

بسم الله الرحمن الرحيم

مجله حقوقی

سال هفتاد و هفتم / شماره هشتاد و چهارم - زمستان ۱۳۹۲

فصلنامه علمی - پژوهشی

صاحب امتیاز: قوه قضاییه

مدیر مسئول: علیرضا امینی

سر دبیر: حسین میر محمد صادقی

مدیر اجرایی: مهدی صبوری پور

اعضاء هیئت تحریریه: (به ترتیب حروف الفبا)

محمد آشوری / محمدعلی اردبیلی / ربیعا اسکینی / نجادعلی الماسی / سیامک رهپیک /

سام سوادکوهی فر / جعفر کوشا / علی حسین نجفی ابرندآبادی

لیتوگرافی، چاپ، صحافی: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه

قیمت: ۳۲۰۰۰ ریال

شمارگان: ۴۵۰۰ نسخه

نشانی: تهران، بزرگراه شهید چمران، بزرگراه یادگار امام (ره)، بعداز خروجی اوین درکه، پژوهشگاه

قوه قضاییه، دفتر مجله حقوقی دادگستری

صندوق پستی: ۱۹۸۳۸۴۶۵۱۴

تلفکس: ۰۲۱-۲۲۰۹۱۸۶۹

نشانی پست الکترونیک: Majaleh_hoghooghi@jpri.ir / www.jlj.ir

مقالات مندرج در فصلنامه الزاماً نظرات پژوهشگاه قوه قضاییه نیست و مسئولیت مطالب و مقالات بر عهده نویسندگان آنها است.

راهنمای تدوین مقالات

- مقاله نباید بیش از سی صفحه یا کمتر از ده صفحه باشد.
- مقاله باید تایپ شده و شامل موارد زیر باشد:
- ❖ چکیده فارسی در ابتدا و چکیده انگلیسی در انتهای مقاله.
- ❖ کلید واژگان
- ❖ نام و نام خانوادگی نویسنده، نویسنده مسئول، میزان تحصیلات، رتبه علمی و دانشگاهی (فارسی و انگلیسی)، نشانی، کدپستی، شماره تلفن و نمابر و نشانی پست الکترونیک
- ذکر معادل لاتین واژگان تخصصی و اسامی خارجی در پانویس هر صفحه
- ذکر منابع و ارجاعات در پانویس.
- ❖ در منابع فارسی، ذکر نام خانوادگی، نام، نام اثر، نام مترجم (در صورت ترجمه بودن)، نوبت چاپ، نام ناشر، سال چاپ، شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع بلافاصله پس از ذکر اولیه آن، ذکر کلمه همان، اگر مطلب در همان صفحه باشد، به همین اکتفا و در غیر این صورت، پس از ذکر کلمه همان، درج صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، فقط ذکر نام خانوادگی صاحب اثر و ذکر کلمه پیشین و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ - در منابع لاتین، ذکر نام نام خانوادگی، نام کتاب، شماره چاپ، محل نشر، ناشر، سال چاپ و شماره صفحه.
- ❖ در صورت تکرار بلافاصله منبع، ذکر کلمه *Ibid.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ❖ در صورت تکرار منبع پس از منابع دیگر، ذکر نام خانوادگی نویسنده و سپس ذکر کلمه *op.cit.* و در صورت تغییر صفحه، ذکر صفحه.
- ذکر کلیه منابع در انتهای مقاله، ابتدا منابع فارسی و سپس لاتین.
- مقاله نباید در جای دیگر چاپ شده یا در دست بررسی باشد.
- مقاله ترجمه شده پذیرفته نمی‌شود.
- مسئولیت صحت مطالب مقاله، به عهده نویسنده مسئول است.
- مجله در ویرایش مقالات، آزاد است، مقاله، بازگردانده نمی‌شود.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چینش مقالات در این شماره براساس حرف اول نام خانوادگی نویسنده مسئول می باشد.	
♦ مطالعه تطبیقی راهبردهای اصلاحی خارج از محیط کیفری ایران و کانادا ۷	
شهرام ابراهیمی / عبدالله ایزدی	
♦ رسیدگی‌های موازی در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی و روش‌های مقابله با آن ۴۱	
شهاب جعفری ندوشن	
♦ ماهیت حقوقی انتقال دیون در ادغام شرکت‌های سهامی و آثار آن بر طلبکاران و بدهکاران غیر سهام‌دار ۶۹	
مهدی رشوند بوکانی / محسن رجالی / امین بدیع صنایع اصفهانی	
♦ معیار تفکیک «حدود غیرمذکور» از «تعزیرات منصوص» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ۱۰۳	
حامد رحمانیان / محمدجعفر حبیب‌زاده	
♦ تأثیر وضعیت پیشین زیان‌دیده در مسئولیت مدنی عامل زیان ۱۲۳	
نفیسه شوشی نسب / عباس میرشکاری	
♦ بررسی تأثیرات تصویب قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه بر حقوق مالی دارندگان سهام عدالت ۱۵۳	
زینب فلاح تفتی / کورش کاویانی	

مطالعه تطبیقی راهبردهای اصلاحی خارج از محیط کیفری ایران و کانادا

شهرام ابراهیمی*

عبدالله ایزدی**

مجله حقوقی دادگستری / سال هفتاد و هفتم / شماره ۸۴ - زمستان ۱۳۹۲

چکیده

راهبردهای اصلاحی برحسب مرحله موضوع اجرای آن، قابل دسته‌بندی در سه سطح است. در این راستا در مرحله خارج از محیط کیفری، سه راهبرد حمایت از زندانی آزادشده، توسعه ضمانت اجرای اجتماعی محور و نظارت، کنترل و تمرین نقش‌آفرینی می‌کنند. جلوه‌های منعکس در کانادا نشان‌دهنده محلی، معنویت‌محور و مذهب‌مدار بودن راهبرد حمایت، قاعده‌مندبودن راهبرد توسعه ضمانت اجرای اجتماعی مدار و جامع و هدفمندبودن راهبرد نظارت و کنترل و تمرین است. به عبارت بهتر می‌توان نظم راهبردی را در این نظام مشاهده نمود. سیستم اصلاحی ایران هرچند در رویکرد اخیر خود به راهبرد توسعه ضمانت اجرای اجتماعی محور توجه نموده است لکن زمینه‌های لازم برای عملی نمودن این راهبرد وجود ندارد و شکست آن، اتفاقی عجیب نخواهد بود. راهبرد حمایتی نیز در عمل مورد اقبال قرار نگرفته است. در ارتباط با راهبرد نظارت، کنترل و تمرین در سطح اجرایی هم علی‌رغم وجود نهادهای متفاوت، عناصر کارساز و هدف‌محور از توجهات قانونگذار به دور مانده است. در ارزیابی راهبردهای اصلاحی ایران می‌توان ظاهرسازی راهبردی را ویژگی بارز این سیستم دانست.

کلیدواژه:

راهبرد، اصلاح، حمایت، ضمانت اجرای اجتماعی محور، نظارت

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول)

shahram.ebrahimi@gmail.com

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی

abdollaiezadi@gmail.com

مقدمه

اصلاح^۱ مجرمین، فرآیند مستمر و هدفمندی است که در تمامی مراحل فرآیند کیفری قابلیت تحلیل می‌یابد. این تفکر که اصلاح و درمان مجرمین در مرحله اجرای مجازات زندان خلاصه شده و اتمام می‌یابد، چندان به صواب نبوده و امروزه در نزد تصمیم‌گیرندگان سیاست جنایی، رنگ باخته است به‌طوری‌که در سیستم اصلاحی کشورهای پیشرفته، دوره آزادی و مرحله خارج از محیط زندان، در این راستا نقشی کلیدی دارد.

در واقع سیاست‌های اصلاحی محیط زندان، یک طرف قضیه است؛ لکن طرف دیگر قضیه این است که فرد با ورود به اجتماع، سیاست‌های ویژه‌ای را می‌طلبد تا مرحله پایانی اصلاح وی، به‌طور شایسته‌ای اتمام یابد و تلاش‌های صورت‌گرفته در مراحل قبل، لوث نشود.

توجه به سیاست‌های کلان اصلاحی ایران در کنار سیاست‌های کشور پیشرفته‌ای همچون کانادا که نهادسازی خود در حوزه اصلاح و درمان را مبتنی بر یافته‌های جرم‌شناسی قرار داده است، راهگشای مشکلات بسیاری است که در زمان فعلی پیش روی سیستم اصلاحی ایران است. این مهم باید محقق شود تا تصمیم‌گیرندگان سیاست جنایی ایران، نه‌تنها در سطح سازوکار و نهادی بلکه در حوزه تصمیم‌گیری کلان، تجربیات کشورهای دیگر را مدنظر قرار دهند.

در این نوشتار، تمرکز مباحث بر دو مطلب است: یکی راهبردهای حاکم در مرحله آزادی مورد بررسی واقع می‌شود؛ به‌گونه‌ای که مرحله آزادی، هر مقطعی دانسته می‌شود که مجرم به‌طور موقت یا دائم بتواند از محیط زندان خارج شود. دومین مطلب را نیز باید متمرکز بر ضمانت اجرای غیر سالب آزادی دانست. در این مرحله، فرد در حال سپری نمودن کیفر است، لکن نفس کیفر و شرایط حاکم بر آن به‌گونه‌ای است که می‌تواند جنبه‌های اصلاحی را به همراه داشته باشد. نوشتار حاضر در سه مبحث ارائه می‌شود. در مبحث نخست، راهبردهای اصلاحی موجود، جدای از توجه به سیستم‌های حقوقی ایران و کانادا مورد اشاره و بیان ضمنی قرار می‌گیرد. مبحث دوم به بررسی جلوه‌های منعکس در سیستم‌های حقوقی ایران و کانادا که قابلیت تحلیل در راستای راهبردهای معرفی‌شده را دارند، اختصاص یافته و مبحث پایانی به تحلیلی جامع از

^۱ اصلاح در این مقاله اعم از اصلاح اصطلاحی، بازپروری و بازسازی است.

راهبردهای اصلاحی ایران و کانادا می‌پردازد و جایگاه هر دو سیستم در کنار هم مورد مقایسه قرار خواهد گرفت.

۱. معرفی راهبردهای موجود

در مرحله مورد بحث در این مقاله، سه راهبرد اساسی نقش‌آفرینی می‌کنند که در ادامه مورد تحلیل در سیستم‌های اصلاحی ایران و کانادا قرار می‌گیرند. در بررسی سطح راهبردی، نگارنده راهبردهای ممکن در این مرحله را راهبردهای تکمیلی می‌نامد. همچنین این مهم قابل بیان است که راهبردهای اصلاحی دیگری نیز در این مقاله در مبحث بررسی راهبردی مورد اشاره قرار می‌گیرد که هم در بررسی فرآیندی و هم سطح راهبردی ویژه دوره‌های دیگر از فرآیند کیفری هستند.

۱-۱. توسعه حمایت از زندانی آزاد شده

اگر بر این فرضیه اعتقاد داشته باشیم که فرد زندانی با گذراندن دوره‌های اصلاحی، اکنون تولدی دوباره داشته است، همانند یک نوزاد که نیازمند حمایت والدین و اطرافیان برای سازگاری با محیط بیرون است، فرد زندانی نیز می‌بایست مورد حمایت قرار گیرد.

در واقع زندانیان افراد معمولی نبوده بلکه کسانی‌اند که به دلایل مختلف مادی و معنوی به ارتکاب جرم دست زده و از این جهت، قبل از ورود به زندان، مشکلات عدیده‌ای داشته‌اند و لذا اصلاح این دسته از افراد، زمانی می‌تواند محقق شود که مسئله به شکل ریشه‌ای نیز مورد تحلیل قرار گیرد. در غیر این صورت، چنانچه تنها به اجرای برنامه‌های اصلاح‌محور در درون زندان اکتفا شود، با خروج آن‌ها از آن محیط، مشکلات گذشته باز بر سر راه این افراد ظاهر شده و موجبی برای برهم‌خوردن فرآیند اصلاح آن‌ها ایجاد می‌شود.

مسئله دیگر در راستای راهبرد توسعه حمایت از زندانی آزادشده را باید موانعی دانست که با ورود زندانی به زندان، در خروج وی بر سر راهش ظاهر می‌شود و در تضاد با اصلاح و بازپروری است. در بسیاری از موارد، فرد در هنگام ارتکاب جرم، دارای شغل و منبع درآمد است لکن حضور وی در زندان، موجبی برای ازدست‌دادن آن شغل می‌شود و حال که از زندان خارج می‌شود با معضل بیکاری روبه‌رو می‌شود. چنین معضلی چنان با مسئله اصلاح فرد در هم تنیده است که بدون حل آن بعید است بتوان از تکامل فرآیند اصلاح صحبت نمود.

از سوی دیگر، قوانین اشتغال و استخدامی در برخی موارد، احکامی را بیان نموده‌اند که منجر به کنارگذاشتن زندانیان آزادشده از لیست استخدامی مؤسسات دولتی می‌شود. این افراد با توجه به سابقه سوء کیفری که برایشان ایجاد می‌شود در به‌دست‌آوردن شغل، با محدودیت‌های اساسی روبه‌رو می‌شوند.^۱

نقش راهبرد حمایت از زندانی آزادشده به این مواد ختم نمی‌شود. در برخی موارد فرد زندانی به دلیل دورشدن از محیط اجتماع در یک حالت عدم اعتماد به نفس قرار می‌گیرد و به دلیل بدبینی که نسبت به او به وجود می‌آید حتی با فرض عدم محدودیت از سوی قوانین به‌سختی مد نظر کارفرمایان قرار می‌گیرد.

علاوه بر شغل یا یافتن یک منبع درآمد، نیاز اساسی دیگر فرد زندانی در هنگام خروج از زندان را باید محل سکونت وی دانست. برخی از زندانیان، قبل از ارتکاب جرم به دلیل فقدان محل سکونت و استقرار، به ولگردی روی آورده و بر همین اساس نیز معیشت کرده‌اند و حتی دلیل بارز ارتکاب جرم از سوی آن‌ها نیز همین قضیه بوده است. در بسیاری از مواقع این افراد شب‌ها را در مکان‌های عمومی به گردش بی‌هدف اختصاص داده یا در پارک‌ها یا گوشه خیابان‌ها استراحت می‌کنند. این امر موجب می‌شود تا به‌راحتی در معرض هر حادثه‌ای برای ارتکاب جرم قرار گیرند یا به‌عبارت بهتر، احتمال عقیم‌ماندن تلاش‌های اصلاحی بیشتر شود.

در برخی موارد دیگر، افراد زندانی، در زندان‌هایی حبس می‌شوند که در فاصله دوری از محل سکونت آن‌ها واقع است. چنانچه چنین فردی بخواهد با استفاده از یکی از سازوکارهای موجود برای آزادی کوتاه‌مدت از زندان خارج شود، نیاز است تا تدابیری اندیشیده شود که وی حداقل در شب بتواند در محلی امن و آرام استراحت نماید.

سومین نیاز که در بدو ورود فرد زندانی از بُعد حمایتی از اهمیت برخوردار است، داشتن سرمایه‌ای هر چند مختصر برای مدت کوتاه قبل از پیدامودن شغل و کسب درآمد است. به‌طور معمول، افراد زندانی از خانواده‌های ثروتمند نیستند و لذا با سپری کردن دوره زندان با جیبی خالی وارد اجتماع می‌شوند. این مسئله موجب می‌شود تا هنوز از زندان آزاد نشده‌اند به انجام جرم برای رفع نیازهای اولیه خصوصاً غذا متوسل شوند. بر همین اساس تدابیر حمایتی باید از این نظر نیز جامع باشد تا بتواند دوره ابتدائی آزادی

^۱. ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ حکایت از این محدودیت‌ها دارد.

را به‌نحو مطلوب پوشش دهد. تهیه لباس و وسایل اولیه زندگی نیز می‌تواند از دیگر ضروریاتی باشد که در جهت تکمیل فرآیند بازپذیری از اهمیت برخوردار است.^۱

بعد دیگر از این راهبرد، حمایت معنوی است. فرد زندانی در خروج از زندان در هر حال به چشم یک انسان عادی از سوی شهروندان نگریسته نمی‌شود و با برخوردهای شاید ناخوشایندی از سوی آن‌ها روبه‌رو می‌شود. اگر قرار باشد فرد بازاجتماعی شود، نیاز است از نظر روانی حمایت شود تا بتواند در مقابل سختی‌هایی که برای وی ایجاد می‌شود مقاومت نماید و این بدبینی‌ها موجبی برای انزوا و احساس جدایی از سوی وی نشود، چرا که در صورت ایجاد چنین احساسی از سوی فرد، وی خود را جدای از جامعه دانسته و با این تفکر، دیگر به ضابطه و هنجارمند بودن توجه نمی‌نماید. از سوی دیگر، فرد زندانی حتی ممکن است در زمان خروج با مشکلات خانوادگی خاص روبه‌رو شود به‌گونه‌ای که همسر او به دلیل تنگناهایی که در غیاب او بر وی وارد آمده است دچار افسردگی شده و کانون خانواده را که می‌بایست محفلی برای تسلی خاطر و حمایت معنوی وی باشد به جهنمی تبدیل نماید که بر مشکلات زندانی بیفزاید. در این ارتباط نیز نقش حمایت از زندانی برای بازسازی کاملاً روشن می‌شود. در این خصوص در یک تحقیق آماری که ۴۰۰ خانواده از خانواده‌های زندانیان استان تهران موضوع بررسی آن بودند مشخص شد که رابطه معناداری میان جرم زندانی و سابقه قضایی وی با میزان افسردگی و انحراف همسر خانواده وجود دارد؛^۲ به‌گونه‌ای که ارتکاب جرم و زندانی‌شدن، موجبی برای به‌هم‌ریختن وضعیت عادی و مطلوب خانواده زندانی است.

۱-۲. راهبرد نظارت، کنترل و تمرین

فرد مجرم در واقع یک انسان انتخاب‌گر است. ارتکاب جرم از ناحیه وی نیز دلیلی بر انتخاب از سوی وی است. در واقع مجرم در زمان تصمیم به ارتکاب جرم از میان تمام انتخاب‌هایی که می‌توانسته است برای او وجود داشته باشد، ارتکاب جرم را برگزیده است.

^۱. آیین‌نامه «مراکز مراقبت بعد از خروج» علی‌رغم داشتن هدف متعالی در این راستا متأسفانه از سویی مراکز مذکور را به‌گونه‌ای محدود پیش‌بینی نموده است و از سوی دیگر، برنامه‌های خود را به‌نحو کلی و فراتر از توان فعلی سیستم حاکم تعریف نموده است و لذا به دلیل عدم زمینه‌های لازم، اجرایی‌شدن برنامه‌ها مورد تردید است.

^۲. زارعی قاضیانی، طهمورث، «بررسی تأثیر زندانی‌شدن بر خانواده زندانی»، مجله اصلاح و تربیت، شماره ۸۵، ۱۳۸۸، ص. ۴۸.

اگر از این واقعیت غافل شویم که فرد به صرف برنامه‌های اصلاحی محیط زندان، اصلاح تکامل یافته خود را به دست نمی‌آورد و او را بدون هیچ گونه محدودیت و نظارت وارد صحنه اجتماع کنیم، نتایجی حاصل خواهد شد که تمامی تلاش‌های گذشته را بی‌اثر می‌نماید.

زندانی باید در دوران آزادی از زندان، سایه‌ای از نظارت را بر اعمال خود احساس کند.^۱ البته چنین نظارتی نباید به صورت گسترده و بی حدومرز بلکه باید با قاعده و محدود به زمان مشخصی باشد. در این صورت است که در انتخاب‌های خود با دقت بیشتری عمل خواهد کرد و از دست زدن به جرم منصرف می‌شود.

نظارت حاکم بر اعمال فرد می‌تواند به صورت محسوس یا غیرمحسوس باشد. در نظارت محسوس، در زمان آزادی، فرد مورد نظر به طور مستقیم یا به عبارت بهتر با مأمور مراقبت به محیط اجتماع وارد می‌شود و نظارت یک مأمور ویژه را همراه خود احساس می‌کند. لکن در نظارت غیرمحسوس، فرد هر چند علم دارد که در طول این دوره مورد نظارت است لکن به صورت فیزیکی، ناظر خاصی را در اطراف خود نمی‌بیند. حالت بینابینی نیز وجود دارد که نظارت در یک مقطع زمانی به صورت محسوس و در مقاطع دیگر به شکل غیرمحسوس انجام می‌گیرد. این نکته قابل ذکر است که هریک از این سه نوع نظارت در جای خود و در خصوص صنف خاصی از مجرمان از کارایی برخوردار است.

باید توجه داشت که در بسیاری از موارد، صرف نظارت نمی‌تواند کارساز باشد، بلکه باید این امکان نیز وجود داشته باشد که در برخی از مواقع، فرد مورد کنترل قرار گیرد. در واقع کنترل، مرحله‌ای فراتر از نظارت است که می‌تواند همراه با دخالت کنترل کننده باشد. در این صورت است که اگر نظارت نتواند در انتخاب درست از سوی مجرم کارساز باشد، فرد مسئول با دخالت خود مانع از آن می‌شود که فرد، مرتکب جرمی شود.

هر دو مورد بحث شده، خود قسمت سوم راهبرد را یاری می‌نماید و آن تمرین درست‌زیستن است. بسیاری از آزادی‌هایی که خصوصاً بین دوره‌های حبس به فرد اعطا می‌شود با این هدف است که وی از اجتماع دور نیفتد. فرد باید به پهنه اجتماع وارد شده و آموخته‌های خود را در زندان، در منظر اجتماع عملی نماید. این فرد با عملی نمودن آموخته‌های خود، جدای از اینکه به مسئولان بازپروری و اصلاح نشان

۱. بند «ج» ماده ۳ آیین‌نامه مراکز مراقبت‌های بعد از خروج.

می‌دهد که دارای شایستگی لازم برای ورود بی‌قید و شرط به اجتماع است، تمرین درست و به‌هنگار زیستن می‌نماید.

انسان، موجودی تحول‌پذیر است که عادات زندگی و هنجارمندی، می‌تواند موجبی برای عادت‌پذیری درست او باشد. اگر فرد در یک دوره معین که تحت نظارت و کنترل قرار دارد به‌طور صحیح و هنجارمند زندگی خود را ادامه دهد، آن‌گاه رعایت هنجارهای اجتماعی در زمان محدودیت نیز چندان امر دشواری برای او به حساب نمی‌آید و به‌نحو سهل‌تری می‌تواند با شرایط کنار بیاید.

۱-۳. راهبرد توسعه ضمانت اجرای اجتماعی محور

در بستر مجازات‌های اجتماع‌مدار، اصلاح و درمان در قالب هم‌نوآوری و به‌هنگار کردن فرد نمایان می‌شود؛ به این معنی که باید شیوه زندگی فرد را از طریق بالابردن مهارت‌های او تغییر داد. بنابراین اصلاح بزهکاران در چنین معنایی رنگ و بوی مردمی به خود خواهد گرفت و می‌توان سخن از مردمی‌سازی اصلاح بزهکاران به میان آورد. در پناه مزیت‌های این ضمانت اجراها در دهه‌های اخیر در قلمرو سیاست‌های کنترل جرم، شاهد پیدایش دیدگاه‌هایی هستیم که بر استفاده از ظرفیت‌های جامعه در اصلاح مجرمان غیرخطرناک و اصلاح‌پذیر و استفاده حداقلی از کیفر حبس تأکید می‌نمایند.^۱ آنچه کیفرهای جامعه‌مدار را از سایر موارد جدا می‌سازد، ویژگی‌هایی چون جدانشدن محکوم از جامعه، مشارکت اجتماع در اجرا، تناسب کیفر با جرم و مجرم، نظارت و مراقبت جهت پیشگیری از جرم و ترمیمی‌بودن فرآیند اجرای آن‌ها است. مجازات‌های جامعه‌مدار، راهی میانه برای دستیابی به مجازات و بازپروری بزهکاران است. جهت‌گیری این مجازات‌ها این است که بزهکاران را متقاعد نمایند که جرم، یک واقعیت اشتباه است. این نسل از مجازات‌ها به دلیل ویژگی‌ها و پتانسیل‌های مطلوبی که دارند بهتر از سایر مجازات‌ها قادر به اصلاح و هم‌نوآمدن بزهکاران با جامعه هستند.^۲ راهبرد توسعه ضمانت اجرای جامعه‌مدار، راهبردی کلان و قابل اتکا است که در مرحله اجرای مجازات، در اصلاح و درمان مجرمان، نقش کلیدی بازی می‌کند. این

^۱. زینالی، امیرحمزه، «سرمایه اجتماعی: بستری برای اعمال کیفرهای اجتماع‌محور در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۴، ۱۳۸۷، ص. ۳۵.

^۲. مرادی‌کوچی، مهدی، کارکرد اصلاح و درمان مجازات‌های جامعه‌مدار با تأکید بر لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مفید قم، ۱۳۸۹، ص. ۶.

راهبرد در خود مؤلفه‌هایی را جای داده است که در مراحل کیفری، قبل هر یک از این مؤلفه‌ها می‌توانست نقش یک راهبرد را داشته باشد.

با عنایت به تقسیم راهبردها در مراحل مختلف، این ویژگی حاصل شده است که راهبرد اساسی در یک مرحله، خود مؤلفه‌ای از یک راهبرد اساسی در مرحله دیگر باشد. راهبرد توسعه ضمانت اجرای جامعه‌مدار با دنبال نمودن مؤلفه‌های زیر، هدف متعالی اصلاح و درمان مجرمین را دنبال می‌نماید.

الف. گسترش مشارکت مردمی

گفتمان مشارکت مردم در مرحله اجرای کیفر، مقوله جدیدی است که در سیاست جنایی و بسیاری از کشورها رونق یافته است. در قالب مجازات‌های جامعه‌مدار، فرد بزهکار در بستر اجتماع حفظ شده و بدون جدایی از آن با سازوکارهای کنترلی و نظارتی، مورد اصلاح و بازپروری قرار می‌گیرد.^۱ رسیدن به هدف اصلاح با توسل به این مؤلفه در قالب تحقق سیاست جنایی مشارکتی و شرکت دادن جامعه مدنی در سیاست جنایی در مرحله اجرای مجازات امکان‌پذیر است.

در واقع اگر این اعتقاد وجود داشته باشد که شخص بزهکار، فردی است که یک فرآیند جامعه‌پذیری ناموفق را طی نموده است و در راستای اصلاح و درمان، وی نیازمند بازپروری و بازاجتماعی شدن دانسته شود، این امر جز در سایه و بستر اجتماع و استفاده از ظرفیت‌های آن امکان‌پذیر نیست. به بیان دیگر، باید در رسیدن به این مطلوب از ظرفیت‌های جامعه در راستای نهادینه کردن ارزش‌های اجتماعی استفاده نمود.

«لازمه توفیق حکومت‌ها در اجرای برنامه‌های توسعه و پیشرفت، به‌طور کلی، همدلی و همراهی توده‌های مردم را می‌طلبد. در غیر این صورت، دولت نمی‌تواند برنامه‌هایش را به‌صورت صحیح و کامل اجرایی نماید و در نتیجه همچون ظرف مشبکی خواهد ماند که از مرحله سیاست‌گذاری به مرحله اجرا، همه ظرفیتش را از دست می‌دهد و به آنچه «بحران نفوذ» خوانده می‌شود گرفتار می‌آید.»^۲

ب. اصل تناسب (فردی کردن مجازات‌ها)

اصل تناسب از مؤلفه‌های قابل توجه راهبرد توسعه ضمانت اجرای جامعه‌مدار است که در راستای اصلاح مجرمان نقش اساسی را دارا است. در واقع اصل تناسب در پناه

^۱. قاسمی‌مقدم، حسن، «مبانی اثر بخشی کیفرهای اجتماع‌محور»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۴، ۱۳۸۷، ص. ۱۳۳.

^۲. جمشیدی، علیرضا، سیاست جنایی مشارکتی، میزان، ۱۳۹۰، ص. ۹۳.

مجازات‌های جامعه‌مدار، رنگ و بوی خاصی را به خود می‌گیرد، چرا که برقراری تناسب میان مجازات‌ها و نحوه اجرای آن با در نظر داشتن شخصیت مجرم و نوع جرم ارتكابی و اوضاع و احوال حاکم بر ارتكاب جرم به‌خوبی امکان‌پذیر است.

تنوع و انعطاف‌پذیری موجود در این نوع ضمانت اجراها موجبی برای نمود اصل تناسب است. هرچند برخی از جلوه‌های این نوع از مجازات‌ها در این خصوص نقش برجسته‌ای دارند و وجود آن‌ها دلیلی محکم جهت وجود دیدگاه اصلاح‌محور است، لکن نفس این ضمانت اجراها نیز خود بر این مهم دلالت دارد.

می‌توان اصل تناسب را از اصول اساسی جهت رسیدن به هدف اصلاح و بازپروری مجرمان دانست، هرچند یک سری از ملزومات مانند پرونده شخصیت و نهاد مددکاری اجتماعی در این خصوص از اهمیت زیادی برخوردار هستند.

ج. ابعاد ترمیمی

مجازات‌های جامعه‌مدار به‌طور ذاتی هدف ترمیمی را بر هدف سزادهی ترجیح می‌دهند، به این معنا که بیشتر به دنبال ترمیم خسارت‌های مادی و معنوی وارد شده بر بزه‌دیده هستند. از مهم‌ترین عوامل در راستای بازپروری بزه‌کاران، ترمیم روابط برهم‌خورده بزه‌کار با شخص بزه‌دیده و جامعه است^۱ چرا که تأثیر مثبت سیاست بازاجتماعی‌نمودن بزه‌کار، منوط به دخیل‌نمودن ذی‌نفع در اقدامی است که به این منظور پیش‌بینی شده است. هر چه قدر جنبه ترمیمی در فرآیند گسترده‌تر باشد مباشر بزه نیز در اجرای ضمانت اجرا مشارکت داده شده و هدف بازپروری قابل وصول‌تر خواهد شد.

مجازات‌های جامعه‌مدار بر خلاف کیفر زندان، میان بزه‌کار و بزه‌دیده و جامعه محلی ارتباط برقرار می‌نمایند. شخص بزه‌دیده، نیازهای خود را مطرح نموده و بزه‌کار تلاش می‌نماید تا در جهت برآوردن آن‌ها حرکت کند.

از مهم‌ترین عواملی که می‌تواند نقش یک مانع را نسبت به فرآیند اصلاح و درمان مجرمین داشته باشد، ایجاد روحیه انتقام در بزه‌دیده و احساس قدرت از سوی بزه‌کار است چرا که وی با ارتكاب جرم، جری می‌شود. در پناه مجازات‌های جامعه‌مدار، فرد بزه‌کار ضمن اینکه خسارات معنوی و آسیب‌های روانی وارد بر بزه‌دیده را التیام می‌بخشد و او را از جو انتقام خارج می‌کند، خودش نیز سر تواضع فرود آورده و از آن احساس پوچ قدرت فاصله می‌گیرد.

^۱. نجفی‌ابرنادادی، علی‌حسین، «مجازات‌های جامعه‌مدار در لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان»، مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، میزان، ۱۳۸۶، ص. ۱۱۱.

د. نظارت و مراقبت

نظارت و مراقبت جزء لاینکف ضمانت اجراهای جامعه‌محور است که بدون این جزء، این ضمانت اجراها ماهیت و ذات اصلاح‌محور خود را از دست می‌دهند. در پناه این ضمانت اجرا نه تنها نظارت در قلمرو کنترل رسمی مدنظر است و مأموران خاص دولتی یا منتخب از طرف دولت، این بُعد را به اجرا می‌گذارند، بلکه در زمینه کنترل غیررسمی یا نیمه‌رسمی نیز نقش‌آفرینی می‌کنند^۱ به‌طوری که اگر نتوان نقش کنترل‌های غیررسمی را بیشتر از کنترل‌های رسمی دانست، کمتر نیز نیست.

با صدور حکم مبنی بر مجازات‌های جامعه‌مدار می‌توان ادعا کرد که نهادهای جامعه‌ی، کار خود را در جهت اصلاح و بازپروری شروع می‌نمایند چرا که صرف رهاسازی مجرم در اجتماع، آثار منفی بیشتری را نسبت به زندان دارد و لذا نیاز است تا افراد متخصص، وظیفه نظارت و مراقبت از این دسته از افراد را بر عهده داشته باشند.

اگر هدف از حکم به مجازات‌های جامعه‌مدار این است که چون فرد بزه‌کار به دلیل جامعه‌پذیری نامناسب به فرد نابهنجار تبدیل شده است لذا باید برای رفع این ناهنجاری و اصلاح و هم‌نوایی مجرم، فرآیند اجتماعی شدن را به‌نحو مطلوب انجام دهد. این فرایند، نیازمند مکملی به نام نظارت است.

۲. جلوه‌های منعکس در ایران و کانادا

با عنایت به اینکه جلوه‌های راهبردی موجود در ایران و کانادا تا حدود زیادی از یکدیگر متفاوت می‌باشند؛ در دو قسمت جداگانه ابتدا جلوه‌های منعکس در کانادا و سپس ایران مورد اشاره قرار خواهند گرفت.

۲-۱. کانادا

الف. کمپ‌های تعلیمات نظامی^۲

کمپ‌های تعلیمات نظامی تقریباً در ۳۰ سال اخیر به جزء جدایی‌ناپذیر عدالت کیفری در مرحله اجرای مجازات در کانادا تبدیل شده و از مواردی بوده که در جهت کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها در کانادا مورد توسل قرار گرفته است. این کمپ‌ها با توسل به

^۱. استوارت، هنری، «کنترل اجتماعی غیررسمی»، ترجمه: لیلا اکبری، مجله علوم جنایی دانشگاه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲، ۱۳۸۶، ص. ۲۷۴.

