسخ، محمد (۱۳۸۵)، «**ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون**»، مجلس و راهبرد، سال

سیزدهم، شماره ۵۱.
* رفیعی مقدم، علی (۱۳۹۰)، **اصل رضایی بودن اعمال حقوقی**، چاپ نخست، تهران: دانشگاه امام صادق.
* سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۸۲)، **حقوق تعهدات**، برگردان: محمدحسین دانش‌کیا و سید مهدی دادمرزی، جلد نخست، چاپ نخست، قم: دانشگاه قم.
* شریعت‌باقری، محمدجواد (۱۳۹۱)، «**حاکمیت اراده در قراردادهای بین‌الملل خصوصی**»، دیدگاه‌های حقوق خصوصی، شماره ۵۸.
* شهابی، مهدی (۱۳۹۰)، «**فرایند اجتماعی شدن حقوق و تأثیر آن بر نظام حقوقی**»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ٤١، شماره ۱.
* شهابی، مهدی (۱۳۹۱)، «**تعامل عقلانیت ماهوی و شکلی در نظام حقوق مدنی ایران و فرانسه، تأملی در مبانی نظری شکل‌گیری قانون مدنی**»، مطالعات حقوقی، دوره ۳، شماره ۱.
* شهابی، مهدی (۱۳۹۳ [الف])، «**جایگاه قانون در تحقق عدالت حقوقی و تأثیر آن بر تفسیر قضایی تأملی بر نسبت قانون و قاعده حقوقی در نظام فقهی- حقوقی ایران**»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۳۹).
* شهابی، مهدی (۱۳۹۳ [ب])، «**قرارداد به مثابه قانون هابزی یا کانتی؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در حقوق مدنی ایران و فرانسه**»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ٦، شماره ٤.
* شهابی، مهدی (۱۳۹٤)، «**قرارداد به مثابه قانون طبیعی (عقلی)؛ تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه**»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ٦، شماره ۲.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: مجد.
* شهیدی، مهدی (۱۳۸۱)، **اصول قراردادها و تعهدات**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: مجد.

* شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، **آثار قراردادها و تعهدات**، جلد سوم، چاپ سوم: تهران: مجد.
* صفایی، سیدحسین (۱۳۸۹)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد دوم، چاپ دهم، تهران: میزان.
* طجرلو، رضا (۱۳۸۷)، «**برداشت تئوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادها (با رجوع به سیستم حقوقی انگلیس)**»، فصل‌نامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۳.
* طوسی، خواجه نصیرالدین (۱۳٦۰)، **اخلاق ناصری**، تصحیح: مجتبی مینوی و علیرضا حیدری، چاپ دوم، تهران: خوارزمی.
* قاسمی، محسن (۱۳۸۸)، **شکل‌گرایی در حقوق مدنی**، چاپ نخست، تهران: میزان.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹[الف])، **اهمیت شناخت مبنای التزام عقد و تحول آن در تاریخ حقوق، در کتاب گامی بسوی عدالت**، جلد دوم، چاپ نخست، تهران: دانشگاه تهران.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹[ب])، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰[الف])، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد نخست و جلد سوم و جلد پنجم، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰[ب])، **فلسفه حقوق: تعریف و ماهیت حقوق**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، **فلسفه حقوق: منابع حقوق**، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
* کانت، امانوئل (۱۳۹۳)، **فلسفه حقوق**، برگردان: منوچهر صانعی دره‌بیدی، چاپ چهارم، تهران: نقش و نگار.
* کاظم‌پور، سید جعفر (۱۳۹۲)، **راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد: (مفهوم، مبانی، رویکردها)**، چاپ نخست، تهران: فکرسازان.
* کلسن، هانس (۱۳۹۱)، **نظریه حقوقی ناب: مدخلی به مسائل نظریه حقوقی،**

برگردان: اسماعیل نعمت‌اللهی، چاپ دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری سمت.

* کلیشادی نجف‌آبادی، امین و شیرانی، مسعود و سلطانی، رضا (۱۴۰۴)، «**بررسی مقایسه‌ای استانداردهای رفتار منصفانه و عادلانه و حمایت و امنیت کامل در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۲۹.

* لوک اوبر، ژان و کولاردوتیول، فرانسوا (۱۳۹۰)، **حقوق تعهدات: قراردادها**، برگردان: مجید ادیب، چاپ نخست، تهران: میزان.

* لوی، فیلیپ ژان و کاستادلو، آندره (۱۳۸۶)، **تاریخ حقوق تعهدات**، برگردان: رسول رضایی، چاپ نخست، تهران: مهر و ماه نو.

* محقق داماد، سید مصطفی و قنواتی، جلیل و وحدتی شبیری، سید حسن و عبدی پور، فرهاد (۱۳۸۸)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد نخست، چاپ دوم، تهران: سمت.

* نوین، پرویز (۱۳۹۰)، **حقوق مدنی تطبیقی: حقوق قراردادها-تعهدات؛ رم باستان، ایران،فرانسه، انگلستان**، چاپ نخست، تهران: گنج دانش.

* هارت، هربرت لیونل آدولفوس (۱۳۹۵)، **مفهوم قانون**، برگردان: محمد راسخ، چاپ پنجم، تهران: نی.

* هاشمی، سید محمد و غفاری، هدی (۱۳۹۰)، «**نگاهی دوباره به برداشت شکلی و ماهوی از حاکمیت قانون**»، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۴، ویژه‌نامه شماره ۵.

ب. عربی

* بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹ ق)، **القواعد الفقهیه**، تصحیح: مهدی مهریزی و محمدحسن درایتی، جلد سوم، چاپ نخست، قم: الهادی.

* غروی نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۳ ق)، **المکاسب و البیع**، جلد نخست، تقریر: میرزا محمد تقی آملی، چاپ نخست، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

* فارابی، ابونصر (۲۰۰۲)، **آراء اهل‌المدینه الفاضله**، چاپ نخست، بیروت: دارالمکتبه الهلال.

پ. انگلیسی

❋ Brownsword, Roger. (2017), **General Editor Michael Furmston**, The law of Contract, 6th Ed, LexisNexis (UK RELX Limited).

❋ Barnett, Randy E. (2009), **Perspective on Contract Law**, 4th ed. New York, Wolters Kluwer: Law & Business, (Published by Aspen Publishers).

❋ Barnett Randy E. Marry Becker. (1987), **Beyond Reliance: Promissory Estopple, Contract Foralilis and Misrepresentation**, 15, Hofstral, Rev.

❋ Carolyn, Edwards. (2009, **"Freedom of Contract and Fundamental Fairness for Individual parties: The Tug of War Continues"**, vol 77, UMKC Law Review, 647-696.

❋ Craswell, Richard. (1994), Fundations of Contract Law: Interdisciplinary Readers in Law, Edited by Craswell, Richard and Schwartz, Alan, 1 Ed. New York, Oxford University Press.

❋ Gutmann, Thomas.(2013), **"Some Preliminary Remarks on Liberal Theory of Contract"**, Law and Contemporary Problems, Vol. 76:39, 2, 39-55.

❋ Fried, Charles. (1981), **Contract as Promise, A Theory of Contractual Obligation**, Cambridge: Harvard University Press.

❋ Fuller, Lon. L. William, R. (1936), **"Perdue Jr.The Reliance Interest in contract Damage"**, Yale Law Journal, Vol. 46, 52-96.

❋ Gordley, James. (1991), **The Philosophical Origins of Modern Contract doctorine**, Oxford Clarendon.

❋ Rawls, John. (1971), **A Theory of Justice**, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge Massachusetts, Revised Edition.

❋ Raz, Joseph. (2009), **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, (First ed. 1979), Reprinted, Oxford University: Clarendon

Press.

❋ Ross,w. D.(2007), **The Right and The Good**, Edited by Philip Stratton- Lake, New York, Oxfoard University Press.

❋ Rold, Florian. (2013), **"Fundamental Rights, Private Law, and Societal Constitution: On the Logic of the So-Called Horizontal Effect"**, Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 20:2, 1015-1034.

❋ Sieburgh, Carla. (2007), **The Principle of Social Conformity: Society as a Third Party in The law of Contract**, edited by Boele-Woelki & Grosheide, The Future of European Contract Law,1 ed. New York, Wolters Kluwer Law International.

❋ Shiffrin, Seana Valentine. (2009), **The Divergence of Contract and Promise**, Harvard Law Review, Vol. 120, (2007), in Perspectives on Contract Law, edited by Rany E.Barnett, 4th ed., New York, Wolters Kluwer Law & Business.

❋ Voicheci, Eugenia. (2013), **Freedom of Contract and It's Limitation In the Romanian Civil Code, Challenges of the Knowledge Society: Private Law**, Faculty Publications of "Nicolae Titulescu" University, 416-427.

❋ Weinrib, Ernest J. (1995), **The Idea of Private Law**, Oxford University press.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۳۳۴-۳۰۹
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۰۵

حجیت و اعتبار پلی‌گرافی در ترازوی سنجش فقهی

علی محمدیان[۱]

چکیده

شتاب فزاینده تولید علم در دنیای معاصر، دریچه‌های جدیدی از تکنولوژی را به روی جهانیان گشوده است. از این حیث نظام‌های قضایی شاهد ورود فناوری‌های نوینی بوده‌اند که دگرگونی‌های چشم‌گیری را در فرایند دادرسی ایجاد نموده است. این تحولات اگرچه نویدبخش بوده و می‌تواند دستگاه قضا را یاری‌رسان باشد اما با چالش‌هایی نیز همراه است؛ از جمله این‌که حجیت شرعی پاره‌ای از این ابزارها مانند پلی‌گرافی یا دستگاه سنجش صداقت افراد محل تأمل است. نظر به اهمیت بحث، جستار حاضر در پژوهشی مساله‌محور و با اتخاذ رویکرد توصیفی تحلیلی، به تحلیل اعتبار و وجاهت پلی‌گرافی از منظر فقهی پرداخته است. رهاورد پژوهش نشان می‌دهد فناوری پلی‌گرافی به دلیل ماهیت ظن‌آور و خطاپذیر خود، طبق اصل اولیه عدم حجیت ظن، با چالش و محظور تردید در اعتبار یافته‌های آن مواجه است؛ با برخی از قواعد و اصول پذیرفته شده فقهی مانند مدلول قاعده بینه، اصل ترجیح عفو بر کیفر، اصل برائت ذمه متهم و مفاد قاعده کرامت در تقابل بوده و یارای اثبات و تحمیل یافته‌های خود را بر نظام دادرسی کشور ندارد و نهایتا می‌تواند به مثابه شیوه‌ای آلی و نه استقلالی، در فرایند دادرسی به‌کار گرفته شود.

واژگان کلیدی: پلی‌گرافی، فقه اسلامی، ظن معتبر، علم قاضی

---

۱. دانشیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه بزرگمهر قائنات، قائن، ایران.
mohammadian@buqaen.ac.ir

درآمد

حق بر دادخواهی عادلانه و دسترسی به دادگاه صالح یکی از حقوق بشر آیینی بوده است که در تمامی مکاتب حقوقی به رسمیت شناخته شده است (طهماسبی و شیرازی، ۱۴۰۳: ۳۴). در نظام حقوقی اسلام نیز از دیرباز جهت نیل به این هدف، ادله اثبات دعوا به صورت معهود و رایج شامل مواردی از قبیل اقرار، شهادت و سوگند بوده‌اند، لیکن با پیشرفت فناوری، ابزارهای جدیدی در زمینه کشف حقیقت پدیدار گشته‌اند. یکی از این ابزارها دستگاه پلی‌گراف است که به‌عنوان ابزاری برای تشخیص صداقت و راست‌گویی اشخاص و به عبارتی به مثابه ابزاری برای سنجش دروغ، به موضوعی مورد بحث و مناقشه‌برانگیز تبدیل شده است. چالشی که در این باب وجود دارد این است که از یک‌سو فناوری مزبور با ادعای افزایش شفافیت و کارایی در تشخیص حقیقت، داعیه بهبود روند تحقیقات و جلوگیری از اشتباهات قضایی را دارد و از سوی دیگر دقت و صحت علمی آن، با مناقشاتی همراه بوده و سوالاتی را در خصوص مشروعیت استفاده از آن برانگیخته است. از منظر فقهی، این پرسش اساسی مطرح است که آیا پلی‌گرافی می‌تواند به‌عنوان یک دلیل شرعی در کنار ادله سنتی اثبات دعوا قرار گیرد؟ به عبارت دیگر، آیا نتایج این دستگاه با توجه به احتمال خطایی که در آن وجود دارد از حجیت شرعی برخوردار است یا خیر؟ اهمیت پژوهش از این جهت است که قوانین کشور از فقه امامیه متخذ بوده و مطابق اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نباید با موازین فقهی در تعارض قرار گیرند؛ لذا با توجه به این‌که فقه اسلامی به‌عنوان چارچوبی جامع برای تنظیم رفتارهای فردی و اجتماعی، بر پایه اصولی مانند عدالت، حفظ کرامت انسانی و لزوم اثبات جرایم با ادله معتبر استوار است، بررسی اعتبار فقهی پلی‌گرافی ضروری به‌نظر می‌رسد.

لازم به ذکر است که از حیث روش پژوهش، نوشتار حاضر به شیوه تحلیلی توصیفی و با استناد به میراث مکتوب فقهی سامان یافته است. در این راستا، ابتدا مفهوم‌شناسی دقیقی از پلی‌گرافی انجام شده، سپس اعتبار نتایج آن از دیدگاه علم روز تبیین گردیده و در ادامه ارزش اثباتی نتایج پلی‌گرافی از منظر فقهی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته‌است. هم‌چنین از حیث پیشینه پژوهش، تاکنون پژوهش‌های

فراوانی درباره پلی‌گراف در حوزه مطالعات تجربی انجام شده که عمدتا پیرامون دقت و قابلیت اطمینان و کاربرد عملی این فناوری هستند، لکن علیرغم وجود تحقیقات گسترده در زمینه کاربرد فناوری‌های نوین در حوزه قضایی، بررسی جامع پلی‌گراف از منظر فقهی نسبت به سایر مباحث کمتر مورد توجه قرار گرفته است. البته از حیث مطالعات حقوقی، پاره‌ای از پژوهش‌ها انجام شده است که به معرفی این پژوهش‌ها و وجوه افتراق آن‌ها از پژوهش حاضر اشاره می‌شود.

به‌عنوان نمونه در پژوهشی با عنوان «جایگاه پلی‌گرافی در نظام ادله کیفری ایران» (سلیمی و گلدوست جویباری، ۱٤۰۰: ٦٥-۱۰۰)، نویسندگان کوشیده‌اند نشان دهند که در دادرسی کیفری می‌توان از پلی‌گرافی برای سنجش اظهارات طرفین دعوا استفاده کرد و با تسریع در روند بازجویی از طریق غربالگری افراد بیگناه، گامی در راستای موجه کردن این روند و کاهش هزینه‌های دستگاه قضایی برداشت. در مقاله‌ای دیگر با عنوان «فناوری دروغ‌سنجی؛ تهدیدی بر علیه حریم خصوصی» (آقابابایی و احمدی‌ناطور، ۱۳۹۱: ۷-۲۸)، نگارندگان به این نتیجه رسیده‌اند که اگرچه امروزه در بسیاری از کشورها از فناوری دروغ‌سنج به‌عنوان بخشی از آزمون استخدامی و یا به‌عنوان ابزاری برای جرم‌یابی استفاده می‌شود، لکن غالب سوالاتی که در این زمینه مطرح می‌شود نوعی مداخله غیرمشروع در حریم خصوصی افراد به شمار رفته و هیچ ارتباطی به استخدام یا کشف جرم مربوطه ندارد. پژوهش دیگری در زمینه پلی‌گرافی با عنوان «جایگاه فقهی حقوقی فناوری دروغ‌سنج در کشف جرایم امنیتی» (صاحبان‌احمدی و حیدری، ۱۳۹۱: ٦۱-۷٦) انجام یافته است که در آن نویسندگان اعتبار فناوری مزبور را در قالب یک اماره قضایی پذیرفته و معتقدند که این فناوری می‌تواند سهم بسزایی در حصول علم قاضی در جرایم امنیتی ایجاد نماید.

در باب افتراق پژوهش حاضر از جستارهای ذکر شده باید گفت، دو پژوهش نخست عمدتا از حیث حقوقی ورود به مساله داشته و وارد بررسی مناقشات و تحلیل فقهی مساله نشده اند. پژوهش اخیر نیز همان‌گونه که از عنوان آن پیداست، عمدتا مباحث امنیتی را مطمح نظر خود قرار داده و اصولا جز به صورت مختصر و گذرا، وارد مبانی و مناقشات فقهی مساله نشده و عمده چالش‌های فقهی دخیل در بحث

را مغفول نهاده است. از این حیث جستار فرارو ضمن ارج نهادن به تتبعات صورت گرفته، نوآوری خود را در ورود دقیق و مستوفای فقهی به بحث می‌داند، امری که به‌نظر می‌رسد تاکنون موضوع پژوهش مستقلی نبوده است. در همین راستا، جستار حاضر ابتدا به تبیین چیستی پلی‌گرافی پرداخته، سپس تحلیل و ارزیابی فقهی فرض بحث در دو محور صورت می‌پذیرد. ابتدا مقتضای قاعده اولیه در مسأله تبیین شده و سپس ادله فقهی ناظر به بحث شناسایی و تحلیل می‌شوند. در قسمت پایانی نیز وضعیت حقوقی مسئله مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

۱. چیستی پلی‌گرافی و اعتبار داده‌های آن

پلی‌گرافی که غالبا با نام دستگاه دروغ‌سنج شناخته می‌شود، یک دستگاه پیچیده روان-فیزیولوژیک است که با اندازه‌گیری و ثبت هم‌زمان چندین شاخص فیزیولوژیکی بدن عمل می‌کند. این فناوری براساس این فرضیه کار می‌کند که دروغ گفتن در اغلب موارد با تغییرات ناخودآگاه در سیستم عصبی افراد همراه است. هدف اصلی این دستگاه بررسی تغییرات ناشی از واکنش‌های استرس‌زا می‌باشد، بدین معنا که فرض بر این است که در زمان ارائه پاسخ‌های نادرست یا دروغین، تغییرات قابل تشخیصی در سیستم‌های فیزیولوژیکی افراد ایجاد می‌شود که توسط دستگاه مزبور قابل تشخیص است. توضیح آن‌که تغییرات در سیستم عصبی خودکار که شامل افزایش فعالیت سمپاتیک در پاسخ به استرس می‌شود، می‌تواند بر شاخص‌های فیزیولوژیکی تأثیر بگذارد؛ بنابراین اندازه‌گیری‌های پلی‌گراف معمولا شامل شاخص‌هایی مانند تغییرات در الگوهای تنفسی و کمیت ضربان قلب می‌باشد (Fiedler et al., 2002: 432). این دستگاه به‌عنوان ابزاری در ارزیابی صداقت در تحقیقات جنایی، مصاحبه‌های استخدامی و مواردی نظیر غربالگری امنیتی و تحقیقات روان‌شناسی به‌کار می‌رود (Honts & Raskin, 1988: 723).

از نظر اعتبار داده‌های پلی‌گرافی باید اذعان داشت داده‌های پلی‌گرافی به لحاظ علمی قطعی و یقین‌آور نمی‌باشند؛ زیرا الگوی فیزیولوژیکی یکسانی برای دروغ وجود ندارد، توضیح آن‌که اگرچه پلی‌گراف تغییرات فیزیولوژیکی مانند ضربان قلب، فشار خون، تنفس و تعریق را اندازه‌گیری می‌کند، اما این واکنش‌ها می‌توانند ناشی از استرس، اضطراب، ترس یا حتی شرایط محیطی باشند، نه لزوما دروغ گفتن،

هم‌چنین برخی افراد ممکن اســـت پلی‌گراف را فریب دهند (مثلا با کنترل پاسخ‌های فیزیولوژیکی)؛ در حالی‌که ممکن اســـت افراد بی‌گنـــاه به‌دلیل اضطراب، واکنش‌های مثبت کاذب نشـــان دهند. به عبارت دیگر فرد راستگو ممکن است به دلیل اضطراب به‌عنوان دروغ‌گو شناســـایی شود و در مقابل فرد دروغ‌گو ممکن است به‌دلیل آرامش یا تســـلط به تکنیک‌های فریب، به‌عنوان راســـتگو تشـــخیص داده شـــود. با ملاحظه همین جوانب انجمن روانشناســـی آمریکا[1] و بســـیاری از دانشمندان علوم اعصاب و روانشناسی، پلی‌گراف را غیرقابل اعتماد می‌دانند[2].

بنابراین باید گفت پلی‌گراف به‌عنوان ابزاری در تشخیص دروغ اگرچه می‌تواند دارای مزایایی باشـــد، اما با محدودیت‌های قابل توجه و غیرقابل اغماضی نیز مواجه اســـت؛ لذا در حالی‌که تغییرات فیزیولوژیکی ناشی از استرس در زمان پاسخگویی به ســـوالات، می‌توانند به شناسایی پاسخ‌های نادرست کمک نمایند؛ در عین‌حال عوامل متعـــددی مانند شـــرایط روحی و فردی نیز می‌تواند بر دقت نتایج تأثیرگذار باشـــند؛ بنابراین اســـتفاده از پلی‌گـــراف به‌عنوان معیاری برای اثبات صداقت در بســـیاری از زمینه‌ها قابل تکیه نمی‌باشد و شاید با ملاحظه همین جوانب است که اکثر دادگاه‌های معتبر جهانی پلی‌گـــراف را در زمره علوم غیرمعتبر یـــا نیمه‌معتبر طبقه‌بندی می‌کنند (Imwinkelried, E. J, 2018: 342).

۲. تحلیل فقهی پلی‌گرافی

تحلیـــل و ارزیابی فقهی فرض مســـاله در دو محور صـــورت می‌پذیرد. ابتدا مقتضای قاعده اولیه در مســـاله تبیین شده و سپس ادله فقهی ناظر به بحث شناسایی و تحلیل می‌شود.

---

1. American Psychological Association

۲. انجمن روانشناســـی آمریکا (APA) به‌صراحت اشاره می‌کند که پلی‌گراف ابزاری غیرقطعی است و نمی‌تواند دروغ را با اطمینان تشخیص دهد، بنگرید به:
https://www.apa.org/topics/cognitive-neuroscience/polygraph
هم‌چنین گزارش ۲۰۰۳ آکادمی ملی علوم نشـــان می‌دهد که هیچ مدرک علمی قوی برای اثبات دقت بالای پلی‌گراف وجود ندارد و در بســـیاری از دادگاه‌های معتبر جهانی (مانند ایالات متحده در برخی موارد) نتایج پلی‌گراف به‌عنوان مدرک مستقل قابل استناد نیست، مگر با توافق طرفین، بنگرید به:
https://nap.nationalacademies.org/catalog/10420/the-polygraph-and-lie-detection

۱-۲. قاعده اولیه در فرض مساله

در ابتدا بایســـته است مقتضای ادله اولیه ناظر به باب روشن گردد تا در فرض شـــک در اعتبار دستگاه دروغ‌سنج و عدم احراز حجیت آن، مرجع حکم قرار گیرد. با این توضیح باید گفت مطابق صناعت فقهی، مقتضای ادله اولیه در دو ســـطح مدلول دلایـــل اجتهادی و امارات و هم‌چنین مقتضای اصـــول عملیه یا ادله فقاهتی می‌تواند مورد بررسی قرار گیرد.[۱] ناگفته پیداست غرض از تأسیس اصل، جعل مرجعیت برای فرضی اســـت که شک حادث می‌گردد؛ لذا پرسش بنیادی در این مقام آن است که در فرض عدم دلیل و یا عدم صحت مستندات، مقتضای قواعد نخستین چه امری خواهد بود[۲].

۱-۱-۲. مقتضای ادله اجتهادی

اصولیان در باب تأســـیس قاعده اولیه گفته‌اند که اصل ابتدایی در هنگام تردید در اعتبـــار ظن، عدم حجیت آن و حرام بودن عمل بر مبنای آن اســـت و این اصل تا زمانـــی که دلیل معتبـــری دال بر اعتبار ظن یا اماره‌ای خاص ارائه نشـــود، (انصاری، ۱/۱٤۱٦: ۱۲۵؛ فیروزآبادی، ۳/۱٤۰۰: ۱۰۸). در این زمینه به آیاتی نیز اســـتناد شـــده (یونس/۳٦) و (یونس/۵۹) و با اســـتظهار از این آیات، اصولی از قبیل «عدم حجیت هرگونه ظنی مگر آن قســـم از ظن که حجیت آن اثبات شـــده باشد» استنباط گردیده است (بجنوردی، ۱/۱٤۰۱: ۲٤۱؛ مکارم شیرازی، ۱٤۲۷: ۲۰۳).

برخـــی از دانش‌وران امامـــی در این زمینه آورده‌اند: «ظاهـــرا خلافی در میان

---

۱. دلیل اجتهادی دلیلی است که بر حکم واقعی دلالت داشته و موجب ظن به حکم واقعی می‌گردد. در مقابل، دلیل فقاهتی آن اســـت که اثبات کننده حکم ظاهری بوده و در ظرف جهل به حکم واقعی به کار می‌رود که بدان اصل عملی نیز گفته می‌شـــود (انصـــاری، ۲/۱٤۱٦: ۱۰). بدین ترتیب مراد از دلیل فقاهتی، مودای اصول عملیه (برائت، احتیاط، تخییر و استصحاب) بوده و در فرض فقدان دلیل اجتهادی (ادله اربعه) مبنای حکم قرار می‌گیرد(کشاورزی ولدانی، ۱٤۰٤: ۷).

۲. در شـــمار کثیری از موضوعات و مســـائل فقهی، تحلیل و ارزیابی مســـاله با تأســـیس اصل آغاز می‌گردد. تأسیس اصل پیش از مراجعه به ادله وارد در مساله، با نگاه بیرونی صورت گرفته و سپس با ورود به حیطه مســـتندات خاص، نگاه درونی رخ می‌دهد. برای مثال درباره حق فسخ قراردادها، ابتدا اصالةاللزوم به‌عنوان مبنای بحث تقریر می‌شـــود که اصل نخستین در هر عقدی، لزوم است و سپس به فحص از ادله‌ای که فسخ بیع را در موارد خاصی مانند عیب یا غبن مجاز تلقی می‌نمایند، پرداخته می‌شود. در همین راستا پس از اثبات اصل، باید بدان ملتزم بود و در شرایطی می‌توان از آن عدول و صرف‌نظر نمود که دلیلی برخلاف آن اقامه شـــود و در مواردی‌که چنین دلیلی یافت نشده و تردیدی در کار باشد، مرجع و مبنا در مساله، همان اصل خواهد بود.

علمای فرقه محقه شیعه اثنی عشریه نیست در این‌که اصـــل ابتدایی عدم حجیت ظن اســـت مطلقا و به هیچ ظنی متمســـک نمی‌تواند شـــد مادامی که برهان قطعی و دلیل علمی بر حجیت آن نباشـــد» (نراقی، ۲/۱٤۲۲: ۲۷٤). البته ممکن است گفته شود که برخی از دانشیان متاخر به خـــروج مطلق ظن از شـــمول اصل اولیه حرمت عمل به ظن گرویده‌اند؛ هم‌چنان‌که میرزای قمـی به جهت اعتقاد به انسداد باب علم و علمی، رجوع به ظن مطلق را روا دانســـته اســـت (میرزای قمی، ۱/۱٤۳۰: ٤٤۰). لکن این دیدگاه در بین فقهای امامی طرفدار چـندانی نداشته و دیدگاه بیشـتر مجتهدان شیـعه، بلکه اکثریت قریب به اتفاق آنان این اســـت که ظن مـــطلق از شمول آن اصل اولیه خارج نگردیده اســـت (نراقی، ۱٤۱۷: ۳۵۸؛ میلانی، ۱۳۹۵: ۵۸؛ شاهرودی، ۲/۱٤۰۲: ۱٦۸).

۲-۱-۲. مقتضای ادله فقاهتی

به‌نظر می‌رســـد اصل عملی ناظر به مســـاله را می‌توان چنین تقریر نمود که با وجـــود احتمال ورود اتهام ناروای دروغ‌گویی به فـــرد و متعاقب آن احتمال محکوم شـــدن وی به کیفر و مجازات، بی‌گمان فرض مساله مجرای اصل احتیاط خواهد بود؛ زیرا مواردی از قبیل آسیب به حیثیت و آبروی افراد و ایراد اتهام کذب‌گویی و دروغ، مصداق بارز امور مهمه بوده و نیک پیداســـت که شارع مقدس اهتمام شدیدی به این مســـاله مبذول داشـــته اســـت، تا حدی که برخی از فقیهان امامی تصریح کرده‌اند که «عرض و آبرو در نزد انســـان‌های شریف و بلندهمت، حتی از درجه اهمیت بالاتری نسبت به جان برخوردار است» (نجفی، ٤۱/۱٤۰٤: ٦۵۵)[۱].

---

۱. آبرو بر حیثیتی از انســـان اطلاق می‌شود که مورد ستایش یا سرزنش واقع می‌گردد؛ خواه در خود او باشـــد یا در خانواده و کســـانی که به گونه‌ای با او پیوند دارند (هاشمی‌شاهرودی، ۱/۱٤۲٦: ۸۳). شـــریعت اسلام برای آبروی انســـان همانند جان او ارزش ویژه‌ای قائل شده، در حدی که دفاع از آن را واجب کرده است و نیز ترک مهم‌ترین واجبات را در راستای حفظ آن روا دانسته است برای مثال رفتن به حج اگر موجب به خطر افتادن آبروی انسان شود از وجوب می‌افتد (یزدی، ۲/۱۳۷٦: ٤۵۳). آیت‌الله ســـبحانی در این زمینه می‌نویسد: «إذا کان الطریق غیر مأمون بأن یخاف علی نفسه أو بدنه أو عرضه أو ماله، فلاشـــک فی عدم وجوب الحجّ» (سبحانی، ۱/۱٤۲٤: ۲۹۳). هم‌چنین اگر در تهیه آب برای وضو یا غسل، ترس از به خطر افتادن آبرو وجود داشته باشد، این وظیفه ساقط شده و شخص می‌تواند تیمم نماید؛ زیرا آبرو در نزد انسان‌های بلندهمت از اهمیت بیشتری نسبت به مال برخوردار است: «لا إشکال انه لو خاف علی عرضه ... جاز التیمم؛ بل لعل العرض اولی من المال؛ لأنه أهم عند ذوی الهمم العالیة» (آملی، ۷/۱۳۸۰: ۱٦۷-۱٦۸).

از ایـــن‌رو باید گفت اصل جـــاری در فرض بحث، اصل احتیاط و منع بوده و جاری کردن اصل برائت مبنای موجهی نخواهد داشـــت. باید توجه داشـــت که لزوم احتیاط در امور مهمه امری اســـت که مورد قبول فقها و اصولیان قرار گرفته است، به نحوی‌که حتی فقیهانی که در شبهات بدویه قائل به جریان برائت می‌باشند، در شبهات مرتبط با امور مهمه، اصل احتیاط را جاری دانسته و وظیفه عملی مکلفان را جری بر طبق احتیاط دانســـته‌اند (مکارم شیرازی، ۳/۱۴۲۸: ۱۹۹؛ خویی، ۲/۱۳۵۲: ۸۱؛عراقی، ۱۳۸۸: ۴۲۲)[1].

بنابراین در جمع‌بندی مطالب پیش‌گـــفته می‌توان چنین اظهار داشت که اصل اولیه در مقام عدم اعتبار پلی‌گرافی و عدم جواز اســـتناد به آن می‌باشد؛ لذا با توجه به خطاپذیری دســـتگاه دروغ‌سنج مطابق توضیـــحاتی که ذکر آن گذشت و عدم وجود دلیل قطعی بر حجیت آن، عمل به نتایج پلی‌گـرافی، فاقد اعتبار شرعی است، توضیح آن‌که با عنایت به این‌که داده‌های پلی‌گرافی ماهیـتا ظنی هستند و دلیل قطعی معتبری (چه از ناحیه علم روز و چه از ناحیه مســـتندات شـــرعی) بـــر حجیت و اعتبار آن‌ها وجود ندارد؛ لذا به‌صورت اولی فاقد اعتبارند؛ زیرا از یک سو مطـالعات تجربی نشان می‌دهد که نتایج پلی‌گرافی هرگز یقین‌آور نبوده و تحت تأثـیر عوامل روانی و فیزیکی ممکن اســـت نتایج متفاوتی از آن حاصل گردد و از دیگرسوی قاعده اولی عدم جواز عمل به ظن و اصل عملی احتیاط در ورود اتهام ناروا به فرد محترم، ایجاب می‌نماید که در فرض مســـاله نتوان اصل جواز اخذ به نتایج حاصل از فناوری مزبور را صادر نمود.

۲-۲. قاعده رجحان خطا در عفو بر خطای در کیفر

در تراث روایی فریقین از رســـول اکرم (ص) احادیثی با مضمون مشـــابه نقل شـــده است که اشـــتباه در عفو و گذشـــت بر خطای در عقوبت و مجازات، مزیت و ترجیح دارد. به‌عنوان نمونه اهل ســـنت از آن حضرت (ع) نقل کرده‌اند: «خطای امام

---

۱. «الإنصاف فی المســـألة هو التفصیل بین موارد الشبهة، فتارةً تکون ممّا أحرز اهتمام الشارع به جدّاً ... فـــلا تجری البراءة فیها حتّی بعد الفحص بحدّ الیأس ... ، هذا بالنســـبة إلی البراءة النقلیّة، و کذلک البراءة العقلیّة فإنّها لاتجری فی مثل هذه الامور المهمّة بناءً علی مبنی المشهور ... حیث لاإشکال فی أنّ بنائهم علی الاحتیاط فی الامور المهمّة و حینئذ لاریب فی أنّه باستکشـــاف وجوب الاحتیاط شرعاً فی مثل هذه الامور المهمّة من شـــدّة اهتمام الشارّع بها یقیّد إطلاقات أدلّة البراءة الشرعیّة لو سلّم إطلاقها و عدم انصرافها عن مثل هذه الامور ... ».

در بخشـــش، بهتر از خطای او در مجازات اســـت» (ترمذی، ٤/١٣٩٥: ٣٣؛ دارقطنی، ٤/١٤٢٤: ٦٢؛ بیهقی، ٨/١٤٢٤: ٤١٣). چنین مضمون و محتوایی در میراث روایی امامیه نیز تکرار شـــده اســـت: «ندامت بر عفو، آسان‌تر و نیکوتر از ندامت بر عقوبت و کیفر می‌باشد» (کلینی، ٢/١٤٠٧: ١٠٨).

چنین اخباری که مدلول آن‌ها مورد پذیرش فقها نیز قرار گرفته اســـت (شهید ثانی، ١٤/١٤١٣: ٣٩١؛ موسوی‌اردبیلی، ١/١٤٢٧: ٨٧؛ منتظری، ١٤١٧: ٦٥)، قابلیت آن را دارد که در محل بحث نیز مبنای عمل قرار گیرد. با این توضیح که با توجه به عدم قطعیت نتایج پلی‌گرافی و تردید در اعتبار داده‌های آن، عمل به قاعده مزبور می‌تواند هماهنگ با توصیه‌های شریعت تلقی شود.

شـــایان ذکر آن‌که با عنایـــت به فرمایش کلی پیامبر گرامی اسلام (ص) و به عبارتی عموم و اطلاقی که در بیان ایشـــان وجود دارد، کاربســـت قاعده مزبور تمامی مواردی را که به نوعی با بیم پایـــمال شـــدن حقوق متهم همراه است، شامل شده و لذا گستره آن جملگی کیفرها را در برگرفته و حکمت تشریع قاعده که تحقق عدالت و کمک به متهمان اســـت، اقتـــضا می‌کند این معنی در تمامی موارد مصـــداق یابد. در توجیه و ایضاح مبانی چنین نگره‌ای در منظومه تعالیم شـــریعت باید گفت بدون تردید، مبانی تشریعات کیفری در اسلام بر پایه تســـامح و تخفیـف استوار گردیده و این اصل از مسلمات فقهی نزد هر دو مذهب شیعه و سنی به شمار می‌رود (سرخسی، ٩/١٤١٤: ٣٨؛ ابن‌عابدیـــن، ٦/١٤١٢: ٥٤٩؛ فاضل آبـــی، ٢/١٤١٧: ٥٤٩؛ علامه حلی، ٦/١٤١٤: ٨٦).

هم‌چنین بررســـی متون دینی و روایات ائمه اهل‌بیت (ع) نیز مؤید این دیدگاه است که قوانین کیفری اســـلام اساسا بر مبنای تخفیف و تساهل تدوین شده‌اند (حر عاملی، ٢٨/١٤٠٩: ٤٦). شـــروط دشـــوار و پیچیده‌ای که در فقه اسلامی، با استناد به روایات، برای شـــهادت بر وقوع زنا و اجرای حد مقرر شده، نمونه‌ای گویا از رویکرد تســـامح‌جویانه شارع در باب حدود اســـت، به گونه‌ای که تا حد امکان از اثبات جرم جلوگیری می‌شـــود. هم‌چنین، ضرورت تکرار اقرار در برخی جرایم، بازتابی دیگر از روحیه تســـاهل‌گرایانه فقه اسلامی است؛ زیرا در بسیاری موارد، صرفا با یک‌بار اقرار، حد شـــرعی جاری نمی‌شـــود، بلکه راهی برای انصراف مجـــرم از اقرار خود فراهم

می‌شود و قاضی موظف است تبعات اقرار را به وی متذکر شود تا امکان بازگشت از اعتراف وجود داشته باشد.

به‌عنوان نمونه در روایتی صحیح نقل شـــده است که: «زن و مردی را نزد علی (ع) آوردنـــد که با او زنا کـــرده بود. زن گفت: به خدا ســـوگند، ای امیر مؤمنان، مرا اکراه کرده اســـت. پس امام (ع) حد را از او دفع (و ساقط) کرد و اگر از اینان (فقهای ظاهربین) در این باره پرســـیده شود، می‌گویند: (سخن او) باور نمی‌شود؛ در حالی که امیر مؤمنان (ع) چنین کرد» (کلینی، ۷/۱٤۰۷: ۱۹٦؛ طوسی، ۱۰/۱٤۰۷: ۱۸). نکته حائز اهمیت آن است که اندیشمندان مسلمان معتقدند در چنین مواردی، اصول عقلی مانند اصل عدم اکراه، عدم نسیان، عدم خطا و عدم اضطرار جریان نمی‌یابد؛ زیرا از مجموع روایات، اقوال فقها و ســـیره شارع آشکار می‌شـــود که حدود الهی بر پایه تخفیف و مسامحه استوار است (محقق داماد، ٤/۱٤۰٦: ۷۳؛ بجنوردی، ۱/۱٤۰۱: ۱۸۱).

در واقعه‌ای دیگر، هنگامی‌که زنی در حضور امام علی (ع) به زنا اعتراف کرد، حضـــرت با طرح احتمالاتی نظیر وقوع رابطه در حالت خواب، اکراه یا ازدواج بدون اطلاع وی، تلاش کردند از اجرای حد جلوگیری کنند: «هنگامی که شـــراحه همدانی نزد علی (رضی الله عنه) آمد و به زنا اعتراف کرد، حضرت به او فرمود: شاید هنگامی که خفته بودی، (زنا) با تو واقع شـــده اســـت؟ شـــاید تو را اکراه کرده اســـت؟ شاید سرورت (یا مولایت) تو را به ازدواج او درآورده و تو آن را پنهان می‌داری؟» (عوده، ۱/۱٤۱۱: ۲۰۸). هم‌چنیـــن در ماجرای ماعز بن مالک که در حضور پیامبر (ص) به زنا اعتراف کرد، رســـول خدا (ص) بارها وی را از اقرار منصرف ســـاخت و حتی برای اطمینان از سلامت عقلی او، افرادی را به قبیله‌اش فرستاد: «مردی به نام ماعز بن مالک آمد و گفت: ای رسول خدا، من زنا کرده‌ام و می‌خواهم که مرا پاک کنی. پیامبر (ص) به او فرمود: برگرد ... ســـپس نزد قوم او کسی فرســـتاد و از آنان درباره‌اش پرسید و فرمـــود: از ماعز بن مالک چه می‌دانید؟ آیا در او عیب یا نقصی می‌بینید، یا انکاری در عقلش سراغ دارید؟.. » (نسائی، ٦/۱٤۲۱: ٤۳۵).

البته نباید پنداشـــت که این تسامح و تخفیف صرفا به گونه‌ای خاص از کیفر (حـــدود اصطلاحی) اختـــصاص دارد، بلکه این اصل در راســـتای تحقق عدالت و رعایت مصالح متهمان وضع شـــده و تمامی مواردی را کـــه در آن پای کیفر در میان

است را شامل می‌گردد (عوده، ۱/۱٤۱۱: ۲۱٦؛ زحیـــلی، بی‌تا/۷: ۵۳۳). به‌ویژه آن‌که در مواردی‌که متخلف حقی از حقوق الهی را زیر پا گذاشـــته باشد، با توجه به آیات و روایات متعـــدد در باب عـفو و اغمـاض و نیز سیره پیامبر (ص) و امام علی (ع)، حاکم شـــرع می‌تواند از مجازات صرف‌نظر کند (منتظـــری، ۳/۱٤۰۹: ٦۰٤)؛ بنابراین هرگاه تخفیف مجازات با روح تشریع اسلامی و مصلـحت عمومی در تعارض نباشد، حاکم شـــرع می‌تواند بدان اقدام نماید، به‌ویژه آن‌که به باور برخی فـــقها، گاه مفسده اجرای برخی از کیفرها از خود جرم سنگـــین‌تر است (موســـوی‌اردبیلی، ۱/۱٤۲۷: ۳۲۲).

با عنایت به مطالب فوق باید گفت با توجه به اصل تســـامح و تخفیف در فقه کیفری اســـلام و ســـیره عملی معصومین در پذیرش کوچک‌ترین شبهه برای سقوط مجازات از یک ســـو و از سوی دیگر خطاپذیری ذاتی پلی‌گرافی، کاربست این روش با اصول دادرســـی اسلامی تعارض داشته و لذا استفاده از پلی‌گرافی در محاکم شرعی به صورت مســـتقل و به‌عنوان یکی از ادله اثبات شـــرعی در عرض ســـایر ادله، فاقد وجاهت فقهی است و هرگونه ابزار اثباتی که با اصول دادرسی اسلامی ناسازگار باشد، نمی‌تواند در نظام قضایی اسلام مورد پذیرش قرار گیرد.

۳-۲. مدلول قاعده بینه

قاعده فقهی معروف «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» از اصول مسلم و مورد عمل در نظام قضایی اســـلام بوده است. این قاعده در سیره عملی رسول اکرم (ص)، ائمه معصومین (ع) و قـضات اسلامی در طول قرون متمادی به‌کار گرفته شده است. باید گفت اگرچه منطـــوق این قاعده و به‌ویژه مضمون آن در روایات متعددی از پیامبر اکرم (ص) و ائمه اطـــهار (ع) نقل شده (کلینی، ۷/۱٤۰۷: ٤۱۵) و فـقها نیز مدلول آن را به رســـمیت شـــناخته و در آرای خود به کار گرفته‌اند (صدوق، ۱٤۱۵: ۳۹٦؛ فاضل اصفهانی، ۱۰/۱٤۱٦: ۵۸؛ خـــویی، ۱/۱٤۲۲: ۱٦۹)، اما تحقیقات نشـــان می‌دهد این قاعده از نوآوری‌های اســـلام نبوده، بلکه رویـه عقلایی پیش از اسلام بوده که مورد تأیید و امضای شریعت اسلامی قرار گرفته است (محـــقق داماد، ۳/۱٤۰٦: ۵۳).

در هر صورت اعتبار چنین قاعده‌ای از مســـلمات فقه اســـلامی بوده و در این

زمینه تردیدی وجود ندارد. اما آنچه با فرض بحث ارتباط دارد این اســت که مطابق قاعده مزبور، شــخصی که در دادگاه ادعایی را مطــرح می‌نماید باید دلیل ارائه نماید و در صورتی‌که دلیلی نداشــته باشــد، طرف مقابل (منکر) وظیفه‌ای جز ادای سوگند نــدارد. به دیگر بیان، مدعی باید ادعای خود را اثبات نماید و ارائه دلیل یا بار دلیل یا بار اثبات مدعا بر دوش مدعی است و اگر از عهده اثبات مدعای خویش برنیاید، منکر یا مدعی‌علیه به درخواســت و تقاضای مدعی یا دادگاه، سوگند یاد کرده و بری‌الذمه می‌گردد و چیزی افزون بر این، از وی مطالبه نمی‌گردد.

مســتند این حکم روایتی است که در معاجم روایی فریقین نقل شده است: از پیامبر گرامی اســلام روایت شــده که به مدعی فرمودند: آیا بینه‌ای در اثبات مدعای خود داری؟ وی گفت خیر. سپس حضرت فرمود: پس می‌توانی سوگند بدهی. مدعی اظهار داشــت: وی سوگند می‌خورد و از این کار ابایی ندارد. حضرت فرمودند: برای تو دو راهکار اســت: یا باید بینه بیاوری یا این‌که طرف مقابل سوگند بخورد (محقق داماد، ۳/۱٤۰٦: ۹۱).

مطابق همین مضمون در میراث روایی امامیه نیز نقل شده است که راوی گوید: « از امام هفتم (ع) پرســیده شد که اگر فردی ادعایی علیه دیگری داشت لکن بینه‌ای برای این موضوع نداشــت، تکلیف وی چیست؟ که حضرت (ع) در پاسخ فرمودند: می‌تواند مدعی‌علیه را سوگند دهد لکن اگر مدعی‌علیه حاضر شد و سوگند یاد نمود، دیگر هیچ حقی بر عهده مدعی‌علیه نبوده و حق مطالبه مدعی ساقط می‌گردد» (کلینی، ۷/۱٤۰۷: ٤۱۵؛ صدوق، ۳/۱٤۱۳: ٦۳).

بنا به مراتب مزبور اگرچه با درخواست مدعی از حاکم نسبت به اتیان سوگند، قاضی نسبت به تحلیف مدعی‌علیه مبادرت کرده و از وی طلب اقامه سوگند می‌نماید لکن در فرضی که مدعی‌علیه به برائت خود ســوگند یاد نماید، دعوی مدعی مردود قلمداد شــده و مســاله خاتمه می‌یابد و در قبول این مطلب اختلاف نظری بین فقها وجود ندارد (موســوی خمینی، بی‌تا/۲: ۲۵۲؛ خویــی، ۱/۱٤۲۲: ۳۷؛ صدر، ۹/۱٤۲۰: ۲۹).

بنابراین در فرض مســاله، با اســتناد به قاعده بینه و شرایط مقرر آن، می‌توان نتیجه گرفت که تنها دو راه برای اثبات دعوا وجود دارد: نخســت اقامه بینه توســط

مدعی و دوم سوگند دادن منکر در صورت عدم وجود بینه؛ لذا در فرض عدم وجود بینه برای اثبات مدعا، منکر(مدعی‌علیه یا خوانده) تنها مؤظف به ادای سوگند بوده و هیچ تکلیف دیگری ندارد و به عبارتی براساس قاعده مزبور، وظیفه مدعی‌علیه منحصر در ادای سوگند است و هیچ الزام دیگری بر دوش او نیست و قاضی نمی‌تواند از او بخواهد دلیل دیگری ارائه داده یا خود را در معرض آزمایشی مانند پلی‌گرافی قرار دهد؛ لذا تحمیل پلی‌گرافی به مدعی‌علیه در فرض بحث، برخلاف موازین قطعی فقهی می‌باشد.

٤-٢. اصل برائت ذمه

ذمه به معنای عهده بوده و در واقع ظرفی است که مفاهیمی مانند تعهد به تبع آن موجودیت می‌یابند. معنی برائت ذمه یعنی رها و خلاص بودن فرد از مواردی از قبیل تعهد. به عبارتی افراد طبق اصل اولیه، از هرگونه اشتغال ذمه اعم از کیفری و مدنی، بری و معاف می‌باشند و هیچ‌کس نمی‌تواند متعرض آنان گردد. در همین راستا باید گفت تحمیل پلی‌گرافی به مدعی‌علیه، نقض اصل برائت ذمه می‌باشد. توضیح آن‌که با انجام آزمایش پلی‌گرافی، به‌نوعی بار اثبات مدعا جابه‌جا شده و با تحمیل آزمایش پلی‌گرافی به فرد، عملا بار اثبات از مدعی به وی منتقل می‌شود؛ زیرا پلی‌گرافی مستلزم همکاری فعال مدعی‌علیه (نشستن زیر دستگاه، پاسخ به سوالات و تحمل فرایند آزمایش) است و این اجبار مخالف روح اصل برائت است که اصل را برائت ذمه دانسته و معتقد است ذمه مکلف به تکلیف محتمل (در اینجا شرکت فعال وی در آزمایش فیزیولوژیک) مشغول نمی‌باشد (هاشمی شاهرودی، ٢/١٤٢٦: ٨٥)[1].

---

۱. ذکر این نکته ضروری است که در فقه امامیه تمایز دقیقی بین «اصول عملیه» و «قواعد فقهیه» وجود دارد. اصول عملیه مانند اصل برائت یا احتیاط، راهکارهای عملی در مواجهه با شک و تردید هستند؛ در حالی‌که قواعد فقهیه مانند قاعده لاضرر یا قاعده کرامت، احکام کلی ناظر به موضوعات مشخص می‌باشند؛ لذا مقصود از اصل برائت ذمه که در متن مورد تأکید و ایضاح قرار گرفته است، اصل عملی است و مراد از «قاعده» که در خلال سطور متعدد مقاله بدان اشاره شده است، احکام کلی فقهی است که از ادله شرعی استنباط شده‌اند؛ بنابراین آنجا که از «اصل برائت ذمه» سخن می‌گوییم، مراد اصل عملی در شبهات تکلیفیه است و وقتی از «قاعده کرامت» بحث می‌کنیم، اشاره به حکم کلی مستفاد از آیات و روایات درباره حرمت ذاتی انسان به‌مثابه یک قاعده فقهی داریم. در ایضاح بیشتر مطلب باید گفت مقصود از اصل در بحث مزبور امری است که در فقدان دلیل خاص، به‌عنوان قواعد مرجحه یا اصول عملیه به‌کار می‌روند مانند اصل برائت، لکن قاعده ناظر به ضوابط مستخرج از ادله اجتهادی است که در موارد مشابه نیز قابل اعمال است، نظیر قاعده لاضرر یا قاعده حجیت بینه.

بنابراین مطابق این اصل که در فقه اثبات شده و فقیهان در مواضع گوناگونی در خلال آرای خویش بر آن تأکید نموده‌اند (میرزای‌قمی، ۱/۱٤۱۳: ۳۵؛ شـــبیری‌زنجانی، ۲٤/۱٤۱۹: ۷٤۲٤)، درخواســـت پلی‌گرافی از مدعی‌علیه، به‌منزله ایجاد ظن مجرمیت برای اوســـت، درحالی‌که اصل برائت می‌گوید تا اثبات جرم، فرض بر بی‌گناهی افراد اســـت؛ لذا پلی‌گرافی مدعی‌علیه را در موضع اثبات بی‌گناهی قرار می‌دهد که این امر منجر به نقض اصل برائت ذمه می‌گردد.

هم‌چنین باید توجه داشت که مطابق موازین قطعی فقهی، اموری از قبیل اقرار گرفتن از متهم تنها در صورتی معتبر اســـت که با اختیار کامل صورت گرفته باشـــد و اقرار اکراهی یا تحمیلی فاقد اعتبار اســـت (محقق حلی، ٤/۱٤۰۸: ۲۰۳؛ ســـبزواری، ۱۸/۱٤۱۳: ۹۷). شـــهید اول در این زمینه چنین می‌نگارد: «اقرار شخص تحت اجبار، در مورد چیزی که به آن مجبور شـــده، نافذ نیســـت مگر این‌که نشانه‌ای از اختیار او آشکار شود» (شهید اول، ۳/۱٤۱۷: ۱۲۸). لذا اگر مدعی‌علیه به اجبار (حتی به صورت غیرمســـتقیم از طریق فشار روانی ناشـــی از آزمایش) تحت پلی‌گرافی قرار گیرد، این فرایند مشابه اقرار اکراهی خواهد بود. یکی از حقوق‌دانان هم‌سو با این استظهار معتقد است که کاربست دستگاه دروغ‌سنج به دلیل فقدان ارزش علمی و آسیب به شخصیت متهم و نقض حق دفاع وی، نمی‌تواند دارای اعتبار باشد، افزون بر این‌که قاعدتا دادگاه باید در پی اثبات فرض مخالف بی‌گناهی متهم باشـــد نه این‌که وی را ملزم به اثبات بی‌گناهی خویش نماید (گلدوزیان، ۱۳۷۵: ۷۵).

۵-۲. قاعده کرامت

قاعده کرامـــت به‌مثابه یک اصل مترقی، زیربنای بســـیاری از حقوق فردی و اجتماعی اســـت که هم در نظام‌های حقوقی مدرن و هم در آموزه‌های شـــرعی مورد تأکید قرار گرفته اســـت. رعایت این قاعده مســـتلزم ایجاد توازن بین حقوق فردی و مصالح اجتماعی با اولویت دادن به ارزش ذاتی انسان‌ها می‌باشد. به اعتقاد شماری از اندیشوران امامی، آیه ۷۰ سوره اسراء ناظر به کرامت ذاتی انسان می‌باشد. براساس این آیه شـــریفه، خداوند به فرزندان آدم کرامت بخشیده، آنان را در خشکی و دریا حمل کرده، از روزی‌های پاک بهره‌مند ســـاخته و بر بسیاری از مخلوقات خود برتری داده

است (جعفری، ۱٤۱۹: ۱٦۱؛ منتظری، ۱٤۲۹: ۱۱٦)[۱].

برخی از مفسران بر این باورند که کرامت مذکور در آیه شریفه شامل تمامی انسان‌ها فارغ از رنگ، نژاد و قومیت می‌شود و به صورت ذاتی در گوهر انسان به واسطه انسان بودنش نهفته است. در واقع، آیه بیانگر جایگاه رفیع انسان در نظام آفرینش است و هرگونه رفتاری که با این کرامت ذاتی ناسازگار باشد، نادرست و ناپذیرفتنی قلمداد خواهد شد: ««مراد از آیه، بیان حال عموم انسان‌هاست، بدون توجه به آنچه از کرامت ویژه الهی اختصاص به برخی از آنان دارد ... » (طباطبایی، ۱۳/۱۳۹۰: ۱۵٦؛ آلوسی، ۱۱/۱٤۱۵: ۲۲).

پاره‌ای از اندیشمندان اسلامی با اشاره به دوگانگی اصل و فرع در وجود انسان بیان داشته‌اند که هرچند بخشی از وجود آدمی به خاک باز می‌گردد، اما حقیقت اصیل او به خداوند متعال مرتبط است. این ارتباط ویژه، مبنای کرامت ذاتی انسان است و او را از سایر موجودات متمایز می‌سازد (جوادی آملی، ۱۳٦٦: ٦۲). باید گفت در زمینه کرامت ذاتی انسان افزون بر آیه پیش‌گفته، می‌توان به آیات دیگری که در باب دمیده

---

۱. قاعده کرامت اگرچه ریشه‌های استواری در نصوص قرآنی مانند آیه ۷۰ سوره اسراء دارد، اما در فقه امامیه (خاصه در آرای فقهای معاصر) به‌عنوان یک قاعده فقهی مستقل نیز مورد بحث مستوفا قرار گرفته است (جزیری، ۵/۱٤۱۹: ٦٦٤؛ فضل‌الله، ۱٤/۱۹۹۷: ۱۸۱). باید توجه داشت این قاعده هم دارای مبانی اخلاقی و هم واجد آثار فقهی و حقوقی می‌باشد، چنان‌که در مباحثی مانند حرمت تجسس، حرمت اهانت و ضرورت رعایت شأن انسانی در فرایندهای قضایی به آن استناد می‌شود (منتظری، ۱٤۲۹: ۷۸). البته آنچه تحت‌عنوان کرامت انسانی در این مقاله محل استناد قرار گرفته، ناظر به جنبه فقهی و حقوقی مساله است که در کتاب و سنت نیز مورد تأکید قرار گرفته است. برخی از معاصران تأکید کرده‌اند که قاعده کرامت انسان، حکم عقلی مبتنی بر ارزش ذاتی انسان، جدا از دین، جنسیت، ملیت و نژاد او می‌باشد. به گفته ایشان، این قاعده در استنباطات فقهی می‌تواند مبنای احکامی هم‌چون تساوی دیه زن و مرد، حرمت عرض، مال و ناموس غیرمسلمانان و احکام دیگر باشد (ایازی، ۱٤۰۰: ۲۷). در هر صورت به‌نظر می‌رسد با وجود تأکیدات بسیاری که در معارف دینی نسبت به کرامت آدمیان وجود دارد، اگر این قاعده مستظهر به آموزه‌های دینی دانسته شده و مفهومی قرآنی قلمداد گردد، در فرض تعارض پاره‌ای از احکام فقهی و حقوقی با این اصل بنیادین، باید تقدم و ترجیح را با کرامت دانسته و از حکم مغایر با کرامت صرف‌نظر گردد. به‌عنوان نمونه یکی از فقهای معاصر معتقد است موضوع برده‌داری در زمان بعثت پیامبر اسلام (ص) یک سنت مقبول و هنجار جهانی بوده که اسلام نمی‌توانسته است آن را نادیده بگیرد لکن در دنیای امروز که بردگی به صورت کلی مقبولیت عام و جهانی ندارد و در زمره هنجارهای منسوخ شده بشری می‌باشد، هرگز تعالیم اسلام که مبتنی بر عزت و کرامت انسان و مراعات حقوق او و نفی هرگونه ظلم و سلطهٔ می‌باشد اجازه برده‌داری را نخواهد داد (منتظری، ۲/۱۳۸٤: ۳٤۵).

شدن روح الهی در آدمی (حجر/۲۹)[۱]، مقام خلیفه خدا بودن آدمی در زمین (بقره/۳۰)[۲] و دیگر آیاتی که در این زمینه وارد شـــده است، اشاره داشت که ذکر تفصیلی آن‌ها از مجال و رسالت این نوشتار خارج است.

در هرحال آموزه‌های دینی بر پایه کرامت ذاتی بشـــر اســـتوار است و هرگونه رفتار یا نگرشـــی که این اصل را زیر ســـوال ببرد، با روح تعالیم اسلامی در تعارض قرار خواهد گرفت. از این‌رو، شایســـته است که هر رفتاری مبتنی بر احترام به منزلت و شـــأن انسانی باشد و استفاده از پلی‌گرافی می‌تواند از جهاتی با کرامت ذاتی آدمیان و حقوق انسانی ایشان در تعارض باشد. به‌عنوان نمونه به جهت خطاپذیری این ابزار و احتمال قضاوت ناعادلانه، ممکن اســـت افراد بی‌گناه به دلیل اســـترس طبیعی (مثلا ترس از آزمون) به‌عنوان دروغ‌گو معرفی شـــوند یا دروغ‌گویان واقعی به دلیل کنترل واکنش‌هایشـــان تبرئه گردند؛ لذا اســـتفاده از پلی‌گراف می‌تواند با کرامت ذاتی بشر در تعارض باشـــد و از یک ســـو، با احتمال خطا و اشتباه در تشخیص (محکوم کردن بی‌گناهان یا تبرئه مجرمان) حیثیت افراد را مخدوش کند و از ســـوی دیگر، با تبدیل افراد به ســـوژه‌هایی برای آزمایش، شأن و اختیار انســـانی آنان را لکه‌دار و مخدوش نماید.

افزون بر این، قرار گرفتن در معرض آزمون پلی‌گرافی، به خودی خود می‌تواند اســـترس‌زا و تحقیرآمیز باشد؛ زیرا فرد احســـاس می‌کند مورد سوءظن قرار گرفته و مجبور است برای اثبات بی‌گناهی خود تحت آزمایشی دشوار قرار گیرد. این مساله با کرامت انســـانی که براساس آن هر فردی سزاوار احترام و اعتماد اولیه است، مغایرت دارد. توضیـــح آن‌که آزمـــون پلی‌گراف می‌تواند فضایـــی بازجویی‌محور ایجاد و فرد احســـاس کند که در موضع متهم قرار گرفته که این فضا با برخی مکانیسم‌های روانی

---

۱. «وَ إِذْ قَالَ رَبُّکَ لِلْمَلاَئکَهْ إِنِّی خَالِقٌ بَشَراً مِنْ صَلْصَال مِنْ حَمَإ مَسْنُون؛ فَإِذَا سَوَّیْتُهُ وَ نَفَخْتُ فِیهِ مِنْ رُوحِی فَقَعُوا لَهُ سَـــاجِدِینَ»، آنگاه که پروردگارت به فرشتگان فرمود: من بشری از گل خشکیده‌ای از لجن تیره‌رنگ خواهم آفرید. پس هنگامی‌که او را کامل ساختم و از روح خویش در او دمیدم، همگی برایش به سجده درافتید.

۲. . «وَ إِذْ قَالَ رَبُّکَ لِلْمَلاَئکَهْ إِنِّی جَاعِلٌ فِی الأَرْضِ خَلِیفَهً قَالُوا أَ تَجْعَلُ فِیهَا مَنْ یُفْسِـــدُ فِیهَا وَ یَسْفکُ الدِّمَـــاءَ وَ نَحْنُ نُسَـــبِّحُ بِحَمْدِکَ وَ نُقَدِّسُ لَـــکَ قَالَ إِنِّی أَعْلَمُ مَا لاَ تَعْلَمُـــونَ»، به یاد آور زمانی را که پروردگارت به فرشـــتگان فرمود: من در زمین جانشـــینی قرار خواهم داد. آنان گفتند: آیا کسی را در آن می‌گماری که فساد می‌کند و خون‌ها می‌ریزد؟ حال آن‌که ما با ستایش تو را تقدیس می‌کنیم و به پاکی‌ات یاد می‌نماییم. پروردگار فرمود: من آنچه را شما نمی‌دانید، می‌دانم.

همراه اســـت از جمله ترس از اشتباه دســـتگاه در تفسیر پاسخ‌های فیزیولوژیک (مثل افزایش ضربان قلب به دلیل استرس طبیعی) و احساس نقض حریم خصوصی، با این توضیح که فرد مجبور اســـت به سوالات شخصی پاسخ دهد در حالی‌که حس می‌کند کنترل واکنش‌های غیرارادی بدنش از دســـت وی خارج اســـت. هم‌چنین سیستم با پیش‌فرض عدم اعتماد، فرد را وادار به اثبات بی‌گناهی می‌کند که مغایر با اصل برائت در حقوق کیفری است. همه این موارد در حالی است که کرامت ذاتی انسان در مانحن فیه مستلزم دو اصل کلیدی است، نخست احترام به استقلال و اختیار فرد (حال آن‌که آزمایش مزبور انسان را به مجموعه‌ای از پاسخ‌های فیزیولوژیک تقلیل می‌دهد و اراده آزاد او را نادیـــده می‌گیرد) و دوم اعتماد اولیه (افراد تا زمان اثبات جرم بی‌گناه فرض می‌شوند، در حالی‌که پلی‌گراف این اصل را نقض می‌نماید).

از این حیـــث در مجموع باید گفت از آنجا که پلی‌گرافی می‌تواند انســـان را به دســـتگاه بیولوژیکی تقلیل داده و از ابعاد پیچیده‌ای مانند انگیزه‌ها، شـــرایط روحی و زمینه‌های فرهنگی غفلت نماید، این نگاه مکانیکی با کرامت ذاتی بشـــر که شـــامل عقلانیت، آزادی و پیچیدگی‌های اخلاقی اســـت، ســـازگار نیست؛ لذا به‌نظر می‌رسد پلی‌گرافی با ســـه محدودیت بنیادین، دســـت‌کم در پاره‌ای از موارد با کرامت انسانی ناسازگار و در تعارض قرار می‌گیرد، نخست با تقلیل‌گرایی بیولوژیک (تبدیل انسان به داده‌های فیزیولوژیک بدون توجه به زمینه‌های فرهنگی و پیچیدگی‌های اخلاقی)، دوم با خطاپذیری ذاتی (خطر محکومیت بی‌گناهان و تبرئه مجرمان) و ســـوم با تضعیف اعتماد نهادی (ایجاد رابطه مبتنی بر سوءظن به جای احترام متقابل).

۳. وضعیت حقوقی مساله

در نظام‌های حقوقی عرفی به‌ویژه سیستم کامن‌لا[1] مانند ایالات متحده آمریکا و کشورهای پیرو آن، «ادله اثبات کیفری» تابع اصولی از جمله قابلیت اعتماد، استاندارد بالای اثبات[2] و حمایت از حقوق متهم است. یکی از اصول بنیادین این نظام‌ها، الزام بر ارائه مستندات و ادله‌ای است که از نظر علمی، فنی و منطقی قابل اتکا و معتبر باشند (Allen & Pardo, 2019: 112).

1. Common Law
2. beyond a reasonable doubt

در ایـــن زمینه، ابزارهایـــی چون پلی‌گراف، که مدعی کشـــف دروغ از طریق واکنش‌های فیزیولوژیکی هستند، جایگاه محدود و غیرقطعی دارند. دیوان عالی ایالات متحده در پرونده‌ای حکم داد که نتایج تست پلی‌گراف را نمی‌توان به‌عنوان دلیل اثباتی در دادگاه پذیرفت؛ زیرا این ابزار هنوز به ســـطح علمی مورد اطمینان نرســـیده است. در این رأی، دادگاه به آســـیب‌پذیری پلی‌گراف در برابر خطاهای انســـانی و توانایی متهم برای فریب دادن اشـــاره می‌کند (U.S. Supreme Court, 1998: 309–312). در بسیاری از ایالات آمریکا، پذیرش نتایج تست پلی‌گراف تنها با توافق طرفین دعوا ممکن اســـت و حتی در این صورت نیز صرفا به‌عنوان «دلیل مکمل» یا «قرینه» تلقی می‌شود، نه دلیل اصلی اثبات جرم (Grubin & Madsen, 2005: 945).

در انگلســـتان نیز طبق اصول دادرســـی منصفانه و آیین دادرسی کیفری، هیچ دادگاهـــی نمی‌تواند پلی‌گـــراف را به‌عنوان دلیل مســـتقیم در محکومیت متهم مورد اســـتناد قرار دهـــد (British Psychological Society, 2004: 7–8). از منظر علمی انجمن روان‌شناسی آمریکا[1] و انجمن علوم قضایی[2] به کرات تأکید کرده‌اند که اگرچه پلی‌گراف می‌تواند در فرایندهای امنیتی یا مصاحبه‌های شغلی مورد استفاده قرار گیرد، اما نمی‌تواند مبنای محکم برای تصمیم‌گیری قضایی باشد (Ben-Shakhar & Elaad, 2003: 134–137)؛ بنابراین تحلیل جایگاه پلی‌گراف در ادله اثبات دعوا در نظام‌های عرفی نشـــان می‌دهد که این ابزار نه به‌عنوان دلیل مستقل، بلکه تنها به صورت «قرینه غیرقطعی» و در شرایط خاص پذیرفته می‌شود. از این‌رو، هرگونه تلاش برای پذیرش پلی‌گراف به‌عنوان حجت شرعی در فقه، باید با آگاهی دقیق از وضعیت آن در حقوق عرفی و نیز معیارهای سخت‌گیرانه فقهی همراه باشد.

در حقوق ایران ادله اثبات دعوا به‌عنوان ابزارهایی برای اثبات ادعاهای طرفین در محاکم قضایی مورد اســـتفاده قرار می‌گیرند. این ادله مقدمه حصول علم هستند و اگر قاضی با توســـل به این ادله علم به واقعیت پیدا کند، می‌تواند براساس آن‌ها رای صـــادر نماید. ماده ۱۶۰ قانون مجازات اســـلامی مصـــوب ۱۳۹۲، ادله اثبات جرم را عبارت از اقرار، شـــهادت، قسامه، سوگند و علم قاضی می‌داند. به‌نظر می‌رسد از ادله

1. American Psychological Association (APA)
2. American Academy of Forensic Sciences (AAFS)

مذکور، پلی‌گرافی ذیل دلیل علم قاضی قابلیت بحث داشته باشد. مطابق ماده ۲۱۱ آن قانون «علم قاضی عبارت از یقین حاصل از مستندات بیّن در امری است که نزد وی مطرح می‌شود. در مواردی که مستند حکم علم قاضی است، وی موظف است قراین و امارات بیّن مستند علم خود را به‌طور صریح در حکم قید کند». در تبصره همین ماده آمده است: «مواردی از قبیل نظریه کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و سایر قراین و امارات که نوعا علم‌آور باشند می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد. در هر حال مجرد علم استنباطی که نوعا موجب یقین قاضی نمی‌شود، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد».

با توجه به تأکید مواد فوق، علم قاضی باید حاصل یقینی باشد که از مستندات بیّن اخذ شده است و لذا صرف حدس یا گمان در این زمینه اعتباری نخواهد داشت، حتی قراینی که از آن‌ها نام برده شده است صرفا در صورتی معتبر قلمداد شده‌اند که متضمن ایجاد علم در قاضی باشند؛ بنابراین اگر پلی‌گرافی بتواند موجبات یقین یا علم قاضی را فراهم نماید، خواهد توانست جایگاه خود را در بین ادله اثبات دعوا، ولو به صورت دلیل تکمیلی و غیرمستقیم بیابد، هرچند به‌نظر می‌رسد با توجه به مطالبی که تفصیل آن گذشت احراز چنین امری بسیار پیچیده و دشوار باشد.

بنابراین در جمع‌بندی مطالب باید اظهار داشت در حقوق ایران، استفاده از پلی‌گرافی به‌طور مستقیم و صریح به‌عنوان یک ابزار قانونی و قطعی برای اثبات حقیقت در محاکم قضایی به رسمیت شناخته نشده است. به عبارت دیگر در قوانین موضوعه کشور به شرحی که بیان شد، ادله اثبات دعوی مشخص شده و پلی‌گرافی در هیچ‌یک از این دسته‌بندی‌ها ذکر نشده و به‌عنوان دلیل مستقل شناخته نمی‌شود. با این‌حال در برخی پرونده‌ها ممکن است نتایج آن با احراز شرایطی که ذکر آن گذشت بتواند در تشکیل زنجیره علم قاضی مؤثر افتد و به‌کار گرفته شود اما قطعا نمی‌تواند به تنهایی برای صدور حکم قضایی و اثبات اتهام به‌کار رود.

برآمد

۱- کاربست پلی‌گرافی در فرایند کشف حقیقت با محظور و مناقشه مواجه است و با عنایت به این‌که اصل اولیه شرعی در مقام عدم اعتبار ظن است، باید قائل به عدم اعتبار پلی‌گرافی و عدم جواز استناد به آن بود؛ لذا با توجه به خطاپذیری دستگاه دروغ‌سنج و عدم وجود دلیل قطعی بر حجیت آن، عمل به نتایج پلی‌گرافی، فاقد اعتبار شرعی است. با عنایت به این‌که داده‌های پلی‌گرافی ماهیتا ظنی هستند و دلیل قطعی معتبری (چه از ناحیه علم روز و چه از ناحیه مستندات شرعی) بر حجیت و اعتبار آن‌ها وجود ندارد؛ لذا به صورت اولی فاقد اعتبار شمرده می‌شوند.

۲- تحلیل مساله در پرتو ارزیابی قاعده بینه نشان داد که مطابق اصول قضایی پذیرفته شده در شریعت، بار اثبات دعوا بر عهده مدعی است و نمی‌توان با تحمیل آزمایش‌های اجباری (مانند پلی‌گرافی) این بار را به مدعی‌علیه منتقل کرد؛ زیرا مدعی‌علیه صرفا در صورت تقاضای طرف مقابل، مکلف به ایراد سوگند است و چیزی بیش از این بر عهده وی نیست؛ لذا با سوگند وی، دعوا از منظر موازین شرعی خاتمه می‌یابد و پس از این فرایند، سخن از ابزاری برای سنجش سخنان مدعی‌علیه، تحمیل بار اضافی غیر شرعی بر وی و فاقد وجاهت خواهد بود.

۳- محظور دیگر در مساله، اصل برائت ذمه است؛ زیرا پلی‌گرافی مستلزم همکاری فعال مدعی‌علیه در فرایند آزمایش است و این امر مخالف روح اصل برائت است که اصل را برائت ذمه دانسته و معتقد است ذمه مکلف به تکلیف محتمل (در اینجا شرکت در آزمایش فیزیولوژیک) مشغول نمی‌باشد.

٤- مناقشه دیگر موجود در مساله، آموزه‌های قاعده کرامت است؛ زیرا اگرچه پلی‌گرافی در برخی سیستم‌های قضایی یا امنیتی استفاده می‌شود، اما از منظر اخلاقی و انسانی، به دلیل امکان نقض حریم شخصی، خطاپذیری بالا، ایجاد فشار روانی و تقلیل انسان به واکنش جسمانی، از حیث لطمه زدن به کرامت ذاتی آدمیان مورد انتقاد قرار دارد.

۵- قاعده رجحان عفو بر عقاب نیز نشان می‌دهد که در موارد تردید، احتیاط در جهت جلب منفعت متهم است، نه تحمیل کیفر براساس ابزارهای ظنی و غیرقطعی. از حیث وضعیت حقوقی مساله، پلی‌گرافی در ذیل ادله اثبات دعوا و علم قاضی قابل

تحلیل اســـت. مطابق قانون مجازات اســـلامی، علم قاضی باید حاصل یقینی باشد که از مســـتندات بیّن اخذ شده و حتی قراینی که قانون‌گذار از آن‌ها نام برده است صرفا در صورتی معتبر قلمداد شـــده‌اند که متضمن ایجاد علم باشند؛ بنابراین اگر پلی‌گرافی بتواند موجبات یقین یا علم را فراهم نماید، خواهد توانست جایگاه خود را در حقوق ایران و روند دادرسی بیابد، هرچند که با توجه به مطالبی که تفصیل آن گذشت احراز چنین امری بسیار پیچیده و دشوار می‌نماید.

٦- پیشـــنهاد می‌شـــود قانون‌گذار با قانون‌گذاری شـــفاف‌تر در مورد جایگاه پلی‌گرافی در نظم حقوقی کشـــور و قوانین موضوعـــه، از اجتهادات قضایی احتمالی ناهمگون در این زمینه جلوگیری نماید.

فهرست منابع

الف. فارسی

* آقابابایی، حسن و احمدی‌ناطور، زهرا (۱۳۹۱)، «**فناوری دروغ‌سنجی؛ تهدیدی بر علیه حریم خصوصی**»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، دوره ۳، شماره ۲.

* ایازی، سید محمدعلی (۱٤۰۰)، **اصل کرامت انسان به مثابه قاعده‌ای فقهی**، تهران: سرایی.

* جوادی آملی، عبدالله (۱۳٦٦)، **کرامت در قرآن**، تهران: مرکز نشر رجا.

* حیدری، مسعود و صاحبان احمدی، جعفر (۱۳۹۹)، «**جایگاه فقهی حقوقی فناوری دروغ‌سنج در کشف جرایم امنیتی**»، فصل‌نامه امنیت‌پژوهی، دوره ۱۹، شماره ۷۱.

* سلیمی، میررضا و گلدوست جویباری، رجب (۱٤۰۰)، «**جایگاه پلی‌گرافی در نظام ادله کیفری ایران**»، پژوهش حقوق کیفری، دوره ۱۰، شماره ۳۷.

* شبیری زنجانی، سید موسی (۱٤۱۹ق)، **کتاب نکاح**، جلد بیست و چهارم، قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.

* طهماسبی، علی و شیرازی، علی (۱٤۰۳)، «**چالش استماع دعاوی دارای خواهان‌های بالقوه در رویه قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۸.

* کشاورزی ولدانی، مرتضی (۱٤۰٤)، «**تحلیل و قاعده‌انگاری فقهی "کل دعوی ملزمه معلومه فهی مسموعه" در شناخت و توسعه قلمرو اصل استماع دعوی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۳۰.

* گلدوزیان، ایرج (۱۳۷۵)، **گفتارهایی در حقوق کیفری**، تهران: دادگستر.

* محقق داماد، سید مصطفی (۱٤۰٦ق)، **قواعد فقه**، جلد سوم و چهارم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

* منتظری، حسینعلی (۱۳۸٤)، **رساله استفتائات**، جلد دوم، تهران: نشر سایه.

* منتظری، حسینعلی (۱٤۰۹ق)، **مبانی فقهی حکومت اسلامی**، جلد سوم، قم: مؤسسه کیهان

* منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی (۱٤۲۹ق)، **حکومت دینی و حقوق انسان**، قم: ارغوان دانش.

* نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱٤۲۲ق)، **رسائل و مسائل**، جلد دوم، قم:

کنگره نراقیان.
* موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن (۱٤۰۱ق)، **قواعد فقهیه**، جلد نخست، تهران: مؤسسه عروج.
* هاشمی شاهرودی، سید محمود و دیگران (۱٤۲٦ق)، **فرهنگ فقه**، جلد اول و دوم، قم: مؤسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی.

ب: منابع عربی

* ابن عابدین، محمدامین بن عمر (۱٤۱۲ق)، **رد المحتار علی الدر المختار**، جلد ششم، بیروت: دار الفکر.
* آلوسی، محمود بن عبدالله (۱٤۱٥ق)، **روح المعانی**، جلد یازدهم، بیروت: دارالکتب العلمیه.
* آملی، محمدتقی (۱۳۸۰ق)، **مصباح‌الهدی فی شرح العروه الوثقی**، جلد هفتم، تهران: دفتر مؤلف.
* انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱٤۱٦ق)، **فرائد الاصول**، جلد اول و دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
* بیهقی، احمد بن الحسین بن علی بن موسی (۱٤۲٤ق)، **السنن الکبری**، جلد هشتم، بیروت: دارالکتب العلمیه.
* ترمذی، محمد بن عیسی (۱۳۹٥ق)، **سنن الترمذی**، جلد چهارم، مصر: شرکه مکتبه و مطبعه مصطفی البابی الحلبی.
* جزیری، عبدالرحمن (۱٤۱۹ق)، **الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البیت**، جلد پنجم، بیروت: دارالثقلین.
* حسینی شاهرودی، سید محمود بن علی (۱٤۰۲ق)، **کتاب الحج**، جلد دوم، قم: مؤسسه انصاریان.
* حر عاملی، محمد بن حسن (۱٤۰۹ق)، **وسائل الشیعه**، جلد بیست‌وهشتم، قم: مؤسسه آل البیت.
* خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۳٥۲ش)، **أجود التقریرات**، جلد دوم، قم: مطبعه العرفان.
* دارقطنی، ابوالحسن علی بن عمر بن احمد (۱٤۲٤ق)، **سنن الدارقطنی**، جلد چهارم، بیروت: مؤسسه الرساله.

* زحیلی، وهبه بن مصطفی (بی‌تا)، **الفقه الاسلامی و أدلته**، جلد هفتم، دمشق: دار الفکر.
* سبحانی تبریزی، جعفر (۱٤۲٤ق)، **الحج فی الشریعة الاسلامیة الغراء**، جلد نخست، قم: مؤسسه امام صادق.
* سبزواری، سید عبدالأعلی (۱٤۱۳ق)، **مهذب الأحکام**، جلد هجدهم، قم: مؤسسه المنار.
* سرخسی، شمس الأئمه محمد بن احمد بن ابی سهل (۱٤۱٤ق)، **المبسوط**، جلد نهم، بیروت: دارالمعرفه.
* شهید اول، محمد بن مکی (۱٤۱۷ق)، **الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه**، جلد سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
* شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱٤۱۳ق)، **مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الاسلام**، جلد چهاردهم، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
* صدر، سید محمد (۱٤۲۰ق)، **ماوراء الفقه**، جلد نهم، بیروت: دار الأضواء للطباعه و النشر و التوزیع.
* صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱٤۱۵ق)، **المقنع**، قم: مؤسسه امام هادی.
* صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱٤۱۳ق)، **من لایحضره الفقیه**، جلد سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
* طباطبایی، محمدحسین (۱۳۹۰ق)، **المیزان فی تفسیر القرآن**، جلد سیزدهم، بیروت: مؤسسه الأعلمی.
* طباطبائی یزدی، محمد کاظم (۱۳۷٦)، **العروه الوثقی**، جلد دوم، قم: انتشارات اسماعیلیان.
* طوسی، محمد بن حسن (۱٤۰۷ق)، **الخلاف**، جلد دهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
* عراقی، ضیاءالدین (۱۳۸۸ش)، **الاجتهاد و التقلید**، قم: نوید اسلام.
* علامه حلی، حسن بن یوسف (۱٤۱٤ق)، **تذکره الفقهاء**، جلد ششم، قم: مؤسسه آل البیت.
* عوده، عبدالقادر (۱٤۱۱ق)، **التشریع الجنائی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی**، جلد نخست، بیروت: دارالکاتب العربی.

* فاضل آبی، حسن بن ابی طالب (۱٤۱۷ق)، **کشف الرموز فی شرح مختصر النافع**، جلد دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
* فاضل اصفهانی، محمد بن حسن (۱٤۱٦ق)، **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام**، جلد دهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
* فضل‌الله، محمدحسین (۱۹۹۷م)، **الاستنساخ؛ جدل العلم و الدین و الأخلاق**، دمشق: دارالفکر.
* فیروزآبادی، سید مرتضی بن محمد (۱٤۰۰ق)، **عنایه الاصول فی شرح کفایه الاصول**، جلد سوم، قم: نشر فیروزآبادی.
* کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱٤۰۷ق)، **الکافی**، جلد دوم و هفتم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
* محقق حلی، جعفر بن حسن (۱٤۰۸ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد چهارم، قم: اسماعیلیان.
* مکارم شیرازی، ناصر (۱٤۲۸ق)، **انوارالاصول**، جلد سوم، قم: مدرسه امام علی (ع).
* منتظری، حسینعلی (۱٤۱۷ق)، **نظام الحکم فی الاسلام**، قم: نشر سرایی.
* موسوی خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا)، **تحریرالوسیله**، جلد دوم، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
* موسوی خویی، ابوالقاسم (۱٤۰۹ق)، **مبانی العروه الوثقی**، قم: منشورات مدرسه دار العلم لطفی.
* موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱٤۲۲ق)، **مبانی تکمله المنهاج**، جلد نخست، قم: مؤسسه إحیاء آثار الامام الخوئی.
* موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱٤۲۷ق)، **فقه الحدود و التعزیرات**، جلد نخست، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید.
* میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱٤۱۳ق)، **جامع الشتات فی أجوبه السؤالات**، جلد نخست، تهران: کیهان.
* میرزای قمی، ابوالقاسم (۱٤۳۰ق)، **القوانین المحکمه فی الاصول**، جلد نخست، قم: إحیاء الکتب الاسلامیه.

* میلانی، سید محمدهادی (۱۳۹۵ق)، **محاضرات فی فقه الامامیه**، مشهد: دانشگاه فردوسی.
* نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۴۰۴ق)، **جواهرالکلام**، جلد چهل و یکم، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.
* نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق)، **عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحکام**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
* نسائی، ابوعبدالرحمن احمد بن شعیب بن علی (۱۴۲۱ق)، **السنن الکبری**، جلد ششم، بیروت: مؤسسه الرساله.

پ. منابع انگلیسی

* Allen, R. J., & Pardo, M. S. (2019), **The Nature of Legal Proof**, Cambridge University Press.
* American Psychological Association (APA). (2004), **Statement on the Use of the Polygraph**, Washington, DC.
* Ben-Shakhar, G., & Elaad, E. (2003), **"The Validity of Psychophysiological Detection of Deception: A Meta-Analytic Review"**, Journal of Applied Psychology, Vol. 88, No. 1.
* British Psychological Society. (2004), **A Review of the Current Scientific Status and Fields of Application of Polygraphic Deception Detection**.
* Fiedler, K., Schmid, J., & Stahl, T. (2002), **Psychological Review**, Vol. 109, No. 3.
* Grubin, D., & Madsen, L. (2005), **"Accuracy and Utility of Polygraph Testing"**, British Medical Journal, Vol. 330, No. 7484.
* Honts, C. R., & Raskin, D. C. (1988), **"A field study of the validity of the directed lie control question"**, Journal of Police Science and Administration, Vol. 16, No. 3.
* Imwinkelried, E. J. (2018), **The Methods of Attacking Scientific Evidence** (6th ed.).

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۳۶۱-۳۳۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۹

مسؤولیت کیفری اشتقاقی؛ نگره‌ای برای مقابله با جرم‌های سازمان‌یافته

فردین شقاقی[۱]، باقر شاملو[۲]، نسرین مهرا[۳]

چکیده

بیش از دو قرن، مسؤولیت کیفری بیشتر بر عهدهٔ مباشر مادی جرم نهاده می‌شد و گونه‌های دیگر مداخله در ارتکاب جرم از قبیل معاونت، استثنایی تلقی شده و تحت شرایط خاصی مورد تعقیب قرار می‌گرفت. امروزه، با دگرگونی رویدادهای اجتماعی و منطق حقوقی و گسترش جرم‌های سازمان‌یافته و روی‌آوری به اصل تقدم پیشگیرانه، قلمرو مسؤولیت کیفری نیز دگرگون شده است. مسؤولیت کیفری اشتقاقی، مسؤولیت همکاران مستقیم و غیر مستقیم جرم می‌باشد که در قوانین ایران و دکترین حقوقی به صورت کامل پذیرفته نشده است. این نوع مسؤولیت که دارای چهار پایهٔ اساسی شامل عمومیت، سزامندی مجازات رفتار اصلی و فرعی، هدف‌مندی و ادغام پذیری است، می‌تواند چندگانه باشد و محدود به اشتقاق اولیه نماند. بر اساس یافته‌های این پژوهش، برای مقابله با جرائم سازمان‌یافته بهتر است حالت‌های اشتقاق چندگانهٔ موازی و سریالی در قوانین کیفری به صورت صریح پیش‌بینی شود. این نگرهٔ نو می‌تواند از بی‌کیفرمانی عوامل دخیل در جرم و مجازات افراد غیر دخیل پیشگیری کند. این پژوهش با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و آرای قضایی با رویکرد توصیفی تحلیلی، جنبه‌های گوناگون نگرهٔ مسؤولیت کیفری اشتقاقی را به عنوان مرزهای جدید عدالت کیفری با تکیه بر آرای قضایی مورد بررسی قرار دهد.

واژگان کلیدی: تبانی، جرائم سازمان‌یافته، شرکت در جرم، شروع به جرم، مسؤولیت کیفری اشتقاقی، معاونت در جرم.

---

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران. (نویسنده مسؤول) shagagifardin@gmail.com

۲. دانشیار، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی تهران.
b_shamloo@sbu.ac.ir

۳. استاد تمام، گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
n_mehra@sbu.ac.ir

درآمد

در نظام‌های سنتی حقوق کیفری، مسؤولیت کیفری بیشتر محدود به مباشر جرم و اعمال مادی او تلقی می‌شد؛ گویی تنها کسی که دست به ارتکاب فعل مجرمانه می‌زند، شایستهٔ پاسخ‌گویی کیفری است. این تلقی در جرم‌های ساده و فردی کفایت می‌کرد، اما با پیچیده‌تر شدن ساختار جرائم در عصر حاضر، دیگر پاسخ‌گوی واقعیت‌های بزهکاری شبکه‌ای و سازمان‌یافته نیست. در بستر جرم‌های جدید، اشخاصی در پشت صحنه و با نقش‌هایی غیر مستقیم همچون طراحی، تسهیل‌گری یا تحریک، تأثیراتی بنیادین بر تحقق جرم دارند، بی آن‌که لزوماً دست خود را به فعل مجرمانه آلوده کرده باشند. این تحولات، نظام‌های حقوقی را با پرسشی اساسی روبه‌رو ساخته‌اند که چگونه می‌توان مسؤولیت کسانی را که در ارتکاب جرم نقشی مؤثر ولی غیرمستقیم دارند، به درستی بازشناخت و به عدالت کیفری نزدیک‌تر شد. پاسخ به این پرسش در مفهوم «مسؤولیت کیفری اشتقاقی» نهفته است؛ مفهومی که می‌کوشد زنجیرهٔ کامل ارتکاب جرم را با همه کنش‌گران مستقیم و غیرمستقیم آن در دایره مسؤولیت بگنجاند و از شکاف‌های سنتی در توزیع مسؤولیت عبور کند.

در واقع، اندیشهٔ مسؤولیت اشتقاقی[1] نه تنها پدیده‌ای مدرن نیست، بلکه سابقه‌ای دیرینه در تاریخ اندیشه حقوقی و حتی متون دینی دارد. برای نمونه، در کتاب مقدس، ماجرای نخستین نافرمانی بشر از فرمان الهی به روشنی نوعی مسؤولیت کیفری اشتقاقی را به تصویر می‌کشد. در این روایت، مار ابتدا زن را وسوسه می‌کند تا از میوهٔ ممنوعه بچشد و سپس زن، آدم را نیز به انجام این عمل ترغیب می‌کند. هرچند خود مار فعلی ممنوع را انجام نداده، اما به سبب نقش تحریک‌آمیزش، مجازات می‌شود. در اینجا، مسؤولیت او از مسؤولیت مستقیم آدم و حوا سرچشمه گرفته و به عنوان مسؤولیتی غیرمستقیم، اما مؤثر شناسایی شده است (Hallevy, 2012: 1). این مثال تاریخی گواه آن است که درک بشر از مسؤولیت کیفری، از همان آغاز، تنها به فاعل مادی جرم محدود نبوده و بر نقش‌های تأثیرگذار پنهان نیز التفات داشته است؛ درکی که امروز در قالب نظریهٔ مسؤولیت کیفری اشتقاقی، ساختارمند و حقوقی شده

1. Derivative Criminal Liability

است.

یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های جامعه جهانی در مسیر مبارزه با تروریسم، رابطه سازمان‌های تروریستی و گروه‌های مجرمانه فراملی است. برخی معتقدند تحولات جهانی پس از اتمام جنگ سرد، جهانی شدن و تامین مالی گروه‌های تروریستی باعث شده است تا رابطه بین گروه‌های مجرمانه سازمان‌یافته فراملی فعال در جرایمی نظیر قاچاق سلاح و مواد مخدر، آدم‌ربایی، پولشویی، جعل و ... با تروریسم پررنگ‌تر و پیچیده‌تر از گذشته شود (ابوالحسنی و بشیریه و یوسفی صادقلو، ۱٤۰٤: ۲۲۲). ماهیت جنایات بین‌المللی به‌گونه‌ای است که اغلب به صورت غیرانفرادی و توسط گروهی ارتکاب می‌یابد که بر مبنای یک طرح مجرمانه مشترک عمل می‌کنند (کوشا و علیزاده، ۱٤۰۳: ۲۸۷). پرسش بنیادین آن است که وقتی جرم نه به وسیله یک فرد، بلکه به‌طور مشترک توسط چند نفر ارتکاب می‌یابد، مسؤولیت کیفری هر یک از این افراد چگونه باید تعیین شود؟ برای قرن‌ها، قانون‌گذاران کوشیده‌اند تا مسؤولیت شخصی را با اشکال گوناگون مسؤولیت اشتقاقی تکمیل نمایند؛ مسؤولیتی که بر نقش غیر مستقیم، اما مؤثر افراد در ارتکاب جرم تأکید دارد. پیشینه چنین تلاش‌هایی را می‌توان در سنت حقوقی انگلستان آنگلوساکسون مشاهده کرد؛ جایی که انواع مشارکت در جرم به عنوان رفتارهای قابل مجازات شناخته شدند (Britain, 2007: 1). حتی در متون قانونی با قدمت چند قرن نیز، مانند قوانین قرن هفتم میلادی، نمونه‌هایی از پذیرش مسؤولیت کیفری اشتقاقی دیده می‌شود (Wang, 2018: 1).

این بحث زمانی اهمیت بیشتری می‌یابد که تحولات اجتماعی، فناورانه و ساختاری عصر حاضر در نظر گرفته شود. امروزه با پیچیده شدن روابط انسانی، تخصصی شدن فعالیت‌ها و دگرگونی ابزارهای ارتکاب جرم، دیگر با بزهکاری‌های ساده و فردی مواجه نیستیم. جرائم سنتی که غالباً با مشارکت محدود و شیوه‌های ابتدایی رخ می‌دادند، جای خود را به جرائمی داده‌اند که به شدت سازمان‌یافته، چندلایه و فناورانه‌اند. در این بستر جدید، شاهد شکل‌گیری باندهای فراملی، سازمان‌های مجرمانه و شبکه‌های پیچیده‌ای هستیم که در آن‌ها افراد مختلف با مهارت‌ها، وظایف و منافع متفاوت، در سطوح مختلفی چون طراحی، تسهیل‌گری، پشتیبانی، یا اجرا در ارتکاب جرم دخالت دارند. هر یک از این افراد نقشی کلیدی ایفا می‌کند که حذف

یا نادیده گرفتن آن، به معنای فروپاشی طرح مجرمانه خواهد بود. با این حال، مفاهیم سنتی مانند «مشارکت» و «معاونت» که بیشتر بر الگوهای ساده، فیزیکی و مستقیم استوار هستند، دیگر توان شناسایی دقیق این نقش‌ها و انتساب منصفانهٔ مسؤولیت را ندارند. حتی قواعدی چون سبب مقدم در تأثیر (ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی)[1] نیز در مواجهه با این جرائم پیچیده ناکارآمد جلوه می‌کنند. در چنین شرایطی، حقوق کیفری ناگزیر از بازاندیشی در بنیان‌های مفهومی خود است. تنها با توسعه نظریه‌هایی مانند مسؤولیت کیفری مبتنی بر نقش، شناسایی مسؤولیت برای اقدامات تسهیل‌گرایانه و پذیرش الگوهای مدرن مانند مسؤولیت کیفری جمعی یا مدیریتی می‌توان به درستی زنجیرهٔ مجرمانه را تحلیل کرد. تنها از مسیر این اصلاحات مفهومی و تقنینی است که می‌توان عدالت کیفری را از سطح نظری به سطح عمل رساند و از مصونیت ناعادلانه افراد مؤثر، اما پنهان در ارتکاب جرم جلوگیری کرد.

مفهوم مسؤولیت کیفری اشتقاقی، اگرچه در ادبیات حقوقی ایران به صورت مستقل کمتر مورد توجه قرار گرفته، اما در آثار مختلفی با عناوین نزدیک و مرتبط همچون «مسؤولیت کیفری عاریتی»، «مسؤولیت فعل غیر»، «شرکت در جرم» و «کانون مشترک مجرمانه» به نحو غیرمستقیم بررسی شده است. بررسی مطالعات پیشین نشان می‌دهد که گرایش فزاینده‌ای به تحلیل مفاهیم موسع مسؤولیت کیفری در رویارویی با جرائم پیچیده، سازمان‌یافته و شبکه‌ای وجود دارد. در همین راستا، عالی‌پور و همکاران (۱۴۰۲) به بررسی «مسؤولیت کیفری عاریتی» در بستر جرائم زیست محیطی پرداخته‌اند. ایشان با توجه به ماهیت پیچیده و غالباً غیرمستقیم این دسته از جرائم، تلاش کرده‌اند تا امکان انتساب مسؤولیت کیفری به افرادی را تبیین نمایند که نقش مستقیم در ارتکاب فعل نداشته، ولی از طریق اشخاص دیگر در وقوع آن دخیل بوده‌اند. این پژوهش بر اهمیت «اشتقاقی‌سازی مسؤولیت» در پیشگیری از جرائم زیست محیطی تأکید دارد. سلیمانی (۱۴۰۱) در مطالعه‌ای با رویکرد فقهی، عناصر و

---

۱. ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲: هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیرمجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند کسی که تاثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تاثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است مانند آنکه یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت، کسی که سنگ را گذاشته، ضامن است مگر آنکه همه قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت شرکت در جرم محسوب می‌شود.

ســـازکارهای جرم سازمان‌یافته را در پرتو قاعده «اعانه بر اثم» بررسی کرده است. این مقاله استدلال می‌کند که هرچند قاعده فقهی مزبور به تنهایی دلالت بر سازمان‌یافتگی ندارد، اما در بســـتر جرائم مدرن که همکاری‌های گروهی در فضای مجازی و واقعی گسترش یافته‌اند، می‌توان از آن به عنوان مبنایی برای توجیه مسؤولیت کیفری جمعی بهـــره گرفت. جعفـــری (۱۳۹۶) در مقاله‌ای تلاش دارد تا ســـوء تفاهم‌های مفهومی موجود پیرامون این نهاد را رفع کرده و نشان دهد که مسؤولیت بر فعل غیر در تقابل با اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری نیست، بلکه می‌تواند در راستای اهداف عدالت کیفری و با تکیه بر اصول بنیادین حقوق جزا توجیه‌پذیر باشد. از سوی دیگر، یکرنگی و همکاران (۱۴۰۱) به بررســـی «دکترین اقدام بر اساس هدف مشترک»[1] پرداخته‌اند؛ ایـــن پژوهش با تأکید بر چالش‌های روانی و مـــادی این دکترین، امکان کاربرد آن را در نظام‌هـــای حقوقی داخلی از جمله ایران، مورد بررســـی قرار داده اســـت. مطالعهٔ رضایی و همـــکاران (۱۳۹۹) نیز با رویکردی تطبیقی، به تحلیل شـــیوه‌های مختلف انتساب مسؤولیت کیفری به اعضای گروه‌های مجرمانه پرداخته است. آنان چهار مدل مسؤولیت‌پذیری جمعی را در اسناد بین‌المللی شناسایی کرده و با بررسی شیوهٔ غالب در حقوق ایران، پیشنهاداتی برای هماهنگی بیشتر با نظام بین‌الملل در مقابله با جرائم ســـازمان‌یافته ارائه کرده‌اند. در نقد نظریهٔ سنتی شرکت در جرم، یوسفیان شوره‌دلی و رســـولی آستانی (۱۳۹۷) اســـتدلال می‌کنند که تعریف موجود از شرکت که بیشتر بر تحقق عنصر مادی مشترک متمرکز است، برای مقابله با جرائم پیچیده ناکارآمد است. ایشان پیشنهاد می‌کنند که الگوی مسؤولیت کیفری در ایران باید به گونه‌ای بازطراحی شود که افراد دارای نقش‌های غیر مباشر ولی مؤثر نیز در دایره مسؤولیت قرار گیرند. نتیجهٔ آن نیز تأیید کننده نتیجهٔ پژوهش حاضر است.

در مجموع، پیشـــینه موجود گویای آن اســـت که گرچه در منابع فارســـی از اصطلاح «مسؤولیت کیفری اشـــتقاقی» به صراحت استفاده نشده است، اما زمینه‌های فکری و تحلیلی بســـیاری برای پرداختن به این مفهـــوم در قالب نظریات مربوط به مسؤولیت‌های غیر مســـتقیم، جمعی و سازمان‌یافته فراهم شده است. پژوهش حاضر می‌کوشـــد این مفاهیـــم پراکنده را در قالبی نظام‌مند تجمیـــع و تحلیل کرده و با ارائه

1. Joint Criminal Enterprise – JCE

چارچوبی دقیق از ابعاد نظری و عملی مسؤولیت کیفری اشتقاقی، خلأ موجود در ادبیات حقوق کیفری ایران را تا حدی پوشش دهد.

یافته‌های این تحقیق می‌تواند در زمینه‌های مختلفی مورد استفاده قرار گیرد؛ از جمله: کمک به قضات و حقوق‌دانان در صدور آرای عادلانه‌تر که در آن مجازات هر یک از مداخله کنندگان در جرم متناسب با میزان تأثیر آن باشد، اصلاح و تکمیل قوانین مربوط به معاونت و شرکت و تبانی در جرم و افزایش آگاهی عمومی نسبت به حقوق و تکالیف خود در این زمینه. در این مقاله سعی شده است به سؤالاتی از این قبیل پاسخ داده شود: مسؤولیت کیفری اشتقاقی چه ویژگی‌هایی دارد؟ وضعیت مسؤولیت کیفری اشتقاقی در قوانین کیفری ایران چگونه است و چه اصلاح‌ها و تغییراتی نیازمند است؟ و سؤال بنیادی‌تر این‌که آیا نیازی به پیش‌بینی مسؤولیت کیفری اشتقاقی در قوانین کیفری می‌باشد یا نه. در این پژوهش ابتدا تعریفی از مسؤولیت کیفری اشتقاقی ارائه شده، در ادامه ویژگی‌های بنیادین آن بررسی و در نهایت گونه‌های آن از قبیل سریالی یا موازی بودن معرفی خواهند شد.

۱. مفهوم مسؤولیت کیفری اشتقاقی

مسؤولیت کیفری اشتقاقی همان‌طور که از اسمش پیداست، مسؤولیت کیفری است که از یک سرچشمهٔ دیگر ریشه می‌گیرد. این ریشه می‌تواند جرم اصلی باشد که مسؤولیت کیفری شروع به جرم و تبانی از آن سرچشمه بگیرد و یا این‌که مرتکب اصلی جرم باشد که مسؤولیت کیفری همکاران در ارتکاب جرم از قبیل معاون و شریک از آن سرچشمه بگیرد. ویژگی اصلی مسؤولیت کیفری اشتقاقی، حالت اشتقاقی آن است؛ یعنی از یک سرچشمهٔ دیگری گرفته شده است و خودش به تنهایی وجود خودپا ندارد. در کنار مسؤولیت کیفری مستقل که به صورت مستقیم به مرتکب فعل یا ترک فعل مجرمانه نسبت داده می‌شود، مواردی وجود دارد که مسؤولیت کیفری به فردی غیر از مرتکب اصلی فعل یا ترک فعل، به دلیل رابطهٔ خاص او با مرتکب نسبت داده می‌شود. این نوع مسؤولیت کیفری، «مسؤولیت کیفری اشتقاقی یا ناشی» نامیده می‌شود. به عبارت دیگر، مسؤولیت کیفری اشتقاقی اتحاد مداخله کنندگان طولی و عرضی را در شکل‌گیری رفتار مجرمانه مورد تأکید قرار می‌دهد.

مســـؤولیت کیفری اشتقاقی بر حسب نوع اشتقاق، به دو نوع اشتقاق درونی و اشتقاق بیرونی تقسیم می‌شود (Hallevy, 2012: 68). در مسؤولیت کیفری اشتقاقی از نوع اشتقاق درونی، رفتار شخص مسؤول و همچنین اوضاع و احوال سازندهٔ جرم، از درون جرم اصلی ریشـــه می‌گیرد. برای این نوع از اشتقاق نیازی به هیچ رکن خارجی دیگری نیســـت؛ بنابراین، رکن مادی اشـــتقاق درونی، رکن مـــادی همان جرم اصلی اســـت، غیر از این‌که نتیجه ندارد؛ یک مثال بارز برای اشـــتقاق درونی، شروع به جرم اســـت. اجزای رکن مادی شروع به جرم قتل، همان اجزای رکن مادی جرم قتل است و صرفاً رکن نتیجه در آن مفقود اســـت. رکن مادی جرم قتل ســـه رکن اصلی دارد: رفتار فیزیکی (فعل یا ترک فعل)، شرایط و اوضاع و احوال (انسـان بودن مجنی‌علیه) و نتیجه (قتل شخص مورد هدف). اگر هر سه جزء از رکن مـــادی جرم قتل حاضر باشـــند، جرم قتل محقق خواهد شـــد. ولی اگر یکی از اجزای رکن مادی ناپیدا باشد، شروع به قتل پدید می‌آید. در واقع، جرم شروع به قتل از درون خود جرم قتل متولد می‌شود (Hallevy, 2012: 69)[1].

رفتار فیزیکی جرم‌ها می‌تواند از نوع فعل یا ترک فعل باشد؛ بنابراین نمی‌توان شروع به جرم را تسری‌پذیر به جرم‌های ناشی از فعل دانست؛ بلکه در جرم‌های ناشی از ترک فعل نیز درخور روی دادن می‌باشـــد. البته این موضوع بین حقوق‌دانان محل اختلاف اســـت و عده‌ای شـــروع به جرم را در جرم‌های مبتنی بر ترک فعل، به کلی نشدنی دانســـته‌اند (صبری، ۱۳۹۸: ۳۸۲). قوانین جزایی برخی از کشورها به روشنی بر توانایی رخ دادن شروع به جرم در جرائمی که رفتار فیزیکی آن‌ها ترک فعل است تصریح کرده‌اند. برای مثال ماده (۱) ٢٤ قانون جزای کانادا بیان داشته است «هر کس کـــه به قصد ارتکاب جرمی در اجرای قصد خود کاری را انجام داده یا کاری را ترک

---

۱. البته استادان حقوق کیفری ایران قائل بر این هستند که در شروع به جرم صرفاً جزء نتیجه از رکن مادی ناپیدا می‌باشـــد (میرمحمد صادقی، ١٤٠٠: ١٢٦). پذیرش نظر اول سخت است؛ زیرا شروع به جرم لزوماً نیازمند رفتار فیزیکی، یعنی شروع به عملیات اجرایی می‌باشد و نمی‌توان حالتی را که تنها شرایط و اوضاع و احوال و نتیجه وجود دارند، ولی رفتار فیزیکی ناپیدا است، شروع به جرم دانست؛ برای مثال، حالتی را که فرد به روی دیگری اســـلحه می‌کشد، ولی قبل از شلیک گلوله شخص مورد هدف در اثر سکته فوت شود، نمی‌توان شروع به جرم دانست. گفتنی است که دیدگاه دوم نیز شروع به جرم را به جرم‌های مقید محدود ندانســـته است و قائل به امکان روی دادن آن در جرم‌های مطلق نیز می‌باشد (میرمحمد صادقی، ١٤٠٠: ١٣٨).

نماید، به شروع به ارتکاب جرم محکوم می‌شود، چه در آن شرایط و اوضاع و احوال ارتکاب جرم مورد نظر، ممکن و چه غیرممکن باشد». اگر جرمی تمام اجزای رکن مادی جرم دیگری را داشته باشد، به این معنی نیست که لزوماً از آن جرم مشتق شده است (Hallevy, 2012: 70). برای مثال، در کلاه‌برداری مشدد تمام اجزای رکن مادی کلاه‌برداری ساده نیز وجود دارد، ولی نمی‌توان گفت که کلاه‌برداری مشدد از کلاه‌برداری ساده مشتق شده است. این‌ها دو جرم ناوابسته هستند و هیچ‌یک از دیگری مشتق نشده است.

دگرسانی اشتقاق درونی و بیرونی در این است که در رکن مادی اشتقاق بیرونی، عناصری خارج از جرم اصلی نیز باید وجود داشته باشد؛ در حالی که در اشتقاق درونی عناصر سازندهٔ مسؤولیت کیفری از درون جرم اصلی ریشه می‌گیرند. اگرچه رکن روانی شروع به جرم ناهمگون با جرم تام می‌باشد، ولی این باعث نمی‌شود که آن را اشتقاق درونی ندانیم؛ برای مثال در جرم قتل، رکن روانی علم به نتیجه نیز می‌تواند بس باشد، ولی برای شروع به قتل باید هر آینه قصد به فرجام رساندن جرم قتل وجود داشته باشد.

در اشتقاق بیرونی افزون بر اجزاء رکن مادی جرم اصلی و مباشر مستقیم، اجزای بیرونی و یا افرادی غیر از مباشر نیز دست اندر کار هستند. آنجایی که این اشتقاق بیشتر به دلیل وجود اشخاص خارجی روی می‌دهد، این اشتقاق را به عنوان اشتقاق از طریق اشخاص خارجی نیز می‌گویند (Hallevy, 2012: 70). برای مثال، معاونت و شرکت در جرم هر دو اشتقاق بیرونی هستند؛ زیرا در هر دو مورد اشخاصی غیر از مرتکب اصلی، در وقوع جرم نقش دارند و مسؤولیت کیفری آن‌ها از مسؤولیت کیفری مباشر جرم سرچشمه می‌گیرد.

اشتقاق بیرونی محدود به شرکت و معاونت نمی‌باشد؛ بلکه جرم‌های سازمان‌یافته نیز از نمونه‌های بارز آن است. در جرم‌های سازمان‌یافته تمامی افراد گروه مجرمانه رفتار فیزیکی جرم خاصی را انجام نمی‌دهند، ممکن است یک کنش‌گر وجود داشته باشد، ولی چندین شخص برنامه‌ریز آن جرم باشند؛ بنابراین مسؤولیت کیفری بقیهٔ اعضای گروه که به صورت مستقیم در عملیات اجرایی جرم شرکت نداشته‌اند، از نوع مسؤولیت کیفری اشتقاقی است. جرم‌های تروریستی

نمونهٔ بارز جرم‌های سازمان‌یافته می‌باشند که ضرورت پیشگیری از آن‌ها، پذیرش مسؤولیت کیفری اشتقاقی را پذیرفتنی می‌نماید. هم‌اندیشان مسؤولیت کیفری اشتقاقی باور دارند که از این دریچه بهتر می‌توان از جرم‌های سازمان‌یافته پیشگیری کرد. در واقع اعتقاد بر این است که به دلیل خطرناکی این باندها، باید با پذیرش مسؤولیت کیفری اشتقاقی برای همکاران مرتکب، از جرم‌های سازمان‌یافته پیشگیری گردد (Wang, 2018: 8). در تأیید این دیدگاه باید گفت که پذیرش مسؤولیت کیفری اشتقاقی در جرم‌های تروریستی نه تنها ضرورتی پیشگیرانه دارد، تضمین‌کنندهٔ عدالت کیفری نیز هست؛ زیرا بسیاری از عناصر کلیدی این جرم‌ها در پشت صحنه و بدون ارتکاب رفتار مادی مستقیم نقش‌آفرینی می‌کنند؛ با این حال، باید توجه داشت که نظام‌های حقوقی در تمایز میان مشارکت واقعی و مداخلهٔ ظاهری یا صوری، گاه با چالش‌های جدی مواجه‌اند. برای مثال، در رویهٔ انگلستان، گاهی همکاران در ارتکاب جرم به دفاع «پیشگیری از جرم» متوسل می‌شدند. در پروندهٔ معروف کلارک[1] متهم ادعا کرد که تنها پس از طراحی نقشه سرقت توسط دیگران به آن‌ها پیوسته است تا با همکاری پنهانی با پلیس از تحقق جرم جلوگیری کند. دیوان تجدیدنظر این امکان را پذیرفت که چنانچه هیأت منصفه قانع شود هدف نهایی متهم نه تسهیل بلکه خنثی‌سازی جرم بوده است، این رفتار می‌تواند دفاع محسوب شود (Horder, 2019: 489). این نمونه نشان می‌دهد که مرزبندی دقیق میان نقش‌های مجرمانه و مداخلات پیشگیرانه، یکی از حساس‌ترین بخش‌های بحث مسؤولیت کیفری اشتقاقی در نظام‌های کیفری پیشرفته است.

در ارتباط با جرائم سازمان‌یافته، قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ [2] تنها با رویکردی ناقص و حداقلی، صرفاً به تشدید مجازات سردسته گروه مجرمانه پرداخته است؛ بدون آن‌که قاعده‌ای روشن و جامع

1. ((1984) 80 Cr App R 344)

۲. هرکس سردستگی یک گروه مجرمانه را بر عهده گیرد به حداکثر مجازات شدیدترین جرمی که اعضای آن گروه در راستای اهداف همان گروه مرتکب شوند، محکوم می‌گردد مگر آنکه جرم ارتکابی موجب حد یا قصاص یا دیه باشد که در این صورت به حداکثر مجازات معاونت در آن جرم محکوم می‌شود. در محاربه و افساد فی الارض زمانی که عنوان محارب یا مفسد فی الارض بر سردسته گروه مجرمانه صدق کند حسب مورد به مجازات محارب یا مفسد فی‌الارض محکوم می‌گردد.

در خصوص مسؤولیت کیفری سایر اعضای گروه مجرمانه پیش‌بینی کند. این خلأ قانونی در حالی است که در بستر جرائم سازمان‌یافته، اعضای گروه غالباً در قالب نقش‌هایی غیرمستقیم، اما مؤثر همچون طراحی، تسهیل‌گری، تأمین منابع یا هماهنگی عملیاتی، در تحقق جرم نقش دارند. در چنین شرایطی، شناسایی مسؤولیت کیفری اشتقاقی برای سایر اعضا، اقدامی ضروری در راستای مقابله مؤثر با ساختارهای جنایی پیچیده است. ضرورت این اصلاح به ویژه با توجه به تصویب «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مقابله با جرائم سازمان‌یافته فراملی» در سال ۱۴۰۴ دو چندان می‌شود. مطابق ماده ۵ این کنوانسیون، صرف عضویت، سازماندهی یا مشارکت آگاهانه در یک گروه مجرمانهٔ سازمان‌یافته، بدون نیاز به اثبات مداخله مستقیم در عنصر مادی جرم ارتکابی، مستوجب مسؤولیت کیفری و مجازات تلقی شده است. بهترین مدل برای تعیین مسؤولیت کیفری اعضای گروه‌های مجرمانه، «مدل مسؤولیت کیفری اشتقاقی سازمان‌یافته» است؛ زیرا این مدل، با تحلیل نقش واقعی هر عضو در زنجیرهٔ ارتکاب جرم، مسؤولیت را به صورت سلسله مراتبی و متناسب با نفع، نقش و میزان دخالت فرد تعیین می‌کند. این رویکرد هم‌راستا با ماده ۵ کنوانسیون پالرمو، اجازه می‌دهد حتی اعضایی که مستقیماً در عنصر مادی جرم مشارکت نداشته‌اند، اما آگاهانه در طراحی، تسهیل یا پشتیبانی از ارتکاب جرم نقش داشته‌اند، مسؤول شناخته شوند؛ بی‌آن‌که اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری نقض گردد.

ناگفته نماند، این واقعیت که یک جرم شامل تمام عناصر اصلی جرم دیگر می‌شود، ولی توسط مرتکبین مختلف ارتکاب می‌یابد، لزوماً رابطه مسؤولیت کیفری اشتقاقی بین دو جرم ایجاد نمی‌کند؛ برای مثال، در جرم رشوه دادن و رشوه گرفتن، دو طرف عناصر مادی یکسانی را انجام نمی‌دهند، بلکه این‌ها دو جرم متفاوت هستند و هیچ‌یک از دیگری ریشه نمی‌گیرد.

۲. ویژگی‌های بنیادین مسؤولیت کیفری اشتقاقی

ویژگی نهادی مسؤولیت کیفری اشتقاقی در واقع اشتقاق آن از یک ریشهٔ دیگر است؛ یعنی توانایی مشتق شدن از یک رفتار حقوقی دیگر (جرم اصلی یا مجرم اصلی). ویژگی اشتقاقی بودن این نوع از مسؤولیت کیفری در انواع آن و حتی

در اشـــتقاق‌های چندگانه سریالی و موازی وجود دارد. ویژگی اشتقاقی بودن این نوع مسؤولیت کیفری چهـــار خصیـصه اصلی دارد که در صورت مفقود بودن هر یک از شرایط، مسـؤولیت کیفری اشتـقاقی منـــتفی است و اگر عمل ارتکـابی مـسؤولیت کـیفری بار آورد، دیگر از نوع مسـؤولیت کیفری اشـتقاقی نبوده و مسـؤولیت کیفری مستـــقیم خواهد داشت. خصیـصه‌های مسـؤولیت کیفری اشتـــقاقی عبارت‌اند از (Hallevy, 2012: 64): عمومیت[1]، سزامندی هر دو رفتار اصلی و فرعی[2]، هدفمندی معنـــادار[3] و ادغام پذیری[4]. در ادامه، هر ویژگی به صورت تطبیقی در حقوق داخلی و کامن‌لا همراه با مثال‌هایی از پرونده‌های عملی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۲. عمومیت داشتن

مفهوم عمومیت به عنوان یکی از خصیصه‌های اصلی مسؤولیت کیفری اشتقاقی بدین معناست که به طور کلی مسؤولیت کیفری رفتارهای اشتقاقی در تمامی انواع آن از یک ریشهٔ مجرمانه وجود می‌گیرد. در این فرمول می‌توان به جای معاونت، شروع به جرم یا شرکت یا تبانی و یا سردستگی را به عنوان مصادیق مسؤولیت کیفری اشتقاقی قرار داد؛ بنابراین فرمول شروع به جرم «شروع به جرم الف»، فرمول تبانی «تبانی برای ارتکاب جرم الف» و فرمول شـــرکت در جرم «شرکت در جرم الف» می‌باشد. از این خصیصهٔ مســـؤولیت کیفری اشتقاقی برداشت می‌شـــود که این نوع مسؤولیت کیفری توانایی اشتقاق از تمامی جرم‌ها را دارد؛ اگرچه در قوانین کشورهای مختلف برخی از جرم‌ها از این قاعدهٔ کلی اســـتثنا گشته‌اند؛ مانند قوانین کیفری ایران که شروع به جرم یا معاونت را در جرم‌های کم اهمیت جرم‌انگاری نکرده است.

جرم‌هایی وجود دارند که ماهیتاً معاونت یا شـــروع به جرم هســـتند، ولی اگر قاعده کلی پیش‌گفته در آن‌ها وجود نداشته باشد، نمی‌توان آن‌ها را مسؤولیت کیفری اشـــتقاقی تلقی نمود. برای مثال، در برخی از نظام‌های حقوقی که فحشا جرم‌انگاری نشـــده است، جرمی تحت عنوان تحریک به فحشـــا پیش‌بینی شده است؛ یا در نظام حقوقی ایران خودکشی با وجود این‌که جرم نیست، قانون‌گذار در مواردی تحریک به

1. Generality
2. Punishability
3. Purposefulness
4. Assimilation

خودکشی[1] از طریق فضای مجازی و همچنین تحریک به خودکشی اطفال و نوجوانان زیر ۱۸ سال را جرم‌انگاری کرده است.

۲-۲. سزامندی هر دو رفتار فرعی و اصلی

سزامندی ناظر بر دو مولفهٔ اصلی فرمول پیش‌گفته می‌باشد؛ یعنی هم خود رفتار اصلی و هم رفتار مستوجب مسؤولیت اشتقاقی باید قابل مجازات باشند؛ به عبارت دیگر، هر دو رفتار باید در قوانین کیفری جرم‌انگاری شده باشند. در نتیجه، اگر جرم ریشه یا رفتار مشتق شده قابل مجازات نباشند، کل ساختار از بین می‌رود و مسؤولیت کیفری اشتقاقی در آن مورد پدید نمی‌آید (Hallevy, 2012: 65). برای مثال، زمانی می‌توان از مسؤولیت کیفری اشتقاقی شروع به جرم کلاه‌برداری سخن گفت که هم شروع به جرم (به عنوان یک نوع مسؤولیت کیفری اشتقاقی) و هم کلاه‌برداری قابل مجازات باشند.

در نوشته‌های حقوق‌دانان ایرانی نیز برای تحقق مسؤولیت کیفری اشتقاقی از قبیل شروع به جرم، معاونت و تبانی، بر لزوم جرم بودن عمل اصلی تأکید شده است (منصورآبادی، ۱۳۹۹: ۲۳۱). با توجه به عاریتی بودن معاونت، تردیدی وجود ندارد که کمک به ارتکاب رفتاری که اصل آن جرم نمی‌باشد، نمی‌تواند وصف مجرمانه داشته باشد و معاونت در جرم تلقی گردد (میرمحمد صادقی، ۱۴۰۰: ۶۹). معاونت در این مورد از باب مثال آورد شد، بلکه تمامی انواع مسؤولیت کیفری که در قوانین پیش‌بینی‌شده‌اند و یا باید پیش‌بینی شوند، تابع این قاعده هستند. برای مثال تبانی نیز یک نوع مسؤولیت کیفری اشتقاقی است که از جرم پایه جریان می‌گیرد؛ لذا صرف تبانی در عالم خارج وجود نداشته و جرم‌انگاری آن نیز معنایی ندارد. تبانی برای ارتکاب جرم الف در قوانین جرم‌انگاری شده است. خودکشی در نظام حقوقی ایران

---

۱. ماده ۱۴ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹: هرکس به هر نحو موجبات ارتکاب به خودکشی طفل یا نوجوان را فراهم آورد یا تسهیل کند و مشمول مقررات حد یا قصاص نشود، علاوه بر پرداخت دیه طبق مقررات، حسب مورد به ترتیب زیر مجازات می‌شود: الف) هرگاه رفتار مرتکب، موجب خودکشی منجر به فوت طفل و نوجوان شود، به مجازات حبس درجه پنج قانون مجازات اسلامی؛ ب) هرگاه اقدامات مرتکب موجب فوت طفل و نوجوان نشود، ولی منجر به ورود آسیب جسمی یا روانی به طفل و نوجوان شود به مجازات حبس درجه شش قانون مجازات اسلامی؛ پ) هرگاه اقدامات مرتکب موثر واقع نشود، به مجازات حبس درجه هشت قانون مجازات اسلامی.

به عنوان یک جرم مستقل پیش‌بینی نشده است؛ بنابراین هر رفتار مشتق در پیوند با آن، از قبیل کمک و تحریک و شروع و تبانی نیز قابل مجازات نخواهد بود و از پایه، مسؤولیت کیفری اشتقاقی که ریشه آن خودکشی باشد، نمی‌تواند تحقق یابد. از طرف دیگر، جرمی تحت عنوان قتل در قوانین وجود دارد که رفتارهای در پیوند با آن از قبیل مطالعه در خصوص نحوهٔ قتل و یاد گرفتن آن چون جرم‌انگاری نشده‌اند، مسؤولیت کیفری به دنبال نخواهند داشت.