^۲. Boot camps

آموزش‌های نظامی در یک دوره معین در شبانه‌روز با استفاده از قواعد و شکل خاص نظم و قواعد نظامی، موجبی برای اصلاح و بازپذیری افراد تحت برنامه هستند.^۱ در بین سال‌های ۱۹۸۸-۱۹۹۸ نرخ تکرار جرم جوانان در کانادا به حدی بالا رفت که کمپ‌های تعلیمات نظامی محوریت برنامه‌های خود را بر جوانان متمرکز کردند. این کمپ‌ها برنامه‌های خود را به‌طور معمول بین ۹۰ تا ۱۸۰ روز نسبت به فرد تحت موضوع ارائه می‌دهند. در این مدت زمان، فرد علاوه بر یادگیری آموزش‌های لازم در این کمپ‌ها در اجتماع نیز حضور دارد.^۲

ب. بازداشت خانگی^۳

بازداشت یا حبس خانگی گونه‌ای از ضمانت اجرای اجتماع‌محور در کانادا است. این نهاد در حقوق کانادا سابقه زیادی ندارد و اولین جرقه اجرایی آن را می‌توان در سال (۱۹۹۶) دانست. این ضمانت اجر در پرونده‌هایی به کار می‌رود که دادگاه به‌طور کلی احراز نماید که مجرم از درجه خطرناکی کمی برخوردار هستند.^۴ مستند قانونی که در کانادا از سوی قضات برای تعیین این ضمانت اجرا وجود دارد ماده (۷۱۸) قانون جزایی کانادا^۵ است.

در خصوص استفاده از مجازات حبس خانگی در کانادا دو قانون مؤخر بر قانون جزایی، دامنه استفاده از این ضمانت اجرا را محدود نموده‌اند به‌طوری‌که به نظر می‌رسد هدف این دو قانون صرفاً این بوده است تا افراد خطرناک را از بهره‌مندی این نهاد محروم کنند چرا که بازپروری اجتماع‌محور را نمی‌توان به هر قیمت دنبال کرد.

بنابراین سه محدودیت وارد بر استفاده از این نهاد به ترتیب زیر است:

۱. وفق سند قانونی ۹-۵۷ مصوب (۲۰۰۷) قضات در خصوص مجازات‌های ۱۰ سال یا بیشتر نمی‌توانند به این نهاد متوسل شوند.

۲. مطابق با سند قانونی بند قبل، قضات در خصوص جرایمی که فرد مجرم الزاماً باید حداقلی از زندان را سپری نمایند، حق استفاده از حبس خانگی را ندارند.

^۱ . Anonymous, boot camps: issues for Canada, Alberta, johnhoward society of Alberta, 1998, p.8.

^۲ . <http://www.essortment.com/Canadian-boot-camps.31426.html>.

^۳ . house arrest

^۴ . [http://www.laws.justice.gc.ca/eng/c-46/pag-16htmlusg.rules on house arrest in canada](http://www.laws.justice.gc.ca/eng/c-46/pag-16htmlusg.rules%20on%20house%20arrest%20in%20canada)

^۵ . criminal code of canada

۳. مطابق با سند قانونی ۱۶-c^۱ مصوب ۲۲ آوریل (۲۰۱۰) که حزب حاکم محافظه‌کار کانادا لایحه قانونی آن را به مجلس عوام برد، هر کس موجب آتش‌سوزی، تقلب، قتل و حمله به قصد ضرب و جرح شود از دریافت حکم بازداشت خانگی منع می‌شود.

ج. نظارت الکترونیکی^۲

در کانادا ابتدا در استان‌های بریتیش کلمبیا و ساسکاچوان از این نهاد استفاده شد؛ لکن به مرور زمان به استان‌های دیگر نیز تسری یافت به گونه‌ای که در زمان کنونی به جز مناطق کم‌جمعیت در بقیه آن‌ها رواج یافته است.^۳ وسایل تجهیزات مورد استفاده در این نهاد در کانادا به گونه‌ای است که فعالیت‌های فرد را گزارش نمی‌دهد بلکه تنها موجب ایجاد این اطمینان می‌شود که فرد در چه مکانی حضور دارد یا از محدوده تعیین‌شده خارج شده است یا خیر؟ امروزه در کانادا بیش از آنکه از این دو سیستم استفاده شود، اقبال به سوی استفاده از فناوری «ماهواره موقعیت‌یاب جهانی»^۴ (GPS) متمایل شده است و این دستگاه که از نظر دقت در سطح بالاتری قرار دارد، مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۵ در استان‌های کانادا، رویه‌های مختلفی در خصوص استفاده از این نهاد وجود دارد به گونه‌ای که به‌طور مثال در استان ساسکاچوان، دادگاه، مجرمان را به سوی این نهاد هدایت می‌کند در حالی که در بریتیش کلمبیا، این مسئولان اصلاحی هستند که چنین رویه‌ای را مقرر می‌دارند و انجام می‌دهند. حتی در این استان مأموران زندان، نقش کارکنان نظارتی را بازی می‌کنند. در خصوص مدت زمانی نیز که افراد تحت نظارت هستند، هر چند سه سال بیان شده است، در عمل بیشتر از ۶ ماه طول نمی‌کشد.

^۱. از این سند قانونی به قانون حقوق و عدالت اجتماعی نیز یاد می‌شود.

^۲. electronic monitoring

^۳. Bonta Wallace, S. Capretta & J. Rooney, Electronic monitoring in Canada, solicitor general Canada, Ottawa, 1999, p. 60.

^۴. global positioning satellite

^۵. Downtown, Calgary, Electronic monitoring, Alberta, John Howard Society, Vol. 18, 2001.

د. نظارت طولانی‌مدت^۱

نظارت طولانی‌مدت مجرم، طرحی است که تحت بند ۱ ماده (۷۵۳) قانون جزایی توسط دادگاه تعیین می‌شود. مجرمان موضوع این نهاد، برای مدتی که بیش از ۱۰ سال نیست تحت نظارت قرار می‌گیرند. دستورهای این نوع از نظارت در زمانی اجرایی می‌شود که فرد محکوم تمام محکومیت‌های خود را گذرانده باشد.

ه. برنامه شبکه نمایندگی هماهنگ^۲

این برنامه با موضوعیت نظارت بر مجرمین جوان است. در این برنامه هدف این است تا با افزایش نظارت به‌صورت فشرده و منظم، موجبی برای جلوگیری از تکرار جرم و بازاجتماعی‌شدن جوانان فراهم شود. در این راستا علاوه بر مأمور تعلیق مراقبتی، یک مأمور پلیس به‌صورت داوطلبانه گمارده می‌شود. وی حداقل هر ماه دو مرتبه فرد را ملاقات کرده و مورد مشاوره قرار می‌دهد.^۳

و. نهاد کرکان^۴

در سیستم اصلاحی کانادا، نهاد کرکان متولی اصلی برنامه‌های اشتغال است. در قالب این نهاد، جدای از حرفه آموزی و آموزش‌های مهارت شغلی که در محیط زندان اجرا می‌شود، با حمایت‌هایی که از سوی سازمان‌های غیرانتفاعی صورت می‌گیرد در مرحله بعد از آزادی نیز مجرم تنها گذاشته نشده و مورد حمایت قرار می‌گیرد. به‌طور معمول، نهاد کرکان به دو طریق حمایت‌های خود نسبت به مجرمین در راستای یافتن شغل را اجرا می‌نماید.^۵

۱. انعقاد قرارداد با شرکت‌های تولیدی و به عهده‌گرفتن برخی از مسئولیت‌ها در قبال استفاده زندانیان در مشاغل آموزش‌دیده
۲. ایجاد کارگاه‌های تولید و به‌کارگیری زندانیان در این کارگاه‌ها

¹. long-term supervision orders

². coordinate agency network (can)

³. Curt Griffiths, Danielle Murdoch & Yvon Dandurand, The social reintegration of offenders and crime prevention, Toronto, 2007, p.43.

⁴. Corcan

⁵. C. Visser, L. Winterfield & M. B. Coggeshall, "Ex-offender employment programs and recidivism: A meta analysis", Journal of Experiental Criminology, No.1, 2005, p. 301.

در کانادا نزدیک به ۷۵ درصد مجرمان که وارد سیستم زندان در سطح فدرال می‌شوند از نظر اشتغال، نیازمند شناخته می‌شوند و همچنین تحقیقات نشان داده است، مجرمانی که در دوره بعد از زندان توانسته‌اند یک شغل مناسب که مشروع نیز تلقی می‌شود پیدا نمایند به‌طور قابل‌توجهی از جهت تکرار جرم و نشان‌دادن رفتارهای مجرمانه ایده‌آل‌تر بوده‌اند.^۱

ز. ارتش رستگاری^۲

ارتش رستگاری نهادی است که در سال (۱۸۶۵) به وجود آمد. این نهاد، نوعی جنبش مذهبی خیرخواهانه است که مأموریت آن، تماس با مجرم، بزه‌دیده و شهود است تا در ضمن آن، به تمامی طرفین دعوا کمک شود. مهم‌ترین مأموریت این نهاد به دوران آزادی زندانی مربوط می‌شود که این ارتش در خصوص پیدانمودن کار، اقامت و نظارت بر افراد زندانی آزادشده فعالیت می‌کند.^۳

ح. کمیته‌های مشورتی شهروندان^۴

کمیته‌های مشورتی اولین بار از سال ۱۹۶۵ عملی شدند. وظایف این کمیته‌ها به‌عنوان نهادی ملی در (۱۹۷۷) رسمیت یافت. در این سال مقرر شد که تمامی واحدهای (CSC) باید در معیت خود از کمیته‌های مشورتی استفاده نمایند. در قانون اصلاحات و آزادی مشروط (۱۹۹۲)، علاوه بر تثبیت موقعیت این کمیته‌ها، مشارکت بین نهاد خدمات اصلاحی کانادا و کمیته‌های مذکور را افزایش داد به‌طوری که امروزه نزدیک به ۱۰۶ کمیته در کانادا وجود دارد و بیش از ۶۰۰ عضو نیز دارند. اعضای محلی این کمیته‌ها معمولاً ۵ تا ۱۵ نفر هستند که برای ۲ سال انتخاب می‌شوند. فعالیت این کمیته‌ها در سه سطح محلی، ناحیه‌ای و ملی است.^۵

^۱ .ibid, p.303

^۲ . The salvation army

^۳ . Jeffrey Christian, Corrections and conditional release in Canada: An overview, International Center for Criminal Law Reform, British Columbia, 2006, p. 65.

^۴ . Citizens' advisory committees

^۵ . Christa Gillis & Shelley Trevenhan, Involving the community in corrections: Citizens' advisory committees in Canada, Center for criminal law reform and criminal justice policy, Ottawa, 2000, p.3.

ط. محافل حمایت و پاسخ‌گویی^۱

در سال ۱۹۹۵ گروهی از شهروندان با دغدغه حمایت از زندانیان آزادشده محکوم به جرایم جنسی، گروه حمایتی اجتماع‌محوری را در کانادا تشکیل دادند که بعدها به‌عنوان محافل حمایت و پاسخ‌گویی معروف شد. این محافل از فرقه‌ای از مسیحیان به نام Mennonite و یک کمیته خاص از استان تشکیل می‌شود. محفل‌های مذکور در پی حل مشکلات مجرمین جنسی و درمان آن‌ها انجام وظیفه می‌نمایند. از نظر زمانی نیز تقریباً ۳۴ ماه افراد را یاری و کمک می‌نمایند. محافل حمایت و پاسخ‌گویی، ۴ تا ۷ نفره هستند و در ترکیب خود از روان‌شناسان نیز استفاده می‌کنند.

ی. تعلیق مراقبتی^۲

تعلیق مراقبتی در واقع ضمانت اجرای کیفری است که توسط دادگاه تعیین می‌شود و عبارت از روش برخورد با مجرمینی است که به نحو خاصی انتخاب می‌شوند و در طول مدت زمانی معین، تحت نظارت شخص ویژه‌ای به‌عنوان مأمور تعلیق قرار می‌گیرند. این افراد در این زمان مورد ارشاد و درمان واقع شده و از رفتن به زندان معاف می‌شوند.^۳ از سال (۱۸۹۲) میلادی تعلیق مراقبتی وارد قوانین جزایی کانادا شد و در سال ۱۹۲۱ اجبار به ارائه گزارش به مأمور تعلیق عملی شد. نخستین خدمات تعلیق مراقبتی در عمل در سال ۱۹۲۲ با تصویب قانون تعلیق مراقبتی انتاریو انجام گرفت. از نظر طول دوره نیز حداکثر طول آن ۳ سال است، درحالی‌که حداقلی برای آن وجود ندارد. همچنین این نهاد می‌تواند با جریمه نقدی یا حتی یک دوره زندان کمتر از دو سال همراه شود. در سال‌های اخیر در کانادا این نهاد به‌خاطر نرمی و عطوفت با مجرمان مورد انتقاد قرار گرفته است.^۴

^۱. Circles of support and accountability

^۲. probation

^۳. هامایی، کواچی و دیگران، تعلیق مراقبتی در دنیا، ترجمه حسین آقائی‌نیا، میزان، ۱۳۷۷، ص. ۱۳.

^۴. Donald Evans, Trends in community corrections: The case for probation, International centre for criminal law reformation, Ottawa, 2006, p.3.

ک. آزادی مشروط^۱

آزادی مشروط، نهادهی است که در کانادا دارای سابقه طولانی است و به شکل گسترده نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد. به‌طور کلی می‌توان مدل‌های آزادی مشروط موجود در سیستم حقوقی کانادا را به‌صورت زیر دانست:

(۱) آزادی موقت^۲

آزادی موقت، ابتدائی‌ترین فرصت برای فرد زندانی است تا به سمت جامعه روانه شود. این زمان ممکن است چند ساعت یا چند روز و نهایتاً چند هفته طول بکشد. آزادی موقت در دو نوع با مراقب و بدون مراقب اعطا می‌شود. آزادی موقت با اسکورت طبق بند (۱) ماده ۱۷ قانون اصلاحات و آزادی مشروط بدون اسکورت مطابق با بند (۱) ماده ۷۴۶ قانون جزایی کانادا شناسایی شده است.

(۲) آزادی مشروط روزانه^۳

سابقه آزادی مشروط روزانه در کانادا را باید بالغ بر ۵۱ سال دانست چرا که با قانون آزادی مشروط مصوب ۱۹۵۹ وارد سیستم حقوقی کانادا شده است. این قانون، آزادی مشروط را برای مجازات‌های فدرالی دو سال یا بیشتر مقرر نموده بود. در ابتدا، آزادی روزانه راهی بود برای آزادی زندانیان در طول روز جهت کار، آموزش و... که می‌بایست در عصر به زندان بازمی‌گشتند لکن با ایجاد خانه‌های بین راهی در ۱۹۷۰ امکان اسکان شبانه زندانیان فراهم شد.

با توجه به نیاز مجرمین، در زمان‌های آزادی مشروط روزانه، دوره‌هایی نیز برای افراد خصوصاً در خانه‌های بین راهی تدارک دیده می‌شود. تحقیقات نشان می‌دهد که ۶۸ درصد افراد تحت این نهاد حداقل یک برنامه نسبت به آن‌ها اجرا می‌شود. در میان برنامه‌های اجرایی نیز می‌توان گفت که در مورد ۶۶ درصد افراد، برنامه‌های مبارزه با مواد مخدر، ۵۳ درصد مهارت‌های رفتاری، ۵ درصد روان‌درمانی مجرمان جنسی اجرا می‌شود.^۴

^۱. parole

^۲. temporary absence

^۳. day parole

^۴. Brian Grant & Gal Marlo, Case management preparation for release and day parole outcome, Ottawa, 1998, p.18.

(۳) آزادی مشروط کامل^۱

این برنامه در واقع آزادی مشروط کامل زندانی است که تحت نظارت افسر آزادی مشروط انجام می‌گیرد. زمان این نهاد نیز تا آخر مدت مجازات فرد ادامه می‌یابد. همه مجرمین، غیر از حبس ابدی‌های قتل عمدی، واجد شرایط هستند به‌شرطی که یا دوسوم مجازات را گذرانده باشند یا هفت سال از حبس خود را پشت سر بگذارند. مجرمین حبس ابد در قتل درجه ۱ بعد از ۲۵ سال و در درجه دو بعد از ۱۰ تا ۲۵ سال می‌توانند از این نهاد بهره‌مند شوند.^۲

(۴) آزادی مشروط قانونی^۳

به‌طور معمول، زندانیانی که دوسوم محکومیت خود را سپری نموده باشند، یک‌سوم نهایی را در جامعه تحت نظارت و با توسل به این نهاد سپری می‌کنند. باید توجه داشت که اغلب، کسانی از این نهاد استفاده می‌کنند که یا در آزادی مشروط پذیرفته نشده یا در دوره آزادی مرتکب جرم شده‌اند. در مورد این نهاد برخلاف سایر نهادها، تصمیم‌گیری بر عهده نهاد ملی آزادی مشروط نیست و به‌طور قانونی و خودکار حاصل می‌شود.

(۵) آزادی کارمحور^۴

قانون اصلاحات و آزادی مشروط مصوب (۱۹۹۲) باعث ایجاد تغییراتی در خصوص مقررات مربوط به آزادی زندانیان تحت مراقبت فدرال در کانادا شد. این تغییرات به‌طور عمده، بر نهادهای آزادی موقت، آزادی روزانه و آزادی مشروط کامل مؤثر بود. یکی از جمله نهادهایی که ابداع این قانون است مقررات مربوط به آزادی کارمحور است که در ماده ۱۸ قانون اصلاحات و آزادی مشروط پیش‌بینی شده است. این نوع از آزادی، فرصت‌هایی را برای کار خروج از زندان برای زندانیان فراهم می‌کند. نهاد مذکور به‌طور کامل تحت اختیار خدمات اصلاحی کانادا است. اگرچه نیاز به نظارت و دیگر معیارهای آزادی کارمحور شبیه به نهاد آزادی موقت است، لکن طول ۶۰ روزه دوره و قابلیت تمدید از ویژگی‌های منحصر به فرد آن است.^۵

^۱. full parole

^۲. <http://www.pbc-clcc.gc.ca/infocntr/factsh/rls-eng.shtml>.

^۳. statutory release

^۴. work release

^۵. Ibid, p.35

۲-۲. ایران

الف. خدمات عام‌المنفعه

هرچند خدمات عام‌المنفعه به‌عنوان یکی از مجازات‌های اجتماع محور از اهمیت برخوردار است، در سیستم عدالت کیفری ایران حالت اجرایی به خود نگرفته است و تنها در بُعد رویه قضایی به این نهاد متوسل می‌شوند. به‌عنوان مثال در برخی از احکام شعبه ۱۰۲ جزایی شهرستان فسا در خصوص نوجوانی که مرتکب جرم تولید، توزیع و تحویل آثار سمعی و بصری غیرمجاز شده بود، قاضی شعبه ضمن تعلیق مجازات، فرد را محکوم به تهیه ۲۰۰ سی‌دی مجاز با موضوعات مذهبی، اخلاقی و فرهنگی نمود.^۱ در چنین مواردی نیز برخی از محدودیت‌ها برای قاضی وجود دارد و همواره در معرض این ایراد قرار می‌گیرند که مستند قانونی برای توسل به این راهکار وجود ندارد.

مسئولان عالی قضایی از رهگذر تدابیر مختلف استفاده از کیفرهای جامعه‌مدار ازجمله خدمات عام‌المنفعه را به قضات توصیه کرده‌اند. بخشنامه شماره ۱/۷۸/۶۹۳۳ مورخ ۱۹ مهر (۱۳۷۸) ازجمله این تدابیر است که البته توجه آن نسبت به زنان، کودکان و نوجوانان است. مواد (۱۷)، (۲۲) و (۲۵) قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) نیز ازجمله بسترهای تقنینی بودند که قضات در وضعیت سابق برای پاسخ‌دهی به کودکان بزهکار از آن‌ها بهره می‌جستند.

در قانون مجازات اسلامی جدید که در ۱۳۹۲ مورد تصویب مجلس شورای اسلامی قرار گرفته است در ماده (۸۳) مقررات مربوط به این نهاد پیش‌بینی شده ولی جزئیات مربوط به اجرای این نهاد، موکول به تصویب آیین‌نامه خاص آن شده است و لذا می‌توان گفت هنوز قابلیت اجرایی نیافته است.

ب. دوره مراقبت

در ماده (۸۴) قانون مجازات اسلامی جدید، دوره مراقبت به این نحو شناسایی شده است: «دوره مراقبت دوره‌ای است که طی آن محکوم به حکم دادگاه و تحت نظارت قاضی اجرای احکام به انجام یک یا چند مورد از دستورهای مندرج در تعویق مراقبتی به شرح ذیل محکوم می‌شود:

۱: درجائمی که مجازات قانونی آن‌ها حداکثر سه ماه حبس است، تا شش ماه

^۱. پرونده ۰۳۸۶/۱۲۴۰۹۹۸۷۳۱۲۴/ج/۸۸۰۱۰۲/۱۳۸۸ به نقل از مرادی کوچی، پیشین، ص. ۱۴۱.

۲: در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها نودویک روز تا شش ماه حبس است و جرائمی که نوع و میزان تعزیر آن‌ها در قانون موضوعه تعیین نشده است، شش ماه تا یک سال

۳: در جرائمی که مجازات قانونی آن‌ها شش ماه تا یک سال است، یک تا دو سال
۴: در جرائم غیرعمدی که مجازات قانونی آن‌ها بیش از یک سال است دو تا چهار سال».

لازم به ذکر است که این نهاد در قوانین سابق مورد توجه نبوده است و در شرایط کنونی نیز به واسطه آنچه در بند قبل ذکر شد جلوه اجرایی به خود نگرفته است.

ج. محرومیت از حقوق اجتماعی

ماده (۱۹) قانون مجازات اسلامی سابق، محرومیت از حقوق اجتماعی را به عنوان تتمیم حکم تعزیری و بازدارنده و نه مجازات اصلی بیان می نمود. لکن حقوق و چگونگی محروم سازی مجرم را بیان نمی کرد. پس از آن در تبصره (۱) ماده (۶۲) مکرر الحاقی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۲۷ اردیبهشت (۱۳۷۷) هر چند مقنن اقدام به تعریف حقوق اجتماعی مذکور می نماید ولی این بار نیز آن را به عنوان کیفری تبعی که به تبع محکومیت و مجازات اصلی در جرایم عمدی قابل اعمال است، معرفی می نماید. در قانون مجازات اسلامی جدید، در ماده (۶۳) محرومیت از حقوق اجتماعی به عنوان یکی از جایگزین های حبس معرفی شده است لکن مقررات مربوط به آن در مواد (۲۵) و (۲۶) به تفصیل و قاعده مند مورد اشاره قرار گرفته است، هر چند در این مورد نیز اجرای آن منوط به تصویب آیین نامه خاص در این ارتباط شده است.

د. جریمه نقدی و جریمه روزانه

جزای نقدی تا مدت ها به عنوان مهم ترین جایگزین حبس های کوتاه مدت بر شمرده می شد. لکن وجود برخی از عیوب باعث شد که شکل جدیدی از جزای نقدی تحت عنوان جزای نقدی روزانه وارد قوانین کیفری کشورهای مختلف شود که نه تنها عیوب کمتری نسبت به شکل سنتی جزای نقدی دارد بلکه راه را برای استفاده بیشتر از این نوع کیفر به عنوان جایگزین زندان گشوده تر می کند.

فلسفه جزای نقدی نسبی این است که بزه کار را از تلاش برای کسب منفعت ناحق با تعیین جریمه ای بیش از درآمدهای ناشی از جرم، بازدارد مثل محکوم نمودن مجرم به پرداخت جریمه معادل دو برابر قیمت اموال. در این روش مقنن قصد دارد در ترازوی سنجش سود و زیان عمل، به گفته بنتام، کفه ترازو را به سود عدالت کیفری سنگین تر

نماید تا بزه‌کاران، سود خود را در پرهیز از آن عمل بجویند. لازم به ذکر است که جزای نقدی در حقوق اسلام سابقه‌ای ندارد. هرچند وجود غرامت و دیه در آنجا به این نهاد شباهت دارد^۱ و جریمه نقدی روزانه در قوانین گذشته وجود نداشته است، در قانون مجازات اسلامی جدید در ماده (۸۴) مورد اشاره و شناسایی قرار گرفته است. ماده (۸۵) نیز جریمه نقدی را به‌طور خاص بیان می‌نماید.

ه. مراکز مراقبت‌های بعد از خروج

در مورخ ۱۳۷۸/۲/۱۳ آیین‌نامه‌ای مشتمل بر ۱۱ ماده و ۱ تبصره با عنوان آیین‌نامه مراکز مراقبت بعد از خروج به تصویب رسید. در ماده (۱) آیین‌نامه به‌طور صریح بر هدف اصلاحی ناشی از تأسیس این مراکز تأکید شده است و بیان شده که در قالب این نهاد، زمینه‌ای مساعد جهت بازگشت زندانیان به زندگی سالم اجتماعی میسر خواهد شد.

این مراکز وفق ماده (۶) موظف شده‌اند تا تمامی برنامه‌ریزی‌های خود را در جهت اصلاح و تربیت و فراهم‌آوردن زندگی سالم اجتماعی و بهبود شرایط اقتصادی مددجو انجام دهند. ایجاد زمینه لازم جهت کارآموزی، اشتغال، ازدواج، ادامه تحصیل، تأمین مسکن، ارائه خدمات به مددجویان در امور آموزش و بهداشت و درمان و نظارت بر رفتار مددجویان در مراحل اولیه آزادی از جمله مواردی است که در مراکز مراقبت بعد از خروج باید مد نظر واقع شود.

و. انجمن حمایت از زندانیان

در کنار مراکز مراقبت‌های بعد از خروج، انجمن حمایت از زندانیان نیز وجود دارد که مطابق با ماده (۲۳۹) آیین‌نامه سازمان زندان‌ها، ضمن همکاری با مراکز و انجمن‌های خیریه در راستای حمایت از زندانی آزادشده حداقل در ۳ ماه ابتدای آزادی فعالیت می‌نماید. این نهادها که ابتدا در اساسنامه ۱۳۲۰ و ۱۳۳۶ بنگاه حمایت نام داشتند و هیچ‌گاه نیز به‌طور اساسی نتوانستند در راستای حمایت از زندانیان خصوصاً زندانیان آزادشده اعمال وجود نمایند در ۱۳۶۰ آیین‌نامه و اساسنامه جدیدی را به خود دیدند که در ماده ۳ اساسنامه به‌طور خاص، کمک به اشتغال و پیدانمودن شغل جهت زندانیان آزادشده به عهده آن‌ها قرار گرفته است.

^۱. آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، نشر گرایش، چاپ دوم، ۱۳۸۵، ص. ۲۰۶.

ز. مددکاری اجتماعی

سومین نهادی که می‌توان آن را در تحلیل راهبردی وضعیت بعد از خروج دخیل کرد، مددکاری اجتماعی است. این نهاد تحت آیین‌نامه مددکاری مصوب ۱۳۶۴ عمل می‌نماید و وفق ماده ۴ آن آیین‌نامه وظیفه‌ای پایه‌ای و بستر ساز را در راستای راهبرد حمایتی دارا است. بررسی، شناسایی و اظهارنظر در خصوص افراد واجد شرایط حمایت جهت معرفی به مراکز مراقبت بعد از خروج به عهده این نهاد است.

ح. تعلیق اجرای مجازات

به‌طور کلی تعلیق اجرای مجازات را اجرائشدن تمام یا بخشی از مجازات در مدت معین نسبت به آن دسته از بزه‌کارانی می‌دانند که همواره احتمال اصلاح و درمان آنان وجود دارد. تعلیق اجرای کیفر، سه نوع است: ۱. تعلیق ساده ۲. تعلیق مراقبتی ۳. تعلیق مراقبتی فشرده

در قانون مجازات سابق، ماده (۲۵) مستند قانونی نهاد تعلیق اجرای مجازات در ایران تلقی می‌شد. نویسندگان قانون مجازات اسلامی جدید نیز این نوع از تعلیق را مورد توجه قرار داده‌اند. در فصل ششم و طی مواد (۴۵) تا (۵۴) به‌نحو نسبتاً مفصلی به این موضوع پرداخته شده است. در قالب این مواد به تعلیق ساده و مراقبتی اشاره شده است لکن پیش‌بینی‌های صورت‌گرفته حاکی از تفاوت میان این نهاد با تعلیق مراقبتی در سایر کشورها است.

ت. آزادی مشروط

آزادی مشروط، آزادی موقت محکوم به حبس است که مدتی از دوره محکومیت خود را سپری کرده و با شرایط تقنینی پیش‌بینی‌شده قابلیت آزادی بقیه مدت کیفر زندان را به دست آورده است، به‌گونه‌ای که در صورت رعایت درست دستورهای تعیین‌شده، آزادی او قطعیت پیدا کرده و در غیر این صورت، محکومیت وی به شکل کامل به اجرا در می‌آید.

در قلمرو سیاست جنایی ایران، آزادی مشروط برای نخستین بار در سال (۱۳۱۴) و از رهگذر قانون راجع به وادارنمودن محبوسین غیرسیاسی به کار، به رسمیت شناخته شد. بعدها در سال (۱۳۳۱) آزادی مشروط با تصویب قانون تعلیق مجازات زندانیان مجدداً مورد تأکید قرار گرفت. مقررات این قانون به‌طور کلی و برخلاف عنوانی که مقنن برای آن برگزیده بود با قواعد آزادی مشروط، همخوانی داشت. آزادی مشروط، جدای از

قانون مجازات اسلامی سابق در قانون مجازات اسلامی جدید نیز مورد توجه قرار گرفته و طی مواد (۵۷) تا (۶۲) به این موضوع پرداخته شده است.

ی. نهاد نیمه آزادی

نهاد نیمه آزادی، شیوه‌ای است که محکومان به مجازات‌های سالب آزادی از رهگذر آن، مدتی از دوران حبس را در خارج از این محیط و سایر وقت‌ها را در زندان سپری می‌کنند. به‌دیگرسخن، شیوه‌ای از اجرای کیفر حبس است که به‌موجب آن، بزهکار می‌تواند برخی از فعالیت‌های مربوط به زندگی خود را در بیرون از محیط زندان انجام دهد.^۱

در پرتو این شیوه، محکومان به کیفر حبس بدون مراقبت در بیرون از محیط زندان فعالیت‌های حرفه‌ای خود را پی گرفته و دیگر وقت‌ها مثل شب‌ها در زندان به سر می‌برند. در قلمرو سیاست جنایی ایران، این روش در دوره‌های مختلف مقررات‌گذاری ناظر به پاسخ‌های سالب آزادی شناسایی شده است. مطابق با ماده ۵ آیین‌نامه قانونی و مقررات اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب (۱۳۷۲)، شیوه نیمه‌آزادی شناسایی شده است. در آیین‌نامه ۸۴ نیز این نهاد رسمیت داشته لکن عنوان آن به مراکز حرفه‌آموزی و اشتغال تغییر یافته است.

نویسندگان قانون مجازات اسلامی جدید نیز در قالب ماده (۵۵) به نظام نیمه‌آزادی توجه کرده‌اند و مقرر داشته‌اند که «نظام نیمه‌آزادی شیوه‌ای است که بر اساس آن، محکوم می‌تواند در زمان اجرای حکم حبس، فعالیت‌های حرفه‌ای، آموزشی، حرفه‌آموزی درمانی و نظایر این‌ها را در خارج از زندان انجام دهد».

۳. بررسی راهبردی

از آنجاکه نهادهای منعکس در سیستم اصلاحی ایران و کانادا از نظر مطالعه راهبردی متمایزند در قالب دو قسمت جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۳-۱. کانادا

ویژگی منحصربه‌فردی که از توجه به جلوه‌ای مورد اشاره در کانادا دیده می‌شود و از جهت راهبردهای اصلاح و درمان قابل تحلیل است، این است که این نهادها در غالب موارد، نه انعکاس‌دهنده یک راهبرد خاص بلکه مجموعه‌ای از راهبردها را نشانگرند.

^۱. نیازپور، امیرحسن، توافقی‌شدن آیین دادرسی کیفری، میزان، ۱۳۹۰، ص. ۳۰۵.

نهاد کمپ‌های تعلیمات نظامی به شکل خاصی راهبردهای نظارت، کنترل و تمرین، توسعه حمایت از زندانیان آزادشده، مداراگرایی، توسعه ضمانت اجرای جامع‌مدار، اختیار به شرکت در برنامه‌های اصلاحی و اولویت در اصلاح را معرفی می‌نماید.

راهبرد نظارت، کنترل و تمرین را می‌توان در جنس و ذات برنامه‌های این نهاد مشاهده نمود که به شکل خاص نظامی به اجرا درمی‌آید. سطح نظارت در این برنامه به شیوه فشرده‌ای بوده و در ضمن آن، افراد موضوع برنامه، تحت کنترل هستند و با فراگیری و اجرای آموزش‌های نظامی، حس اطاعت‌نمودن در آن‌ها تقویت و در جهت رعایت هنجارها با اجتماعی می‌شوند. از آنجاکه این نهاد در شبانه‌روز فعالیت می‌کند جنبه‌های حمایتی خود را نسبت به تأمین مسکن و نیازهای اولیه فرد حفظ می‌کند.

از رهگذر این نهاد است که فرد در اجتماع حفظ می‌شود و با حفظ ارتباط خود با مردم اجتماع، فرایند با اجتماعی شدن را طی می‌کند. همچنین از خصوصیات بارز این نهاد این است که افراد به‌طور داوطلبانه وارد کمپ‌های اصلاحی می‌شوند. توجه به راهبرد اولویت‌بندی در اصلاح را نیز می‌توان در این ویژگی نهاد جستجو نمود که با توجه به وضعیت حاکم بر سیستم جرم‌شناسی و اصلاح‌مدار کانادا تنها جوانان به‌طور خاص موضوع این نهاد قرار گرفته‌اند.