در برخی موارد، همدستی یا حتی تلاش برای ارتکاب جرم از چنان اهمیت اجتماعی و خطر بالقوه‌ای برخوردار است که تهدید حاصل از آن، گاه از خود رفتار مجرمانه‌ای که قرار است ارتکاب یابد نیز جدی‌تر تلقی می‌شود؛ با این حال، این اقدامات همواره مشمول جرم‌انگاری مستقیم قانونی نمی‌گردند. دلیل این امر، پای‌بندی نظام‌های حقوق کیفری به اصل «قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها» است که مانع از آن می‌شود که هر رفتاری تنها به دلیل خطرناک بودن یا ناپسندی اجتماعی، مورد مجازات قرار گیرد، مگر آن‌که پیش‌تر در قانون تعریف و جرم‌انگاری شده باشد. این شکاف میان تهدید اجتماعی و جرم‌انگاری قانونی، ضرورت بازنگری در مبانی سنتی مسؤولیت کیفری و گسترش نظریه‌هایی نظیر مسؤولیت کیفری اشتقاقی را آشکار می‌سازد؛ چراکه گاه فردی که در یک ساختار جنایی پیچیده، نقش طراح یا هماهنگ کننده را ایفا می‌کند، بدون آن‌که خود هیچ کنش مادی مستقیمی انجام دهد، نقش مؤثرتری در ارتکاب جرم دارد تا مباشر فیزیکی آن. با این حال، نبود پیش‌بینی قانونی مستقیم برای برخی از اشکال همکاری، موجب می‌شود که تعقیب کیفری چنین افراد خطرناکی با مانع مواجه شود. نظام‌های حقوقی نوین برای پاسخ‌گویی به این چالش، باید مرزهای مسؤولیت کیفری اشتقاقی را گسترش داده و اشکال جدیدی از همکاری در ارتکاب جرم، مانند معاونت در تبانی یا تحریک در تحریک را نیز به عنوان اشکال قابل تعقیب در نظر بگیرند.

۳-۲. هدفمندی معنادار

بین مسؤولیت کیفری اشتقاقی و مسؤولیت کیفری اصلی یک پیوند هدفمندی معنادار وجود دارد؛ بر این اساس، قصد در مسؤولیت کیفری اشتقاقی این است که جرم اصلی به صورت کامل ارتکاب یابد (Hallevy, 2012: 66). برای مثال، قصد در

شروع به جرم قتل این است که جرم قتل به صورت کامل انجام گیرد؛ و یا زمانی که فردی دیگری را تحریک می‌کند که سرقت نماید، قصد دارد که سرقت به صورت کامل انجام شود؛ بنابراین عامدانه و هدف‌دار بودن از خصوصیات اصلی مسؤولیت کیفری اشتقاقی است که در همهٔ انواع آن باید وجود داشته باشد و منظور از آن قصد به پایان رساندن جرم است.

هدفمندی به رابطهٔ ذهنی بین جرم اصلی و مسؤولیت کیفری اشتقاقی تأکید دارد. هیچ‌یک از اشکال مسؤولیت کیفری اشتقاقی بی‌دلیل یا بدون قصد ارتکاب نمی‌یابد. پشت هر شکل از مسؤولیت کیفری اشتقاقی یک هدف بسیار مشخصی برای به فرجام رساندن آن جرم وجود دارد که مبنا و انگیزهٔ اعمال مسؤولیت کیفری اشتقاقی است. هیچ شخصی شروع به جرم نمی‌کند تنها برای این‌که شروع به جرم کرده باشد. شروع به جرم با این هدف انجام می‌شود که جرم اصلی به صورت کامل انجام گردد. اگر فردی قصد شروع به جرمی نماید، نمی‌توان آن را شروع به جرم دانست؛ برای مثال، اگر فردی بخواهد با شلیک گلوله به سمت دیگری آن را بترساند و شروع به جرم قتل نماید، شروع به قتل محقق نخواهد شد. در این موارد شلیک را باید جرم تام تهدید یا ایراد ضرب و جرح دانست. چون هیچ قصدی برای به فرجام رساندن جرم قتل نبوده است، شروع به جرم نمی‌باشد. وقتی شخصی دیگری را تحریک به سرقت می‌نماید، هدف وی انجام یافتن سرقت است. در رویه قضائی ایران نیز از روی قصد بودن اعمال شخصی که مسؤولیت کیفری اشتقاقی دارد، در بحث معاونت تحت عنوان وحدت قصد ضروری دانسته شده است[1]. بایستگی مشارکت از روی علم در جرم اقتضا می‌کند که نخست، بین قصد معاون و افعالی که فاعل اصلی جرم مرتکب می‌شود، وحدت کامل وجود داشته باشد (اردبیلی، ۱۳۹۷: ۷۰). به عبارتی دیگر، هر یک از نمونه‌های مسؤولیت کیفری اشتقاقی که در قانون جرم‌انگاری شده‌اند، مانند هر جرم دیگر دارای رکن روانی نیز می‌باشند؛ برای مثال، ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی در خصوص شروع به جرم عبارت «هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده ...» را به کار برده است و یا تبصره ماده ۱۲۶ قانون مجازات اسلامی[2] وحدت قصد را

۱. دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۸۶۹۹۱۰۰۰۷۵۲، سال ۱۴۰۱، شعبه سوم دادگاه کیفری یک استان خوزستان؛ دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۸۱۹۷۹۳۰۰۳۲۴، سال ۱۳۹۵، شعبه سی و ششم دیوان عالی کشور.

۲. اشخاص زیر معاون جرم محسوب می‌شوند: الف- هرکس دیگری را ترغیب، تهدید، تطمیع، یا

برای معاونت شـــرط دانسته است؛ بنابراین موارد غیرعمدی را باید از دایرۀ مسؤولیت کیفری اشتقاقی خارج ساخته و به عنوان مسؤولیت کیفری خودپا در نظر گرفت. ماده ۱۲۵ قانون مجازات اســـلامی[1] بر خلاف این خصیصه عمل کرده و شرکت در جرم را به صورت عمدی و غیرعمدی در کنار هم قابل تحقق دانسته است.

٤-۲. ادغام پذیری

ویژگی ادغام پذیری در واقع ویژگی تکمیل کننده و بر عکس اشـــتقاقی است. با توجه به این ویژگی، هر یک از انواع مسؤولیت کیفری اشتقاقی ممکن است تحت شـــرایطی در جرم اصلی ادغام شوند. ادغام به همان شـــیوۀ اشتقاقی، ولی به صورت بر عکس صورت می‌گیرد (Hallevy, 2012: 67). نمونۀ مســـؤولیت کیفری اشتقاقی، شروع به جرم است. فردی اسلحه‌ای را با هدف کشتن دیگری به سمت سر وی نشانه گرفته و ماشه را می‌کشـــد. در این حالت اگر گلوله به سر وی اصابت نکرده و منجر به فوت وی نشـــود، در حد شـــروع خواهد بود. ولی اگر به وی اصابت کرده و او را بکشد، جرم تام قتل محقق می‌شـــود. در چنین مواردی توانایی نسبت دادن شروع به جرم قتل و خود جرم قتل هم‌زمان به یک شـــخص ممکن نیســـت و شروع به قتل در جرم تام قتل ادغام شده است. برای مثال، فرد الف، فرد ب را تحریک می‌کند که جرم ســـرقت را مرتکب شود، فرد ب به شرطی آن را قبول می‌کند که الف نیز در ارتکاب جرم مشـــارکت نماید، الف نیز موافقت می‌کند، در این حالت نیز معاونت در سرقت در جرم ســـرقت ادغام می‌شود و هر دو به جرم سرقت محکوم می‌شوند. شعبه دیوان عالی کشور ایران نیز در یک رأی بیان داشته است: «نمی‌توان در ارتکاب جرم واحدی،

تحریک به ارتکاب جرم کند یا با دسیسه یا فریب یا سوءاستفاده از قدرت، موجب وقوع جرم گردد؛ ب- هرکس وسایل ارتکاب جرم را بسازد یا تهیه کند یا طریق ارتکاب جرم را به مرتکب ارائه دهد؛ پ- هرکس وقوع جرم را تسهیل کند.

تبصره- برای تحقق معاونت در جرم، وحدت قصد و تقدم یا اقتران زمانی بین رفتار معاون و مرتکب جرم شرط است. چنانچه فاعل اصلی جرم، جرمی شدیدتر از آنچه مقصود معاون بوده است مرتکب شود، معاون به مجازات معاونت در جرم خفیف‌تر محکوم می‌شود.

۱. هر کس با شـــخص یا اشـــخاص دیگر در عملیات اجرایی جرمی مشارکت کند و جرم، مستند به رفتار همه آن‌ها باشد خواه رفتـــار هر یک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد خواه نباشد و خواه اثر کار آنان مســـاوی باشد خواه متفـــاوت، شریک در جرم محســـوب و مجازات او مجازات فاعل مســـتقل آن جرم اســـت. در مورد جرائم غیرعمدی نیز چنانچه جرم، مستند به تقصیر دو یا چند نفر باشـــد مقصران، شریک در جرم محسوب می‌شوند و مجازات هر یک از آنان، مجازات فاعل مستقل آن جرم است.

راجع به تأثیر مداخلهٔ یک فرد، هم‌زمان دو نقش متفاوتی قائل و وی را ابتدا به عنوان معاون جرم و بار دیگر به عنوان فاعل مستقل آن جرم محکوم نمود»[1].

۳. تفکیک مسؤولیت کیفری اشتقاقی از مفاهیم مشابه

وقتی صحبت از مسؤولیت کیفری اشتقاقی می‌شود ممکن است انگاشته شود که این همان مسؤولیت کیفری نیابتی است که در قالب مسؤولیت کیفری به علت رفتار دیگری در قوانین کیفری ایران پیش‌بینی شده است و یا ممکن است این‌گونه به ذهن تبادر شود که مسؤولیت کیفری اشتقاقی به دنبال جرم‌انگاری عملیات مقدماتی جرم است. در این بخش مسؤولیت کیفری اشتقاقی از مفاهیم همانند تفکیک خواهد شد.

۳-۱. تفکیک مسؤولیت کیفری اشتقاقی از مسؤولیت کیفری نیابتی

مسؤولیت کیفری نیابتی امروزه کمابیش در قوانین جزایی تمامی کشورها جا باز کرده است و بیشتر در مواردی دیده می‌شود که یک رابطهٔ فرادستی و فرودستی وجود دارد. جایی که اشخاص حقوقی و یا حقیقی از عمل دیگری سود می‌برند، به دنبال این سود، مسؤولیتی را که از عمل آن شخص ناشی می‌شود نیز باید پذیرا باشند (رنجبر، ۱۳۹۵: ۱۶). دو نمونهٔ آشکار مسؤولیت کیفری نیابتی که در حقوق کامن‌لا و ایران مورد پذیرش قوانین کیفری قرار گرفته است، مسؤولیت کیفری به علت رفتار دیگری و مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی می‌باشد. این نوع مسؤولیت در حوزه‌های نوپیدا همچون امنیت سایبری نیز نمود یافته است؛ برای مثال، در مواردی که یک مدیر سایت با وجود آگاهی از استفادهٔ غیرقانونی از بستر دیجیتال خود توسط کاربران (مانند حملات سایبری یا انتشار بد افزار)، هیچ اقدامی برای پیشگیری نمی‌کند، ممکن است به صورت نیابتی مسؤول شناخته شود. همچنین می‌توان به مواردی چون نشر محتوای مجرمانه توسط کارکنان رسانه‌های جمعی، آزار جنسی در محیط کار توسط زیر دستان، یا نقض مقررات زیست محیطی توسط کارکنان شرکت‌های صنعتی (K. Puji Prayitno & D. Hapsari Retnaningrum, 2019: 264) اشاره کرد که در آن‌ها، اشخاص حقیقی یا حقوقی به دلیل سود بردن یا نداشتن نظارت کافی،

---

۱. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۶۰۰۷۲۷، سال ۱۳۹۱، شعبه شانزدهم دیوان عالی کشور

مسؤولیت کیفری رفتار دیگری را متحمل می‌شوند.

مسؤولیت نیابتی فقط محدود جرم‌های عمدی نبوده و دامنهٔ شمول آن جرم‌های غیرعمدی را نیز در بر می‌گیرد (ملکی و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۰)؛ چون هدف از پیش‌بینی مسؤولیت کیفری نیابتی این است که اشخاص حقوقی و اشخاص حقیقی که رابطه قراردادی با زیر دستان خود دارند، به صورت پیوسته اعمال آن‌ها را بازبینی کرده و از بروز خطرها پیشگیری نمایند. از این رو منطقی است در قبال جرم‌های ناشی از تقصیر مباشر نیز مسؤولیت کیفری داشته باشند؛ در حالی که مسؤولیت کیفری اشتقاقی به صورت غیر عمدی امکان تحقق ندارد؛ زیرا یکی از خصیصه‌های سازندهٔ این نوع از مسؤولیت کیفری هدف‌دار بودن رفتار آن است. در این خصوص عده‌ای بر این باورند که مسؤولیت کیفری نیابتی به هیچ عنوان همانند مسؤولیت کیفری اشتقاقی (البته اگر عاریتی را مترادف با اشتقاقی بدانیم) نیست و دلیل می‌آورند که در مسؤولیت کیفری اشتقاقی که از نمونه‌های آن معاونت می‌باشد، بایستی معاون در راستای ارتکاب جرم قصد خود را به طریقی نشان داده و در جهت آن اعمالی انجام داده باشد، در حالی که در مسؤولیت کیفری نیابتی نیازی به این موارد نیست (کوچی، ۱۳۹۳: ۱۹). دیدگاه بالا قابل پذیرش نیست؛ زیرا نه مسؤولیت کیفری نیابتی محدود به مواردی است که شخص مسؤول بدون هیچ دخالت و حتی آگاهی در مورد جرم مباشر مسؤولیت کیفری دارد و نه مسؤولیت کیفری اشتقاقی محدود به معاونت می‌شود که حتماً نیازمند انجام رفتاری در راستای ارتکاب جرم باشد. همان‌طور که در بخش دوم مقاله گفته شده، مسؤولیت کیفری اشتقاقی هماره دارای چهار خصیصهٔ اصلی و بنیادین می‌باشد که در میان آن‌ها لزوم انجام فعل مادی به چشم نمی‌خورد؛ بنابراین می‌توان نمونه‌هایی از مسؤولیت کیفری نیابتی را مسؤولیت کیفری اشتقاقی دانست. در مواردی از مسؤولیت کیفری به علت رفتار دیگری، ممکن است شخصی که بر پایهٔ رابطهٔ نظارتی یا قراردادی مسؤول شناخته می‌شود، خود نیز به عمد در ارتکاب جرم دخالت داشته باشد. برای مثال، مدیرعامل یک شرکت به‌طور آگاهانه و با قصد پیشین به کارمند واحد حسابداری دستور می‌دهد که دفترهای مالی شرکت را جعل کند تا بخشی از درآمدهای واقعی مخفی شده و مالیات کمتری پرداخت شود. کارمند به موجب دستور مدیر اسناد مالی را تغییر می‌دهد و مرتکب جرم جعل

و استفاده از سند مجعول می‌شود. در این وضعیت، کـــارمند به عنوان مباشـــر جرم مسؤولیت کیفری مستقیم دارد و مدیر عامل بر مبنای رابطـهٔ سلسـله مراتبی و نظارت شغلی، به موجب قواعد مســؤولیت کیفری به علت رفتار دیگری (مسؤولیت نیابتی) مسؤول شناخته می‌شود؛ با این حال مسؤولیت مدیر عامل در این مثال، صرفاً ناشی از رابطه سازمانی نیست، بلکه به دلیل صدور دستور مجرمانه و دخالت آگاهانه و عامدانه در فرآیند ارتکاب جرم، جنبه اشـــتقاقی نیز پیدا می‌کند و می‌تواند به عنوان معاون یا شـــریک جرم مورد تعقیب قرار گیرد. به این ترتیب، در این قبیل موارد، مســـؤولیت کیفری نیابتی با مســـؤولیت کیفری اشـــتقاقی توأمان می‌شود و شخص مسؤول هم به دلیل رابطهٔ نظارتی و هم به علت قصد مجرمانه و نقش فعال در جرم، پاسخ‌گو خواهد بود.

۲-۳. تفکیک مسؤولیت کیفری اشتقاقی از مسؤولیت کیفری ناشی از فاعلیت معنوی

فاعل معنوی جرم، مغز متفکر جرم است که بدون ارتکاب رکن مادی جرم به هدف خویش نائل می‌شود. او جرم مورد نظر را توسط افراد بدون مسؤولیت کیفری یا افرادی که دارای حســـن نیت می‌باشند و با هدف انجام وظیفه، مرتکب رفتار مجرمانه می‌شوند انجام می‌دهد. این افراد واسطه، رکن روانی ندارند و در این حالت، مرتکب جرم همان برانگیزنده اســـت که با مهندسی او دیگری جرم را انجام می‌دهد و مباشر هم واســـطه‌ای بی‌تقصیر محسوب می‌شود (غلامی و بحیرایی، ۱۳۹۶: ۸). سبب اقوی از مباشر آشکارترین نمونهٔ فاعلیت معنوی می‌باشد. شماری باور دارند چنانچه منظور از فاعل معنوی حالتی باشـــد که وی جرم را از طریق فاعل مسؤول انجام دهد، چنین فردی معاون جرم اســـت و توانایی جداســـازی آن از برانگیزنده و ترغیب کنندهٔ جرم وجود ندارد؛ لذا باوجود معاونت، اســـتفاده از معنای گذشته بی‌فایده است (اردبیلی و فروتن، ۱۳۹۵: ١٤).

در برخـی موارد استثـنایی که جـرم مـورد نظر نیاز به سـوء نیت ندارد (مانند جـرائم مبتنی بر مسؤولیت مطلـق)، ممـکن است هر دو - یـعنی سبـب ساز و عـامل بـی‌گناه- مسؤول شناخـته شوند. در این مـوارد مسـؤولیت کیـفری سـبب اشتـقاقی می‌باشد؛ چون از مـسؤولیت کیفـری مـــباشر سرچشـمه می‌گـیرد (Baker, 2016:

22 ; Hallevy, 2012: 165)، اما در جرائمی که نیاز به عنصر روانی دارند، فقط کسی که قصد مجرمانه داشته، یعنی همان سبب ساز، باید پاسخ‌گو باشد؛ بنابراین در این وضعیت مسؤولیت کیفری فرد نه از مسؤولیت شخص دیگر، بلکه از تقصیر شخصی خودش و بهره‌گیری از دیگری به عنوان ابزار ارتکاب جرم ناشی می‌شود.

٤. اشتقاق چندگانه[1]

مسؤولیت کیفری اشتقاقی تنها محدود به اشتقاق یک مرحله‌ای نیست. اشتقاق چندگانه حالتی است که در آن مسؤولیت کیفری چندین نفر از مسؤولیت کیفری یکدیگر سرچشمه می‌گیرد. اشتقاق چندگانه دو نوع است: سریالی یا موازی. در ادامه اشتقاق سریالی و موازی بررسی خواهد شد.

١-٤. مسؤولیت کیفری اشتقاقی سریالی

اشتقاق سریالی زمانی رخ می‌دهد که از یک مسؤولیت کیفری اشتقاقی، مسؤولیت کیفری دیگری سرچشمه بگیرد؛ در واقع، مسؤولیت کیفری اشتقاقی اول، برای مسؤولیت کیفری اشتقاقی دوم به مثابهٔ مسؤولیت کیفری اصلی می‌باشد. این‌گونه از مسؤولیت کیفری اشتقاقی محدود به دو مرحلهٔ نیست و می‌تواند برای بار سوم، چهارم، پنجم و بیشتر نیز رخ دهد (Hallevy, 2012: 71). مسؤولیت کیفری اشتقاقی سریالی یک نگرهٔ نظری صرف نیست، بلکه بسیار در واقعیت رخ می‌دهد؛ برای مثال، فرد الف می‌خواهد فرد ب را به قتل رساند، ولی مهارت کافی را ندارد. او فرد ج را می‌شناسد که آدم‌کش ماهری است، ولی خود به خاطر ترس از پلیس نمی‌تواند با وی مستقیم ارتباط برقرار کند. او فرد د را که دوست مشترکش با ج است، مأمور می‌کند تا بگوید که فرد ب را به قتل رساند. این وضعیت در جرم‌های سازمان‌یافته و غیر سازمان‌یافته دیده می‌شود (Horder & Hughes, 2009: 398) و تنها زمانی می‌تواند جرم‌انگاری شود که مسؤولیت کیفری اشتقاقی سریالی در قانون پذیرفته شده باشد. در مثال پیش‌گفته اگر قتل رخ دهد، معاونت در قتل و معاونت در معاونت در قتل نیز تحقق خواهند یافت.

گفتنی است که مسؤولیت کیفری اشتقاقی از نوع سریالی به یک نوع از مسؤولیت کیفری اشتقاقی محدود نیست و ممکن است چند نوع مسؤولیت کیفری

1. Multiple Derivation

با هم مشـــترکاً به صورت ســـریالی اتفاق افتند. مثل این‌که فردی معاونت در شرکت در جـــرم نماید یا این‌که شـــرکت در معاونت نماید. در حقـــوق ایران در خصوص مسؤولیت کیفری اشتقاقی سریالی اختلاف نظر وجود دارد؛ شماری بر این باورند که جرم شـــناختن رفتار معاون منوط به اجرای کامل آن است و اگر معاونت به هر دلیلی صورت نگیرد و یا در مرحلهٔ شـــروع به اجرا باقی بماند، رفتار مذکور جرم نیســـت و نتیجه می‌گیرند معاونت در شـــروع به جرم مجازات دارد، ولی شـــروع به معاونت مجازات ندارد (اردبیلی، ۱۳۹۷: ۵۵؛ منصورآبادی، ۱۳۹۹: ۲۳۲؛ برهانی و لطفعلی‌زاده، ۱۴۰۱: ۱۷۶). برخی دیگر از حقوق‌دانان در کنار معاونت در شروع به جرم، شروع به معاونت را نیز ممکن دانسته‌اند. دیدگاه دوم به نظر صحیح‌تر می‌باشد؛ زیرا وقتی قانون مجازات اســـلامی معاونت و شـــروع به جرم را جرم‌انگاری کرده است، دیگر دلیلی ندارد که شـــروع به معاونت سزاوار مجازات نباشد. در واقع، مسؤولیت کیفری معاون از مسؤولیت کیفری مباشـــر جرم سرچشمه می‌گیرد و مسؤولیت کیفری برای شروع به معاونت نیز از آن ریشـــه خواهد گرفت. از آنجایی که معاونت در جرم در حقوق ایران مقید به نتیجه می‌باشـــد، تصور شـــروع به معاونت نیز آسان است؛ بنابراین طبق قوانین کیفری، مانعی برای سزامندی شروع به معاونت وجود ندارد. به عنوان مثال، در مواردی که ارتباطی به منزلهٔ تحریک بوده ولی به گیرندهٔ مورد نظر پیام نرسد، این جرم شروع به تحریک محسوب می‌شود[1]. در قانون مجازات آلمان نیز شروع به معاونت در جرم جرم‌انگاری شـــده است[2]. همچنین در حقوق انگلیس نیز شروع به جرم معاونت مجازات دارد[3]. به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان ایرانی، معاونت در معاونت نیز ســـزاوار

1. R v Holliday (2017) 260 CLR 650; 91 ALJR 857; [2017] HCA 35 (06 September 2017). R v Shashati (2018) 85 MVR 194; [2018] NSWCCA 167 (03 August 2018). Devos v Raper [2006] WASC 167 (11 August 2006). [2024] PBRA 68. [2024] EWCA Crim 992.

2. Article 30(1) of the German Penal Code: A person who attempts to induce another to commit a felony or abet another to commit a felony shall be liable according to the provisions.

Article 30(2) of the German Penal Code: (2) A person who declares his willingness or who accepts the offer of another or who agrees with another to commit or abet the commission of a felony shall be liable under the same terms.

3. R v Kirkby [2000] 2 Qd R 57; (1998) 105 A Crim R 323; [1998] QCA 445 (22 December 1998

مجازات است (نوربها، ۱۳۹۰: ۲۱٤؛ میرمحمد صادقی، ۱٤۰۱: ۲۵٦).

همچنین سایر حالت‌های مسؤولیت کیفری اشتقاقی سریالی از قبیل شرکت در شـــروع به جرم، شـــروع به تبانی یا معاونت در تبانی یا شرکت در معاونت نیز به نظر می‌رسد با مانعی در حقوق ایران رو به رو نباشند. رخ دادن معاونت در تبانی و تبانی در معاونت در حقوق ایران ممکن تلقی شده است. برخی باور دارند تحقق شروع به جرم در ارتکاب تبانی تصور ناپذیر به نظر می‌رسد؛ زیرا منظور از تبانی، نیل دو یا چند نفر به توافق برای ارتکاب جرم است. توافق یا حاصل می‌شود و یا حاصل نمی‌شود و تجزیه‌پذیر نیست تا حد وسطی که بتوان آن را شروع به تبانی محسوب کرد به وجود آید (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۹: ۱۸۵)، ولی به نظر می‌رســـد به صورت کلی نمی‌توان شروع به تبانی را ناممکن دانست؛ چه‌بسا امروزه دیگر طرفین تبانی به صورت فیزیکی در کنار هم نیستند که در آنِ واحد به توافق برسند و ممکن است کیلومترها از همدیگر فاصله داشـــته و از طریق فضای مجـــازی و دارک وب تبانی را انجام دهند. از طرف دیگر، ماده ٦۱۱ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات[1] برای تحقق جرم تبانی، فراهم سازی مقدمات اجرایی را نیز شرط دانسته است که می‌توان پیدایش توافق بین طرفین ولی فراهم نساختن مقدمات را شروع به تبانی دانست.

شـــماری با این استدلال که مسؤولیت اشـــتقاقی چندگانه خلاف اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها می‌باشد، به آن انتقاد وارد کرده‌اند. در حالی که اصل قانونی بودن جرم‌ها و مجازات‌ها در حقوق کیفری خود اصل تفسیر غایی هنجارهای حقوق کیفری ماهوی را پذیرفته اســـت (Hallevy, 2010). مسؤولیت کیفری اشتقاقی برای پیشـــگیری کارآمد از پدیده‌های امروزی پذیرفته شـــده اســـت. در غیر این صورت، شخصی که بخواهد بدون رویارویی با مسؤولیت کیفری، مرتکب جرم شود، می‌تواند شـــخص دیگری را برای تحریـــک مرتکب به ارتکاب جرم تحریـــک کند. این طرز اندیشـــه، مشخصهٔ بیشتر سازمان‌های جنایی است. حتی اگر «معاونت در معاونت» نیز به صورت مســـتقیم جرم‌انگاری شود، باز ممکن است حلقه‌های دیگری به آن افزوده شـــده و بزهکاران از مســـؤولیت کیفری رهایی یابند. تنها راه حل قانونی مفید برای

۱. هر گاه دو نفر یا بیشتر اجتماع و تبانی بنمایند که علیه اعراض یا نفوس یا اموال مردم اقدام نمایند و مقدمات اجرائی را هم تدارک دیده باشند ولی بدون اراده خود موفق به اقدام نشوند حسب مراتب به حبس از شش ماه تا سه سال محکوم خواهند شد.

این بازگشـــت، به رسمیت شناختن اشـــتقاق چندگانه سریالی به عنوان شکل مشروع و ســـزامند مسؤولیت کیفری اشتقاقی اســـت. «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به معاهده سازمان ملل متحد برای مبارزه با جرائم سازمان‌یافته فراملی» مصوب ۱٤۰٤ به درســـتی در مادۀ ۵ اشتقاقی بودن مســـؤولیت کیفری اعضای گروه مجرمانه را پیش‌بینی نموده اســـت. مادۀ یاد شـــده برای اشخاصی که آگاهانه در گروه مجرمانه عضویت داشته باشند، بابت جرائم ارتکابی اعضای گروه، مسؤولیت کیفری پیش‌بینی کرده است.

۲-٤. مسؤولیت کیفری اشتقاقی موازی

اشتقاق چندگانۀ مـــوازی به شـــرایطی گفته می‌شـــود که در آن شکل‌های گوناگونی از مسؤولیت کیفری اشتقاقی از یک مسؤولیت کیفری اصلی گرفته می‌شود (Hallevy, 2012: 74). برای مثال، شـــخصی دیگری را به ارتکاب ســـرقت تحریک کـــرده و فرد ثالث نیز در ارتکاب جرم مشـــارکت می‌کند. در ایـــن مثال، معاونت و مشـــارکت هم‌زمان از مسؤولیت کیفری اصلی اشتقاق شده‌اند. ممکن است مسؤولیت کیفری اشتقاقی موازی همگی از یک نوع باشند، مثل این‌که در یک جرمی چند نفر به صورت مســـتقل معاونت نمایند؛ و یا این‌که از هر نوع وجود داشته باشد، مثل این‌که یکی معاونت و دیگری مشـــارکت نماید. اشـــتقاق‌های چندگانۀ موازی و ســـریال را می‌توان باهم ترکیب کرد. لازم نیست که اشتقاق‌های فراوان، موازی یا سریالی باشند؛ در ترکیب‌هایی که شـــامل اشـــتقاق‌های چندگانۀ موازی و ســـریال هستند، هر پیوند در زنجیره ممکن اســـت موازی یا ســـریالی باشد، اگرچه کل زنجیره شامل پیوندهای موازی و ســـریالی اســـت. به عنوان مثال، تحریک کنندۀ «الف» و تحریک کنندۀ «ب»، به‌طور جداگانه «پ» را تحریک می‌کنند تا «ج» را به ارتکاب ســـرقت تحریک نماید. تحریک‌های «الف» و «ب» نســـبت به «پ» اشتقاق چندگانه موازی هستند، اما هریک از آن‌ها همچنین به عنوان تحریک به ارتکاب ســـرقت عمل می‌کنند که نتیجۀ اشتقاق چندگانه سریالی است.

برآمد

۱- مسؤولیت کیفری اشتقاقی با هدف گسترش دامنه پاسخ‌گویی کیفری به اعمالی که به طور مستقیم جرم محسوب نمی‌شود، اما به نحو مؤثری در شکل‌گیری یا تحقق آن دخیل‌اند، پا به عرصه ظهور گذاشته است. اگرچه نهادهایی نظیر مسؤولیت کیفری نیابتی و مسؤولیت عاریتی به صورت پراکنده و استثنایی بر اصل شخصی بودن مسؤولیت کیفری در قوانین جزایی ایران پذیرفته شده‌اند، اما «مسؤولیت کیفری اشتقاقی» مفهومی گسترده‌تر و ساختاریافته‌تر است که توانایی تحلیل و پوشش اشکال متنوع‌تری از مداخله در تمامی جرم‌ها را دارد. این نظریه قادر است زنجیره‌های پیچیدهٔ ارتکاب جرم را، به ویژه در بستر جرائم سازمان‌یافته، به درستی تبیین نماید. در دنیای امروز که جرائم سازمان‌یافته، تروریسم، فساد مالی فراملی و جرائم سایبری با سرعت فزاینده‌ای در حال گسترش هستند، ساختار سلسله مراتبی و شبکه‌ای این جرائم، اهمیت شناسایی مسؤولیت اشتقاقی را دو چندان می‌کند. بدون وجود این ابزار حقوقی، بسیاری از طراحان اصلی، سرشاخه‌ها و تسهیل‌گران کلیدی در این شبکه‌ها می‌توانند از چنگال عدالت بگریزند و به بی‌کیفرمانی بزهکاران پنهان منجر شوند.

۲- مناسب است نظریهٔ مسؤولیت کیفری اشتقاقی، همانند مواد ۱۴۲ و ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی در مورد مسؤولیت کیفری به علت رفتار دیگری و مسؤولیت اشخاص حقوقی، به صورت یک تئوری عام و فراگیر در قانون گنجانده شود؛ به گونه‌ای که جلوه‌های گوناگون آن نظیر معاونت در تبانی، تبانی برای معاونت در جرم، شروع به تبانی، شرکت در شروع به جرم و نیز نهادهایی مانند مسؤولیت کیفری اقدام مجرمانه مشترک و... در قالب مقررات خاص و متناسب با هر دسته از جرائم، خصوصاً در عرصه جرائم سازمان‌یافته و پیچیده، به صراحت پیش‌بینی و تبیین گردد. به این ترتیب، خلأهای مفهومی موجود در قوانین فعلی برطرف می‌شود و عدالت کیفری در سطوح ساختاری و پیشگیرانه تقویت می‌گردد. این مفهوم فراتر از اشکال سنتی مشارکت یا معاونت در جرم، به نقش آفرینی‌های پیچیده‌تر و غیرمستقیم‌تر مانند تحریک، برنامه‌ریزی، سازمان‌دهی و تسهیل‌گری می‌پردازد.

۳- نهادینه سازی مسؤولیت کیفری اشتقاقی در سطح تقنینی، نیازمند دقت و

ظرافت ویژه‌ای است. قانون‌گذار باید با تعریف روشن و شفافِ مرز این مسؤولیت، از گسترش بی‌ضابطه و خودسرانهٔ دامنه مجازات‌ها جلوگیری کند و همچنین پاسخ‌گویی کیفری را متناسب با نقش واقعی، میزان نفع و درجهٔ خطرآفرینی هر فرد در ارتکاب جرم تعیین نماید. این طبقه‌بندی تدریجی مسؤولیت، به عادلانه‌تر شدن نظام پاسخ‌دهی کیفری و پیشگیری مؤثرتر از شکل‌گیری شبکه‌های مجرمانه کمک می‌کند. لازم است قانون‌گذار با رویکردی پویا و آینده‌نگر، ضمن پیش‌بینی اشتقاق چندگانهٔ موازی و سریالی مسؤولیت کیفری، مصادیق نوظهور آن نظیر «تحریک غیرمستقیم از طریق فضای مجازی»، «تسهیل‌گری فناورانه در جرائم سایبری» و «سازماندهی جرائم از راه دور» را به وضوح در قوانین کیفری جرم‌انگاری کرده و مجازات‌های متناسب با نقش، نفع و خطرآفرینی هر فرد تعیین کند تا ضمن پر کردن خلأهای قانونی، از گسترش بی‌ضابطه دامنه مسؤولیت نیز جلوگیری نماید.

٤- در سطح قضایی، پذیرش صریح نهاد مسؤولیت کیفری اشتقاقی در قانون، موجب ارتقاء دقت و انسجام در استدلال‌های قضایی می‌شود و ابزار تحلیلی قوی‌تری برای قضات فراهم می‌کند. با این حال، اجرای این مسؤولیت با چالش‌های اثباتی مهمی رو به روست. اثبات «قصد مجرمانه» و «رابطه سببیت» بین عمل غیر مستقیم و نتیجه مجرمانه، در بسیاری از موارد دشوار است. نیاز به شواهد دیجیتالی، تحلیل‌های شبکه‌ای و گاهی همکاری‌های بین‌المللی برای ردیابی افراد درگیر، ازجمله چالش‌های اثباتی در این حوزه به شمار می‌رود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اردبیلـــی، محمدعلی (۱۳۹۷)، **حقوق جزای عمومی**، جلد دوم، چاپ چهل و نهم، تهران: میزان.

* اردبیلـــی، محمدعلی و فروتن، مصطفی (۱۳۹۵)، «**فاعل معنوی در حقوق کیفری ایران**»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۷۳.

* ابوالحسنی، رضا، بشیریه، تهمورث و یوسفی صادقلو، مهدی (۱٤۰٤)، «**نقش جرایم ســـازمان‌یافته در حوزه ورزش به منظور تامین مالی تروریسم و سازکار مقابله با آن**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شناره ۱۳۰.

* برهانی، محســـن و لطفعلی‌زاده، الهه (۱٤۰۱)، **تأملات**، چاپ نخســـت، تهران: قوه قضاییه.

* جعفری، مجتبی (۱۳۹٦)، «**بازاندیشـــی در مفهوم مســـؤولیت کیفری فعل غیر**»، پژوهش حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۲۰.

* حاجی‌بیگی، ســـحر و عالی‌پور، حســـن و پاکزاد، بتول (۱٤۰۲)، «**رابطه اســـتناد در جرائم زیســـت محیطی در پرتو عاریتی‌ســـازی مسؤولیت کیفری؛ چالش‌ها و رهیافت‌ها**»، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۱۱، شماره ۲۱.

* درخشان، محمدرضا و رضایی، غلامحسین و فروتن، مصطفی (۱۳۹۹)، «**مسؤولیت کیفری مداخله‌کنندگان در گروه‌های مجرمانه در حقوق ایران و اسناد بین‌الملل**»، سال سوم، شماره ۱.

* رضائیان کوچی، محمدرضا (۱۳۹۳)، «**مبانی مســـؤولیت کیفری عاریتی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و کامن‌لا)**»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، کرمان: دانشگاه شهید باهنر.

* رنجبر، حسین (۱۳۹۵)، **مســـؤولیت کیفری نیابتی**، چاپ نخست، تهران: شهر دانش.

* ســـلیمانی، حمید (۱٤۰۱)، «**مطالعه فقهی ســـازمان‌یافتگی جرم در پرتو اعانه بر اثم**»، دو فصل‌نامه علمی- ترویجی مطالعات فقه امامیه، سال دهم، شماره ۱۹.

* صبری، نورمحمـــد (۱۳۹۸)، **آموزه‌های حقوق جزای عمومی**، چاپ دوم، تهران:

مساوات.
* غلامی، علی و بحیرایی، امیرحسین (۱۳۹۶)، «**فاعل معنوی جرم و ارتباط آن با عناوین مشابه**»، فصل‌نامه تعالی حقوق، دوره ۳، شماره ۲۰.
* کوشا، جعفر و علیزاده، اکبر (۱۴۰۳)، «**واکاوی مسئولیت کیفری ترور سردار سلیمانی بر مبنای اشکال مسئولیت کیفری بین‌المللی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۶.
* ملکی، علی و رنجبر، حسین و هدایتی، علی و رکنی، مهرداد (۱۳۹۳)، «**مسؤولیت کیفری نیابتی**»، همایش ملی رویکردهای کاربردی و پژوهشی در علوم انسانی و مدیریت.
* منصورآبادی، عباس (۱۳۹۹)، **مختصر حقوق جزای عمومی**، چاپ دوم، تهران: میزان.
* میرمحمد صادقی، حسین (۱۴۰۱)، **جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص**، چاپ سی‌ام، تهران: میزان.
* میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۹)، **جرائم علیه مصالح عمومی کشور**، چاپ چهل و یکم، تهران: میزان.
* میرمحمد صادقی، حسین (۱۴۰۰)، **حقوق جزای عمومی**، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: دادگستر.
* نوربها، رضا (۱۳۹۰)، **زمینه حقوق جزای عمومی**، چاپ بیست و نهم، تهران: دادآفرین.
* یکرنگی، محمد و شعبانی حمیدآبادی، فائزه (۱۴۰۱)، «**عدم مداخله در رفتار مجرمانه و تحمیل مسؤولیت کیفری: مسؤولیت بر پایهٔ اقدام بر اساس هدف مشترک در حقوق بین‌الملل و ایران**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۹۷.
* یوسفیان شوره‌دلی، بهنام و رسولی آستانی، لیلا (۱۳۹۷)، «**بازاندیشی در تعریف شرکت در جرم برای مقابله با فعالیت‌های هماهنگ و گروهی مجرمانه**»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال نهم، شماره ۱.
* یوسفیان شوره‌دلی، بهنام (۱۳۹۳)، «**کانون مشترک مجرمانه: جستجوی توصیف مناسبی برای مسؤولیت جنایتکاران بین‌المللی فراسوی مباشرت مادی**»، تحقیقات

حقوقی، شماره ٦٨.

ب. انگلیسی

❋ Baker, D. J. (2016a). **Reinterpreting criminal complicity and inchoate participation offences**. Routledge.

❋ Britain, G. (2007). **Participating in crime**, First Ed, The Stationery Office.

❋ Hallevy, G. (2012). **The Matrix of Derivative Criminal Liability**, First ed, Springer Science & Business Media.

❋ Horder, J. (2019). **Ashworth's Principles of Criminal Law**. Oxford University press.

❋ Horder, J., & Hughes, D. (2009). **Joint Criminal Ventures and Murder: The Prospects for Law Reform**. King's Law Journal, 20(3), 379–401. https://doi.org/10.1080/09615768.2009.11423681

❋ K. Puji Prayitno, & D. Hapsari Retnaningrum. (2019). **Application of the Vicarious Liability Principles in Environmental Crime**. Atlantis Press. https://doi.org/10.2991/icglow-19.2019.66

❋ Wang, Bo. (2018). **Participation in Crimes: An End to Derivative Complicity Liability?**, China, Law Press.

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۳۹۳-۳۶۳
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۳۱

اعمال مقررات نظارت الکترونیکی در خصوص اطفال و نوجوانان؛ پیامدها، چالش‌ها و راهکارها

محمد یکرنگی[۱]، فاطمه اسعدی[۲]، مهیاراصلاحی[۳]

چکیده

نگرش جدید به بزهکاری اطفـــال و نوجوانان در یک قرن اخیر، باعث نگرش افتراقی در برخورد با آنان شده است. این برخورد افتراقی با ایجاد مقررات خاص برای اطفـــال و نوجوانان بزهکار و منع اعمال برخی مقررات مانند منع اعمال مقررات تکرار، خود را نمایان ساخته است. با این حال، در سکوت مقررات خاص، مراجعه به مقررات عام به شـــرط انطباق با مصالح عالی کودک، ممکن می‌باشـــد. نظارت تحت سامانه‌های الکترونیکی از جمله مواردی است که در نظام‌های مختلف از جمله آمریکا و انگلستان برای اطفال پیش‌بینی شـــده است. با این وجود، حقوق ایران در خصوص اعمال خاص آن بر اطفال و نوجوانان ساکت است و از این رو، اعمال آن با ابهام‌هایی از قبیل تعیین محدوده اعمال، امکان اعمال بر کانون اصلاح و تربیت، امکان اعمال بر محکومان کانون به علت ارتکاب جرم حدی مشـــمول ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی و همچنین امکان بهره از این نهاد در مقام صدور قرار تأمین کیفری برای نوجوانان مواجه است.

مقالهٔ حاضر پس از بررســـی این موارد به روش توصیفی تحلیلی، نتیجه می‌گیرد که بـــا توجه به اصل رعایت منافـــع عالی کودک، امکان اعمال نظارت تحت ســـامانه الکترونیکی به عنوان شیوه‌ای از اعمال کیفر و یا در مقام صدور قرار تأمین فراهم است.

واژگان کلیدی: آزادی مشـــروط، قرار تأمین کیفری، کانـــون اصلاح و تربیت، مصالح عالی طفل و نوجوان، نظارت الکترونیکی.

---

۱. استادیار حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
yekrangi@ut.ac.ir

۲. دانشـــجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشـــکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران fateme.asadi.1120@ut.ac.ir

۳. دانشـــجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشـــکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسوول) mahyareslahi2000@gmail.com

درآمد

گذار از سیاه چاله‌هایی که مجرمان را چون بیماران مسری برای عدم سرایت بزه به دیگران و آزار دیدن بدان می‌انداختند به زندان‌های مدرن با هدف اصلاح و بازپروری بزهکاران و از آن به نهادهای ارفاقی مانند تعلیق اجرای مجازات و آزادی مشروط و نظارت الکترونیکی حاصل تحول اندیشه در نهاد کیفر بوده است. گذر از زمانی که بدن مجرم هدف کیفر بود به زمانی که روان وی موضوع کیفر قرار گرفت، باعث شد نظام کیفری سازکارهایی مناسب برای اجرای این هدف تعیین کند. اگر چه نظارت بر بزهکاران و زندانیان به عنوان یک رشته مطالعاتی نسبتاً نوین شناخته می‌شود؛ لیکن زمینه‌های نظری نظارت بر بزهکاران و زندانیان با طرح زندان «سراسرنگر»[1] جرمی بنتام[2] در قرن هجدهم شکل گرفت. مطابق این طرح، زندانیان در سلول‌هایی که بر حول یک محور مرکزی ساخته شده‌اند و در مرکز این محور یک نگهبان می‌تواند همه را دائماً مراقبت کند، جای داده می‌شوند. بنتام معتقد بود که نظارت پایدار و مستمر می‌تواند موجب نظم و انطباق‌پذیری زندانیان شود (Arnett, 2018: 401). با این حال، اگرچه طرح بنتام جامهٔ عمل نپوشید؛ لیکن زمینه‌های نظارت بر بزهکاران در خارج از زندان را فراهم کرد. این تحولات که در قالب دو نسل قابل بررسی است، پیامدهای ناکامی زندان در تحقق اهداف مجازات بود. زندان‌ها که در نیمهٔ دوم قرن هجدهم جایگاه ثابت خود در زرادخانهٔ حقوق کیفری را پیدا کردند و به عقیده میشیل فوکو[3] تمرکز بر کیفر را از مجازات‌های بدنی به مجازات‌های تأثیرگذار بر روان فرد تغییر دادند)فوکو، ۱۳۹۵: ۲۸۳– ۲۸٤)،[4] نهایتاً در تحقق رؤیای خود یعنی اصلاح و بازدارندگی مجرمان، با شکست مواجه شدند. علت این ناکامی، هزینه‌های سرسام‌آور و ناکارآمدی زندان در اصلاح مجرمان[5] ذکر

1. Panopticon
2. Jeremy Bentham
3. Michel foucault

٤. فوکو در کتاب «مراقبت و تنبیه»، به تفصیل ظهور زندان به عنوان عضو اصلی زرادخانهٔ کیفری را تشریح می‌کند. بدین منظور بنگرید به: (فوکو، ۱۳۹۳).

۵. شاید شیواترین توصیف از وضعیت ناگوار زندان از آن مارک آنسل باشد. وی در کتاب دفاع اجتماعی زندان را چنین توصیف می‌کند: «زندان، دیگر در عمل آنچه را که مدعی آن است، یعنی برای آن ایجاد شده، ارائه نمی‌دهد. هدف انسان‌های سده هجدهم که برای زندان، اقسام و درجه‌هایی را منظور کرده بودند، آن بود که مجازات یاد شده جنبه عبرت‌انگیز به خود گیرد، انسان‌های سده

شـــد. به همین منظور، اقدام به حبس‌زدایی[1] و توسل به مجازات‌های جایگزین که در قالب دو نسل قابل شناسایی است، آغاز شد. نسل نخست، نسل جایگزینی کیفر حبس با کیفرهای نظارت‌مدار سنتی بود؛ بدین صورت که کیفرهایی همچون حبس خانگی و آزادی تحت نظارت و هدایت،[2] به عنوان کیفری اقتصادی و اجتماع‌مدار، جایگزین حبس در جرایم خرد شدند.

نســـل دوم که تحت عنوان «نســـل جدید نظارت» بر بزهکاران قابل شناسایی اســـت، در نتیجهٔ انقلاب الکترونیک و متعاقباً پیشـــرفت تکنولوژی، مصداق نوینی از کیفرهای نظارت‌محور را وارد ادبیات حقوق کیفری نمود. اندیشهٔ طراحی و کاربست دســـتگاه‌های نظارت الکترونیکی[3] به عنوان جایگزینی کم‌هزینه که نســـبت به تعویق مراقبتی مداخله‌گرایانه‌تر است، در ســـال ۱۹٦٤ توسط رالف شوارتزگبل[4] مطرح شد و پس از انبوه‌ســـازی و تولید دستگاه‌های نظارت الکترونیکی در دهه ۱۹۸۰، استفاده از ســـامانه‌های الکترونیکی به عنوان یکی از ابزارهای کنترلی در تعلیق مراقبتی، آزادی مشروط، حبس‌های خانگی و همچنین به عنوان کیفری مستقل مورد توجه قرار گرفت (آقایی جنت مکان، ۱۳۹۳: ۱٤٦).

این اقدام به ســـه دلیل با اقبال دســـتگاه عدالت کیفری در خصوص اطفال و نوجوانان برخی نظام‌هـــای حقوقی مانند ایالات متحده آمریکا و انگلســـتان روبه‌رو شـــد. نخستین دلیل ناکارآمدی عدالت کیفری وقت بود (Sanger & Janine, 2006:

نوزدهم را نظر بر آن بود که زندان انفرادی، اسباب ندامت محکوم را فراهم می‌سازد و او را در اتخاذ تصمیم مبتنی بر ادامه زندگی شـــرافت‌مندانه یاری می‌دهد، انســـان‌های سده بیستم نیز زندان را مکان و وســـیله بازپروری اجتماعی محکوم می‌دانند، ولی حقیقت این است که همه این امیدها بر باد رفته اســـت. زندان ضمن آن‌که بایَد ابزار اصلی واکنش در مقابل بزهکاری باشد، از همان آغاز به صورت یک مدرسه تکرار جرم بوده و یا به آن تبدَیل شده است.» (آنسل، ۱۳۷۵: ۸۷).

1. Decarceration

۲. این روش نخستین بار در ســـال ۱۸٤۰ میلادی در انگلســـتان به کار بسته شد؛ بدین صـورت که اطفال کمتر از ۱۵ سال در صورت ارتکـــاب جرایم مستوجب اعدام، به جایگـزینی از اعـدام، تحت هدایت و حمایت روحانیون مسیـحی قرار می‌گرفتند)برای مطالعه بیشـتر بنگـرید به: دانـش، ۱۳۹۳: ۱۵٦ –۱۵۸)

3. Electronic Monitoring (EM)

4. Ralph Schwitzgebel

نام خانوادگی «Schwitzgebel» در سال ۱۹۸۲ به «Gable» تغییر یافت.

29). از ایـــن رو، زندان به مثابه مدرســـهٔ جرم‌آموزی[1] مانـــع حصول اهداف مجازات می‌شـــود. دلیل دوم، هزینه‌های سرسام‌آور نگهداری طفل یا نوجوان در کانون اصلاح و تربیـــت بود؛ بدین صورت که در برخی شـــهرهای کوچـــک و کم جمعیت ایالات متحده آمریکا هزینه ســـالانهٔ نوجوانان بابت نگهـــداری در کانون اصلاح و تربیت به دو میلیون دلار می‌رســـید (Michael T & Charles, 1989:166). دلیل سوم، ظهور و نضج اندیشـــه‌های مربوط به کاربست عدالت کیفری رشدمدار در خصوص اطفال و نوجوانان بود که با تمرکز بـــر اقداماتی همچون قضازدایی، حبس‌زدایی و پرهیز از برچسب‌زنی، واکنش به بزهکاری نوجوانان را در پرتو رویکردی افتراقی جست‌وجو می‌نماید. به همین سبب و با توجه به بند ب مادهٔ ۳۷ پیمان‌نامه جهانی حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹،[2] جدایی نوجوان از خانواده خویش و انتقال او به مراکز نگهداری باید به عنوان آخرین راهکار اعمال شود.

نظام عدالت کیفری ایران نیز در بستر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹٤ قدم در مسیر تحول نهاد و نظارت الکترونیکی را وارد ادبیات حقوق کیفری ایران نمود؛ بدین صورت که مادهٔ ٦۲ قانون مجازات اسلامی متضمن استفاده از نظارت الکترونیکی به عنوان عضوی از زرادخانهٔ کیفری و بند چ مادهٔ ۲۱۷ قانون آیین دادرســـی کیفری متضمن بهره‌مندی از نظارت الکترونیکی به عنوان تضمین اجرای قرار تأمین کیفری است.

بـــا این وجود، گرچه اقدام مقنن در جهت پذیرش نظارت الکترونیکی درخور تحسین است؛ لیکن ابهاماتی در خصوص حدود و ثغور اعمال نظارت الکترونیکی در خصوص بزرگ‌سالان و نوجوانان وجود دارد.

این نوشتار درصدد تبیین وضعیت موجود و ترسیم وضعیت مطلوب در ارتباط با اعمال نظارت الکترونیکی در خصوص اطفال و نوجوانان، در بســـتری توصیفی و تحلیلی و با اســـتفاده از تجربهٔ سایر کشورها، ابتدا به تحلیل پیامدهای اعمال نظارت

---

۱. مســـأله جرم‌زا بودن زندان به میزانی نقل محافل دانشـــگاهی بود که کنگرهٔ بین‌المللی جرم‌شناسی ۱۹۵۰ پاریس برنامه کاری خود را بحث پیرامون جرم‌زایی زندان تنظیم کرد.

۲. «هیچ کودکی به‌طور غیرقانونی یا خودســـرانه از آزادی محروم نمی‌شود. دستگیری یا بازداشت یا زندانـــی کردن کودک باید مطابق قانون و تنها به عنوان آخرین راهکار و برای کوتاه‌ترین زمان ممکن صورت پذیرد.»

الکترونیکی نسبت به اطفال و نوجوانان و سپس به تدقیق در خصوص امکان‌سنجی و چالش‌های اعمال نظارت الکترونیکی در خصوص طفل یا نوجوان مطابق قانون کیفری ایران می‌پردازد.

۱. پیشینه و پیامدهای اعمال نظارت الکترونیکی در خصوص اطفال نوجوانان

شویتزگبل با همکاری ویلیام اس هرد[1] برای اولین بار سیستم نظارت الکترونیکی را در دانشگاه هاروارد ابداع نمود (Ralph & Robert Gable, 2008: 1). بدین صورت که نظارت الکترونیکی در آغاز نسبت به اطفال بزهکار به کار گرفته شد و مناطق جغرافیایی مورد تجویز برای رفت و آمد اطفال به همراه دستگاه‌های تکرار کننده مجهز شدند. در این نظام اجرایی هر شخص یک دستگاه یک کیلویی ردیابی را می‌پوشید که قادر به ردیابی تا چهارصد متر دورتر از دستگاه‌های سیگنال‌دهی بود (فروغی و ایرانی، ۱۳۹۵: ٦٠٤).

با این حال، اولین استفاده قضایی از سامانه‌های نظارت الکترونیکی در ایالت نیومکزیکوی آمریکا توسط قاضی جک لاو[2] صورت پذیرفت. با ابتنا بر ازدحام جمعیت زندان‌ها و هزینه‌های گزاف اعمال حبس، جک لاو در سال ۱۹۷۹ با الهام گرفتن از کمیک و فیلم سینمایی مرد عنکبوتی، در صدد متقاعد ساختن شرکت‌های تولید ابزار نظارت‌های الکترونیکی (Black & smith, 2003: 1). به موازات ایالات متحده آمریکا، انگلستان نیز با اعتقاد به مدل رشدمدار عدالت کیفری اطفال، در صدد محدود نمودن کیفر زندان برای اطفال و نوجوانان بود. ویژگی‌های اساسی مدل رشدمدار عدالت کیفری که به‌طور خلاصه چهار اصل پایه‌ریزی شده بود، عبارت است از: نخست، جرم بخشی از مرحله سرکشی و ناسازگاری نوجوان محسوب می‌شود؛ بنابراین اغلب جوانان در اوضاع و احوال عادی، با پایان یافتن دوره نوجوانی احتمالاً این رفتارها را کنار خواهند گذاشت؛ دوم، پاسخ به بزهکاری اطفال و نوجوان باید غیر رسمی باشد و جنبهٔ انگ‌زنی به خود نگیرد؛ سوم، اگر مداخلهٔ رسمی ضروری تشخیص داده شد، باید به میزان حداقل باشد و موجب جدایی طفل و نوجوان از محیط

1. William S. Hurd
2. .Jack Love

خانوادگی‌اش نشود؛ در غیر این صورت، باید سازکارهای غیر رسمی مانند پاسخ‌های خانوادگی، آموزشی و مدرسه‌ای در قبال بزهکاری اطفال در اولویت قرار داده شود؛ و چهارم، حبس مانع رشد عاطفی طفل و ورود موزون او به دوره بزرگ‌سالی و بالیدگی می‌شـــود؛ بنابراین حبس باید برای همهٔ بزهکاران، به جز بزهکاران مقاوم و خطرناک، لغو شود (مهرا، ۱۳۹۵: ۱۶۳).

افزون بر دلایل مذکور، حضور نوجوان در زندان موجب دوری و جدایی وی از جامعه شـــده که ماحصل آن کســـب خودپنداره منفی است.[1] مطابق نظریه «سلسله مراتب نیازها»[2] که توســـط آبراهام مزلو[3] در مقالهٔ «نظریه‌ای درباره انگیزش انســـانی»[4] مطرح شـــد، بزهکاری نتیجهٔ برآورده نشدن پنج دسته از نیازهای اساسی انسان است. نیازهای این سلســـله مراتب به ترتیبـــی که باید ارضا شـــوند عبارت‌اند از: نیازهای جســـمانی (فیزیولوژیکی)، نیازهای ایمنی، نیاز به عشق و محبت، نیاز به احترام و نیاز به خودشکوفایی (سلطانی و ازگلی و احمدنیا آلاشتی، ۱۳۹۵: ۱۵۰-۱۵۱).

با این حال، نظارت الکترونیکی متضمن فرصت‌های بسیاری برای نقش‌آفرینان دســـتگاه عدالت کیفری اســـت. مزایایی ماننـــد کاهش هزینه‌های دســـتگاه عدالت کیفری(ابراهیمی و سلطانی‌فرد، ۱۴۰۳: ۱۹۵) و اجتناب از مخاطرات مراوده محبوس با دیگر مجرمان در حبس تا عدم گسســـت پیوندهای اجتماعی فرد در اجتماع همگی امروزه از امتیازات نظارت الکترونیکی می‌باشد. با این حال، نظر به معایب این نظارت نیز با هدف رفع آن ضروری اســـت؛ لذا، قسمت حاضر مقاله به بررسی این چالش‌ها در کنار مزایای فوق‌الذکر می‌پردازد.

تردید در خصوص اســـتفاده از سامانه‌های مذکور را می‌توان در قالب پرسشی که کیت ویزبرد[5] در مقاله خود مطرح کرد بیان نمود. مطابق پرســـش ویزبرد، اگر برای نوجوان حق انتخاب میان یک روز حبس یا یک روز آزادی تحت نظارت سامانه‌های

---

۱. طبـــق یک تحقیق، نوجوانانی که تجربهٔ حضور در زنـــدان یا کانون‌های اصلاح و تربیت را دارند، پنج برابر بیشتر از سایر همسالان خود مستعد خودکشی هستند (Markus Aloyan, 2020: p 112).

2. Hierarchy of Needs

3. Abraham Maslow

4. A Theory of Human Motivation

5. Kate Weisburd

الکترونیکی قائل شـــویم، عموماً با پاسخ آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی مواجه خواهیم شـــد؛ لیکن در صورتی که مدت نظارت را تا سه ماه افزایش دهیم، آیا پاســـخ‌ها یکسان خواهد بود؟ وی به پرسش خویش پاسخ منفی داده و اظهار می‌دارد که پاسخ‌ها متفاوت خواهد بود (Weisburd, 2015: 323).

بر این اســـاس، برخی از پیامدهای نظارت الکترونیکـــی عبارت‌اند از: نقض حریم خصوصی محکوم و خانواده وی، بازگشت مجرمان خطرناک به جامعه و ارسال اطلاعات نادرســـت مبنی بر خروج فرد از محدوده معین شده، گسترش شبکهٔ کنترل اجتماعی و برچســـب‌زنی و بدنام سازی نوجوان.؛از این رو، به منظور ترسیم وضعیت مطلـــوب در ارتباط با اعمال نظـــارت الکترونیکی در خصوص اطفـــال و نوجوانان، شناسایی پیامدهای نظارت الکترونیکی امری ضروری است.

۱-۱. برچسب‌زنی[1] و بدنام سازی

مهم‌ترین چالشـــی که در ارتباط با کاربست نظارت الکترونیکی در خصوص اطفال و نوجوانان قابل تصوّر اســـت، برچسب‌زنی و تشهیر اوست. هویت اجتماعی انسان در دو دههٔ ابتدایی زندگی او شکل می‌گیرد، از این رو، برای نیل به هویت‌یابی، طفـــل یا نوجوان مبادرت به ایجاد کنش‌های اجتماعی با اعضای خانواده، دوســـتان و همسالان خود می‌نماید که حسب مورد با پذیرش یا عدم پذیرش از سمت همسالان مواجه می‌شـــود. عدم پذیرش از جانب همســـالان موجب کســـب خودپندارهٔ[2] منفی شـــده که نتیجه آن بروز مشـــکلات عدیده‌ای همچون فقدان عزت‌نفس و مشکلات رفتاری و شغلی است. در نتیجه، در صورت عدم پذیرش نوجوان، ارتکاب رفتارهای ضد اجتماعـــی از جانب وی که موجب انزوای او از جامعه می‌شـــود اجتناب‌ناپذیر است. از جمله مواردی که می‌تواند موجب عدم پذیرش نوجوان از جانب سایر افراد شـــود، شناسایی وی به عنوان فردی ضد اجتماعی است. امری که با توسل به نظارت الکترونیکی تســـهیل می‌شـــود؛ زیرا عموماً نظارت با اتصال دستگاه الکترونیکی نسبتاً بزرگ به مچ پا یا مچ دست نوجوان صورت می‌گیرد که خود منجر به شناسایی وی به عنوان محکوم می‌شـــود. همچنین در صورتی که دستگاه دیده نشود، اصواتی که از آن

1. Stigmatization
2. Self-Concept

به عنوان اخطار به بیرون مخابره می‌شـــود می‌تواند موجب شناسایی نوجوان به عنوان فرد محکوم به کیفر شود[1] (Weisburd, 2015: 330).