بازداشت خانگی یکی دیگر از ضمانت اجرای جامع‌مدار در سیستم اصلاحی کانادا محسوب می‌شود که راهبرد توسعه ضمانت اجرای مجازات‌های جامع‌مدار را به‌نحو مطلوبی تقویت می‌کند. افراد تحت این نهاد اجازه دارند تا مجازات خود را در بطن جامعه گذرانده و ضمن اینکه در اکثر اوقات در منزل هستند و جنبه سزادهی حفظ می‌شود برای پیگیری مسائل شخصی، درمان آموزشی از منزل خارج شوند و ارتباطات اجتماعی خویش را حفظ نمایند.

از طرفی به‌طور معمول این ضمانت اجرا همراه و در کنار یکی از ابزارهای نظارتی مورد حکم قرار می‌گیرد. عرف بر این است که نظارت الکترونیکی مهم‌ترین سیاستی است که در این ارتباط مورد توسل واقع می‌شود لذا راهبرد نظارت کنترل و تمرین به‌خوبی در این نهاد قابل مشاهده است. اهداف ترمیمی نیز می‌تواند در قالب این ضمانت اجرا دنبال شود. شکل معمول این نهاد به این نحو است که دادگاه اجرای برخی از شروط را برای فرد الزامی قرار می‌دهد که از بارزترین آن، شروط مراجعه به کلینیک‌های درمانی و انجام تست‌های اعتیاد است به‌طوری‌که حتی این امکان برای مأموران انتظامی وجود دارد تا سرزده به خانه فرد رفته و او را مورد تست و آزمایش قرار دهند.

نظارت الکترونیکی تدبیری است که هرچند آن‌چنان که از عنوان آن بر می‌آید، راهبرد نظارت، کنترل و تمرین را نشان می‌دهد لکن راهبرد توسعه مجازات‌های اجتماع‌محور را نیز شاید به همان اندازه راهبرد قبل، نشان‌گر است. در پناه این تدبیر است که فرد وارد پهنه اجتماع شده و بدون آنکه هیچ شهروند دیگری از موضوع مجرم‌بودن وی با خبر باشد به فرآیند بازاجتماعی‌شدن می‌پردازد؛ ضمن اینکه ارتباطات خود با جامعه را حفظ می‌کند و از ظرفیت‌های موجود در این ارتباط استفاده می‌نماید. همچنین از موانعی همچون انگ مجرمانه و نگاه بدبینانه نیز که می‌توانست بر سر راه او وجود داشته باشد در امان می‌ماند.^۱

برنامه نظارت اجتماعی لحظه‌ای فشرده، در واقع بیانگر نکته نوینی در ارتباط با نظارت اصلاح‌محور است و آن استفاده از ظرفیت‌های محلی در این خصوص است. تشکیل تیم‌هایی که اعضای جامعه محلی در آن هستند و اعمال نظارت بر فرد، خود موجب می‌شود تا فرد مجرم، کمتر احساس عدم همکاری را در راستای بازاجتماعی‌شدن داشته باشد. تنوع برنامه‌های نظارتی که به‌گونه‌های مختلف به اجرا در می‌آیند موجب شده است تا بتوان در راستای اصلاح فرد از هر ظرفیتی استفاده نمود و همچنین امکان پررنگ‌نمودن راهبرد خاص دیگر نیز فراهم شده است، به‌طوری‌که در قالب برنامه شبکه نمایندگی هماهنگ، مجرمان جوان به‌طور خاص مدنظر هستند.

نهادهای ارتش رستگاری، کرکان، برنامه‌های حمایت مالی و سکونت، گروه‌های حمایت و نگهداری، کمیته‌های مشورتی شهروندان و محافل حمایت و پاسخ‌گویی، اهداف عمده خود را متوجه راهبرد توسعه حمایت از زندانیان آزادشده قرار داده‌اند و هر یک به شکلی سعی نموده است تا حمایت همه‌جانبه‌ای را به شکل اصلاح مدار نسبت به زندانیان آزادشده اجرا نمایند.

به‌طور کلی می‌توان گفت که راهبرد نظارت، کنترل و تمرین در کانادا در مقطع خروج از زندان ۴ مدل اجرایی را دربراست:

۱. خطر محور
۲. نیاز محور
۳. میانه
۴. توانایی محور

^۱. تدین، عباس، «نظارت الکترونیکی، گامی به سوی جایگزین‌های زندان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۴، ۱۳۸۷، ص. ۶۴.

مدل خطر محور مبتنی بر این فرض است که مجرمان خطرناک هستند و نیاز به کنترل و نظارت شدید دارند. چنین مدلی نیاز به دستگاه الکترونیکی را به وجود آورده است که در قالب برنامه نظارت طولانی مدت جلوه گر شده است.^۱

مدل نظارت نیاز محور، مبتنی بر نیازهای جرم شناسانه مجرمان است که در این راستا برنامه های نظارتی آزادی مشروط مدنظر است چرا که در این خصوص با توجه به ویژگی های مجرم و نوع جرم، سعی می شود تا نوعی از نظارت که نیازهای مجرم را نیز تأمین می کند، استفاده شود. در این خصوص برنامه های درمانی و مهارت های رفتاری و مشاوره ای انجام می گیرد.

مدل میانه در واقع ترکیبی است از دو مدل دیگر به گونه ای که ضمن توجه به خطراتی که مجرم دارد و باید نظارت متناسبی در خصوص وی صورت گیرد، نیازهای وی نیز در شرایط خاصی تا حد امکان برآورده می شود.

مدل نظارتی جامعه محور نیز حوزه نظارت را نه صرف نظارت بر خطر یا نظارت همراه با برآوردن نیازها بلکه نظارت مبتنی بر آشتی میان مجرم و جامعه می داند. طرفداران این مدل اعتقاد دارند که فرد مجرم با ارتکاب جرم، برچسب مجرمانه را به خود گرفته است و این انگ بیش از هر چیز مشکل ساز است. در واقع فرد خود را متعلق به جامعه نمی داند و اگر تحت نظارت صرف قرار گیرد، جواب گو نیست لذا باید شرایط به گونه ای فراهم شود که فرد بتواند توانایی خود را در جامعه بروز دهد و از این راه ضمن احیای موقعیت از دست رفته خود، برچسب مزبور را نیز پاک کند.^۲

راهبرد توسعه ضمانت اجرای جامعه مدار در کانادا از مدل خاصی تحت عنوان «عوام گرایی» بهره گرفته است و بر این صحبت بنتمام که «قانونگذار باید افکار عمومی را در تعیین مجازات ملاحظه نماید» صحه گذاشته است.

۳-۲. ایران

تحلیل راهبردی سیستم اصلاحی ایران با توجه به اسناد قانونی، آیین نامه های موجود و رویه حاکم صورت می پذیرد. در این راستا اشاره به این نکته از اهمیت برخوردار است

^۱ . Diana Gordon, The justice juggernaut: Fighting street crime, controlling citizens, Rutgers university press, New Brunswick, 1991, p.164.

^۲ . Ross Burnett & Shadd Maruna, "The kindness of prisoners: strength based resettlement in theory and in action", Criminology and criminal justice, No.6, 2006, p.31.

که قانون مجازات اسلامی جدید، سندی قابل اتکا است که می‌تواند جدای از وضعیت فعلی، دورنمای راهبردمداری را در ایران نشان دهد.

توسعه مجازات‌های جامعه‌مدار در قلمرو سیاست جنایی ایران، در دو بستر قضایی و تقنینی مورد توجه محدود بوده است. در بستر تقنینی بند (ب) ماده (۱۳۰) قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و قانون مجازات اسلامی جدید و در بستر قضایی، شکل‌گیری نهضت قضایی میان قضات در این زمینه از محدود نمودهای این راهبرد است.

خدمات عام‌المنفعه در واقع فرصتی برای اصلاح، درمان و بازپروری بزهکاران است که در پناه این شیوه بتوان احساس مسئولیت را در بزهکاران تقویت نمود و موجب افزایش عزت‌نفس در این افراد شد. از آنجاکه جامعه با ارتکاب جرم از سوی مجرمین متضرر شده است، لذا انجام خدمات عام‌المنفعه می‌تواند جبران زیان‌های وارد بر پیکره جامعه باشد. در چنین فضایی است که می‌توان صحبت از آشتی میان جامعه و فرد بزهکار نمود و در قالب راهبرد ترمیمی، اهداف اصلاحی را در فرد مجرم دنبال کرد.

هرچند در وضعیت سابق تحت مواد ۲۵، ۱۷، ۲۲ و ۲۵ قانون مجازات اسلامی سعی می‌شد خدمات عام‌المنفعه مورد استفاده واقع شود لکن سمت و سوی این اقدامات، بیشتر کودکان بزهکار را در بر می‌گرفت و لذا می‌توان گفت صحبت از اهتمام به راهبرد حمایتی در آن وضعیت چندان به صواب نبوده است. متأسفانه سازوکاری نیز که بر این نهاد در قانون مجازات اسلامی جدید وجود دارد برخلاف هدف راهبردی آن است. به‌عنوان مثال، هنگامی که فردی به دلیل فقر مرتکب سرقت می‌شود باید توجه داشت که صرف صدور حکم خدمات عام‌المنفعه کفایت نمی‌کند بلکه باید در ازای خدمتی که فرد به جامعه انجام می‌دهد، مبلغی به وی پرداخت شود تا بتواند در خلال انجام خدمت، نیازهای مالی خود را نیز برطرف نماید. در قانون مجازات اسلامی جدید، عکس چنین انتظاری حرکت شده است و صریحاً به رایگان‌بودن این خدمات اشاره شده است و حتی موجب ایجاد این شبهه در ذهن می‌شود که تهیه‌کنندگان این قانون، از تأسیس این نهاد در حقوق ایران، هدف اصلاح و بازپروری نداشتند بلکه تنها به‌عنوان یک جایگزین زندان به آن نگریسته‌اند و تلاششان بیشتر معطوف به رفع‌نمودن محدودیت‌های مالی بوده است. انتخاب عنوان مجازات‌های جایگزین زندان، قرینه‌ای در جهت اثبات این فرضیه است.

راهکار دوره مراقبت، شیوه‌ای است که در قالب آن می‌توان امکانات اصلاح و درمان را در جهت راهبرد حمایتی به کار گرفت. حمایت از بزهکار در دوره مراقبت، نشان از آن

دارد که جامعه این فرد را طرد ننموده و همچنان او را عنصری مطلوب می‌داند. بنابراین دوره مراقبت بدون آنکه انگ مجرمانه را بر وی بزند او را از تکرار جرم منصرف می‌کند. از ملزوماتی که برای دوره مراقبت نیاز است، پرونده شخصیت است. چنین مهمی از اهمیت بسیاری برخوردار است و دید اصلاح‌مدار را به شکل مطلوبی نشان می‌دهد. سیاست محرومیت اجتماعی بر این مبنا از نظر اصلاحی قابل تحلیل است که از جمله طرق اصلاح و درمان رفتارهای نابهنجار، محروم‌سازی است که طی آن، فردی که دارای رفتار نابهنجار است از دریافت چیزی که برای او خوشایند و مطلوب است بی‌نسیب ماند. نوعی از محروم‌سازی که در راستای اصلاح و بازپروری نیز قابل بررسی است، محروم‌ساختن فرد از محرک‌های رفتار نامطلوب است که از آن به «محروم‌کردن از تقویت مثبت»^۱ تعبیر می‌شود. علی‌رغم این بیانات، نگارنده معتقد است که این نهاد می‌تواند مانعی برای اصلاح نیز به حساب آید. در واقع محرومیت از حقوق اجتماعی شاید بیش از آنکه از ظرفیت‌های اجتماع برای بازپروری مجرمان استفاده نماید از بین‌برنده زمینه‌های اصلاح و ایجادکننده زمینه‌های ارتکاب جرم باشد و شاید بتوان مواد ۱۹ و ۶۲ مکرر قانون مجازات اسلامی سابق را از نظر تحلیل اصلاحی، منفی‌گرا دانست. در این خصوص حتی برخی از حقوق‌دانان معتقدند چنین نهادی با اصول شرع اسلام نیز مخالفت دارد.^۲

همچنین در فرضی می‌توان برای جریمه روزانه، قائل به کارکرد اصلاحی شد که این ضمانت اجرا در راستای ترمیم و جبران عوارض ناشی از اعمال بزهکاران به اجرا در آید و از سوی دیگر نیز شخص بزهکار در همین راستا دارای مشارکت فعال باشد، نه اینکه صرفاً پرداخت‌کننده باشد. در واقع باید آن‌چنان که دورکیم معتقد است، کیفر مالی را به نوعی کیفر ترمیمی تبدیل کرد. متأسفانه این رویکرد در قانون مجازات اسلامی دیده نمی‌شود و در موادی که جزای نقدی را مقرر نموده، جنبه ترمیمی ندارد. در یک دید انتقادی نسبت به راهبرد توسعه ضمانت اجراهای اجتماع محور در ایران می‌توان گفت که قانون مجازات اسلامی سابق، اهتمامی برای این ضمانت اجراها قائل نشده است و در اندک موارد قابل اجرا نیز رنگی از اجرای هدفمند آن دیده نمی‌شود. قانون مجازات اسلامی جدید نیز به‌عنوان سندی که بیان‌کننده این ضمانت اجراها است از جهاتی مورد ایراد است. مهم‌ترین ایرادی که به این قانون وارد است، این است که

^۱ . Time out from positive reinforcement

^۲ . نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ ۱۷، گنج دانش، ۱۳۸۵، ص. ۴۷۴.

قانون هرچند نهاد را شناسایی کرده، ملزومات آن را پیش‌بینی ننموده است و این سؤال را به وجود آورده که هدف از شناسایی نهاد چه بوده است؟ به‌عنوان مثال در ماده (۸۳) که نهاد خدمات اجتماعی شناسایی شده است، انواع خدمات و نهادهای پذیرنده محکومان مشخص نشده و در حالی که در ایران، قضات اجرای احکام با حجم بالایی از پرونده‌ها دست و پنجه نرم می‌کنند چگونه می‌توان قاضی را مسئول پیگیری مستمر چند پرونده خاص نمود؟ همچنین مجازات‌های اجتماع‌مدار نیازمند واحد اجرای احکام تخصصی است که در آن قاضی اجرای حکم باید بتواند در حکم صادرشده در راستای اصلاح و درمان تصرف نماید^۱ و حال آنکه چنین امکانی با توجه به موقعیت سیستم عدالت کیفری ایران فراهم نیست.

در واقع توسل به مجازات‌های اجتماعی در ایران نیازمند برخی از پیش‌شرط‌هایی است که هم‌اکنون فراهم نیست. آگاه‌سازی افکار عمومی و جلب توجه نهادهای داوطلب در این خصوص از اهمیت برخوردار است. همچنین در جهت راهبرد نظارت، کنترل و تمرین که در فصول ششم، هفتم و هشتم قانون آمده است، استفاده از متخصصان علوم اجتماعی و مددکاری ضروری شناخته شده و این در حالی است که بعید است بتوان با عنایت به اوضاع اقتصادی حاکم، چنین حجم گسترده‌ای را استخدام نمود.

در هر حال همه ما به‌عنوان یک شهروند ایرانی در این جامعه زندگی نموده و جلوه‌های عملی نهادهای مورد بحث در آیین‌نامه مراکز مراقبت‌های بعد از خروج را مشاهده می‌نماییم. مشخص نیست که وظایف برشمرده‌شده در خصوص این نهادها با چه ابزاری در حال اجراست؟ یا خدمات آموزشی و مشاوره در کجا ارائه می‌شود که شهروندان از آن بی‌اطلاع هستند؟ همچنین جلب کمک‌های مردمی و انجمن‌های خیریه به آسانی بیان حاصل نمی‌شود. وظایف نظارتی در این مراکز نیز که به مراحل اولیه آزادی مختص است، مشخص نیست در چه قالبی، با چه مأموری و چگونه انجام می‌پذیرد. از طرفی نیز در قالب برخی از نهادها همچون انجمن‌های حمایت که همان طور که از نام آن‌ها پیداست می‌بایست حمایت جامع و کاملی از زندانیان آزادشده صورت پذیرد، متأسفانه شاهد چنین حمایتی نیستیم و حتی در متن قانونی نیز حوزه کاری تا حدود زیادی محدود شده است لذا می‌توان گفت که راهبرد حمایت و نظارت به نحو ناقص مورد

۳. منصورآبادی، عباس، و کونانی، سلمان، «بستر مجازات‌های جامعه‌مدار با تأکید بر رویکرد سیاست جنایی ایران»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۱۵، ۱۳۸۹، ص. ۲۶.

توجه بوده است هرچند گاهی در اخبار و مجلات، صحبت از اقدام ابتکاری یک مرکز یا انجمن نسبت به راهبردهای مذکور است.

همچنین به نظر می‌رسد که جهت‌گیری سیاست جنایی ایران در قبال اصلاح و درمان مجرمین، تحت تأثیر اقدامات امنیتی قرار گرفته است و شاید رسالتی که در ماده (۴۸) مکرر قانون مجازات اسلامی سابق در مورد نظارت بر مجرمان سابقه‌دار به تصویب رسید، هیچ‌گاه اهداف بازپروری را دنبال ننموده است؛ ضمن اینکه همانند بسیاری دیگر از نهادهای مطرح در لوایح قانونی، سازوکار اجرایی راهکار، چندان با بسترهای موجود و همچنین مبانی فکری حاکم بر نهادها سازگاری ندارد.^۱

علی‌رغم بیانات فوق، نهادهای مذکور دارای کارکردهای اصلاحی نیز هستند. این نهادها راهبرد مداراگرایی کیفری را در خود داشته و علاوه‌بر استفاده از آثار اصلاحی این راهبرد، از حیث از بین بردن موانع اصلاح، خصوصاً اثرات منفی زندان از اهمیت برخوردار است. همچنین نهاد مذکور، وسیله‌ای برای آشتی میان مردم و بزهکار است چرا که در هر حال، فرد در بطن جامعه وارد می‌شود و در کنار افرادی قرار می‌گیرد که همه از یک نوع هستند و لذا فرد دارای این امکان می‌شود که روابط اجتماعی خویش را مستحکم نماید و تحت کنترل‌های اجتماعی، بازاجتماعی‌شدن را تجربه نماید.

به نظر می‌رسد آنچه در این مقطع می‌تواند در برون‌رفت از وضعیت فعلی و دستیابی به وضعیت آرمانی مفید واقع شود از دو جهت قابل بیان باشد. در یک وجه، جدای از هر راهبرد خاص، با عنایت به اینکه در زمان فعلی، انقلاب مفیدی در قانونگذاری به‌خصوص در حقوق جزا در حال انجام است و تدوین آیین‌نامه‌های مربوط نیز هنوز صورت نگرفته است و خوشبختانه مسئولین و تصمیم‌گیرندگان سیاست جنایی، توجه به سازوکارها و تجارب سازنده دیگر کشورها را در قالب مطالعات تطبیقی مدنظر قرار می‌دهند، بجاست ضمن توسعه مطالعات تطبیقی و پیش‌بینی سازوکارهای برگرفته از راهبردهای مورد بررسی، تلاشی مضاعف در راستای تأمین و تجهیز امور زیربنایی انجام گیرد و شرایط موجود چه از نظر مادی و چه از نظر روانی، مهیای اجرای راهبردهای اصلاحی واقع شود. در وجه دوم نیز شایسته است سازوکاری پیش‌بینی‌شود تا در عمل راهبردهای موجود بتوانند نقش‌نمایی کنند و متناسب با شرایط موجود در جامعه ایرانی مورد قبول واقع شوند. به نظر می‌رسد استفاده از متخصصان علوم اجتماعی به‌خصوص در حوزه

^۱ ابراهیمی، شهرام، «ارزیابی تحولات اخیر سیاست کیفری در قبال بزهکاران مزمن در پرتو موازین حقوق بشر (از مراقبت و تنبیه تا تنبیه و مراقبت)»، مجموعه مقالات (پیشگیری از بزه‌دیدگی)، ۱۳۹۰، ص. ۳۶.

جامعه‌شناسی و بهره‌گیری از نتایج تحقیقات با موضوعاتی مانند: «اثر بخشی و اثرپذیری راهکارهای اصلاحی در جامعه» بتواند مفید باشد. همچنین بهره‌گیری از کمیته‌های نظارتی در سطح کلان و زیرشاخه‌ای همانند آنچه در قانون «احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی» و آیین‌نامه مربوط آمده است، می‌تواند ضمن تقویت راهبرد نظارت، زمینه‌ساز اجرای دقیق و کامل راهبردهای دیگر شود.

نتیجه

سازوکارهای مورد بررسی در بخش جلوه‌های مربوط به کانادا حاکی از آن است که در بسیاری از نهادهای موجود، میل به مشارکت در جامعه محلی وجود دارد و سعی شده است تا فرآیند اصلاح و بازپروری در تمامی راهبردها با گرایش محلی‌نمودن و توجه به افکار عمومی انجام گیرد. در این راستا بسیاری از نهادهای خودجوش در سطح این کشور اجازه فعالیت یافته‌اند؛ نهادها و مؤسسات غیرانتفاعی و غیردولتی که تنها با هدف اصلاح و کمک وارد عرصه شده‌اند.

راهبرد حمایتی نیز به‌طور کلان با عنایت به وجود نهادهای محلی و مردمی، رویکردی اجتماع‌محور به خود گرفته است؛ ضمن آنکه تمایل سیستم اصلاحی کانادا به‌گونه‌ای است که از تمامی ظرفیت‌های ممکن استفاده می‌شود به‌طوری‌که حتی از مذهب نیز در این خصوص به نحو احسن استفاده شده است. حمایت در سیستم کانادا متوجه مسائل مالی و شغلی صرف نیست بلکه متوجه روحیات معنوی و عاطفی زندانی آزادشده است، به شرحی که در گروه‌های حمایت و نگهداری، اعضای گروه، سعی بر ایجاد ارتباط تنگاتنگ عاطفی با فرد نموده و سعی می‌کنند تا نیازهای اساسی فرد را از عمق موضوع حل نمایند و حتی در جهت رسیدن به واقعیات در یک اقدام آینده‌نگر، کار خود را از زمان زندانی‌بودن فرد و تهیه لیست نیازهای او شروع می‌کنند. بنابراین می‌توان گفت راهبرد حمایت از زندانیان آزادشده در کانادا با گرایش‌های مذهبی‌مدار، معنوی‌بودن و محلی‌ساختن امر، اعمال وجود می‌کند.

هرچند گرایش به سمت راهبرد توسعه ضمانت اجراهای اجتماع‌محور در ایران قابل تقدیر است به دلیل عدم زمینه‌های مورد نیاز، بعید است که این موارد رنگ اجرایی به خود بگیرد. بر همین مبنا نگارنده معتقد است که سیاست‌گذاران جنایی، حداقل در این حوزه، ظاهرسازی راهبردی را مدنظر قرار داده‌اند.

در ارتباط با راهبرد توسعه حمایت از زندانی آزادشده نیز به نظر می‌رسد این راهبرد به‌طور شایسته مورد توجه قرار نگرفته است. هرچند مراکز مراقبت بعد از خروج و انجمن حمایت از زندانیان در این راستا در متون قانونی وظایف حمایت‌محوری را در ارتباط با اصلاح و درمان دارا است، در عمل چنین وظایفی اجرایی نشده است یا حداقل می‌توان گفت به شکل کامل و آن‌گونه که بایسته و شایسته است مورد اهتمام نیست.

راهبرد نظارت، کنترل و تمرین نیز که در قالب سه جلوه تعلیق، آزادی مشروط و شیوه نیمه‌آزادی در سیاست جنایی ایران جلوه‌گر است، نتوانسته است آن طور که بایسته آن

است جلوه‌نمایی نماید. بارزترین رکنی که در قالب راهبرد نظارت، کنترل و تمرین وجود دارد، وجود مأموران نظارتی است. این در حالی است که در هیچ‌یک از نهادهای مذکور، مأمور خاصی به این منظور پیش‌بینی نشده است و جلوه راهبردی را از این نهادها گرفته است.

منابع:

الف - فارسی

- ابراهیمی، شهرام، «ارزیابی تحولات اخیر سیاست کیفری در قبال بزهکاران مزمن در پرتو موازین حقوق بشر (از مراقبت و تنبیه تا تنبیه و مراقبت)»، مجموعه مقالات (پیشگیری از بزه دیدگی)، ۱۳۹۰.
- استوارت، هنری، «کنترل اجتماعی غیررسمی»، ترجمه: لیلا اکبری، مجله علوم جنایی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱۳۸۶، ۲.
- آشوری، محمد، جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین، نشر گرایش، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- تدین، عباس، «نظارت الکترونیکی، گامی به سوی جایگزین‌های زندان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۴، ۱۳۸۷.
- جمشیدی، علیرضا، سیاست جنایی مشارکتی، میزان، ۱۳۹۰.
- زارعی قاضیانی، طهمورث، «بررسی تاثیر زندانی‌شدن بر خانواده زندانی»، مجله اصلاح و تربیت، شماره ۸۵، ۱۳۸۸.
- زینالی، امیرحمزه، «سرمایه اجتماعی: بستری برای اعمال کیفرهای اجتماع‌محور در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۴، ۱۳۸۷.
- قاسمی مقدم، حسن، «مبانی اثربخشی کیفرهای اجتماع‌محور»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۴، ۱۳۸۷.
- مرادی کوچی، مهدی، کارکرد اصلاح و درمان مجازات‌های جامعه‌مدار با تأکید بر لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مفید قم، ۱۳۸۹.
- منصورآبادی، عباس و کونانی، سلمان، «بستر مجازات‌های جامعه‌مدار با تأکید بر رویکرد سیاست جنایی ایران»، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۱۵، ۱۳۸۹.
- نجفی ابراندآبادی، علی‌حسین، «مجازات‌های جامعه‌مدار در لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان»، مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، میزان، ۱۳۸۶.
- نیازپور، امیرحسن، توافقی‌شدن آیین دادرسی کیفری، میزان، ۱۳۹۰.

- هامایی، کواچی و دیگران، **تعليق مراقبتي در دنيا**، ترجمه: حسين آقائي نيا، ميزان، ۱۳۷۷.

ب - انگليسي

- Brian Grant & Gal Marlo, **Case management preparation for release and day parole outcome**, Ottawa, 1998.
- Bonta Wallace, S. Capretta & J. Rooney, **Electronic monitoring in Canada**, solicitor general Canada, Ottawa, 1999
- Ross Burnett & Shadd Maruna, "**The kindness of prisoners: strength based resettlement in theory and in action**", Criminology and criminal justice, No.6, 2006.
- Christa Gillis & Shelley Trevenhan, **Involving the community in corrections: Citizens' advisory committees in Canada**, Center for criminal law reform and criminal justice policy, Ottawa, 2000.
- Curt Griffiths, Danielle Murdoch & Yvon Dandurand, **The social reintegration of offenders and crime prevention**, Toronto, 2007.
- Donald Evans, **Trends in community corrections: The case for probation**, International centre for criminal law reformation, Ottawa, 2006.
- Downtown, Calgary, **Electronic monitoring**, Alberta, john howard society, Vol. 18, 2001.
- Diana Gordon, **The justice juggernaut: Fighting street crime, controlling citizens**, Rutgers university press, New Brunswick, 1991.
- Jeffrey Christian, **Corrections and conditional release in Canada: An overview**, International Center for Criminal Law Reform, British Columbia, 2006.
- C. Visher, L. Winterfield & M. B. Coggeshall, "**Ex-offender employment programs and recidivism: A meta analysis**", Journal of Experiental Criminology, No.1, 2005.

رسیدگی‌های موازی در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی و روش‌های مقابله با آن

شهاب جعفری ندوشن*

مجله حقوقی دادگستری / سال هفتاد و هفتم / شماره ۸۴ - زمستان ۱۳۹۲

چکیده

رسیدگی‌های موازی که می‌توان آن را به‌طور خلاصه طرح دعاوی مرتبط نزد مراجع گوناگون حل اختلاف تعریف کرد، در دعاوی سرمایه‌گذاری بیش از همه، معلول تعدد مراجع پیش‌بینی‌شده در معاهدات سرمایه‌گذاری و قراردادهای سرمایه‌گذاری است. علی‌رغم آثار مخرب رسیدگی‌های موازی، روش‌های مقابله با آن‌ها هنوز به تکامل لازم نرسیده و نیازمند توجه کامل اصحاب دعا به توافقات لازم در جهت کاهش آثار مخرب آن، حتی‌المقدور پیش از بروز اختلاف است. دیوان‌های داوری هم اصول و روش‌هایی برای مقابله با رسیدگی‌های موازی دارند که بعضاً برای اثرگذاری بیشتر، نیازمند توجه یا درخواست اصحاب دعا است. مقابله با رسیدگی‌های موازی در مقام اجرا با دشواری‌های زیاده‌تری روبه‌روست و همین مسئله نشان‌دهنده اهمیت مقابله با آن، پیش از مرحله اجرا است.

کلید واژه :

رسیدگی موازی، داوری، سرمایه‌گذاری، معاهده، تعیین دادگاه صالح.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

مقدمه

شیوع رسیدگی‌های موازی در روند حل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، پدیده‌ای نسبتاً نوظهور است که در مجموع، آثار مخربی بر اعتبار نظام حل اختلاف و اجرای آرای ناشی از آن تحمیل می‌کند. عوامل متعددی احتمال حدوث رسیدگی‌های موازی را افزایش می‌دهند که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به کثرت معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در عصر حاضر اشاره کرد. تاکنون معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری زیادی بین ایران و سایر کشورها منعقد شده است که هر کدام نظام حل اختلاف مختص به خود دارند.^۱ بنابراین می‌توان توقع داشت که اگر سرمایه‌گذاری‌های خارجی در ایران یا سرمایه‌گذاری ایرانیان در سایر کشورها به اختلاف بینجامد، با توجه به تعدد بالقوه مراجع حل اختلاف موجود، احتمال مواجه شدن با پدیده‌ای به نام رسیدگی‌های موازی بسیار زیاد است. بحث از رسیدگی‌های موازی در واقع بحث از تعامل مناسب اصحاب دعوا با مراجع حل اختلاف گوناگون داخلی و بین‌المللی است که خود را برای رسیدگی به دعاوی واحد یا دعاوی مرتبط صالح می‌دانند. تعامل معقول و منطقی اصحاب دعوا با این مراجع و به عبارت دیگر، مدیریت هوشمندانه رسیدگی‌های موازی، در ماهیت رأی یا آرای صادره و نیز چگونگی اجرای رأی، تاثیر بسزایی دارد. در این نوشتار ابتدا به تعریف رسیدگی‌های موازی، علل به وجود آمدن آن و مشکلات ناشی از آن پرداخته می‌شود. پس از آن هم روش‌های مقابله با رسیدگی‌های موازی بررسی می‌شود. این روش‌ها عمدتاً در سه مقطع زمانی قابل اعمال است: پیش از بروز اختلاف، در حین رسیدگی به اختلاف و نهایتاً پس از صدور رأی و در مقام اجرا. سیر مباحث به گونه‌ای تنظیم شده که از مباحث نظری و زیربنایی به سمت مسایل کاربردی تر پیش می‌رویم. برای حفظ بُعد کاربردی مقاله، قسمت زیادی از این نوشتار به روش‌های مقابله با رسیدگی‌های موازی اختصاص داده شده است. توجه به این روش‌ها، تکنیک‌هایی را به اصحاب دعوا می‌آموزد که استفاده از آن‌ها قبل یا بعد از حدوث اختلاف باعث مدیریت بهینه رسیدگی‌های موازی و بیشتر شدن احتمال حصول نتیجه مطلوب برای استفاده‌کننده می‌شود.

^۱. این تعداد به نقل از سایت «سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران» تا پایان سال ۲۰۰۹ میلادی، ۵۸ معاهده است:

<http://www.investiniran.ir/en/investmentguide/treaties> Last visited on July 17, 2013

۱. تعریف و مشخص کردن محدوده کاربرد اصطلاح رسیدگی‌های موازی

۱-۱. عوامل مؤثر در تعریف

بررسی کاربرد اصطلاح رسیدگی‌های موازی نشان می‌دهد که مباحث مطروحه تحت آن، گاهی ذیل همین عنوان - یعنی رسیدگی‌های موازی - و گاهی ذیل عناوین بسیار متعدد و متنوع دیگر، بحث می‌شوند؛ ذیل عناوینی چون:

- ۱- اعلام رضایت به داوری^۱.
 - ۲- ارتباط بین دادگاه‌های داخلی و دیوان‌های بین‌المللی^۲.
 - ۳- ادغام دعاوی^۳.
 - ۴- اعتبار دعاوی مختومه^۴ و ایراد دعاوی در جریان^۵.
 - ۵- مسائل مربوط به داوری‌هایی که چند طرف دارند یا به چند قرارداد مربوط اند^۶.
 - ۶- دادرسی‌های تکراری^۷ در حقوق بین‌الملل خصوصی.
 - ۷- قرار منع طرح دعا^۸.
 - ۸- صلاحیت و قابل پذیرش بودن دعا^۹.
- با بررسی مباحثی که ذیل عنوان «رسیدگی‌های موازی» در دعاوی سرمایه‌گذاری طرح می‌شوند^{۱۰} و نیز از دقت در مطالبی که ذیل عناوین دیگر در ارتباط با رسیدگی‌های موازی ارائه می‌شوند نکات زیر روشن می‌شود:
- ۱- مراجعی که در معاهده سرمایه‌گذاری^{۱۱} مورد توافق دول متعاهد قرار گرفته‌اند (غالباً

¹. Consent to Arbitration

². the Relationship Between International Tribunals and Domestic Courts

³. Consolidation of claims

⁴. *Res judicata*

⁵. *Lis pendens*

⁶. Multi-parti, Multi-contract Arbitrations

⁷. Duplicative Litigations

⁸. Anti-suit Injunction

⁹. Jurisdiction and Admissibility

^{۱۰}. به عنوان مثال:

Campbell Mc Lachlan, Lauerce Shore, & Matthew Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 79-130 ; Katia Yannaca-Small, "Parallel Proceedings", in: Peter Muchliniski, Federico Ortino, & Christoph Schreuer, The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1008-1048.

^{۱۱}. اتکا بر قوانین کشور سرمایه‌پذیر به‌تنهایی ممکن است سرمایه‌گذاران را با ریسک‌های گوناگون مواجه کند: به عنوان مثال کشور سرمایه‌پذیر می‌تواند به راحتی قوانین خود را تغییر دهد یا متصدیان

داوری) یا آن‌هایی که در قرارداد سرمایه‌گذاری^۱ بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی تعیین شده‌اند (عموماً مراجع قضایی داخلی کشور سرمایه‌پذیر) ممکن است برای رسیدگی به دعاوی سرمایه‌گذاری بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی، ادعای صلاحیت کنند یا واقعاً صالح باشند. در این میان نباید ادعای صلاحیت غیرتوافقی مراجع قضایی داخلی کشور

اعمال قانون و مراجع قضایی در کشور سرمایه‌پذیر ممکن است در اعمال قانون نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی، بی‌طرفانه برخورد ننمایند. حقوق بین‌الملل عرفی در حل این مشکلات ناتوان بوده است چرا که اولاً قواعد مورد اتفاقی در این زمینه وجود نداشت و از طرفی حقوق بین‌الملل عرفی فاقد یک سازوکار مناسب برای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی بود. معاهدات سرمایه‌گذاری که غالباً به صورت دوجانبه بین کشورها منعقد می‌شوند پاسخی هستند برای حل این مشکلات به گونه‌ای که در اثر حمایت‌های موجود در آن، هم سرمایه‌گذار خارجی احساس امنیت بیشتر کند و هم در اثر این آرامش خاطر، کشورهای کمتر توسعه‌یافته از توان مالی و فناوری کشورهای توسعه‌یافته بیشتر استفاده کنند. این معاهدات، حقوق ماهوی خاصی برای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی پیش‌بینی می‌کنند و سازوکاری نیز برای طرح دعاوی مستقیم سرمایه‌گذار خارجی علیه دولت سرمایه‌پذیر در صورت نقض این حقوق در نظر می‌گیرند که در بسیاری از موارد، امکان مراجعه مستقیم سرمایه‌گذار به داور سازمانی یا موردی پیش‌بینی‌شده در معاهده است. به این مراجع که برای حل اختلاف در معاهده پیش‌بینی شده اند - و معمولاً متعدّدند - مراجع حل اختلاف معاهده‌ای می‌گویند. برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

Jeswald W. Solacuse, "BIT by BIT", *International Lawyer* (ABA), Volume 24, Issue 3, 1990, pp. 655-675.

۱. قرارداد سرمایه‌گذاری بین بازیگران اصلی سرمایه‌گذاری خارجی یعنی دولت سرمایه‌پذیر و شخص حقوق خصوصی خارجی (حقیقی یا حقوقی) منعقد می‌شود. اجزا و ارکان این قراردادها از بسیاری جهات مشابه قراردادهای تجاری یا ساخت عادی است. با این تعریف، قرارداد سرمایه‌گذاری، یک قرارداد دولتی است. تعریف زیر از قراردادهای دولتی مفید است:

«قرارداد دولتی، قراردادی است که بین دولت یا یک نهاد دولتی - که برای مقصود حاضر بدین صورت تعریف می‌شود: هر مؤسسه‌ای که به وسیله قانون در دولت تشکیل می‌شود و کنترلی بر یک فعالیت اقتصادی به آن اعطا می‌شود - و تبعه خارجی یا شخص حقوقی دارای تابعیت خارجی بسته می‌شود». ن.ک:

United Nations Conference on Trade and Development, *State Contracts*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations Publication, New York and Geneva, 2004, p. 3.

تعریف، ویژگی‌ها و احکام قرارداد سرمایه‌گذاری در این مقاله مورد بحث قرار نخواهد گرفت. جهت مطالعه، ن.ک:

A.F.M. Maniruzzaman, "The Relevance of Public International Law in Arbitrations Concerning International Economic Development Agreements An Appraisal of Some Fundamental Aspects", *The Journal of World Investment & Trade* Volume 6, Issue 2, 2005, pp. 263-296.

سرمایه‌پذیر را نیز نادیده گرفت.^۱ با این ترتیب، ممکن است حالات گوناگونی از رسیدگی‌های هم‌زمان یا متداخل بین این مراجع مطرح شود، اما در عمل با لحاظ عامل بین‌المللی غالباً یکی از دو حالت زیر اتفاق می‌افتد:

- (۱) رسیدگی موازی بین یک دیوان داوری (بین‌المللی) و یک دادگاه داخلی.
- (۲) رسیدگی موازی بین دو دیوان داوری (بین‌المللی).^۲
- ۲- صرف‌نظر از ملاک‌هایی که برای این‌همانی دعاوی بیان شده، به‌روشنی قابل مشاهده است که ذیل رسیدگی‌های موازی، گهگاه سخن از دعاوی یکسان است. مثلاً هنگامی که «ایراد دعاوی در جریان» تحت عنوان رسیدگی‌های موازی مطرح می‌شود^۳ و بعضاً نیز سخن از دعاوی مرتبط- و نه لزوماً یکسان- می‌شود مانند زمانی که بحث ادغام دعاوی را به‌عنوان یکی از مباحث رسیدگی‌های موازی مطرح می‌کنند.^۴
- ۳- آیا زمانی که سخن از رسیدگی‌های موازی است لزوماً سخن از دعاوی‌ای است که اطراف یکسان دارند؟ به عبارت دیگر، آیا احتمال به‌وجودآمدن رسیدگی‌های موازی بین دو یا چند دعوا که اطراف مشابه ندارند نیز هست؟ کاربرد اصطلاح در منابع نشان می‌دهد که در مواردی، یکسانی اطراف دعوا باید وجود داشته باشد - باز هم همانند طرح بحث‌های مربوط به اعتبار دعاوی مختومه یا «ایراد دعاوی در جریان» در رسیدگی‌های موازی^۵. در موارد دیگری، ذیل رسیدگی‌های موازی، سخن از دعاوی‌ای است که به‌روشنی، طرفین یکسانی ندارند، همانند زمانی که ادغام دعاوی ذیل عنوان رسیدگی‌های موازی طرح می‌شود. مهم‌ترین دعاوی در این گروه - یعنی زمانی که رسیدگی‌های موازی بین دعاوی مطرح می‌شود که طرفین یکسانی ندارند- دعاوی‌ای هستند که به علت تعریف موسع سرمایه و سرمایه‌گذار در معاهدات، تحت چند معاهده گوناگون سرمایه‌گذاری و عموماً با محوریت اقدام واحد دولت و بین طرفین گوناگون طرح

^۱. این صلاحیت می‌تواند مبانی مختلفی داشته باشد از جمله اینکه معمولاً در مقایسه بین کشورهایی که مرتبط با یک سرمایه‌گذاری خارجی هستند، بیشترین ارتباط بین دعاوی سرمایه‌گذاری و کشور سرمایه‌پذیر وجود دارد:

August Reinsch & Loretta Malintoppi, "Methods of Dispute Resolution", in: Peter Muchliniski *et al*, op. cit, p.696.

^۲. International Law Association Final Report on "Lis pendens and Arbitration" para 1.7, Available at <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>.

^۳. Ibid, Para. 1.

^۴. Yannaca-Small, op.cit, p.1032.

^۵. ILA Final Report on "lis pendens and Arbitration", Para. 1.

می‌شوند و غالباً ذیل عنوان رسیدگی‌های موازی بررسی می‌شوند.^۱

۴- اگرچه به نظر می‌رسد اطلاق عنوان رسیدگی‌های موازی در منابع، بر دعاوی که به‌طور هم‌زمان در حال جریان هستند رواج بیشتری دارد، اما استفاده از این عنوان برای دعاوی که نه به‌صورت هم‌زمان و بلکه به دنبال هم رسیدگی یا بازبینی می‌شوند نیز دیده می‌شود. نمونه روشن آن، بررسی اجرای احکام دادگاه‌های خارجی در حقوق بین‌الملل خصوصی تحت عنوان رسیدگی‌های موازی^۲ و نیز طرح «اعتبار امر مختومه»، ذیل بحث‌های مربوط به رسیدگی‌های موازی در منابع است.^۳

۱-۲. ارائه تعریف

از اولین معانی «رسیدگی‌های موازی»، رسیدگی هم‌زمان کیفری و مدنی برای مسئله واحد بوده است.^۴ این معنی در این نوشتار مورد نظر نیست. نظر به متغیرهای گوناگون و حالات متفاوت در کاربرد اصطلاح رسیدگی‌های موازی که بیان شد، ارائه تعریفی از رسیدگی‌های موازی دشوار می‌نماید و شاید به همین علت است که نویسندگان حقوقی، تمایل کمتری بر تعریف کامل و جامع و مانعی از رسیدگی‌های موازی که منطبق با تمام کاربردهای آن باشد از خود نشان می‌دهند و بدون ذکر تعریف خاصی معمولاً به مباحث موجود در رسیدگی‌های موازی می‌پردازند. اما یکی از نویسندگان، تعریف زیر را ارائه نموده که منطبق با نکات پیش‌گفته است:

۱. از این بحث به‌عنوان داوری موازی معاهده‌ای (Parallel Treaty Arbitration) نیز یاد می‌شود که مثال روشن آن، رسیدگی‌های موازی در پرونده‌های Lauder/CME/Czech Republic است: ادعای مصادره سرمایه‌گذاری آقای لادر در یک شبکه تلویزیونی در جمهوری چک، در چند رسیدگی قضایی و داوری بررسی شد. دو رسیدگی موازی داوری- هر کدام بر مبنای یک معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری متفاوت - به صدور آرای متناقض انجامیدند. در یکی از این دعاوی آقای لادر خواهان بود و در دیگری شرکت تجاری او. هر دو دعوا برای رسیدگی به ادعای مصادره علیه جمهوری چک طرح شد:

Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award on 3 September 2001
CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award on 14 March, 2003

جهت مطالعه بیشتر، ن.ک:

Mclachlan *et al*, op. cit, pp. 117-125; ILA Final Report on *lis pendens* and arbitration, Paras 3.15-3.18

2. Louise Ellen Teitz, "Both Sides of The Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation", *Roger Williams University Law Review*, volume 10, Issue 1, 2004, pp 1-71.

3. Mclachlan, *et al*, op.cit, pp.84-87.

4. Marvin G. Pickholz, "The Expanding World of Parallel Proceedings", *Temple Law Quarterly*, volume 53, Issue 4, 1980, p. 1100.

«رسیدگی‌های موازی، وضعیت‌هایی هستند که در آن‌ها اختلافاتی که به‌نوعی به هم مرتبط‌اند یا شباهت‌هایی با هم دارند نزد مراجع گوناگون طرح می‌شوند».^۱ تعریف فوق، نافی جواز کاربردهای مضیق‌تر از اصطلاح «رسیدگی‌های موازی» نیست. مثلاً در برخی از کاربردها، رسیدگی‌های موازی تنها محدود به رسیدگی هم‌زمان دو دیوان داوری سرمایه‌گذاری ذیل دو یا یک معاهده شده است.^۲ در این نوشتار منظور از رسیدگی‌های موازی، این نوع کاربردهای محدود نیست. از آنچه گفته شد روشن می‌شود که بحث رسیدگی‌های موازی با بحث اختلاف و تعارض صلاحیت‌ها لزوماً همپوشانی ندارد. به‌طور مثال، «ایراد دعوای در جریان» و «اعتبار امر مختومه» بعد از اینکه مرجع رسیدگی‌کننده، صلاحیت خود را احراز نمود مطرح می‌شود. در این حالت، ممکن است هردو یا چند مرجع در واقع صلاحیت داشته باشند و روش‌های عادی تعارض صلاحیت و پیدا کردن اینکه کدامیک واقعاً در معنای سنتی و کلاسیک صلاحیت دارند مشکلی را حل نمی‌کند.

۲. علل و عوامل به‌وجود آمدن رسیدگی‌های موازی

غالباً چند مرجع حل اختلاف همانند داوری بین‌المللی یا مراجع قضایی داخلی در معاهدات سرمایه‌گذاری برای انتخاب طرفین پیش‌بینی می‌شوند.^۳ معمولاً این مراجع حل اختلاف، تمایل به توسعه صلاحیت خود دارند و به انحاء گوناگون، سعی در احراز صلاحیت خود می‌کنند و از طرف دیگر، طرفین دعوا نیز به امید دستیابی به پیروزی، سعی در طرح دعوا در مراجع گوناگون دارند. در دعاوی سرمایه‌گذاری بین سرمایه‌گذار خارجی و دولت سرمایه‌پذیر، مراجع داخلی کشور سرمایه‌پذیر، معمولاً مورد توجه دولت، و مراجع بین‌المللی مورد توجه طرف خارجی است.^۴ به نظر می‌رسد که این تعدد مراجع به همراه تعارض منافع طرفین درگیر در مراجعه به این مراجع، مهم‌ترین علت به‌وجود آمدن

^۱ Gilles Cuniberti, "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement", *ICSID Review*, Volume 21, Issue 2, 2006, p. 381:

"Parallel proceedings are situations in which disputes that are linked in some way or which have some similarities are brought before different adjudicators."

^۲ Susan D. Frank, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, Volume 73, Issue 4, 2005, pp. 1545-1546.

^۳ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 129.

^۴ Jamie Shookman, "Too many Forums for Investment Disputes? ICSID Illustration of Parallel Proceedings and Analysis", *Journal of International Arbitration*, volume 27, Issue 4, 2010, p. 363.

رسیدگی‌های موازی است.

در قسمت حل اختلاف برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری مقرر می‌شود که تمام دعاوی ناظر به سرمایه‌گذاری به نظام حل اختلاف معاهده‌ای که عمدتاً دآوری است ارجاع شوند.^۱ به علت اطلاق عبارت فوق‌الذکر که تمامی دعاوی سرمایه‌گذاری را شامل می‌شود و نه فقط دعاوی نقض معاهده را، برخی از دیوان‌های دآوری پیش‌بینی‌شده در معاهده (دیوان دآوری معاهده‌ای) خود را برای رسیدگی به دعاوی نقض قرارداد سرمایه‌گذاری هم صالح می‌دانند و بدین گونه صلاحیت خود را توسعه می‌دهند.^۲ از آنجا که قرارداد سرمایه‌گذاری هم معمولاً نظام حل اختلاف مختص خود دارد، این توسعه صلاحیت، مشکل تعدد مراجع را بیشتر می‌کند.

از آنجا که معاهدات سرمایه‌گذاری عمدتاً دوجانبه هستند، هر دیوان دآوری معاهده‌ای بنا بر معاهده دوجانبه مستقلی تشکیل می‌شود و تنها مسئول رسیدگی به دعوائی است که ریشه در همان معاهده دوجانبه دارد. حتی زمانی که دیوان‌های دآوری در نظام ایکسید^۳

^۱. "All Disputes Concerning Investment or any Legal Dispute Concerning an Investment."

Art 8 of Italy-Morocco BIT; Art 9 of Switzerland-Pakistan BIT.

^۲. Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/97/3), Decision on Annulment 3 July 2002, Para 55; Salini Construttori S.P.A and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco, (ICSID case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, July 23, 2001., Paras 59-62; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, (ICSID Case No. ARB/02/6) Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, Para 131-135.

^۳. بانک جهانی (World Bank) که نام واقعی آن بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه (The International Bank for Reconstruction and Development) است، شکل‌گیری «معاهده حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر» (عهدنامه واشنگتن یا عهدنامه ایکسید) را که معاهده مبنای تشکیل «مرکز بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری» است مورد حمایت قرار داد. در مارس ۱۹۶۵، هیئت اجرایی متن معاهده را تأیید کرد. برای مجری شدن عهدنامه، حداقل ۲۰ کشور می‌بایست آن را تصویب می‌کردند که در مدت کوتاهی این تعداد کشور آن را تصویب نمودند و در ۱۴ اکتبر ۱۹۶۶ معاهده لازم‌الاجرا شد. ایکسید، خود سازمانی خودمختار و مستقل است که دآوری در داخل آن واقع می‌شود. بنابراین برخلاف روال موجود در دآوری تجاری بین‌المللی، قانون مقر دآوری در دآوری‌های ایکسید اهمیت چندانی ندارد و سازوکار اجرایی آن نیز متفاوت است. آیین دآوری مرکز، هم‌اکنون تابع قوانین دآوری تصویب‌شده در سال ۲۰۰۶ است. جهت ملاحظه تاریخچه مختصری از معاهده و مرکز حل و فصل اختلافات و ویژگی‌های آن، ن.ک:

Lucy Reed, Jan Paulson & Nigel Blakaby, Guide to ICSID Arbitration, Kluwer Law International, Hague, 2006, pp. 1-22.

تشکیل می‌شوند هر کدام هویت جداگانه‌ای دارند.^۱ با این حساب ممکن است دعوای واحد بنا بر معاهدات گوناگون در مراجع معاهده‌ای متفاوت رسیدگی شود.

۳. مشکلات ناشی از رسیدگی‌های موازی در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی

رسیدگی‌های موازی در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی، دو مشکل عمده ایجاد می‌کند:
۱- به‌هدررفتن منابع مالی طرفین دعا و تحمیل هزینه‌های اضافی بر ایشان و نظام حل اختلاف.

۲- ازبین‌رفتن وجهه و اعتبار داوری به علت احتمال صدور آرای متفاوت و متناقض و نگرانی‌هایی که در رابطه با اجرای آرای متناقض به وجود می‌آید.^۲

درحالی‌که مشکل اول، نیاز به توضیح خاصی ندارد، مورد دوم باعث به‌وجودآمدن بحث‌های نظری فراوان میان صاحب‌نظران شده است. سرعت در رسیدگی‌های داوری همواره به‌عنوان یکی از مزایای استفاده از داوری در برابر رسیدگی‌های قضایی عنوان می‌شود. بخشی از این سرعت به علت یک‌مرحله‌ای بودن نظام رسیدگی در داوری است، درحالی‌که نظام رسیدگی قضایی معمولاً حداقل دو مرحله‌ای است. صدور آرای متناقض در داوری‌های موازی سرمایه‌گذاری، این بحث را مطرح کرده است که آیا آنچه به‌طور سنتی در داوری به‌عنوان برتری «نهایی و قطعی بودن رأی» بر «دقت در صدور رأی» شناخته می‌شده، هنوز مطلوب است یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا وجود نظام تجدیدنظر ماهوی در آرای صادره از داوری‌های سرمایه‌گذاری خصوصاً داوری ایکسید برای جلوگیری از صدور آرای متناقض ضرورت دارد یا خیر؟^۳ سؤال دیگر این است که آیا مطلوب است که با نظارت قضایی جدی‌تر^۴ بر رأی داور یا روند داوری، مشکل را حل کنیم؟ یک نظریه این است که قطعی و غیر قابل تجدیدنظر بودن رأی داوری، رکن رکن داوری

نیکبخت، حمیدرضا، داوری تجاری بین‌المللی (آیین داوری)، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ دوم، ۱۳۹۰، صص. ۷۴-۷۲.

^۱. McLachlan *et al*, op.cit, p 87.

^۲. Shookman, op.cit, 362-363.

^۳. Jason Clapham, Finality of Investor- State Arbitral Awards: Has the Tide Turned and is there a Need to Reform, *Journal of International Arbitration*, Volume 26, Issue 3, 2009, pp. 437-466.

^۴. نوع مداخله دادگاه‌ها در امر داوری به‌طور معمول می‌تواند حمایتی یا نظارتی باشد. در اینجا نوع دوم مدنظر است. جهت مطالعه بیشتر در این تفکیک، ن.ک: نیکبخت، حمیدرضا، داوری تجاری بین‌المللی (آیین داوری)، پیشین، صص. ۲۱۴-۲۱۲.

است و رویه جهانی نیز به سوی بیشتر اهمیت دادن به این رکن پیش می‌رود.^۱ دلایلی که باعث می‌شود طرفین در یک اختلاف بازرگانی یا سرمایه‌گذاری به جای مراجعه به دادگاه‌ها به مراجع داوری مراجعه کنند (همانند زمان کوتاه‌تر رسیدگی یا دوربودن از نظام ناکارآمد دادگاه‌های داخلی) باعث می‌شود که انتظارات از داوری تجاری بین‌المللی زمانی برآورده شود که نظارت خارجی بر رأی داور و عدم پذیرش و ابطال رأی داور از سوی دادگاه‌های کشورها به حداقل برسد و قطعی بودن رأی داور که خواسته اصلی طرفین است تأمین شود^۲ و فقط در مورد نقض آشکار اصول اساسی رسیدگی، عدم اجرا یا ابطال آن مجاز باشد.^۳ اهمیت قطعی بودن رأی داور به اندازه‌ای است که حتی اگر طرفین موافقت‌نامه داوری بخواهند با توافق یکدیگر، حیطه نظارت قضایی را افزایش دهند، امکان یا عملی بودن چنین توافقی با تردیدهایی همراه است.^۴

در نظام داوری ایکسید، تنها در دو مورد، نهایی بودن رأی داور به چالش کشیده شده است:

۱- نظام داخلی ابطال رأی در ایکسید که در داخل خود معاهده پیش‌بینی شده است و در موارد محدودی ممکن است به ابطال رأی بینجامد.^۵

۲- مصونیت دولت از اجرای رأی.^۶

حتی با وجود این دو مورد می‌توان گفت اهمیت نهایی و قطعی بودن رأی داور در نظام ایکسید، روشن است و به همین علت، نظام تجدیدنظر ماهوی در خود معاهده پیش‌بینی نشده و دولت‌ها نیز نمی‌توانند از شناسایی رأی، سرباز زنند. ماده ۵۵ نیز تنها ناظر به اجرا است و شامل مصونیت از صلاحیت و نیز شناسایی نمی‌شود.^۷ به این ترتیب از نظر

^۱. Alexis Mourre & Lucag Radicati Di Brozolo, "Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and one Step Back", Journal of International Arbitration, Volume 32, Issue 2, 2006, pp. 171-188.

^۲. Ibid, p. 171.

^۳. Ibid, pp. 187-188.

^۴. Margret Moses, "Party Agreement to Expand Judicial Review of Arbitral Awards", Journal of International Arbitration, Volume 20, Issue 3, 2003, pp. 315-323.

^۵. Article 52 of the ICSID Convention

این نظارت از طریق یک کمیته سه نفره از داوران انجام می‌شود که در هر موردی توسط ریاست ایکسید انتخاب می‌شود و کمیته موردی (Ad hoc) نام دارد. همان طور که بیان خواهد شد به نظر می‌رسد این نوع بازنگری در آراء، با تجدیدنظر متفاوت است.

^۶. Sovereign Immunity from Award Enforcement, Article 55 of ICSID Convention.

^۷. David R. Sedlak, "ICSID'S Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum hold", Penn State International Law Review, Volume 23, Issue 1, 2004, pp. 165-170.

صاحب‌نظرانی که قطعی‌بودن رأی داور را پاس‌دار ارزش‌های داوری می‌دانند تغییر در نظام موجود، توجیهی ندارد.^۱

نظریه مقابل، دقت در رأی را بر قطعی‌بودن آن ترجیح می‌دهد. طرفداران این نظریه، مرور ماهوی و مجدد رأی (همانند تجدیدنظر موجود در اکثر نظام‌های قضایی) توسط خود نظام داوری یا نظام قضایی را ضروری می‌دانند. می‌توان گفت طرفداران این دیدگاه در اقلیت قرار دارند.^۲

به نظر می‌رسد صدور آرای متناقض در نظام داوری سرمایه‌گذاری بیش از اینکه معلول اهمیت‌دادن به سرعت رسیدگی - در مقابل دقت در صدور رأی - باشد، به علت وجود مراجع گوناگونی است که هرچند خود را صالح می‌دانند اما داخل یک چهارچوب و نظام منسجم و واحد (مثلاً تحت یک معاهده چندجانبه جهان‌شمول) عمل نمی‌کنند. حتی اگر نظام سخت‌گیرانه‌ای برای نظارت ماهوی برای دعاوی سرمایه‌گذاری داشته باشیم، تا زمانی که این نظام نظارتی، واحد و جهان‌شمول نباشد، مشکل چندانی حل نخواهد شد، چرا که آرای متناقض، معلول اختلاف‌نظرهایی است که در مرحله تجدیدنظرهای ماهوی نیز بروز می‌کند.

۴. روش‌های مقابله با رسیدگی‌های موازی

روش‌هایی برای مقابله با رسیدگی‌های موازی در سطح ملی و در قانونگذاری داخلی کشورها وجود دارد که پاسخی به مشکل رسیدگی‌های موازی بین دادگاه‌های ملی است.^۳ نظام حقوقی ملی با ماهیت امری و متمرکز و با وجود سلسله‌مراتب در میان مراجع رسیدگی، در زمینه مقابله با رسیدگی‌های موازی کم‌وبیش موفق عمل می‌کند.^۴ با توجه به ماهیت بین‌المللی رسیدگی‌های موازی، در نوشتار حاضر به بررسی روش‌های ملی در مقابله با رسیدگی‌های موازی نمی‌پردازیم.

^۱. Ibid, pp. 161-170.

^۲. Sarosh Zaiwalla, "Challenging Arbitral Awards: Finality is Good but Justice is Better", Journal of International Arbitration, Volume 20, Issue 2, 2003, pp. 199-204.

^۳. به‌عنوان مثال، ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ایران، مصوب ۱۳۷۹ یا بند ۲ و ۶ ماده ۸۴ همان قانون.

^۴. به‌عنوان نمونه ماده ۳۰ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر می‌دارد که در صورت اختلاف‌نظر مراجع قضایی در صلاحیت حسب مورد نظر مرجع عالی لازم‌الاتباع است. موادی از این دست، به‌وجودآمدن رسیدگی‌های موازی در دعاوی صرفاً داخلی را محدود می‌کند.

۴-۱. تدابیر معاهده‌ای

در معنای عام و کلی، هر عبارتی که در معاهدات سرمایه‌گذاری به دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری اعطای صلاحیت می‌کند و خصوصاً هر مقرره‌ای که از دیوان‌های داوری سلب صلاحیت می‌کند، تدابیری در جهت جلوگیری از هم‌پوشانی و اختلاط صلاحیت‌ها یا رسیدگی‌های موازی است. از آنجاکه این مقرره‌ها عموماً در داخل معاهدات سرمایه‌گذاری پیش‌بینی می‌شوند، به آن‌ها «قواعد داخلی»^۱ برای جلوگیری از صدور آرای متناقض نیز اطلاق می‌شود.^۲ این روش‌ها عمدتاً عبارت‌اند از:

۱- روش چندراهی.^۳

۲- استفاده از روش اسقاط حق طرح دعوا.^۴

۳- گروهی شرط التزام^۵ را نیز در زمره این روش‌ها آورده‌اند.^۶

تبیین این روش‌ها و کارکرد آن‌ها در رویه داوری بین‌المللی، نیازمند بحثی مفصل و گسترده است که مجال دیگری می‌طلبد و موضوع این نوشتار نیست.

۴-۲. تدابیر نظام‌های داوری برای جلوگیری از صدور آراء متناقض

الف. صلاحیت دیوان داوری برای تعیین صلاحیت خود^۷

دیوان داوری برای تعیین صلاحیت خود صلاحیت دارد^۸ و در صورت وجود قرارداد داوری معتبر، صلاحیت دیوان داوری باعث عدم صلاحیت دادگاه‌ها در رسیدگی به دعوای مورد نظر خواهد شد.^۹

^۱. Internal Rules

^۲. Mc Lachlan, Campbell et al, op.cit, p. 89-91.

^۳. Fork in The road

^۴. Waiver

^۵. Umbrella Clause

^۶. Shookman, op.cit, p. 366.

^۷. Competence-Competence Doctrine

^۸. در داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز این اصل صریحاً پذیرفته شده است. ن.ک: به بند ۱ از ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، مصوب ۱۳۷۶.

^۹. ILA Final Report on *lis pendens* and Arbitration, Para 1.9; Shookman, op.cit, p. 364;

Article II of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) or New York Convention; Article 8(1) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1985.

و نیز ن.ک: ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران.

ب. اعتبار امر مختومه و تدابیر ضمن دادرسی هم‌زمان

این دو اصل که از مهم‌ترین اصول آیین دادرسی هستند علاوه بر اینکه توسط نظام‌های قضایی مورد استفاده قرار می‌گیرند، مورد استفاده نظام‌های داوری نیز هستند. تدابیر ضمن دادرسی‌های هم‌زمان به معنی وضعیتی است که در آن رسیدگی‌های موازی بین اطراف واحد و با سبب دعوای واحد در دو حوزه قضایی گوناگون در زمان واحد دنبال می‌شوند.^۱

تعریف اعتبار امر مختومه در حقوق داخلی کشورها متفاوت است و حتی انجمن حقوق بین‌الملل^۲ در تعریف این مفهوم به علت بار خاص معنایی عبارت «اعتبار امر مختومه» از این لفظ استفاده ننموده و به جای آن از اثر جامع و مانع رأی یا به عبارت دیگر، اثر مثبت یا منفی رأی نام برده است. اثر جامع یا مثبت رأی سابق ممکن است در رسیدگی‌های بعدی به کار گرفته شود؛ بدین صورت که یک طرف دعوا در دعوای جدید بر یافته‌های مرجع حل اختلاف پیشین در دعوای مختومه قبلی برای پیشبرد دعوای فعلی تکیه کند. اثر مانع یا اثر منفی رأی، دفاعی است که از سوی یک طرف دعوا برای پایان دادن به طرح مجدد دعوایی که در ارتباط با همان موضوع سابق که مورد رسیدگی قرار گرفته است مطرح می‌شود.^۳

بعضی از نویسندگان این دو اصل را به عنوان اصول خارجی (در مقابل اصول داخلی اعطای صلاحیت و یا سالب صلاحیت که بیان شد) نام‌گذاری می‌کنند که کاربرد آن‌ها به عنوان اصول کلی حقوقی بین‌الملل توسط مراجع رسیدگی در جلوگیری از صدور آرای متناقض تأثیر به‌سزایی دارند.^۴

ج. قرار یا دستور منع طرح دعوا

درحالی‌که ظاهراً در این مسئله که دیوان داوری برای تعیین صلاحیت خود، صلاحیت دارد اختلافی وجود ندارد، اعتبار و کارکرد قرارها یا دستورهایی که از طرف دیوان داوری در جهت حفظ صلاحیت خود و منع مراجعه اصحاب دعوا به سایر مراجع صادر می‌شود

^۱. James J. Fawcett, General Report, in: Oxford Monographs in Private International Law, Declining Jurisdiction in Private International Law, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 27.

^۲. International Law Association

^۳. ILA Final Report on *lis pendens* and Arbitration, Para 15

^۴. Campbell *et al*, op.cit, pp. 91-92.

محل بحث و اختلاف است.^۱ قرار منع طرح دعوا ممکن است از طرف دیوان داوری که در حال بررسی دعوا است صادر شود^۲ یا از طرف دادگاه مقرر دیوان داوری^۳ و به نفع رسیدگی داوری صادر شود. عملاً بر اساس ملاحظاتی، طرفین، یکی از این دو مرجع را برای درخواست صدور چنین قراری انتخاب می‌کنند.^۴

قرار عدم طرح دعوا از سوی دیوان داوری در موارد گوناگونی ممکن است صادر شود که مهم‌ترین آن زمانی است که یک طرف موافقت‌نامه داوری به‌ناحق در دادگاهی مبادرت به طرح دعوایی می‌کند که قاعداً در صلاحیت دیوان داوری است یا از قرائن برمی‌آید که چنین قصدی دارد.^۵ دیوان داوری در تصمیم‌گیری در این مورد که آیا این طرح دعوای مجدد به‌ناحق است یا نه، معمولاً عوامل زیر را در نظر می‌گیرد:

- ۱- نوع و ماهیت شرط یا موافقت‌نامه داوری و دامنه آن.
 - ۲- قانون حاکم بر آیین داوری.
 - ۳- نوع و ماهیت خواسته‌ای که طرف مقابل در مراجعه به دادگاه داشته است یا قرار است داشته باشد. مثلاً آیا مراجعه طرف مقابل به دادگاه برای بررسی ماهوی همان دعوایی است که باید در دیوان داوری مورد رسیدگی واقع شود یا این مراجعه صرفاً به خواسته صدور یک قرار به‌عنوان تدابیر ضمن دعوا^۶ از سوی دادگاه است که قاعداً در این حالت اخیر، قرار منع طرح دعوا نباید صادر شود.^۷
- صرف‌نظر از اختلافاتی که در مبنای حقوقی صدور قرار منع طرح دعوا مطرح است، به نظر می‌رسد که ریشه اصلی اختیار داوران در صدور چنین دستوری در خود قرارداد داوری و جلوگیری از نقض آن قرارداد توسط یکی از طرفین نهفته است.^۸ رویه داوری در ایکسید،

^۱. Rahim Moloo, "Arbitrators Granting Antisuit Orders: When Should They and on What Authority?" Journal of International Arbitration, Volume 26, Issue 2, 2009, p. 676.

^۲. که در این حالت معمولاً به آن Anti-Suit Order گفته می‌شود.

^۳. که در این حالت معمولاً به آن Anti-Suit Injunction گفته می‌شود.

^۴. Moloo, op.cit, pp. 677-678.