مطابق با نظریه «الگوی خود آینه‌ای»[2] که در سال ۱۹۰۲ توسط چارلز هورتون کولی[3] ارائه گردید، شـــخصیت فرد به مثابه آینه‌ای اســـت که تصویر شکل گرفته در آن بازتاب اثرگذاری‌های اجتماع، تعاملات با ســـایرین، افکار و قضاوت‌های دیگران درباره او اســـت. در این رویکرد، فرد از نحوه بازخورد دیگران به خود می‌آموزد که زشت است یا زیبا، محترم است یا فاقد احترام، مشهور است یا گمنام (محسنی،۱۳۹۷: ۱۱۸ –۱۱۹). چاز آرنِت[4] در مقاله خود به گفت‌وگو با یکی از اطفال محکوم به نظارت الکترونیکی اشاره کرده اســـت. او تأثیر نظارت الکترونیکی بر اطفال را چنین تشریح می‌کند: «چندی پیش، در ســـالن دادگاه و زندان اطفـــال و نوجوان بودم و در آنجا با یک کودک ده ساله گفتگوی بسیار جالبی داشتم. وقتی روی نیکمت‌های بیرون دادگاه نشســـتیم، او پاهای لاغر خود را که به زمین نزدیک هم نمی‌شد تکان داد، به گونه‌ای که می‌توانســـتید بند سیاهی که با دستگاهی مستطیل شکل به پاهایش وصل شده بود را ببینید. از او پرسیدم که این شصت روز گذشته را به قول خود او با این جعبه روی پایش چطور گذرانده بود. او به من پاسخ داد که از این کار متنفر است. او گفت وقتی به مدرســـه یا کلیســـا یا با مادرم به بیرون می‌روم مردم تصور می‌کنند من نوعی هیولا هســـتم. زمانی که او با دستگاه متصل به پای خود در خانه محبوس بود، گمان می‌کرد که همچون حیوانی در قفس اســـت. او به این فکر می‌کرد که اگر اکنون در زندان بود بهتر نبود؟» (Arnett, 2018: 400).

در نتیجـــه، نوجوانِ محکوم به نظارت در صـــورت برقراری کنش اجتماعی با همســـالان در محیط مدرســـه یا جامعه، به عنوان فردی ضداجتماعی شناخته شده و برچسب بزهکار یا مزاحم را دریافت می‌کند.

انتقادهای مذکور به‌رغم استحکام، قابل رفع است. امروزه با پیشرفت روزافزون

---

۱. انتقاد مذکور در موارد کاربست نظارت الکترونیکی در حین تعقیب و دادرسی مشهودتر است؛ زیرا افزون بر این‌که موجب نقض اصل برائت می‌شـــود، اصل محرمانه بودن دادرسی را نیز با چالش‌هایی مواجه می‌کند.

2. Looking Glass Self Model

3. Charles Horton Cooley

4. Chaz Arnett

تکنولوژی، تولید دستگاه‌های کوچک‌تر که از لحاظ حجم و اندازه، قابل قیاس با یک انگشتر هستند، امکان‌پذیر است؛ چنان‌که اکنون در ایران، دستگاه‌های نظارت الکترونیکی (پابند) دارای ابعاد بسیار کوچکی در حد یک موبایل می‌باشند؛ بنابراین با تولید دستگاه‌های کوچک که بدون نیاز به پوشیدن البسه بزرگ، قابل پنهان کردن است، می‌توان از بروز انتقادات مطرح شده جلوگیری نمود. همچنین، هنگام خروج از محدودهٔ تعیین شده، می‌توان به جای استفاده از سیستم‌هایی که به منظور هشدار اصواتی به بیرون مخابره می‌نمایند، از سیستم‌های ارتعاشی استفاده نمود.

۲-۱. گسترش شبکهٔ کنترل اجتماعی[1]

جایگزین‌های حبس به طور عام و نظارت الکترونیکی به‌طور خاص، درصدد کاهش جمعیت زندان‌ها و مآلاً کاهش جمعیت درگیر در نظام عدالت کیفری هستند؛ لیکن جایگزین‌های حبس می‌توانند با کارکردی متفاوت موجب گسترش شبکهٔ کنترل اجتماعی شوند. مراد از گسترش شبکهٔ کنترل اجتماعی وضعیتی است که در آن برنامه‌هایی که برای منحرف کردن مجرمان از عدالت کیفری یا تحریم‌های شدید طراحی شده است، کارکردی معکوس داشته و در عمل منجر به این می‌شود که افراد بیشتری تحت مداخلات رسمی قرار گیرند (Shlomo Giora Shoham, Ori Beck & Martin Kat,2007:215)؛ بنابراین اطفال و نوجوانانی که در معرض «خطرناک شدن» نیستند و می‌توانند با اقدامات غیر قضایی اصلاح شوند، تحت کنترل نظارت الکترونیکی برچسب منفی دریافت کرده و وارد چرخهٔ جنایی می‌شوند.

این انتقاد با اتخاذ اقداماتی قابل رفع است. برای مثال برخی نویسندگان با بهره‌گیری از انگیزه‌های اقتصادی در صدد محدود کردن شبکهٔ کنترل اجتماعی هستند؛ بدین صورت که عموماً دو سیستم برای پرداخت هزینه‌های نظارت الکترونیکی قابل اعمال است. مطابق سیستم اول که در غالب کشورها مرسوم است، هزینه نظارت بر عهده محکوم و در سیستم دوم، هزینه‌های نظارت بر عهدهٔ متولیان اعمال

---

1. Net Widening

نظریهٔ گسترش شبکهٔ کنترل اجتماعی نخستین بار توسط استنلی کوهن مطرح شد. او برای تبیین مسألهٔ گسترش شبکهٔ کنترل اجتماعی از تمثیل تور ماهی‌گیری بهره گرفت. بدین‌سان، همان‌طور که ماهی‌گیران برای افزایش صید ماهی، مبادرت به بزرگ کردن تور و تنگ نمودن سوراخ‌های آن می‌نمایند، دستگاه عدالت کیفری نیز با توسل به جایگزین‌های حبس، اشخاص بیشتری را وارد چرخه عدالت کیفری نموده و بدین شکل موجب گسترش شبکهٔ کنترل اجتماعی می‌شود.

نظارت اســـت. بر همین پایه، برخی حقوق‌دانان معتقدند کاربســـت رویکرد دوم که بار هزینه‌های نظارت را بر دوش دولت می‌اندازد، موجب اســـتفاده به‌جا و مناسب از نظارت الکترونیکی و متعاقباً محدود نمودن شبکهٔ کنترل اجتماعی می‌شود (Crump & Catherine, 2019: 826 -827).

اقـــدام دیگری که می‌تواند در مقابله با گســـترش شـــبکهٔ کـــنترل اجتماعی ثمربخش باشـــد، تعیین و تنظیم ضابطه‌مند مقررات مربوط به نظارت الکترونـــیکی است؛ بدین صورت که مقنن با صراحت کامل، جرائم و بزهـــکاران مشمول نظارت الکـــترونیکی را تعیین و حدود اختیارات و وظایف متولیان نهاد مورد بـحث را بیان نماید تا ضمن منحصر نمودن اعمال نظارت در خـــصوص اشـــخاص مســـتحق آن، محکوم‌علیـــه نیز با کنترل‌های اضافی و نابه‌جای مأموران مواجه نشـــود (یکرنگی و ایران‌منش، ۱۳۸۷: ۹۹).

۲. امکان‌ســـنجی اعمال نظارت الکترونیکی در خصوص اطفال نوجوانان در نظام عدالت کیفری ایران

نظام عدالت کیفری ایران نیز در ســـه دههٔ اخیـــر از تورم جمعیت در زندان‌ها بی‌بهره نبوده اســـت. بارزترین دلیل این امر، تحول قانون مجازات اســـلامی تعزیرات مصـــوب ۱۳۷۵ در خصوص کیفرگذاری اســـت. بدین نحو کـــه در قانون تعزیرات مصوب ۱۳٦۲ برای ۱۰۵ عنوان مجرمانه، کیفر حبس پیش‌بینی کرده بود که این میزان در سال ۱۳۷۵ با افزایشـــی قابل توجه به ۲۰٦ مورد رسید. این تغییر ناگهانی موجب تورم جمعیت زندان‌ها در واپسین سال‌های دهه ۱۳۷۰ شد (همان: ۱۰٤).

برای رفع این مشـــکل، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ضمن بهره‌مندی از جایگزین‌های ســـنتی حبس از قبیل تعویـــق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات و آزادی مشـــروط، قدم در مســـیر تحول نهاد و در مادهٔ ٦۲، نظـــارت الکترونیکی را به عنوان جایگزینی نوین مورد پذیرش قرارداد. رویکردی که به زعم برخی ســـبب شده اســـت که این قانون در حال شـــکل دادن جریان «رفاه‌گرایی کیفری»[1] باشد (صادقی، ۱٤۰٤: ۱۳۳). همچنین مقنن در سال ۱۳۹۹ با تصویب قانون کاهش حبس تعزیری، بر ســـیاههٔ جرایم مشمول نظام نیمه آزادی، تعلیق اجرای مجازات و نظارت الکترونیکی

1. Penal welfarism

افـــزود. گام مقنن در ســـال ۱۳۹۲، با تصویب بند ج مادهٔ ۲۱۷ قانون آیین دادرســـی کیفری تکمیل شـــد. مطابق بند مذکور، به منظور تضمیـــن اجرای قرار «التزام به عدم خـــروج از منزل یا محل اقامت تعیین شـــده با موافقت متهم بـــا تعیین وجه التزام از طریـــق نظارت با تجهیزات الکترونیکی یا بدون نظارت با این تجهیزات» بهره‌مندی از سامانه‌های الکترونیکی امکان‌پذیر شد. با این وجود، گرچه اقدام مقنن جهت پذیرش نظارت الکترونیکی شایان توجه است؛ لیکن در خصوص حدود و ثغور اعمال نظارت الکترونیکی ابهاماتی وجـــود دارد؛ از این رو، تدقیق در ارتباط با نحوهٔ اعمال نظارت الکترونیکی در خصوص اطفال و نوجوانان موضوعی اســـت که در این قسمت به آن پرداخته می‌شـــود. بدین منظور در گام نخســـت، امکان‌سنجی تعمیم مقررات نظارت الکترونیکی در خصوص اطفال و نوجوانان را در قالب امکان‌ســـنجی تعمیم مادهٔ ٦٢ قانون مجازات اســـلامی و بند چ مادهٔ ۲۱۷ قانون آیین دادرســـی کیفری در خصوص اشـــخاص زیر هجده سال مورد بررســـی قرار می‌دهیم و سپس شرایط و چالش‌های اعمال مقررات نظارت الکترونیکی را از نظر خواهیم گذراند.

۱-۲. امکان‌سنجی اعمال مقررات ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی

در خصوص امکان اعمال مادهٔ ٦٢ قانون مجازات اســـلامی نســـبت به طفل و نوجوان، دو رویکرد قابل طرح است. رویکرد نخست به سؤال مذکور پاسخ منفی داده و معتقد بر عدم امکان اعمال ســـامانه‌های نظـــارت الکترونیکی در خصوص اطفال و نوجوانان است؛ زیرا مادهٔ ٦٢ قانون مجازات اسلامی «محکومین به حبس» را مشمول نظارت الکترونیکی قرار داده اســـت؛ در حالی کـــه اطفال و نوجوانان به نگهداری در کانون اصلاح و تربیت محکوم می‌شـــوند؛ دلیل دوم می‌تواند وجود کیفری مشابه در تبصره ۲ مادهٔ ۸۹ قانون مجازات اســـلامی باشد. مطابق تبصرهٔ ۲ مادهٔ مذکور: «دادگاه می‌توانـــد با توجـــه به وضع متهم و جرم ارتکابی، به جـــای صدور حکم به مجازات نگهـــداری یا جزای نقدی موضوع بندهای (الف) تا (پ) این ماده، به اقامت در منزل در ســـاعاتی که دادگاه معین می‌کند[1] یا به نگهداری در کانون اصلاح و تربیت در دو روز آخر هفته حســـب مورد برای سه ماه تا پنج ســـال حکم دهد»؛ از این رو ممکن اســـت چنین تصور شود که در صورت وجود شـــرایط موجود در تبصره ۲ ماده ۸۹

۱. تأکید از نگارندگان است.

قانون مجازات اسلامی، دادگاه نوجوان را به «اقامت در منزل» که بعضاً توأم با نظارت الکترونیکی است محکوم می‌نماید؛ بنابراین، اعمال مادهٔ ٦٢ قانون مجازات اسلامی به عنوان کیفر مستقل در خصوص اطفال و نوجوان امکان‌پذیر نیست. در مقابل، مطابق رویکرد دوم که به زعم نگارندگان مقرون به صواب است، اطفال و نوجوانان مشمول مادهٔ ٦٢ قانون مجازات اسلامی می‌شوند؛ زیرا:

اولاً مطابق تبصره یک مادهٔ ۵۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری، زندان‌ها به بسته، نیمه باز، مراکز حرفه‌آموزی و اشتغال و مراکز اقدامات تأمینی و تربیتی از جمله کانون اصلاح و تربیت برای اطفال و نوجوانان تقسیم می‌شود؛ بنابراین محکومیت به نگهداری در کانون اصلاح و تربیت به مثابه محکومیت به حبس بوده و اطفال و نوجوانان مشمول عبارت «محکوم به حبس» می‌شوند؛

ثانیاً، مطابق قسمت اخیر مادهٔ ۹۰ قانون مجازات اسلامی،[1] اعمال ماده مذکور مانع استفاده از آزادی مشروط و سایر تخفیفات قانونی با تحقق شرایط آن‌ها نیست؛ بنابراین مادام که مقنن به عدم امکان اعمال نهادهای ارفاقی تصریح نکرده، سلب کاربست نهادهای مذکور مغایر با رویکرد ارفاقی و امتنانی در خصوص اطفال و نوجوانان است؛

ثالثاً، اقامت در منزل که موضوع تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۸۹ قانون مجازات اسلامی می‌باشد، کیفری مستقل از نظارت با سامانه‌های الکتریکی است که می‌تواند با استفاده از سامانه‌های مذکور تضمین شود. در این خصوص دستورالعمل «تعیین محدوده مراقبتی محکومان تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی» مصوب ۱۴۰۱/۵/۲۹ رسیس قوه قضاییه شایان توجه است. مطابق دستورالعمل فوق، حداقل محدودهٔ مکانی که محکوم امکان تردد دارد، دویست متر از ساختمان محل سکونت است؛[2] بنابراین

---

۱. دادگاه می‌تواند با توجه به گزارش‌های رسیده از وضع طفل یا نوجوان و رفتار او در کانون اصلاح و تربیت یک بار در رأی خود تجدیدنظر کند و مدت نگهداری را تا یک سوم تقلیل دهد یا نگهداری را به تسلیم طفل یا نوجوان به ولی یا سرپرست قانونی او تبدیل نماید. تصمیم دادگاه مبنی بر تجدیدنظر در صورتی اتخاذ می‌شود که طفل یا نوجوان حداقل یک پنجم از مدت نگهداری در کانون اصلاح و تربیت را گذرانده باشد. رأی دادگاه در این مورد قطعی است. این امر مانع استفاده از آزادی مشروط و سایر تخفیفات قانونی با تحقق شرایط آن‌ها نیست.

۲. مطابق دستورالعمل مذکور، محدوده‌های مراقبتی عبارت‌اند از: محدوده مراقبتی درجه ۱: محلی با نشانی معین است که فرد تحت مراقبت در آن سکونت دارد و شعاع تردد مجاز در آن حداکثر ۲۰۰ متر از ساختمان محل سکونت است. ب) محدوده مراقبتی درجه ۲: محلی که فرد تحت مراقبت در

محدودهٔ مکانی نظارت با سامانه‌های الکترونیکی گسترده‌تر از اقامت در منزل است و دو کیفر مذکور مجزا از یکدیگر هستند.

رابعاً، مادهٔ ۸۹ قانون مجازات اسلامی و تبصره‌های آن صرفاً در خصوص نوجوانان ۱۵ الی ۱۸ سال کاربرد دارد؛ در حالی که اطفال و نوجوانان ۱۲ الی ۱۵ سال که به موجب ماده ۸۸ و تبصره‌های آن به نگهداری در کانون اصلاح و تربیت محکوم می‌شوند، در صورت وجود شرایط، مشمول مادهٔ ٦۲ قانون مجازات اسلامی می‌شوند؛ بنابراین، با تحقق سایر شرایط، شمول مادهٔ ٦۲ قانون مجازات اسلامی در خصوص اطفال و نوجوانان با منع قانونی مواجه نیست[1].

در پایان، اشاره به نکته‌ای ضروری است و آن اعمال نظارت الکترونیکی در خصوص اشخاص مشمول نگهداری در کانون اصلاح و تربیت به موجب ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی است. این ابهام بدان جهت است که این نگهداری به عنوان مجازات اعمال نشده، بلکه اقدامی تأمینی و تربیتی است. این اقدامات چنان‌که از نام و ماهیت آن‌ها برمی‌آید، اقداماتی برای تربیت و پیشگیری از جرائم آتی می‌باشند. حال پرسش آن است که آیا نگهداری در کانون اصلاح و تربیتِ مشمولِ این اقدامات، می‌تواند مشمول نظارت الکترونیکی شود. به نظر می‌رسد در این مورد نیز با توجه به ذیل ماده ۹۰ قانون مجازات اسلامی که آزادی مشروط و سایر تخفیفات قانونی را مجاز دانسته است، بلامانع است.

۲-۲. امکان‌سنجی اعمال بند «چ» مادهٔ ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری

استفاده از سامانه‌های الکترونیکی در نظام عدالت کیفری ایران به مرحله

آن سکونت دارد و شعاع تردد مجاز در آن حداکثر ۵۰۰ متر از ساختمان محل سکونت وی می‌باشد.
پ) محدوده مراقبتی درجه ۳: محلی که فرد تحت مراقبت در آن سکونت دارد و شعاع تردد مجاز در آن حداکثر ۱۰۰۰ متر از ساختمان محل سکونت وی می‌باشد.

۱. رویه قضایی نیز شمول نظارت الکترونیکی در خصوص اطفال و نوجوانان را تأیید می‌نماید. برای مثال مدیرکل استان تهران در یک مصاحبه که در تاریخ ۱۳۹۲/۰۳/۱۰ صورت پذیرفت، به آغاز استفاده از نظارت الکترونیکی در خصوص اطفال و نوجوانان اشاره کرده است (به نقل از آقایی جنت‌مکان،۱۳۹۳: ۱٤۷). همچنین رئیس پلیس آگاهی تهران در گفت‌وگوی اختصاصی با همشهری در تاریخ ۱٤۰۳/۰۷/۱۷ که در خصوص استفاده از طرح پابند الکترونیکی در ارتباط با سارقین سابقه‌دار صورت گرفت، خبر از استفادهٔ چهار نوجوان از پابند الکترونیکی در طرح مذکور داد.

صـــدور حکم یا مجازات اختصاص ندارد، بلکه می‌توان نهاد مذکور را حین تعقیب یا دادرسی به عنوان قرار تأمین کیفری به کاربست؛ بدین نحو که استفاده از ظرفیت‌های الکترونیکی در مرحله تعقیب و دادرسی می‌تواند به عنوان تضـمین اعمال قرار تأمین کیفری به کار گرفته شود. به همین منظور استفاده از نظارت الکـــترونیکی در مرحله تعقیب و دادرســـی به عنوان جایگزین قرار بازداشـــت موقت مورد تأکید حقوق‌دانان است. علت این امر، شایستگی بیش‌تر نظارت الکترونـــیکی نسبت به قرار بازداشت موقت اســـت؛ زیرا علاوه بر حفظ فرض برائت که مهـــم‌ترین چالش در خصوص اعمال بازداشت موقت است، متهم با آزادی کامـل‌تری، تدارک دفاع از خود را فراهم می‌نماید. علاوه بر این، بازداشـــت موقـــت در خصوص نوجوان موجب جدایی او از خانواده‌اش می‌شود که این امر با اصول پذیرفته شده در اسناد بین‌الـــمللی هم‌خوانی ندارد. برای مثـــال بند ۲ مادۀ ۱۳ قواعد پـــکن در این خصوص مقرر مـی‌دارد: «در موارد امکان، اقدامات جایگزین از قبـــیل نظارت مستقیم، مراقبت دقیق یا نگهداری در یک خانواده یا محـــیط آموزشـــی یا منزل، به جای بازداشت موقت به کار گرفته خواهد شد».

حال، آیا برای نیل به هدف مذکور، بند چ مادۀ ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری که متضمن قرار «التزام به عدم خروج از منزل یا محل اقامت تعیین شـــده با موافقت متهـــم با تعیین وجه التزام از طریق نظارت با تجهیزات الکترونیکی یا بدون نظارت با این تجهیزات» اســـت، در خصوص اطفال و نوجوانان اعمال می‌شود؟ برخی با استناد به ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری و با این استدلال که قرارهای قابل صدور در خصوص طفل یا نوجوان به‌طور خاص احصا شده است، به پرسش فوق پاسخ منفی می‌دهند (مؤذن زادگان،۱۴۰۲: ۱٦٦)، اما به نظر می‌رسد در پاسخ به پرسش فوق باید میان اشـــخاص پانزده سال (کمتر) و اشـــخاص بالای پانزده سال قائل به تفکیک شد. مطابق مادۀ ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری صدور قرارهای تأمین کیفری در خصوص اشخاص پانزده سال یا کمتر جایز نیست و حسب مورد صرفاً اقدام «سپردن اشخاص مذکور به والدین، اولیاء، سرپرســـت قانونی و یا سایر اشخاص حقوقی یا حقیقی که مصلحت بداند»، مورد شناســـایی قرار گرفته اســـت؛ بنابراین به دو دلیل اعمال بند چ مادۀ ۲۱۷ در خصوص اشـــخاص مذکور جایز نیســـت. دلیل نخست تصریح مقنن به

تنها اقدام قانونی قابل اعمال در خصوص اشـــخاص مذکور اســـت؛ بدین صورت که صرفاً ســـپردن طفل یا نوجوان به اشخاص مقرر در ماده شناسایی شده است؛ بنابراین اعمال هیچ‌کدام از بندهای ده‌گانه مادهٔ ۲۱۷ در خصوص اشخاص پانزده سال و کمتر امکان‌پذیر نیســـت. دلیل دوم این‌که، با توجه به این مســـأله که اساســـاً در خصوص اشـــخاص مورد بحث، قرار نگهداری در کانون اصلاح و تربیت قابل صدور نیســـت، اعمال بند چ در خصوص اشـــخاص پانزده ســـال و کمتر، به دلیل چالش‌های نظارت الکترونیکی جایز نیســـت؛ زیرا مـــادام که با جایگزین‌هـــای کم‌هزینه‌تر امکان نیل به اهداف قـــرار تأمین کیفری وجود دارد، اعمال نظارت الکترونیکی که عموماً به عنوان جایگزین حبس به کار گرفته می‌شود توجیه‌پذیر نیست.

امّا در خصوص اشخاص بالای ۱۵ سال، وضعیت به شکل دیگری است. بدین صورت که اولاً، اگرچه مقنن در قســـمت دوم ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری، علاوه بر ســـپردن اشـــخاص مذکور به والدین، اولیا و سرپرست قانونی، صرفاً اعمال قرارهـــای کفالت، وثیقه و نگهداری در کانون اصـــلاح و تربیت را به عنوان قرارهای قابـــل صدور مقرر نمـــوده؛ لیکن تصریح مذکور از جهت احصـــاء و حصر قرارهای قابل اعمال نیســـت؛ بلکه مقنن با ذکر ســـه قرار مذکور که شدیدترین قرارهای تأمین کیفری هســـتند، اعمال قرارهای تأمین کیفری در خصوص اشخاص بالای پانزده سال را بلامانع اعـــلام می‌نماید؛ به عبارت دیگر، زمانی که قانون‌گذار قرارهای شـــدیدی مانند قرار وثیقه و یا نگهداری موقت در کانون را برای اشـــخاص مورد بحث پذیرفته است، پذیرش قرارهای خفیف‌تر مانند الزام به حضور با قول شرف قاعدتاً و بر اساس تفســـیر در راســـتای منافع عالی طفل ممکن می‌باشد. بر این اساس، به نظر اعمال بند چ ماده ۲۱۷ در خصوص این اشـــخاص بلامانع اســـت؛ ثانیاً، امکان اعمال بند چ مادهٔ ۲۱۷ قانون آیین دادرســـی کیفری در خصوص اشـــخاص اخیرالذکـــر با توجه به بند ب مادهٔ ۷ «دســـتورالعمل ســـازمان‌دهی زندانیان و کاهش جمعیـــت کیفری زندان‌ها، رؤسای کل دادگســـتری استان‌ها» تقویت می‌شـــود. مطابق مقررهٔ مذکور، دادستان‌ها موظف‌اند با اســـتفاده از ظرفیت‌های قانونی در خصـــوص قرارهای تأمین کیفری و مجـــازات جایگزین حبس تا حد امکان از ورود افراد کمتر از هجده ســـال به زندان جلوگیری نمایند؛ بنابراین، صدور قرار نگهداری موقت در کانون اصلاح و تربیت در

خصوص نوجوانان باید به عنوان آخرین راه‌حل به کار گرفته شـــود. در نتیجه صدور تمام قرارهای تأمین کیفری، از جمله بند چ مادۀ ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری، در خصوص اشخاص بالای پانزده سال بلامانع است[1].

۳. امکان‌سنجی اعـــمال مقـررات مـادۀ ۲۱۷ قـــانون آییـن دادرسـی کیـفری

مطابق مادۀ ٦۲ قانون مجازات اســـلامی اعمال سامانه‌های نظارت الکترونیکی در خصـــوص محکومین به حبس منوط به تحقق شـــرایط تعویق مراقبتی و رضایت محکوم اســـت؛ از این رو در دو بند نحوۀ احراز شرایط یاد شده در خصوص طفل و نوجوان را بررسی می‌کنیم.

۱-۳. تحقق شرایط تعویق مراقبتی

در خصوص مفهوم «شرایط تعویق مراقبتی» دو رویکرد میان حقوق‌دانان ابراز شده اســـت. برخی (مقدســـی و یزدانی، ۱۳۹۸: ۲۹۵) معتقدند مراد از شرایط تعویق مراقبتی، شـــرایط مقرر در بند «ب» مادۀ ٤۱ قانون مجازات اســـلامی اســـت که مقرر داشـــته: «در تعویق مراقبتی افزون بر شـــرایط تعویق ســـاده، مرتکب متعهد می‌گردد دســـتورها و تدابیر مقرر شـــده به وســـیله دادگاه را در مدت تعویق رعایت کند یا به موقـــع اجرا گذارد». در مقابل، غالب حقوق‌دانان[2] معتقدند که مراد از شـــرایط تعویق مراقبتی، شـــرایط مقرر در مادۀ ٤۰ قانون مجازات اسلامی است. به نظر، رویکرد دوم با متن قانون هم‌خوانی بیشتری دارد؛ زیرا با توجه به تبصرۀ ۱ ماده ٦۲ قانون مجازات اســـلامی دادگاه برای تعیین تدابیر و دستورهای مراقبتی در خصوص نظارت با ســـامانه‌های الکترونیکی دارای اختیار کامل است. از این رو، پذیرش رویکرد اول که دادگاه را ملـــزم به اعمال تدابیر و دســـتورهای مذکور نموده، با تبصره مورد بحث در

---

۱. در این خصوص ممکن است گفته شود که سایر قرارهای مندرج در ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری، یعنی قرار کفالت و قرار وثیقه، هدف ماده ۷ دســـتورالعمل مـــورد بحث را تأمین می‌نمایند؛ لیکن این برداشت چندان صحیح نیست؛ زیرا مطابق ماده ۲۲٦ قانون آیین دادرسی کیفری متهمی که در مورد او قرار کفالت یا وثیقه صادر می‌شـــود تا معرفی کفیل یا ســـپردن وثیقه به بازداشتگاه معرفی می‌شود. از این رو، قرارهای مذکور به صورت بالقوه نوجوان را در معرض نگهداری در کانون اصلاح و تربیت قرار می‌دهند و چندان هدف ماده ۷ دستورالعمل مورد بحث را تأمین نمی‌کنند.

۲. برای مثال بنگرید به: الهام و برهانی، ۱٤۰۰: ۱۷۷.

تعارض است[۱].

در نتیجه، مراد از شرایط تعویق مراقبتی، شرایط احصاء شده در مادهٔ ٤٠ قانون مجازات اسلامی، یعنی وجود جهات تخفیف، پیش‌بینی اصلاح مرتکب، جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران و فقدان سابقه کیفری مؤثر است. در خصوص اطفال و نوجوانان نیز احراز وجود جهات تخفیف، پیش‌بینی اصلاح مرتکب، جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران الزامی است، لیکن با توجه به مادهٔ ۹۵ قانون مجازات اسلامی محکومیت‌های کیفری اطفال و نوجوانان فاقد آثار کیفری بوده و احراز شرط فقدان سابقهٔ کیفری مؤثر سالبه به انتفاء موضوع است.

۲-۳. رضایت محکوم

با توجه به ویژگی بارز حقوق عمومی، اصولاً اراده قانون‌گذار در عرصهٔ حقوق کیفری و آیین دادرسی کیفری جایگاهی برتر نسبت به ارادهٔ طرفین دعوای کیفری دارد و اصطلاحاً یک سویه است؛ بنابراین اندیشهٔ ابتدایی در اعمال حقوق کیفری با ابتنا به عدالت کیفری سنتی که یک عدالت تحمیلی بود شکل گرفت، لیکن با تحول حقوق کیفری معاصر که متضمن فردی کردن مجازات و انسانی نمودن آن است، قانون‌گذار بر آن شد که در پاره‌ای از مسائل، نظر مجرم را در انتخاب مجازات و اعلام آن دخالت دهد (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۳: ۱٥٦)؛ بدین‌سان در کنار عدالت تحمیلی، عدالت توافقی[۲] نیز به رسمیت شناخته شد و حقوق کیفری که غالباً رویکردی عمودی دارد، اینک در برخی مسائل رویکردی افقی را شناسایی نموده است؛ بنابراین افقی نمودن حقوق کیفری از لحاظ ماهیت بی‌شباهت به قرارداد یا عقد صلح نیست (نیازپور، ۱۳۹۲: ٤٠-٤١). از جمله مسائلی که ردپای افقی نمودن حقوق کیفری و آیین دادرسی کیفری به وضوح در آن دیده می‌شود، جایگزینی کیفرهای جایگزین با کیفر حبس در صورت موافقت محکوم است.

اعمال نظارت با سامانه‌های الکترونیکی نیز که ماهیتی مداخله‌گر داشته و می‌تواند حریم خصوصی افراد را نقض نماید، نیازمند موافقت محکوم است. از این رو، اعمال نظارت الکترونیکی خواه به عنوان قرار تأمین کیفری و خواه به عنوان

---

۱. بنابراین، به نظر می‌رسد واژه «مراقبتی» در عبارت «شرایط تعویق مراقبتی» اضافه و زائد است.

2. Contractive Justice

کیفری مستقل، مبتنی بر موافقت محکوم است. در خصوص بزرگ‌سالان که اهلیت آنان با مانعی مواجه نیست، ابهامی در خصوص نحوه ابراز رضایت پدیدار نمی‌شود؛ بدین‌گونه که محکوم شخصاً با ابراز موافقت خود، موجبات اعمال نظارت را فراهم می‌نماید.

در خصوص اطفال و نوجوان نیز برخی از کشورها، ابراز رضایت در خصوص تحت نظارت قرار دادن طفل یا نوجوان را متوجه اولیای قانونی وی ساخته‌اند. برای مثال قانون کیفری فرانسه در ماده ٦-۲-۱۳۲ اعمال نظارت الکترونیکی نسبت به طفل یا نوجوان را منوط به رضایت اولیای او کرده است، لیکن ماده ٦۲ قانون مجازات اسلامی موضوع مورد بحث را به سکوت برگزار کرده است؛ با این وجود، با توجه به مقررات کنونی به نظر می‌رسد در خصوص نحوه ابراز موافقت، باید میان طفل و نوجوان قائل به تفکیک شد. همان‌طور که پیش‌تر تبیین شد، عدالت توافقی تفاوت چندانی با ماهیت حقوقی قراردادها ندارد؛ بدین نحو که در عدالت توافقی، مقام قضایی و بزهکار به عنوان طرفین قرارداد، هر یک متعهد به انجام یا عدم کاری می‌شوند؛ بزهکار موظف به قانون‌دوستی و عدم ارتکاب جرم بوده و در این مسیر مکلف به انجام برخی اقدامات است و مقام قضایی متعهد به جدایی مجرم از زندان می‌شود.

با توجه به مواد ۱۹۰ و ۲۱۰ قانون مدنی، اطفال به دلیل فقدان اهلیت برای انعقاد قرارداد و متعاقباً فقدان اهلیت برای اظهار رضایت، قادر به ابراز موافقت خود در خصوص اعمال نظارت الکترونیکی نبوده و این اقدام متوجه اولیاء یا سرپرست قانونی آن‌هاست. در مقابل، نوجوان به دلیل بلوغ خویش که اصولاً متضمن اهلیت آن‌ها در امور غیر مالی است، شخصاً قادر به ابراز موافقت خود خواهد بود. در نتیجه، از آنجایی که اعمال نظارت با سامانه‌های الکترونیکی متضمن دخالت در حریم خصوصی اشخاص است، رضایت اولیای نوجوان در خصوص اعمال سامانه‌های مذکور مؤثر نبوده و رضایت شخص نوجوان برای کاربست سامانه‌های مذکور الزامی است.

٤. جرائم مشمول نظارت الکترونیکی

از جمله ویژگی‌هایی که در خصوص جایگزین‌های حبس مطرح می‌شود

«جرم محوری» اســـت. بدین مفهوم که جایگزینی یک کیفر ارفاقی با کیفر حبس تنها در خصـــوص مرتکبان جرائم خرد که آزادی آن‌هـــا جامعه را با خطر مواجه نمی‌کند امکان‌پذیر اســـت. این رویکرد با توجه به حالت خطرناک مرتکبان جرائم شدید قابل توجیه اســـت؛ بدین صورت که مطابق عقیده جرم‌شناســـان، رهایی برخی از مجرمان از زندان، موجب ناامنی جامعه و متعاقباً ترس شـــهروندان از ارتکاب جرم علیه آن‌ها می‌شود؛ بنابراین جداسازی مجرمان خطرناک از جامعه که در پرتو رویکرد طردمحوری و با حبس نمودن آن‌ها صورت می‌پذیرد، اقدامی ضروری است.

این استدلال در خصوص مرتکبان جرائم شدید که تحت نظارت الکترونیکی به دامان جامعه بازمی‌گردند نیز صادق است. از این رو، در این بخش درصدد بررسی جرائمی هســـتیم که در خصوص آن‌ها امکان اعمال آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی مقدور اســـت. بدین ســـبب، در گام نخســـت، جرائـــم تعزیزی اطفال و نوجوانان و امکان‌ســـنجی اعمال مقررات نظارت الکترونیکی در خصوص آن‌ها و در وهله دوم، امکان اعمال مقررات نظارت الکترونیکی در خصوص مشـــمولان مادۀ ۹۱ قانون مجازات اسلامی بررسی می‌شود.

۱-٤. اعمال مقررات نظارت الکترونیکی در خصوص جرائم تعزیری

تا پیش از تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، صرفاً جرایم تعزیری درجه پنج الی درجه هشـــت، در صورت محکومیت به حبس و احراز ســـایر شـــرایط قانونی، امکان بهره‌مندی از نظارت الکترونیکی را دارا بودند، لیکن با تصویب قانون کاهش حبس تعزیری، حبس‌های تعزیری درجه دو الی چهار نیز به آن اضافه شـــدند؛ بدین صورت که مطابق تبصره ۲ ماده مذکور، در خصوص حبس‌های تعزیری درجه دو الی چهار، علاوه بر لزوم شـــرایط موجود در ماده ٦۲، گذرندان یک چهارم حبس مقرر شده در حکم دادگاه الزامی است.

در خصوص نحوۀ اعمال مقررات مادۀ ٦۲ و تبصره ۲ آن در خصوص اطفال و نوجوانان به نظر می‌رســـد در صورت ارتکاب جرائم تعزیری درجه پنج و محکومیت به نگهداری در کانون اصلاح و تربیت، طفل یا نوجوان مشـــمول صدر مادۀ ٦۲ قانون مجازات اســـلامی بوده و صرف احراز شـــرایط تعویق صدور حکم و رضایت اولیای طفل یا شخص نوجوان برای اعمال نظارت الکترونیکی کافی است، لیکن در صورت

ارتکاب جرائم تعزیری درجه دو الی درجه چهار، ابهامی پدیدار می‌شـــود. منشأ ابهام مذکور عبارت «حبس‌های تعزیری درجه دو، درجه سه و درجه چهار» است که ملاک تحقق تبصره دو را محکومیت به حبس‌های مذکور قلمداد نموده است. حال، مراد از «حبس‌های تعزیری»، مجازات قانونی است یا مجازات قضایی؟

در این خصوص دو تفســـیر قابل طرح اســـت. در تفسیر نخســـت، با استناد به تفســـیر لفظی از عبارت «حبس‌های تعزیری» و مقایســـه عبارت مذکور با عبارت «جرائم درجه پنج الی درجه هشت» که در صدر ماده مقرره شده، ملاک تحقق تبصره را می‌توان مجازات قضایی دانســـت، لیکن در تفســـیر دیگر، به نظر می‌رســـد تبصره مذکـــور در صدد بیان جرایم تعزیری درجه دو الی درجه چهار اســـت؛ بدین صورت کـــه برای جلوگیری از تعمیم اعمال آزادی تحت نظارت ســـامانه‌های الکترونیکی به تمام جرائم تعزیری درجه دو الی درجه چهار حتی اگر فاقد مجازات حبس باشند، از عبارت حبس‌های تعزیری استفاده نموده است. اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۱۹۳۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۰ [۱] و بخشنامه‌های صادره از سوی برخی دادگســـتری‌ها[۲] نیز تفســـیر اخیر را مورد پذیرش قرار داده‌اند. علت پذیرش این نظر آن اســـت که در صورت پذیرش رویکرد نخست، مشکلات حقوقی عدیده‌ای ایجاد می‌شود. برای مثال در صورتی که تبصره ۲ را ناظر به حبس قضایی تلقی نماییم، آنگاه فردی که مرتکب جرم تعزیری درجه چهار شـــده است و با تخفیف حبس درجه پنج دریافت نموده را نمی‌توان مشـــمول ماده ٦٢ قرار دهیم؛ زیرا حبس قضایی وی درجه پنج اســـت و مشـــمول تبصره ۲ نمی‌باشـــد و جرم ارتکابی نیز از درجه چهار بوده و مشمول ماده مورد بحث نمی‌شود؛ در حالی که اگر همین شخص از تخفیف برخوردار نمی‌شـــد و متحمل حبس درجه چهار می‌شد یا حتی با تشدید کیفر حبس درجه سه

---

۱. «بـــا توجـــه به عبارت در جرایم تعزیـــری صدر ماده ٦٢ قانون مجازات اســـلامی مصوب ۱۳۹۲، مقررات این ماده و ســـیاق تبصره ۲ الحاقی به آن، منظور از حبس‌های درجه دو، ســـه و چهار تبصره الحاقی، مجازات قانونی حبس تعزیری درجه دو، ســـه و چهار است و منظور از گذراندن یک چهارم مجازات‌های حبس، گذشت یک چهارم مجازات حبس مندرج در حکم است».

۲. برای مثال می‌توان بخشـــنامه شـــماره ۱۰/۲۲٦۲ مورخ ۱٤۰۲/۳/۸ دادگســـتری استان تهران اشاره نمود که مطابق آن: «... محکومین زیر در صورت اقتضا و احراز شـــرایط می‌توانند از نظام سامانه‌های الکترونیکی بهره‌مند شوند: الف: جرایم تعزیری درجه (۵) تا درجه (۸) بدون تحمل حبس؛ ب: جرایم تعزیری درجه (۲)، درجه (۳)، درجه (٤) پس از گذراندن یک چهارم مجازات‌های حبس و ...».

دریافت می‌کرد، می‌توانست مشمول نظارت الکترونیکی شود که این امر نمی‌تواند از نظر منطق قانون‌گذاری صحیح باشـــد؛ لذا پذیرش نظر دوم که فاقد این ایرادها است اولی بوده و در صورتی که طفل یا نوجوان مرتکب جرائم تعزیری درجه دو الی درجه چهار شـــود، پس از تحمل یک چهارم از مـــدت نگهداری در کانون اصلاح و تربیت می‌تواند از ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی بهره‌مند شود.

۲-٤. امکان‌سنجی اعمال مقررات نظارت الکترونیکی در خصوص مشمولان مادهٔ ۹۱ قانون مجازات اسلامی

ابهام دیگر، امکان کاربســـت مقـــررات مادهٔ ٦٢ قانون مجازات اســـلامی در خصوص مشـــمولان مادهٔ ۹۱ قانون مجازات اســـلامی اســـت. در این خصوص دو موضوع باید مورد بحث قرار گیرد: نخست، در صورت ارتکاب جرائم مستوجب حد یا قصاص از ســـمت نوجوان و وجود شرایط مادهٔ ۹۱ قانون مجازات اسلامی، اعمال نظـــارت الکترونیکی چه وضعیتی خواهد داشـــت؟ و دوم، با پذیرش اعمال مادهٔ ٦٢ در خصوص نوجوانِ مشـــمول مادهٔ ۹۱، فرد مذکور، مشمول کدام قسمت از ماده ٦٢ می‌شود؛ بدنه یا تبصرهٔ ۲؟

در پاســـخ به سؤال نخســـت، دو رویکرد در مقابل هم صف‌آرایی می‌کننـــد. رویکرد نخست با ابتنا بر ماهیت جـــرائم مستوجب حد و قصاص، به سؤال مذکور پاســـخ منفی می‌دهد؛ بدین مفـــهوم که با شـــمول مادهٔ ۹۱ قانون مجازات اسلامی در خصـــوص نوجوان، صرفاً مـــجازات حد یا قصاص ساقط می‌شود و مـمنوعیت اعمال نهـادهای ارفاقی از قبیل آزادی مشروط، تعویق صـدور حکم و تعلیق اجرای مجازات که به نص قانون، در خـصوص جرایم تعزیری جـعل شده‌اند، به قوت خود باقی است.

رویکرد دوم با تکیه بر جهاتی که در ادامه می‌آید، حکایت از کاربست مقررات مادهٔ ٦٢ قانون مجازات اســـلامی در خصوص مشـــمولان مـــادهٔ ۹۱ قانون مجازات اسلامی دارد:

نخســـت، تبعیت عنوان و ماهیت جرم از مجازات قانونی است. قوانین کیفری ایـــران پس از پیروزی انقلاب اســـلامی، با بهره‌مندی از فقه امامیـــه، جرائم را بر پایهٔ مجازات آن‌ها تقســـیم‌بندی نموده است؛ بدین‌ســـان، حد یا قصاص به عنوان صفت

برای مجازات به کار می‌رود و استعمال آن در خصوص جرم، کاربردی مجازی است (برهانی و لطفعلی‌زاده، ۱۴۰۱: ۴۱)؛ از این رو زمانی از جرم حدی یا مستوجب قصاص صحبت می‌شود که مجازات آن حد یا قصاص باشد و مادام که به دلیل فقدان درک یا عقل، جرائم مستوجب حد یا قصاص به نوجوان مستند نشده و متعاقباً حد یا قصاص ساقط شود، سخن راندن از جرم حدی یا قصاصی در تعارض با قانون خواهد بود.

دوم، از آنجا که جرائم ارتکابی از سوی طفل یا نوجوان بیش از آن‌که محصول تفکر باشد، ناشی از تأثر است، رویکرد حقوق کیفری نسبت به طفل و نوجوان رویکردی امتنانی و ارفاقی است؛ بنابراین در صورت شک میان شمول یا عدم شمول نهادهای ارفاقی در ارتباط با طفل یا نوجوان، تردید مذکور باید در راستای منافع عالی طفل و به نفع آن‌ها حل شود.

سوم، مقنن در خصوص بزرگ‌سالان در ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی تعزیر بدل از قصاص نفس را از شمول تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات خارج نموده است و این اقدام نشان از آن دارد که ارفاق‌های مذکور ابتدا شامل تعزیر بدل از قصاص نفس می‌شده است و خروج آن تخصصی نبوده، بلکه تخصیصی بوده است. بر همین اساس، اعمال نهادهای ارفاقی در خصوص تعزیر بدل از قصاص یا حد، در صورتی که منع قانونی صریح نداشته باشد، در خصوص نوجوانان بلامانع است.

چهارم، نص ماده ۹۰ قانون مجازات اسلامی اعمال نهادهای ارفاقی را به طور کلی در خصوص نگهداری در کانون اصلاح و تربیت مجاز دانسته است و در این خصوص تفاوتی میان نگهداری بدل از کیفر تعزیری (مانند شلاق و حبس) و نگهداری بدل از قصاص قائل نشده است.

با توجه به آنچه که گفته شد، شمول مادهٔ ۶۲ قانون مجازات اسلامی در خصوص مشمولان ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی و نیز نسبت به اطفال دوازده تا پانزده سال که مرتکب جرائم مستوجب حد یا قصاص شده و مطابق تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۸۸ به نگه‌داری کانون اصلاح یا تربیت محکوم می‌شوند بلامانع است.

در خصوص پرسش دوم، با توجه به قسمت اخیر مادهٔ ۹۱ قانون مجازات

اسلامی، راهکار صریح قانونی وجود ندارد؛ بدین صورت که مقنن در مادهٔ ۹۱ قانون مجازات اسلامی با بهره‌گیری از سیستم «کیفر احاله‌ای»، بدون این‌که برای هر یک از جرائم مشمول ماده مذکور، مبادرت به تعیین دقیق میزان مجازات نماید، نوع و میزان کیفر مشمولان ماده را به مواد پیشین ارجاع داده است. به همین سبب، اعمال مادهٔ ٦٢ در خصوص مشمولان مادهٔ ۹۱ قانون مجزات اسلامی به دلیل عدم رعایت «اصل شفافیت در تعیین کیفر»، با دقت کافی همراه نیست، لیکن ضمن تأکید بر اصلاح وضع موجود، می‌توان در این مورد به دو رویکرد برخورد نمود: بر اساس رویکرد نخست، با توجه به عدم شفافیت قانون و رویکرد کلی مقنن که تمامی جرایم نوجوانان را مشمول تعلیق اجرای مجازات و تعویق صدور حکم دانسته است و این امر نشان از قصد مقنن برای اعمال حداکثری نهادهای ارفاقی دارد، می‌توان فارغ از مدت و میزان کانونِ تعیین شده در حکم، آن را مشمول بدنهٔ ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی و شایسته اعمال نظارت الکترونیکی دانست. رویکرد دوم شمول بدنه یا تبصره ۲ ماده ٦٢ بر اشخاص مشمول مادهٔ ۹۱ را با بهره‌گیری از ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی بررسی می‌نماید. ماده مذکور که در صدد اعمال مجازات تبعی در خصوص برخی از جرائم است، مدت زمان جرائم مشمول مجازات تبعی را در سه بند تعیین نموده است. از این رو، شاید بتوان با توجه به بندهای سه‌گانه این ماده، شمول بندهای مادهٔ ۸۹ قانون مجازات اسلامی در خصوص نوجوان مشمول مادهٔ ۹۱ قانون مجازات اسلامی را با دقت بیشتری اعمال نمود.

مطابق حالت نخست، با توجه به بند پ مادهٔ ۲۵، جرائمی که مجازات آن‌ها «شلاق حدی و قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده نصف دیه مجنی علیه یا کمتر» است با حبس‌های درجه پنج در یک بند قرار گرفته‌اند؛ بنابراین با تعبیر حبس درجه پنج به جرایم درجه پنج، نوجوانِ مشمول مادهٔ ۹۱، به بند پ مادهٔ ۸۹ محکوم و در صورت تصمیم بر اعمال نظارت الکترونیکی مطابق صدر مادهٔ ٦٢ قانون مجازات اسلامی تصمیم‌گیری می‌شود.

مطابق حالت دوم، جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها «نفی بلد، قطع عضو یا قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده بیش از نصف دیه مجنی علیه» است، با حبس‌های تعزیری درجه یک الی درجه چهار در بند ب مادهٔ ۲۵ قانون

مجازات اسلامی قرار می‌گیرند. از این رو نوجوان، مشمول بندهای الف و ب مادهٔ ۸۹ شده و بر همین اساس، در صورت اعمال نظارت الکترونیکی، مشمول تبصره ۲ مادهٔ ٦٢ می‌شود.

مطابق حالت سوم، در صورتی که نوجوان ارتکاب جرائم مستوجب حدود و قصاص با مجازات قانونی «حبس ابد و سلب حیات»، اعمال نظارت الکترونیکی به طریق اولی مطابق تبصره ۲ مادهٔ ٦٢ صورت می‌پذیرد. با توجه به اصلاحی بودن برخورد مقنن با جرائم اطفال و نوجوانان و مدل عدالت کیفری اصلاح شده در نظام حقوقی ایران، به نظر می‌رسد اعمال رویکرد نخست اولی می‌باشد.

۵. تخلّف از شرایط و دستورات نظارت الکترونیکی و ضمانت اجرای آن

با قرار گرفتن طفل یا نوجوان تحت نظارت الکترونیکی، وی مکلف است تدابیر و دستورات تعیین شده توسط دادگاه را به موقع اجرا گذارد. با توجه به مادهٔ ٦٢ قانون مجازات اسلامی، در صورتی که محکوم اوامر و نواهی پیش‌بینی شده در حکم را نقض کند، ضمانت‌اجرای خاصی در خصوص محکوم قابل اعمال نیست. در این خصوص، مادهٔ ٢٤ «آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی مصوب ۱۳۹۷»[1] اتخاذ تصمیم مقتضی حسب مورد به شورای انضباطی زندان یا مقام قضایی ذی‌ربط واگذار کرده است. در خصوص عبارت «تصمیم مقتضی» سه تفسیر قابل طرح است.

مطابق تفسیر نخست، ممکن است گفته شود به دلیل قرار گرفتن مقررات نظارت الکترونیکی در فصل هشتم یعنی فصل «نظام آزادی مشروط»، ضمانت اجرای آزادی مشروط در خصوص نقض شرایط نظارت الکترونیکی قابل اعمال است. این تفسیر با ماهیت نظارت الکترونیکی هم‌خوانی ندارد؛ زیرا هر یک از دو نهاد مذکور دارای شرایط و اهداف متفاوتی بوده که موجب تمییز آن‌ها از یکدیگر می‌شود.

---

۱. مادهٔ ٢٤ آیین‌نامه: « واحدهای نظارت الکترونیکی، فرد تحت مراقبت را از طریق سما به صورت شبانه‌روزی تحت نظارت قرار داده چنانچه وی برخلاف مقررات یا تعهدات اخذ شده رفتار نماید، مراتب توسط مأمور ناظر جهت اتخاذ تصمیم مقتضی حسب مورد به شورای انضباطی زندان یا مقام قضایی ذی‌ربط گزارش می‌شود.»

تفسیر دوم، استقلال مقام قضایی در اعمال تصمیم است. بدین نحو که با توجه به شدت تخلف ارتکابی و شخصیت محکوم، دادرس دادگاه حسب مورد، می‌تواند دستور افزایش دستورات نظارتی یا کاهش محدودهٔ نظارت الکترونیکی و یا دستور لغو نظارت قضایی و متعاقباً اجرای حبس یا ادامه نظارت الکترونیکی را صادر می‌نماید.

تفسیر و راهکار سوم، اعمال حبس است؛ زیرا عبارت «محکوم به حبس» که در مادهٔ ٦٢ قانون مجازات اسلامی مقرر شده، دلالت بر صدور حکم محکومیت به حبس پیش از نظارت الکترونیکی دارد؛ بنابراین تخطی از دستورات دادگاه صرفاً منجر به اجرای محکومیت حبس می‌شود.

با توجه به سکوت مقنن در این خصوص، اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریهٔ شمارهٔ ۷/۵۵۹ مورخ ١٤٠٠/٦/١٥ نیز تفسیر سوم را مورد پذیرش قرار داده است[1]، لیکن اعمال این رویکرد در خصوص طفل یا نوجوان، به دلیل ویژگی‌های شخصیتی آن‌ها مناسب نیست؛ زیرا همان‌طور که تبیین شد، نقض دستورات دادگاه از سوی نوجوان بیش‌تر از آن‌که ناشی از تفکر و تعمد باشد؛ ناشی از تأثیر و تأثر یا ویژگی‌های شخصیتی اوست[2]. همچنین برخی مواقع، نوجوان با نقض دستورات نظارت الکترونیکی درصدد نقض اهداف نظارت نیست. برای مثال، نوجوانی که به منظور دوری از تنش و درگیری‌های موجود میان خانواده یا والدین، اقدام به خروج

---

۱. محکوم به حبس که طبق تصمیم دادگاه بر اساس مقررات ماده ٦٢ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و نیز تبصره ۲ الحاقی ۱۳۹۹ به این ماده (ماده ۹ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹) تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی قرار می‌گیرد، به تصریح ماده ٢٤ آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی مصوب ۱۳۹۷/٤/۱۰ رئیس قوه قضاییه واحدهای نظارت الکترونیکی به صورت شبانه‌روزی وی را از طریق سامانه سما تحت نظارت قرار می‌دهند و چنانچه برخلاف مقررات یا تعهدات اخذ شده رفتار کند، مراتب توسط مأمور ناظر جهت اتخاذ تصمیم مقتضی حسب مورد به شورای انضباطی زندان یا مقام قضایی ذی‌ربط گزارش می‌شود؛ بنابراین در فرض سؤال که مراتب تخطی محکوم یعنی خروج وی از محدوده مراقبتی به دادگاه اعلام شده است، این موضوع که دادگاه چه تصمیمی باید اتخاذ کند، در قانون و آیین‌نامه اجرایی مراقبت‌های الکترونیکی مصوب ۱۳۹۷/٤/۱۰ رئیس قوه قضاییه پیش‌بینی نشده است و چنانچه دادگاه خروج محکوم از محدوده مراقبتی را خارج از شمول ماده ۲۵ این آیین‌نامه تشخیص دهد، با لغو تصمیم قبلی خود مبنی بر تحت نظارت قرار دادن محکوم به حبس در سامانه‌های الکترونیکی، دستور اجرای محکومیت حبس در زندان را صادر می‌کند.

۲. مطابق یک بررسی که در آمریکا و با جمعیت آماری محدودی صورت گرفت، بیش از پنجاه درصد نوجوانان، حداقل یک‌بار شرایط نظارت الکترونیکی را نقض کرده‌اند (Weisburd, 2015: 308).

از منزل و مآلاً محدودهٔ تعیین شـــده می‌نماید، بسان فردی که عامداً محدوده را نقض می‌کند، شایســـته سرزنش نیســـت. علاوه بر این، لغو نظارت الکترونیکی در صورت ارتکاب نخستین تخلف منجر به بازگشت نوجوان به کانون اصلاح و تربیت و متعاقباً گسترش شبکهٔ کنترل اجتماعی می‌شود؛ بنابراین در خصوص ارتکاب تخلفات جزئی، اعطای فرصتی مجدد به طفل و نوجوان امری شایسته است. این ارفاق با توجه به مادهٔ ٦١ قانون مجازات اسلامی نیز قابل توجیه است؛[1] زیرا نقض دستورات دادگاه از سمت بزهکاران بزرگ‌ســـال در حین آزادی مشروط، موجبی برای بازگشت ایشان به زندان نیست؛ در حالی که نخستین تخلف نوجوان موجب نگهداری وی در کانون اصلاح و تربیت می‌شود. همچنین برگزاری کلاس‌های آموزشی و مشاوره‌های روان‌شناسی در حین آزادی تحت نظارت با ســـامانه‌های الکترونیکی می‌تواند به توان‌بخشی و اصلاح طفل یا نوجوان کمک نماید؛ لذا به نظر می‌رســـد موجبی برای نفع تفسیر دوم وجود ندارد و با توجه به اصل تفســـیر در جهت منافع عالـــی طفل به نظر، عقیده دوم اولی است.

۱. مـــاده ٦١ قانون مجازات اســـلامی: «هرگاه محکوم در مدت آزادی مشـــروط بدون عذر موجه از دســـتورهای دادگاه تبعیت نکند برای بار اول یک تا دو ســـال به مدت آزادی مشـــروط وی افزوده می‌شـــود. در صـــورت تکرار یا ارتکاب یکی از جرائم عمدی موجب حـــد، قصاص، دیه یا تعزیر تا درجـــه هفت، علاوه بر مجازات جرم جدید، مدت باقیمانده محکومیت نیز به اجرا در می‌آید، در غیر این صورت آزادی او قطعی می‌شود».

برآمد

۱- توجه خاص به بزهکاری اطفال و نوجوانان در سطح بین‌المللی به کمتر از یک قرن پیش باز می‌گردد. مولود این توجه خاص نگرش افتراقی به بزهکاری اطفال و نوجوانان در سطح نظام‌های حقوقی داخلی بوده است. این نگرش افتراقی بدان معنا نبوده که همه مقررات حاکم بر بزهکاری اطفال و نوجوانان از بزرگ‌سالان متمایز شود، بلکه در سطح اصول و قواعد کلی مانند زایش نوع جدیدی از تفسیر مانند تفسیر در راستای منافع عالی طفل می‌باشد. بر این اساس، مقررات اعمالی بر بزهکاری اطفال و نوجوانان در دو دسته عمومات و مقررات خاص کیفری قابل تقسیم می‌باشد. مقصود از عمومات، مقررات ناظر بر بزرگ‌سالان است که به دلیل عدم وجود منع قانونی قابل اعمال بر اطفال و نوجوانان نیز می‌باشد. با این حال، این مقررات اغلب با دید بزرگ‌سالان بزهکار نگارش شده‌اند و به همین جهت اعمال این مقررات بر اطفال و نوجوانان با چالش‌هایی مواجه است. در نظام حقوقی ایران نیز نظارت الکترونیکی در زمره این دسته می‌باشد.

۲- مقالهٔ حاضر پس از بررسی مزایا و معایب اعمال نهاد نظارت الکترونیکی، بر آن بود که مزایای اعمال آن بسیار بیش از معایب آن می‌باشد؛ لذا در صدد بررسی چالش‌های حقوقی اعمال این نهاد ارفاقی بر اطفال و نوجوانان بوده و در نهایت این نتیجه حاصل شد که اعمال این نهاد چه در مقام کیفر و یا قرار تأمینی بر نوجوانان فاقد منع قانونی می‌باشد.

۳- در مقام اعمال این نهاد ارفاقی به عنوان راهکاری برای قرار تأمین صادره، به نظر می‌رسد با توجه به آن‌که ماده ۲۸۷ قانون آیین دادرسی کیفری شدیدترین قرارهای تامین کیفری ازجمله کفالت، وثیقه و بازداشت را برای نوجوانان پذیرفته است، مقنن قصد حصر از این ذکر نداشته و به جهت تفسیر در راستای منافع عالی کودک، آنجا که اقتضا می‌کند دادرس امکان صدور دیگر قرارهای تأمین از جمله بند چ ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری و در نتیجه اعمال نظارت الکترونیکی را دارا می‌باشد.

٤- در خصوص نظارت الکترونیکی به عنوان شیوهٔ اعمال کیفر، با توجه به امکان اعمال این نهاد بر حبس و با توجه به تبصره ۱ ماده ۵۱۳ قانون آیین دادرسی

کیفری که حبس را ناظر به نگهداری در زندان دانسته و زندان را اعم از کانون اصلاح و تربیت معرفی کرده است، اعمال این نهاد در خصوص کانون اصلاح و تربیت بلامانع می‌باشد. همچنین با توجه به بلوغ نوجوانان و امکان تصمیم‌گیری در امور غیر مالی، اخذ رضایت از آن‌ها نیز با مانع قانونی مواجه نمی‌باشد. این نهاد ارفاقی بر تمامی مواردی که ناظر بر نگهداری در کانون اصلاح و تربیت است؛ خواه به علت جرمی که در صورت ارتکاب، شخص مسؤول جرم حدی باشد و خواه جرم تعزیری، قابل اعمال است.

فهرست منابع

الف. فارسی

* ابراهیمی، شهرام و سلطانی‌فرد، حسن(۱٤۰۳)، «**پابند الکترونیک به عنوان شیوه نوین اجرای کیفر حبس؛ از سیاست تقنینی تا قضایی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲٦.

* آقایی جنت‌مکان، حسین (۱۳۹۳)، **حقوق کیفری عمومی (کیفرشناسی نو)**، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: جنگل جاودانه.

* الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱٤۰۰)، **درآمدی بر حقوق جزای عمومی: واکنش در برابر جرم**، چاپ ششم، تهران: میزان.

* آنسل، مارک (۱۳۷۵)، **دفاع اجتماعی**، برگردان: محمد آشوری و علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران.

* برهانی، محسن و لطفعلی‌زاده، الهه (۱٤۰۱)، **تأمّلات؛ شرحی بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی (مشتمل بر کتاب اول تا چهارم)**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* دانش، تاج‌زمان (۱۳۹۳)، **دادرسی اطفال بزهکار در حقوق تطبیقی**، چاپ پنجم، تهران: میزان.