^۵. Shookman, op.cit, p. 365.

^۶. Interim Measure

^۷. Moloo, Rahim, op.cit, pp. 682-683.

برای دیدن اختیارات هم‌زمان و هم‌عرض دادگاه‌های دولتی و دیوان‌های داوری در اقدامات تأمینی و موقت و بررسی حالات گوناگون، ن.ک: نیکبخت، پیشین، صص. ۳۰۷-۳۰۵.

^۸. Moloo, op.cit, pp. 679-681.

صدور دستور منع طرح دعوا را بر مبنای ماده ۲۶ معاهده^۱ توجیه می‌کند. از مهم‌ترین دعاوی که در آن دستور منع طرح دعوا صادر شده دعاوی اس جی اس در برابر پاکستان است.^۲ صدور این دستور در دعاوی دیگر ایکسید نیز مشاهده می‌شود.^۳ در دیوان داوری دعاوی ایران-امریکا نیز قرار منع طرح دعوا با اشکال و مبانی گوناگون صادر شده است.^۴

۳-۴ راهکارهای قراردادی برای طرفین دعوا یا طرفین توافقنامه داوری

دسته‌ای از روش‌ها که برای جلوگیری و حل مسائل ناشی از رسیدگی‌های موازی ارائه می‌شوند کاملاً جنبه قراردادی دارد. بر این مبنا بندها و شروطی در موافقتنامه داوری به طرفین پیشنهاد می‌شود که تا اندازه‌ای اثرات منفی ناشی از رسیدگی‌های موازی را کاهش می‌دهد. این توافقات ممکن است قبل یا بعد از بروز اختلاف یا حتی بعد از انعقاد موافقتنامه داوری انجام شود. مهم‌ترین این تدابیر عبارت‌اند از:

- ۱- پیش‌بینی شروط و بندهای مربوط به ادغام دعاوی^۵ در موافقتنامه داوری.^۶
- ۲- پیش‌بینی یک داور واحد یا دیوان‌های داوری واحد برای رسیدگی به دعاوی مرتبط یا یکسان.
- ۳- توافق طرفین موافقتنامه داوری بر عدم استماع مجدد موضوعی که قبلاً در یک دعاوی دیگر - حتی دعوائی که متفاوت از دعاوی فعلی است - مورد رسیدگی قرار گرفته بود.^۷

^۱. Consent of the parties to arbitration under this Convention shall unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy...

بر طبق این عهدنامه، رضایت طرفین به داوری باید به منزله رضایت به آن‌گونه داوری در نظر گرفته شود که شامل هیچ روش دیگر دادخواهی نیست مگر اینکه طور دیگری عنوان شود.

^۲. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, (ICSID Case No. ARB/01/013). Procedural order No. 2, October 16, 2002.

^۳. به‌عنوان نمونه:

Tokios Tokele's v, Ukraine, (ICSID Case No. ARB/02/18) Procedural order No.1, July 1, 2003, Paras 7, 1.

^۴. به‌عنوان نمونه:

Washington Electric Corp. v. Islamic Republic of Iran, Interlocutory Award No. ITL 67-389-2, February 15, 1987; Linen Fortinberry & Associates Inc. v. Islamic Republic of Iran, Interim Award No. ITM 48-10513-2, April 10, 1985, Available at <<http://www.iusct.org/lists-eng.html>>

^۵. Consolidation and Joiner Clauses

^۶. خواهیم دید که ادغام دعاوی با توافق طرفین، روشن‌ترین و اصلی‌ترین روش ادغام دعاوی برای پایان‌دادن به رسیدگی‌های موازی است.

^۷. Contractually Agreed Issue Estoppel

۴-۴. مقابله با رسیدگی‌های موازی از طریق ادغام دعاوی^۱

در سه حالت ممکن است ادغام دعاوی مشابه به‌عنوان راه‌حلی برای خاتمه‌دادن به رسیدگی‌های موازی طرح شود:

- ۱- ادغام دو روند داوری
- ۲- ادغام روند داوری با روند قضایی
- ۳- ادغام دو روند قضایی (داخلی)

از میان سه حالت فوق، حالت سوم مربوط به نظام آیین دادرسی داخلی کشورهاست که موضوع بحث ما نیست. در مورد ادغام روند داوری با روند قضایی می‌توان گفت که به علت سلب صلاحیت از دادگاه به علت موافقت‌نامه داوری، تعارض صلاحیت و رسیدگی موازی بین دادگاه و دیوان داوری قاعدتاً رخ نمی‌دهد.^۲ هرچند اظهارنظر درباره وجود و اعتبار موافقت‌نامه داوری مسئله‌ای است که دیوان داوری باید به آن رسیدگی کند (اصل صلاحیت بر صلاحیت) ولی در بسیاری از قوانین، مرجع نهایی در اختلاف دیوان داوری و دادگاه مقرر در اعتبار موافقت‌نامه داوری، دادگاه است.^۳ در صورت اختلاف دادگاه و دیوان داوری در مورد اعتبار توافق داوری، حداقل نوعی از بحث رسیدگی‌های موازی قابل طرح

Issue Estoppel یا Collateral Estoppel یعنی: «اثر الزام‌آور یک تصمیم قضایی نسبت به مسائلی که در یک دعوا مورد دادرسی و تصمیم قرار گرفته است بر اختلافات بعدی طرفین دعوا که مشتمل بر ادعایی متفاوت با ادعای قبلی است یا نظریه‌ای که باعث می‌شود یک طرف، مسئله‌ای را که علیه او در دعوی قبلی مورد تصمیم واقع شده نتواند مجدداً مورد رسیدگی قرار دهد، حتی اگر دعوی دوم به‌طور قابل ملاحظه‌ای با اولی متفاوت باشد» تعریف فوق برگرفته از:

Garner, Bryan A., Black's Law Dictionary, Eighth Edition, Thomson, New York, 2004, p. 279:

بین نظام حقوقی کامن‌لا و نظام حقوقی نوشته در مورد اینکه آیا تنها یافته نهایی رأی، اعتبار امر مختومه را دارد یا یافته‌های واسطه‌ای در مسیر دست‌یابی به رأی نهایی نیز با حصول شرایط اعتبار امر مختومه را دارند اختلاف است. ن.ک:

Christer Soderlund, "Lis pendens, res judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings", Journal of International Arbitration, Volume 22, Issue 4, 2005, pp. 301-303

صرف‌نظر از این اختلاف، طرفین می‌توانند هر توافقی نمایند (با لحاظ قوانین آمره قانونی که حاکم بر دعواست) و بدین ترتیب با توافق بر عدم استماع مجدد موضوعی که قبلاً به نوعی مورد رسیدگی قرار گرفته است - ولو به‌طور فرعی - از مخاطرات رسیدگی‌های موازی جلوگیری کنند.

^۱. Consolidation of Claims

^۲. ILA Final Report on "lis pendens and Arbitration" para 4.4.

^۳. ن.ک: ماده ۴۶۱ و بند ۷ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی ایران و نیز ماده ۸ و بند (ب) ماده ۳۳ از قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران.

است^۱ که البته با آنچه ممکن است به ادغام دعاوی بینجامد متفاوت است. با این وصف، از میان سه حالت بیان شده تنها به ادغام دو روند داوری می‌پردازیم. در حالات زیر، دعاوی مرتبط^۲ در دو روند داوری ممکن است در هم ادغام شوند:

- ۱- رضایت اصحاب دعوا .
 - ۲- پیش‌بینی ادغام دعاوی در مقررات داوری سازمانی^۳.
 - ۳- تصمیم دادگاه مقر داوری‌های موازی در حکم به ادغام دعاوی.
 - ۴- پیش‌بینی ادغام دعاوی در معاهده سرمایه‌گذاری^۴.
- رضایت اصحاب دعوا ممکن است در موافقت‌نامه داوری یا به هر شکل معتبر دیگر، قبل یا بعد از ارجاع اختلاف به داوری عنوان شود که در روش‌های قراردادی جلوگیری از رسیدگی‌های موازی بدان پرداختیم.
- ممکن است در مقررات داوری سازمانی، ادغام دعاوی مرتبط پیش‌بینی شده باشد. در این حالت، سازمانی که داوری تحت نظر آن انجام می‌شود یا دیوان داوری که آن سازمان تعیین کرده است می‌تواند دستور ادغام دعاوی را بدهد.^۵ بند ۶ از ماده ۴ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی^۶ حاوی چنین مقرره‌ای در ادغام است. به نظر می‌رسد که ریشه تجویز این نوع از ادغام را نیز باید در رضایت طرفین به ادغام – که در پذیرش مقررات سازمانی و من جمله مقررات ادغام آن نهفته است – جست.
- در قانون نمونه داوری آنسیترال^۷ و نظام داوری امکان اضافی ایکسید،^۸ مقرره‌ای برای ادغام دعاوی وجود ندارد. اگر مقرره‌ای برای ادغام دعاوی مشابه در نظام داوری سازمانی وجود نداشته باشد، طرفین می‌توانند با تعیین داورها یا دیوان‌های داوری مشابه تا

^۱. Ibid para 4.5.

^۲. لازم به توضیح است که این‌همانی یا یکسانی دعاوی برای تجویز حکم به ادغام دعاوی ضرورت ندارد، برخلاف تدابیر ضمن دادرسی‌های هم‌زمان یا *lis pendens* که در آن، یکسانی دعاوی لازم است: Yannaca-Small, op.cit, p.1032.

^۳. داوری برحسب توافق طرفین دعوا می‌تواند «موردی» یا «سازمانی» باشد. ن.ک: نیکبخت، پیشین، صص. ۸۵-۵۱.

^۴. Bernard Hanotiau, " Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues", An Analysis, Journal of International Arbitration, Volume 18, Issue 3, 2001, p. 330 ; Mc Lachlan *et al*, op.cit, p.125.

^۵. Hanotiau, op.cit.

^۶. The International Chamber of commerce Rules of Arbitration (1998).

^۷. The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985).

^۸. International Center for Settlement of Investment Disputes Additional Facilities Rules, 1978.

اندازه‌ای مشکل را حل کنند.^۱

علاوه بر دو حالت فوق‌الذکر، ادغام داورهای موازی می‌تواند با دستور و ابتکار عمل دادگاه مقرر انجام شود. رویه کشورهای گوناگون و حتی رویه یک کشور در زمان‌های متفاوت در اینکه در چنین ادغامی آیا نیاز به رضایت همه اطراف دعوا وجود دارد یا نه، متغیر و متفاوت است.^۲ این روش در ادغام داورهای تجاری بین‌المللی شایع‌تر از داورهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی است.^۳

شایع‌ترین روش ادغام در دعاوی سرمایه‌گذاری، پیش‌بینی نظام ادغام در معاهده سرمایه‌گذاری است. نیاز به ادغام در دعاوی سرمایه‌گذاری معمولاً زمانی ظاهر می‌شود که دو یا چند دعوا از عمل واحد و احتمالاً نامشروع دولت سرچشمه می‌گیرد که موجب ورود خسارات متعدد به سرمایه‌گذار می‌شود.^۴ کامل‌ترین مقرر در این خصوص در ماده ۱۱۲۶ توافقنامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا)^۵ آمده است. معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نیز بعضاً مقرراتی برای ادغام دعاوی پیش‌بینی نموده‌اند.^۶

۴-۵. مقابله با نتایج نامطلوب رسیدگی‌های موازی در مرحله اجرا

داورها و سازمان‌های داور به تنهایی وسیله‌ای برای اجرا یا تضمین اجرای رأی ندارند.

^۱. *Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No ARB/02/16) Decision on Objection to Jurisdiction on 11 May 2005; *Camuzi International SA v. Argentine Republic* (ICSID Case No ARB/03/2), Decision on Objection to Jurisdiction, 11 May 2005.

^۲. Hanotiau, op.cit, p. 333-334.

^۳. Yannaca-Small, op.cit, p.1036.

^۴. Ibid, p. 1033.

^۵. North American Free Trade Agreement (NAFTA) (signed 1992, entered into force 1994).

^۶. هنوز زود است که در این خصوص سخن از شکل‌گیری رویه‌ای واحد به میان آید اما آرای به چشم می‌خورد که قابل توجه است. مثلاً در دو دعوای گوناگون، با توجه به این مقررات در یکی حکم به ادغام دعاوی داده شده و در دیگری حکم به ادغام داده نشده است. دعوایی که در آن حکم به ادغام داده شده:

Canfor Corp v. United States of America, *Tembec et al v United States of America*, *Terminal Forest Products Ltd v. United States of America* (Consolidation), UNCITRAL (NAFTA, 2005)

دعوایی که حکم به ادغام داده نشده:

Corn Products International Inc v United Mexican States (ICSID Case No ARB (AF)/04/1), Award 18 August 2009, and *Archer Daniels Midland w and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc v United Mexican States* (ICSID Case No ARB (AF)/04/5) (Consolidation) (NAFTA/ ICSID (AF), Award 21 November, 2007.

^۷. به‌عنوان نمونه:

Art 33 of the US Model BIT (2004)

بنابراین اگر طرفین به‌طور اختیاری رأی داور را اجرا نکنند تنها راه موجود برای محکوم‌له رأی داور این است که به قدرت دولت متوسل شود و آن هم از طریق دادگاه‌های ملی است. به همین صورت، محکوم‌علیه نیز برای مقاومت در برابر اجرا باید به دادگاه‌های ملی متوسل شود.^۱ چگونگی مقابله با نتایج نامطلوب آرای متفاوت و متناقضی که ناشی از رسیدگی‌های موازی است در مرحله اجرای رأی، اهمیت ویژه‌ای دارد. سؤال اصلی این است که با فرض صدور آرای متفاوت یا متناقض در دعاوی مرتبط یا واحد آیا می‌توان برای حل این مشکل در مرحله اجرای رأی در کشور صادرکننده یا در کشور خارجی که اجرا در آن خواسته شده است، نوعی روش پسینی داشت؟

الف. نظام ایکسید

شکایت یا مقابله با رأی در نظام ایکسید از طریق روند ابطال^۲ رأی امکان‌پذیر است. ابطال رأی با تجدیدنظر^۳، دو تفاوت اساسی دارد: تفاوت اول این است که نتیجه فرآیند ابطال، تنها نقض یا ابرام رأی است و نتیجه فرآیند تجدیدنظر، اصلاح رأی است. تفاوت دوم این است که نظام ابطال در ایکسید، تنها ناظر به مشروعیت روند صدور رأی است و ناظر به سنجش صحت ماهوی رأی نیست.^۴ اظهارنظرکنندگان در نظام ایکسید، متفق‌القول‌اند که ماده (۱) ۵۲ از مقررات ایکسید مجوز ابطال رأی بر اساس «اشتباهات حکمی یا موضوعی»^۵ نیست و در این عدم جواز، تفاوتی نمی‌کند که این اشتباه حکمی یا موضوعی چقدر بزرگ باشد. بنابراین به نظر می‌رسد که در نظام داورى ایکسید هم، نهایی و قطعی‌بودن رأی بر صحت و دقت آن ترجیح دارد. با این ترتیب، احتمال صدور آرای متفاوت در این نظام، یک واقعیت پذیرفته‌شده است.^۶ کشورهای عضو نیز متعهد هستند بدون هیچ‌گونه تجدیدنظر یا نظارت قضایی (غیر از موارد بسیار محدود) آرای دیوان‌های داورى ایکسید را به اجرا بگذارند.^۸

^۱. نیکبخت، حمیدرضا، شناسایی و اجرای آراء داورى های تجاری بین‌المللی در ایران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۵، ص. ۸.

^۲. Annulment Process

^۳. Appeal

^۴. Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, The ICSID Convention A Commentary, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 901-902.

^۵. Errors of fact or Law

^۶. Schreuer *et al*, op. cit, p. 902.

^۷. *ibid* p 903.

^۸. Article 54 of ICSID convention

ب. سایر نظام‌های داوری

مقابله با نتایج نامطلوب رسیدگی‌های موازی پس از صدور آرای متفاوت داوری خارج از نظام ایکسید، قاعداً از مجرای دادگاه‌های محلی و از دو طریق صورت می‌گیرد:

- ۱- ابطال رأی به وسیله دادگاه‌های کشوری که مقر داوری در آن کشور قرار دارد.^۱
- ۲- جلوگیری از اجرای رأی به وسیله دادگاه‌هایی که خارج از کشور محل صدور است و اجرای رأی از آن خواسته می‌شود.^۲

۱) ابطال رأی به وسیله دادگاه مقر داوری

قوانین داخلی کشورها در اعطای مجوز ابطال یا حداقل نظارت بر آرای داوری داخلی به دادگاه‌ها به این سمت در حرکت است که زمینه‌های ابطال و نظارت بر آرای داوری را محدود نمایند و به طرفین، نوعی آزادی در محدود کردن یا حتی حذف کردن نظارت قضایی بر رأی در محل صدور اعطا کنند.^۳ با وجود این، قانون داخلی کشورها در این زمینه متفاوت است:^۴

در یک طرف، طیف کشورهایی هستند که اجازه می‌دهند رأی داور از حیث مسائل حکمی و ماهوی و شکلی مورد نظارت قضایی واقع شود؛ کشورهای همانند کره جنوبی، اندونزی، عربستان سعودی.^۵ در این طیف در برخی موارد حتی به دادگاه‌ها اجازه داده می‌شود که رأی داوری به علت استدلال‌های متناقض در آن ابطال شود. در این مورد گرچه منظور از استدلال‌های متناقض، استدلال‌های متناقض در یک رأی است اما ممکن است بتوان با تفسیر موسع، استدلال‌های متناقض در چند رأی را که در روند

^۱. Vacation of Award at the Seat of Arbitration

^۲. Frank, op. cit, p. 1550.

^۳. Schreuer *et al*, op. cit, p. 900.

^۴. از آنجاکه معاهدات سرمایه‌گذاری، معمولاً محل داوری را تعیین نمی‌نمایند این امکان برای طرفین دعوا وجود دارد که محل داوری را با توجه به ملاحظات که قانون محل برای نظارت بر رأی و احتمالاً مقابله با آرای متعارض دارد تعیین کنند.

^۵. به نظر می‌رسد که نظام داوری در قانون آیین دادرسی مدنی ایران که می‌توان آن را داوری داخلی نامید با این نظر قابل تطبیق است. ماده ۴۸۲ این قانون، داور را الزام می‌کند که رأی مخالف قوانین موجد حق صادر نکند و بند ۱ ماده ۴۸۹ همین قانون، ضمانت اجرای تخلف از این دستور را بطلان رأی داور می‌داند. بدین ترتیب دادگاه باید علاوه بر مسایل شکلی، بر صحت ماهوی رأی داور نیز نظارت کند. اما در قانون داوری تجاری بین المللی ایران، وضع به گونه‌ای دیگر است: در این قانون، سخنی از وظیفه دادگاه در لزوم احراز مطابقت رأی داور با قوانین موجد حق نیست و از موارد ابطال یا بطلان رأی داور در مواد ۳۳ و ۳۴ نیز همین نظر قابل استفاده است.

رسیدگی‌های موازی پدید آمده‌اند نیز مشمول این حکم دانست.^۱ به نظر می‌رسد که پذیرش تفسیر اخیر دشوار باشد؛ ضمن اینکه صدور آرای متعارض داوری در مسئله واحد و بین چند دیوان داوری بیش از اینکه معلول استدلال‌های متعارض باشد، معلول اختلاف‌نظرهای معمول حقوقی بین صاحب‌نظران است. با این تفسیر، پذیرش هر کدام از نظریات رقیب در حل اختلاف از سوی دیوان داوری، قاعدتاً حقوق اصحاب دعوا را به اندازه‌ای به خطر نمی‌اندازد که مجوزی برای ابطال رأی داور از سوی دادگاه باشد. در طرف دیگر طیف، کشورهایی هستند که تنها نظارت محدودی را برای حفظ تمامیت و انسجام روند شکلی رسیدگی داوری از خلال نظارت قضایی دادگاه‌های محل داوری اجازه می‌دهند؛ کشورهایی همانند سوئیس، فرانسه و آفریقای جنوبی.^۲ به نظر می‌رسد در این قبیل کشورها هم تعارض آرای صادره به‌تنهایی نمی‌تواند علتی برای ابطال رأی داوری باشد.

قوانین مدل و مقررات داوری سازمانی نیز حتی‌المقدور زمینه‌های نظارت قضایی بر رأی داور را محدود نموده‌اند. قانون نمونه داوری آنسیترا^۳ در داوری تجاری بین‌المللی، زمینه‌های محدودی برای کنارگذاشتن^۴ رأی داوری تجاری بین‌المللی توسط دادگاه‌ها پیش‌بینی نموده است.^۵ مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز بیان می‌کند که آرای داوری باید برای طرفین الزام‌آور باشد و طرفین با ارجاع امر به داوری، تحت این مقررات متعهد می‌شوند که هر رأیی را بدون تأخیر و به‌سرعت اجرا کنند و حق هرگونه اقدامی را که با اجرای رأی ناسازگار باشد از خود ساقط می‌کنند.^۶

بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که نظام ابطال رأی، تأثیر قابل‌توجهی در جلوگیری از اثرات مخرب رسیدگی‌های موازی در مرحله اجرا ندارد. در عمل، اصل اعتبار امر مختومه که پیش‌تر بدان پرداخته شد ممکن است به‌عنوان اصل کلی حقوقی به کمک دادگاه‌ها بیاید تا بی‌اعتباری رأی مؤخر را اعلام نماید.

۲) موانع شناسایی و اجرای رأی داوری در خارج از محل صدور

عهدنامه‌های نیویورک و پاناما^۶ در موانع شناسایی یا اجرای آرای داوری خارجی مقررات

^۱ Frank, op.cit, p. 1553.

^۲ Ibid, pp. 1551-2.

^۳ Setting Aside

^۴ Articles 34 & 36 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985.

^۵ Article 28 (6) of ICC Rules.

^۶ The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, 1975 (also known as the Panama Convention).

تقریباً یکسانی دارند. این مقررات به قوانین داخلی کشورها هم نفوذ کرده و ساختار حقوقی تقریباً یکسانی در این باب ایجاد شده است.

براساس عهدنامه نیویورک، آرا نمی‌توانند در محل اجرا ابطال یا مورد تجدیدنظرخواهی واقع شوند.^۱ عهدنامه نیویورک، زمینه‌های محدودی را عنوان نموده که بر آن اساس به موجب تقاضای یک طرف، شناسایی یا اجرای رأی در کشوری که درخواست اجرا شده است انجام نشود.^۲ هیچ‌یک از موارد فوق، مجوز عدم شناسایی یا اجرا به علت اشتباه حکمی یا ماهوی در رأی یا تعارض رأی با سایر آرا را به نظام قضایی نمی‌دهد. با وجود این، تفسیر موسع عهدنامه، توسط کشور محل اجرا به گونه‌ای که گویا مسائل ماهوی رأی باید مورد بررسی مجدد قرار گیرد، غیرممکن نیست.^۳

اگرچه نظام شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی به علت محدودبودن موارد منع شناسایی و اجرا، اصولاً نمی‌تواند تأثیرات منفی ناشی از آرای متفاوت و متناقض را در مرحله اجرا خنثی کند اما با نگاهی به زمینه‌های تجویز عدم شناسایی و اجرای رأی در بندهای (الف) و (خصوصاً ج) از ماده پنج عهدنامه نیویورک می‌توان قسمتی از مشکل را حل نمود. بر اساس این بندها چنانچه رأی صادره خارج از محدوده‌ای باشد که طرفین در ارجاع آن به داوری توافق داشته‌اند یا موافقت‌نامه داوری بی‌اعتبار باشد، مجوزی برای عدم شناسایی یا اجرا به درخواست یک طرف به وجود می‌آید. بنابراین اگر در میان مراجعی که آرای متناقض و متفاوت صادر نموده‌اند برخی از آن‌ها بنا به علل یادشده صلاحیت نداشته باشند، در مرحله اجرا و شناسایی، آن آرا شناسایی و اجرا نشده و بدین ترتیب اگرچه مشکل ائتلاف انرژی و هزینه و زمان رفع نمی‌شود اما حداقل در آخرین مرحله، مشکل ناشی از اجرای آرای متناقض تا اندازه‌ای مرتفع خواهد شد. شاید به همین علت است که دسته‌ای از مؤلفان معتقدند که توان و قدرت دادگاه‌ها در عدم اجرای آرای داوری خارجی می‌تواند قسمتی از معضلات رسیدگی‌های موازی و آرای متعارض را حل کند.^۴

^۱. Frank, op. cit, p. 1555.

^۲. Article v of the New York convention (1958).

برای توضیح این موارد، ن.ک:

نیکبخت، شناسایی و اجرای آراء داوری های تجاری بین المللی در ایران، پیشین، صص. ۹۶-۵۵.

^۳. Frank, op.cit.

^۴. Gabrielle Kaufmann-Kohler, "How to Handle Parallel Proceedings: A Practical Approach to Issues such as Competence-Competence and Anti-Suit Injunctions", in: Emmanuel Gaillard, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, Juris Publishing, Inc. and International Arbitration Institute (IAI), New York, 2005, p. 111.

نتیجه

رسیدگی‌های موازی در دعاوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی علی‌رغم به‌بارآوردن آثار مخرب برای طرفین دعا و نظام داوری، در بسیاری از موارد به علت ساختار خاص نظام داوری سرمایه‌گذاری و تعدد اجتناب‌ناپذیر مراجع رسیدگی، واقعیتی پذیرفته شده است. رسیدگی‌های موازی و تعدد مراجع رسیدگی در عین حال که تهدیدی برای منافع دولت سرمایه‌پذیر و سرمایه‌گذار خارجی است می‌تواند با مدیریت صحیح اصحاب دعا تبدیل به یک فرصت شود. راهکارهای گوناگونی برای مدیریت صحیح رسیدگی‌های موازی در این نوشتار پیشنهاد شده که می‌تواند حسب مورد، توسط دولت سرمایه‌پذیر یا سرمایه‌گذار مورد استفاده قرار گیرد. دسته‌ای از این راهکارها به‌نوعی مرتبط با توافقات طرفین در موافقت‌نامه داوری یا پس از آن است. برخی دیگر از این راهکارها هم مبتنی بر استفاده اصحاب دعا از ظرفیت دیوان‌های داوری و اختیارات آن‌ها برای هدایت جریان رسیدگی‌های موازی است. با توجه به روند روبه‌رشد انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری بین ایران و سایر کشورها و نیز نیاز کشور به جذب هرچه بیشتر سرمایه‌گذاری خارجی و سرمایه‌گذاری شرکت‌های ایرانی در خارج از کشور، پیش‌بینی می‌شود که در آینده نزدیک شاهد کاربرد بیشتر مباحث مربوط به رسیدگی‌های موازی در دعاوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی مرتبط با ایران باشیم.

منابع:

الف - فارسی

- نیکبخت، حمیدرضا، **داوری تجاری بین المللی**، "آیین داورى"، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
- _____، **شناسایی و اجرای آراء داورى های تجارى بین‌المللى در ایران**، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۵.
- ب - انگلیسی:

Books:

- Rudolf Dolzer, & Christoph Schreuer, **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- James J.Fawcett, **Oxford Monographs in Private International Law**, Declining Jurisdiction in Private International Law, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- Emmanuel Gaillard, **Anti-Suit Injunctions in International Arbitration**, Juris Publishing, Inc. and International Arbitration Institute (IAI), New York, 2005.
- Bryan A. Garner, **Black's Law Dictionary**, Eighth Edition, Thomson, New York, 2004.
- Campbell McLachlan, Laurence Shore, & Matthew Weiniger, **International Investment Arbitration: Substantive Principles**, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Peter Muchlinski, Federico Ortino, & Christoph Schreuer, **The Oxford Hand book of International Investment Law**, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Lucy Reed, Jon Paulson, & Nigel Blakaby, , **Guide to ICSID Arbitration**, Kluwer Law International, Hague, 2006.
- Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, & Anthony Sinclair, **The ICSID Convention A Commentary**, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

–United Nations Conference on Trade and Development, State Contracts, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, United Nations Publication, New York and Geneva, 2004.

Articles:

- Gilles Cuniberti, "**Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement**", *ICSID Review*, Volume 21, Issue 2, 2006.
- Susan D. Frank, "**The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions**", *Fordham Law Review*, Volume 73, Issue 4, 2005.
- Bernard Hanotiau, "**Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues, an Analysis**", *Journal of International Arbitration*, Volume 18, Issue 3, 2001.
- A.F.M.Maniruzzaman, "**The Relevance of Public International Law in Arbitrations Concerning International Economic Development Agreements An Appraisal of Some Fundamental Aspects**", *The Journal of World Investment & Trade*, Volume 6, Issue 2, 2005
- Rahim Moloo, "**Arbitrators Granting Antisuit Orders: When Should They and on What Authority?** ", *Journal of International Arbitration*, Volume 26, Issue 2, 2009.
- Margret Moses, "**Party Agreement to Expand Judicial Review of Arbitral Awards**", *Journal of International Arbitration*, Volume 20, Issue 3, 2003.
- Alexis Moure, & Lucag Radicati Di Brozolo, "**Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and one Step Back**", *Journal of International Arbitration*, Volume 32, Issue 2, 2006.
- Marvin G.Pickholz, "**The Expanding World of Parallel**

-
- Proceedings"**, *Temple Law Quarterly*, volume 53, Issue 4, 1980.
- David R.Sedlak, **"ICSID'S Resurgence in International Investment Arbitration: Can the Momentum hold"**, *Penn State International Law Review*, Volume 23, Issue 1, 2004.
 - Jamie Shookman, **"Too many Forums for Investment Disputes? ICSID Illustration of Parallel Proceedings and Analysis"**, *Journal of International Arbitration*, volume 27, Issue 4, 2010.
 - Christer Soderlund, **"Lis pendens, res judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings"**, *Journal of International Arbitration*, Volume 22, Issue 4, 2005.
 - Jeswald W.Solacuse, **"BIT by BIT"**, *International Lawyer (ABA)*, Volume 24, Issue 3, 1990.
 - Louise Ellen- Teitz, **"Both Sides of The Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation"**, *Roger Williams University Law Review*, volume 10, Issue 1, 2004.
 - Sarosh Zaiwalla, **"Challenging Arbitral Awards: Finality is Good but Justice is Better"**, *Journal of International Arbitration*, Volume 20, Issue 2, 2003.

Sentences:

- Camuzi International SA v. Argentine Republic (ICSID Case No ARB/03/2), Decision on Objection to Jurisdiction, 11 May 2005.
- Canfor Corp v. United States of America, Tembec et al v United States of America, Terminal Forest Products Ltd v. United States of America (Consolidation), UNCITRAL (NAFTA, 2005).
- CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award on 14 March, 2003.

-
- Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, (ICSID Case No.ARB/97/3), Decision on Annulment 3 July 2002.
 - Corn Products International Inc. v United Mexican States (ICSID Case No ARB (AF)/04/1), Award 18 August 2009, and Archer Daniels Midland w and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v. United Mexican States (ICSID Case No ARB (AF)/04/5) (Consolidation) (NAFTA/ ICSID (AF), Award 21 November, 2007.
 - Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award on 3 September 2001.
 - Linen Fortinberry & Associates Inc. v. Islamic Republic of Iran, Interim Award No. ITM 48-10513-2, April 10,1985.
 - Salini Construttori S.P.A and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco, (ICSID case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, July 23, 2001.
 - Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No ARB/02/16) Decision on Objection to Jurisdiction on 11 May 2005.
 - SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, (ICSID Case No. ARB/01/013).Procedural order No. 2, October 16, 2002.
 - SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, (ICSID Case No. ARB/02/6) Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.
 - Tokios Tokele's v, Ukraine, (ICSID Case No.ARB/02/18) Procedural order No.1, July1, 2003.
 - Washington Electric Corp.v.Islamic Republic of Iran, Interlocutory Award No. ITL 67-389-2, February 15, 1987
 - Italy-Morocco BIT (1988).

-
- Switzerland-Pakistan BIT (1988).
 - US Model BIT (2004).

Treaties:

- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (Adopted 1965 , Entered into Force 1966).
- North American Free Trade Agreement (NAFTA) (signed 1992, entered into force 1994)
- The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, 1975 (also known as the Panama Convention).
- United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958) or New York Convention.

Acts:

- International Center for Settlement of Investment Disputes Additional Facilities Rules, 1978.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules), 2006.
- International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, 1998.
- The United Nations Commission on International Trade Law Model Law on International Commercial Arbitration, 1985 with Amendments as Adopted in 2006.

Report:

- International Law Association Final Report on "lis pendens and Arbitration".

ماهیت حقوقی انتقال دیون در ادغام شرکت‌های سهامی

و آثار آن بر طلبکاران و بدهکاران غیر سهام‌دار

* مهدی رشوند بوکانی

** محسن رجالی

*** امین بدیع صنایع اصفهانی

مجله حقوقی دادگستری / سال هفتاد و هفتم / شماره ۸۴ - زمستان ۱۳۹۲

چکیده

یکی از مهم‌ترین موضوعات در بحث ادغام شرکت‌ها، تعیین آثار و تبعات آن بر بازار، سهام‌داران، طلبکاران و بدهکاران غیرسهام‌دار و حتی مصرف‌کنندگان است. در این بین، شرکت‌های سهامی پیش‌قدم هستند. ادغام یعنی «اقدامی که بر اساس آن چند شرکت ضمن محو شخصیت حقوقی خود، شخصیت حقوقی واحد و جدیدی تشکیل دهند یا در شخصیت حقوقی دیگری جذب شوند» و به موجب آن، کلیه دارایی، مطالبات، دیون و تعهدات شرکت ادغام‌شونده به شرکت پذیرنده ادغام منتقل می‌شود. به دلیل مزایای فراوان ادغام، رغبت به آن در بین شرکت‌های سهامی بسیار زیاد است. در این مقاله به ماهیت‌شناسی انتقال دیون از شرکت ادغام‌شونده به شرکت پذیرنده ادغام پرداخته شده و در این خصوص با تحلیل و تطبیق نظریات انتقال دین، انتقال طلب، تبدیل تعهد و قائم‌مقامی، آثار ادغام شرکت‌ها بر حقوق و تعهدات طلبکاران و بدهکاران غیرسهام‌دار بررسی شده و نظر برگزیده، تقویت شده است. ناگفته پیداست که گزینش هر یک از

* استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)

Mahdirashvand58@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی (ره) (نویسنده مسئول)

Rejali114@gmail.com

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی (ره)

Badiee129@gmail.com

نظریات فوق، آثار حقوقی متفاوتی را برای مشارالیه‌م و بالتبع، سهام‌داران شرکت‌های طرف قرارداد ادغام، در پی خواهد داشت.