* سلطانی، محمدرضا و ازگلی، محمد و احمدنیا آلاشتی، سیامک (۱۳۹۵)، «**درآمدی بر نقد نظریه سلسله‌مراتب نیازهای مزلو**»، فصل‌نامه مطالعات رفتار سازمانی، سال پنجم، شماره ۱ (پیاپی ۱۷).

* شیکر، دیوید (۱۳۹۳)، **مفهوم و ماهیت مجازات**؛ برگردان: حسین آقایی جنت‌مکان، چاپ نخست، تهران: جنگل جاودانه.

* فروغی، فضل‌الله و ایرانی، امیر (۱۳۹۵)، «**مطالعه تطبیقی شناسایی و اجرای نظارت الکترونیکی در حقوق کیفری ایران و امریکا**»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲.

* فوکو، میشل(۱۳۹۳)، **مراقبت و تنبیه (تولّد زندان)**، برگردان: نیکو سرخوش و افشین جهاندیده، چاپ سیزدهم، تهران: نشر نی.

* صادقی، آزاده (۱٤۰٤)، «**بازآرایی نهادهای رفاهی در خدمت کنترل و تنبیه؛ مطالعه موردی نظام عدالت کیفری ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹،

شماره ۱۳۱.

* نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۲)، **توافقی شدن آیین دادرسی کیفری**، چاپ دوم، تهران: میزان.

* محسنی، فرید (۱۳۹۷)، **نظریه‌های جرم‌شناسی**، چاپ نخست، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

* مقدسی، محمدباقر و یزدانی، جواد (۱۳۹۸)، **حقوق جزای عمومی: ضمانت اجراهای کیفری**، چاپ نخست، تهران: میزان.

* مؤذن‌زادگان، حسنعلی (۱۴۰۲)، **دادرسی کیفری ویژۀ اطفال و نوجوانان**، چاپ نخست، تهران: سمت.

* مهرا، نسرین (۱۳۹۵)، **ترمیمی شدن عدالت کیفری صغار در انگلستان و ویلز، در علوم جنایی: مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری**، چاپ ششم، تهران: سمت.

* یکرنگی، محمد و ایران‌منش، مهدی (۱۳۸۷)، «**کیفرهای اجتماع‌محور: از نظریه تا عمل با تأکید بر پیش‌نیازهای اعمال کیفرهای اجتماع‌محور در ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ٦٤.

ب. انگلیسی

* Arnett, Chas. (2018). **Virtual Shackles: Electronic Surveillance and the Adultification of Juvenile Courts**, 108 J. Crim. L. & Criminology 399.

* Crump, Catherine. (2019). **Tracking the trackers: an examination of electronic monitoring of youth in practice**. UC Davis Law Review, 53(2).

* Fox, R. G. (1987). **Dr schwitzgebel's machine revisited: electronic monitoring of offenders**. Australian and New Zealand Journal of Criminology, 20(3).

* Markus Aloyan. (2020). **Home Confinement in the United States: The Evolution of Progressive Criminal Justice Reform**, Trento Student Law Review.

❋ Marvin D. Krohn and Jodi Lane. (2015). **The Handbook of Juvenile Delinquency and Juvenile Justice**, John Wiley & Sons Inc, Wiley-Blackwell.

❋ Matt Black and Russell G. Smith (2003), **Electronic Monitoring in the Criminal Justice System**, Trends and Issues in Crime and Criminal Justice series, No.254, Australian Institute of Criminology.

❋ Michael, T, Charles (1989), **Research note: juveniles on electronic monitoring**. Journal of Contemporary Criminal Justice, 5(3).

❋ Ralph Kirkland Gable & Robert S. Gable. (2005). **Electronic Monitoring: Positive Intervention Strategies**, Federal Probation, vol. 69, no. 1.

❋ Rena Coen, Chieh Tung. (2017). **Electronic Monitoring of Youth in the California Justice System**, Berkeley Law, University of California, Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic.

❋ Randy R. Gainey; Brian K. Payne; Mike O'Toole. (2000). **"Relationships Between Time in Jail, Time on Electronic Monitoring, and Recidivism: An Event History Analysis of a Jail-Based Program"**, Justice Quarterly 17, no. 4.

❋ Sanger, Janine. (2006). **Electronic curfew orders and juvenile offenders**. Police Journal, 79(1).

❋ Shlomo Giora Shoham, Ori Beck, Martin Kat. (2007). **International Handbook Of Penology and criminal Justice**, Boca Raton London New York: CRC Press, Taylor & Francis Group.

❋ Vaughn, Joseph B. (1989). **"A Survey of Juvenile Electronic Monitoring and Home Confinement Programs"**, Juvenile & Family Court Journal, 40.

❋ Weisburd, Kate. (2015). **Monitoring youth: the collision of rights and rehabilitation**. Iowa Law Review, 101(1).

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ۴۲۱-۳۹۵
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۱۷

گفتمان کودک‌لنگری در مباحث تابعیت؛ حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا

سعید حقانی[۱]

چکیده

قاعده‌گذاری تابعیت به قاعده‌گذاری در زمینه مهاجرت گره خورده است و از این رو نمی‌توان در وضع و در تفسیر قواعد حقوقی تابعیت، به مسائل جمعیتی و مهاجرتی بی‌تفاوت ماند. این ایده دستاویز بسیاری از راست‌گرایان در کشورهای مختلف برای محدودسازی تابعیت قرارگرفته و در ایالات متحده آمریکا با مفاهیمی هم‌چون «کودک‌لنگری» نمود یافته است. کودک لنگری به معنای مهاجرت غیرقانونی به کشور مقصد، ایجاد کودک در آن کشور و استفاده از تابعیت آن کودک به منظور کسب مزایای تابعیتی یا اقامتی برای خود است.

نوشتار حاضر به روش توصیفی تحلیلی و با نگاهی به بستر تکوین قواعد حقوقی و همچنین با استفاده از روش تطبیقی خُرد، این رویکرد انقباضی در برابر مهاجرت را در ایالات متحده آمریکا و ایران بررسی و دغدغه‌های زیربنای آن را تبیین می‌کند و فارغ از ضرورت پذیرش یا رد مفهوم کودک‌لنگری، چهارچوب مفهومی موضوع و جایابی آن را مورد نظر قرار می‌دهد تا زمینه تحلیل موضوع در حقوق ایران و پژوهش‌های آینده را فراهم کند. به نظر می‌رسد دغدغه مشابهی در رابطه با اعطای اقامت به پدر کودکان متولد از مادر ایرانی و پدر خارجی در چهارچوب ماده واحده سال ۱۳۹۸ مطرح است، بی‌آنکه بر حق این کودکان بر تابعیت ایرانی موثر باشد.

واژگان کلیدی: کودک‌لنگر، مهاجرت غیرقانونی، زادگردی، سیستم خاک، کودکان متولد از مادر ایرانی.

---

۱. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی haghani_saeed@yahoo.co.uk

درآمد

در بیشتر مباحث مختلف تابعیت، اصولاً دو رویکرد مختلف رویاروی هم‌دیگر صف‌آرایی می‌نمایند. طرفداران محدودسازی تابعیت و کسانی که به آزادسازی تابعیت تمایل دارند. این تقابل را در مباحث مختلف مانند تابعیت مضاعف، بازتعریف معیارهای تابعیت اصلی و تابعیت کودکان متولد از ازدواج‌های مختلط می‌توان دید. استدلال‌های طرفداران محدودسازی تابعیت پیرامون سرفصل‌های ویژه‌ای ترتیب یافته و الگوی تقریباً مشابهی در کشورهای مختلف دارد. دغدغه‌های پیرامون امنیت ملی و تروریسم نمونه‌هایی از این قبیل استدلال‌های موضوع بحث هستند (Spiro, 2016: 76-80). در این میان یکی از استدلال‌های مهم طرفداران محدودسازی در ایالات متحده آمریکا، مساله‌ی استفاده از تابعیت کودکان برای کسب مزایای اقامتی و یا تابعیتی توسط والدین بیگانه است[1]. این مساله با اصطلاح «کودک‌لنگرها[2]» که دارای بار و ارزش‌گذاری منفی است، موضوع مباحثی در ایالات متحده آمریکا قرار گرفته است؛ زمینه گفت‌وگوهای مشابهی در حقوق ایران نیز گشوده شده ولی چندان موضوع سخن نبوده است.

در این مقاله، در پی طرح ادبیات شکل‌گرفته پیرامون این مفهوم در ایالات متحده و سپس جایابی آن در حقوق ایران خواهم بود. پرسش این است که کودک‌لنگری به چه معناست و آیا مساله مشابهی در حقوق ایران قابل طرح است؟ با درپیش‌گرفتن روش تطبیق خُرد و با نگاهی تاریخی به حقوق ایالات متحده آمریکا، به منظور طرح و تحلیل موضوع، در آغاز به بیان زمینه تاریخی مساله در ایالات متحده آمریکا

---

۱. این مقایسه میان ایران و ایالات متحده از منظر شبه‌روانشناختی پیشنهادی هانا آرنت نیست. در واقع مساله نویسنده این نیست که ما به آن‌که انکار می-کنیم شبیهَ‌تریم، آن‌گونه که آرنت در برخی فرازها مشابهت‌هایی میان نازی‌ها و پروتکل‌های بزرگ صهیون می‌بیند (آرنت، ۱۴۰۲: ۱۵۹ و ۱۹۲). نویسنده بر این باور است که دوگانه‌ها و دغدغه‌های مشابه پیرامون قواعد تابعیت کشورها قابلیت طرح می‌یابد که نوع طرح و میزان اهمیت این دغدغه‌ها با توجه به موقعیت دولت-ملت‌ها و چینش قواعد تابعیت آن‌ها به میزانی متفاوت است.

2. Anchor babies

از برابرنهاد «کودک‌لنگری» استفاده شد؛ از یک سو به دلیل دور نیافتادن از مابه‌ازای انگلیسی آن و از سوی دیگر به جهت قرابت معنایی شناخته‌شده برای آن در زبان فارسی که در اصطلاح «کنگرخوردن و لنگر انداختن» رایج است. لازم به ذکر است که به لحاظ نوع ترکیب هم تعبیر مشابهی (کودک‌کامی) پیش از این در ادبیات حقوقی فارسی استفاده شده است (حیدری، ۱۴۰۲).

پرداخته و در ادامه به سـراغ مبانی طرح‌شده له و علیه این گفتمان می‌رویم تا در انتها به طرح دغدغه‌های معادل آن در ایران بپردازیم.

۱. زمینه تاریخی کودک‌لنگری در ایالات متحده آمریکا

قاعده خاک[1] به‌عنوان یکی از دو سیسـتم اصلـی در زمینه تابعیت به صورت مطلق خود در کشـورهای معدودی از جمله دو کشور ایالات متحده آمریکا و کانادا اجرا می‌شـود. این وضعیت به هـمراه وضعیت مطلوب اقتصادی اجتماعی این دو کشـور باعث شده که به ویـژه ایالات متحده آمریکا مقصد مهاجران غیر مجاز قابل توجهی باشـد. با اعمال بی‌قید و شـرط قاعده خاک در خصـوص تابعیت، فرزندان متولـد از این قبیل مهاجران آمریکایی تلقی می‌شـوند. همین انگیزه به همراه این امر کـه والدین مهاجـر غیر قانونی به تبع فرزند خود از مزایای اقامتی و شـهروندی در کشـور مقصد برخوردار شوند، باعث شـکل‌گیری موجی گسترده در اعتراض به آن شده اسـت (Spiro, 2020: 15). بدین ترتیب با پدیده‌ای روبه‌رو هستیم که به مرور و بیـش از همه اصطلاحات، نام «کودک‌لنگری» به خود گرفته اسـت؛ گویی در این مدل، پدر و مادری که به صـورت غیر قانونی به ایالات متحده مهاجرت کرده‌اند، از کودک به عنوان لنگری برای ماندن و وصل شـدن بدان کشـور استفاده می‌کنند. از همین‌جا پیداست که این تعبیر دارای میزانی از بار معنایی منفی است و از سوی گروه طرفدار اعطای تابعیت به این کودکان، تعبیری توهین‌آمیز تلقی می‌شود[2]. با این حال به جهت رواج این تعبیر در ادبیات حقوقی این حوزه، در این مقاله نیز از همین عبارت (کودک‌لنگری) استفاده می‌کنیم.

پیدایـش پدیده کودک لنگری همان‌گونه که علـل اجتماعی و اقتصادی دارد، ریشـه‌ای نیز در آرایش قواعد حقوقی ایالات متحـده در تبیین معیار خاک در بحث تابعیـت دارد. جنبه حقوقی موضوع را باید در اصلاحیه چهاردهم قانون اساسـی آن

---

1. Jus soli

۲. نمونه این تلقی دوگانه دو جناح از اصطلاح کودک‌لنگر را می‌توان در تنشی که در سال ۲۰۱۱ رخ داد دید. در این سال فرهنگ‌نامه میراث آمریکایی (American Heritage Dictionary) این تعبیر را به خزانه واژگان خود افزود و در تعریف آن به استفاده از کودکان برای کسب تابعیت توسط والدین اشـاره کرد. این امر چنان با انتقاد مواجه شـد که فرهنگ‌نامه یادشـده بلافاصله در مقابل اصطلاح یادشـده عبارت توضیحی «توهین‌آمیز» (Offensive) را برای توجه مخاطبان افزود و تعریف خود را نیز تعدیل کرد (Chavez, 2017: 5).

کشور جســـت. مساله از این قرار است که پس از اســـتقلال ایالات متحده آمریکا از انگلســـتان، دادگاه‌های آن کشـــور قاعده خاک را به پیروی از ســـنت کامن لا اعمال می‌کردند، اما قاضی تینی[1] در ســـال ۱۸۵۷ و فضـــای پیش از جنگ داخلی آمریکا در پرونده دردِ اسکات علیه ســـندفورد[2]، آفریقایی‌های متولد در خاک آمریکا را مشمول این قاعده ندانست (Goldstein, 2019: 178-181). واکنش‌های اجتماعی به این رای و ســـپس جنگ داخلی آمریکا، منتهی به‌تصویب اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی آن کشور در سال ۱۸٦۸ گردید که در بند نخست اعلام داشته است: «تمامی اشخاصی که در خاک ایالات متحده متولد شـــده یا تابعیت آن را کسب کرده‌اند و تحت صلاحیت ایالات متحده باشـــند، شهروند ایالات متحده و ایالتی که در آن ساکنند خواهند بود[3]». بدین ترتیب و با درج معیار خاک در اصلاحیه یادشده، آفریقایی-آمریکایی‌های متولد در خاک آن کشور نیز شهروندی آمریکا را به دست آوردند.

در سال‌های پس از تصویب اصلاحیه چهاردهم، در خصوص دامنه شمول بند نخست آن اصلاحیه اختلاف فراوان پدیدار شد. به دیگر سخن، نگاه «سفیدسالاری[4]» متـــداول در ایالات متحـــده با اصلاحیه چهاردهم پایان نیافت. از یک ســـو، در مورد تابعیت سرخ‌پوســـتان آمریکا تردید جدی وجود داشت که این مساله در پرونده الک علیه ویلکینز[5] طرح شد. از دیگر سو و مهم‌تر از این، مساله چینی‌تباران و آسیایی‌تباران ایالات متحده بود. منفی‌نگری نســـبت به چینی‌تبـــاران به میزانی بود که نه تنها قتل‌ها و ســـلاخی‌های عجیبی در اواخر قرن نوزدهم نســـبت به چینی‌هـــا رخ داد، بلکه با تصویب قانون خـــروج چینی‌ها در ۲٤ آوریل ۱۸۸۲[6] ورود کارگران چینی به ایالات متحده ممنوع اعلام شـــد (Foucrier, 2001: 123-139). هم‌چنین قوانین و رویه‌های

1. Chief Justice Taney
2. Dred Scott v. Sandford
3. 'All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside'. Fourteenth amendment to the Constitution of the United States, available at: <اصلاح شود 30th 2024)
4. White-supremacy
5. Elk v. Wilkins, 1884
6. Chinese exclusion Act of 1882

غالب پس از اصلاحیه چهاردهم همچنان امکان کسب این تابعیت را به سفیدان و آفریقایی‌تباران محدود می‌کردند. این امر به معنای ممنوعیت اعطای تابعیت اکتسابی به دیگر نژادها بود (Rierson, 2023: 21-25). در این فضا بود که دیوان‌عالی کشور ایالات متحده آمریکا در پرونده ایالات متحده علیه وُنگ کیم آرک[1] قاعده خاک را در ارتباط با مهاجران قانونی از آسیا (چینی‌ها) نیز به رسمیت شناخت. جریان پرونده از این قرار بود که ونگ کیم آرک در سال ۱۸۷۳ از پدر و مادری چینی در سان‌فرانسیسکو زاده شد و از بدو تولد ساکن آن‌جا بود. پدر و مادر وی در ۱۸۹۰ به چین بازگشتند. ونگ نیز با آن‌ها به چین رفته و در ۲۶ ژوئیه همان سال بدون هیچ مشکلی به آمریکا بازگشت. وی بار دیگر در سال ۱۸۹٤ به چین رفت و در اوت ۱۸۹۵ به آمریکا بازگشت، ولی این بار مامور مرزی وی را چینی تلقی کرده و به او اجازه ورود به کشور را نداد. در پی اقامه دعوا از سوی ونگ رای بدوی مبنی بر احراز تابعیت آمریکایی براساس اصلاحیه چهاردهم به سود وی صادر گردید. رای صادره از دیوان‌عالی فدرال آمریکا در پی اعتراض دادستان نیز همین نتیجه را تایید کرد (Foucrier, 2001: 130-131). در آخرین تحولات، دیوان‌عالی کشور ایالات متحده در پرونده پلایلر علیه دو[2] در سال ۱۹۸۲ گام دیگری به جلو برداشت و با ارجاع به رای پرونده وُنگ اعلام داشت که «در ارتباط با اصلاحیه چهاردهم نمی‌توان هیچ‌گونه تفکیک معقولی بین خارجیان ساکن آمریکا که ورودشان قانونی بوده و آن‌هایی که ورودشان غیرقانونی بوده قائل شد» (McDevitt, 2010: 61).

سیر پیش‌گفته آراء دیوان عالی کشور در چهارچوب تفسیر بند نخست اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا به معنای پذیرش دو پدیده «زادگردی[3]» و «کودک‌لنگری» بود. زادگردی در نقطه مقابل کودک‌لنگری، به وضعیت کودکانی اشاره دارد که والدین‌شان به صورت قانونی وارد خاک ایالات متحده آمریکا شده‌اند، ولی تنها هدف آن‌ها کسب تابعیت برای کودک در شرف تولدشان است. مساله زادگردی گاه با برداشتن روادید بین ایالات متحده آمریکا و برخی از کشورها، پررنگ‌تر شده است. نمونه این امر را می‌توان در حذف ویزا میان ایالات

1. United States v. Wong Kim Ark, 1898
2. Plyler v. Doe, 1982
3. Birth tourism

متحده و تایوان در ۲ اکتبر ۲۰۱۲ دید (Grant, 2015: 174). به هر روی، این تفسیر لیبرال دیوان عالی ایالات متحده آمریکا از اصلاحیه چهاردهم و رویکرد گشاده‌دستانه آن مرجع به این دو پدیده، با واکنش‌های منفی بیشتری در دهه‌های اخیر مواجه شده‌اند.

هر دو مساله زادگردی و کودک‌لنگری در دهه‌های اخیر موضوع مجادلات پرتنشی هم در سطح اجتماعی و هم در سطح دانشگاهی قرارگرفته است. دلیل این امر را باید در تسهیل سفر و جابه‌جایی انسان‌ها دانست. به تعبیر یکی از نویسندگان، سفر از پکن به سان‌فرانسیسکو آمریکا در دهه ۱۸۶۰، پانزده روز و نیم به طول می‌انجامید؛ این در حالی است که همین سفر امروزه در یازده ساعت و نیم انجام می‌شود (Goldstein, 2019: 183). طبیعی است که این سهولت جابه‌جایی باعث بیشتر شدن مهاجرت به کشورهایی هم‌چون ایالات متحده آمریکاست. آمار زادگردی در سال ۲۰۱۲ به مقصد آن کشور بین حدود هشت هزار (Kugler, 2018: 321) تا سی و شش هزار نفر (Goldstein, 2019: 182) گزارش شده است؛ این در حالی است که آمار سرسام‌آوری برای کودک‌لنگری گزارش شده است. برای نمونه برای سال ۲۰۰۸ تعداد سیصد و چهل هزار کودک (McDevitt, 2010: 56) و برای سال ۲۰۱۴ دویست و هفتاد و پنج هزار کودک (Goldstein, 2019: 183) در گزارش‌ها منعکس شده است. در آخرین گزارش‌های منتشر شده برای سال ۲۰۲۴، تعداد سیصد هزار تولد از این دست منعکس گردیده است (Lendrum: 2025. Binder: 2025)، هرچند در اعتبار این گزارش آخر (مربوط به سال ۲۰۲۴) می‌توان تردید جدی داشت[1]. به هر روی، از این گزارش‌ها می‌توان اهمیت مساله در آن کشور و داغ شدن گفت‌وگوها پیرامون آن را دریافت.

---

۱. تردید در این گزارش‌ها از دو جهت است: از یک‌سو، این گزارش‌ها آمار ذکرشده را منتسب به گزارشی از مرکز مطالعات مهاجرت می‌کنند. ظاهراً آن‌چه مستند آن‌هاست گزارشی مربوط به سال ۲۰۱۹ است (Center for Immigration Studies: 2019)! ثانیاً، برخلاف آن‌چه عنوان و محتوای برخی گزارش‌ها بر آن دلالت می‌کند، هیچ‌یک (حتی گزارش مرکز مطالعات مهاجرت در سال ۲۰۱۹) مبتنی بر آمار دقیق نبوده و «تخمین» هستند. نکته مهم دیگر در راستای تایید به‌جا بودن تردید در اعتبار گزارش‌هایی با این کلی‌گویی این است که قریب به اتفاق پایگاه‌هایی که چنین گزارش‌هایی را منتشر کرده‌اند، پایگاه‌های با گرایش سیاسی راست یا راست افراطی هستند (برای دیدن این سایت‌ها و گرایش سیاسی آن‌ها: https://ground.news/article/analysis-nearly-400k-anchor-ba-bies-born-in-2024).

۲. مباحث نظری کودک‌لنگری در ایالات متحده آمریکا

در رابطه با منظرگاه مطلوب به کودک‌لنگری هر دو طرف استدلال‌هایی متفاوتی را بیان کرده‌اند. پیش از بررسی این استدلال‌ها باید نکته‌ای را گوشزد کرد. به نظر نویسنده، این استدلال‌ها در دو سطح قرار می‌گیرند: از یک‌سو، با استدلال-های صرفاً حقوقی روبه‌رو هستیم که مساله را در دل اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی و تفسیر مناسب از آن بررسی می‌کند. از سوی دیگر و البته در حجم و تفصیل بیشتر، استدلال‌های پیشاحقوقی با رنگ و بوی جامعه شناختی، اقتصادی و گاهی امنیت محور مطرح شده‌اند. در این طیف دوم از استدلال‌ها طرفین به‌دنبال نشان دادن خوب یا بد بودن این پدیده به لحاظ آثار جامعه‌شناختی، امنیتی و یا اقتصادی هستند. در ادامه پس از طرح نظرات طرفداران محدودسازی کودک-لنگری، به‌بررسی طرفداران گروه مقابل خواهیم پرداخت.

۲-۱. طرفداران محدودسازی و دلایل ایشان

بسیاری از نویسندگان آمریکایی (Schuck, & Smith, 1985) با اعطای تابعیت به کودکان متولد از والدین غیر قانونی مخالف بنیادین دارند. از منظر گرایش سیاسی این عمدتاً جمهوری‌خواهان بوده‌اند که به دنبال محدودسازی کودک‌لنگری هستند. سخنرانی‌های آتشین دونالد ترامپ پیش از انتخابات ۲۰۱۶، در کنار دادن وعده کشیدن دیوار مرزی با مکزیک، بر محدود و ممنوع‌سازی شناسایی تابعیت برای کودکان متولد از مهاجران نیز توجه داشت (Chavez, 2017: 1). این مخالفت‌ها به میزانی است که برخی سیاست‌مداران آن کشور مانند لیندزی گراهام[1] درصدد الغاء این بخش از اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی برآمده‌اند و برخی دیگر مانند جان مک‌کین[2] برای اصلاح آن تلاش کرده‌اند (Mendoza, 2011: 210-211). در همین راستا دونالد ترامپ در روز اول پس از انتخاب مجدد خود در انتخابات ۲۰۲٤، وعده داد که با یک دستور اجرایی اعطای تابعیت به کودکان متولد از مهاجران غیر قانونی را متوقف خواهد کرد (Rierson, 2023: 49-50)[3].

---

1. Lindsey Graham
2. John McCain
۳. آخرین بازبینی مقاله حاضر در بازه پس از پیروزی دونالد ترامپ در انتخابات ۲۰۲٤ ایالات متحده و پیش از شروع ریاست جمهوری وی انجام گردید. در این بازه نیز ترامپ در مصاحبه‌ای با کریستین

صرف‌نظر از تلاش‌ها برای تغییر اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی، بسیاری از طرفداران محدودسازی بر این باورند که محدودسازی کودک‌لنگری با تفسیر درست از اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی نیز امکان‌پذیر است. به باور این گروه، تفسیر رایج دیوان عالی کشور آمریکا از اصلاحیه چهاردهم برخلاف متن و پیشینه آن است. از اولین کسانی که بر این بازبینیِ تفسیر اصلاحیه چهاردهم تاکید کردند باید به پیتر شاک استاد دانشگاه ییل و راجرز اسمیث استاد دانشگاه پنسیلوانیا اشاره کرد (Schuck, & Smith, 1985: 79-83). این دو توجه مخاطبان را به عبارت «تحت صلاحیت قضایی ایالات متحده[1]» در اصلاحیه چهاردهم جلب کردند. به باور این گروه سیر تاریخی شکل‌گیری این عبارت در اصلاحیه چهاردهم نشان می‌دهد که معنایی غیر از معنایی که دیوان عالی فدرال آمریکا از این عبارت برداشت کرده، مورد نظر تدوین‌کنندگان بوده و از آن فهم می‌شده است. اصلاحیه چهاردهم پس از جنگ داخلی ایالات متحده در سال ۱۸٦٦ تدوین ولی در سال ۱۸٦۸ به تصویب ایالات رسید. چند هفته پیش از تصویب این اصلاحیه در کنگره و در همان سال ۱۸٦٦ قانون حق‌های مدنی[2] به منظور حمایت از برده‌های سیاه پوست به تصویب رسیده بود. به موجب فرازی از قانون اخیر مقرر گردیده بود که «تمامی اشخاص متولد در ایالات متحده که تحت قدرت خارجی نباشند به استثناء سرخ‌پوستانی که مالیات پرداخت نمی‌کنند، بدین وسیله شهروند ایالات متحده آمریکا اعلام می‌شوند». تدوین‌کنندگان اصلاحیه چهاردهم چند هفته بعدتر و تنها به منظور رفع هرگونه ایرادی در ارتباط با مغایر قانون اساسی نبودن قانون حق‌های مدنی، همین معنا را با تغییری جزئی در

ولکر (Kristen Welker) بار دیگر بر این امر تاکید کرد که با دستور اجرایی جلوی اعطای تابعیت با معیار خاک را خواهد گرفت. بخشی از این مصاحبه طولانی چنین است: «دونالد ترامپ: می‌دانید که ما تنها کشوری هستیم که این [قاعده] را داریم. می‌دانید که اگر یک نفر گام به سرزمین ما بگذارد (تنها یک قدم نه حتی دو قدم) [به او می‌گوییم:] «تبریک، شما اکنون شهروند ایالات متحده‌ی آمریکا هستید»؟ بله ما می‌خواهیم این وضعیت را خاتمه دهیم چرا که مسخره است ... اگر بتوانیم از طریق دستور اجرایی. اگر بخواهم با شما صادق باشم، من [قبلاً] هم می‌خواستم از طریق دستور اجرایی این کار را انجام دهم، ولی مجبور شدیم اول به رفع و رجوع کووید بپردازیم. ما باید به این وضعیت خاتمه دهیم. این مسخره است. می‌دانید که ما تنها کشور جهان هستیم که این [قاعده] را داریم؟ هیچ کشور دیگری نیست» (NBCnews: 2024).

1. Subject to the jurisdiction thereof
2. Civil Rights Act of 1866

عبارات در اصلاحیه به‌کار بردند (Stevens, 2008: 364, 369 & 372). بدین ترتیب عبارت نهایی اصلاحیه چهاردهم این‌گونه تدوین شـــد: «تمامی اشخاصی که در خاک ایالات متحده متولد شـــده یا تابعیت آن را کســـب کرده‌اند و تحت صلاحیت ایالات متحده باشند، شهروند ایالات متحده و ایالتی که در آن ساکنند، خواهند بود». در دید طرفـــداران این دیـــدگاه هدف از عبارت «تحت صلاحیت ایالات متحده باشـــند» در اصلاحیه چهاردهم، منحصر کردن اعطای تابعیت به کســـانی است که ایالات متحده «صلاحیت کامل و جامع» بر ایشـــان داشته و «هیچ گونه فرمانبرداری و انقیادی نسبت به دولت دیگر ندارند». در نتیجه فرزندان متولد از مهاجران غیرقانونی خارجی مشمول ایـــن مقرره نمی‌شـــوند (Mendoza, 2011: 205-208). به‌عبارت دیگر، در نظر این گروه، عبارت یادشـــده با اصل قدیمی کامن‌لا (یک‌بار تبعه، همواره تبعه[1]) ارتباط دارد (McDevitt, 2020: 54).

در کنار اســـتدلال حقوقی یادشده، اســـتدلال‌های غیر حقوقی هم نقش بسیار پررنگی دارند. یکی از دغدغه‌های غیر حقوقی در این موضوع، مساله خطرات امنیتی فرزندان متولد از بیگانـــگان غیرقانونی اســـت؛ دغدغه‌ای که به ویژه پس از حملات یازده سپتامبر ۲۰۰۱ بیش از همـــیشه مطرح شد. از برجسته‌ترین مثال‌هایی که برای این تهدید امنیتی ذکر می شـــود یاسر عصام حمدی است (Lee, 2006: 1). او از پدر و مادری عربـستانی در لوئیـــزیانا زاده شـد؛ زمـانی که پـدرش به عنـوان مهـندس شـــیمی برای شـرکت اکسون در آن ایـالت مـشغول به کار بود. یاسر عـصام حمدی در همان کودکـــی به همراه خانواده آمـریکا را تـــرک کرد تا زمـانی که در حمـله آمریکا به افغانستان به‌عنوان رزمنده طالبان دستـــگیر شد. پس از دسـتگیری تابعیـت آمریکایی وی مشـــخص گردیده و لاجرم به‌عنوان یک آمریکایی با او برخورد شـــد (Stevens, 2008: 341-342). هرچنـــد می‌توان این ایراد را گرفت که نمونه یاســـر عصام حمـــدی ارتباطی به کودکان غیر قانونی و کودک‌لنگری نداشـــته، ولی دغدغه مربوطه مبنی بر لزوم برخورد به عنوان یک آمریکایی (صرف‌نظر از مشروعیت یا عدم مشـــروعیت این دغدغه) در مورد کودکان متولد از مهاجران غیر قانونی در آمریکا نیز

1. Once a subject, always a subject
برای اطلاعات بیشتر در مورد این اصل کامن‌لا، بنگرید به: Spiro, 2016: 13-18.

صدق می‌کند.

دغدغه دیگر به تغییر در ترکیب جمعیتی مهاجران مربوط می‌شود. طرفداران این رویکرد بر این باورند که تا پیش از ۱۹۶۵ بخش قابل توجهی از مهاجران به آمریکا را اشخاص تحصیل‌کرده‌ای تشکیل می‌دادند که مشاغل و مناصب مهم را تصدی می‌کردند؛ این در حالی است که پس از آن سال و به تدریج این ترکیب جمعیتی تغییرکرده و امروزه قریب به اتفاق مهاجران به مشاغل دون و کم‌اهمیت می‌پردازند. اینان با کمترین نقش در اقتصاد، بار بزرگی بر شانه‌های اقتصادی کشور اعم از نظام درمان، بازار کار و نظام مبارزه با فقر هستند (Stevens, 2008: 346-347). در ادامه مساله اقتصادی، به این مهم هم توجه شده است که اعطای تابعیت به کودکان متولد از والدین مهاجر غیر قانونی و سپس اعطای برخی مزایای اقامتی و شاید تابعیتی به چنین پدر و مادری به معنای جایزه دادن به کار غیر قانونی است. به تعبیر یکی از طرفداران این گروه، «هیچ‌کس، اعم از شهروندان و غیر شهروندان، نباید بابت کار غیرقانونی پاداش دریافت کند» (Stevens, 2008: 379, 349 & 383).

۲-۲. طرفداران نظریه بسندگی تولد در خاک آمریکا و دلایل ایشان

می‌توان حدس زد که برخلاف نظریه پیشین، اکثریت دموکرات‌ها در ایالات متحده طرفدار به رسمیت شناختن تابعیت برای کودکان متولد از مهاجران (ولو غیر قانونی) و حذف تعابیری مانند کودک‌لنگری از ادبیات حقوقی و سیاسی آن کشور هستند (Chavez, 2017: 39). در سطح تفسیر حقوقی، این گروه بر این باورند که عبارت «تحت صلاحیت ایالات متحده» هیچ ارتباطی به تابعیت پدر و مادر فرد ندارد. این عبارت به وضوح نشان‌گر این است که دادگاه‌ها و قوانین ایالات متحده امکان اعمال صلاحیت بر فرد را داشته باشند. به دیگر سخن و بر اساس قواعد پذیرفته‌شده کامن‌لا در انگلستان، تنها مواردی هم‌چون فرزندان دیپلمات‌ها و فرزندانی که از نیروهای اشغال‌گر در طول اشغال در خاک آمریکا زاده می‌شوند، از شمول اصلاحیه چهاردهم خارج شده‌اند. این‌ها اشخاصی هستند که «تحت صلاحیت ایالات متحده» نیستند. مذاکرات تدوین قانون حق‌های مدنی هم نشان می‌دهد که تدوین‌کنندگان متن به وضوح اعلام کرده‌اند که با تصویب آن فرقی بین فرزندان متولد از سیاهان،

آســیایی‌ها و دیگر تبارها در ایالات متحــده نخواهد بود. اصلاحیه چهاردهم هم تنها به منظور اساسی‌ســازی این حق و مصون نگاه داشــتن آن از دست‌اندازی احتمالی کنگره‌های بعدی طراحی و تصویب شــده و قصد تغییر مفاد و گستره قانون حق‌های مدنی را نداشــت. در نتیجه اصلاحیه چهاردهم نیز صرف‌نظر از نژاد و تبار بر تمامی متولدین در خاک آمریکا امکان اعمال دارد (Rierson, 2023: 17-18).

اما در این رویکرد و در کنار مباحث تفســیر متن اصلاحیه چهاردهــم قانون اساسی، دغدغه‌های اجتـماعی و اقتصادی نیز نقـش داشته‌اند. پیش از همه طـرفداران این رویکرد به نگاه سفیدســالاری نهفته در رویکرد مخالف خــود اشاره می‌کـنند؛ آنــانی که اصطلاح کودک‌لــنگری را ساخته و به مخــالفت با اعطای تابعـیت به این کودکان برخاســته‌اند، در پس ذهنشــان هم‌چنان و در قرن بیست و یکم طرفدار سفیدسالاری هستند (Rierson, 2023: 4). برای همین است که تنــدروهای آمریکا امروزه در نوشــته‌های خــود در مخالفت بــا ورود مکزیکی‌ها مکــرراً از اصطلاح «قهوه‌ای‌سازی آمریکــا[1]» استفاده می‌کنند (Chavez, 2017: 38). در واقــع بخش قابل توجهی از طــرفداران محدودســازی اعطای تابعـیت به غیرسـفیدها به نظریه جایــگزینی ســفیدان[2] باورمندند؛ نظریه‌ای توطئه‌اندیش بر ایــن بنیاد که نیروهایی درصدد سفیدزدایی از اروپای غربی و آمریکا هستند و باید به مقابله با آن و سفیدسازی پرداخت (Rierson, 2023: 30-37).

مســاله دیگر این است که بسیاری از طرفداران محدودسازی معیار خاک باور دارنــد که با تولد فرزند در خاک آمریکا، پدر و مادر آن فرزند نیز به صورت خودکار تابعیت آن کشور را کســب می‌کنند. بدین ترتیب است که این گروه استفاده از تعبیر «کودک‌لنگر» را برای خود مجاز می‌دانند (Rierson, 2023: 36)؛ این در حالی اســت که این پیش‌انگاره به‌کلی نادرست است. صرفِ داشتن فرزند آمریکایی موجب اعطای تابعیت آن کشــور به پدر و مادر نمی‌شــود، بلکه به موجب حرف (b) از ماده ۲۰۱ قانون مهاجرت و تابعیت ۱۹۶۵ ایالات متحده آمریکا، درخواست تابعیت توسط پدر

---

1. Browning of America
2. White Replacement Theory

این نظریه محدود به ایالات متحده آمریکا نبوده و در فرانسه نیز کسانی هم‌چون رنو کامو (Renaud Camus) به سختی بر آن پافشاری می‌کنند. برای نمونه، بنگرید به: Camus, 2012; Camus, 2018.

و مادر این کودک منوط به این است که کودک به بیست و یک سال رسیده باشد (Spiro, 2020: 16).

استدلال دیگر گروه طرفدار حفظ سیستم اعطای تابعیت با معیار خاک به مساله افزایش مهاجران غیرقانونی بازمی‌گردد. این گروه بر این باورند که عدم اعطای تابعیت به این کودکان باعث افزایش چشم‌گیر جمعیت مهاجران غیر قانونی در کشور و تبدیل آن به یک تهدید می‌شود. این نکته را نباید از یاد برد که بسیاری از کودکان متولد از مهاجران غیر قانونی، در کشورِ مبدا پدر یا مادر خود زندگی نکرده‌اند و امکان بازگشت به آن کشور برای ایشانْ دور از ذهن است. پیش‌بینی شده است که در صورت محدودسازی تابعیت، جمعیت مهاجران غیر قانونی آمریکا در سی سال آینده به بیست و چهار میلیون نفر برسد (Rierson, 2023: 65). افزون بر این می‌توان از یک الگوی استدلالی که در خصوص تمامی موارد غیر مجاز استفاده می‌شود، در اینجا بهره برد: ممنوعیت موضوعات لزوماً باعث حذف آن‌ها نمی‌شود بلکه آن‌ها را از سطح به زیرزمین منتقل می‌کند. در اینجا نیز محدودسازی تابعیت به زیرزمینی و هرچه مخفی‌ترشدن پدیده مهاجرت غیر قانونی می‌انجامد. البته اختلاف نظر در ارتباط با اعتبار این قبیل استدلال‌ها بسیار است.

از نظر اقتصادی نیز باورمندان به تفسیر موجود بر این باورند که بیگانه‌هراسی القا شده از سوی طرفداران محدودسازی تابعیت بی‌مبناست. آمارها نشان از آن دارد که اقتصاد آمریکا پس از استقلال و پس از جنگ داخلی همواره بر دوش مهاجران اعم از قانونی و غیرقانونی رشد یافته است. طبق آمارهای سال ۲۰۱۹، از بین پانصد کسب‌وکار برتر ایالات متحده آمریکا، چهل و پنج درصدآن‌ها (۲۲۳ کسب و کار) توسط مهاجران یا فرزندان مهاجران بنیان گذاشته شده است (Rierson, 2023: 66). واقعیت از این قرار است که این بیگانه‌هراسی در دوره‌های رکود مجال عرض اندام می‌یابد وگرنه دشوار است انکار کنیم که آمریکا به یاری مهاجران به پیش رفته است.

۳. جایابی مباحث کودک‌لنگری در حقوق ایران

ایران چند دهه با مساله مهاجران افغان مواجه بوده و است. مساله حضور تعداد فزاینده این مهاجران در ایران و ازدواج‌های عمدتاً ثبت‌نشده آن‌ها با ایرانیان

مسائل اجتماعی، اقتصادی و حقوقی مهمی را در پی داشته است. تصویب قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی در سال ۱۳۸۵ و سپس اصلاح همین قانون در سال ۱۳۹۸ را می‌توان از جمله پاسخ‌های قانون‌گذار بدین دغدغه‌ها دانست. از این رو، یکی از مواردی که می‌توان ردپای دغدغه‌های مشابه کودک‌لنگری را دید، قانون اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت کودکان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۱۳۹۸/۰۷/۰۲ مجلس شورای اسلامی (از این پس، قانون ۱۳۹۸) است[1].

اندکی این دغدغه را در بستر حقوق ایران و مقررات یادشده توضیح دهیم. مساله از این قرار است که در چینش کنونی گزاره‌های ایرانی تابعیت، ازدواج مرد خارجی با زن ایرانی می‌تواند چند امتیاز برای چنین مردی به‌همراه داشته

---

۱. هرچند در طول استقرار ساختار جمهوری در افغانسان نشانه‌های تمایل به بازگشت به کشور مبدا یا تطبیق‌پذیری در جامعه ایرانی نیز قابل مشاهده بود (محمودیان: ۱۳۸٦، ٦۹-٤۲؛ عیسی‌زاده، عباسیان و ضیاءنوری: ۱۳۹۹، ٦۵-۹۰)، پس از روی کار آمدن طالبان در آن کشور دغدغه‌های امنیتی به‌همراه نگاه افکار عمومی باعث شده تا مساله مهاجرت‌پذیری به طور کلی و فرزندآوری مهاجران به صورت خاص دوباره بحث داغ و مهمی شود. بدین ترتیب نه تنها در دل جامعه، افکار عمومی و روزنامه‌ها (برای نمونه، بنگرید به: آب‌روشن: ۱٤۰۲؛ ناصری‌شوهان: ۱٤۰۲، ۱ و ۱۱)، بلکه مساله کودک‌لنگری را در طرح‌ها و لوایح جاری مشابه نیز می‌توان دنبال کرد. اداره کل تدوین قوانین مجلس در نظر کارشناسی خود بر «طرح اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی» که در سال ۱٤۰۲ ارائه گردیده، در دو بند (۹) و (۱۰) چنین اظهار نظر کرده است: «۹- با توجه به این‌که ایران دارای نیروی کار فراوان و آمار بیکاری بالا بوده و در معرض تهدیدات امنیتی ناشی از تغییر بافت جمعیتی قرار دارد، لذا در وضع مقررات مهاجرتی باید به عنوان یک کشور غیرمهاجرپذیر، از تسهیل مهاجرت بیگانگان و ازدواج آن‌ها با اتباع ایران خودداری نماید؛ بنابراین به نظر می‌رسد تسهیلات این قانون صرفاً باید شامل آن دسته از فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با اتباع بیگانه باشد که به دلیل بازگشت پدر به وطن و رهاکردن همسر و فرزند یا فوت یا مفقودالاثر شدن او، از نظر تابعیت و بهره‌مندی از برخی حقوق ناشی از آن، در وضعیت بلاتکلیفی و مضیقه قرار دارند؛ لذا اعمال تسهیل موضوع این قانون نسبت به اطفال و نوجوانانی که پدر آن‌ها معلوم و در ایران حاضر است، برخلاف مصلحت کشور و غیر موجه می‌باشد. ۱۰- صدور پروانه اقامت برای پدر غیر ایرانی که در قسمت اخیر ماده واحده پیش بینی شده است، موجب تشویق بیگانگان به ازدواج با زنان ایرانی و فرزندآوری از آنان؛ به قصد مهاجرت و کسب اقامت دائم در ایران و برخلاف مصلحت کشور ایران بوده و دارای پیامدهای امنیتی و نفوذ اجانب می باشد و صرف استعلام امنیتی رافع این پیامد نیست. بر این اساس حکم مقرر مغایر با بند ۵ اصل سوم قانون اساسی است» (طرح اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۱۳۹۸/۷/۲، ۱٤۰۲: ۹ و ۱۰). در نقطه مقابل دیدگاهی نیز بر این باور است که این موارد نه یک دغدغه، بلکه یک موج مهاجرستیز و گونه‌ای «افغان‌هراسی» است (برای نمونه، بنگرید به: فرامرزی: ۱٤۰۳).

باشد:

نخست، معافیت از رعایت شرط پنج سال اقامت در کسب تابعیت: به‌موجب ماده ۹۸۰ قانون مدنی، «... اشخاصی که دارای عیال ایرانی هستند و از او اولاد دارند و تقاضای ورود به تابعیت دولت جمهوری اسلامی ایران را می‌نمایند در صورتی‌که دولت ورود آن‌ها را به تابعیت دولت جمهوری اسلامی ایران صلاح بداند بدون رعایت شرط اقامت ممکن است با تصویب هیات وزیران به تابعیت ایران قبول شوند». با این حال به‌موجب تبصره الحاقی به این ماده نظام‌نامه در سال ۱۳۴۲، مقرر گردیده که «... کسانی‌که دارای عیال و اولاد ایرانی هستند و تقاضای تحصیل تابعیت دولت ایران را می‌نمایند در صورت احراز سایر شرایط در قانون و موافقت مراجع صلاحیت‌دار از مقررات بند ۳ تصویبنامه مورخ ۴۰/۷/۲۲ معاف خواهند بود».

دوم، اعطای پروانه اقامت برای پدر غیر ایرانی: به موجب قسمتی از قانون اصلاح تعیین تکلیف تابعیت کودکان متولد از مادران ایرانی و پدران بیگانه، مقرر گردید که «نیروی انتظامی نیز مکلف است نسبت به صدور پروانه اقامت برای پدر غیر ایرانی در صورت نداشتن مشکل امنیتی (به تشخیص وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه پاسداران انقلاب اسلامی) اقدام کند». طبیعتاً در دل این مقرره، به رسمیت شناختن ازدواج واقع شده نیز نهفته است[1]. از میان این آثار دو اثر نخست چندان دشواری‌ساز نیستند؛ چراکه از یک‌سو، دولت ایران در هر حال در اعطای تابعیت به چنین مردی دارای اختیار صلاح‌دیدیِ غیر قابل اعتراض است[2] و از سوی

---

۱. برای طرح این اثر در چهارچوب ماده واحده سال ۱۳۸۵، بنگرید به: تدین و یوسفی، ۱۳۸۷: ۱-۳۲.

۲. بنگرید به: مفاد رای اصراری شماره ۱۲۱ مورخ ۱۳۴۷/۰۷/۲۴ (البته در خصوص اختیار صلاح‌دیدی دولت در ترک تابعیت) که اعلام داشته است: «تابعیت وصف و درعین حال رابطه حقوق خاصی است که شخصی را با دولت به مفهوم جامعه سیاسی مرتبط می‌سازد و جزء عناصر و اوصاف ایجادکننده حالت یا به تعبیر دیگر موقعیت حقوقی فرد در اجتماع قرارمی‌گیرد که به لحاظ ارتباط آن با نظم عمومی به طور کلی قابلیت اسقاط و اعراض به اتکاء اقدام حقوقی یک جانبه شخصی و یا قابلیت انتقال به غیر و یا شمول مرور زمان ندارد و در عین حال منشاء اثر از لحاظ ایجاد حقوق و تکالیف و الزامات خاص می‌گردد و چون به موجب ماده ۹۸۸ قانون مدنی اتخاذ تصمیم درخصوص موافقت یا مخالفت با درخواست خروج از تابعیت ایران به فرض وجود شرایط قانونی دیگر نیز جزء اختیارات و تکالیف اختصاصی هیأت وزیران شناخته شده و ذاتاً دارای جنبه حاکمیتی می‌باشد ورود دادگاه به ماهیت دعوی فاقد مجوز قانونی بوده و بدین لحاظ حکم فرجام‌خواسته به اکثریت آراء

دیگر، رویه دولت ایران در اعطاء تابعیت در دهه‌های اخیر (دست‌کم در روند عادی و توصیه‌نشده) سخت‌گیرانه بوده است[1]، اما مساله اعطاء پروانه اقامت به پدر غیرایرانی در قانـــون ۱۳۹۸ بدون هرگونه اختیار صلاحدیدی و به‌عنوان «تکلیف قانونی» نیروی انتظامی بیان شده است. پس این احتمال درخور اندیشیدن است که مردان بیگانه تنها به‌قصد دســـت‌یابی بدین اقامت، به ازدواج ثبت نشـــده با زن ایرانی و ایجاد کودک از این رابطه بیاندیشند. نگاهی به پیشینه مباحث نشان می‌دهد که این احتمال گاهی و در ســـه سطح مجلس شورای اسلامی، شورای نگهبان و دکترین حقوقی مورد توجه بوده است که در ادامه به آن می‌پردازیم.

۱-۳. ادبیات کودک‌لنگری در فرآیند تصویب قانون ۱۳۹۸

سرآغاز گفت‌وگوها در ارتباط با کودک‌لنگری در صحن علنی مجلس شورای اســـلامی را باید در یک اقدام کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس جست؛ در حالی که لایحه تقدیمی دولت در سال ۱۳۹۷ (لایحه اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی و مردان بیگانه، پیوســـت نامه شماره ۵۲۳۶۲/۱۱۴۰۵۰ مـــورخ ۱۳۹۷/۰۸/۲۹ رئیس جمهور وقت) تنها در مورد تابعیت این کودکان ســـخن گفته بود، متن خروجی از کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس و مصوبه نهایی مجلس

نقض می‌شـــود و اقدام قانونی لازم به شعبه دیگر دادگاه صادرکننده محول است» (علی‌آبادی، ۱۳۶۳: ۱۹۶- ۱۹۷).

۱. نمونه بارز این سخت‌گیری، ماجرای خودسوزی پسر نجیب مایل هروی است. (بنگرید به: بررسی ریشه‌های یک خودســـوزی نافرجام، قابل دسترسی در: ibna.ir/news/292137 >/بررسی-ریشه-های-یک-خودسوزی-نافرجام<). این رویه به‌ویژه هنگامی روشن‌تر می‌شود که آن را در کنار رویه ایران در دهه‌های نخستین تصویب قانون مدنی قرار دهیم. نامه مورخ ۱۳۱۳/۹/۱۱ محمدعلی فروغی به‌عنـــوان رئیس‌الوزاری وقت به وزارت امور خارجه این تفاوت را به‌خوبی نشـــان می‌دهد: «وزارت جلیله امور خارجه: درجواب مراسله نمره ۲۲۳۷٤/۳٤۷٤ آن وزارتخانه زحمت می‌دهد که به سفارت برلن اشـــعار دارید که کنترات پروفسور هامرشلاگ مورد قبول واقع شد و مشارٌالیه مشغول کار شده است. اســـتخدام یک نفر طبیب امراض داخلی هم مطلوب است، اما شرایط آن هم تقریباً مانند خود دکتر هامرشـــلاگ باید باشـــد. در باب یهودی بودن او مطلب این اســـت که نظر به این‌که عده‌ای از یهودی‌ها که اهل علم و کمال هســـتند از آلمان اخراج یا مردود شـــده‌اند و به این واسطه طالب شغل در خارجه می‌باشـــند؛ بنابراین به شرایط ســـهل‌تر و ارزان‌تر از سایرین حاضر خدمت هستند؛ لذا در نظر گرفته شـــد حتی‌الامکان از آن‌ها برای حوائج خود استخدام کنیم و الا اساساً یهودی بودن منظور نظر نیســـت. حالیه نســـبت به این طبیب هم اگر چنین شخصی مناســـب پیدا کردید اعم از این‌که در آلمان یا خارج باشد استخدام نمایید و الا اطلاع بدهید تا دستور لازم داده شود» (بنگرید به: وفایی و فیروزیان، ۱٤۰۲: ۳۷۰ و ۳۷۱).

شـــورای اسلامی مشتمل بر این عبارت بود: «و نیروی انتظامی نیز مکلف است نسبت به صدور پروانه اقامت برای پدر غیر ایرانی اقدام کند». در جلســـه دوم بررسی لایحه، نماینده دولت متذکر همین نکته گردیده اســـت کـــه متن مورد بحث در صحن علنی در اثـــر اصلاح کمیســـیون حقوقی و قضایی حاصل آمده و منطبق با پیشـــنهاد دولت نیســـت. عبارات نماینده دولت در مقام اظهار نظر در مورد پیشـــنهاد جایگزین یکی از نمایندگان، چنین اســـت: «اما دغدغه پیشنهاد دهندگان محترم در لایحه دولت رفع شـــده بود .ما پروانه اقامت به همسران زنان ایرانی نخواهیم داد،.در کمیسیون دولت را تکلیف کردند که حتما پروانه اقامت داده شود که اینجا ابهام وجود دارد. آیا کسی که غیر قانونی وارد شده باید به آن پروانه اقامت بدهیم؟ ما مخالف این هستیم» (روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۸: ٤).

ادبیات کودک‌لنگری محدود به اقامت پدر غیر ایرانی نماند و به‌ســـان ایالات متحده به خودِ فرزند هم تســـری یافت و در ایران نیز گاه و بی‌گاه نشان از واهمه‌های اقتصادی، بیگانه‌هراســـی، جمعیتی و امنیت ملی را در لابه‌لای گفته‌های نماینده–های مجلس شورای اسلامی می‌توان دید. دو مورد را در ادامه نقل می‌کنم. فرهاد تجری در هنگام تصویب کلیات لایحه و به عنوان مخالف در جلســـه مورخ ۱۳۹۸/۲/۲۲ چنین اظهار نظر کرده اســـت: «معقول و منطقی نیست. عرض کردم این همه جوان بیکار و تحصیل کرده داریم ما بیاییم یک دریچه‌ای و یک ســـفره‌ای را پهن کنیم که افرادی از خارج از کشـــور که نه عرقی به این کشور دارند و نه وابستگی دارند و بارها و بارها در موضوعات مختلف خیانت‌های چنین افرادی ثابت شده، بخواهیم تابعیت کشور را به این‌ها اعطاء کنیم» (روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۸ب: ۵). مصطفی کواکبیان در هنگام تصویب کلیات لایحه و به عنوان مخالف در همان جلســـه چنین اظهار نظر کرد: «ببینید! اگر قرار باشد به‌صرف این‌که فرزندان بتوانند تابعیت ایرانی را بگیرند بدون هیچ برنامه‌ریزی ممکن است بعد از یکی، دو دهه چهل تا پنجاه میلیون نفر مهاجر در ایران داشـــته باشیم که همه آن‌ها مدعی ایرانی بودن هستند و ما نتوانیم برنامه‌ریزی کنیم» (روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۸ب: ٦).

۲-۳. ادبیات کودک‌لنگری در فرایند مغایرت‌سنجی قانون ۱۳۹۸

مساله کودک‌لنگری و اســتفاده‌ی پدر غیر ایرانی از کودک ایرانی برای کسب اقامت یک بار دیگر در اظهار نظر اول شــورای نگهبان این‌گونه مطرح شــد: «اطلاق اعطای پروانه اقامت به پدر، نســبت به مواردی که خوف بروز مشــکلات و مسائل امنیتی وجود داشــته باشد خلاف موازین شرع و مغایر بند ۵ اصل سوم قانون اساسی شناخته شد» (نامه شماره ۹۸/۱۰۲/۱۰۱۸٤ مورخ ۱۳۹۸/۳/۱۱ شورای نگهبان). همین ایراد توســط شــورای نگهبان به متن دوم مصوب مجلس نیز وارد دانسته شده است (نامه شــماره ۹۸/۱۰۲/۱۱٤٦۵ مورخ ۱۳۹۸/۵/۱۵ شــورای نگهبان). ریشه این ایراد شــورای نگهبان را باید در نظریه کارشناســی انجام‌یافته در پژوهشکده آن شورا دید که در فرازی چنین اعلام داشــته بود: «به‌عبارتی تولــد فرزند از مادر ایرانی می‌تواند اقدامات غیر قانونی پدر غیر ایرانی را حتی اگر ورود غیر مجاز به خاک ایران داشــته باشــد بلااثر کند که از این جهت محل تأمل به نظر می‌رســد» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۸: ١٦).

مرکز پژوهش‌های مجلس نیز هر چند در بررسی اولیه خود به این نکته اشاره نداشــته است، ولی پس از اعاده مصوبه از شــورای نگهبان به مجلس، در اظهار نظر دوم (مرکز پژوهش‌ها، ۱۳۹۸الف: ٤) و ســوم (مرکــز پژوهش‌ها، ۱۳۹۸ب: ۵) خود چنین می‌نویســد: «تاکنون عدم اعطای تابعیت به این فرزندان تا سن هجده سالگی به عنــوان یک بازدارنده در خصوص افزایش این قبیل ازدواج‌ها عمل می‌نمود. با توجه به این‌که لایحه پیش رو تمامی شــروط اعطای تابعیت مندرج در قانون سال ۱۳۸۵ را غیر ضروری تلقی نموده اســت، حذف تمامی شروط مندرج در قانون، به دامن زدن به این ازدواج‌ها منجر خواهد شد. در حقیقت بسیاری از اتباع خارجی جهت دریافت اقامت دائم در ایران ممکن اســت اقدام به ازدواج با زنان ایرانی نمایند. بر این اساس این موضوع به نوعی می‌تواند منجر به افزایش سوء استفاده از زن ایرانی و بروز مسائل فرهنگی و سلطه اجانب گردد».

۳-۳- ادبیات کودک‌لنگری در دکترین حقوقی پیرامون قانون ۱۳۹۸

در دکترین نیز ردپای این دغدغه دیده می‌شود. البته باید به این نکته نیز اذعان داشت که مساله کودک‌لنگری در میان دکترین حقوقی بسیار کمتر از نظام قانون‌گذاری مورد توجه قرار گرفته و تمرکز اصلی حقوق‌دانان بر تابعیت خود کودک باقی مانده است[1]. با این حال چند مورد از توجه به گفتمان کودک‌لنگری را می‌توان در میان نوشته‌های دکترین نیز دید. یکی از موارد توجه به این بخش از مقرره عبارات مختصر آتی دو تن از حقوق‌دانان است: «هرچند مصوبه اخیر نیز این تالی فاسد را به همراه خواهد داشت که ممکن است اتباع خارجی با هدف اخذ پروانه اقامت، به ازدواج با زنان ایرانی و به وجود آوردن بچه از ایشان مبادرت ورزند» (توسلی نائینی و فرهانی نائینی، ۱۳۹۹: ۳۵). نویسنده دیگری نیز در بیان ایراد شورای نگهبان چنین می‌نویسد: «این که نیروی انتظامی مکلف به دادن اقامت بدون هیچ ملاحظه و قید و شرط قانونی و بدون استعلام قضایی و انتظامی، برای همه پدرانی که فرزندانشان تابعیت ایرانی گرفتند، باشد، مغایر قانون اساسی و شرع است. در حقیقت بسیاری از اتباع خارجی ممکن است جهت دریافت اقامت دائم در ایران اقدام به ازدواج با زنان ایرانی نمایند. از سویی تعداد بسیاری از شهروندان خارجی بدون طی تشریفات به صورت قاچاق وارد کشور شده‌اند که جرم محسوب می‌گردد. الزام دولت به صدور پروانه اقامت برای افرادی که مسلم‌ترین قواعد ورود به خاک کشور را نقض نموده‌اند پذیرفته نیست. از سویی احتمال تروریستی بودن پدر چنین فرزندی دور از ذهن نیست، با تکلیف به دادن اقامت، در واقع مجوز رسمی اقامت دائم در کشور، به فرد تروریست داده می‌شود» (مهدی‌پور، ۱۳۹۸: ۹۶؛ مهدی‌پور و دیگران، ۱۴۰۰: ۱۱۸). دو تن از حقوق‌دانان نیز در هنگام سخن گفتن از ماده واحده سال ۱۳۸۵، چنین می‌نویسند: «به نظر می‌رسد که قانون‌گذار به صورت عام و دولت به صورت خاص از گذشته تاکنون که بیش از دو دهه این سیاست و طرز نگرش تداوم یافته است به موضوع اعطای تابعیت ایران به فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان افغانی و عراقی حساسیتی خاص دارد. بی‌ثباتی چند دهه گذشته این کشورها که هم‌اکنون

---

۱. برای نمونه، بنگرید به: قاسمی و بافهم، ۱۳۹۹: ۱۵۱-۱۳۳؛ امینی و امینی، ۱۳۹۸: ۴۳۵-۴۶۲؛ دانش‌پژوه، ۱۳۹۹: ۲۰۹-۲۳۷؛ Haghani, 2023: 218-242.

نیز ادامه دارد، این هراس را در دولت ایجاد نموده است که اعطای تابعیت به فرزندان مذکور باعث شود که مردان عراقی و افغانی جای پای محکمی در ایران پیدا نموده و این امر ســـرآغاز مهاجرت‌های بیشتر به کشور شود» (عزیزی و حاج عزیزی، ۱۳۹۹: ۱۷۵).

برآمد

۱- نگاهی به حقوق ایالات متحده پیش از همه نشان می‌دهد که دغدغه حفظ گستره ملت (از نظر هویتی، اقتصادی و امنیتی) و واهمه از به خطر افتادن آن، نه فقط در ایران، بلکه در دیگر کشورها نیز مباحث مشابهی را پیش کشیده است. هرچند این مباحث در کشورهای مختلف یک‌سان نیستند، اما مشابهت انکارناپذیری بین آن‌ها وجود دارد. بدین ترتیب مطالعه تطبیقی استدلال‌های له و علیه در ایالات متحده به عمق‌بخشی به استدلال‌های پیرامون کودک‌لنگری در کشورمان کمک فراوان می‌کند.