کلید واژه :

ادغام، شرکت‌های سهامی، انتقال دین، انتقال طلب، تبدیل تعهد، قائم‌مقامی.

اواسط دهه ۱۸۴۰ تا ۱۸۷۳ را عصر طلایی سرمایه‌داری نامیده‌اند. ویژگی بارز این سال‌ها ظهور شرکت به‌عنوان پدیده جدید اقتصادی و عامل توسعه سریع اقتصاد و در پی آن صنعتی‌شدن آمریکا و قاره اروپاست. توسعه فعالیت‌های تجاری شرکت‌ها، غالباً به دو روش صورت می‌گیرد: گاه، شرکت با افزایش کارکنان خود و خرید یا اجاره ابزارآلات، وسائل حمل‌ونقل و اموال دیگر، ضمن کم‌کردن دست واسطه‌ها، میزان تولید خود را بالا می‌برد و سود خود را به حداکثر می‌رساند و گاه، با سایر شرکت‌های تجاری ادغام می‌شود. توسعه شرکت تجاری به روش نخست را رشد داخلی و به روش دوم را رشد خارجی می‌نامند.^۱ رشد داخلی شرکت تجاری با مشکلات خاصی مواجه است، ازجمله اینکه ممکن است شرکت فاقد نقدینگی کافی باشد یا مجوز لازم برای پخش محصول را نداشته باشد یا باوجود هر دو، بازاری برای فروش محصولات خود پیدا نکند. همچنین، نصب و راه‌اندازی تجهیزات در بعضی صنایع، خود هزینه‌های بسیاری را به دنبال خود دارد.

اما از آنجاکه ادغام شرکت‌ها بسیار کم‌هزینه‌تر است و در عین حال ثمرات بسیار بیشتری را در بر دارد (به‌عنوان مثال باعث تقویت مدیریت شرکت و افزایش کمی و کیفی محصولات و مانع ورشکستگی شرکت می‌شود) در دهه ۱۸۶۰ بسیاری از شرکت‌های تجاری، مشتاقانه به سمت ادغام گرایش پیدا کردند. با گسترش این نهاد جدید، سؤالات حقوقی زیادی در مورد آن مطرح شد. مثلاً ماهیت قرارداد ادغام چیست؟ قرارداد ادغام از عقود معین است یا غیرمعین؟ آثار ادغام شرکت‌ها چیست؟ و ده‌ها سؤال دیگر که قانونگذاران و بالتبع حقوق‌دانان هر نظام حقوقی با توجه به کلیات و اصول حقوقی پذیرفته‌شده در نظامشان، باید به آن پاسخ دهند. لکن با توجه به اینکه با ادغام شرکت‌ها، کلیه حقوق و تعهدات و دیون و حتی دعاوی له و علیه شرکت ادغام‌شونده، به شرکت پذیرنده ادغام منتقل می‌شود این سؤال مطرح می‌شود که ماهیت این عمل حقوقی چیست؟ آثار آن بر حقوق و تعهدات سهام‌داران و غیرسهام‌داران (اعم از طلبکاران و بدهکاران) چیست؟ در نظام حقوقی ایران ماهیت انتقال حقوق و دیون و در نتیجه آثار آن بر طلبکاران و بدهکاران غیرسهام‌دار، کمتر مورد توجه نویسندگان این عرصه قرار گرفته است. لذا در این مقاله با مطرح‌نمودن

^۱ John Hampton, Financial Decision Making, Concepts, Problems, And Cases, 4th ed., New Delhi: Prentice Hall of India, 1990, p.392.

نظریه‌های مختلف در خصوص ماهیت انتقال دیون از شرکت ادغام‌شونده به شرکت پذیرنده ادغام (نظریات انتقال طلب، انتقال دین، تبدیل تعهد و قائم‌مقامی)، تحلیل و تطبیق آن‌ها، به ماهیت‌شناسی انتقال مذکور پرداخته و سپس با بیان استدلال‌های تقویت‌کننده نظریه برگزیده، آثار ادغام یک‌جانبه و چندجانبه، بر طلبکاران و بدهکاران غیرسهام‌دار هر یک از شرکت‌های طرف ادغام ارائه شده است.

۱. تعریف ادغام

۱-۱. معنای لغوی:

ادغام در لغت به معنای « فراگرفتن یا داخل کردن چیزی در چیز دیگر »^۱ یا « درهم‌فشاردن دو چیز » است.^۲ در فرهنگ لاتین، اصطلاح «merger»، متداول‌ترین واژه مورد استفاده در این معنا است.^۳ معمولاً زمانی از این لفظ استفاده می‌شود که چیزی با چیز کوچک‌تر و کم‌اهمیت‌تر از خود ترکیب می‌شود به نحوی که شیء کوچک‌تر، جزیی از شیء بزرگ‌تر شده و تمایز خود را از دست می‌دهد.^۴

۱-۲. معنای اصطلاحی:

در حقوق انگلیس، ادغام در حقوق شرکت‌های تجاری، به این معنا است که کنترل دو یا چند شرکت تجاری به‌ویژه شرکت سهامی، تحت سیطره یک شرکت تجاری درآید.^۵ در ایالات متحده آمریکا هم که قدرت بازار و عظمت شرکت‌ها را غالباً محصول تملک شرکت‌های دیگر یا ادغام می‌دانند درباره مفهوم ادغام، اختلاف‌نظر وجود داشته و اصطلاح ادغام به موارد زیر اطلاق شده است: انتقال دارایی‌ها (توسط شرکت فروشنده) در برابر پول یا سهام شرکت خریدار؛ انتقال سرمایه (فروش سهام شرکت) در برابر پول یا سهام شرکت خریدار و ادغام‌ها یا به‌هم‌پیوستگی‌هایی که طبق قوانین ایالتی مربوط

۱. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه دهخدا، ج ۱، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ص. ۱۳۳۰؛ عمید، حسن، فرهنگ عمید، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۶۹، ص. ۵۳.

۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی، نشر سپهر، چاپ ۸، ۱۳۷۱، ص. ۱۸۱.

۳. بیگی حبیب‌آبادی، احمد، مطالعه تطبیقی ادغام شرکت‌های سهامی در حقوق انگلیس و آمریکا، رساله دوره دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰، ص. ۱۱.

۴. Joseph, Nolan & Jacqueline Nolan-Haley, Black's law Dictionary, 6th ed, New York, West Publishing Company, 1990, p.888.

۵. Kenneth W. Clarkson & Roger LeRoy Miller, Industrial Organization, Theory, Evidence, and Public Policy, London, McGraw - Hill Book Company, 1982, p.339.

به شرکت‌ها صورت می‌گیرد.^۱ در این تعریف که از سوی نویسندگان حقوق رقابت ارائه شده، جلوگیری از موقعیت مسلط اقتصادی از طریق تغییرات عمده در ساختار بازار مدنظر است و لذا بر به‌هم‌پیوستگی شخصیت‌های حقوقی یا مدیریت‌های به‌هم‌پیوسته در شرکت‌های کنترل‌کننده تأکید می‌شود. به‌عنوان مثال بعضی نویسندگان چنین قلم زده‌اند که نتیجه نهایی ادغام باید مدیریت و تحت کنترل درآوردن شرکت‌های ادغام‌شونده باشد. در غیر این صورت صرف سودبری بدون دخالت و نفوذ در مدیریت، منجر به تشکیل ادغام نمی‌شود^۲ در حالی که در مقررات ایران، در تعریف ادغام فقط به مفهوم به‌هم‌پیوستن شخصیت‌های حقوقی که با محو شخصیت یک یا چند شرکت ملازمه دارد، اشاره شده است.

در نظام حقوقی ایران، در بحث حقوق شرکت‌های تجاری، ادغام عبارت است از «اقدامی که بر اساس آن چند شرکت، ضمن محو شخصیت حقوقی خود، شخصیت حقوقی واحد و جدیدی تشکیل دهند یا در شخصیت حقوقی دیگری جذب شوند» (بند ۱۶ ماده ۱ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، ۱۳۸۷)^۳. در این مفهوم ادغام از یک سو در مقابل تجزیه قرار دارد؛ بدین معنا که در ادغام، یک شرکت تجاری، کنترل یک شرکت دیگر را از طریق جذب آن در دست می‌گیرد درحالی که در تجزیه غالباً کنترل یک شرکت تجاری در دست دو یا چند شرکت قرار می‌گیرد زیرا تجزیه «اقدامی است که بر اساس آن یک شرکت ضمن محو شخصیت حقوقی خود، دو یا چند شخصیت حقوقی جدید تشکیل دهد» (بند ۱۷ ماده ۱ ق.ا.س.ا. ۴۴). از سوی دیگر در این مفهوم از حیث محو شخصیت حقوقی حداقل یک شرکت، با هم اشتراک دارند.

۲. انواع ادغام

ادغام شرکت‌ها در نظام حقوقی آمریکا به دو صورت انجام می‌پذیرد:

^۱ رشوند بوکانی، مهدی، حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه اروپا، رساله دوره دکتری، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸، ص ۳۶۳.

^۲ Verena Kusstatscher & Cary L Cooper, Managing Emotion in Merger and Acquisition, Edward Elgar Publishing, UK, 2005, p. 20.

^۳ تا پایان مقاله از قانون مذکور به اختصار ق.ا.س.ا. ۴۴ یاد می‌کنیم.

۲-۱. ادغام واقعی یا قانونی

در این روش، طرفین قرارداد ادغام، دو یا چند شرکت هستند و سهامداران در انعقاد این عقد نقشی ندارند و به دو صورت انجام می‌پذیرد:

الف. ادغام یک‌جانبه (یا ادغام ساده)^۱

قراردادی است که به موجب آن، شرکتی شرکت دیگر را امحا و در خود حل نماید. در نتیجه این قرارداد، شرکت دوم، شخصیت حقوقی خود را از دست می‌دهد و تنها شرکت اول باقی می‌ماند و شخصیت حقوقی و نام خود را حفظ می‌نماید. به عبارت دیگر، مدیریت شرکت دوم، تحت سیطره شرکت اول قرار می‌گیرد.^۲ شرکت اول در قبال سهام سهامداران شرکت دوم، یا وجه نقد می‌پردازد یا ضمن افزایش سرمایه، به مقدار متناسب، سهام شرکت خود را به آن‌ها می‌دهد. اما ادغام شرکت، تأثیر مستقیمی بر سهام سهامداران شرکت اول ندارد. به بیان دیگر در این شیوه از ادغام، کلیه شرکت‌های طرف قرارداد در یک شرکت از مجموع شرکت‌های درگیر در این رابطه قراردادی، ادغام می‌شوند بدون آنکه شرکت جدیدی ایجاد شود.^۳

به موجب قرارداد ادغام کلیه دارایی، مطالبات، دیون و تعهدات شرکت دوم به شرکت اول منتقل می‌شود و شرکت اول مسئول کلیه بدهی‌ها و تعهدات شرکت دوم است. همچنین کلیه دعاوی له و علیه شرکت دوم به شرکت اول منتقل می‌شود. این نوع ادغام در ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم توسعه و ماده ۱۰۵ قانون پنجم توسعه، مورد اشاره قرار گرفته است. با وجود این، این ادغام با دخالت مستقیم سهامداران در مجمع عمومی فوق‌العاده، قابل انجام است.

ب. ادغام دو یا چندجانبه (ترکیبی)^۴

به موجب این قرارداد، طرفین توافق می‌نمایند که دو یا چند شرکت در هم حل شده و شرکت کاملاً جدیدی از آن‌ها به وجود آید. دو شرکت قبلی، شخصیت حقوقی خود را از دست می‌دهند و جزئی از شرکت جدید می‌شوند و شخص حقوقی جدیدی پا به عرصه وجود می‌نهد.

^۱ . Merger

^۲ . Edwin W. Miller, Merger & Acquisition, Blackwell, New York, 3rd ed, 2008. p.339.

^۳ . Ibid, p. 56.

^۴ . Consolidation

ادغام ترکیبی از لحاظ آثار مانند ادغام ساده است و تنها تفاوت آن با ادغام اخیر در خلق یک شخصیت حقوقی جدید است^۱. سهام‌داران شرکت‌های قبلی در قبال سهام خود، مقدار متناسب از سهام شرکت جدید را دریافت می‌دارند و کلیه دارایی، مطالبات، دیون و تعهدات هر دو شرکت به شرکت جدید منتقل می‌شود.

سهام‌داری که راضی به طرح ادغام نباشد، مجبور نیست سهام شرکت جدید را قبول نماید و حق اعتراض دارد و در این صورت می‌تواند تقاضا نماید که سهام وی با قیمت منصفانه توسط شرکت ادغام‌کننده خریداری شود.

در صورتی که سهام‌داران در ادغام ساده، در قبال سهام خود، تنها سهام شرکت باقی‌مانده را دریافت دارند یا در ادغام ترکیبی تنها سهام شرکت جدید را دریافت دارند، از پرداخت مالیات معاف هستند، چون وجهی در قبال سهام خود دریافت ننموده‌اند و تنها تبادل سهام صورت گرفته است. وضع این قاعده موجب تسهیل امر ادغام و رغبت شرکت‌ها به ادغام می‌شود زیرا سهام‌داران شرکت‌ها می‌توانند بدون پرداخت مالیات ادغام شرکت‌ها را تسهیل نمایند.

۲-۲. ادغام عملی

این ادغام بر دو نوع است :

الف. تحصیل دارایی^۲

ادغام شرکت می‌تواند در نتیجه خریدن دارایی‌های آن توسط شرکت دیگر انجام گردد. بعد از انعقاد قرارداد شخصیت حقوقی شرکتی که دارایی آن خریداری شده باقی می‌ماند، لکن معمولاً پس از فروش دارایی‌ها، شرکت با تصمیم ارکان آن منحل و وجوه حاصله را بین سهام‌داران تقسیم می‌نماید. بطور کلی شرکتی که دارایی‌های شرکت دیگر را خریداری می‌نماید مسئولیتی در قبال تعهدات شرکت فروشنده ندارد. ادغام عملی قبل از تصویب قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی از طرف حقوقدانان مطرح شده بود به نظر این گروه از نویسندگان با توجه به خلأ قانونی درباره ادغام و نظر به اینکه هیچ اکثریتی به‌موجب ماده ۹۴ لایحه قانونی ۱۳۴۷ نمی‌تواند بر تعهدات صاحبان سهام بیفزاید تنها راه حل این است که شرکت

^۱ . Stephen A. Ross & Jeffery F. Jaff , Corporate Finance, 3rd ed, Richard d. Irwin Publisher, Tokyo, 2004, p.765.

^۲ . Acquisition of asset

ادغام‌شونده با تصمیم مجمع عمومی منحل و سپس، شرکت جدیدی تشکیل شود؛ امری که نتایج نامطلوبی دارد و مستلزم تصفیه شرکت‌هاست. در این نوع ادغام نظر به این که امر تصفیه مقدم بر ادغام است، مسایل مربوط به روابط بدهکاران و طلبکاران شرکت ادغام‌شونده در فرض ادغام، قابل طرح نیست.^۱

ب. تحصیل سهام^۲

در این نوع ادغام، قرارداد بین یک شرکت و سهام‌داران شرکت دیگر منعقد می‌شود. به بیان دیگر، ممکن است ایجاب شرکت ادغام‌کننده توسط هیئت‌مدیره شرکت مورد ادغام رد شود. در این حالت، هیئت‌مدیره شرکت ادغام‌کننده ممکن است با خود سهام‌داران وارد معامله شود و مستقیماً سهام سهام‌داران را خریداری نماید و سپس وقتی مقدار سهام متناسب را تحصیل نمود موجبات انحلال شرکت را فراهم آورد. هنگامی که شرکتی سهام شرکت دیگر را تحصیل می‌نماید، رابطه جدید بین آن‌ها معمولاً از نوع شرکت مادر^۳ و شرکت تابع^۴ است. خرید سهام شرکت دیگر بدین منظور انجام می‌گیرد که شرکت خریدار، کنترل شرکت دیگر را بر عهده بگیرد و بدین وسیله هیئت‌مدیره شرکت را تغییر داده یا در تصمیمات مجامع عمومی اکثریت را به دست آورد.^۵ در این مقاله به دلیل اغلیت حاکم در ادغام‌ها، صرفاً به ادغام واقعی یا قانونی، اعم از ادغام یک‌جانبه و ادغام دو یا چندجانبه پرداخته شده است.

۳. آثار ادغام بر اشخاص حقیقی و حقوقی مرتبط با شرکت‌های ادغام‌شونده و پذیرنده ادغام

۳-۱. آثار ادغام بر اشخاص حقیقی و حقوقی بستانکار

بزرگ‌ترین اشکال و مهم‌ترین چالشی که در موضوع ادغام شرکت‌ها مطرح می‌شود تعارض ادغام با حقوق طلبکاران شرکت‌ها، به‌ویژه حقوق طلبکاران شرکت ادغام‌شونده است چرا که غالباً ادغام‌ها بدون رضایت طلبکاران صورت می‌گیرد هرچند این ایراد در

^۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد اول، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، چاپ چهارم، ۱۳۷۹، صص. ۴۶-۴۷.

^۲. Acquisition of stock

^۳. Holding company

^۴. Subsidiary

^۵. بیگی حبیب‌آبادی، مطالعه تطبیقی ادغام شرکت‌های سهامی در حقوق انگلیس و آمریکا، پیشین، ص. ۱۷.

تمام نظام‌های حقوقی مطرح است لکن در نظام حقوقی ایران، مشکل دوچندان است زیرا قانونگذار ایران، در کلیات حقوق مدنی، رضایت طلبکار را جهت انتقال دین ضروری می‌داند و از سوی دیگر، سال‌ها پس از تصویب قانون مدنی، تأسیس حقوقی ادغام را پذیرفته است و مقنن در ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم مقرر داشته است: «... کلیه حقوق و تعهدات، دارایی و دیون و مطالبات شرکت یا شرکت‌های موضوع ادغام به شرکت پذیرنده ادغام یا شرکت جدید انتقال خواهد یافت...»

۳-۱-۱. آثار ادغام بر اشخاص حقیقی و حقوقی بستانکار از شرکت‌های ادغام‌شونده

در خصوص ماهیت انتقال دیون شرکت ادغام‌شونده به شرکت پذیرنده ادغام، چه در نوع ادغام ساده و چه در نوع ادغام ترکیبی به چند نظریه می‌توان اشاره کرد از جمله نظریه انتقال دین، تئوری تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون و نظریه قائم‌مقامی که هر یک در نوع خود، بسیار بحث‌برانگیز بوده و آثار حقوقی متفاوتی دارد. ذیلاً به هر یک از مباحث مذکور و ارتباط آن‌ها با ادغام شرکت‌ها پرداخته می‌شود.

الف. نظریه انتقال دین^۱

(۱) مفهوم انتقال دین

انتقال دین چنانچه از نام آن برمی‌آید به جابه‌جایی دین از دارایی مدیون به دارایی دیگری گفته می‌شود. در انتقال دین آنچه مدیون در اختیار دارد با همه مزایا و محدودیت‌های آن به انتقال‌گیرنده منتقل می‌شود و نباید آن را با تبدیل تعهد اشتباه کرد. در مورد انتقال دین، تقسیم‌بندی‌های گوناگونی وجود دارد از جمله اینکه آن را به اعتبار سبب و چگونگی انتقال، به دو گروه قهری و قراردادی تقسیم می‌کنند:

۱. در انتقال قهری که در نتیجه مرگ مدیون رخ می‌دهد دیون متوفی همراه با سایر عناصر دارایی او به بازماندگانش می‌رسد. در این مورد می‌توان به ماده ۲۴۸ قانون امور حسبی^۲ اشاره کرد.

^۱ . Cession de dette

^۲ . ماده ۲۴۸ قانون امور حسبی که یکی از نشانه‌های انتقال دین به وارثان شخص است چنین بیان می‌دارد که: در صورتی که ورثه ترکه را قبول نمایند هریک مسئول تمام دیون نسبت به سهم خود خواهند بود مگر اینکه ثابت کنند دیون متوفی زاید بر ترکه بوده یا ثابت کنند که پس از فوت متوفی ترکه بدون تقصیر آن‌ها تلف شده و باقی‌مانده ترکه برای پرداخت دیون کافی نیست که در این صورت نسبت به زاید از ترکه مسئول نخواهند بود.

۲. انتقال قراردادی و خاص دین، که در نتیجه تراضی مدیون با شخص ثالث واقع می‌شود و طلبکار در آن نقشی ندارد. در اثر این قرارداد، دین از ذمه مدیون به عهده شخص ثالثی (انتقال‌گیرنده) انتقال می‌یابد؛ مدیون در برابر طلبکار بری می‌شود و جای خود را به ثالث (مدیون) می‌دهد.^۱ البته این نوع انتقال دین در حقوق ایران پذیرفته نیست. از قراردادهایی که در حقوق ایران، سبب انتقال دین به ثالثی می‌شوند عقد ضمان (۶۸۴ و ۶۹۸ ق.م) است که سبب انتقال دین، به ضامن می‌شود و نیز عقد حواله (۷۲۴ ق.م) است که محیل، دینی را که به محال دارد به محال‌علیه انتقال می‌دهد تا او بپردازد. لازم به ذکر است که بسیاری از استادان معتقدند که عقد ضمان، انتقال دین به معنای خاص کلمه نیست بلکه تبدیل تعهد است و انتقال دین به این معناست که ثالثی دین مدیونی را بر عهده بگیرد. در انتقال دین، رضایت دائن شرط است. این نظر با مواد مندرج در قانون مدنی در باب ضمان و حواله همخوانی دارد.^۲

دکتر کاتوزیان نیز معتقد است تراضی ضامن و بدهکار، هیچ اثری در انتقال دین نمی‌گذارد و انتقال، به تراضی ضامن و طلبکار نیاز دارد.^۳

پس انتقال قهری دو تفاوت اساسی با انتقال قراردادی دارد؛ نخست اینکه، دین به‌گونه‌ای مستقل و خاص انتقال نمی‌یابد و همراه مجموعه‌ای از مطالبات و اعیان اموال است که به انتقال دارایی تعبیر می‌شود در حالی که در انتقال قراردادی، دینی از یک دارایی جدا و به دارایی دیگر می‌پیوندد. دوم اینکه سبب این انتقال قهری و جمعی، مرگ است و تنها میان مورث و وارثان او واقع می‌شود ولی انتقال قراردادی، رویدادی میان زندگان است و به حکومت اراده آنان منسوب می‌شود.

تقسیم‌بندی دیگری که از انتقال دین می‌توان ارائه داد تقسیم‌بندی آن از جهت مستقیم یا غیرمستقیم بودن انتقال دین است.

۱. انتقال غیرمستقیم دین، به چند طریق ممکن است که هرچند موضوع اصلی این طرق، انتقال دین نیست لیکن آن را به همراه دارد مانند :

۱. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، ص. ۲۸۰.

۲. بهرامی‌احمدی، حمید، حقوق تعهدات و قراردادها با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰، ص. ۶۵۴.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.

- انتقال قرارداد یا مجموعه‌ای از دیون و مطالبات ناشی از عقد که به معنی انتقال موقعیت قراردادی است.

- شرط به نفع شخص ثالث به‌عنوان وسیله پرداخت

- تبدیل تعهد از راه جانشینی مدیون که در این فرض شخص ثالث در قراردادی که با مدیون می‌بندد قبول می‌کند تا دین او را اداء نماید.^۱

۲. انتقال مستقیم دین به این معناست که مدیون یا طلبکار، خود به‌تنهایی عهده‌دار انتقال دین شوند و در این زمینه با دیگری پیمان انتقال دین ببندند.

۲) تحلیل و تطبیق نظریه انتقال دین در خصوص ماهیت انتقال دیون در ادغام شرکت‌ها

در این قسمت در پی یافتن پاسخ این سؤال هستیم که آیا ماهیت انتقال دیون شرکت ادغام‌شونده به شرکت پذیرنده ادغام، همان مبانی نظریه انتقال دین است؟ چنان که در بالا هم اشاره کردیم به‌موجب قرارداد ادغام و قانون، کلیه دارایی، مطالبات، دیون و تعهدات شرکت دوم (یعنی شرکت ادغام‌شونده) به شرکت اول (یعنی شرکت پذیرنده ادغام) منتقل می‌شود و شرکت اول مسئول کلیه بدهی‌ها و تعهدات شرکت دوم است. همچنین کلیه دعاوی له و علیه شرکت دوم به شرکت اول منتقل می‌شود. بنابراین؛

اولاً انتقال دین در ادغام قانونی شرکت‌ها، به نحو قراردادی و قانونی است نه قهری. ثانیاً انتقال دین، به روش غیرمستقیم است نه مستقیم.

ثالثاً شرکت ادغام‌شونده، مدیونی است که دین خود را به ثالثی (شرکت پذیرنده ادغام) منتقل می‌کند بدون اینکه در این انتقال دین، رضایت طلبکاران خود را سابقاً جلب کرده باشد.

به این ترتیب، نظر به اینکه این قرارداد که بین مدیون اول (شرکت ادغام‌شونده) و مدیون دوم (شرکت پذیرنده ادغام) منعقد شده است در نظام حقوقی ایران، با مبانی نظریه انتقال دین قابل توجیه نیست چرا که طلبکار در این قرارداد انتقال دین، نقشی ندارد در حالی که برای او بسیار مهم است که چه کسی عهده‌دار پرداخت دین می‌شود زیرا چنان‌که می‌دانیم ارزش هر طلب، به دارایی و اعتبار مالی و اخلاقی بدهکار بستگی دارد و جابه‌جایی آن، برای طلبکار، خطری مسلم است و احتمال دارد به از بین رفتن

^۱. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، ص ۲۸۷.

حق او منتهی شود. بنابراین انتقال مستقیم دین بدون رضایت طلبکار، با عنایت به اصل نسبی بودن قراردادها در نظام حقوق ایران جایز نیست چرا که معاملات و عقود طرفین «فقط» درباره متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است (مواد ۲۳۱ و ۱۹۶ قانون مدنی). این گفته (عدم صحت انتقال مستقیم دین، بدون رضایت طلبکار) در میان حقوق دانان فرانسوی نیز مورد قبول واقع شده است به این بیان که مدیون نمی تواند بدون دخالت طلبکار، دین را به دیگری منتقل کند و ذمه خویش را بری سازد. (کاربونی، ج ۴، ص ۴۹۳ - مازو، ج ۲، ش ۱۲۷۷ و ۱۲۸۱ - ویل، تعهدات، ش ۹۵۵ - پلنیول و ریپر، ج ۷، ش ۱۱۴۲ - کولن و کاپیتان و لاموراندر، ج ۲، ش ۱۶۷۳)^۱

ب. نظریه تبدیل تعهد

۱) مفهوم تبدیل تعهد

تبدیل تعهد عبارت است از اینکه تعهدی جانشین تعهد دیگر شود و تعهد سابق از بین برود.^۲ در واقع تبدیل تعهد، در نتیجه تغییر یکی از ارکان تعهد سابق حاصل می شود به طوری که تعهد اول ساقط و تعهدی جدید جایگزین آن شود^۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی در این زمینه مقرر می دارد: «تبدیل تعهد در موارد زیر حاصل می شود: ۱. وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می شود به سببی از اسباب تراضی نمایند. در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می شود؛ ۲. وقتی که شخص ثالثی با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید؛ ۳. وقتی که متعهدله مافی الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید». برابر این ماده، تبدیل تعهد به سه قسم تقسیم شده است: الف- تبدیل تعهد از طریق تبدیل دین ب- تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون ج- تبدیل تعهد از طریق تبدیل دائن. با توجه موضوع بحث، به مفهوم تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون پرداخته می شود.

۲) مفهوم تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون

هرگاه شخص ثالثی با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید، دین اصلی ساقط و تعهد شخص ثالث جای آن را می گیرد (بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی). باید توجه داشت که رضایت مدیون در این نوع تبدیل، شرط نیست و

۱. به نقل از: کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، ص. ۲۹۳.

۲. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، چاپ نهم، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۴.

۳. صفایی، حسین، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۷، ص. ۲۵۵.

هرکس می‌تواند پرداخت دین دیگری را حتی بدون موافقت و اجازه او به عهده بگیرد.^۱ از مصادیق تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون می‌توان به عقد ضمان که موجب انتقال دین از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن است اشاره نمود. بعضی از حقوق‌دانان اعتقاد دارند که مفهوم تبدیل به اعتبار تبدیل مدیون، نهادی قدیمی و بی‌فایده است و این‌گونه بیان می‌نمایند که: «تبدیل تعهد تنها در موردی به کار می‌آید که دو طرف تعهد بخواهند موضوع یا سبب آن را تغییر دهند وگرنه برای تبدیل مدیون و طلبکار، نیازی به این وسیله قدیمی که زاده تاریخ فرانسویان است وجود ندارد».^۲

۳) تفاوت تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون و انتقال دین

می‌توان گفت که اغلب حقوق‌دانان بر تفاوت ماهیتی بین این دو نهاد حقوقی اتفاق نظر دارند به‌عنوان نمونه بعضی از حقوق‌دانان این‌گونه بیان می‌دارند که «در تبدیل تعهد، تعهد اصلی از بین می‌رود و تعهد جدید جایگزین آن می‌شود در صورتی که در انتقال دین، تعهد اصلی زایل نمی‌گردد و فقط موضوع تعهد یعنی دین از ذمه متعهد اصلی به ذمه متعهد جدید انتقال می‌یابد».^۳ بعضی دیگر از حقوق‌دانان با بیان دیگری این بحث را مطرح می‌کنند که: «تبدیل تعهد به وسیله تبدیل مدیون، قراردادی است بین متعهد جدید و متعهدله که موجب سقوط تعهد قبلی و پدید آمدن تعهد جدید می‌شود. به همین دلیل تضمینات تعهد سابق به تعهد جدید تعلق نمی‌گیرد لیکن در انتقال دین، تعهد قبلی با تمام ویژگی‌های آن به متعهد جدید انتقال می‌یابد. تعهد قبلی ساقط نمی‌شود و فقط مدیون جدید قائم‌مقام متعهد پیشین می‌گردد».^۴ در مقابل عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان، قائل به تفاوتی بین این دو نهاد نبوده و در توضیح مفهوم تبدیل تعهد، بند ۱ ماده ۲۹۲ قانون مدنی را مصداق تبدیل تعهد و بندهای ۲ و ۳ را به جای تبدیل تعهد، مصادیقی از انتقال دین و طلب در نظر گرفته‌اند و به عبارتی دقیق‌تر معتقدند: «در بند ۱ ماده ۲۹۲ قانون مدنی، تعریف تبدیل تعهد را آورده‌اند و در بند ۲ و ۳ انتقال

۱. همان، ص. ۲۷۵.

۲. کاتوزیان، ناصر، عقود اذنی-وثیقه‌های دین، دوره عقود معین، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص. ۳۳۳.

۳. شهیدی، پیشین، ص ۱۸۷، شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۳، تعهدات، انتشارات مجد، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۸، ص. ۱۵۰.

۴. صفایی، پیشین، ص ۲۵۸.

دین و طلب را به جای تبدیل تعهد نهاده‌اند.^۱ در واقع این عده بر این نظر هستند که قانون مدنی نهاد تبدیل تعهد را به اعتبار تبدیل مدیون نپذیرفته و آن را انتقال دین یا طلب در نظر گرفته است و سیر تاریخی شکل‌گیری آن‌ها را نیز دلیل دیگری بر ادعای خویش بیان می‌کنند چرا که اعتقاد دارند از نظر تاریخی جامعه در ادواری که با انتقال طلب و انتقال دین آشنا نبود، احتیاجات خود را از طریق تبدیل تعهد رفع می‌نمود ولی به تدریج که انتقال طلب و انتقال دین را پذیرفت از تبدیل تعهد بی‌نیاز گردید.^۲ در نتیجه با این بیان، تفاوتی بین این دو نهاد حقوقی قائل نیستند و در جای دیگر برای تأیید این نظر اشاره می‌کنند که: «آنچه در عالم اعتبار رخ می‌دهد در هر دو نهاد یکسان است. هدف این است که دین بر ذمه دیگری قرار گیرد و مدیون اصلی رها شود و دو طرف، چیزی جز این امر بسیط نمی‌خواهند منتهی آنکه تحقق این خواست را منوط به گسستن رابطه پیشین و ایجاد رابطه‌ای نو می‌داند، تغییر مدیون را به دو عمل حقوقی اسقاط و ایجاد تجزیه می‌کند و ارتباط میان آن دو را با پیوندی مستحکم تأمین می‌سازد. برعکس، در اندیشه‌های پخته‌تر، نیازی به این تجزیه صوری احساس نمی‌شود و می‌گویند اراده حاکم بر انتقال ذمه نیز توانا است و این انتقال بدون شرکت مدیون اصلی امکان دارد: یعنی مدیون جدید می‌تواند در قراردادی که با طلبکار می‌بندد پذیرای دین دیگری شود». ^۳ لذا می‌توان این نظر را این‌چنین بیان کرد که فایده عملی در تفاوت قائل شدن بین این دو نهاد نمی‌بینند.