۲- دوگانه محدودسازی یا تجویز کودک‌لنگری، از منظری ریشه در باورهای عمیق‌تر صاحب‌نظران به دنیای سیاست دارد. به همین خاطر است که در گرایش‌های سیاسی عموماً جریان‌های راست با محدودسازی و جریان‌های چپ با تجویز کودک‌لنگری هم‌دل‌ترند. از منظر دیگر و فلسفی‌تر چه بسا بتوان چنین گفت که ریشه این تفاوت در انگاره از ملت است.

۳- اگر به مباحث مرتبط با تابعیت با منظر حقوق بشری (حق‌بنیاد) بنگریم و حق بر تابعیت را حقی سلب‌ناپذیر و ذاتی تلقی کنیم، هرگونه محدودسازی در مباحث کودک‌لنگری نامشروع جلوه خواهد کرد. سخن و گفت‌وگو از کودک‌لنگری در جایی امکان‌پذیر است که تابعیت را رابطه‌ای برخوردار از جنبه سیاسی دانسته و آن را قابل تغییر توسط قانون‌گذار با دیدی نفع‌انگارانه بدانیم. لذا، آن‌چه له و علیه کودک‌لنگری مطرح شده، مبتنی بر پیش‌انگاره امکان دست‌کاری دولت در معیارهای تابعیت است.

۴- هر یک از دو نگاه به بحث کودک‌لنگری را که برگزینیم، یک نکته را نباید از خاطر برد؛ در بحث کودک‌لنگری همواره دو سطح از بحث وجود دارد: از یک سو سخن از تابعیت کودک است و از سوی دیگر مزایایی که والدین یا یکی از آن‌ها از طریق کودک بدان می‌رسند. این دو بحث با یکدیگر ملازمه نداشته و محدودسازی یکی به خودی خود مستلزم محدودسازی دیگری نیست. بدین‌سان و در بافت حقوق ایران، نگاه حق‌محور به مقوله تابعیت کودکان متولد از مادر مانع نگاه نفع‌انگارانه به بحث مزایای پدر غیر ایرانی نیست. با این حال جای طرح این پرسش است که نفع

کشـــور در مزایای پدر غیر ایرانی چیست. این پرسشی است که باید در پژوهش‌های آینده و با نگاهی میان رشته‌ای واکاویده شود. در اینجا تنها می‌توان این امکان را هم به یاد نگاه داشت که تعریف نقطه بهینه و کارآمد می‌تواند در جایی به جز دو سر طیف و به دور از دوگانه‌های نفی کلی و پذیرش کلی باشد.

فهرست منابع

الف. فارسی

* امینـــی، مهدی و امینی، زهـــرا (۱۳۹۸)، «**تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان غیرایرانی**»، فصل‌نامه حقوق خصوصی، دوره ۱۶، شماره ۲.

* آرنت، هانا (۱۴۰۲)، **توتالیتاریســـم: عناصر و خاســـتگاه‌های حاکمیت توتالیتر**، چاپ چهارم، تهران: پارسه.

* آب‌روشن، مصطفی (۱۴۰۲)، «**آســـیب هجوم غیرقانونی افغان‌ها به ایران**»، خبر آنلاین، قابل دسترســـی در: /www.khabaronline.ir/news/1817428>آسیب-شناسی-هجوم-غیرقانونی-افغان-ها-به-ایران< (بازبینی واپسین، ۱۵ دی ۱۴۰۳)

* بررسی ریشه‌های یک خودســـوزی نافرجام، قابل دسترسی در:> /بررسی-ریشه-های-یک-خودسوزی-نافرجام< ibna.ir/news/292137 (بازبینی واپسین، ۹ آبان ۱۴۰۳)

* پژوهشـــکده شـــورای نگهبـــان (۱۳۹۸)، اظهارنظر مجمع مشـــورتی حقوقی، کد گـــزارش ۹۸۰۳۰۱۲ مـــورخ ۱۳۹۸/۰۳/۰۱، قابـــل دسترســـی در:-http://naz < arat.shora-rc.ir/Forms/FileLoad.aspx?id=eeXoTIYEM5U=& TN=l7tLyhyOobhXEiNsIbmkjnd5wklImN++/dN1yTO0k7/ ClKLHNakY+A==&NF=bHiIRfspeW0=> (بازبینـــی واپســـین، ۹ آبـــان ۱۴۰۳)

* توســـلی نائینی، منوچهر و فرهانی نائینی، نوشین (۱۳۹۹)، «**نقدی بر قانون اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی و مردان خارجی مصوب ۱۳۹۸**»، پژوهشنامه حقوق فارس، دوره ۳، شماره ۶.

* حقانی، سعید (۱۴۰۲)، «**بازبینی قضایی تصمیمات مراجع تصمیم‌گیر درخصوص تردید در تابعیت**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.

* حیدری، علی‌مراد (۱۴۰۲). «**نقد سیاســـت کیفری تقنینی دربرابر کودک‌کامی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۴.

* دانش‌پـــژوه، مصطفی (۱۳۹۹)، «**بازخوانی انتقادی-اصلاحی ماده واحده مصوب مهرماه ۱۳۹۸ درباره تابعیت ایرانی فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان**

غیرایرانی»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، شماره ۸۷.
* تدین، عباس و یوسفی، مجید (۱۳۸۷)، «**تاثیر ازدواج مرد خارجی و زن ایرانی بر تابعیت ایرانی»**، مجله مطالعات راهبردی زنان، شماره ۳۹ و ٤٠.
* عزیزی، ستار و حاج عزیزی، بیژن (۱۳۹۹)، **تابعیت در حقوق ایران و بین‌الملل**، چاپ دوم، همدان: مرکز نشر دانشگاه بوعلی.
* علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳٦۳)، **موازین قضایی هیئت عمومی دیوان‌عالی کشور**، جلد چهارم، چاپ نخست، تهران: حسینیه ارشاد.
* فرامرزی، حسن (۱٤۰۳)، «**گفتگو با دکتر حسین میرزایی: افغان هراسی داریم اما سیاست مهاجرپذیری نداریم»**، روزنامه جوان آنلاین، قابل دسترسی در: <https:// www.javanonline.ir/005FsC> (بازبینی واپسین، ۱۵ دی ۱٤۰۳)
* قاسمی، غلامعلی و بافهم، محمد (۱۳۹۹)، «**نقد و بررسی تحولات قانون ایران در خصوص تابعیت افراد متولد از مادران ایرانی (از قانون مدنی ۱۳۰۷ تا قانون ۱۳۹۸)»**، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۰، شماره ۱.
* عیسی‌زاده، سعید، عزت الله عباسیان و سعید ضیاءنوری (۱۳۹۹)، «**تاثیر مهاجرت بر آموزش و مهارت‌های نیروی کار افغانستان: مطالعه موردی مهاجران بازگشته از ایران»**، فصل‌نامه پژوهش‌های اقتصادی ایران، شماره ۸۵.
* محمودیان، حسین (۱۳۸٦)، «**مهاجرت افغان‌ها به ایران: تغییر در ویژگی‌های اقتصادی، اجتماعی و جمعیتی و انطباق با جامعه مقصد»**، نامه انجمن جمعیت‌شناسی ایران، دوره ۲، شماره ٤.
* مرکز پژوهش‌ها (۱۳۹۸الف)، **اظهار نظر کارشناسی درباره لایحه اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی (اعاده شده از شورای نگهبان)**، شماره ثبت ۵۱۹، تاریخ چاپ ۱۳۹۸/۰٤/۱۸، قابل دسترسی در: < https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/state_popup/1182570?fk_le-gal_draft_oid=1093763&a=download&sub=p>(بازبینی واپسین، ۹ آبان ۱٤۰۳)
* مرکز پژوهش‌ها (۱۳۹۸ب)، **اظهار نظر کارشناسی درباره لایحه اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی (اعاده**

شده از شورای نگهبان۲)، شماره ثبت ۵۱۹، تاریخ چاپ ۱۳۹۸/۰۶/۱۶، قابل دسترسی در: < https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/state_popup/1285242?fk_legal_draft_oid=1093763&a=download&sub=p>(بازبینی واپسین، ۹ آبان ۱۴۰۳)

* مهدی‌پور، فاطمه (۱۳۹۸)، «**چالش‌های اعطاء تابعیت مطابق قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان بیگانه مصوب اردیبهشت ۱۳۹۸**»، نشریه راه وکالت، سال یازدهم، شماره ۲۲.

* مهدی‌پور، فاطمه، مهین سبحانی و رضا مقصودی (۱۴۰۰)، «**نقد و بررسی شرایط و آثار تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی مصوب ۱۳۹۸**»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال دوازدهم، شماره ۲۳.

* ناصری شوهان، محمدرضا (۱۴۰۲)، «**ایران و بحرانی به‌نام مهاجرین افغانی**»، روزنامه اعتماد، ۱۸ تیر ۱۴۰۲.

* وفایی، محمدافشین و فیروزیان، هدی (۱۴۰۲)، **نامه‌های محمدعلی فروغی**، چاپ دوم، تهران: موقوفات دکتر محمود افشار.

ب. انگلیسی

* Binder, John (2025), 'Analysis: Nearly 400K Anchor Babies Born in 2024, Exceeding Population of New Orleans', available at: < https://breitbart.com/politics/2025/01/02/analysis-nearly-400k-anchor-babies-born-in-2024-exceeding-population-of-new-orleans> (Last visited Jan 5th 2025)

* Center for Immigration Studies (2019), 'New Estimate: 72,000 Births Annually to Tourists, Foreign Students and Other Visitors', available at: https://cis.org/Press-Release/Estimate-Births-Tourists-Foreign-Students-and-Other-Visitors (Last visited Jan 5th 2025)

* Chavez, Leo R. (2017). **Anchor Babies and the Challenge of Birthright Citizenship**, California: Stanford University Press.

❋ Fourteenth amendment to the Constitution of the United States, available at: < https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-14/#:~:text=No%20State%20shall%20make%20or,equal%20protection%20of%20the%20laws.> (Last visited Oct 30th 2024)

❋ Goldstein, Leslie F. (2019), **'Technologies of Travel, 'birth tourism,' and Birthright Citizenship'**, Maryland Law Review, Vol. 79, No. 1, pp. 178-181.

❋ Grant, Tyler. (2015), **'Made in America: Medical Tourism and Birth Tourism Leading to Larger Base of Transient Citizenship'**, Virginia Journal of Social Policy & the Law, Vol. 22, No. 1.

❋ Haghani, Saeed (2023), **'New Legislative Improvements in Reducing Statelessness of Children Born of Iranian Women's Transnational Marriages: Two Steps Forward, One Step Backward'**, Middle East Law and Governance, Vol. 15, No. 1.

❋ Kugler, M. D. (2018), **'Current Developments in Immigration Law: the Debate Surrounding Birth Tourism'**, Georgetown Immigration Law Journal, Vol. 32, No. 3.

❋ Lee, Margaret Mikyung (2006), '**U.S. Citizenship of Persons Born in the United States to Alien Parents'**, CRS Report for Congress, Updated May 12, 2006, available at: <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs9011/m2/1/high_res_d/RL33079_2006May12.pdf> (Last visited Oct 30th 2024)

❋ Lendrum, Eric (2025), **'Report: 400,000 Anchor Babies Born in the U.S. in 2024'**, available at: < https://tennesseestar.com/world/report-400000-anchor-babies-born-in-the-u-s-in-2024/agreat/2025/01/04> (Last visited Jan 5th 2025)

❋ McDevitt, Justin. (2010), **'Born in the U.S.A.: Yeah, and? Revisit-**

ing Birthright Citizenship', Public Interest Law Reporter, Vol. 16, No. 1.

❋ Mendoza, A. E. (2011), **'Anchors Aweigh: Redefining Birthright Citizenship in the 21st Century'**, Journal of Law & Family Studies, Vol. 13, No. 1.

❋ NBCnews (2024), **'President-elect Donald Trump interviewed by "Meet the Press" moderator Kristen Welker'**, available at: <https://www.nbcnews.com/politics/donald-trump/trump-interview-meet-press-kristen-welker-election-president-rcna182857> (Last visited Jan 5th 2025)

❋ Rierson, S. L. (2023), **'From Dred Scott to Anchor Babies: White Supremacy and the Contemporary Assault on Birthright Citizenship'**, Georgetown Immigration Law Journal, Vol. 38, No. 1.

❋ Schuck, Peter H. & Rogers M. Smith (1985), **Citizenship without consent: Illegal Aliens in the American Polity**, New haven & London: Yale University Press.

❋ Spiro, Peter J (2020), **Citizenship: what everyone needs to know**, Oxford: Oxford University Press.

❋ Spiro, Peter J. (2016), **At Home in Two Countries: The Past and Future of Dual Citizenship**, New York: New York University Press.

❋ Stevens, W. M. (2008), **'Jurisdiction, Allegiance, and Consent: Revisiting the Forgotten Prong of the Fourteenth Amendment's Birthright Citizenship Clause in Light of Terrorism, Unprecedented Modern Population Migrations, Globalization, and Conflicting Cultures'**, Texas Wesleyan Law Review, Vol. 14, No. 2.

ت. فرانسوی

❋ Camus, Renaud (2012), **Le Grand Remplacement**, Chez l'auteur.

❋ Camus, Renaud (2018), **You Will Not Replace Us**, published by

the author.

❊ Camus, Renaud (2008), **La Grande Déculturation**, Librairie Arthème Fayard.

❊ Foucrier, Annick (2001). **'United States v. Wong Kim Ark (1898): Racisme et citoyenneté par droit du sol dans un contexte d'expansion territoriale'**, Alizés: Revue angliciste de La Réunion, No. Spéc. (Le citoyen dans "l'empire du milieu": Perspectives comparatistes).

مجله حقوقی دادگستری

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ٤٥٤-٤٢٣
تاریخ دریافت: ۱٤۰٤/۰۳/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱٤۰٤/۱۱/۱۱

تحول صلاحیت دیوان عدالت اداری در نظارت بر حقوق عامه؛ از شکایت فردی تا دادرسی ساختارمدار

عبدالسعید شجاعی[۱]

چکیده

حفظ، احیا و صیانت از حقوق عامه از الزامات بنیادین بقای نظم عمومی و تحقق عدالت اداری است و مستلزم استقرار و تقویت سازکارهای نهادی و آیینی مؤثر به‌منظور پیش‌گیری از تضییع و جبران خسارت‌های وارده به منافع عمومی می‌باشد. بر این اساس در پژوهش حاضر، به روش توصیفی‌تحلیلی و با رویکرد تطبیقی، جایگاه و کارکرد نظارت بر حقوق عامه در نظام عدالت اداری ایران با تمرکز بر ظرفیت‌ها و چالش‌های ساختاری معاونت حقوق عامه دیوان عدالت اداری تحلیل می‌شود و تاثیر تحولات اخیر آیینی‌قانونی بر تقویت نمایندگی نهادی در حمایت از حقوق عمومی مورد بررسی قرار می‌گیرد. یافته‌ها نشان می‌دهد ساختار سنتی دادرسی اداری که بر قاعده ذی‌نفعی و الگوی شکایت‌محور استوار بود، رسیدگی به دعاوی عام‌المنفعه و اعتراض به مقررات عام‌الشمول را محدود ساخته بود و اصلاح قانون از قبیل تقویت اختیار طرح شکایت توسط نهادهای نمایندگی عمومی، گامی مثبت در جهت کاهش برخی موانع آیینی محسوب می‌شود؛ هرچند تداوم تفسیرهای مضیق از قواعد رویه‌ای و کاستی‌های آیین دادرسی هم‌چنان مانع تحقق کامل نظارت ساختاری دیوان است؛ از این رو بازنگری در آیین دادرسی اداری به‌ویژه از طریق اصلاح مفهوم ذی‌نفعی، تعیین تکالیف روشن برای معاونت حقوق عامه، تسهیل نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در نمایندگی حقوق عمومی و ارتقای هماهنگی میان دیوان عدالت اداری و نهادهای مدنی و اجرایی ضروری است.

واژگان کلیدی: حقوق عامه، عدالت ساختاری، واخواهی عمومی، صلاحیت نهادی.

---

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور تهران، ایران.
Dr.saeedshojaei62@pnu.ac.ir

درآمد

یکـــی از چالش‌های نوظهور و بنیادین در نظام حقـــوق عمومی ایران، فقدان ســـازکار موثر و ســـاختارمند برای صیانت از حقوق عامـــه در مواجهه با مخاطرات بین‌نســـلی، تهدیدهای زیست‌محیطی و نقض ساختاری منافع عمومی است. با وجود تصریح قانون اساســـی بر حمایت از این حقوق و با وجود این‌که ســـاختار دادرسی اداری به‌طور ســـنتی بر ذی‌نفعی فردی اســـتوار بوده، قانـــون اصلاحی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۲ به صراحت مشـــارکت ســـازمان‌های مردم‌نهاد را در روندهای قضایی تصریـــح کرده و احکامی را برای دخالت نهادی آن‌ها تعیین نموده اســـت از جمله اختصاص صلاحیت‌هایی به معاونت حقوق عامه جهت اقامه شـــکایت و ورود در مرحلـــه تجدیدنظر در امور مرتبط با منافع عمومی. با این همه خلاهای مقرره‌ای و نبود رویه‌های اجرایی مشـــخص به‌ویژه در زمینه معیارهای پذیرش سازمان‌ها، قلمرو صلاحیت مداخله، نحوه اعمال نمایندگی و ضمانت‌های اثربخشـــی دخالت هم‌چنان مانع تبدیل شـــناخت قانونی به نهادینه‌شدن کامل نقش سمن‌ها در حفاظت از حقوق و منافع عمومی می‌شـــود و اقتضا دارد قواعد آیین‌دادرسی و مقررات اجرایی تکمیل و تبیین شـــود. این کاســـتی به‌ویژه در حوزه‌هایی چون عدالت محیط‌زیستی، سلامت عمومـــی و حقوق آیندگان، به یک بحران نهادی بدل شـــده که پیامد آن ناتوانی نظام حقوقی در تحقق عدالت ســـاختاری و پاســـخ‌گویی پیش‌نگر است. اصلاح ماده ۱۲۰ قانـــون دیوان عدالـــت اداری و ایجاد معاونت حقوق عامه اگرچـــه گامی ابتدایی در مســـیر تحول بود، اما فقدان آیین‌دادرسی اختصاصی، تداخل وظایف با نهادهای دیگر و نبود مرجع مســـتقل برای اقامه دعوی عمومی اثربخشـــی آن را محدود کرده است. پژوهش‌های پیشـــین از جمله گزارش پژوهشی شورای نگهبان در موضوع آشنایی با جایگاه و صلاحیت‌های دیـــوان عدالت اداری و یا تاملی بر حدود صلاحیت نظارتی دیـــوان عدالت اداری بر آرای مراجع شـــبه قضایی، عمدتا بـــا تاکید بر جایگاه دیوان عدالت اداری یا کارکردهای نظارتی کمتر به بازآفرینی نهادی برای رسیدگی به دعاوی عمومی پرداخته‌اند.

مقاله حاضر با تکیه بر خلاهای یادشـــده مســـاله‌ای مشخص را دنبال می‌کند: چگونه می‌توان با تاســـیس نهادی مســـتقل و طراحی آیین‌دادرسی ویژه، بستر تحقق

نظـــارت موثر بر حقوق عامه را فراهم آورد؟ در پاســـخ این مقاله الگوی «دیوان دوم» را به‌عنوان نهادی مکمل اما مســـتقل با صلاحیت رســـیدگی بـــه دعاوی عمومی فاقد ذی‌نفع شـــخصی و با ساختاری ساختارمدار پیشنهاد می‌کند. با توجه به مطالب بالا و در همین راستا نوشتار فعلی در پنج بخش سامان یافته است: در بخش نخست، مبانی نظری حقوق عامه و مفاهیم نوینی چون «واخواهی بین‌نســـلی» و «صلاحیت نهادی» بررســـی می‌شـــود؛ بخش دوم به تحلیل کارکردها و محدودیت‌های معاونت حقوق عامه در نظام کنونی می‌پردازد؛ بخش سوم، مدل پیشنهادی «دیوان دوم» را با تاکید بر ســـاختار، آیین‌دادرسی مستقل و آثار نهادی آن بررسی می‌کند؛ بخش چهارم، شکایت ســـازمان‌یافته در برابر واخواهی مدنی را تبیین می‌نماید و نهایتا در بخش پنجم به نقد و ارائه پیشنهادات برای اصلاح ساختاری پرداخته شده است.

۱. مبانی مفهومی حقوق عامه

مفهـــوم «حقوق عامه» در حقوق عمومی به‌رغم جایگاه محوری در نظم اداری و قانون اساسی از حیث نظری هم‌چنان با ابهام مواجه است. ماهیت حقوق عامه ذاتی اســـت و به‌طور هم‌زمان متوجه حفاظـــت از مصالح فردی و اجتماعی افراد در قلمرو حاکمیت می‌باشد. اولویت و میزان اهمیت هر یک از این مصالح تابع مقتضیات و بستر جامعه است و حقوق عامه را نمی‌توان صرفا منحصر به یکی از آن‌ها دانست (قاسمی و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۹۳). در همین راســـتا درک صحیح آن در بعد مصالح اجتماعی مستلزم بازگشت به بنیان‌های نظری منافع عمومی است، جایی‌که خیر عمومی به‌مثابه ارزشـــی مستقل ملاک مشروعیت‌بخش مداخله عمومی تلقی می‌شود؛ لذا مطالعه نهاد «واخواهـــی عمومی» در نظام‌های تطبیقی به‌ویژه از منظر امکان طرح شـــکایت بدون ذی‌نفعی شخصی به روشن‌سازی کارکرد این مفهوم کمک می‌کند و تمایز میان دعاوی عمومی، فردی و گروهی مبنایی نظری برای تبیین ساختارها و صلاحیت‌های نهادهای مدافع حقـــوق عامه از جمله معاونت حقوق عامه در دیـــوان عدالت اداری را فراهم می‌آورد. این تمایز مفهومی برای فهم نقش و جایگاه نظارت بر حقوق عامه در منظومه عدالت اداری ضرورتی پیشینی دارد.

۱-۱. نظریه منافع عمومی

در ادبیات کلاسیک حقوق عمومی، حقوق عامه عمدتاً در چارچوب رابطه فرد و دولت و به‌مثابه حقوق و مطالبات شهروندان در برابر نهادهای حاکمیتی تفسیر می‌شد. این رویکرد فردمحور بیش از آن‌که ناظر بر ساختارهای اجتماعی و نهادی باشد، بر رابطه دوجانبه میان شهروند و دولت تمرکز داشت. با این حال تحولات جوامع معاصر و ظهور چالش‌هایی مانند محیط زیست، عدالت بین‌نسلی و حمایت از حقوق نسل‌های آینده، ضرورت بازنگری در این مفهوم را آشکار ساخته است. بر این اساس، در برداشت نوین، حقوق عامه صرفاً مجموعه‌ای از مطالبات فردی نیست، بلکه نهادی اعتباری و مستقل مبتنی بر عناصری چون آزادی، حق ادعا، مالکیت و قدرت به شمار می‌آید که ماهیت آن را باید در ابعاد اجتماعی و بین‌نسلی آن جست‌وجو کرد.

یکی از رویکردهای نظری مهم برای بازتعریف حقوق عامه، نظریه منافع عمومی است، مفهومی که برخلاف مصلحت عمومی متکی بر مشروعیتی اجتماعی و هنجاری است و از برآیند منافع فردی، اجتماعی و بین‌نسلی پدید می‌آید (Douglass, 1980: 103-117). این نظریه حقوق عامه را نه‌تنها به‌عنوان ابزار دفاع از منافع فردی موجود بلکه به‌مثابه نهادی دینامیک و مسوول در قبال استمرار حیات جمعی و عدالت توزیعی معرفی می‌کند. «بر پایه دیدگاه مطرح‌شده مصالح انسانی در سه سطح فردی، عمومی و اجتماعی طبقه‌بندی می‌شوند. در این چارچوب حقوق عامه در جوهره خود متوجه تامین مصالح فردی و اجتماعی است به‌نحوی‌که هر یک از این مصالح بنا به اقتضای شرایط روانی و اجتماعی جامعه در اولویت قرار می‌گیرد. از این منظر حقوق عامه فراتر از نظم حقوقی ایستا به‌مثابه ساختاری سیال و تحول‌پذیر در ارتباط با نیازهای بنیادین جامعه عمل می‌کند» (قاسمی و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۹۳).

«تحقق این بازتعریف مستلزم آن است که نظام حقوقی ابزارهای تفسیری خود را از چارچوب صوری، محدود و قانون‌محور به سوی منطق جدلی، اقناعی و واقع‌نگر سوق دهد. در این بستر حقوق عامه باید با تکیه بر روش‌های تفسیری موسع و با در نظر گرفتن واقعیات اجتماعی به شناسایی مصادیق نوین هم‌چون حقوق

زیســـت‌محیطی، حقوق آیندگان و منافع فرهنگی و تاریخـــی مبادرت ورزد» (همان: ۱۹۷)؛ از این‌رو تمایز روش‌شـــناختی میـــان منافع عمومی و مصلحت دولتی نه‌تنها از حیـــث مفهومی بلکه به لحاظ کارکردی و نهادی حائز اهمیت اســـت. نهادهایی مانند دادســـتانی کل کشور، دیوان عدالت اداری و سازمان بازرسی کل کشور باید ماموریت خود را از ســـطح نظارت بر اعمال حاکمیتی به ســـطح دفاع فعالانه از منافع عمومی، به‌مثابه «حق‌الناس ســـاختاری[1]» ارتقا دهند. بر این اساس توسعه نظریه‌هایی که بتوانند معیارهای جدیدی برای ســـنجش مشـــروعیت اقدامات عمومی بر اساس ملاحظات عدالت اجتماعی، کرامت انسانی و الزامات بین‌نسلی ارائه دهند، ضرورتی انکارناپذیر در نظام حقوقی معاصر محسوب می‌شود.

۲-۱. واخواهی عمومی در حقوق تطبیقی

واخواهی عمومی، آن‌گونه که در نظریه‌های نوین حقوق تطبیقی تکوین یافته، بیانگر گذار از دعوی شـــخص‌محور به‌سوی دعوی مردم‌نگر است، مفهومی که در دل خود تلفیقی از مشارکت مدنی نهادینه مراقبت همبسته از منافع عمومی و مطالبه‌گری ساختاری را حمل می‌کند (Cummings, 2009: 640). واخواهی عمومی که می‌توان آن را بـــه تعبیر دقیق‌تری دعوی اجتماع‌مـــدار یا دعوی ضمانتی خیر جمعی نیز نامید، نوعی کارکرد وکالتی غیرشـــخصی است که به افراد یا نهادها این امکان را می‌دهد تا نه از ســـر نفع شخصی بلکه به‌منظور صیانت از ارزش‌ها و منافع کلان اجتماعی وارد فرایندهای دادرســـی شوند (Feldman, 2009: 44-48). این تحول معرف ظهور یک دگرگونی معرفتی در دادرسی‌های مدرن است، آنچه می‌توان از آن با عنوان قضازدایی از حق و حق‌زدایـــی از قضا یاد کرد به این معنا که منافع اجتماعی به‌مثابه یک وجود مستقل قابلیت بهره‌مندی از ســـازکارهای دادرسی را می‌یابد ولو آن‌که حقی شخصی

---

۱. حق‌الناس ســـاختاری به‌عـــنوان یک حـــق جمعی و نهادی، ناظر بر الزام حقوقی دولت و سایر ارکان حاکمیت به طراحی، حفظ و اصلاح ســـاختارهای تصمیم‌گیری و تنظیم‌گری عمومی به‌گونه‌ای اســـت که از بازتولید نظام‌مند تضییع منافع عمومی، بی‌عدالتی ســـاختاری و نقـــض کرامت انسانی جلوگیری شـــود. تمایز این حق با مفاهیمی چون حقوق عامه یا نفع عمومی در آن است که موضوع آن نه صرفا نتیجه یا فایده عمومی، بلکه خود ســـاختارها و ســـازکارهای نهـــادی مولد آثار عمومی است. بر این اساس، حق‌الناس ســـاختاری دارای قابلیت اعمال حـقوقی است و تحقق آن از طریق ســـازکارهایی چون نظارت اداری و قضـــایی بر قواعد و رویه‌های عام‌الشمول، مداخله نهادی برای اصـــلاح ســـاختارهای معیوب و استفاده از ابزارهای دادرسی با ماهیت جمعی یا نمایندگی عمومی امکان‌پذیر می‌شود.

در کار نباشد.

در نظام ایالات‌متحده در حالی‌که معیارهای سخت‌گیرانه‌تری برای صلاحیت اقامه دعوی شخصی وجود دارد؛ با این‌حال در قالبی عمل‌گرایانه‌تر، شاهد توسعه «اقامه دعوی منافع‌پایه[1]» هستیم. در همین راستا در ایالات‌متحده سازمان‌هایی در نقش وکلای خیر عمومی[2] ظهور کرده‌اند و از طریق اقامه دعوی در حوزه‌های آزادی‌های بنیادین، عدالت اقلیمی و عدالت نژادی سازکار واخواهی عمومی را به‌گونه‌ای نهادی اجرا کرده‌اند. اگرچه این واخواهی بیشتر ماهیت سازمانی و نهادی دارد تا شهروندی اما، از حیث اثرگذاری بر تقویت پاسخ‌گویی دولت، برابری ساختاری و عدالت بین‌نسلی واجد کارکردی محوری است (Wilson, 2014: 392-395).

نظام حقوقی هند به‌ویژه در پرتو عملکرد دیوان عالی این کشور، یکی از بسترهای بارز توسعه واخواهی عمومی به شکل نهادمند است. از دهه ۱۹۸۰، مفهوم دادخواهی عمومی[3] در قالب آنچه می‌توان آن را «قضازدایی مردم‌بنیاد[4]» خواند، به بخشی از عدالت ساختاری بدل شده است. دادگاه‌های هند با رویکردی تفسیرگرایانه، مفاهیم سنتی «نفع» و «اهلیت دعوی» را بازتعریف کرده و صلاحیت ورود شهروندان، سازمان‌ها و حتی گروه‌های فاقد شخصیت حقوقی را به دعاوی که متضمن نقض حقوق بنیادین دیگران است، پذیرفته‌اند. این رویکرد، نوعی از «دادرسی جایگزین مردمی[5]» را رقم زده که هدف آن نه صرفا حل اختلاف، بلکه اصلاح ساختارها، جبران نابرابری و تحقق عدالت اجتماعی است (Mate, 2013: 262-268).

در حقوق ایران، اگرچه نظام دادرسی عمدتا بر پایه «ذی‌نفعی حقیقی» تعریف شده و واخواهی عمومی به‌عنوان یک نهاد شناخته‌شده وجود ندارد اما، می‌توان از برخی ظرفیت‌های نهفته در قانون اساسی، به‌ویژه اصل یکصد و پنجاه و ششم به‌مثابه مبنای «حق اقامه همگانی» یاد کرد. در حوزه‌هایی چون حفاظت محیط‌زیست، حقوق مصرف‌کنندگان یا صیانت از میراث فرهنگی، نهادهای عمومی هم‌چون سازمان

1. Interest-Based Litigation
2. Public Good Advocates
3. Public Interest Litigation (PIL)
4. Popular Dejudicialization
5. Alternative Popular Adjudication

حفاظت محیط‌زیست یا سازمان بازرسی کل کشور می‌توانند به‌عنوان «ضامن‌های خیر مشترک» نقش ایفا کنند (افشاری، ۱٤۰۰: ۱۳۰-۱۳۱).

بر اساس مطالب بالا می‌توان گفت، واخواهی عمومی در پرتو حقوق تطبیقی، از یک مفهوم حاشیه‌ای به یک «پروتکل نهادی صیانت از همگان» ارتقا یافته است. تحقق کامل این نهاد مستلزم عبور از منطق فردمحور اقامه دعوی به‌سوی عدالت مردم‌بنیاد و ساختارمدار است. اصطلاحاتی هم‌چون «دعوی مردم‌نگر»، «ضامن‌های خیر مشترک» و «اقامه فراشخصی» نشان‌گر تحولی در نظام حقوقی مدرن هستند که در آن حقوق عامه نه فقط به‌عنوان مجموعه‌ای از قواعد، بلکه به‌مثابه یک هستی حقوقی مستقل و واجد شان دادرسی بازشناخته می‌شود. واخواهی عمومی به این اعتبار، نه‌تنها نماد مشارکت اجتماعی، بلکه تجلی نهادی عدالت جمعی در بستر نظم حقوقی معاصر است.

۳-۱. تمایز دعاوی عمومی، فردی و گروهی

در نظام حقوق عمومی معاصر، به‌ویژه در بستر عدالت اداری، تمایز میان دعاوی فردی، گروهی و عمومی دیگر یک تفکیک صرفا شکلی یا آیینی نیست، بلکه از حیث نظری و نهادی، حاوی دلالت‌هایی بنیادین در فهم جایگاه حقوق عامه است. با پیچیده‌تر شدن مناسبات اجتماعی و بروز مسائل نوینی هم‌چون حقوق زیست‌محیطی، کرامت آیندگان و عدالت بین‌نسلی، نظام حقوقی ناگزیر از بازتعریف مفاهیم کلاسیکی چون «ذی‌نفعی»، «صلاحیت اقامه دعوا» و «نفع مشروع» شده است. در چنین بستری، شناسایی تمایزهای مفهومی میان انواع دعاوی، راه را برای بازطراحی ماموریت نهادهای مدافع منافع عمومی، از جمله دیوان عدالت اداری و دادستانی کل کشور، هموار می‌سازد.

مفهوم نوین «حق‌الناس ساختاری» در این میان، به‌مثابه ابزار تحلیلی تازه، امکانی برای درک عمیق‌تر از دعاوی عمومی فراهم می‌آورد. برخلاف تلقی سنتی از حقوق عامه که آن را برآمده از مطالبات اشخاص حقیقی در برابر دولت تلقی می‌کرد، «حق‌الناس ساختاری» بر آن دسته از حقوقی دلالت دارد که در تاروپود نهادها و نظام‌های اجتماعی تنیده شده و فارغ از ذی‌نفعی مستقیم اشخاص، واجد ارزش ذاتی و بین‌نسلی هستند. این حقوق هم‌چون حق بر سلامت محیط‌زیست،

حق بر شفافیت و پاسخ‌گویی نهادی، یا حق بر عدالت آینـدگان، نه در قالب مطـالبات فردی بلکه به‌عنوان بنیان‌های اجتماعی مشـــترک و همـــگانی شناخته می‌شوند که نقض آن‌ها به تضعیف انســـجام اجتماعی و فروپاشـــی عدالت ســـاختاری می‌انجامد (Wardrope, 2018: 51-53). هم‌چنیـــن برای تبیین دقیق‌تر انواع دعاوی و ســـازکار اقامه آن‌ها، می‌توان از الگوی تحلیلی «واخواهی چندســـطحی» بهره گرفت. این الگو با طبقه‌بندی دعاوی برمبنای «ســـطح مرجع منافع»، ســـه سطح متمایز از اقامه دعوا را شناســـایی می‌کند: دعوای فردی ناظر بر منافع شخصی، دعوای گروهی ناظر بر منافع جمعی هم‌ســـنخ و دعوای عمومی ناظر بر منافع کلان، بین‌نســـلی و ساختاری جامعه (Goldman, 2004: 417-441). این الگو نه‌تنها امکان مرزبندی دقیق‌تر میان اشـــکال مختلف حمایت قضایی را فراهم می‌آورد، بلکه ابزار مفهومی مناسبی برای ساماندهی ماموریت‌های نهادهای مدافع حقوق عامـــه و بازتعریف نقش مدعی‌العموم در حوزه عدالت اداری ارائه می‌دهد. در این چارچوب، دفاع از حقوق عامه تنها در گرو نظارت بر اقدامات دولت یا مقابله با نقض‌های فردی نیست بلکه مستلزم بازآرایی ساختارهای نهادی به نحوی اســـت که بتوانند در سطح ســـاختاری و بین‌نسلی از مصالح عمومی صیانت کنند؛ به بیان دیگر، دعوای عمومی باید از طریق نهادهایی طرح شود که خود واجد صلاحیت‌های ســـاختاری و اقتدار اجتماعی لازم برای نمایندگی از منافع فراتر از زمان و شخص باشـــند (Swank, 2001: 133-162). تحقق چنین الگویی مستلزم آن اســـت که نهادهایی مانند معاونت حقوق عامه از موقعیتی انفعالی خارج شده و در قامت «مدعی‌العموم ساختاری» ایفای نقش کنند.

می توان گفت دعـــوای فردی مـــقرون به نفع مستـقیم و شخصی است که هدف آن احقاق حق یا جبران زیان متوجه یک شخص حقـــیقی یا حقوقی مشخص بـــوده و اهلیت اقامه آن مبتنی بر ورود زیان یا نفـــع ملموس خواهان تعیین می‌گردد (Coplan, 2009: 377)، دعوای گروهی متوجه منافع جمعی هم‌سنخ است، به‌گونه‌ای کـــه چندین فرد یا اعضای یک طبقـــه اجتماعی از یک وضعیت مشـــترک متاثرند و اشخاص یا نمایندگان معین می‌توانند با اثبات هم‌سنخی منافع، برای اعاده حقوق گروه اقـــدام کننـــد (Rooney, 2017: 406-428). در برابر این دو، دعوای عمومی بر منافع کلی، ســـاختاری و بین‌نسلی جامعه متمرکز اســـت و هدف آن صیانت از ارزش‌های

عمومی (نظیر سلامت محیط‌زیست، شفافیت یا حقوق آیندگان) است که آثار نقضش فراتر از محدوده اشخاص معین ظاهر می‌شود، اهلیت در دعاوی عمومی معمولا تابع نص قانونی یا شناسایی نهادی (مدعی‌العموم، نهادهای عمومی یا سمن‌های دارای صلاحیت) است و احکام صادره آثار پیش‌گیرانه و ساختاری دارد، نه صرفا جبرانی نسبت به خواهان خاص.

نتیجه این‌که، تمایز مفهومی میان سطوح مختلف دعاوی، بستری برای تحقق عدالت مشارکتی، ارتقای پاسخ‌گویی نهادی و بازسازی مشروعیت حقوق عمومی فراهم می‌سازد. در غیاب این تمایز، خطر استحاله حقوق عامه در مطالبات خاص و تقلیل وظایف نهادهای عمومی به داوری‌های موردی، مشروعیت نظم حقوقی را با تهدیدی جدی مواجه می‌سازد؛ از این‌رو، توسعه نظری و ساختاری مفاهیمی هم‌چون «حق‌الناس ساختاری» و «واخواهی چندسطحی»، ضرورتی فوری و بنیادین برای نظام حقوقی معاصر است که می‌کوشد خود را با تحولات عمیق اجتماعی، فرهنگی و نسلی همگام سازد.

۲. جایگاه نهادی معاونت حقوق عامه در دیوان عدالت اداری

طبق اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مامورین یا واحدهای دولتی و احقاق حقوق آن‌ها به‌صورت مطلق در صلاحیت دیوان عدالت قرار گرفته است . حقوق عامه حقوقی آسیب‌پذیر بوده که در صورت نقض باید با مداخله دستگاه‌های مختلف از جمله دستگاه قضا تامین شود (شیری و شاملو، ۱۴۰۳: ۳۶۶؛ مولابیگی و محمدی احمدآبادی و اشراقی جزی، ۱۴۰۴: ۸۴).

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران تحقق حقوق عامه به‌عنوان یکی از ارکان بنیادین عدالت اجتماعی و انتظام اداری نیازمند نهادهایی با ساختار قانونی روشن، صلاحیت‌های مشخص و کارویژه‌های تخصصی در جهت صیانت از منافع عمومی است. در این میان معاونت حقوق عامه در دیوان عدالت اداری به‌عنوان نهادی نوظهور و محوری در این حوزه، با چالش‌هایی از حیث جایگاه حقوقی، حدود وظایف و رابطه آن با دیگر نهادهای نظارتی و اجرایی به‌ویژه قوه مجریه مواجه است. ابهام در تفسیر موقعیت این معاونت می‌تواند به تداخل وظایف، ناکارآمدی

ساختاری و تضعیف کارایی نظارت عمومی در نظام اداری کشور منجر شود. بر این اساس تبیین دقیق جایگاه نهادی معاونت حقوق عامه مستلزم واکاوی سه‌گانه‌ای است که این نوشتار در پی آن است: نخست، تحلیل ساختار قانونی و مبانی حقوقی تاسیس این معاونت؛ دوم، تبیین ماهیت شبه‌قضایی آن در مرز میان کارکردهای قضایی و اداری و سوم بررسی نسبت آن با قوه مجریه از منظر حدود اختیارات، سازکارهای الزام‌آور و نحوه ورود در مواجهه با تصمیمات و ترک فعل‌های اجرایی. این تحلیل سه‌وجهی می‌تواند تصویری روشن از ظرفیت‌های نهادی چالش‌های کارکردی و افق‌های تحول‌پذیری این معاونت در معماری عدالت اداری ایران ارائه دهد.

۱-۲. تحلیل ساختار قانونی معاونت حقوق عامه

معاونت حقوق عامه در دیوان عدالت اداری به موجب ماده ۱۲۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری اصلاحی ۱۴۰۲، در قالب نهادی نوپدید و فرامرتبه در ساختار نظارت اداری کشور تاسیس شده است. این نهاد نه صرفا یک واحد سازمانی در دل دیوان، بلکه تجسم نهادیِ یکی از مفاهیم تحول‌یافته حقوق عمومی یعنی حق‌الناس ساختاری است؛ مفهومی که برخلاف تلقی سنتی از حقوق عامه به‌عنوان مطالبات فردی شهروندان از دولت آن را به‌مثابه بنیانی برای صیانت از منافع بین‌نسلی، نظم جمعی و مصالح فراملی و فرازمانی بازتعریف می‌کند. بر همین اساس صلاحیت معاونت در اقامه مستقیم دعوا علیه تصمیمات، اقدامات و مصوبات ناقض حقوق عامه بدون تقید به تشریفات شکلی، مهلت‌های قانونی و حتی مرور زمان، بازتابی از همان تحول مفهومی است، تحولی که آن را در قامت مدعی‌العموم ساختاری در دل دیوان عدالت اداری متمایز و ممتاز می‌سازد (مولابیگی و محمدی احمدآبادی و اشراقی جزی: ۲۸-۳۰). پیوند ساختاری این معاونت با اصول قانون اساسی به‌ویژه اصول یکصد و پنجاه و شش، یکصد و هفتاد و سه، چهل و پنجاهم نشان می‌دهد که ایجاد آن صرفاً واکنشی به برخی خلأهای اجرایی نبوده بلکه تلاشی در راستای تحقق نوعی نظارت عمومی مبتنی بر عدالت اجتماعی، حفظ محیط‌زیست، تأمین سلامت عمومی و پاسداری از کرامت نسل‌های آینده است. اصل ۱۷۳ قانون اساسی دیوان عدالت اداری را مرجع رسیدگی به شکایات و اعتراضات مردم نسبت

به نهادهای اجرایی معرفـــی می‌کند و اصول چهل و پنجاهم نیز بر ضرورت حمایت از محیط‌زیست و مسؤولیت دولت در صیانت از آن تأکید دارند. از این منظر معاونت حقوق عامه را می‌توان حلقه‌ای دانســـت که این اصول را در قالب سازکاری نهادی و عملیاتی به یکدیگر پیوند می‌دهد (غمامی و کدخدا مرادی و درخشان، ۱۳۹۷: ۳۹۸–٤۰۵). چنیـــن زمینه‌ای جایگاه معاونت را به‌عنوان حلقه اتصال میان نظارت قضایی و نظارت مردمی تثبیت می‌نماید.

ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری چارچوب صلاحیت دیوان را در رسیدگی به شکایات اشـــخاص حقیقی و حقوقی نســـبت به تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی مشخص می‌سازد و ساختار حقوقی مناسبی برای دادرسی فردی فراهم می‌کند. ماده ۱۲۰ این چارچوب را توســـعه داده و با تعیین معـــاون قضایی ویژه امکان طرح شـــکایت و اقدام در موارد تضییع حقوق عامه را فراهم می‌آورد (آیینه نگینی، ۱٤۰۳: ۱۰۸)، اقدامی که با حذف هزینه دادرسی و تشریفات معمول تسهیل شده است. افزون بر این معاونت مذکور وظیفه شناســـایی و درخواســـت ابطال مقررات مغایر با حقوق عامه را بر عهده دارد و الزام به انتشار مصوبات دستگاه‌ها در پایگاه دیوان زمینه نظارت عمومی را تقویت می‌کند.

ایـــن تطابق میـــان ماموریت معاونت و صلاحیت‌های مـــاده ۱۰ تحقق الگوی واخواهی چندســـطحی را ممکن می‌سازد، الگویی که حقوق عامه را فراتر از ذی‌نفعی فردی در ســـطوح مرجع منافع فردی، گروهی و ساختاری دسته‌بندی می‌کند. در این نظام، معاونت دیوان در مرتبه ســـوم قرار گرفته و مســـوول دفاع از حقوق عامه حتی بدون وجود شـــاکی مشخص اســـت؛ بنابراین ماده ۱۲۰ مکمل ماده ۱۰ است و ضمن تعیین چارچوب رســـیدگی به شکایات فردی ابزار موثری برای حمایت و پیش‌گیری در حوزه حقوق عامه فراهم می‌کند که نشـــان‌دهنده نگاه متوازن قانون‌گذار به حقوق خصوصی و منافع عمومی است.

ابهـــام اصلی متوجه نحـــوه اعمال صلاحیت معاونت اســـت نـــه اصل دامنه صلاحیت‌هـــای قانونی. مواد ٤۷ و ۸۰ قانون دیوان مبنای قانونی لازم را برای فعالیت معاونـــت فراهم می‌آورند اما، فقدان آیین‌نامه اجرایی تفصیلی موجب ابهام در شـــیوه آغاز و جریان رســـیدگی حدود مداخله و نسبت عملی معاونت با سایر نهادهای ناظر

شده اســـت. آیین‌نامه اجرایی می‌تواند به‌طور موثر این ابهامات اجرایی را رفع کند از جمله با تعیین سازکارهای احراز و ثبت شکایت (شامل اختصاص کد شکواییه ویژه)، معیارهای ورود شـــکایت‌های نهادی و نمایندگی عمومی، قواعد رســـیدگی خارج از نوبـــت و صدور اقدامات موقـــت، مقررات تعامل و تفکیک وظایف با دادســـتانی و سازمان بازرسی، تشریفات ادله‌گزینی و افشای اطلاعات، معافیت از هزینه دادرسی و رویه‌های ارجاع/همکاری بین نهادی. در مقابل، توسیع دامنه صلاحیت معاونت فراتر از اختیار آیین‌نامه‌ای اســـت و مستلزم تصریح یا تغییر در قوانین بالادستی خواهد بود؛ لذا راهکار عملیاتی پیشنهادی عبارت است از تصویب آیین‌نامه اجرایی تفصیلی برای رفع ابهامات اجرایی و بقیه اصلاحات ماهوی از طریق اصلاح قانون.

در مجموع مـــعاونت حقوق عامه اگرچه در ظاهر بخشـــی از دیوان عدالت اداری تلقی می‌شـــود اما، درواقع بازتابی نهـــادی از مفاهیم نوین حقوق عمومی نظیر عدالت بین‌نســـلی، منافع اجتماعی ســـاختاریافته و مسؤولیت بین‌قوه‌ای در صیانت از خیر عمومی اســـت. درک صحیح و تکمیل ســـاختار قانونی آن گامی مهم در جهت تحقـــق عدالت اداری با رویکردی پیش‌نگر، مشـــارکتی و مبتنی بر حکمرانی عمومی است.

۲-۲. کارکـرد شـبه‌قـضایی نهـاد معـاونت حقـوق عـامه دیـوان عـدالـت اداری

در نظـــام حقوق عمومـــی مفهوم «نهادهـــای دارای کارکرد شـــبه‌قضایی» به ســـاختارهایی اشـــاره دارد که اگرچه در زمره مراجع قضایی رســـمی قرار نمی‌گیرند اما، در فرایند دادرســـی، نظـــارت یا حل اختلاف نقش‌هایی موثر، پیشـــینی و مکمل ایفا می‌کنند (شـــعبانی، ۱۳۹۶: ۹۳). این نهادها به‌ویژه زمانـــی که در بطن یا پیرامون قوه‌قضاییه فعالیت دارند با بهره‌گیـــری از صلاحیت‌هایی که ماهیت ترکیبی دارند در جهـــت ارتقای حکمرانی قانون‌مدار و حمایت از حقوق عمومی عمل می‌نمایند. یکی از مهم‌تریـــن و نوپاترین مصادیق این نهادها معاونت حقوق عامه دیوان عدالت اداری اســـت که با اصلاحات قانون دیوان در ســـال ۱۴۰۲ رسمیت یافته و مستحق واکاوی نظری عمیق و تحلیل کارکردی دقیق اســـت. بر اساس ماده ۱۲۰ قانون دیوان عدالت اداری ایـــن معاونت گرچه صلاحیت صـــدور رای را ندارد اما، در فرایندهای قضایی

مرتبط با حقوق عامه نقش موثری ایفا می‌کند، نقشی که فراتر از یک نهاد صرفا نظارتی یا پشتیبان قاضی است و ویژگی‌هایی شـــبیه به نهادهای دارای صلاحیت شبه‌قضایی دارد. وجه تمایز اصلی این نهاد آن اســـت که به‌جای ورود از مســـیر ســـنتی شـــاکی خصوصی یا ذی‌نفع خاص از جایگاه نماینده منافع عمومی وارد عمل می‌شـــود، خواه در مرحله شناســـایی و پیگیری تخلفات اداری خواه در اقامه دعوا یا پیشـــنهاد ابطال مقررات مغایر حقوق عامه.

کارکرد شبه‌قضایی این نهاد را می‌توان در سه مولفه کلیدی تحلیل کرد: نخست، صلاحیت اقدام مستقیم و طرح دعوا و مستقل از ذی‌نفع خاص است. معاونت حقوق عامه می‌تواند بر اســـاس گزارش‌ها، بررسی‌های میدانی یا تشخیص کارشناسی به‌طور مستقیم ورود کرده و موارد نقض حقوق عامه را پیگیری کند. این ویژگی که برخلاف دعاوی سنتی نیازمند احراز نفع شخصی نیست الگوی کلاسیک ترافعی را کنار می‌زند و زمینه‌ســـاز قضازدایی پیش‌گیرانه از طریق مداخله ســـاختاری پیش از بروز بحران حقوقی می‌شود؛ دوم، صلاحیت طرح دعوا و مشارکت موثر در روند رسیدگی است. این نهاد می‌تواند شـــخصا به دیـــوان مراجعه کرده دعوا اقامه کند یـــا از طریق ارائه گزارش کارشناسی در هیات عمومی دیوان بر فرایند و نتیجه دادرسی اثر بگذارد. این نقش فعال اگرچه خارج از صدور رای است اما، در معنا و کارکرد همانند یک مرجع نیمه‌قضایـــی عمل می‌کند، نهادی که نه داوری می‌کند و نه صرفا نظارت بلکه در مرز میان این دو ایفای نقش می‌نماید و سوم، صلاحیت شناسایی و پیشنهاد ابطال مقررات مغایر با حقوق عامه اســـت. معاونت می‌تواند آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها یا مصوبات اجرایی مغایر با قانون یا حقوق عمومی را شناسایی و با تحلیل حقوقی پیشنهاد ابطال آن‌ها را به هیات عمومی دیوان ارائه دهد. این صلاحیت آن را به نهاد داور ساختاری در نظم حقوق اداری بدل کرده اســـت، نهادی که می‌کوشـــد پیش از مداخله قضایی ساختار تصمیم‌گیری اجرایی را پالایش و قانون‌مند سازد.

نکته نوآورانه در تحلیل جایگاه این معاونت تاکید بر مفهوم صلاحیت ترکیبی اســـت بدین‌معنا که این نهاد با تلفیق عناصر اداری، نظارتی و شبه‌قضایی، در مرز میان نظارت غیرقضایی و مشـــارکت قضایی قرار می‌گیرد. برخلاف نهادهایی نظیر سازمان بازرســـی کل کشـــور که در اغلب موارد نظارت گزارش‌محور دارند، معاونت حقوق

عامه امکان ورود مستقیم به فرایند رسیدگی قضایی را دارا می‌باشد و به تعبیر دیگر در قامت مدعی‌العموم ساختاری حقوق عامه نقش تسهیل‌گر عدالت ساختاری را ایفا می‌کند.

معاونت حقوق عامه در دیوان عدالت اداری را باید نهادی با کارکردی شبه‌قضایی، فعال و ترکیبی دانست، نهادی که نه صرفا در مقام گزارش‌دهی یا پیگیری شکایات اداری بلکه در پیوندی نظام‌مند با فرایند دادرسی اداری ایفای نقش می‌کند؛ با این‌حال برای پرهیز از ابهام در حدود اختیارات و جلوگیری از تداخل وظایف با سایر بخش‌های دیوان تدوین آیین‌نامه‌ای جامع و دقیق در خصوص صلاحیت‌ها، تشکیلات و شیوه‌های مداخله این معاونت ضروری است. این آیین‌نامه باید با هدف تحدید منطقی و تنظیم ایجابی صلاحیت‌ها تدوین شود؛ به بیان دیگر، مقصود از آن محدودسازی کارکرد معاونت نیست بلکه تبیین و تفکیک روشن وظایف آن در ارتباط با واحدهای قضایی، دفاتر هیات عمومی و ادارات نظارتی دیوان است. در این مسیر آیین‌نامه مزبور می‌تواند چارچوبی برای تنظیم روابط نهادی معاونت با ریاست دیوان، دادستان اداری (در صورت پیش‌بینی قانونی) و سایر مراجع ذی‌ربط فراهم آورد. از حیث مرجع صلاحیت‌دار برای وضع آیین‌نامه با توجه به اصول حاکم بر سازمان اداری دیوان عدالت اداری و صلاحیت‌های رئیس دیوان پیشنهاد می‌شود پیش‌نویس آیین‌نامه توسط دیوان و با همکاری معاونت حقوقی قوه‌قضاییه تهیه و پس از تایید رئیس قوه‌قضاییه به تصویب برسد. در صورت طراحی نهادی با عنوان دادستان اداری در ساختار دیوان باید نسبت این سمت با دادستان کیفری روشن شود به‌گونه‌ای که اولی مدعی و پاسدار منافع عمومی در حوزه اداری و انتظامی باشد و دومی در قلمرو جرایم کیفری فعالیت کند. در این چارچوب معاونت حقوق عامه می‌تواند به‌مثابه بازوی کارشناسی و نظارتی دادستان اداری عمل کند و از حیث نظری مفهوم مدعی‌العموم ساختاری در حقوق عمومی ایران را عینیت بخشد.

۳. مدل پیشنهادی دیوان دوم: بازاندیشی در ساختار دادرسی حقوق عامه

ایده تاسیس دیوان دوم در حوزه حقوق عامه تنها زمانی موجه است که بتواند مزیتی واقعی و قابل‌سنجش نسبت به اصلاح و ارتقای دیوان عدالت اداری موجود

فراهم آورد. صرف تعدد نهادها نه ضرورت دارد و نه به خودی خود مزیتی محسوب می‌شود بلکه باید نشان داد که نهاد جدید خلایی را پر می‌کند که در چارچوب فعلی قابل رفع نیست. در واقع مساله اصلی نه در نبود مرجع بلکه در کارآمدی، تخصص و ضمانت اجرای تصمیمات نهاد موجود نهفته است. در این چارچوب سه پرسش بنیادین باید پیش از هر تصمیمی پاسخ داده شود: نخست، آیا خلا کنونی ناشی از کمبود صلاحیت و ابزار قضایی است یا از فقدان تخصص، استقلال، و ضمانت اجرا؟ دوم، آیا اصلاح ساختار دیوان عدالت اداری از جمله تقویت معاونت حقوق عامه یا ایجاد شعب تخصصی برای دعاوی ساختاری می‌تواند همین اهداف را تحقق بخشد؟ و سوم، آیا تاسیس نهاد جدید موجب تداخل صلاحیت‌ها، احاله مسؤولیت و تضعیف پاسخ‌گویی نهادی نخواهد شد؟ مزیت‌های احتمالی تاسیس نهاد دوم تنها زمانی موجه است که بتواند با تمرکز بر دعاوی ساختاری و منافع عمومی از حیث کارشناسی، حافظه نهادی و پیگیری پساجرایی عملکردی موثرتر ارائه دهد. این نهاد چنانچه بنا بر تاسیس آن باشد، باید از استقلال فرایندی برخوردار بوده و توان صدور احکام ساختاری و تدابیر بلندمدت در حوزه‌هایی چون محیط‌زیست، عدالت بین‌نسلی و کارآمدی نظام اداری را دارا باشد؛ با این‌حال چنین کارکردی بدون تضمین‌های اجرایی، تعیین مرز صلاحیت‌ها و تعریف ماموریت مستقل، در عمل تفاوتی بنیادین با دیوان موجود نخواهد داشت.

با این همه بیش از آن‌که بحث بر سر ایجاد یا عدم ایجاد نهاد دوم باشد ضرورت دارد ابتدا چارچوب تعیین مسائل در دادرسی ساختاری تعریف و نهادینه شود. این چارچوب باید معیارهای شناسایی و اولویت‌بندی دعاوی عمومی را مشخص کند از جمله گستره و ماهیت منافع عمومی، جنبه بین‌نسلی و فرامکانی موضوع، میزان خطر یا آسیب ساختاری، امکان اعمال تدبیر قضایی موثر و هم‌پوشانی با صلاحیت سایر مراجع. هم‌چنین باید قواعد روشن اهلیت عمومی، معیارهای دلایل اولیه، قواعد تقدم و توالی صلاحیت میان نهادها و سازکارهای نظارتی و تضمین اجرای احکام در آن پیش‌بینی شود. در چنین نظامی دادرسی از قالب سنتی و شکایت‌محور خارج شده و به سوی الگوی دادرسی ساختارمحور سوق می‌یابد الگویی که هدف آن نه صرف حل اختلاف فردی بلکه شناسایی و اصلاح آسیب‌های سیستمی و بازسازی ساختارهای

ناقض حقوق عامه است؛ بدین ترتیب نسبت این بحث با عنوان دادرسی ساختارمدار روشن می‌شود. مقصود دگرگونی رویکرد از دادرسی فردی به شکلی از دادرسی است که بر شناسایی علل نهادی، تحلیل ریسک ساختاری و اتخاذ تدابیر بازسازنده تمرکز دارد؛ از این‌رو اولویت با طراحی رویکرد و چارچوب دادرسی مساله‌محور است نه صرفا افزودن نهاد جدید. تنها پس از استقرار چنین چارچوبی است که می‌توان به‌طور واقع‌گرایانه سنجید آیا نظام موجود ظرفیت تحقق این اهداف را دارد یا نیازمند تاسیس مرجع مستقل و تخصصی است.

نکته حائز اهمیت در طراحی دیوان دوم لزوم تدوین آیین‌دادرسی مستقل و متناسب با ویژگی‌های این نهاد است. چنین آیینی باید از سویی انعطاف‌پذیر و اقدام‌محور بوده و از سوی دیگر زمینه نظارت موثر، پاسخ‌گویی نهادهای اجرایی و پیگیری اجرای احکام را فراهم کند. طراحی این آیین‌دادرسی می‌تواند بر اساس مراحل چهارگانه شناسایی، ورود، اقامه دعوا و نظارت پسینی تنظیم شود و فرایند رسیدگی را از سازکارهای اداری صرف به مرحله‌ای از عدالت ساختاری و کنش‌گر بدل نماید. پیشنهادهایی مانند مشورت نهادی پیشینی، الزام دستگاه‌های اجرایی به پاسخ‌گویی ساختاری، نظام رتبه‌بندی سازمان‌های مدنی برای مداخله دادرسی و داشبورد شفافیت قضایی، از جمله ابزارهای تحقق این آیین‌دادرسی نوین خواهد بود.