همچنین در جای دیگر چنین بیان می‌دارند که: «آنچه در قانون مدنی آمده «تبدیل تعهد» است و این تبدیل تعهد هیچ ملازمه‌ای با اسقاط تعهد و ایجاد تعهد دیگری به جای آن ندارد و ممکن است از راه تغییر نیز صورت پذیرد و به همین جهت تبدیل تعهد در واقع از اسباب تغییر و دگرگونی تعهد است نه اسقاط آن». ^۴

۴) اصل عدم تبدیل تعهد

با توجه به اصل عملی استصحاب در اینجا نیز چون وقوع قصد برای تبدیل تعهد، یک واقعه خارجی است و اصل عدم وقوع چنین قصدی است در نتیجه می‌توان

۱. کاتوزیان، عقود اذنی-وثیقه‌های دین، پیشین، ص. ۳۳۳.

۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳، ص ۲۴۵.

۳. کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، ص ۳۱۹.

۴. همان، ص. ۳۰۷.

گفت که هر جا تعهدی ساقط و رابطه جدیدی به جای آن قرار گیرد، نمی‌توان پذیرفت که تبدیل تعهد انجام شده است بلکه باید قصد ترکیب و ایجاد پیوند نیز احراز شود و در دعوای تبدیل تعهد، مدعی کسی است که به تحقق چنین انشای مشترکی تکیه می‌کند. در نتیجه در مقام تردید نسبت به وقوع تبدیل تعهد، باید اصل عدم را جاری ساخت.^۱

۵) تحلیل و تطبیق نظریه تبدیل تعهد در موضوع ادغام

با توجه به مطالبی که در بالا بیان شد می‌توان چنین اظهار نظر کرد که تبدیل تعهد، زمانی واقع می‌شود که طرفین تعهد، درباره موضوع تبدیل تعهد تراضی نمایند ولی دانستیم که تبدیل تعهد، عمل حقوقی پیچیده‌ای است که باید تمام مراحل آن مقصود بوده باشد در نتیجه باید دو طرف قصد ایجاد تعهد جدید را داشته باشند و ایجاد تعهد جدید نیز باید به منظور زوال تعهد پیشین باشد^۲ ولی در مورد انتقال دیون در ادغام شرکت‌های سهامی، این شرایط محقق نیست و در نتیجه نمی‌توان این عمل حقوقی را مصداقی از نهاد تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون در نظر گرفت چرا که در ادغام شرکت‌های سهامی، طرفین قصدی بر ایجاد تعهد جدید نداشته، بلکه مقصود اصلی آن‌ها انتقال دیون شرکت ادغام‌شونده با تمام ویژگی‌های آن به شرکت پذیرنده ادغام است. در نتیجه تعهد جدیدی نیز برای شرکت ایجاد نمی‌شود. از طرف دیگر شرکت‌های ادغام‌شونده و پذیرنده ادغام، تعهد و دیون قبلی را ساقط نمی‌کنند و قصد و انشائی در مورد زوال تعهد پیشین ندارند بلکه صرفاً طرفین بر انتقال دیون از شرکت ادغام‌شونده به شرکت پذیرنده ادغام توافق می‌کنند. علاوه بر این دلایل، در صورتی که در مورد ماهیت انتقال دیون در شرکت‌های سهامی، تردید حاصل شود که مصداق نهاد تبدیل تعهد است یا خیر، با استفاده از اصل عدم تبدیل تعهد، می‌توان گفت که این عمل حقوقی، تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون نخواهد بود.

ولی در هر حال، در صورتی که این عمل حقوقی را تبدیل تعهد هم در نظر بگیریم، طلبکار شرکت ادغام‌شونده برای این تبدیل تعهد باید رضایت داشته باشد در حالی که چنین شرطی موجب کندی روند ادغام می‌شود و با اصل سرعت که

^۱. همان، ص. ۳۲۲.

^۲. همان، ص. ۳۲۱.

یکی از اصول اساسی در قواعد تجاری است، سازگاری ندارد. به همین دلیل در مقررات نیز چنین شرطی پیش بینی نشده است.

ج. نظریه قائم مقامی:

در بحث قائم مقامی ابتدا این نهاد حقوقی تعریف و سپس انواع آن بیان و در آخر نیز به تحلیل و تطبیق آن با مسئله انتقال دیون ناشی از ادغام شرکت‌ها اشاره خواهد شد.

(۱) مفهوم قائم مقامی

در تعریف قائم مقامی تعاریف گوناگونی بیان شده است. به عنوان مثال به نظر برخی قائم مقام قانونی کسی است که در حقوق و تکالیف طرف معامله، جایگزین او می‌شود.^۱ به گفته برخی دیگر، قائم مقام، نه یکی از دو طرف عقد است و نه نماینده آنان بلکه بیگانه‌ای است که به دلیل انتقال حقی از سوی یکی از دو طرف به او، جانشین طرف اصلی می‌شود و عهده‌دار اجرای مفاد عقد است.^۲ در حقیقت این عده قائم مقام را شخصی می‌دانند که به طور مستقیم یا به وسیله نماینده خود در تراضی شرکت نداشته ولی در نتیجه انتقال تمام یا بخشی از دارایی یکی از دو طرف به او جانشین طرف قرارداد و عهده‌دار و بهره‌مند از اجرای آن شده است.^۳ به نظر برخی دیگر، قائم مقام قانونی به کسی گویند که مستقیماً در قرارداد مداخله نداشته اما اثرات قرارداد به جهتی از جهات، از متعاملین به وی سرایت می‌نماید. قائم مقامان قانونی عبارتند از وارث، منتقل‌الیه و طلبکار.^۴ برخی استادان در تعریف قائم مقام چنین گفته‌اند: «کسی که حق یا تکلیف و تعهد به سبب عقد یا ایقاع یا واقعه حقوقی مانند ارث به او منتقل می‌شود قائم مقام نامیده می‌شود».^۵ در حقوق فرانسه، قائم مقامی این گونه تعریف شده: «جانشینی یک شیء به جای شیء دیگر و جانشینی یک شخص به جای شخص دیگر در یک رابطه حقوقی».^۶ در تعریف اجمالی قائم مقامی و در مفهوم کلی تر آن نیز می‌توان

۱. صفایی، پیشین، ص. ۱۶۷. ن.ک: شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۱، میزان، ۱۳۸۰، ص ۳۲۲.

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص. ۲۴۵.

۳. همان، ص. ۲۴۶.

۴. امامی، پیشین، ص ۲۳۴، شهیدی، حقوق مدنی ۳، پیشین، ص. ۱۰۹.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۲۸۲۶.

۶. دارویی، عباسعلی، قائم مقامی با پرداخت، رساله دوره دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه

تهران، ۱۳۸۳، ص. ۱۳.

چنین گفت: «جانشینی شخص در موقعیت حقوقی شخص دیگری را به حکم قانون یا قرارداد قائم‌مقامی گویند».

گاه شخص ثالثی به واسطه پرداخت دین مدیون به طلبکار وی جانشین طلبکار شده و به قائم‌مقامی او حق مراجعه به مدیون را پیدا می‌کند. در حقوق فرانسه به این نوع جانشینی subrogation گفته شده و در پاره‌ای از قوانین (ماده ۳۰ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶) و نوشته‌های حقوقی به قائم‌مقامی ترجمه شده است. در پاره‌ای از قوانین نیز قائم‌مقامی ناشی از انتقال مال بوده و اشخاصی را که دارایی یا اموال دیگری به آنان منتقل می‌شود، قائم‌مقام ناقل یا مالک قبلی محسوب می‌نمایند. بر همین مبنا است که وارث را قائم‌مقام مورث و خریدار را در مال مورد معامله، قائم‌مقام فروشنده می‌شناسند.

۲) انواع قائم‌مقام

قائم‌مقامی به معنایی که بیان شد به لحاظ وسعت آن در حقوق و تکالیف، به دو نوع عام و خاص تقسیم می‌شود:

الف. قائم‌مقام عام: کسی است که در کلیه حقوق و تکالیف شخص جایگزین او می‌گردد.^۱ در قائم‌مقامی عام، تمام حقوق و تعهدات مربوط به دارایی به شخص جانشین منتقل می‌شود. قائم‌مقامی عام بر مبنای انتقال مجموع دارایی (به معنای اصطلاحی آن یعنی مجموع حقوق و تکالیف مالی شخص^۲ یا بخش مشاعی از آن استوار است. چنانچه می‌دانیم کلیه حقوق و تعهدات مالی شخصی به دارایی او می‌پیوندد. وقتی که همه دارایی یا جزء مشاع آن، به اعتبار اینکه بخش مشاع در مجموع دارایی پراکنده است، به شخص دیگری منتقل می‌شود، کلیه حقوق و تعهدات صاحب دارایی نیز همراه، آن به منتقل‌الیه می‌رسد. پس انتقال‌گیرنده به دلیل اینکه در مجموع، حقوق و تعهدات مالی صاحب دارایی جانشین او می‌شود قائم‌مقام عام نام گرفته است.^۳

وارث هرکسی قائم‌مقام عام او است. ورثه به‌نحو قهری قائم‌مقام عام مورث خود می‌شوند و مجموعه‌ای از اموال و حقوق و تعهدات مورث به ورثه منتقل می‌شود. ورثه به‌عنوان قائم‌مقام عام مورث می‌توانند اجرای تعهدات قراردادی

۱. صفایی، پیشین، ص. ۱۶۷.

۲. صفایی، حسین و مرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، سمت، ۱۳۸۹، ص. ۳۸۷.

۳. مولودی، محمد، «قائم‌مقام خاص متعاقدين»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۴، تابستان ۱۳۸۳، ص. ۲۲۱.

را که مورث در زمان حیات منعقد نموده از متعهدعلیه بخواهند و بالعکس چنانچه مورث به موجب قرارداد، متعهد به انجام کاری بوده است، متعهدله می‌تواند اجرای آن را از ورثه بخواهد.^۱ البته لازم به ذکر است وراثتی که ترکه را قبول کرده‌اند فقط در مورد حقوق و تکالیف متعلق به ترکه، قائم مقام مورث محسوب می‌شوند نه آنچه به شخصیت وی وابسته است.^۲ افزون بر این، قائم مقام ورثه تا میزان عناصر مثبت دارایی مورث است.

ب. *قائم مقام خاص*: اگر شخص مالی را به دیگری انتقال دهد، انتقال گیرنده درباره حقوق و تعهدات مربوط به آن مال، جانشین انتقال دهنده خواهد بود و از این رو وی را قائم مقام خاص گویند. انتقال مال یا اموال معین سبب می‌شود که منتقل الیه، نه در حقوق و تعهدات ناقل، بلکه تنها در حقوق و تعهدات مربوط به مال یا اموال مورد انتقال به وی، جانشین انتقال دهنده شود و به همین اعتبار قائم مقام خاص نامیده می‌شود.^۳ این مطلب خلاف اصل نسبی بودن قرارداد است و فقط در حقوق و تعهدات عینی است که منتقل الیه را می‌توان قائم ناقل تلقی کرد.^۴

قائم مقامی را به اعتبار منشأ آن می‌توان به دو قسم قانونی و قراردادی تقسیم نمود:

الف. *قائم مقامی قانونی*: چنانچه جانشینی مستقیماً و به حکم قانون صورت گرفته باشد آن را قائم مقامی قانونی گویند مانند قائم مقامی بیمه‌گر در حقوق بیمه‌گذار یا جانشینی ثالثی که وجه سند تجاری را می‌پردازد یا غاصبی که به مالک خسارت می‌پردازد. در معجم اللغات آمده: «قائم مقامی قانونی عبارت است از جانشینی شخصی که دین دیگری را به حکم قانون و به دائن وی پرداخته است».^۵

ب. *قائم مقامی قراردادی*: اگر قائم مقامی ناشی از قرارداد باشد قائم مقامی قراردادی خواهد بود^۶ به طوری که طرفین در قراردادی تعهد می‌کنند که

۱. انتقال تعهدات به وراث منوط به قبول ترکه از ناحیه آنان می‌باشد. (ماده ۲۴۸ و ۲۵۸ قانون امور حسبی، مصوب ۱۳۱۹).

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص. ۲۴۸.

۳. مولودی، پیشین، ص. ۲۲۱.

۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص. ۲۵۵.

۵. عبدالله، احمد عزالدین، معجم القانون، القاهرة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، ۱۴۲۰هـ.ق، ص. ۸۸.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات بنیاد راستار، ۱۳۶۳، ص. ۵۰۹.

شخصی به‌عنوان جانشین یکی از طرفین قرارداد باشد. کتاب لغت در تعریف آن چنین آورده است: «جانشینی پرداخت‌کننده دین دیگری در جای مدیون در صورتی که پرداخت با توافق میان دائن و مدیون صورت گرفته باشد قائم-مقامی قراردادی است».^۱

۳) تحلیل و تطبیق نظریه قائم‌مقامی

در تحلیل این مطلب باید ابتدا این موضوع را تعیین نمود که ماهیت انتقال دیون در اثر ادغام شرکت‌های سهامی با کدام مفهوم قائم‌مقامی قابلیت تطبیق دارد. در بحث ماهیت انتقال دیون از شرکت ادغام‌شونده به شرکت پذیرنده ادغام، در فرض وجود قائم‌مقامی در بحث انتقال دیون، قائم‌مقامی از نوع قائم‌مقامی ناشی از انتقال مال است نه به‌واسطه پرداخت، زیرا در ادغام شرکت‌ها پرداختی از سوی طرفین یا شخص ثالث صورت نمی‌گیرد بلکه تنها دیون از شرکت ادغام‌شونده به شرکت پذیرنده ادغام منتقل می‌شود که با توجه به اینکه اکثر حقوق‌دانان دیون را نیز جزء دارایی در نظر می‌گیرند^۲، می‌توان گفت که در اینجا بر فرض وجود قائم‌مقامی، قائم‌مقامی از نوع انتقال مال بوده نه قائم‌مقامی در اثر پرداخت.

از طرف دیگر نیز باید به این نکته توجه نمود که در نتیجه ادغام، ماهیتاً شخصیت حقوقی شرکت‌های ادغام‌شونده منحل می‌شود. در نتیجه راه‌حلی به‌جز قائم‌مقام‌بودن شرکت پذیرنده ادغام در برابر طلبکاران وجود ندارد زیرا عملاً تنها راه وصول مطالبات طلبکاران از شرکت ادغام‌شونده، رجوع به شرکت پذیرنده ادغام است و این همان مفهوم قائم‌مقامی است که در اکثر عقود معاوضی وجود دارد و قانون آن را تشریح کرده است.

دانستیم که قائم‌مقامی در اثر انتقال مال نیز از نظر منشأ و سبب به دو گروه قراردادی و قانونی تقسیم می‌شود. حال به بررسی تطبیق هر یک از این دو نوع قائم‌مقامی با بحث انتقال دیون در ادغام شرکت‌های سهامی پرداخته می‌شود.

۴) ادغام قراردادی

برای بررسی اینکه آیا قراردادی که با عنوان ادغام منعقد می‌شود دارای اثر قائم‌مقامی است یا خیر باید قوانینی را که در مورد سازو کار ادغام وجود دارد بررسی کرد. لذا با

^۱. عبدالله، احمد عزالدین، پیشین.

^۲. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۴، ص. ۲۶۶.

توجه به این موضوع که قانونگذار در رابطه با قراردادی بودن یا نبودن ادغام اشاره‌ای نکرده است، باید ماهیت این نهاد حقوقی بررسی شود که بحث در مورد این موضوع در این نوشته نمی‌گنجد ولی به‌هرحال برای اینکه چنین قراردادی، اثر قائم‌مقامی را به دنبال داشته باشد نیاز به تصریح قانون در این زمینه وجود دارد چرا که با توجه به اصول و مبانی حقوقی، هر تبدیل تعهد یا انتقال دینی نیاز به رضایت طلبکار دارد و اگر قانونگذار چنین رضایتی را لازم نمی‌داند تا به حکم آن اثر قائم‌مقامی را برای چنین قراردادی بار کند، باید آن را تصریح نماید (به نظر می‌رسد که این تصریح تنها در مورد قائم‌مقامی ناشی از انتقال حقوق دینی لازم است نه حقوق عینی). درنتیجه در صورتی که ادغام، نوعی قرارداد در نظر گرفته شود، که به‌محض انعقاد آن، طرف قرارداد، قائم‌مقام دیگری در کلیه دیون و تعهدات باشد؛ صرف‌نظر از تعیین و تشخیص ماهیت این قرارداد، نمی‌توان چنین اثری را از این قرارداد در قوانین پذیرفت چرا که علاوه بر مطالب فوق، قائم‌مقام دانستن شرکت پذیرنده ادغام، مساوی با در نظر گرفتن حقوق طلبکاران شرکت ادغام‌شونده خواهد شد چرا که قلمرو اثرگذاری قراردادهای نباید به‌گونه‌ای باشد که باعث تضییع حقوق اشخاص ثالث شود (اصل نسبی بودن قراردادهای) و اگر قانونگذار بنا به مصالحی می‌خواهد این حق اشخاص ثالث را نادیده بگیرد، باید به‌وسیله تدوین کردن قانونی جامع، مصالح و منافع اشخاص ثالث را به‌گونه‌ای لحاظ کند.

۵) ادغام قانونی

اگر منشأ ادغام را قانون در نظر بگیریم، عنوان قائم‌مقامی عام در آن کاملاً صدق خواهد کرد چرا که در ادغام شرکت‌های سهامی، به‌واسطه حکم قانونگذار (ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم و ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران) تمام حقوق و تعهدات و دیون شرکت ادغام‌شونده به شرکت پذیرنده ادغام منتقل می‌شود، و این همانند قائم‌مقامی عام وارث نسبت به تمام تعهدات و دیون مورث خود است. درنتیجه چون قانونگذار به آن تصریح کرده است، نیازی به رضایت طلبکاران شرکت ادغام‌شونده برای انتقال دیون یا حتی ادغام نیست. مشابه این مقررات در حقوق آمریکا، فرانسه، انگلیس و حقوق داخلی نیز به چشم می‌خورد که ذیلاً به آن‌ها اشاره خواهد شد:

الف. حقوق آمریکا

در حقوق آمریکا، بعضی نویسندگان بر این اعتقادند که شرکت سهامی پذیرنده ادغام، جانشین یا قائم‌مقام شرکت سهامی ادغام‌شونده می‌شود زیرا با محو شرکت سهامی

پذیرنده ادغام، شرکت سهامی ادغام‌کننده به حکم قانون^۱، جانشین حقوق و تعهدات شرکت ادغام‌شونده می‌شود.^۲ در واقع، با انجام ادغام، مجموعه‌ای از اموال و حقوق و تعهدات شرکت سهامی ادغام‌شونده به‌صورت قانونی (قهری) به شرکت سهامی پذیرنده ادغام منتقل می‌شود و چنین حالتی را «جانشینی عام»^۳ می‌گویند. در حقوق آمریکا، قائم‌مقامی شرکت سهامی پذیرنده ادغام، مانند قائم‌مقامی عام وراث است بدین معنا که قائم‌مقامی آن ناظر به مال یا حق یا تعهد معین نیست، بلکه شامل کلیه اموال، حقوق و تعهدات می‌شود. پس از ادغام، شرکت سهامی پذیرنده ادغام به‌عنوان قائم‌مقام شرکت سهامی ادغام‌شونده می‌تواند حقوق شرکت سهامی ادغام‌شونده را استیفا کند. چنانچه شرکت سهامی ادغام‌شونده با اشخاص ثالث، قراردادی منعقد کرده باشد، شرکت سهامی پذیرنده ادغام به‌عنوان قائم‌مقام می‌تواند اجرای تعهدات قراردادی را از اشخاص ثالث بخواهد و همچنین اشخاص ثالث نیز می‌توانند اجرای تعهدات قراردادی شرکت سهامی ادغام‌شونده را از شرکت سهامی پذیرنده ادغام بخواهند. کلیه دعاوی له و علیه شرکت سهامی ادغام‌شونده به شرکت سهامی پذیرنده ادغام منتقل می‌شود و شرکت سهامی ادغام‌کننده می‌تواند به‌عنوان قائم‌مقام شرکت سهامی ادغام‌شونده آن‌ها را پیگیری و همچنین اشخاص ثالث می‌توانند دعاوی خود علیه شرکت سهامی ادغام‌شونده را به طرفیت شرکت سهامی پذیرنده ادغام اقامه کنند.^۴

ب. حقوق فرانسه:

در حقوق فرانسه نیز بعضی از حقوق‌دانان معتقدند ادغام واقعی موجب انتقال کلیه حقوق و تعهدات از شرکت تجاری ادغام‌شده به شرکت تجاری ادغام‌کننده می‌شود و شرایط و خصوصیات چنین انتقالی را مشابه با مقررات مربوط به ارث در نظر گرفته‌اند.^۵ می‌توان گفت که از نظر این حقوق‌دانان همان طور که به حکم قانون بعد از مرگ مورث، وراث قائم‌مقام عام مورث می‌شوند، ادغام واقعی نیز به حکم قانون موجب محو

^۱. By operation of law.

^۲. H. Lawrence Tafe, The De Facto Merger Doctrine Comes to Massachusetts Wherein the Exception to the Rule Becomes the Rule, Boston Bar Journal, November / December, 1998, p.3.

بیگی حبیب‌آبادی، احمد، «نقد و بررسی ادغام شرکت‌های تجاری در لایحه قانون تجارت»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۴، ۱۳۸۷، ص. ۸۵.

^۳. Universel succession.

^۴. RMBCA, 1999, Chapter. 11.07.

^۵. Jean - Pierre Le Gall & Paul Morel, op.cit, p231.

شخصیت حقوقی شرکت یا شرکت‌های سهامی ادغام‌شده و جانشینی عام شرکت سهامی ادغام‌کننده می‌شود.

ج. حقوق انگلیس:

در حقوق انگلیس نیز شرکت سهامی ادغام‌کننده قائم‌مقام و جانشین شرکت سهامی ادغام‌شونده می‌شود، با این تفاوت که انتقال حقوق و تعهدات شرکت سهامی ادغام‌شونده به شرکت سهامی ادغام‌کننده منوط به دستور دادگاه است.^۱

د. حقوق داخلی:

در حقوق داخلی، در بعضی قوانین مربوط به ادغام واقعی شرکت‌های دولتی به جانشینی عام شرکت سهامی ادغام‌کننده اشاره شده است و قانونگذار با عبارات مختلفی از قبیل قائم‌مقام، جایگزین و جانشین، از شرکت ادغام‌کننده یاد کرده است. از این موارد می‌توان به موادی همچون ماده ۲۰ لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها، مصوب ۱۳۵۸/۷/۷^۲، یا تبصره ۱ لایحه قانونی ادغام شرکت ملی ذوب آهن ایران و شرکت ملی صنایع فولاد ایران و تشکیل شرکت ملی فولاد ایران، مصوب ۵۸/۹/۲۸^۳، همچنین بند ۱ ماده واحده لایحه قانونی ادغام شرکت‌های وابسته به وزارت اطلاعات و تبلیغات، مصوب ۵۸/۲/۴^۴ اشاره کرد.

۱. بند a و b ماده ۹۰۴ قانون شرکت‌های تجاری، مصوب ۲۰۰۶ چنین مقرر می‌دارد:

موضوعاتی که دستور دادگاه می‌تواند متضمن آن باشد عبارت‌اند از:

(الف) انتقال کل یا قسمتی از دارایی‌ها و اموال شرکت تجاری انتقال‌دهنده یا تعهدات آن به شرکت تجاری انتقال‌گیرنده....

(ج) تداوم دعاوی حقوقی له و علیه شرکت سهامی انتقال‌دهنده توسط شرکت سهامی انتقال‌گیرنده.

۲. ماده ۲۰ لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها، مصوب ۱۳۵۸/۷/۷ در این زمینه چنین مقرر می‌دارد: «کلیه دارایی‌ها و بدهی‌های بانک‌های ادغام‌شده در یک گروه جزء دارایی و بدهی مشترک بانک مزبور محسوب می‌شود و بانک مذکور در مقابل اشخاص ثالث از هر جهت قائم‌مقام بانک‌های ادغام‌شده می‌باشد» (مجموعه قوانین ۱۳۵۸، ص. ۱۸۲)

۳. تبصره ۱ لایحه قانونی ادغام شرکت ملی ذوب آهن ایران و شرکت ملی صنایع فولاد ایران و تشکیل شرکت ملی فولاد ایران، مصوب ۵۸/۹/۲۸ چنین مقرر می‌دارد: «کلیه سرمایه و اموال و تأسیسات و دارایی و دیون و تعهدات هر دو شرکت به شرکت جدید منتقل می‌شود و شرکت جدید از تاریخ تشکیل جایگزین شرکت‌های سابق بوده و قراردادهایی که شرکت‌های مزبور با اشخاص منعقد نموده‌اند به قوت خود باقی بوده و به شرکت جدید منتقل می‌شود» (مجموعه قوانین ۱۳۵۸، ص. ۳۷۲)

۴. بند ۱ ماده واحده لایحه قانونی ادغام شرکت‌های وابسته به وزارت اطلاعات و تبلیغات، مصوب ۵۸/۲/۴ در این زمینه چنین مقرر می‌دارد: «از تاریخ تصویب این لایحه قانونی ارکان تشکیل‌دهنده شرکت‌های سهامی تأسیسات جهانگردی، گشت‌های ایران، مرکز خانه‌های ایران و سازمان مراکز جهانگردی برای

در قوانین جدید قانونگذار به‌طور کلی و مطلق این مطلب را بیان می‌کند که: «... کلیه حقوق و تعهدات، دارایی، دیون و مطالبات شرکت یا شرکت‌های موضوع ادغام، به شرکت پذیرنده ادغام یا شرکت جدید منتقل می‌شود». (قسمت (الف) ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۴-۱۳۹۰) مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام و همچنین ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم). در نتیجه می‌توان این چنین استنباط نمود که با توجه به اینکه علاوه بر انتقال تعهدات، حقوق نیز به واسطه این نص قانونی انتقال می‌یابد. در نتیجه نهاد انتقال دین و تبدیل تعهد، جایگاهی در ماهیت این انتقال نخواهد داشت چرا که موضوع این دو نهاد تنها دیون و تعهدات است، در حالی که طبق نص مذکور علاوه بر دیون و تعهدات، حقوق نیز منتقل می‌شود. بنابر این می‌توان گفت که این انتقال دیون به نهاد قائم‌مقامی عام نزدیک‌تر است.

با فرض عدم وجود ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۴-۱۳۹۰) مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورد سایر شرکت‌های تجاری، در مورد شرکت‌های سهامی قائم‌مقامی عام شرکت ادغام‌کننده اصولاً امکان‌پذیر نبود زیرا اولاً مقررات مربوط به ادغام شرکت‌های سهامی دولتی یا شرکت‌های تعاونی قابل تسری به شرکت‌های سهامی خصوصی نیست. ثانیاً نهاد قائم‌مقامی عام، جز در موارد استثنائی مانند قائم‌مقامی عام ورثه پذیرفته نشده است^۱ و با انجام قرارداد نمی‌توان کلیه حقوق و تعهدات شخص دیگر را تملک نمود زیرا هرچند تملک دارایی‌های شرکت سهامی ادغام‌شونده با انجام قرارداد امکان‌پذیر است، لکن تملک دیون و تعهدات و قراردادهای آن با دشواری‌های خاصی روبه‌رو است. انتقال دیون و تعهدات شرکت سهامی ادغام‌شونده به شرکت سهامی ادغام‌کننده منوط به رضایت کلیه طلبکاران و اشخاص متعهدله است. ولی با توجه به تصویب این ماده، دیگر جای بیان شبهه‌ای در مورد تطبیق نهاد قائم‌مقامی عام در انتقال دیون در ادغام شرکت‌ها وجود ندارد چرا که در این ماده، علی‌رغم عدم ذکر مفهوم قائم‌مقامی عام؛ علاوه بر تأکید بر انتقال دیون و تعهدات، واژه «حقوق» نیز بیان شده است که با توجه

ورزش‌های زمستانی ادغام و سازمانی به نام سازمان مراکز ایرانگردی و جهانگردی به‌صورت شرکت سهامی وابسته به وزارت اطلاعات و تبلیغات ایجاد و جانشین شرکت‌های فوق می‌شود. کلیه کارکنان و بودجه و دارایی و دیون و تعهدات و همچنین سرمایه شرکت‌های مذکور به این سازمان منتقل خواهد شد». (مجموعه قوانین ۱۳۵۸، ص. ۱۳)

۱. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای پیشین، ص. ۲۷۹.

به مفهوم قائم مقامی عام که در بالا بیان شد تطبیق این مفهوم را با ماده مذکور می‌توان دریافت.

در نتیجه با فرض اینکه ماهیت انتقال دیون، قائم مقامی قانونی، آن هم از نوع عام آن باشد دیگر نیاز به رضایت طلبکاران در مورد ادغام شرکت ادغام‌شونده نخواهد بود و این مزیت را به همراه خواهد داشته که در صورتی که طبق نص قانون، این ادغام موجب تمرکز و بروز قدرت انحصاری نشود، باعث حمایت از اصل سرعت و امنیت در روابط تجاری خواهد بود و ما نیز در روابط تجاری برای رسیدن به این اصل تلاش می‌کنیم. با وجود اینکه قائم مقامی شرکت پذیرنده ادغام به جای شرکت ادغام‌شونده به حکم قانون و همسو با اصل سرعت صورت می‌گیرد اشکالات فنی حقوقی به شرح زیر وجود دارد:

آیا با ادغام شرکت‌های سهامی و به طریق اولی شرکت‌های سرمایه، حقوق طلبکاران شرکت تضییع نمی‌شود؟ ممکن است شرکت پذیرنده ادغام، طلبکاران زیادی داشته باشد و به این ترتیب وثیقه‌های عمومی پرداخت طلب طلبکاران شرکت ادغام‌شونده کاهش یابد. در این صورت آیا حقوق آن‌ها تضییع نمی‌شود؟ چه راهکاری برای حل این معضل وجود دارد؟

برای حل این معضل، نخست در ماده ۸۰۷ لایحه جدی اصلاح قانون تجارت، در ادغام یک‌جانبه، ممنوعیت‌هایی به شرح ذیل پیش‌بینی شده است:

- ۱- ادغام شرکت سهامی عام در خاص
 - ۲- ادغام شرکت سهامی عام در مسئولیت محدود
 - ۳- ادغام شرکت سهامی عام غیر بورسی در بورسی
 - ۴- ادغام شرکت سهامی عام بورسی در غیر بورسی
 - ۵- ادغام شرکت تضامنی در سایر شرکت‌ها
 - ۶- ادغام شرکت تضامنی در تضامنی با موافقت اکثر شرکا
- دغدغه اصلی در این ماده، حفظ حقوق بستانکاران شرکت قبلی و شرکت یا شرکت‌های جدید بوده است. اما برای معضل دوم در ماده ۸۱۵ لایحه، به بستانکاران حق داده شده تا ظرف دو ماه از تاریخ انتشار آگهی، ادغام به آن اعتراض کنند و از دادگاه تقاضا کنند تا نسبت به صدور دستور موقت مبنی بر تأخیر در ثبت ادغام تا ارائه وثیقه کافی از سوی شرکت یا جلب رضایت بستانکار اقدام کند.

چند ابهام در مورد این مقرره‌ها وجود دارد؛ از جمله اینکه چرا ممنوعیت‌ها در ماده ۸۰۷ لایحه فقط ناظر به ادغام یک‌جانبه است در حالی که علت حکم، در ادغام دو یا چندجانبه نیز وجود دارد؟ آیا مقصود از بستانکاران در ماده ۸۱۵ لایحه، تمامی اشخاص

متعهدله است یا فقط ناظر به آن دسته از اشخاص متعهدله است که مستحق دریافت پول یا مال هستند؟ زیرا واژه بستانکار در ارتکازات عرفی ناظر به گروه اخیر است. به هر حال به نظر می‌رسد که به طور کلی، اعطای حق اعتراض به طلبکاران یا افراد ذی‌نفع در امر ادغام، در کنار مقررات مبتنی بر قائم مقامی عام شرکت پذیرنده ادغام، باعث می‌شود بین حقوق متعارض و اصول حاکم بر مقررات تجاری جمع شود.

۳-۱-۲. آثار ادغام بر اشخاص حقیقی و حقوقی بستانکار از شرکت‌های پذیرنده ادغام

سؤال مطرح در این قسمت، آن است که انعقاد قرارداد ادغام، چه تأثیری بر حقوق طلبکاران شرکت پذیرنده ادغام دارد؟

با توجه به این مطلب که ادغام شرکت‌ها، غالباً سبب تقویت مدیریت شرکت، افزایش کمی و کیفی محصولات، کاهش هزینه‌های تولید، افزایش کارایی و بهره‌وری، افزایش ارزش سهام، بقای شرکت و جلوگیری از ورشکستگی آن، کسب دانش فنی شرکت رقیب، کاهش دست واسطه‌ها و دلالتان، استفاده از امکانات و فناوری سایر شرکت‌ها، بازاریابی و صرفه‌جویی در زمان، وجود مزایای مالیاتی، حذف مشاغل اضافی و موازی و ... می‌شود و از طرف دیگر، ارزش هر طلب، وابسته به دارایی و اعتبار مالی مدیون است می‌توان چنین نتیجه گرفت که ادغام شرکت‌ها، در اکثر قریب به اتفاق موارد، باعث افزایش سرمایه و اعتبار مالی شرکت پذیرنده ادغام است لذا با ادغام شرکت‌ها، نه تنها هیچ خللی به حقوق طلبکاران شرکت پذیرنده ادغام وارد نمی‌شود بلکه یک پشتوانه محکمی برای طلب آن‌ها خواهد بود.