از نظر کارکردی دیوان پیشنهادی (دیوان دوم) دارای سه کارکرد متمایز و مکمل خواهد بود: اول، وظیفه حقوقی صدور احکام الزام‌آور در برابر نقض ساختاری منافع عمومی، دوم نقش نظارتی در پیگیری اجرای احکام و پالایش سازکارهای اجرایی و سوم، نقش نهادی در هماهنگ‌سازی و تنظیم تعامل میان دادستانی کل، سازمان بازرسی کل کشور، نهادهای مدنی و ارکان تخصصی دیوان. تجمیع این سه نقش دیوان دوم را به یک ساختار عملیاتی توانمند برای تحقق عدالت مشارکتی، پیش‌نگر و هوشمند تبدیل می‌سازد؛ لذا دیوان دوم تجسم نهادی عدالت ساختارمدار و مردم‌نگر است، نظامی که از منطق صرف نص‌محور دادرسی و اتکای صرف بر ذی‌نفعی شخصی عبور می‌کند و بر مبنای صلاحیت‌های اخلاقی، نمایندگی نهادی خیر عمومی و مسؤولیت حقوقی بین‌نسلی شکل می‌گیرد. تحقق چنین مدلی مستلزم

تغییرات حقوقی و نهادی مشـــخصی است: بازنگری در فلسفه و قواعد آیین‌دادرسی اداری، بازتعریـــف ماموریت و ســـازکارهای نهادهای نظارتـــی و تصویب مقررات بالادســـتی و آیین‌نامه‌های اجرایی هماهنگ با نقش‌های جدید. در مواجهه با اشـــکال مطرح‌شـــده یعنی این‌که دیوان عدالت اداری قابلیت ارتقای ســـاختاری و کارکردی ندارد و بازتعریف مفاهیم در ساختار آن میسر نیست و تنها با تاسیس نهاد مرتفع قابل حل اســـت، باید چند نکته روشن شود: اول، محدودیت‌های موجود عمدتا حقوقی و ساختاری هســـتند و نه ماهوی، با اصلاحات قانون‌گذاری، تفویض اختیارات اجرایی تنظیم مقررات ثانویه و ایجاد ســـازکارهای بین‌نهادی (مانند موافقت‌نامه‌های همکاری و واحدهای پایلوت) می‌توان ظرفیت‌های ســـاختاری و کارکردی دیوان را ارتقا داد. دوم، تاسیس نهاد جدید اگرچه ممکن است برخی خلاها را سریع‌تر پوشش دهد ولی با هزینه‌های مشروعیت، تعارض کارکردی، تضعیف نهادهای موجود و مصرف منابع همراه اســـت و الزاما بهترین یا کم‌هزینه‌ترین راه نیست؛ بنابراین اتخاذ راهبردی مبتنی بر اولویت اصلاح و بازتعریف نهادی در چارچوب دیوان فعلی هم از منظر بهره‌وری نهـــادی و هم از منظر ثبات نظام حقوقی معاصر ترجیح‌پذیر اســـت و تنها در صورت تجمیع موانع قانونی یا سیاسی جدی، تشکیل نهاد مرتفع می‌تواند راه‌حل جایگزین و آخر تلقی شود.

٤. شکایت سازمان‌یافته در برابر واخواهی مدنی

«شکایت ســـازمان‌یافته» را می‌توان قالبی نوین از اقامه دعاوی در بستر حقوق عمومی دانســـت کـــه از نظر مفهومی میـــان دعاوی جمعی و دعـــاوی عمومی جای می‌گیرد. این نوع شـــکایت در عین برخورداری از ویژگی‌های مشترک با هر دو الگو دارای کارکردی مســـتقل و متمایز اســـت. برای فهم روشـــن‌تر می‌توان تفاوت آن را با مثال توضیـــح داد: در دعاوی جمعی، گروهی از افراد دارای منافع مشـــترک مانند کارگران یک کارخانه که در حادثه‌ای آســـیب دیده‌اند علیه کارفرما شـــکایت می‌کنند تا غرامت دریافت کنند، در دعاوی عمومی مرجع رســـمی مانند دادســـتان برای حفظ نظم یا منافع عمومی وارد عمل می‌شـــود (Hershkoff, 2009: 157-181)؛ مثلا علیه آلاینده‌ای که سلامت عمومی را تهدید می‌کند اما، در شکایت سازمان‌یافته نهاد مدنی یا سازمان مردم‌نهاد با ســـاختاری منسجم و اهدافی فراتر از منافع فردی به نمایندگی

از خیر عمومی و گاه منافع نسل‌های آینده اقامه دعوی می‌کند مانند شکایت یک سازمان محیط‌زیستی علیه طرحی عمرانی که به منابع طبیعی و حقوق زیست‌محیطی آسیب می‌زند. ویژگی‌های اصلی این نوع شکایت در ساختار نهادی و هدفمندی آن نهفته است. نهاد شاکی معمولا سازمانی غیردولتی با شخصیت حقوقی هیات‌مدیره و اساسنامه است که توان تصمیم‌گیری جمعی دارد. چنین سازمانی به‌عنوان نماینده منافع عمومی نه برای کسب منفعت مادی بلکه برای اصلاح سیاست‌ها یا جلوگیری از تصمیمات مضر به خیر عمومی اقدام می‌کند. استمرار در پیگیری و تعهد به اهداف بین‌نسلی از دیگر خصایص آن است؛ زیرا پیامدهای دعاوی سازمان‌یافته معمولا در بلندمدت آشکار می‌شوند و به اصلاح ساختارهای اداری و تصمیم‌سازی عمومی می‌انجامند.

با وجود امکان نظری و نقش رو به گسترش نهادهای مدنی در حمایت از منافع عمومی تحقق عملی الگوی شکایت سازمان‌یافته در ایران با تشتت و تناقضی در مقررات روبه‌رو است. از بعد کیفری قانون‌گذار با وضع ماده ٦٦ قانون آیین‌دادرسی کیفری به‌صراحت اختیار اعلام جرم و مشارکت در تمام مراحل دادرسی را به سازمان‌های مردم‌نهاد داده است، مشروط بر این‌که اساسنامه آن‌ها موضوعاتی نظیر حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان، بیماران و دارای ناتوانی، محیط‌زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی یا حمایت از حقوق شهروندی را پوشش دهد امری که در متن ماده ٦٦ تصریح شده است (شیدائیان و همکاران، ۱۳۹۸: ٤٦)؛ با این‌حال در عرصه حقوق مدنی و شکلی مانع مهمی وجود دارد: قواعد آیین دادرسی مدنی ذی‌نفعی شخصی را ملاک ورود به دعوی قرار می‌دهند و فقدان «ذی‌نفعی» از جمله موجبات رد یا عدم‌قبول دعوی است[1]. نتیجه این‌که در دعاوی حقوقی مبتنی بر دفاع از منافع عمومی نهادهای مدنی غالبا با ایراد عدم ذی‌نفعی روبه‌رو می‌شوند که عملا اقامه دعوی جمعی یا سازمان‌یافته را محدود می‌سازد.

در حوزه اداری نیز وضع مقررات پراکنده و فقدان یک چارچوب آیینی شفاف برای پذیرش شکایات نهادهای مدنی یا نحوه مشارکت آن‌ها در رویه‌های دیوان

---

۱. برای نمونه بند ۱۰ ماده ٨٤ قانون آیین دادرسی مدنی «بی‌نفعی خواهان» را از موجبات عدم رسیدگی برمی‌شمرد.

عدالت اداری موجب تفرق رویه و ابهام شـــده است، تحلیل‌های حقوقی و مطالعات تطبیقی نشـــان می‌دهد که مبنای فعلی پذیرش یا عدم‌پذیـــرش نقش قضایی/اجرایی نهادها بیشـــتر بر آیین‌نامه‌ها و دســـتورالعمل‌های اجرایی مبتنی اســـت تا قانون جامع مصوب مجلس.

بـــرای تبیین وضع مقررات اجرایی باید اشـــاره نمود که نظام مقرراتی ناظر بر نهادهای مدنی در ایران عمدتا بر اســاس آیین‌نامه‌ها تنظیم شده است از جمله آیین‌نامه اجرایی تاسیس و فعالیـــت سازمان‌های مردم‌نهاد و آیین‌نامه تشکل‌های مردم‌نهاد که سازکارهای ثبت، نظـارت و وظایف تشکل‌ها، ساختار شورایی و سازکار رسیدگی به اعتراضات را تعیین کرده‌اند. این آیین‌نامـه‌ها به‌روشنی بر ساماندهی، توانمندسازی و نظارت بر تشـــکل‌ها تاکید دارند ولی جای خالی یک قاعده روشن در باب صلاحیت اقامـــه دعوی مدنی/اداری برای این نهادها هم‌چنان محســـوس اســـت. نمونه‌هایی از پیشـــینه تقنینی که نقش مشـــورتی یا محـــدودیت در اقامه دعوی را نشان می‌دهد: قانـــون حمایت از حقوق مصرف‌کننـــدگان نهادهای انجمن‌هـــای حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان را برای ساماندهی مشارکت مردمی ایجاد می‌کند و در مواد مرتبط (از جمله مواد مربوط به تشکیل انجمن‌ها و وظـایف آن‌ها) عمدتا وظایفی نظیر آموزش، اطلاع‌رسانی، پیگیری شکایات و هماهـــنگی با مراجع نظارتی را برای این انجمن‌ها تعیین کرده است؛ به بیان دیگر، کارکرد بسیاری از این نهادها در متن این قانون بیشتر مشـــورتی و تسهیل‌گرانه است تا وکالتی برای اقامه مستقل دعاوی حقوقی. در برخی مقررات و نظریات حقوقی (نظیر نظریات اداره کل حقوقی قوه‌قضاییه) نیز به تفکیک صلاحیت‌ها و حدود نقش نهادها اشـــاره شـــده اســـت؛ مثلا در گزارش‌ها و نظریات مرتبط با محیط‌زیســـت و حقوق جزا مواد و تفســـیرهایی ذکر شده که نشان می‌دهد قانون‌گذار در مواردی تنها صلاحیت مشارکت/مشورت یا اعلام موضوع به مراجع را در نظر گرفته است و نه الزاما حق طرح دعوی حقوقی تام و مستقل.

۱-٤. مقایسه با دعاوی جمعی و عمومی

شـــکایت ســـازمان‌یافته به‌عنوان گونه‌ای نوین از اقامه دعوی در بستر حقوق عمومـــی واجد جایگاهـــی متمایز از دعاوی جمعی و عمومی اســـت و تبیین جایگاه دقیق آن مســـتلزم تحلیل مفهومی، ساختاری و کارکردی این سه قالب است. برخلاف

دعاوی جمعی که بر منافع مشترک گروهی معین استوارند و مشروعیتشان از عضویت افراد در یک جامعه متجانس ناشـــی می‌شود و نیز برخلاف دعاوی عمومی که عموما توسط نهادهای رســـمی برای صیانت از منافع کلان اجتماعی اقامه می‌شوند شکایت ســـازمان‌یافته مبتنی بر سازکارهای جامعه مدنی و نمایندگی نهادی منافع ساختاری و بین‌نسلی است. این نوع شکایت نه در چارچوب نفع شخصی قابل تحلیل است و نه صرفا بر اقتدار رسمی نهادهای حکومتی متکی است، بلکه مبتنی بر مسؤولیت نهادی، ســـرمایه اجتماعی و تخصص ساختاری ســـازمان‌های مدنی است که نمایندگی خیر عمومی را بر عهده می‌گیرند (Lemos & Young, 2018: 44–49).

در مقام کارکرد، شکایت سازمان‌یافته نقشی فراتر از اقامه دعوای پسینی دارد. در حالی‌که دعاوی عمومی و جمعی غالبا پس از وقوع نقض و در پاســـخ به آن طرح می‌شوند، شکایت ســـازمان‌یافته می‌تواند کارکردی پیش‌گیرانه و سیاست‌گذارانه ایفا کند. نهادهای اقامه‌کننده این شـــکایت‌ها مانند ســـازمان‌های مردم‌نهاد فعال در حوزه محیط‌زیست یا نهادهای حرفه‌ای در حوزه سلامت معمولا با تحلیل خطرات ساختاری پیـــش از اجرا یا تصویب یک تصمیم اجرایی به آن واکنش نشـــان می‌دهند و از این طریق عدالت را نه صرفا در مقـــام ترمیم بلکه در قالب پیش‌بینی و پیش‌گیری محقق می‌سازند. چنین نقشی شکایت سازمان‌یافته را به ابزاری برای مشارکت در حکمرانی و نظارت مردم‌بنیاد بدل می‌کند.

با وجود این ظرفیت‌ها شـــکایت ســـازمان‌یافته با چالشـــی بنیادین در حوزه مشـــروعیت و صلاحیت مواجه اســـت. در حالی‌که دعاوی عمومی بر صلاحیت‌های مصرح قانونی نهادهایی چون دادســـتانی یا دیوان عدالت اداری تکیه دارند و دعاوی جمعی با اســـتناد به نفع مشترک قابل شناسایی هســـتند، شکایت سازمان‌یافته به دلیل فقدان چارچوب‌های صریح قانونی مشـــروعیت خود را عمدتـــا از پایگاه اجتماعی، تخصص حرفه‌ای و انســـجام نهادی اقامه‌کنندگان خود می‌گیرد. این وضعیت پرسشی مهم درباره مفهوم صلاحیت در دادرسی عمومی مطرح می‌کند: آیا می‌توان صلاحیت اقامه دعوی را نه برمبنای معیارهای سنتی قانونی بلکه با اتکا بر صلاحیت اجتماعی و نمایندگی اخلاقی خیر عمومی تعریف کرد؟ پذیرش این رویکرد تحولی ریشه‌ای در فلســـفه آیین‌دادرسی ایجاد خواهد کرد و نظام حقوقی را از قالب نص‌محور به سوی

منطق کارکردگرا و جامعه‌محور سوق می‌دهد.

در سطحی بدیع‌تر شکایت سازمان‌یافته را می‌توان نه صرفا یک دعوای قضایی بلکه به‌مثابه یک پروتکل مشارکتی میان جامعه مدنی و نهادهای عمومی تلقی کرد. این پروتکل می‌تواند مراحل مختلفی چون هشدار نهادی، مطالبه‌گری عمومی، مشارکت در فرایندهای رسیدگی و حتی پیگیری اجرای احکام قضایی را در برگیرد. چنین الگویی شکایت سازمان‌یافته را از قالب سنتی اقامه دعوی فراتر می‌برد و آن را به یکی از ابزارهای تحقق عدالت چندسطحی و گفت‌وگومحور بدل می‌کند. از این زاویه شکایت سازمان‌یافته نه فقط یک قالب حقوقی نوظهور بلکه بازتاب دگرگونی در نسبت میان مردم دولت و نهادهای نظارتی است، تحقق این دگرگونی نیازمند بازتعریف قواعد آیین‌دادرسی، شناسایی مشروعیت نهادی سازمان‌های مدنی و پذیرش نقش ساختارمند آن‌ها در نظام عدالت اداری است.

۲-٤. ویژگی‌های شکایت سازمان‌یافته

شکایت سازمان‌یافته را می‌توان یکی از جلوه‌های نوظهور در ساحت حقوق عمومی و آیین دادرسی دانست، الگویی که برخلاف قالب‌های سنتی اقامه دعوی با تکیه بر ظرفیت‌های ساختاری جامعه مدنی بر تحقق عدالت بین‌نسلی، خیر عمومی و مسؤولیت نهادی تمرکز دارد. این الگو از مفاهیم کلاسیک چون نفع شخصی، صلاحیت قانونی یا عضویت در گروه ذی‌نفع فاصله گرفته و با تکیه بر مفاهیمی نوین چون اهلیت ساختاریافته، صلاحیت اخلاقی نهادی و نمایندگی خیر بین‌نسلی افق تازه‌ای در عدالت‌خواهی ساختارمحور می‌گشاید.

نخستین ویژگی تمایزبخش این الگو، مفهوم اهلیت ساختاریافته است، مفهومی که برخلاف تعریف سنتی اهلیت بر اساس نفع شخصی مستقیم بر پایه انسجام سازمانی، ظرفیت نهادی و مسؤولیت اجتماعی بازیگران مدنی استوار است. در چنین چارچوبی سازمان‌هایی چون انجمن‌های زیست‌محیطی، نهادهای حرفه‌ای یا شوراهای بین‌نسلی نه به‌عنوان نمایندگان منافع فردی بلکه به‌مثابه دارندگان ظرفیت نمایندگی ساختاری خیر عمومی مجاز به اقامه دعوی محسوب می‌شوند (Bernauer, 2012: 62-66).

در گام دوم شکایت سازمان‌یافته مستلزم بازتعریف صلاحیت است

نـــه به‌عنوان امری صرفا قانونی بلـــکه در قالب صلاحیت اخـــلاقی نهادی. در این چـارچوب سازمان‌های مدنی مـــشروعیت مداخـله در فرایند دادرسی را از رهگذر عـملکرد شفاف، پاسـخ‌گویی عمومی، ســـابقه کنـش‌گری و سرمایه اجتماعی خود کسب می‌کنند. چنین صلاحیـتی نیازمند نظام‌هایی چون پروتکل سنجش مـشروعیت اخلاقی، سامانه رتبه‌بنـــدی نماینـــدگی خیر عمومی و دفتر کل صلاحیـت اخلاقی نهـــادها اســـت تا جایگاه این ســـازمان‌ها را در ساختار آیین‌دادرســـی نهادینه سازد (Reinecke, 2017: 33-72).

وجـــه دیگر تمایز شـــکایت ســـازمان‌یافته، ایفای نقش آن در دفـــاع از منافع آینده‌نگرانه است. در این الگو نهادهای اقامه‌کننده دعوی با پذیرش جایگاه «نمایندگی خیر بین‌نسلی»، منافع نسل‌های آینده را نیز در دایره عدالت‌خواهی قرار می‌دهند. این ویژگی با تکیه بر مفاهیمی چون حق فرضی نســـل آینده، مسؤولیت تعلیقی ساختاری و پیمان‌نامـــه پایایی عمومی، افق‌های تازه‌ای بـــرای ورود ملاحظات فرازمانی به نظم حقوقی می‌گشاید و نظام‌های دادرسی را به‌سوی عدالت پایدار سوق می‌دهد. افزون بر این شکایت سازمان‌یافته صرفا یک کنش قضایی نیست، بلکه فرایندی چندمرحله‌ای و مشارکتی است که می‌توان آن را آیین‌نامه مشارکت‌محور دادرسی نامید. در این قالب مراحل پیشـــینی چون هشـــدار نهادی، گفت‌وگوی عمومی، طراحی دستور رسیدگی مشـــارکتی و پیگیری اجرای حکم، بخشی از فرایند رســـمی اقامه شکایت محسوب می‌شوند. طراحی این فرایند مستلزم بنیان‌گذاری چارچوب‌هایی چون مشورت نهادی پیشـــینی، مشارکت سازمان‌های مدنی در فرایند رســـیدگی و سقف زمانی متناسب با پیچیدگی نهادی دعوی است (Campos, 2018: 3-10).

در نقطه تلاقی صلاحیت و کنش‌گری، شکایت سازمان‌یافته مستلزم به رسمیت شـــناختن نوعی صلاحیت جدید تحت عنوان صلاحیت مشارکتی است، مفهومی که نـــه در چارچوب صلاحیت‌های قانونی مصرح می‌گنجـــد و نه در مرزهای نفع‌محور کلاسیک بلکه بر پایه توانایی نهادی برای مداخله موثر، پایدار و هدفمند در فرایندهای تصمیم‌گیری عمومی استوار اســـت (Bell, 2022: 595). نهادسازی در قالب شورای تعیین صلاحیت مشارکتی مدنی می‌تواند سازکارهای ارزیابی و پذیرش این صلاحیت را فراهم کرده و شـــکایت ســـازمان‌یافته را به بخشـــی از معماری دادرســـی عمومی

ساختارمدار تبدیل نماید.

شـــکایت ســـازمان‌یافته به‌واقع بازتاب دگرگونی در نسبت سنتی میان دولت، مردم و نهادهای نظارتی اســـت که تحقق آن مستلزم عبور از منطق نص‌محور به‌سوی فلسفه کارکردگرا مشارکت‌محور و عدالت‌مدار است. این قالب نوین نه‌تنها پاسخی به نیازهای نوپدید عدالت اجتماعی و زیست‌محیطی بلکه تبلور گرایش‌های نهادگرایانه در نظریه‌های حقوق عمومی اســـت؛ از این‌رو می‌تواند مبنای شکل‌گیری یک پارادایم جدید در دادرسی ساختارمدار و بین‌نســـلی قرار گیرد، پارادایمی که عدالت را نه در بازتاب گذشـــته بلکه در پیش‌بینی آینده و تضمین خیر عمومی در ســـپهرهای متکثر حیات اجتماعی معنا می‌کند.

۵. نقد و بازپیشنهاد ساختاری معاونت حقوق عامه

بررسی ساختار معاونت حقوق عامه در دیوان عدالت اداری نـشان می‌دهد که ایـــن نهاد نوظهور به‌رغم هدف‌گذاری برای صیانت از منافع عمومی با چالـــش‌هایی نظیر تداخل وظایف، ابهام در نقش‌ها و فقـدان آیین‌دادرسی اختصاصی مواجه است. در چنین شـــرایطی بازاندیشی در معماری نهادی آن ضرورتی اجـــتناب‌ناپذیر است. طـــرح الگوی «دیوان دوم» به‌عنوان نهادی مســـتقل و تخصصی در حوزه حقوق عامه می‌تواند پاســـخی نظام‌مند به این کاستی‌ها باشـــد و زمینه تحقق نقش «مدعی‌العموم ساختاری» را فراهم آورد. در ادامه چهار محور تداخل وظایف، تفکیک نقش‌ها، لزوم آیین‌دادرســـی مستقل و مدل پیشـــنهادی دیوان دوم مورد تحلیل انتقادی قرار خواهد گرفت.

۱-۵. تداخل وظایف و چالش‌ها

در ادامه تحلیل‌های پیشین مبحث «تداخل وظایف و چالش‌ها» را باید در قالب پدیده‌ای عمیق‌تر با عنوان «هم‌پوشانی وظیفه‌ای بی‌سامان» بازخوانی کرد، وضعیتی که در آن چنـــد نهاد بدون مرزهای مفهومی، قانونی و فرایندی مشـــخص در یک قلمرو نظارتی وارد عمل می‌شـــوند بدون این‌که نســـبتِ کارکردها و مســـؤولیت‌های نهایی آنان توســـط ساختار نظارتی یا قواعد آیین‌دادرســـی تعیین شود. این تعدد نهادی گاه به‌صورت «احاله مسؤولیت» نمود می‌یابد؛ یعنی هر نهاد برای ایفای نقش منتظر اقدام دیگری می‌ماند و در نتیجه خلا اقدام عملی ایجاد می‌شـــود و گاه به‌صورت «چرخش

صلاحیتی غیرمولد» که عبارت است از انتقال مکرر مسؤولیت‌های عملیاتی میان نهادها بدون تولید نتیجه یا تصمیم نهایی. مقصود نگارنده از این وضع نه الزاما «فرار ارادی از مسؤولیت» بلکه عموما «فقدان ضمانت اجرایی، تقسیم کار شفاف و مکانیسم پاسخ‌گویی» است؛ به بیان دیگر، مشکل ساختاری است نه الزاما سوءنیت نهادی. پیامد این وضعیت اتلاف ظرفیت نظارتی، تضعیف پاسخ‌گویی و کاهش اثربخشی حفاظت از حقوق عامه است. برای رفع مشکل لازم است مرزبندی قانونی وظایف مکانیسم‌های هماهنگی بین‌نهادی و ضمانت‌های اجرایی برای تحمیل مسؤولیت و گزارش‌دهی پیش‌بینی شود تا هم از احاله و انتظار متقابل جلوگیری گردد و هم امکان تحقق نتایج نهادی فراهم آید.

چرخش غیرمولد ناشی از فقدان تفکیک میان سه سطح مداخله حقوقی، سطح نظارتی–اطلاعی (شناسایی و اطلاع‌رسانی نقض‌ها)، سطح نظارتی‌اقدامی (ورود عملی برای اثبات ترک فعل یا مطالبه اجرای وظایف) و سطح شبه‌قضایی‌اصلاحی (خواسته‌های ابطال، الزام به بازسازی ساختارها) است. در نظام فعلی نهادهای ذی‌ربط به‌طور ناقص و متداخل در هر سه سطح عمل می‌کنند بی‌آن‌که تمایز نقش‌ها قواعد تقدم یا مرجع تصمیم‌گیر نهایی مشخص باشد. مثال آلودگی هوای کلان‌شهرها نشان می‌دهد که مشکل اساسی فقدان ضمانت اجرا و توالی‌عمل است نه صرفا تعدد نهادها، در نتیجه مسؤولیت‌ها میان بازیگران منتقل یا معطل می‌ماند و هیچ‌یک پاسخ‌گوی نهایی نیست. برای رفع این وضعیت باید یا یک سلسله‌مراتب کنترل‌شده با قواعد تقدم و مکانیزم‌های ضدانحراف و ضمانت اجرای تصمیمات برقرار شود یا یک ساختار شبکه‌ای الزام‌آور با پروتکل‌های هماهنگی و نهاد میانجی که توالی عمل و مسؤولیت نهایی را تضمین کند.

در سطح عملیاتی نیز تداخل وظایف موجب شکل‌گیری «نظارت محبوس در گردش بوروکراتیک» می‌شود، وضعیتی که در آن گزارش‌های نقض حقوق عامه در چرخه ارجاع میان نهادها باقی می‌مانند و بدون اقامه دعوا ابطال مصوبه یا الزام به اصلاح عملا بی‌اثر می‌مانند. به‌علاوه نبود سامانه جامع ثبت و رهگیری شکایات حقوق عامه این چالش را تشدید کرده و موجب تقلیل نقش مردم و نهادهای مدنی به مشاهده‌گرانی منفعل می‌شود.

برای خروج از این وضعیت پیشـــنهاد می‌شود طراحی سازکاری تحت عنوان «سامانه صلاحیت ترکیبی ساختاری» در دستور کار قرار گیرد، سازکاری که با تعریف دقیق مـــرز وظایف، اولویت ورود امکان هم‌افزایی نهادی و نظام پاســـخ‌گویی بتواند مرزهـــای همکاری و تفکیک وظیفه‌ای را میان معاونت حقوق عامه، دادســـتانی کل و سازمان بازرسی تعیین کند. این سامانه باید متکی بر سه عنصر باشد: نخست، شاخص شدت نقض حقوق عامه؛ دوم، نوع مداخله مورد انتظار (نظارتی، قضایی یا تقنینی) و سوم، ســـطح فوریت اقدام. تنها در پرتو چنین طراحی نهادمند و وظیفه‌محور می‌توان از چرخه ناکارآمد تداخل وظایف به ســـمت «هم‌پوشانی کارآمد نهادی» حرکت کرد، الگویی که در آن تکثر نهادها نه به معنای تزاحم بلکه در قالب تقسیم کار هوشمند و مکمل ساختار نظارت بر حقوق عامه را تقویت می‌کند.

به‌طور خلاصه تحلیل نوین تداخل وظایف در این حوزه، مستلزم عبور از نگاه سنتی به هم‌پوشانی صلاحیت‌ها و ورود به قلمرو «مدیریت شبکه‌ای وظایف عمومی» اســـت، مدلی که در آن روابط میان نهادها به‌صورت پویا، ماموریت‌محور و بر اساس نقشه جریان اقدام تعریف می‌شـــود و از دل آن، نظارت موثر، پاسخ‌گو و پیش‌نگر بر حقوق عامه امکان‌پذیر خواهد بود.

۲-۵. ضرورت آیین‌دادرسی مستقل

در نظـــام دادرســـی اداری کنونی خلا یـــک آیین‌دادرســـی اختصاصی برای رسیدگی به دعاوی مرتبط با حقوق عامه به یکی از موانع بنیادین در تحقق ماموریت معاونت حقوق عامه تبدیل شـــده است. هرچند ماده ۱۲۰ قانون دیوان عدالت اداری صلاحیت‌های بی‌ســـابقه‌ای از جمله اقامه دعوای مســـتقل، شناسایی مقررات مغایر و ورود بـــدون محدودیت زمانی را به این معاونت تفویض کرده اســـت اما، فقدان یک چارچوب رویه‌ای منســـجم برای نحوه اعمـــال این اختیارات عملا آن را در وضعیتی تعلیقی و فاقد اثربخشی نهادی قرار داده است.

بر اساس تحلیل‌های پیشین مقاله معاونت حقوق عامه از حیث جایگاه فراتر از یک واحد اداری یا پشتیبان دادرسی بوده و در قامت نوعی «مدعی‌العمـــوم ساختاری» در نظم حقوق عمومی تـــعریف می‌شود. این نقش منحـــصربه‌فرد مستـــلزم طراحی فرایند دادرسی است که بتواند با واقعیت‌های ســـاختاری منازعات عمومی، پیچیدگی

دعاوی بین‌نسلی و عدم وجود ذی‌نفع مشخص هماهنگ باشد اما، دادرسی فعلی اغلب در چارچوب آیین‌نامه‌های فردمحور با فرض وجود شاکی شخصی و در قالب دعاوی سنتی پیش می‌رود. نتیجه آن‌که بخش عمده‌ای از ظرفیت معاونت به دلیل فقدان آیین‌دادرسی مختص به واخواهی عمومی بلااستفاده یا ناکارآمد باقی می‌ماند.

مفهومی که در این زمینه باید مورد بازاندیشی قرار گیرد، «تناسب دادرسی با ماموریت نهادی» است، بدین‌معنا که هویت و صلاحیت نهادی معاونت حقوق عامه نمی‌تواند در قالب آیین‌دادرسی سنتی حل‌وفصل دعاوی فردی تنزل یابد. این نهاد با اهدافی چون صیانت از منافع جمعی مقابله با نقض‌های ساختاری و پیش‌گیری از تضییع حقوق بین‌نسلی ایجاد شده و به همین دلیل باید دارای آیین‌دادرسی خاصی باشد که نه‌تنها سرعت بلکه ویژگی‌های ساختاری و اقدام‌محور بودن آن را تضمین کند. آنچه می‌توان آن را «دادرسی مساله‌محور عمومی» نامید نیازمند آیین‌نامه‌ای مستقل و انعطاف‌پذیر است که مراحل شناسایی ورود، پیگیری، اقامه دعوا، مکاتبه با نهادهای ذی‌ربط و مطالبه پاسخ نهادی را تنظیم کند.

در نبود چنین آیینی نه‌تنها کارویژه این معاونت در فرایند دادرسی دچار خلا می‌شود، بلکه زمینه بروز چالش‌های اجرایی نیز فراهم می‌گردد ازجمله تعدد برداشت‌ها از نحوه ورود معاونت، بی‌ثباتی رویه در پذیرش شکواییه‌های مرتبط با حقوق عامه و بروز منازعه صلاحیتی با سایر مراجع نظارتی؛ از این‌رو، نظام‌مند شدن کنش حقوقی معاونت از طریق تدوین یک آیین‌نامه اختصاصی نه یک امر اداری، بلکه ضرورتی ساختاری در راستای تقویت عدالت اداری است.

از جنبه کاربردی، تدوین آیین‌دادرسی مستقل برای دعاوی حقوق عامه باید واجد ویژگی‌هایی خاص باشد: نخست، پذیرش اقامه دعوا بدون ذی‌نفع شخصی و صرفا بر اساس گزارش‌های کارشناسی یا ملاحظات منافع عمومی؛ دوم، رعایت فوریت رسیدگی در مواردی که استمرار نقض می‌تواند موجب آثار غیرقابل جبران شود؛ سوم، الزام دستگاه‌های اجرایی به پاسخ‌گویی ساختاری در قبال گزارش‌ها و شکواییه‌های حقوق عامه و چهارم، پیش‌بینی مکانیسم پیگیری اجرای تصمیمات دیوان در مواردی که به درخواست این معاونت اتخاذ شده‌اند.

برآیند آن‌که آیین‌دادرسی مستقل در حوزه دعاوی حقوق عامه زمینه‌ساز تحقق دو هدف راهبردی خواهد بود: نخست، تبدیل ظرفیت نهفته معاونت حقوق عامه به یک سازکار کارآمد نظارت فعال و دوم، نهادینه‌سازی اقامه دعوی ساختاری به‌مثابه گونه‌ای از دادرسی مشارکتی پیش‌نگر و عدالت‌محور. این آیین‌دادرسی باید نه در امتداد آیین‌نامه‌های معمول دیوان بلکه در قالب یک «سند نهادی راهبردی» و مبتنی بر ماهیت ماموریت محور معاونت تنظیم شود. در غیر این‌صورت خطر استحاله این نهاد در سازکارهای بوروکراتیک و کاهش آن به یک نهاد نمادین اجتناب‌ناپذیر خواهد بود.

برآمد

۱- در پرتو مباحث نظـــری و ساختاری مطرح‌شـــده در مقاله حاضر، به‌ویژه با تکیه بر مدل مفـــهومی «دیوان دوم» و جایگاه معاونت حقـــوق عامه این نوشتار کوشید تا بازخوانی نویـــنی از نسبت میان عـدالت اداری و حقوق عامه ارائـه دهد. یافته‌های اصلی این پژوهـــش را مـی‌توان در چند محور کلـیدی خلاصه کرد که در ادامه می‌آید.

۲- بازتعریف حقوق عامه نه به‌مثابه مجموعه‌ای از مطالبات فردی، بلکه به‌عنوان ساختاری مفهومی و مســـتقل واجد ارزش‌های بین‌نسلی، زیست‌محیطی و اجتماعی؛ دوم، شناسایی خلا آیین‌دادرسی متناسب با این مفهوم تحول‌یافته و ضرورت تاسیس سازکاری مستقل برای رسیدگی به دعاوی عمومی و سوم، ارائه الگوی نهادی «دیوان دوم» با تمرکز بر صلاحیت ساختاری، دادرسی مشارکتی و اقامه دعوی فاقد ذی‌نفعی شخصی.

۳- نوآوری علمی این پژوهش در چند ســـطح قابل تحلیل اســـت. از یک‌سو، با ابداع مفاهیمی هم‌چون «مدعی‌العموم ساختاری»، «واخواهی بین‌نسلی»، «صلاحیت اخلاقی نهادی» و «حق‌الناس ساختاریافته»، ادبیات حقوق عمومی ایران را با لایه‌های مفهومی جدیدی غنا می‌بخشـــد که تاکنون در منابع رســـمی و پژوهشـــی کمتر تبیین شده‌اند. از سوی دیگر، این پژوهش از طریق تبیین ضرورت تاسیس یک نهاد مستقل دادرســـی برای دعاوی حقوق عامه پیشـــنهاد توسعه‌ای روشـــن و قابل‌اجرا به نظام دادرسی اداری کشـــور ارائه می‌دهد. تلفیق این دو ساحت، پژوهش حاضر را در مرز میان نظریه‌پردازی حقوق عمومی و سیاست‌گذاری نهادی قرار می‌دهد، جایگاهی که کمتر به آن پرداخته شده است.

٤- از منظـــر کاربردی، این یافته‌ها می‌توانند نقشـــی بنیادیـــن در تحول نظام عدالت اداری ایفا کنند. طراحی و تاســـیس نهاد «دیوان دوم» به‌مثابه مرجع اختصاصی برای رســـیدگی به دعـــاوی عمومی می‌تواند شـــکاف تاریخی میـــان حقوق عامه و ســـاختارهای نظارتی را پر کند و نظام دادرســـی را از منطق ســـنتی شکایت‌محور به سوی مشارکت‌مداری، آینده‌نگری و پیش‌گیری ساختاری سوق دهد. هم‌چنین تنظیم آیین‌دادرسی مســـتقل برای دعاوی حقوق عامه و شناسایی اهلیت نهادی سازمان‌های

مدنی گامی در جهت افزایش شـــفافیت، پاســـخ‌گویی و کارآمدی فرایندهای نظارتی خواهد بود. این تحولات نه‌تنها ساختار قضایی کشور را متحول می‌سازند بلکه تاثیری مثبت و پایدار بـــر حکمرانی عمومی، اعتماد اجتماعی و عدالت بین‌نســـلی خواهند داشت.

۵- در پایان با هدف تعمیق این حوزه نوظـــهور، پیشـــنهاد می‌شود: نخست، مطالعـــه تطبیقی ســـاختارهای قضایی مشـــابه در کشـــورهای مختلف و امکـــان انطباق‌ســـازی حقوقی آن‌ها با مـــدل دیـــوان دوم در ایـــران؛ دوم، پژوهش درباره شـــاخص‌های سنجش «صلاحیت مشارکتی نهادی» برای سازمان‌های مـدنی و نحوه نهادینه‌سازی آن در آیین‌دادرسی؛ سوم، تحلیل فقهی‌حقوقی نهاد واخواهی عمومی در چارچوب نظام حقوقی جمهوری اســـلامی و تبیین مبانی مشروعـــیت آن؛ و چهارم، مطالعه میان‌رشـــته‌ای در باب پیوند عدالت اداری و عدالت محیط‌زیســتی با تاکید بر دادرســی ساختارمدار.

فهرست منابع

الف. فارسی

* افشـــاری، فاطمه و پتفت، آریـــن (۱۴۰۰)، «**موانـــع احیای حـقوق عـامه در حـــقوق ایران و راهکارهای مطلوب تحقق آن**»، دانش حقوق عمومی، سال دهم، شماره ۳۳.

* آیینـــه نگینی، حســین (۱۴۰۳)، «**جایگاه، ساختار و صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری در سنجه حقوق بنیادین شـــهروندی**»، فصل‌نامـــه حقوق و دولت، شماره ۲، پیاپی۱۶.

* شـــعبانی، یاور (۱۳۹۶). «**چیستی مراجع شبه‌قضایی در آرا هیات عمومی دیوان عدالت اداری**»، جستارهای حقوق عمومی، شماره ۳.

* شـــیری، زهرا و شـــاملو، باقر (۱۴۰۳)، «**مداخله گری کیفری برای احیای حقوق عامه در نظام حقوقی ایران؛ چرایی و چالش‌ها**»، مجله حقوقی دادگســـتری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۶.

* غمـــامی، ســـید محمدمهدی و کدخدا مرادی، کمال و درخشـــان، داور (۱۳۹۷)، «**تعـهدات حـــمایتی دولـت در قبـال سـازمان‌های مردم‌نـهاد زیسـت‌محیطـی در نظـــام حقوقـــی ایران**»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال نوزدهم، شماره ۲، پیاپی۴۸.

* غمامی، سید مهدی (۱۴۰۲)، «**صلاحیت‌ها و گام‌های استیفای حقوق عامه اداری بررسی تحولات قانون دیوان عدالت اداری بر اساس قانون جدید**»، مجله دولت و حقوق، سال چهارم، شماره ۲، پیاپی ۱۲.

* قاسمی، غلام‌علـــی و محبی انجـدانی، داوود و شـــجاعی، عبدالسـعید (زمستان ۱۴۰۱)، «**تاملـــی بر تفاوت مبانی ماهـــوی و قانونی حقوق عامه و حقوق عمومی با نگاهی به قانون اساســـی جمهوری اسلامی ایران**»، تعالی حقوق، سال سیزدهم، شماره ۴.

* قاسمی، غلام‌علی و محبی، داوود و شجاعی، عبدالسعید (۱۴۰۱)، «**تاملی بر تفاوت مبانی ماهوی و قانونی حقوق عامه و حقوق عمومی با نگاهی به قانون اساســـی جمهوری اسلامی ایران**»، تعالی حقوق، شماره ۴.

❋ مولابیگی، غلامرضا و محمدی احمدآبادی، حسین و اشراقی جزی، محمدعلی (۱٤۰٤)، «**چارچوب حقوقی رسیدگی به عدم تصویب مقررات در دیوان عدالت اداری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۳۰.

ب. انگلیسی

❋ Bell, K. & Reed, M. (2022). **The tree of participation: a new model for inclusive decision-making**. Community Development Journal, 57(4).

❋ Bernauer, T, & Betzold, C. (2012). **Civil society in global environmental governance. The journal of environment & development**, 21(1).

❋ Campos, A. S. (2018). **Intergenerational justice today**. Philosophy Compass, 13(3), e12477.

❋ Cummings, S. L, & Rhode, D. L. (2009). **Public interest litigation: Insights from theory and practice**. Fordham Urb. LJ, 36.

❋ Douglass, B. (1980). **The common good and the public interest**. Political Theory, 8(1).

❋ Feldman, D. (1992). **Public interest litigation and constitutional theory in comparative perspective**. Mod. L. Rev, 55.

❋ Goldman, B. M, Paddock, E. L, & Cropanzano, R. (2004). **A transformational model of legal-claiming**. Journal of Managerial Issues.

❋ Hershkoff, H. (2009). **Public law litigation: lessons and questions**. Human Rights Review, 10.

❋ Lemos, M. H, & Young, E. A. (2018). **State public-law litigation in an age of polarization**. Tex. L. Rev, 97.

❋ Mate, M, & Kapiszewski, D. (2013). **Public interest litigation and the transformation of the Supreme Court of India**. Consequential courts: judicial roles in global perspective.

❋ Reinecke, J, Van Bommel, K, & Spicer, A. (2017). **When orders of worth clash: Negotiating legitimacy in situations of moral multiplexity**. In Justification, evaluation and critique in the study of organizations (Vol. 52.. Emerald Publishing Limited.

❋ Shepard, P. M. (2002). **Advancing environmental justice through community-based participatory research**. Environmental Health Perspectives, 110(suppl 2).

❋ Spaak, T. (2005). **The concept of legal competence**. Legal Theory, and Philosophy of Law. Spaak

❋ Swank, D. (2001). **Mobile capital, democratic institutions, and the public economy in advanced industrial societies**. Journal of Comparative Policy Analysis, 3.

❋ Wardrope, A. (2018). **Intergenerational and social justice: there is more to environmental justice than accountability for Reasonableness**. The American Journal of Bioethics, 18(3).

❋ Wilson, J. M. (2014). **Litigation finance in the public interest**. Am. UL Rev, 64.

❋ Coplan, K. S. (2009). **Ideological Plaintiffs**, Administrative Lawmaking, Standing, and the Petition Clause. Me. L. Rev., 61.

❋ Rooney, J. (2017). **Class actions and public interest standing in South Africa: practical and participatory perspectives**. South African Journal on Human Rights, 33(3).

مقاله پژوهشی/ دوره ۸۹/ شماره ۱۳۲/ صفحات: ٤٨٦-٤٥٥
تاریخ دریافت: ١٤٠٤/٠٢/٠٤ تاریخ پذیرش: ١٤٠٤/٠٤/١٧

چالش‌های حقوقی قراردادهای الکترونیکی در تجارت بین‌الملل

محمد طاعتی سرشکه[1]

چکیده

قراردادهای الکترونیکی به عنوان پدیده‌ای نوین در تجارت بین‌الملل، ضمن ارائه مزایایی از قبیل سرعت، دقت فنی و صرفه‌جویی اقتصادی، چالش‌های حقوقی بی‌سابقه‌ای در چهار حوزه کلیدی شامل اعتبارسنجی طرفین، تعارض قوانین، حریم خصوصی و اجرای احکام فرامرزی پدیدار ساخته‌اند. پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی و بررسی اسناد بین‌المللی، چهار چالش اصلی شامل تعیین قانون حاکم، احراز هویت دیجیتال،تعارض با مقررات حفاظت داده‌ها و دشواری اجرای آرای و احکام بین‌المللی را شناسایی نموده است. راهکارهای پیشنهادی در دو سطح بین‌المللی شامل الحاق به کنوانسیون‌های هماهنگ‌ساز، توسعه داوری الکترونیکی و استانداردسازی امضاهای دیجیتال؛ و سطح ملی شامل بازنگری قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲، ایجاد نهاد ناظر مستقل و تقویت زیرساخت‌های امنیتی احراز هویت ارائه شده است. یافته کلی آن است که نظام حقوقی این قراردادها نیازمند تلفیق هوشمندانه اصول سنتی با فناوری‌های نوین است تا تعادلی میان کارایی تجاری و امنیت حقوقی ایجاد شود، امری که مستلزم همکاری بین‌المللی، نوسازی چارچوب‌های داخلی و توانمندسازی بازیگران این عرصه می‌باشد.

واژگان کلیدی: قرارداد الکترونیکی، تجارت بین‌الملل، تعارض قوانین، امضای دیجیتال، حریم خصوصی.

---

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی lawyer.taati@gmail.com

درآمد

در حقوق تجارت بین‌الملل، قراردادهای الکترونیکی تیغی دولبه‌اند: گشـــاینده باب مبادلات جهانی و زاینده چالش‌های حقوقی نوظهور. ماهیت فرامرزی و ســـیال این نهاد، بنیان‌های ســـنتی قراردادی را به چالش می‌کشـــد. انقلاب دیجیتال سرشت معاملات را دگرگون ســـاخته، و ظهور مفاهیمی چون قرارداد هوشـــمند و بلاکچین، پرسش‌هایی بنیادین درباره اراده، رضایت و حاکمیت قانون را برمی‌انگیزد که مستلزم انگاره‌های حقوقی بدیع است.

قرارداد الکترونیکی در ســـاده‌ترین تعریف، توافقی الزام‌آور است که با استفاده از ابزارهای الکترونیکی نظیر ایمیل، وب‌ســـایت یا سامانه‌های تجارت الکترونیکی و در فضای ســـایبرمیان طرفین صورت می‌گیرد. قانون نمونه[1] به‌طور مستقیم تعریفی از قـــرارداد الکترونیکی ارائه نداده، لیکن با مراجعه به متن اصلی قانون نمونه، می‌بینم که در بنـــد الف ماده ۲ به تعریف داده‌پیام پرداخته که این دقیقاً همان مفهومی اســـت که در نقل قول فوق به ابزارهای الکترونیکی اشـــاره دارد و در ماده ۱۱ به صراحت بیان می‌کندکه «در تشـــکیل قرارداد، اســـتفاده از داده‌پیام برای بیان ایجاب و قبول، موجب بی‌اعتباری یا عدم قابلیت اجرای قرارداد نخواهد شد» که مبنای حقوقی الزام‌آور بودن قراردادهای الکترونیکی را تأیید می‌کند. این قرار دادها ممکن است به شکل هوشمند نیز باشند. تفاوت اساسی آن با قراردادهای سنتی، نه در ماهیت حقوقی، بلکه در نحوه شکل‌گیری، اثبات، امضا و اجراست؛ این ذات دیجیتال، منازعات حقوقی و تفسیرهای گوناگون را درپی داشته است.

این پژوهش موانع حقوقی اجرای قراردادهای الکترونیکی و پاســـخ نظام‌های ملـــی و بین‌المللی را با رویکردی متوازن میان ســـنت و نـــوآوری در حقوق دیجیتال بررســـی می‌کند. هرچند قراردادهای الکترونیکی با افزایش دقت و سرعت، اقتصاد را متحـــول کرده‌اند، اما مفاهیم پایه‌ای حقوقی چـــون حاکمیت قانون، رضایت و اهلیت را با چالش‌های بنیادین مواجه ســـاخته‌اند. فرامرزی بودن ذاتی این قراردادها، تطبیق نظام‌های ملی با چارچوب جهانی را به مســـئله‌ای پیچیده تبدیل نموده است. حل این چالش‌ها نیازمند پژوهش حقوقی عمیق و طراحی سازِکارهای هوشمندانه برای ایجاد

1. Model Law on Electronic Commerce (UNCITRAL) 1996

تعادل پویا میان انعطاف‌پذیری دیجیتال و ثبات حقوقی است.

حاکمیت قانون در فضای سایبری مبتنی بر ارتباط ذاتی میان کنش‌های حقوقی و ساختارهای حکمرانی (نه مرزهای جغرافیایی) است. این ارتباط با سه شاخص راهبردی محدوده ارائه خدمات دیجیتال، پیشینه تعهدات حقوقی و ابراز اراده آگاهانه در چارچوب نظم عمومی و اخلاق تعیین می‌شود. هم‌زمان حرکت حقوق معاصر به سمت حکم‌رانی چندسطحی، ایجاد دیالوگ پویا میان نظام‌های داخلی و فراملی را برای طراحی الگوهای چابک فضای مجازی الزامی می‌کند. در این مسیر، عدالت سایبری نیازمند بازتعریف پویای مفاهیم بنیادین از جمله رضایت است که باید از طریق شفافیت گام‌به‌گام، فرصت بازنگری و مکانیسم‌های تضمینی غیرقابل تخطی، اصالت و اختیاری بودن آن را محقق ساخت. در سطح جهانی، هماهنگی حقوقی مبتنی بر اسنادی مانند قواعد لاهه و آنسیترال از تعارضات می‌کاهد، و الگوهایی نظیر «مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها[1]» توازنی میان منافع تجارت و مصرف‌کننده ایجاد می‌کنند.

نظام‌های حقوقی با تصویب قوانین اختصاصی مثل قانون نمونه آنسیترال، استانداردسازی فنی «مقررات شناسایی الکترونیکی، احراز هویت و خدمات اعتماد[2]» و همکاری‌های قضایی «کنفرانس لاهه حقوق بین‌الملل خصوصی[3]» به اصلاح ساختاری روی آورده لیکن اثربخشی راهکارها منوط به هماهنگی بین‌المللی و انطباق با چارچوب‌هایی مانند «مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها» است. همچنین این نظام‌ها با بهره‌گیری از «تکامل قانونی» و «هم‌گرایی بین‌المللی»، درصدد پاسخ‌گویی به چالش‌های نوظهور هستند. این رویکرد هم بر توسعه قوانین داخلی و هم بر

1. General Data Protection Regulation

چارچوب پیشگام حفاظت از داده‌های شخصی در اتحادیه اروپا که در سال ۲۰۱۶ تصویب و از سال ۲۰۱۸ اجرایی شد. این مقررات استانداردهای جهانی حریم خصوصی را ارتقاء بخشید.

2. electronic Identification, Authentication and trust Services (Eidas)

این ابزار حقوقی‌فنی، با ایجاد استانداردهای فرامرزی برای امضای الکترونیکی، مهر دیجیتال و سایر خدمات اعتماد، درصدد تضمین اعتبار و پذیرش متقابل ادله الکترونیکی در روابط قراردادی و دادرسی‌های خصوصی میان کشورهای عضو است.

3. Hague Conference on Private International Law (HCCH)

این سازمان بین‌الدولی نهاد تدوین‌گر کنوانسیون‌های چندگانه‌ای (مانند کنوانسیون ابلاغ و استناد) با هدف ایجاد هماهنگی و همکاری قضایی میان نظام‌های حقوقی ملی است.

همکاری‌های فراملی تأکید دارد.

پژوهش‌های متأخر در حوزه حقوق قراردادهای الکترونیکی، با رویکردی تحلیلی-تطبیقی، مؤید ضرورت تلفیق اصول سنتی حقوقی با الزامات عصر دیجیتال است. مطالعاتی چون تحقیق اکبرینه و محمدزاده در کنگره بین‌المللی حقوق اسلامی و علوم انسانی (تهران، ۱۳۹۵) بر مقایسه نظام‌مند شرایط اعتبار قراردادهای سنتی و دیجیتال تأکید دارد، درحالی که صاحب‌اختیاری در چهاردهمین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی ماهیت این قراردادها را در تجارت بین‌الملل، تلفیقی هوشمندانه از سنت و مدرنیته می‌داند. دره‌شامی در پایان‌نامه خویش با عنوان «شرایط اعتبار قرارداد الکترونیکی» نشان می‌دهد که اعتبار قراردادهای الکترونیکی علاوه بر شروط خاص (مثل داده‌پیام معتبر)، وابسته به شرایط عمومی صحت معامله است و نظریه وصول را به عنوان معیار غالب انعقاد قرارداد می‌پذیرد. از سوی دیگر، طغیانی‌پور در پژوهش انعقاد عقد در فضای سایبری (همایش ملی علوم انسانی، آستارا) با استناد به اصل بی‌طرفی فنی، لزوم طراحی سازِکارهای امنیتی ویژه و به‌روزرسانی قوانین ملی برای توازن میان کارایی تجارت الکترونیک و حمایت از حقوق ضعفا را یادآور می‌شود. در حوزه قراردادهای هوشمند، مطالعه دهقانی تفتی و همکاران با عنوان مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر قراردادهای هوشمند دیجیتال در حقوق بین‌الملل خصوصی ایران و مقررات رم، بیان می‌گردد که تعیین قانون حاکم، به‌رغم محوریت اراده طرفین، با چالش‌هایی نظیر پراکندگی جغرافیایی و ناشناسی مواجه است و راهکارهایی چون تصریح قانون حاکم در کد قرارداد را پیشنهاد می‌کند.

سیر تحول این پژوهش‌ها حاکی از گذار از مباحث اولیه (اعتبار امضای دیجیتال) به مسائل پیچیده‌تر مانند مسؤولیت پلتفرم‌ها، نقش هوش مصنوعی و حل اختلافات الکترونیکی است که در نهایت، تعامل سازنده بین نوآوری‌های فناورانه و ثبات نظام‌های حقوقی را به‌عنوان کلید پویایی این عرصه معرفی می‌کنند

یافته‌های این پژوهش که با روش توصیفی تحلیلی انجام شده است نشان می‌دهد که ویژگی‌هایی مانند غیر حضوری بودن، ماهیت فناورانه و تعدد نظام‌های حقوقی، منجر به ابهام در اراده طرفین، ناهماهنگی در اعتبارسنجی

اسناد دیجیتال و ناکارآمدی قواعد سنتی حل تعارض شده‌اند. مطالعه تطبیقی حاکی از ناسازگاری مفاهیم حقوقی مکان‌محور (صلاحیت قضایی و قانون حاکم) با فضای سایبر است که اطمینان تجاری را کاهش داده، اجرای قراردادها را تضعیف کرده و هزینه‌های معاملاتی را افزایش داده است. این پژوهش با تأکید بر ضرورت بازنگری مبانی حقوقی، راهکارهای تقنینی متناسب با محیط دیجیتال را پیشنهاد می‌دهد.

ساختار پژوهش حاضر در شش مرحله اصلی تنظیم گردیده و هر مرحله با توجه به پیوند درونی موضوعات و ضرورتِ حرکت از مفاهیم بنیادین به سوی راهکارهای عینی طراحی شده است. پس از درآمدی که به تشریح مسأله، مرور ادبیات نظری و ترسیم چهارچوب مفهومی اختصاص دارد، نخستین گام به ارکانِ تشکیل‌دهنده قراردادهای الکترونیکی معطوف می‌شود و با تأکید بر دو محورِ «اهلیت» و «اعلام اراده»، چالش‌های مقدماتیِ این حوزه را وامی‌کاود. در گام دوم، با اتخاذ رویکردی تطبیقی که در قلمرو حقوق خصوصی از دیرباز روشی کارآمد برای کشف نقاط قوت و ضعف نظام‌های ملی بوده است ساختارهای اعتماد دیجیتال و وضعیتِ عملیِ پذیرشِ امضای الکترونیکی در سه زیست‌بومِ حقوقیِ ایران، ایالات متحده و اتحادیه اروپا مورد سنجش قرار می‌گیرد و خلأهای تقنینی و موانع اجرایی برجسته می‌شود. سومین بخش، کوششی است برای دسته‌بندیِ نظام‌مندِ چالش‌های حقوقی در سه لایه ماهوی، شکلی‌اثباتی و اجرایی؛ در این میان با دقت در مسائلی چون تعیین قانون حاکم بر قراردادهای فرامرزی، مسؤولیت واسطه‌های فنی، حفظ حریم خصوصی داده‌ها و چگونگیِ اجرای احکام خارجی، ماهیت چندبعدیِ موانع پیشِ روی تجارت الکترونیک آشکار می‌شود. در ادامه، بخش چهارم بر راهکارهای تلفیقیِ حقوقی‌فنی متمرکز می‌شود و با محوریتِ هماهنگ‌سازیِ قوانین ملی با اسناد بین‌المللی، بهره‌گیری از فناوری‌های نوظهور (از جمله قراردادهای هوشمند) و تقویت سازکارهای تخصصیِ حل و فصل اختلاف، پیشنهادهایی عملیاتی عرضه می‌کند. بخش پنجم با رویکردی تطبیقی و عمیق‌تر، به مقایسه نظام‌های سه‌گانه (اتحادیه اروپا، ایالات متحده و ایران) می‌پردازد و نقاط قوت و ضعف هر یک را در مواجهه با بازار دیجیتال فراملی برمی‌شمارد. نهایتاً در ششمین بخش، چالش‌های کلیدی و

خلأهای تقنینی ایران به صورت راهبردی احصاء شده و در پرتو یافته‌های تطبیقی، به منظور اصلاح قانون تجارت الکترونیک، تقویت نهادهای ناظر و ارتقاء زیرساخت‌های حقوقی پیشنهادهایی ارائه می‌شود. این ساختار که از توصیف مبانی به تحلیل تطبیقی چالش‌ها و سپس تدوین راهبردهای عملی سیر می‌کند، در تکاپوی ترسیم نقشه‌راهی منسجم برای ایجاد تعادل میان کارایی تجاری و امنیت حقوقی در عرصه قراردادهای الکترونیکی فراملی است.

۱. ارکان تشکیل‌دهنده قرارداد الکترونیکی

بر اساس اصول حقوق قراردادها، ارکان اساسی تشکیل قرارداد الکترونیکی شامل ایجاب، قبول، اهلیت، موضوع معین، و مشروعیت جهت است. در قلمرو الکترونیک، ایجاب و قبول به سادگی یک کلیک یا پیام تحقق می‌یابد، بی‌آن‌که از ارزش حقوقی آن بکاهد. قانون این شیوه نوین را به رسمیت شناخته و بر آن مهر تأیید زده است؛ همان‌طور که در بند اول ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیترال ۱۹۹۶ آمده است[1]. آنچه مهم‌تر می‌نماید، تعیین زمان و مکان این گفت‌وگوی دیجیتال است که همچون قطب‌نمایی، مسیر حل اختلاف را روشن می‌سازد. در این عصر، گاه یک کلیک ناچیز، بار سنگین تعهد را بر دوش می‌نهد!

در مورد شرط اهلیت، با این حال، در قراردادهای الکترونیکی، احراز هویت دیجیتال (مانند امضای الکترونیکی یا سیستم‌های شناسایی دو مرحله‌ای) نقش کلیدی دارد که اعتبار آن تابع مقررات ملی است. چالش اصلی در اینجا احراز هویت و سن طرفین در فضای مجازی است.

موضوع قرارداد الکترونیکی نیز باید معین، مشروع و قابل اجرا باشد. چالش‌های این حوزه شامل ارائه خدمات غیرقانونی آنلاین یا معاملات دارایی‌های مجازی فاقد پشتوانه (مانند برخی NFT ها) است که ممکن است به بطلان قرارداد بینجامد. (Murray, 2018, p. 95) در برخی نظام‌ها مانند حقوق ایران، معاملات الکترونیکی

1. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996: In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose.

مرتبط با کالاهای غیرقانونی (مانند قمار آنلاین) باطل هستند.

همچنین امضای دیجیتال به‌عنوان مکانیسم محوری اعتبارسنجی قراردادهای الکترونیکی، نقش بنیادین در شناسایی اراده دارد. به‌رغم پذیرش گسترده دولتی، تعاریف، اعتبار حقوقی و زیرساخت‌های آن در نظام‌های ملی متفاوت است. قانون نمونه آنسیترال (۲۰۰۱) آن را داده‌ای مرتبط با سند برای شناسایی امضاکننده و تأیید محتوا تعریف می‌کند. مقررات شناسایی الکترونیکی، احراز هویت و خدمات اعتماد اتحادیه اروپا (۲۰۱٤) سطوح ساده[1]، پیشرفته[2] و کیفی[3] را شناسایی نموده که تنها سطح کیفی معادل امضای دست‌نویس است.

در حقوق ایران، قانون تجارت الکترونیکی (۱۳۸۲) امضای الکترونیکی مطمئن را با شروط مشخص معتبر می‌داند، لیکن شکاف اجرایی با استانداردهای جهانی چالش‌زاست. به‌عنوان نمونه، در ایالات متحده کلیک بر دکمه قبول می‌تواند به‌عنوان امضای معتبر شناخته شود، اما در اروپا تنها امضای کیفی با گواهی‌نامه رسمی قابلیت پذیرش بدون اثبات اضافی دارد[4].

۲. تحلیل تطبیقی امضای الکترونیکی در ایران، آمریکا و اتحادیه اروپا

امضای الکترونیکی، به‌عنوان بازتابی از تحول حقوق در مواجهه با فناوری، هم‌زمان هم میراث‌دار اصالت امضای سنتی است و هم پاسخ‌گوی نیازهای نوین تجاری و اداری. در سطح بین‌المللی[5] و اروپایی «مقررات شناسایی الکترونیکی، احراز هویت و خدمات اعتماد»[6]، این نهاد حقوقی با سطوح مختلف اعتبار تنظیم شده، حال آن‌که در حقوق ایران و قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲، اگرچه به ظرفیت‌های آن اذعان شده، چالش‌های اجرایی و اعتباری، گذار کامل به این ابزار اعتماد دیجیتال را کند کرده است. این تقابل، فرصتی برای بازاندیشی در تعادل میان امنیت حقوقی و کارآمدی فناورانه است.

1. Simple Electronic Signature (SES)
2. Advanced Electronic Signature (AES)
3. Qualified Electronic Signature (QES)
4. eIDAS, Art. 25(2)
5. UNCITRAL, 2001
6. eIDAS, 2014

۱-۲. ساختارهای اعتماد دیجیتال

در ایران مرکز توسعه تجارت الکترونیکی به عنوان مرجع صدور گواهی ریشه[1] شناخته می‌شود و زیرساخت امضای دیجیتال از طریق مراکز میانی مانند وزارت صنعت فعال است؛ هرچند پذیرش عملی آن با چالش‌هایی روبه‌روست (مرکز توسعه تجارت الکترونیکی، ۱۴۰۲). در مقابل، در آمریکا شرکت‌هایی مانند ادوبی ساین[2] و داکیوساین[3] با رعایت استانداردهای امنیتی، اعتماد نظام قضایی را جلب کرده‌اند (Murray, 2018, p. 102). اروپا نیز با تعیین فهرست نهادهای معتبر (Trusted List) بر اساس «مقررات شناسایی الکترونیکی، احراز هویت و خدمات اعتماد» تنها گواهی‌های صادرشده از این مراکز را در محاکم معتبر می‌داند. در نهایت، اعتماد دیجیتال تنها با زیرساخت‌های شفاف و پذیرش اجتماعی تحقق می‌یابد.

گواهی ریشه به عنوان عالی‌ترین مرجع اعتماد در سلسله‌مراتب زیرساخت کلید عمومی[4]، مبنا و ضامن حقوقی اعتبار تمامی گواهی‌های صادره در زنجیره اعتماد است. این گواهی که توسط مرجع ریشه صادر می‌شود، با نصب پیش‌فرض در سیستم‌عامل‌ها و مرورگرها، از طریق امضای دیجیتال خود، پایه اعتبارسنجی و انکارناپذیری گواهی‌های زیرمجموعه را ایجاد می‌کند. هرگونه اختلال در تمامیت آن، زنجیره اعتماد را به طور کامل مخدوش و ارزش حقوقی امضاهای مرتبط را باطل می‌سازد. مراجع ملی نظیر مرکز توسعه تجارت الکترونیک ایران، نهادهایی چون مقررات شناسایی الکترونیکی، احراز هویت و خدمات اعتماد» در اتحادیه اروپا و مراجعی چون دیجی سرت[5] تضمین اعتماد دیجیتال در گرو هم‌پیوندی

---

1. Root Certificate
2. Adobe Sign (part of Adobe Document Cloud, an electronic signature solution)
«ادوبی ساین»، خدمت امضای الکترونیکی ابری متعلق به شرکت ادوبی
3. Docusign, Inc. (a cloud-based electronic signature and digital transaction management platform)
برگردان فارسی«داکیوساین»، شرکت ارائه‌دهنده خدمات امضای الکترونیکی و مدیریت تراکنش‌های دیجیتال
4. Public Key Infrastructure (PKI)
5. DigiCert, Inc. (A Global Root Certificate Authority and Qualified Trust Service Provider)

الزامات فنی)زیرساخت کلید عمـومی امن)، حقـوقی (چارچوب‌های نظارتی شفاف) و اجتماعی‌قضایی (پذیرش کاربران و مراجع دادرســـی) است؛ لـــذا گواهی ریشه نه صرفاً یک ابزار فنی، بلکه ســـنگ بنای حاکمیت قانون در فضای ســـایبر محسوب می‌شود.

۲-۲. رویه قضایی و پذیرش عملی

در حقوق ایـــران، امضای الکترونیکی هرچند به صورت قانونی به رســـمیت شناخته شده، اما رویه قضایی در پذیرش عملی آن محتاطانه عمل می‌کند؛ حال آن‌که در نظـــام حقوقی آمریکا تأکید بر معیارهای شـــکلی مانند «رضایت» و «رفتار متقابل» مانند کلیک یا امضای دیجیتال حتی بدون الزامات فنی پیچیده، اعتبار حقوقی اســـناد الکترونیکـــی را تضمین می‌کنـــد (Kerr, 2019: 72) در اتحادیـــه اروپا با رویکردی سلســـله‌مراتبی، تنها امضای الکترونیکی پیشرفته واجد شرایط امضای کیفی را دارای اعتبار کامل دانســـته و ســـایر انواع امضا را مشـــروط به ارائه دلایل تکمیلی می‌داند[1] ایـــن تفاوت‌های نظری و عملی، گویای چالش‌هـــای تقنینی و اجرایی در به‌کارگیری فناوری‌های نوین در عرصه حقوق است.

در نظام‌هـــای حقوقی مبتنی بر قانون مدنی مانند ایران، دادرس در ارزیابی ادله الکترونیکی اختیار بیشـــتری دارد، در حالی که در نظام‌هـــای کامن‌لا (مانند آمریکا)، استانداردهای مشخصی مانند قانون یکنواخت معاملات الکترونیکی» مصوب در سطح ایالتی حاکم است.

۳. تحلیل چالش‌های حقوقی در قراردادهای الکترونیکی

نخســـت، چالش‌های ماهوی که ناظر بر اعتبار ذاتی قرارداد اســـت: تردید در جایگاه اسناد دیجیتال در قیاس با اسناد مکتوب و عدم پذیرش اصل برابری عملکردی در برخی نظام‌های ملی؛ تعارض قوانین در تعیین قانون حاکم و دادگاه صالح به‌واسطه ماهیـــت فرامرزی و فقدان مکان فیزیکی؛ و دشـــواری تعیین حدود مســـؤولیت میان طرفیـــن، ارائه‌دهندگان خدمات میزبانی و واســـطه‌های فنی در فرض نقض امنیت یا اختلال سامانه‌ای.

دوم، چالش‌های شـــکلی و اثباتی که به قابلیت اســـتناد مربوط می‌شود: تردید

1. eIDAS, Recital 49

در پذیـــرش ادله الکترونیکی به دلیل نگرانـــی از جعل و فقدان امضای کیفی؛ الزام به انطبـــاق با مقـــررات فراملی حفاظت از داده‌ها همچون مقـــررات عمومی حفاظت از داده‌ها و مخاطره بطلان یا مســـؤولیت مدنی ناشی از تخلف؛ و تهدید امنیت سایبری ناشـــی از جعل هویت و تحریف داده‌ها که مستلزم چارچوب حقوقی حمایتی برای فناوری‌هایی نظیر امضای پیشرفته و بلاک‌چین است.

ســـوم، چالش‌های اجرایی که تحقق عینی تعهدات را هدف می‌گیرد: تشـــدید موانع شناســـایی و اجرای احـــکام خارجی به‌دلیل ماهیت غیرمتمرکز فضای ســـایبر؛ محدودیت‌های پرداخت الکترونیکی ناشـــی از تحریم‌ها، کنترل‌های ارزی الگوریتمی و ناهمگونی زیرســـاخت‌های بانکداری دیجیتال؛ و تبلور پیچیده‌تر موانع کلاســـیک اجرا (همچون اعتبار اســـناد دیجیتال نزد دادگاه خارجی) که مجموعاً ضرورت تحلیل افتراقی این حوزه را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد

۱-۳. چالش‌های ماهوی

۱-۱-۳. اعتبار قراردادهای الکترونیکی

تعیین جایگاه اســـناد دیجیتال در مقایسه با اسناد مکتوب، از نخستین مباحثی اســـت که در عرصه حقوق فناوری اطلاعات مطرح می‌شـــود. هرچند اصل «برابری عملکردی» در اســـناد بین‌المللی نظیر قانون نمونه آنسیترال[1] به رسمیت شناخته شده، لکـــن برخی نظام‌های حقوقی با احتیاط و تأنی، شـــمول ادله الکترونیکی را در اثبات قراردادها می‌پذیرند (Reed, 2018: 94).

تعیین جایگاه اسناد دیجیتال در قیاس با اسناد مکتوب، از مباحث پایه‌ای حقوق فناوری اطلاعات محسوب می‌شـــود. به‌رغم پذیرش جهانی اصل برابری عملکردی[2] در اســـناد بین‌المللی (ماده ٦ قانون نمونه آنسیترال تجارت الکترونیک ١٩٩٦)، برخی نظام‌های حقوقی ملی با تفسیر مضیقِ شرط کتبی‌بودن، اعتبار اسناد دیجیتال را تضعیف و موجـــد عدم قطعیت حقوقی در تجارت بین‌الملل شـــده‌اند. برای نمونه، در پاره‌ای کشورها اسناد الکترونیکی فاقد امضای دیجیتال پیشرفته یا همان امضای کیفی ممکن اســـت فاقد قابلیت اســـتناد قضایی تلقی شـــوند (Reed, 2018: 94) راهکار کلیدی،

1. UNCITRAL, 1996, Art. 6
2. Functional Equivalence

تصویب قوانین ملی هم‌سو با مدل آنسیترال ۱۹۹۶ است که به صراحت اعتبار حقوقی داده‌پیام و امضای الکترونیک را به مثابه اسناد مکتوب به رسمیت می‌شناسد. افزون بر این، طرفین قرارداد می‌توانند با اشتراط صریح امضای دیجیتال پیشرفته در متن توافق‌نامه، قابلیت اثبات‌پذیری اسناد را ارتقا دهند.

۲-۱-۳. تعیین قانون حاکم و صلاحیت قضایی

قراردادهای الکترونیکی با ماهیت فرامرزی، به دلیل اختلاف در ملاک‌های صلاحیت مانند محل سرور، اقامتگاه طرفین یا مرکز ثقل تعهدات، همواره با تعارض قوانین مواجه‌اند. هر چند اصل حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم به صورت جهانی پذیرفته شده، اما در صورت سکوت طرفین، تشخیص مرجع و قانون صلاحیت‌دار به چالشی پیچیده تبدیل می‌شود که اختلاف دیدگاه‌های دولت‌ها بر دشواری آن می‌افزاید (Kuner, 2020: 151).

ماهیت فرامرزی قراردادهای الکترونیکی، تعارض قوانین را در تعیین صلاحیت دادگاه و قانون حاکم تشدید می‌کند. معیارهای متعارضی مانند محل سرور، اقامتگاه طرفین، یا مرکز ثقل تعهدات، منجر به عدم پیش‌بینی‌پذیری حقوقی می‌گردد. حتی با پذیرش اصل حاکمیت اراده، در صورت سکوت قرارداد، اختلاف دیدگاه‌های دولت‌ها در تعیین مرجع صالح، چالشی ساختاری ایجاد می‌نماید (Kuner, 2020: 151; Kohl, 2007: 45). راهکار عملی در اینجا گنجاندن شرط انتخاب قانون و شرط صلاحیت انحصاری دادگاه در متن قرارداد است.

۳-۱-۳. مسؤولیت ناشی از نقض قرارداد

قراردادهای الکترونیکی با چالش‌های متعددی از جمله اختلال در عملکرد سامانه‌ها، نقض امنیت داده‌ها و سوءاستفاده‌های الکترونیکی مواجه هستند. تعیین حدود مسؤولیت حقوقی میان اصحاب قرارداد، ارائه دهندگان خدمات میزبانی و سایر واسطه‌های فنی، مستلزم بررسی عمیق مبانی حقوقی از جمله تقصیر قراردادی، معیارهای احتیاط متعارف و مکانیسم‌های توزیع خطر می‌باشد (Rowe, 2022: 57).

چالش ماهویِ تعیین مسؤولیت حقوقی میان اصحاب قرارداد، ارائه‌دهندگان

خدمات میزبانی[1] و تسهیل‌گران فنی[2] در موارد نقض امنیت داده‌ها یا اختلال سامانه‌ها، نیازمند واکاوی مبانی حقوقی معیار مسؤولیت (تقصیر قراردادی در مقابل مسؤولیت مطلق) است. پیچیدگی این امر با فقدان چارچوب‌های بین‌المللیِ توزیع خطر[3] در فضای سایبر تشدید می‌شود (Rowe, 2022: 57).

راهکار کاربردی قابل ارائه، تعیین شفاف حوزه مسؤولیت هر ذی‌نفع در قراردادها، همراه با شروط محدودکننده جبران خسارت[4] و به‌کارگیری بیمه‌های مسؤولیت سایبری[5] به عنوان مکانیسم انتقال خطر، رویکردی کارآمد برای مدیریت این چالش است.

۲-۳. چالش‌های شکلی و اثباتی

۱-۲-۳. ادله الکترونیکی و قابلیت استناد

پذیرش ادله الکترونیکی در نظام‌های حقوقی با چالش‌هایی روبه‌روست؛ در حالی که اسناد دیجیتال در چارچوب اصل بی‌طرفی فناورانه و با احراز اصالت، تمامیت و قابلیت پی‌گیری معتبر شناخته می‌شود[6]، برخی نظام‌ها همچنان به اسناد مکتوب اولویت می‌دهند (Greenleaf & Waters, 2019: 202) یا به دلیل نگرانی از جعل، با احتیاط بیشتری آن‌ها را می‌پذیرند (Reed, 2010: 67).

۲-۲-۳. حریم خصوصی و مقررات بین‌المللی

تطبیق قراردادهای الکترونیکی با استانداردهای نظارتی همچون «مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها» در اتحادیه اروپابه‌ویژه در حوزه‌های رضایت آگاهانه، تعیین صریح اهداف پردازش داده‌ها و انتقال فرامرزی آن‌ها، امری ضروری تلقی می‌شود. این مقررات با وضع الزامات سخت‌گیرانه در خصوص جریان داده‌های شخصی به خارج از قلمرو اتحادیه (ماده ٤٤)، چارچوبی انضباطی ایجاد نموده‌اند. تخطی از این موازنه می‌تواند به بطلان قرارداد یا استقرار مسؤولیت مدنی منجر شود (Voigt & Von dem Bussche, 2017: 65–67).

---

1. Hosting Providers
2. Intermediaries
3. Risk Allocation
4. Liability Limitation Clauses
5. Cyber Liability Insurance
6. UNCITRAL, 1996, Art. 9

۳-۲-۳. امنیت سایبری و خطر جعل داده‌ها

جعل هویت در فضای دیجیتال، تحریف داده‌ها و تهاجمات سایبری، تهدیداتی ملموس در مسیر اعتمادسازی نسبت به فرآیند تشکیل قراردادها محسوب می‌گردند. اگرچه فناوری‌های نوینی نظیر امضای الکترونیک پیشرفته و فناوری بلاک‌چین[1] قابلیت کاهش این مخاطرات را دارا می‌باشند، لکن کارایی مطلوب آنها منوط به وجود چارچوب حقوقی حمایتی است (Clack et al., 2016: 28). از جمله راهکارهای نوین جهت تضمین اصالت و تمامیت داده‌ها در قراردادهای الکترونیکی، بهره‌گیری از فناوری بلاک‌چین است که با ویژگی‌های ذاتی مانند تغییرناپذیری[2]، شفافیت کنترل‌شده و رهگیری پذیری[3] می‌تواند سازِکاری امن برای انطباق با استانداردهای حفاظت داده‌ها فراهم نماید. همچنین تلفیق این فناوری با مکانیسم‌های حقوقی مانند موافقت‌نامه‌های محرمانگی[4] و شرایط اختصاصی حفاظت از داده‌ها[5] می‌تواند چارچوبی جامع برای مدیریت امن اطلاعات محرمانه در فرایندهای قراردادی ایجاد کند.

۳-۳. چالش‌های اجرایی

ممکن است این پرسش مطرح شود که چالش‌های اجرایی عام بوده و مختص قراردادهای الکترونیکی نیستند؛ پس پرداختن به آن در این پژوهش ضرورتی ندارد، اما درج بخش «چالش‌های اجرایی» نه تنها ضروری است، بلکه حذف آن به بهانه عمومیتِ برخی موانع، با رویکرد نظام‌مند به حقوق تجارت الکترونیک بین‌الملل مغایرت خواهد داشت. این ضرورت را می‌توان در سه محور کلیدی توجیه کرد.

۱-۳-۳. ذات فرامرزی تجارت الکترونیک و تشدید موانع اجرا

تجارت الکترونیک به دلیل ماهیت غیرمتمرکز و عبور از مرزهای فیزیکی، چالش‌های اجرایی سنتی را در قالبی نو و پیچیده بازتولید می‌کند. به‌رغم کاربرد «کنوانسیون شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی» (نیویورک، ۱۹۵۸)[6] در اجرای

1. Blockchain
2. Immutability
3. Traceability
4. Non-Disclosure Agreement (NDA)
5. Data Protection Clauses
6. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

آرای داوری، تعیین «دادگاه صالح» و «قانون حاکم» در فضای سایبری که فاقد مکان انضمامی انعقاد قرارداد است به عاملی تعیین‌کننده در عدم قطعیت اجرای احکام تبدیل شده‌است (Born, 2021: 821). این امر ناشی از تعارض مضاعف میان حاکمیت دولت‌ها در شناسایی احکام خارجی (ماده V کنوانسیون) و عدم انطباق قواعد سنتی صلاحیت با محیط دیجیتال است.

۲-۳-۳. محدودیت‌های پرداخت‌های الکترونیکی

محدودیت‌های پرداخت‌های الکترونیک صرفاً نسخه دیجیتالِ موانع بانکی سنتی نیستند؛ بلکه پویایی نظام‌های مالی دیجیتال، این چالش‌ها را به‌گونه‌ای کیفی متفاوت ساخته است. تحریم‌های اقتصادی (نظیر مسدودسازی پلتفرم‌هایی مانند پی‌پال[1] در برخی حوزه‌های قضایی)، کنترل‌های ارزی مبتنی بر ریسک‌سنجی الگوریتمی، و ناهمگونی زیرساخت‌های بانکداری دیجیتال، جریان ارزش‌گذاری شده در قرارداد الکترونیکی[2] را با مخاطرات بی‌سابقه‌ای مواجه می‌سازد (Zetzsche et al, 2020: 103) و در نتیجه تحقق تعهدات پرداختی به‌عنوان ستون فقرات اجرای قرارداد در گرو غلبه بر موانعی است که ماهیتاً زاده فضای دیجیتال‌اند. البته می‌توان در این راستا از رمزارزها استفاده نمود. رمزارز یک دارایی دیجیتال قابل مبادله یا شکل دیجیتالی پول خصوصی است که بر اساس سفناوری زنجیره بلوکی ساخته شده است و صرفا در محیط اینترنت وجود دارد و کاربر می‌تواند بدون دخالت دولت و یک نهاد متمرکز به صرافی‌ها ارائه نماید (الهیاری‌فرد و پروین، ۱۴۰۳: ۱۴۰).

۳-۳-۳. تبلور چالش‌های کلاسیک در بستر دیجیتال: ضرورت تحلیل افتراقی

اگرچه موانعی چون شناسایی احکام خارجی یا محدودیت‌های ارزی، منحصر به تجارت الکترونیک نیست، اما فقدان مرزهای فیزیکی و سرعت فوق‌العاده تراکنش‌ها در این فضا، به‌گونه‌ای بنیادین بر معادلات اجرایی تأثیر می‌گذارد. به عنوان مثال، مشکل اجرای رأی داوری در کنوانسیون نیویورک در قراردادهای الکترونیکی با

(New York,1985)

1. PayPal
2. Value Transfer

پیچیدگی اثباتیِ مضاعفی همراه است. پرسش‌هایی مانند اعتبار اسناد دیجیتال به‌عنوان مدرک یا قابلیت پذیرش امضاهای رمزنگاری‌شـــده در دادگاه خارجی، چالش اجرا را به مراتب فراتر از موارد سنتی می‌برد (MANN, 2019: 75).

٤-٣-٣. چالش‌های شکلی و اثباتی و راهکارهای آن

پیچیدگی‌های فرامرزی قراردادهای دیجیتال، موجب بروز چالش‌های حقوقی ماهوی و شـــکلی شده که رفع آن‌ها نیازمند چارچوب‌های هماهنگ بین‌المللی (مانند اسناد آنسیترال) و فناوری‌های امنیتی است. طرفین با تعیین دقیق شرایط و قانون حاکم بر اساس اصل حاکمیت اراده، از حقوق تجاری خود حراست می‌کنند.

نخســـت، چالش‌های ماهوی (اعتبار ســـند، تعارض قوانین، مسؤولیت فنی): در ارزیابی قضایی، اعتبار اســـناد الکترونیک و قراردادهای هوشـــمند مستلزم عبور از چارچوب ســـنتی «اصالت سند» است. تعارض قوانین ملی با اقتضائات فناوری (نظیر مسؤولیت مدنی الگوریتم‌ها) حل‌ناشده باقی مانده است. راهکار کارشناسانه، پذیرش اصل برابری کارکردی (مطابق مـــاده ۱۲ قانون تجارت الکترونیک ایران) و گنجاندن شروط حل اختلاف فنی‌حقوقی در قراردادهای پایه است.

دوم، چالش‌های شـــکلی و اثباتـــی (ادله دیجیتال، حریـــم خصوصی، امنیت ســـایبری): مهم‌ترین معضل، اثبات اصالت و تمامیت ادله دیجیتال در دادگاه اســـت؛ چراکـــه زنجیره حفاظـــت داده و احراز عدم دخل و تصرف ثالث به ســـادگی ممکن نیست. همچنین حریم خصوصی اشخاص در فرایند کشف قضایی الکترونیک با اصل لزوم ادله مواجه می‌شود. راهکارهای موثر در این راستا، تنظیم سیاست‌های حفظ داده، اســـتفاده از رمزنگاری سرتاسری و امضای دیجیتال مبتنی بر گواهی‌های معتبر (مطابق قانون امضای الکترونیک و آیین‌نامه‌های مرتبط) است.

ســـوم، چالش‌های اجرایی (اجرای احکام، محدودیت پرداخت): موانع اجرای احکام فراملی (نظیر شناسایی نشدن قراردادهای هوشمند در برخی نظام‌های حقوقی) و محدودیت نقل‌وانتقال پول ملی، از موانع جدی اجراست. راهکار پیشنهادی عبارت اســـت از: ارجاع به داوری بین‌المللی با تعیین قانـــون حاکم و محل داوری بی‌طرف (مثلاً دیوان داوری بین‌المللی) و نیز تســـویه از طریق رمزارزهای پایدار تا جایی که با مقررات پولی و بانکی ملی تعارض نداشته باشد.

٤. راهکارهای حقوقی و فنی برای کاهش چالش‌ها

با عنایت به پیچیدگی‌های روزافزون قراردادهای الکترونیکی در حوزه تجارت فرامرزی، اتخاذ سازکارهای حقوقی و فنیِ جامع‌نگر، به ضرورتی انکارناپذیر بدل گشته است. در این مسیر، چهار رکن بنیادین راکه در ادامه می‌آید می‌توان به منظور کاستن از چالش‌های پیش‌رو برشمرد.

٤-١. توسعه چارچوب‌های حقوقی هماهنگ

از جمله راهکارهای کارآمد، پیوستن دولت‌ها به اسناد بین‌المللیِ استانداردسازی شده، از جمله قانون نمونه آنسیترال در زمینه تجارت الکترونیکی[1] است. این سند با تشریح مبانی حقوقیِ کلیدی مانند داده‌پیام[2] و ایجاب و قبول الکترونیکی[3]، بسترساز هماهنگیِ نظام‌های حقوقی در به رسمیت شناختن اعتبار قراردادهای دیجیتالی محسوبِ می‌شود[4].

الحاق به قانون نمونه آنسیترال در حوزه تجارت الکترونیک، با ایجاد وحدت رویه در تفسیر و اجرای قراردادهای الکترونیکی میان نظام‌های حقوقی متکثر، هم‌گرایی هنجاری را جایگزین تشتت قوانین داخلی ساخته و از رهگذر تأمین امنیت حقوقی فراملی، پیش‌بینی‌پذیری نتایج معاملات برون‌مرزی را ارتقا می‌بخشد و موجبات کاهش دعاوی ناشی از تعارض قوانین را فراهم می‌آورد. در لایه‌ای عمیق‌تر، این الحاق به‌مثابه نشانه‌ای راهبردی از التزام به استانداردهای جهانی، اعتماد نهادی فعالان اقتصادی و دولت‌های خارجی را جلب کرده، جایگاه کشور را در زنجیره تعاملات دیجیتال بین‌المللی تثبیت و زمینه ادغام در اقتصاد دیجیتال قاعده‌مند را مهیا می‌سازد. بدین‌سان، انسجام درونی نظام حقوقی، امنیت حقوقی فرامرزی و کنش‌گری مؤثر بین‌المللی حلقه‌های به‌هم‌پیوسته یک زنجیره واحد را تشکیل می‌دهند.

تشکیل دیوان تخصصی تجاری به جای دادگاه اختصاصی و یا شعب تخصصی تجاری به عنوان راهکار کارآمدتری برای رسیدگی به دعاوی تجاری

---

1. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce
2. Data Message
3. Electronic Will
4. UNCITRAL, 1999: 3–8

پیشـــنهاد می‌شـــود (غلامی ،۱٤۰۰: ۲۸۳) می‌توان بخش خاصی از این دادگاه‌ها را به صورت اختصاصی یا تخصصی به این قرارداها اختصاص داد.

٤-۲. بهره‌گیری از فناوری‌های نوین

تحـــولات فناورانه زمینه‌ســـاز ایجاد رویکردهای نویـــن در کاهش مخاطرات حقوقی گردیده اســـت؛ بـــه گونه‌ای که اســـتفاده از قراردادهای هوشـــمند مبتنی بر فنـــاوری بلاکچین، امکان اجرای خـــودکار تعهدات قـــراردادی را فراهم نموده و با حذف واســـطه‌های انسانی، موجب کاهش محـــسوس خطاها و تخلفات شده است (Werbach & Cornell, 2017: 345). همچنین ســـازکارهای احراز هویت دیجیتال نظیر امضاهای الکترونیک پیشـــرفته، نقش اساســـی در تأمین اعتبار طرفین معامله ایفا می‌نمایند (Clack, Bakshi & Braine, 2016: 5–6).

همچنین در فرایند حل اختلاف می‌توان از هوشمندســـازی فرایندهای قضایی با بهره‌گیری از فناوری‌هایی نظیر هوش مصنوعی، پردازش کلان‌داده، یادگیری ماشین و بلاکچین، اســـتفاده کرد. اجرای این فرایند پیچیده با چالش‌هایی مواجه است که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به موانع قانونی، ملاحظات اخلاقی، محدودیت‌های زیرساختی، مقاومت ســـازمانی و نگرانی‌های مربوط به امنیت و حریم خصوصی اشاره کرد (مقدم و حسینی، ۱٤۰٤: ۳٦۸-۳٦۹)

٤-۳. تقویت نظام‌های حل‌وفصل اختلافات تخصصی

با توجه به ماهیـــت فراملی و فناورانه قراردادهای الکترونیکی، ســـازکارهای سنتی حلوفصل اختلافات قادر به پاسخ‌گویی به نیازهای عصر دیجیتال نمی‌باشند؛ لذا ایجاد مراجـــع داوری الکترونیکی و تقویت نهادهای تخصصی میانجیگری بین‌المللی از جمله سامانه داوری الکترونیکی[1] و مرکز بین‌المللی حل اختلاف[2]، علاوه بر تسریع فرایندهای رســـیدگی، از انسجام ذاتی با ویژگی‌های دیجیتال اختلافات تجاری نوین برخوردار است (Kessedjian, 2021: 22).

اساساً تعیین قانون حاکم بر داوری در داوری های تجاری بین المللی به علت دخالت یک رکـــن خارجی در اختلاف، اهمیت زیادی دارد. در این شـــرایط قوانین

1. Electronic Business Related Arbitration and Mediation (Ebram)
2. International Centre for Dispute Resolution (ICDR)

متعددی با جنبه‌های مختلف اختلاف ارتباط پیدا می‌کند و به این علت تعیین قانون حاکم بر هر یک از آن‌ها اهمیت زیادی می‌یابد که در موارد ذیل قابل طرح است: قانون حاکم برای تشخیص اهلیت طرفین قرارداد؛ قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری؛ قانون حاکم بر آیین داوری؛ قانون حاکم بر ماهیت اختلاف؛ قانون حاکم بر شناسایی و اجرای رای داوری؛ قابلیت داوری‌پذیری اختلاف (جوهر، ۱۴۰۳: ۶۰).

٤-٤. ارتقای آگاهی حقوقی تجار و فعالان اقتصادی

تعلیم نظام‌مند و ارتقای سواد حقوقی فعالان تجاری در خصوص ظرایف قراردادهای الکترونیکی، به مثابه زیربنایی استوار برای صیانت از مناسبات تجاری و گزینش خردمندانه پلتفرم‌های معاملاتی عمل می‌نماید. در این میان، تألیف منشورهای راهبردی و اجرای دوره‌های تخصصی کاربردی، سهمی انکارناپذیر ایفا می‌نماید.

٥-٤. ماتریس راهکارهای قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی

در واکاوی این ساختار شبکه‌ای چندلایه، باید بر ماهیت مکمل و سلسله‌مراتبی راهکارها انگشت نهاد. الحاق به کنوانسیون‌های بین‌المللی به‌ویژه آنسیترال، راهکاری بنیادین و تقنینی است که با هم‌سنگ‌سازی قوانین داخلی و استانداردهای جهانی، تعارض قوانین را زدوده و امنیت حقوقی فرامرزی را قوام می‌بخشد؛ بنا به تصریح آنسیترال، این شالوده اعتماد به تجارت الکترونیکی بین‌المللی است[1]. با این همه، این اقدامِ پایه‌ای جز با لایه‌های فنی و نهادی تکمیل‌گر کافی نمی‌باشد.

لایه دوم، بهره‌گیری از فناوری‌های نامتمرکز از جمله قراردادهای هوشمند و بلاکچین، اقدامی فنی اجرایی است که با خودکارسازی اجرا و شفافیت تراکنشی، دو کاستی دیرپای تقلب و کندی اجرا را آماج می‌گیرد (Zheng et al., 2018: 376). کارآمدی این لایه تماماً مشروط به شناسایی حقوقی آن در لایه نخست، یعنی چارچوب هم‌سو با استانداردهای آنسیترال است.

لایه سوم، با سرشت نهادی بر تأسیس مراجع تخصصی حل اختلاف، مشخصاً داوری الکترونیکی متمرکز است. این مرجع متخصص در دعاوی دیجیتال، هم‌زمان دو سودمندیِ شتاب‌دهی به دادرسی و کاهش هزینه‌ها را تأمین می‌کند

1. UNCITRAL, 2005: 12

و نقش حلقه واسط میان چارچوب حقوقی (لایه اول) و واقعیت فنی (لایه دوم) را ایفا می‌نماید. آموزش حقوقی تجار راهکاری نرم، پیشینی و پیش‌گیرانه است که خلأ آگاهی حقوقی را آماج قرار می‌دهد. مطابق گزارش کنفرانس تجارت و توسعهٔ سازمان ملل متحد، بخش عمده‌ای از اختلافات تجاری بین‌المللی ریشه در ناآگاهی از اعتبار و مخاطرات این دست قراردادها دارد[1] که با اقدامات آگاهی‌بخش می‌توان از پیدایش آن پیش‌گیری کرد. هم‌افزایی چهار لایه تقنین، فناوری، نهادسازی و آموزش نقشه راهی منسجم برای کاستن از چالش‌های قراردادهای الکترونیکی فراملی ترسیم می‌کند.

۵. بررسی تطبیقی رویکردهای مختلف

۱-۵. اتحادیه اروپا: ساختار حقوقی دقیق، مبتنی بر اعتماد دیجیتال

اتحادیه اروپا از دهه ۱۹۹۰، در مسیر یکسان‌سازی حقوقی تجارت الکترونیک و شکل‌دهی به بازار دیجیتال یکپارچه، با محوریت حریم خصوصی (ماده ۵ مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها) و امنیت داده‌ها (ماده ٦ همان سند)، به تقنین پرداخته است. (Regulation (EU) No 910/2014, eIDAS: 73-75).

«مقررات شناسایی الکترونیکی، احراز هویت و خدمات اعتماد» ۲۰۱٤ [2] به عنوان نقطه عطفی تاریخی، نخستین چارچوب الزام‌آور فراملی در حوزه شناسه‌های دیجیتال، امضاهای الکترونیکی و خدمات اعتمادی محسوب می‌شود. بر اساس ماده ۲۵ این مقررات، امضاهای الکترونیکی در سه سطح ساده، پیشرفته و معتبر طبقه‌بندی می‌گردند. پیوند این مقررات با مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها موجب تقویت اصولی همچون امنیت داده‌های شخصی، رضایت آگاهانه کاربران و شفافیت تراکنش‌ها به‌عنوان ارکان روابط حقوقی دیجیتال شده و نقش کلیدی در تکامل «بازار واحد دیجیتال اروپا» ایفا کرده است.

در تحلیل کلان‌تر، سه روند حقوقی برجسته است؛ نخست،اولویت اصل اعتماد بر رضایت محض در تنظیم روابط حقوقی؛ دوم، ترجیح حمایت از داده‌ها بر آزادی قراردادی به‌عنوان ارزش بنیادین؛ و سوم، چالش مقررات پیچیده برای

1. UNCTAD, 2021: 23
2. eIDAS (2014)

بنگاه‌های کوچک و متوسط[1] که نیازمند بازنگری سیاستی جهت کاهش موانع توسعه کسب وکارهای نوپاست. این رویکرد متوازن، همزمان به امنیت حقوقی و رشد اکوسیستم دیجیتال توجه دارد.

۲-۵. ایالات متحده: حاکمیت اراده طرفین و رویکرد فناورانه

نظام حقوقی آمریکا در حوزه تجارت الکترونیک، بر مبنای اصل آزادی قراردادی و حداقل مداخله تنظیمی استوار گردیده است. دو سند کلیدی شامل قانون امضاهای الکترونیکی در سطح ملی قانون «امضاهای الکترونیکی در تجارت جهانی و ملی[2]» و فدرال قانون یکنواخت معاملات الکترونیکی» (مصوب در سطح ایالتی) قانون یکنواخت معاملات الکترونیکی در سطح ایالتی، با پرهیز از تحمیل چارچوب‌های فنی خاص، رضایت متعاملین و تحقق هدف قراردادی را به عنوان معیار اعتبار حقوقی تعاملات دیجیتال تثبیت نموده‌اند. مستند قانونی این امر بند ۲ ماده ۱۰۱ قانون «امضاهای الکترونیکی در تجارت جهانی و ملی» است. سیاست انعطاف‌پذیر مذکور با پیامدهای حقوقی اقتصادی همراه بوده که از جمله آن‌ها می‌توان به زمینه‌سازی برای رونق بازار خدمات امضای دیجیتال، توسعه فناوری‌های نوین از جمله بلاک‌چین، و همچنین افزایش مقبولیت راهکارهای غیرمتمرکز اشاره نمود.

از جمله ویژگی‌های کلیدی این قوانین می‌توان به وجود اعتبار حقوقی (امضاهای الکترونیکی معادل امضاهای دست‌نویس هستند[3] و همچنین شرایط این اعتبار (رضایت طرفین و قابلیت اثبات صحت معامله[4]) اشاره کرد. چالش‌های کلان نظام حقوقی شامل تناقضات بین‌ایالتی ناشی از عدم پذیرش یکپارچه قانون یکنواخت معاملات الکترونیکی (مصوب در سطح ایالتی) توسط تمامی ایالت‌ها، تعارض استانداردهابه‌ویژه در هم‌سویی با چارچوب‌های بین‌المللی مانند «مقررات شناسایی الکترونیکی، احراز هویت و خدمات اعتماد» اتحادیه اروپا و اسناد آنسیترال، و ابهام هویتی به دلیل فقدان ضوابط صریح در احراز هویت دیجیتال معتبر

1. Small and Medium-sized Enterprises (SMEs)
2. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (2000)
3. UETA Section7
4. Section 101 ESIGN

می‌شود که این موارد به‌طور کلی کارآمدی و انسجام نظام حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهند.

۳-۵. ایران: خلأهای نهادی و چالش‌های اجرایی

تصویب قانون تجارت الکترونیکی (۱۳۸۲) اگرچه در زمان خود اقدامی پیشگامانه برای ورود ایران به عرصه تنظیم‌گری تجارت الکترونیک بود، لیکن در عمل به دلیل فقدان سازکار پویای تقنینی، عدم ایجاد نهادهای تخصصی ناظر و ناسازگاری با تحولات شتابان فناوری، با چالش‌های بنیادین مواجه شده است. این قانون که عمدتاً متأثر از قانون نمونه آنسیترال ۱۹۹۶ [1] بود، بدون بومی‌سازی کارشناسی و پیش‌بینی الزامات نهادی، به‌مثابه اسکلتی بی‌روح باقی ماند.

۱-۳-۵. نقایص ماهوی در ساحت تقنین

قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ به‌رغم ترسیم چارچوب اولیه، در گذر زمان با نقایص ماهوی متعددی در ساحت تقنین مواجه شده که کارآمدی آن را در عصر اقتصاد دیجیتال به چالش کشیده است؛ ابهام در مفاهیم کلیدی، خلأ مقرراتی خدمات اعتماد و انفعال در برابر فناوری‌های نوظهور، نمودهای بارز این کاستی‌ها به شمار می‌روند.

۲-۳-۵. ابهام در مفهوم‌سازی امضای الکترونیکی مطمئن

ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی امضای الکترونیکی مطمئن را تعریف نموده، لیکن معیارهای «انحصار به امضاکننده» و «قابلیت ردیابی تغییرات» (ماده ۱۰ بندهای ج و د) فاقد ضمانت اجراهای فنی و نهادی لازم است. فقدان راهکارهای استاندارد احراز هویت غیرحضوری مانند نظام [2] سلسله‌مراتب زیرساخت کلید عمومی ملی و عدم انطباق با سطوح اعتبارسنجی «مقررات شناسایی الکترونیکی، احراز هویت و خدمات اعتماد» پیشرفته/معتبر)، عملاً این نهاد حقوقی را به حاشیه رانده است. نظام سلسله‌مراتب زیرساخت کلید عمومی ملی چارچوبی امنیتی مبتنی بر رمزنگاری نامتقارن است که اصالت هویت دیجیتال، احراز مالکیت داده‌ها و تضمین یکپارچگی و محرمانگی اطلاعات را در فضای مجازی فراهم می‌کند. در سطح ملی، این نظام

1. UNCITRA, 1996
2. Public Key Infrastructure

ایجاد یک اکوسیستم متمرکز و استاندارد تحت نظارت دولت برای ارائه خدمات اعتماد دیجیتال به شهروندان، بنگاه‌ها و نهادهای دولتی است که ارکان اصلی آن عبارت است از:

نخست، مراجع صدور گواهی دیجیتال[1]: نهادهای معتمد (عمدتاً دولتی) مسؤول تأیید هویت و صدور گواهی‌های دیجیتال که حاوی اطلاعات هویتی و کلید عمومی دارنده بوده و به عنوان «امضای الکترونیکی مطمئن» مطابق ماده ۱۰ قانون تجارت الکترونیکی عمل می‌کنند.

دوم، مراکز ثبت: انجام فرایند احراز هویت اولیه متقاضیان (حضوری/ غیرحضوری).

سوم، سیستم لغو گواهی: تضمین یکپارچگی چرخه حیات گواهی‌ها از طریق انتشار فهرست‌های پویای گواهی‌های باطل‌شده.

۳-۳-۵. خلأ مقرراتی پیرامون «خدمات اعتماد»[2]

عدم تصویب آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۱ قانون تجارت الکترونیکی (۱۳۸۲) طی دو دهه، به شکل‌گیری دو آسیب ساختاری کلیدی منجر شده است: فقدان یک مرجع صدور ریشه‌ای دولتی ((Root CA و تعدد مراجع صدور گواهی فاقد هم‌سویی. فعالیت جزیره‌ای این مراجع، بدون التزام الزام‌آور به استانداردهای بین‌المللی، موجد ناهمگونی فنی در الگوریتم‌ها و پروتکل‌های امنیتی و نیز گسست در زنجیره اعتماد ناشی از عدم استقرار یک مدل نظارتی یکپارچه گردیده است. پیامد این وضعیت، شکل‌گیری اکوسیستم‌های موازی غیرقابل تعامل، تضعیف امنیت تراکنش‌های الکترونیکی، و ناکامی در تحقق فراگیر نهادهای «داده‌پیام مطمئن» و «امضای الکترونیکی مطمئن» (مواد ۱۱ و ۱۲ قانون) است. قانون مذکور به‌رغم اشاره به این مفاهیم، فاقد چارچوبی مشخص برای اعطای مجوز، نظارت مستمر یا تعیین مسؤولیت مدنی ارائه‌دهندگان خدمات اعتماد (نظیر مراجع صدور گواهی) می‌باشد؛ نقصانی که به شکل‌گیری بازاری غیرشفاف و پرریسک در حوزه خدمات اعتماد انجامیده است.

1. Cas: Certification Authorities
2. Trust Services

پراکندگی نهادی نیز چالشـــی عمیق‌تر محسوب می‌شـــود. تداخل وظایف و تعدد سیاســـت‌ها میان نهادهای متولی شامل وزارت صنعت، معدن و تجارت (متولی تجارت الکترونیک)، مرکز توسعه تجارت الکترونیکی، سازمان فناوری اطلاعات ایران (زیرمجموعـــه وزارت ارتباطات)، و مرکز ملی فضای مجازی، کارآمدی نظام نظارتی را به‌شـــدت کاهش داده اســـت. افزون بر این، نظام دادرســـی با نارسایی‌های جدی در رســـیدگی به اختلافات پیچیده تجارت الکترونیک مواجه اســـت. هرچند ماده ۱۵ قانون آیین‌دادرســـی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی اصلاحی ۱۳۹٤ ادله الکترونیکی را معتبر شـــناخته، فقدان پروتکل‌های اســـتاندارد برای جمع‌آوری، حفظ تمامیت[1] و ارائه این ادله، اجرای مؤثر این ماده را دشوار ساخته و دادگاه‌ها را با کمبود تخصص لازم روبه‌رو کرده است.

٤-۳-۵. چالش‌های نوپدید در مواجهه با فناوری‌های تحول‌ساز

در مواجهه با فناوری‌هـــای نوظهور نیز چالش‌های حقوقـــی بنیادینی پدیدار گشـــته‌اند. نظام حقوقی ایران فاقد هرگونه تکلیف‌سازی در خصوص «قابلیت استناد حقوقی قراردادهای هوشـــمند خوداجرا» و «تخصیص مســـؤولیت ناشـــی از اجرای الگوریتمیک» به‌ویژه در حوزه‌هایی مانند اینترنت اشـــیاء اســـت. پرسش محوری این اســـت که آیا مفاهیم ســـنتی حقوقی نظیر «قصد و رضا» (مـــاده ۱۹۰ قانون مدنی) با ماهیت خودکار و غیر قابل توقف قراردادهای هوشـــمند مبتنی بر بلاکچین سازگاری دارد. این خلأها توانایی نظام حقوقی در پاسخ‌گویی به تحولات فناورانه را زیر سؤال برده‌است. همچنین ممنوعیت مبادله رمزارزها توسط بانک مرکزی (۱۳۹۸) بدون ارائه جایگزین حقوقی برای «تســـویه بین‌المللی قراردادهای الکترونیکی»، عملاً بخشی از مزایای تجارت الکترونیک جهانی را مســـدود نموده است. این امر با تحولات حقوقی در حوزه‌هایی مانند مقررات بازار دارایی‌های رمزنگاری‌شـــده اتحادیه اروپا (مصوب ۲۰۲۳)[2] در تضاد آشکار قرار دارد.

1. Integrity
2. Markets in Crypto-Assets Regulation 2023 (MiCA)

ب. ارزیابی راهبردی و پیشنهادهای تحول‌آفرین

در ارزیابی راهبردی، ایستایی تقنینی به‌عنوان چالش کلان نخست، ناشی از عدم اصلاح قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ است که پیامد مستقیم آن عقب‌ماندگی نظام حقوقی ایران از استانداردهای بین‌المللی نظیر مقررات شناسایی الکترونیکی، احراز هویت و خدمات اعتماد و قانون نمونه آنسیترال در زمینه انتقال الکترونیکی اسناد می‌باشد. رهایی از این رکود، جز از طریق تدوین لایحه‌ای جامع با عنوان «تجارت دیجیتال» و هم‌سوسازی کامل با این اسناد مرجع میسر نیست.

چالش دوم، فقدان نهاد تنظیم‌گر تخصصی است که علت ریشه‌ای آن را باید در تعدد مراجع تصمیم‌گیر جست‌وجو کرد؛ وضعیتی که موجد پراکندگی سیاستی و در نهایت کاهش اعتماد عمومی به اکوسیستم دیجیتال شده است. راهکار پیشنهادی یعنی تأسیس «سازمان تنظیم‌گری تجارت الکترونیک» با اختیارات فرابخشی، پاسخی ضروری برای انسجام‌بخشی و بازسازی این اعتماد از دست رفته تلقی می‌گردد.

ناکارآمدی دادرسی سومین ضلع این مثلث چالش‌های ساختاری است که ریشه در کمبود قضات متخصص دارد و اثبات دعاوی الکترونیکی را با معضل طولانی‌شدن فرایند رسیدگی روبه‌رو ساخته است. در این حوزه، ایجاد شعب تخصصی دادگاه‌های تجارت الکترونیک و استفاده نظام‌مند از کارشناسان فنی، نه‌تنها گلوگاه اطاله دادرسی را برطرف می‌سازد، بلکه به ارتقای اتقان آرای قضایی در این دعاوی پیچیده و تخصصی خواهد انجامید.

٦. چالش‌های کلیدی

با توجه به چالش‌های موجود در حوزه امضاهای دیجیتال، می‌توان مهم‌ترین نقاط ضعف را در سه محور اصلی شامل ضعف سیاست‌گذاری فناوری محور ناشی از فقدان چارچوب‌های منسجم برای هماهنگی با تحولات دیجیتال، نبود نهاد ناظر مستقل و تخصصی جهت نظارت بی‌طرفانه بر فرایند امضاهای دیجیتال و ابهام در ادله اثباتی به‌ویژه عدم شفافیت در جایگاه حقوقی امضای دیجیتال در نظام ادله دعاوی و رویه‌های قضایی تبیین نمود. عدم تفکیک حقوقی میان انواع امضای

الکترونیکی و تعیین ضوابط اختصاصی برای هر یک، ابهام در ارزش اثباتی امضاهای دیجیتال در مراجع قضایی و داوری و وابستگی به زیرساخت‌های دولتی نامنعطف و ناکارآمد در ارائه خدمات اعتماد الکترونیک، مهمترین خلاهای تقنینی می‌باشند. عدم بازنگری در قانون تجارت الکترونیکی پس از دو دهه، کارایی آن را محدود کرده و اصلاح ساختار نظارتی و به‌روزرسانی قوانین برای امنیت قراردادهای الکترونیکی ضروری است.

۶-۱. خلاء قانونی

بازنگری قانون تجارت الکترونیکی با هدف هماهنگی با فناوری‌های نوین (قراردادهای هوشمند و رمزارزها)، تعیین مراجع صالح رسیدگی به اختلافات، تقویت ضمانت‌های اجرایی نقض حریم خصوصی داده‌ها، و تأسیس نهاد نظارتی تخصصی خدمات اعتماد دیجیتال[1] با اختیارات صدور مجوز، نظارت هوشمند و اعتبارسنجی کسب وکارهای دیجیتال، جهت ایجاد چارچوبی امن و شفاف در فضای تجارت الکترونیک ضروری است. همچنین راهبردهای کلان بین‌المللی شامل پیوستن به کنوانسیون CUECIC برای هماهنگی استانداردهای امضای دیجیتال در قراردادهای بین‌المللی، کاهش تعارض قوانین در داوری الکترونیکی و تسهیل شناسایی اسناد دیجیتال از طریق توافق‌های دوجانبه با کشورهای پیشرو در تجارت دیجیتال.

۶-۲. سازکارهای شفاف‌سازی و حکمرانی مشارکتی

به منظور ارزیابی اثرات تنظیمی[2] پیش از تصویب هر مقرره و همچنین انتشار عمومی پیش‌نویس‌ها در پلتفرم‌های مشورتی، لازم است شورای سیاست‌گذاری چندذی‌نفعی متشکل از نمایندگان وزارت صنعت، معدن و تجارت، اتاق بازرگانی، انجمن‌های فناوری اطلاعات و اساتید حقوق سایبری تشکیل شود.

۶-۳. پیاده‌سازی نظام انگیزشی برای بازیگران خصوصی

از آنجا که حکمت در مدیریت اقتصادی، ترکیب هوشمندانه مشوق‌ها با مسؤولیت‌پذیری اجتماعی است. اعطای معافیت‌های مالیاتی به کسب‌وکارهایی

1. Trust Service Agency (TSA)
2. Regulatory Impact Assessment (RIA)

که اســـتانداردهای امنیتی نهاد نظارتی تخصصی خدمـــات اعتماد دیجیتال را فراتر از حداقل‌های قانونی رعایت می‌کنند می‌تواند راهکاری حکیمانه در این بخش باشـــد. همچنیـــن تدوین بانک قراردادهای الکترونیکی نمونـــه با همکاری وکلای مجرب و فناوران حقوقی[1] سبب تسهیل قراردادنویسی الکترونیکی می‌شود.

٤-٦. ارتقای زیرساخت‌های فنی حقوقی

توســـعه مرکز ملی ارزیابی انطباق[2] برای آزمایش و صدور گواهی اســـتاندارد ابزارهـــای پرداخت الکترونیک، مطابق با مقررات مبارزه با پول‌شـــویی و تأمین مالی تروریسم[3] و راه‌اندازی سامانه نظارت بلادرنگ جهت رصد تخلفات مصرف‌کنندگان، امنیت و شفافیت تراکنش‌ها را افزایش می‌دهد. این طرح با ترکیب تنظیم‌گری چابک و پاســـخگویی الگوریتمی، هزینه‌های انطباق را کاهش داده و بستری امن برای تولید دیجیتال فراهم می‌کند. موفقیت آن وابســـته به تنظیم‌گری متناسب و همکاری بخش خصوصی و دولتی است.

٥-٦. مقایســـه تطبیقی نظام‌های امضای الکترونیک و حفاظت از داده‌ها در اتحادیه اروپا، ایالات متحده و ایران

در مقایســـه تطبیقی صورت‌گرفته، شـــکاف عمیق میان نظـــام حقوقی ایران با اســـتانداردهای اتحادیه اروپا آشکار اســـت. اتحادیه اروپا با ایجاد سلسله‌مراتب دقیق میان انواع امضا و اعطای اعتبار کامل صرفاً به «امضای واجد شـــرایط» در چارچوب مقررات شناســـایی الکترونیکی، احراز هویت و خدمات اعتماد، توانسته پیوندی وثیق میان هویت دیجیتال و امنیت تراکنش‌ها برقرار سازد؛ حال آن‌که حقوق ایران با فقدان تفکیک دقیق میـــان انواع امضای الکترونیکی، از بازتعریـــف عملیِ «امضای مطمئن» بازمانده است. این کاســـتی با تمرکزگرایی محدود و فاقد اختیاراتِ فرابخشی «مرکز توســـعه تجارت الکترونیکی» در قیاس با نهادهای نظارتی چندلایه اروپایی تشـــدید می‌شود.

در بُعـــد حفاظت از داده‌ها، اتحادیه اروپا با مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها به سطحی از نظام‌مندی رســـیده که اعتماد عمومی را به رکن اساسی اقتصاد دیجیتال

1. Legal Tech
2. Conformity Assessment Centre (CAC)
3. Anti-Money Laundering / Countering the Financing of Terrorism (AML/CFT)

بدل ســـاخته، در حالی که قانون ناقص و پراکنده ایران در این حوزه، موقعیت آن را حتـــی پایین‌تر از نظام نام‌متمرکز و فاقد قانون فدرال جامـــع ایالات متحده قرار داده اســـت. این ضعف ساختاری، هم‌راستایی با اســـناد بین‌المللی نظیر آنسیترال را نیز به شدت کاهش داده است.

نکته قابل تأمل آن‌که، رویکرد ایالات متحده با پذیرش اصل «رضایت طرفین» به عنوان مبنـــای اعتبار هر نوع امضا، انعطاف‌پذیری حداکثـــری را بر امنیت حقوقی ترجیح داده و احراز هویت را ســـاده نگاه داشته، مدلی که با واقعیت‌های اقتصادی آن هم‌خوان اســـت اما با منطق قاعده‌گـــذار اروپایی و نیازهای یک نظام حقوقی در حال توسعه مانند ایران تفاوت بنیادین دارد. قانون تجارت الکترونیکی ایران در میانه این دو طیف، دچار وضعیت تعلیق است: انعطاف‌پذیری متوسطی دارد اما ضعف اجرایی، آن را به سوی ناکارآمدی سوق داده و احراز هویت را در مرحله‌ای ناپایدار از توسعه نگاه داشته است. این مقایسه نشان می‌دهد که ایران نه می‌تواند الگوی کاملاً آزاد آمریکا را بدون زیرســـاخت‌های قضایی و قراردادی آن تقلید کند و نه بدون اصلاحات بنیادین، توان دستیابی به استحکام حقوقی مدل اروپایی را دارد.

برآمد

۱- قراردادهای الکترونیکی به دلیل ماهیت فرامرزی و دیجیتال خود با چالش‌های اساسی در زمینه احراز هویت، تعارض قوانین، امنیت داده‌ها و اجرای احکام بین‌المللی مواجه هستند. این مشکلات عمدتاً ناشی از ناهماهنگی بین قواعد سنتی حقوق قراردادها و ویژگی‌های منحصر به فرد فضای دیجیتال است. برای حل این چالش‌ها، نیاز به بازنگری در قوانین داخلی و تقویت همکاری‌های بین‌المللی است. البته در سطح بین‌المللی، اسنادی به دنبال افزایش امنیت حقوقی و پیش‌بینی‌پذیری قراردادهای الکترونیکی بوده‌اند، اما تفاوت‌های نظام‌های حقوقی ملی و مقاومت برخی کشورها در پذیرش استانداردهای جهانی همچنان چالش‌های جدی در مسیر یکپارچگی حقوقی ایجاد می‌کند.

۲- در سطح داخلی، قانون تجارت الکترونیکی ایران گام اولیه در به رسمیت شناختن اعتبار قراردادهای الکترونیکی بوده، اما به دلیل عدم بازنگری و نبود زیرساخت‌های اجرایی کافی، با چالش‌هایی مانند ضعف در پذیرش قضایی، نبود نهاد ناظر مستقل، و عدم انطباق با فناوری‌های نوین مانند بلاکچین و قراردادهای هوشمند مواجه است. برای ارتقای نظام حقوقی قراردادهای الکترونیک، ضروری است قانون تجارت الکترونیکی با تفکیک انواع امضاهای دیجیتال و پیش‌بینی مقررات فناوری‌های نوین بازنگری شود. تأسیس نهاد نظارتی مستقل برای صدور گواهی‌های دیجیتال، توسعه زیرساخت‌های امن احراز هویت و پرداخت الکترونیک و برگزاری دوره‌های آموزشی تخصصی برای ذی‌نفعان از دیگر اقدامات ضروری محسوب می‌شود. این راهکارها در کنار تدوین استانداردهای قراردادنویسی الکترونیکی می‌توانند چالش‌های موجود را مرتفع سازند.

۳- در سطح بین‌المللی، ضروری است با پیوستن به کنوانسیون‌هایی مانند آنسیترال (۲۰۰۵) و لاهه (۲۰۱۹) تعارضات قانونی کاهش یابد، از طریق ایجاد نهادهای تخصصی مانند مرکز بین‌المللی حل اختلاف به اختلافات رسیدگی شود و با الگوبرداری از استانداردهای موفق بین‌المللی مانند «مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها» و «مقررات شناسایی الکترونیکی، احراز هویت و خدمات اعتماد»، مقررات یکپارچه‌ای در زمینه امضای دیجیتال و حفاظت از داده‌ها تدوین گردد.

٤- حقـــوق قراردادهـــای الکترونیکـــی در عصر دیجیتال نیازمنـــد ترکیبی از انعطاف‌پذیری و امنیت حقوقی اســـت و لازم است با بهره‌گیری از فناوری‌های نوین، کارآمدی قراردادها را افزایش داد و با حفظ اصول عدالت قراردادی، توازن مناســـبی بیـــن نوآوری و نظم حقوقی ایجاد کرد. همـــکاری بین‌المللی، تقویت چارچوب‌های داخلی و توسعه زیرساخت‌های دیجیتال، سه رکن اساسی برای موفقیت نظام حقوقی قراردادهای الکترونیکی محسوب می‌شود.

فهرست منابع

الف. فارسی

* اکبرینه، پروین و محمدزاده، فریبا (۱۳۹۵)، «**قراردادهای الکترونیکی**»، در: کنگره بین‌المللی حقوق اسلامی، علوم انسانی. تهران: ایران.

* الهیاری‌فـــرد، علی و پروین، خیراله (۱۴۰۳)، «**تنظیم‌گری مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری رمزارزها در اتحادیه اروپا**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۶.

* جوهر، ســـعید (۱۴۰۳)، «**قانون ماهوی حاکم بر اختلاف در داوری‌های تجاری بین‌المللی در صورت عدم انتخابِ طرفین اختلاف**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۷.

* غلامـــی، نگیـــن (۱۴۰۴)، «**موانع کارآمدی شـــعب تخصصی تجاری در حقوق ایران**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۳۱.

* مقدم، محمد جواد و حسینی، ســـید ابراهیم (۱۴۰۴)، «**هوشمندسازی فرآیندهای قضایی و عدالت کیفری**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۹، شماره ۱۳۱.

* دره‌شـــامی، قاسم (۱۳۹۷)، **شرایط اعتبار قرارداد الکترونیکی**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، ماکو: واحد بین‌الملل دانشگاه آزاد اسلامی.

* دهقانـــی تفتی، مجتبی و افضلی‌مهر، مرضیه و اســـکینی، ربیعـــا (۱۴۰۰)، «**مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر قراردادهای هوشـــمند دیجیتالی از منظر حقوق بین‌الملل خصوصـــی در نظام حقوقی ایران و مقررات رم**»، حقوق فناوری‌های نوین، ســـال دوم، دوره ۲، شماره ۴.

* صاحب‌اختیاری، غزالـــه (۱۴۰۲)، «**ماهیت قراردادهای الکترونیکی در چارچوب قواعد تجـــارت بین‌الملل**»، در: مجموعه مقالات کنفرانـــس بین‌المللی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی دانشگاه تهران.

* طغـــیانی‌پور، علی (۱۴۰۳)، «**انعـــقاد عقد در فضای ســـایبری از منظر حقوق بین‌الملل**»، در: مجمـوعه مـقالات اولین همایش ملی علـوم انسانی با رویکرد نوین، گیلان، آستارا

ب. انگلیسی

* Born, Gary B (2014), **International commercial arbitration (Vol.**

1, 2nd ed.), The Hague: Kluwer Law International.

❋ Clack, Christopher D, Bakshi, Vikram A, & Braine, Lee (2016), **Smart contract templates: Foundations**, **design landscape and research directions,** available at: < https://arxiv.org/abs/1608.00771> (last visited on 17/04/ 2025)

❋ Greenleaf, Graham (2018), **Global data privacy laws 2017: 120 national laws, and still counting**, Privacy Laws & Business International Report, 147, 10–13.

❋ Greenleaf, Graham., & Waters, Nigel (2019), **Global data privacy laws 2019**: **132 national laws & many bills**. Privacy Laws & Business International Report, 157, 14–18.

❋ Karim, Mohammad (2020), **Legal validity of electronic contracts in international trade: A comparative study**. Journal of International Commercial Law, 19(2), 145–172.

❋ Kerr, Orin S (2019), **Digital evidence and the new criminal procedure**, Columbia Law Review, 119(1), 52–98.

❋ Kessedjian, Catherine (2021), **Digital dispute resolution and international arbitration**, Journal of International Arbitration, 38(1), 1–26.

❋ Kohl, Uta (2007), **Jurisdiction and the Internet: Regulatory competence over online activity (1st ed.)**, Cambridge: Cambridge University Press.

❋ Kohl, Uta (2018), **The net and the nation state**, Cambridge: Cambridge University Press.

❋ Kuner, Christopher (2020), **Transborder data flows and data privacy law**, Oxford: Oxford University Press.

❋ Mann, Frederick Alexander (2019), **The legal aspect of money (7th ed.)**, Oxford: Oxford University Press.

❋ Martin, Charles H (2014), **Every1's guide to electronic contracts:**

Contract law on how to create electronic signatures and contracts: Every1's Guide Publishing.

❋ Murray, Andrew (2023), **Information technology law: The law and society (5th ed.)**, Oxford: Oxford University Press.

❋ Reed, Chris & Murray, Andrew (2019), **Rethinking the jurisprudence of cyberspace: A comparative analysis**, International Journal of Law and Information Technology, 27(3), 203–229.

❋ Reed, Chris (2010), **Making laws for cyberspace (1st ed.)**, Oxford: Oxford University Press.

❋ Reed, Chris (2018), **Law of electronic commerce**, Oxford: Oxford University Press.

❋ Rowe, Michael (2022), **E-commerce contracts: Allocation of risk and responsibility**, International Journal of Law and Information Technology, 30(1), 45-61 .

❋ Schmidt-Kessel, Martin, (Ed.). (2020). **The future of the CISG: A global assessment**, Munich: Sellier European Law Publishers.

❋ Voigt, Paul., & Von dem Bussche, Axel (2017), **The EU General Data Protection Regulation (GDPR)**, Berlin: Springer.

❋ Werbach, Kevin & Cornell, Nicolas (2017), **Contracts Ex Machina**, Duke Law Journal, 67(2), 313–382.

❋ Zheng, Sophia (2018), **Cybersecurity and cybercrime: A legal guide (3rd ed.)**, London: Routledge.

❋ Zheng, Zibin, Xie, Shaoan, Dai, Hong-Ning, Chen, Xiangping, & Wang, Huaimin (2018), **Blockchain challenges and opportunities: A survey**, International Journal of Web and Grid Services, 14(4), [pp 352-375], available at: < https://doi.org/10.1504/IJWGS.2018.095647> (last visited on 15/04/ 2025).