با وجود مطالب فوق به نظر می‌رسد که در عمل، همواره وضع چنین نیست و باید همانند مورد سابق برای طلبکاران شرکت پذیرنده ادغام نیز حق اعتراضی قائل شد.

۳-۲. آثار ادغام بر اشخاص حقیقی و حقوقی بدهکار

در این فرض این موضوع بررسی می‌شود که ادغام شرکت‌ها، چه اثری بر تعهدات بدهکاران شرکت‌های ادغام‌شونده و پذیرنده ادغام دارد؟ ذیلاً با بیان نظریه انتقال طلب، اثر ادغام را بر بدهکاران هریک از شرکت‌های ادغام‌شونده و پذیرنده ادغام، به طور جداگانه، مورد مذاقه قرار می‌دهیم.

۳-۲-۱. آثار ادغام بر اشخاص حقیقی و حقوقی بدهکار به شرکت‌های ادغام‌شونده

چنان‌که می‌دانیم با ادغام شرکت‌ها، علاوه بر تعهدات، حقوق شرکت ادغام‌شونده نیز به شرکت پذیرنده ادغام انتقال می‌یابد که ازجمله این حقوق، طلب‌های شرکت ادغام‌شونده از اشخاص حقیقی و حقوقی مرتبط است. بنابراین مهم‌ترین سؤالی که ذیل این عنوان مطرح می‌شود آن است که آیا رضایت بدهکاران برای انتقال طلب از شرکت ادغام‌شونده به شرکت پذیرنده ادغام، ضروری است؟ پس از توضیح مختصری پیرامون مفهوم انتقال طلب، به تحلیل و تطبیق این نظریه در خصوص سؤال مطروحه می‌پردازیم و نظر مختار را ارائه می‌دهیم.

همان‌طور که گفته شد به جابه‌جایی طلب از دارایی طلبکار به دارایی دیگری، انتقال طلب گفته می‌شود. در این جابه‌جایی، انتقال‌گیرنده، از هر حیث جانشین انتقال‌دهنده می‌شود و از همان مزایا برخوردار است. پس مالک جدید طلب، مانند دست‌پیشین خود، می‌تواند آن را با همان شرایط از مدیون مطالبه کند؛ در اجرای حق از تضمین‌های طلب سود برد و در برابر دیگران به آن استناد نماید. در برابر او نمی‌تواند بیش از آنچه انتقال گرفته است ادعا کند یا دفاعی را که مدیون می‌توانست در برابر انتقال‌دهنده بکند متوجه خود نداند.^۱ نکته دقیقی که باید به آن توجه کرد تفاوت انتقال طلب با تبدیل تعهد است که ازجمله می‌توان به این تفاوت اشاره کرد که در انتقال طلب، طلب با همه مزایا و محدودیت‌های آن، از انتقال‌دهنده (طلبکار سابق) به انتقال‌گیرنده (طلبکار جدید) منتقل می‌شود ولی در تبدیل تعهد به معنای خاص کلمه، تغییر و دگرگونی در خود تعهد رخ می‌دهد نه در طلبکاران آن طلب. به همین جهت است که ماده ۲۹۳ قانون مدنی در تبدیل تعهد، اصل را بر عدم انتقال تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق معرفی می‌کند درحالی‌که در انتقال طلب، اصل بر انتقال توابع طلب و عدم تغییر در آن است. (به برخی تفاوت‌های دیگر، متعاقباً اشاره خواهد شد).

انتقال طلب نیز مانند انتقال دین، ممکن است به صورت قهری در اثر مرگ طلبکار و انتقال طلب به وارثان یا به‌صورت قراردادی میان طلبکار و شخص ثالثی اتفاق افتد. در صورت اخیر، عقد حواله مصداق بارز آن به حساب می‌رود ولی باید

۱. کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، پیشین، ص. ۲۴۸.

توجه داشت که انتقال طلب، محدود به هیچ عقد معین یا غیرمعینی نیست. با عنایت به مطالب بالا می‌توان بند ۳ ماده ۲۹۲ را مصداقی از انتقال طلب دانست. حال به سؤال اصلی این عنوان، یعنی بررسی اعتبار رضایت مدیون شرکت ادغام‌شونده در خصوص ادغام شرکت متعهد له (طلبکار)، باز می‌گردیم. به عبارت ساده‌تر، آیا رضای مدیون (شخص حقیقی یا حقوقی بدهکار به شرکت ادغام‌شونده) در انتقال طلب به شرکت پذیرنده ادغام نقشی دارد یا خیر؟

با توجه به آنکه قرارداد انتقال طلب، میان طلبکار و انتقال‌گیرنده واقع می‌شود و مدیون در انعقاد آن نقشی ندارد و نیز مستنداً به بند ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی می‌توان گفت که رضایت بدهکار در انتقال طلب از طلبکار (شرکت ادغام‌شونده) به ثالث (شرکت پذیرنده ادغام) معتبر و لازم نیست و شرکت اخیر، از هر جهت قائم‌مقام شرکت ادغام‌شونده (طلبکار سابق) می‌شود. اکنون می‌توان به تفاوت دیگری میان انتقال طلب و تبدیل تعهد اشاره کرد و آن این است که در انتقال طلب، مدیون نقشی ندارد و چهره انفعالی به خود می‌گیرد یعنی رضایت او شرط نیست درحالی‌که در تبدیل تعهد، رضایت و قصد انشایی او لازم است زیرا اوست که باید التزام جدید را بر عهده بگیرد و یکی از ارکان عمل حقوقی انتقال باشد. اوست که باید رابطه تازه را با طلبکار جدید برقرار کند و در واقع یکی از دو پایگاه این پیوند است. در تأیید این نظر می‌توان به نکته‌ای در فقه امامیه تمسک کرد. نظر مشهور در فقه امامیه^۱ آن است که رضایت مدیون در عقد حواله لازم نیست زیرا محال‌علیه در هر حال باید دین خود را بپردازد چه به محیل چه به نائب او (یعنی محتال). بنابراین رضایت «من علیه الحق» لازم نیست همان‌طور که اگر محیل (طلبکار سابق)، محتال (طلبکار جدید) را وکیل خود در قبض مال یا دین قرار می‌داد رضایت محال‌علیه شرط نبود^۲. به عبارت دیگر، مدیون فقط حامل حق است؛ قبلاً باید بدهی خود را به طلبکار سابق می‌داد و این بار باید آن را به مالک جدید طلب بدهد.

^۱. لان المحیل قد اقام المحتال مقام نفسه فی القبض بالحواله، فلا وجه لافتقار الی رضا من علیه الحق، كما لو وکله فی القبض.

^۲. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، پیشین، ص. ۲۱۶.

۳-۲-۲ آثار ادغام بر اشخاص حقیقی و حقوقی بدهکار به شرکت‌های پذیرنده ادغام

صحت پیرامون اثر ادغام، بر بدهکاران شرکت پذیرنده ادغام (اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی) بسیار ساده‌تر از مورد قبل است چرا که در این مورد، نه طلبکار تغییر کرده است نه بدهکار و نه حتی دین بین آنها. لذا چون هیچ تغییری در روابط دو طرف دین یا خود دین ایجاد نشده است باید گفت که ادغام شرکت‌ها، هیچ تأثیری بر روابط حقوقی بدهکاران با شرکت پذیرنده ادغام ندارد.

نتیجه

در این مقاله آثار ادغام شرکت‌های سهامی بر حقوق و تعهدات طلبکاران و بدهکاران غیرسهامدار هر یک از شرکت‌های طرف قرارداد ادغام به شرح ذیل بررسی شد: قسمت اول - بیشترین چالش‌ها و ابهامات پیرامون آثار ادغام بر حقوق طلبکاران شرکت ادغام‌شونده مطرح است و در این خصوص به سه نظریه مهم حقوقی اشاره شد: الف) نظریه اول، نظریه انتقال دین است که ممکن است اولاً به نحو قراردادی و ثانیاً به صورت غیرمستقیم در مورد ادغام شرکت‌ها مطرح شود لکن این نظریه قابل دفاع نیست زیرا اگر اثر قرارداد، ادغام انتقال دین باشد از آنجایی که این قرارداد فقط بین مدیونین (شرکت ادغام‌شونده و شرکت پذیرنده ادغام) منعقد شده است و طلبکار در این قرارداد انتقال دین، نقشی نداشته و در حقوق ایران به دلیل اینکه خلاف قواعد عمومی قراردادها (اصل نسبی بودن قراردادها مواد ۲۳۱ و ۱۹۶ ق.م) است، قابل پذیرش نیست.

ب) نظریه دوم، یعنی نظریه تبدیل تعهد از طریق تبدیل مدیون را نیز نمی‌توان در مورد انتقال دیون در ادغام شرکت‌های سهامی پذیرفت زیرا علاوه بر اینکه طرفین، قصدی بر ایجاد تعهد جدید ندارند، مقصود اصلی آن‌ها نیز انتقال دیون شرکت ادغام‌شونده با تمام ویژگی‌های آن به شرکت پذیرنده ادغام است. از طرف دیگر، شرکت‌های ادغام‌شونده و پذیرنده ادغام، تعهد و دیون قبلی را ساقط نمی‌کنند تا به واسطه این سقوط، تعهد جدیدی را تراضی نمایند. همچنین اصل عدم تبدیل تعهد مؤید این نظر خواهد بود. ولی در هر صورت اگر این عمل حقوقی را تبدیل تعهد هم در نظر بگیریم، طلبکاران شرکت ادغام‌شونده برای این تبدیل تعهد باید رضایت داشته باشند.

ج) در بحث تطبیق قائم‌مقامی ابتدا باید به این نکته توجه نمود که اگر انتقال دیون به واسطه ادغام شرکت‌ها را قائم‌مقامی تلقی کنیم، این قائم‌مقامی از نوع قائم‌مقامی در اثر انتقال مال خواهد بود نه قائم‌مقامی در اثر پرداخت. نکته دیگر آنکه اولاً در ادغام شرکت‌ها، سازو کار جامعی برای قرارداد ادغام از طرف قانونگذار پیش‌بینی نشده است و ثانیاً به دلیل اینکه در ادغام، تمام دیون و تعهدات منتقل می‌شود و نه مال خاص، این قائم‌مقامی از نوع قائم‌مقامی خاص نیز نخواهد بود و تنها می‌توان امکان تطبیق قائم‌مقامی عام را بر انتقال دیون به واسطه ادغام شرکت‌ها پذیرفت. این نظر با توجه به وجود نص خاص قانونگذار در این خصوص قابل قبول به نظر می‌رسد و با توجه به دلایل زیر باید اثر ادغام را بر طلبکاران شرکت ادغام‌شونده، همانند نهاد حقوقی ارث،

قائم‌مقامی عام شرکت پذیرنده ادغام دانست که اصولاً نیاز به رضایت اشخاص ثالث و ازجمله طلبکاران شرکت ادغام‌شونده ندارد:

۱. سازگاری با اهداف و قواعد حاکم بر معاملات تجاری ازجمله ایجاد سرعت و امنیت در معاملات؛ زیرا در صورتی که هریک از آثار تبدیل تعهد یا انتقال دین را به‌عنوان اثر ادغام شرکت‌ها در نظر بگیریم، ماهیت آن‌ها مستلزم رضایت طلبکاران برای این ادغام خواهد بود که این عمل باعث کندی و ایجاد مانع در ادغام شرکت‌ها خواهد شد. در صورتی که اگر اثر ادغام را قائم‌مقامی عام در نظر بگیریم چنین کسب رضایتی برای ادغام شرکت‌ها نیاز نخواهد بود و این مانع را از بین خواهد برد چرا که این اثر ناشی از اراده قانونگذار است.
۲. عدم قابلیت تطبیق با اثراتی همچون تبدیل تعهد و انتقال دین به دلایلی که مطرح شد ازجمله رضایت اشخاص ثالثی مثل طلبکاران نسبت به ادغام.
۳. در تأیید دلایل مطرح‌شده می‌توان به سوابق قانونگذاری در حقوق آمریکا، فرانسه و انگلیس اشاره کرد که اثر ادغام را قائم‌مقامی عام شرکت پذیرنده ادغام در نظر گرفته‌اند.

قسمت دوم- در مورد آثار ادغام بر طلبکاران شرکت پذیرنده ادغام باید چنین گفت که چون ادغام شرکت‌ها در اکثر قریب به اتفاق موارد، باعث افزایش سرمایه و اعتبار مالی شرکت پذیرنده ادغام است لذا با ادغام شرکت‌ها، معمولاً هیچ خللی به حقوق طلبکاران شرکت پذیرنده ادغام وارد نمی‌شود بلکه پشتوانه محکمی برای طلب آن‌ها خواهد بود. باوجود این پیشنهاد می‌شود که برای حفظ امنیت روابط تجاری در کنار سرعت، به طلبکاران شرکت‌های طرف ادغام نیز حق اعتراض داده شود.

قسمت سوم- در تحلیل آثار ادغام بر بدهکاران شرکت ادغام‌شونده، نظریه انتقال طلب را مطرح شد که با توجه به مفهوم این نظریه و اینکه طلب صرفاً از دارایی شرکت ادغام‌شونده (طلبکار اول) به دارایی شرکت پذیرنده ادغام (طلبکار دوم) جابه‌جا می‌شود رضایت مدیونین (بدهکاران شرکت مشارالیه) در این انتقال لازم نیست. لذا می‌توان گفت که قرارداد ادغام بر تعهدات بدهکاران نقشی ندارد.

قسمت چهارم- قرارداد ادغام، بر تعهدات بدهکاران شرکت پذیرنده ادغام نیز هیچ تأثیری ندارد زیرا با چنین عقدی نه طرفین دین (یعنی طلبکار و بدهکار) و نه خود دین، هیچ تغییری نمی‌کند.

در پایان باید به این مطلب اشاره کرد که با توجه به رشد و توسعه اقتصادی کشور و سیاست دولت در خصوصی‌سازی شرکت‌ها، به‌ویژه با قانونی‌شدن این سیاست [با

تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مصوب ۸۷/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام و قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، ... (۱۳۹۴-۱۳۹۰) مصوب ۸۹/۱۰/۲۵] و نیز با عنایت به کثرت شرکت‌های سهامی در ایران و وجود مزایای فراوان ادغام شرکت‌ها از یک‌سو، و وجود آثار و نتایج نامطلوب ادغام شرکت‌ها از سویی دیگر؛ پیش‌بینی می‌شود بحث ادغام شرکت‌ها و تأثیر قواعد و قوانین حقوق رقابت بر آن‌ها در یکی دو دهه آینده، از مهم‌ترین مسائل کشور در خصوص شرکت‌ها باشد. افزون بر این، تأکیدات مقام معظم رهبری مبنی بر اهمیت رشد اقتصادی و نیل به عدالت اجتماعی و جلوگیری از اختلال در رقابت و کاستن بار مالی و مدیریتی دولت در تصدی فعالیت‌های اقتصادی و افزایش سطح اشتغال عمومی و نیز شتاببخشیدن به رشد اقتصاد ملی، ارتقای کارایی بنگاه‌های اقتصادی و بهره‌وری منافع مادی و انسانی و فناوری، افزایش رقابت‌پذیری در اقتصاد و ...، از طریق فرآیندی به نام خصوصی‌سازی، ادغام و تجزیه شرکت‌ها میسر است. لکن باوجود همه این ضروریات، سازوکار جامعی در مورد قراردادهای ادغام شرکت‌های سهامی وجود ندارد. لذا قانونگذاری و وضع قواعد خاص پیرامون این قرارداد و تعیین ماهیت و آثار و تبعات ناشی از آن، به‌شدت احساس می‌شود. امید است با تقنین جامع و مانع در این حوزه، خلأهای قانونی در این زمینه برطرف شود و به اهداف اقتصادی منظور در حقوق تجارت به‌ویژه حقوق شرکت‌ها نایل آییم و الا بر اساس قواعد عمومی قرارداد های مدنی، رضایت طلبکاران شرکت ادغام‌شونده برای تنفیذ و صحت قرارداد ادغام لازم است هرچند که طرفین قرارداد، خلاف آن را در قراردادهای تصریح نمایند.

منابع:

الف - فارسی

- اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری**، جلد اول، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، چاپ چهارم، ۱۳۷۹.
- امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، جلد اول، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳.
- بیگی حبیب‌آبادی، احمد، **نقد و بررسی ادغام شرکت‌های تجاری در لایحه قانون تجارت**، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۴، ۱۳۸۷.
- _____، **مطالعه تطبیقی ادغام شرکت‌های سهامی در حقوق انگلیس و آمریکا**، رساله دوره دکتری، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۰.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، انتشارات بنیاد راستار، ۱۳۶۳.
- _____، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد چهارم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- دارویی، عباسعلی، **قائم‌مقامی با پرداخت**، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، رساله دوره دکتری، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
- دهخدا، علی‌اکبر، **لغت‌نامه دهخدا**، ج ۱، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
- رشوند بوکانی، مهدی، **حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه اروپا**، رساله دوره دکتری، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸.
- شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی ۳**، تعهدات، انتشارات مجد، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۸.
- شهیدی، مهدی، **سقوط تعهدات**، انتشارات مجد، چاپ نهم، ۱۳۸۸.
- صفایی، حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)**، جلد دوم، میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۷.
- صفایی، حسین، قاسم‌زاده، مرتضی، **حقوق مدنی: اشخاص و محجورین**، سمت، ۱۳۸۹.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، ج ۲، تصحیح و اعراب: مصطفی نصراللهی و ابراهیم محمدی، ارغوان دانش، قم، ۱۳۸۴.
- عبدالله، احمد عزالدین، **معجم القانون**، القاهرة، الهیئة العامة لشئون المطابع الأميریة، ۱۴۲۰هـ.ق.
- عمید، حسن، **فرهنگ عمید**، موسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۶۹.

- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی (عقود اذنی-وثیقه‌های دین)**، دوره عقود معین (جلد چهارم)، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها**، جلد سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، **مقدمه علم حقوق**، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهل و چهارم، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، **نظریه عمومی تعهدات**، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۹.
- معین، محمد، **فرهنگ فارسی**، نشر سپهر، چاپ هشتم، ۱۳۷۱.
- مولودی، محمد، **قائم مقام خاص متعاقدين**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۴، تابستان ۱۳۸۳.

ب - انگلیسی

- John J. Hampton, **Financial Decision Making**, Concepts, Problems, And Cases, 4th ed., New Delhi: Prentice Hall of India, 1990.
- Joseph R. Nolan & Jacqueline M. Nolan-Haley, **Black's law Dictionary**, 6th ed, New York, West Publishing Company, 1990.
- Kenneth W. Clarkson & Roger LeRoy Miller, **Industrial Organization, Theory, Evidence, and Public Policy**, London, McGraw - Hill Book Company, 1982.
- Edwin W. Miller, **Merger & Acquisition**, Blackwell, New York, 3rd ed, 2008.
- Stephen A. Ross & Jeffery F. Jaff, **Corporate Finance**, 3rd ed, Richard d. Irwin Publisher, Tokyo, 2004.
- Verena Kusstatscher, Cary L Cooper, **Managing Emotion in Merger and Acquisition**, Edward Elgar Publishing, Uk ,2005.

معیار تفکیک «حدود غیر مذکور» از «تعزیرات منصوص» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

حامد رحمانیان*

محمدجعفر حبیبزاده**

مجله حقوقی دادگستری / سال هفتاد و هفتم / شماره ۸۴ - زمستان ۱۳۹۲

چکیده

عبارت «حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند» در ماده ۲۲۰ و «تعزیرات منصوص شرعی» در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، از لحاظ فقهی و حقوقی دارای ابهام‌اند و برای تشخیص مصادیق آنها باید به تفسیر متوسل شد. در این زمینه سه تفسیر امکان‌پذیر است: اول، انحصار حدود به موارد شش‌گانه مشهور و اختصاص تعزیرات منصوص به موارد دارای موجب و نوع و میزان معین. دوم، اختصاص حدود به موارد دارای موجب و نوع و میزان معین و تعزیرات منصوص به موارد دارای موجب معین و نوع و میزان مجازات نامعین. سوم، اختصاص حدود به موارد دارای موجب و نوع و میزان مجازات ثابت معین و تعزیرات منصوص به موجب و نوع و میزان غیر ثابت معین. در این مقاله ضمن بررسی دیدگاه‌های مختلف در نهایت تفسیر سوم را به عنوان تفسیری غیرابزارگرایانه که دارای بالاترین جذابیت اخلاقی است و بیش از سایر تفسیرها با اصل حاکمیت قانون و سایر اصول مسلم حقوقی سازگار است، برگزیده‌ایم.

کلیدواژه :

حاکمیت قانون، تفسیر قانون، حد، تعزیر، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول)
h.rahmanian@modares.ac.ir

** استاد حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس

habibzam@modares.ac.ir

مقدمه

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در ماده ۲۲۰ به دادگاه‌ها این اجازه را داده است که در مورد «حدودی که در این قانون ذکر نشده است» طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل کنند. در واقع ماده مزبور صراحتاً اعلام داشته است که صدور رأی کیفری از جمله محکومیت به تحمل کیفر آن هم به استناد منابع فقهی و فتاوی معتبر (بدون داشتن نص قانونی) صرفاً در خصوص «حدودی که در این قانون ذکر نشده است» مجاز می‌باشد. از سوی دیگر در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ اعمال برخی احکام قانونی (از قبیل مرور زمان، تعویق صدور حکم، معافیت از کیفرهای خفیف، تعلیق اجرای مجازات و...) نسبت به «تعزیرات منصوص شرعی» را ممنوع می‌داند. مضافاً اینکه در ماده ۱۳۵ نیز با اصطلاحی مشابه، در موارد تعدد جرم، اجرای «تعزیر معین شرعی» را بر اجرای حد و قصاص مقدم داشته است. این رویه در قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ نیز ادامه یافته و قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۱۴ این قانون جرائم موجب «تعزیرات منصوص شرعی» را از مقررات مرتبط با منافع ممکن‌الحصول و پرداخت خسارت معنوی مستثنی کرده است.

همانگونه که ملاحظه می‌شود قانونگذار در این مواد مفاهیمی را بیان کرده و تشخیص مصادیق آنها را بر عهده مقامات قضایی نهاده است. مقامات قضایی به هنگام تشخیص مصادیق «حدود غیرمذکور» و «تعزیرات منصوص» ممکن است با ابهامات بسیاری مواجه شوند. چراکه در متون فقهی، بر پایه روایات وارده، برای برخی جرائم مانند ارتداد (اعدام)، سحر (اعدام)، بدعت‌گذاری (اعدام)، نزدیکی با همسر در ماه رمضان (۲۵ شلاق)، ازاله بکارت با انگشت (۳۰ تا ۷۷ یا ۸۰ شلاق)، حضور برهنه دونفر همجنس زیر پوشش واحد (۳۰ تا ۹۹ شلاق)، حضور همزمان دونفر غیرهمجنس زیر پوشش واحد (۱۰ تا ۹۹ شلاق)، وطی بهائم (۲۵ یا ۱۰۰ شلاق)، مجازات‌های مقدر و معینی در نظر گرفته شده است. حال اگر ملاک تفکیک حد از تعزیر، تعاریف ارائه شده در قانون مجازات اسلامی باشد و بخواهیم به سادگی بگوییم طبق ماده ۱۵ «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجراء آن در شرع مقدس، تعیین شده است.» و تعزیر نیز «مجازات است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نبوده و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد» (ماده ۱۸) باز هم این مشکل باقی است که اگر مقصود از تعزیرات منصوص شرعی، آنهایی است که موجب و نوع و میزان آنها در شرع تعیین شده است آن گاه تفاوت آنها با حدود در چیست؟ از سوی دیگر هم حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند، حدودی

هستند که باید مصادیق آن را در نصوص شرعی و فقهی جست و هم تعزیرات معین و منصوص شرعی همان گونه که از نامشان پیداست ریشه در متون شرعی و فقهی دارند. این درحالی است که در متون شرعی و فقهی همواره در تشخیص برخی مصادیق حدود و تعزیرات اختلاف نظر وجود داشته است. برخی فقها مصادیق حدود را منحصر به همان شش مورد مشهور یعنی زنا، ملحقات زنا (شامل لواط و تفریض، مساحقه، قوادی)، قذف، شرب خمر، سرقت و محاربه دانسته و سایر موارد منصوص شرعی را از مصادیق تعزیر می‌دانند^۱ و برخی دیگر نیز بر این باورند که همه موارد منصوص شرعی در زمره حدود قرار می‌گیرند.^۲ پرواضح است که مناقشات فقهی در این خصوص به قانون مجازات اسلامی ما راه پیدا کرده است و مقامات قضایی باید برای تشخیص مصادیق حدود غیرمذکور و تعزیرات منصوص دست به تفسیر قانون بزنند.

اهمیت بحث از آنجا مشخص می‌شود که هر آنچه مقام قضایی آن را از مصادیق حدود غیرمذکور تشخیص دهد، به استناد ماده ۲۲۰ ق.م.ا. و اصل ۱۶۷ قانون اساسی، می‌تواند بدون وجود نص قانونی، مرتکبین را به کیفرهای شرعی محکوم نماید. همچنین هر آنچه را مقام قضایی از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی تشخیص دهد باید مرتکبین آنها را از بسیاری از نهادهای ارفاقی مانند مرورزمان، تعلیق، تعویق صدور حکم و ... محروم نماید. لذا تفسیر این مفاهیم ارتباط بسیار تنگاتنگی با حقوق و آزادی‌های شهروندان و اصل قانونی بودن جرم و مجازات پیدا می‌کند. مضافاً اینکه تشخیص «حدی» یا «تعزیری» بودن هر جرم آثار مهم دیگری نیز مترتب است که از جمله آنها می‌توان به حکم تعدد و تکرار جرم (مواد ۱۳۱ تا ۱۳۹ ق.م.ا.) و نیز وضعیت مجازات افراد بالغ کمتر از ۱۸ سال (ماده ۹۱) اشاره نمود. لذا در نوشتار حاضر در پی یافتن پاسخی مناسب به این پرسش هستیم که اصولی‌ترین و صحیح‌ترین تفسیر از این مفاهیم، کدام است؟ برای یافتن پاسخی مناسب، ابتدا شیوه‌های مختلف تفسیری را به دو دسته کلی ابزارگرا و غیرابزارگرا تقسیم کرده و سپس به تحلیل این مسئله می‌پردازیم که تفسیرهای ممکن و محتمل از مفاهیم مبهم مورد بحث، هریک در کدام دسته تفسیری قرار گرفته و پیامدهای پذیرش هر کدام چیست و در نهایت از میان تفسیرهای ممکن، تفسیر مناسب را برمی‌گزینیم.

۱. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج. ۴، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ. ق، ص. ۱۳۶.

۲. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج. ۴۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق، ص. ۲۵۵.

۱. شیوه‌های ابزارگراییانه و غیرابزارگراییانه تفسیر قانون

یکی از مباحث مطرح در فلسفه حقوق، تحلیل حقوق از منظر مطالعات ابزارگرایی است. ابزارگرایی حقوقی^۱، مفهومی است که هم در مرحله تقنینی و هم در خلال مباحث مربوط به تفسیر حقوقی مطرح می‌شود. در بحث از تفسیر حقوقی با این مسئله اساسی مواجه می‌شویم که نقش قضات در تفسیر قواعد و قوانین حقوقی چه باید باشد و قضات با تبعیت از چه منطق و مکتبی باید به تفسیر این قواعد بپردازند؟ پاسخ‌هایی که به این مسئله اساسی داده شده است را می‌توان در دو دسته کلی تقسیم‌بندی کرد. رویکرد نخست رویکرد «شکل‌گرایی حقوقی»^۲ در تفسیر است. در این رویکرد که خود برخاسته از عقاید مکتب حقوق طبیعی است فرض بر این گذاشته می‌شود که مجموعه‌ای کمابیش ایده‌آل از استانداردها و اصولی که اداره‌کننده رفتارهای انسانی هستند وجود دارد. لذا حقوق، منبعث از یک سری اصول از پیش موجود می‌باشد که در کتاب‌های قانون و کتاب‌های مجموعه دعاوی وجود دارند که همگی از طریق منطق استقرایی قابل کشف می‌باشند. از این رو قاضی کشف‌کننده قواعد است نه وضع‌کننده آنها^۳. شکل‌گرایی حقوقی که در برخی صورت‌های خود «متن‌گرایی» نیز خوانده می‌شود با نگاهی غیرابزارگراییانه بر این باور است که تفسیر قانون باید مطابق قصد اولیه قانونگذاران بوده و حوزه‌های نظری حقوق باید به شیوه‌ای تفسیر شوند که با ذات یا شکل اولیه آنها سازگار باشد^۴. در نیمه اول قرن بیستم شکل‌گرایی حقوقی مورد انتقادات گسترده واقع‌گرایی حقوقی^۵ قرار گرفت. این انتقادات منجر به پیدایش مکتب «ابزارگرایی حقوقی» شد^۶. در این رویکرد بر خلاف شکل‌گرایی و حقوق طبیعی، حقوق به مثابه یکی از ابزارهای متعدد اجتماعی نگریسته می‌شود که می‌توان از آن در راستای تلاش برای دستیابی به برخی اهداف اجتماعی خاص یا حل مشکلات اجتماعی خاص بهره جست. از نظر ابزارگرایی حقوقی، دادگاه‌ها وضع‌کننده قواعد هستند و نه صرفاً کشف‌کننده آنها^۷. درواقع ابزارگرایی حقوقی بر این باور است که حقوق، ابزاری است

^۱ . legal instrumentalism

^۲ . legal formalism

^۳ . Marin R. Scordato, "Post-Realist Blues: Formalism, Instrumentalism and the Hybrid Nature of Common Law", Nevada Law Journal, vol.2, No.2, 2007, p. 266.

^۴ . بیکس، برایان، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشرنی، ۱۳۸۹، ص. ۲۲۶.

^۵ . legal realism

^۶ . Steven M. Quevedo, "Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory", California Law Review, No. 73, 1985, p. 123.

^۷ . Robert S. Summers, Instrumentalism and American legal theory, New York. Cornell University Press, 1982, p. 21.

برای رسیدن به یک هدف.^۱ در این دیدگاه گفته می شود که افراد (اعم از قانونگذاران، قضات، وکلا و افراد عادی) به حقوق به مثابه یک ابزار قدرتمند برای پیشبرد منافع شخصی خود یا منافع افراد و گروه های مورد حمایت خود می نگرند و حقوق مانند یک ظرف خالی است که می توان برای رسیدن به اهداف، آن را به دلخواه پر کرد، دستکاری نمود یا به آن تمسک بسته و آن را مورد استفاده قرار داد.^۲

از این رو در فلسفه حقوق غالباً ابزارگرایی حقوقی در تقابل با دیدگاه ها و رویکردهای غیرابزارگرایی قرار داده می شود که ذیل عنوان «حاکمیت قانون»^۳ قرار می گیرند. مهم ترین وجوه تمایز میان ابزارگرایی حقوقی و حاکمیت قانون را در سه حوزه بنیان روش شناختی^۴، محتویات حقوق و نهایتاً نتایج و آثار حقوق مورد اشاره قرار می دهند که این مرزبندی ها را در جدول زیر می توان نمایش داد:^۵

ابزارگرایی	حاکمیت قانون	
بنیان روش شناختی	قضاوت نتیجه محور (استدلال سیاست مدارانه) ^۶	قضاوت قاعده محور (تفسیر، سازگاری زنجیروار) ^۷
محتویات حقوق	مادام که توسط تصمیم ساز ^۸ اصلی پر نشده باشد، هیچ محتوای الزام آوری ندارد	قواعد منبعث از قوانین و اصول و قیود اخلاقی تغییرناپذیر
نتایج حقوق	بیشترین سود و کمترین هزینه (فایده گرایی) حداکثر بهره وری اقتصادی (حقوق و اقتصاد) بیشترین برابری اجتماعی (برابری خواهی)	آنچه قواعد اقتضا دارند، سازگار با محتوای حقوق طبیعی

^۱ . law is a means to an end

^۲ . Brian Z. Tamanaha, Law as a Means to an End, London. Cambridge University Press, 2006, p. 1.

^۳ . rule of law

^۴ . methodological premise

^۵ . Bruce Pardy, "The Hand is Invisible, Nature Knows Best, and Justice is Blind. Markets, Ecosystems, Legal Instrumentalism and the Natural Law of Systems", Tulsa Law Review, No. 44, 2008, p. 71.

^۶ . policy-based reasoning

^۷ . articulate consistency

^۸ . decision-maker

لذا رویکردی را می‌توان ابزار گرایانه قلمداد کرد که با اعتقاد به اینکه حقوق اصل و قاعده پیشینی الزام‌آور و لازم‌الاتباعی ندارد، با استدلال‌های نتیجه‌محور و سیاست‌مدارانه، از حقوق به عنوان ابزاری برای رسیدن به یک سری اهداف و نتایج (اعم از سود جمعی، سود فردی، سود اقتصادی، برابری، آزادی، منافع سیاسی و...) استفاده می‌کند هرچند تفاسیر برآمده از این شیوه تفسیری، با روح قانون و اصول اخلاقی، سازگاری چندانی نداشته باشند. در مقابل، تفسیرهای غیرابزار گرایانه با این اعتقاد که تفسیر حقوقی باید بالاترین جذابیت اخلاقی را داشته باشد^۱ به دنبال کشف اخلاقی‌ترین مرادِ مقنن می‌باشند. برای این منظور باید دست به تفسیری روش‌مند زد به این ترتیب که برای تفسیر قوانین کیفری «به ترتیب» از سه مرحله زیر عبور نماییم: در مرحله نخست، تلاش نماییم با تفسیر لفظی و ادبی^۲، مراد اصلی مقنن را کشف کنیم. اعطاء اولویت به تفسیر لفظی از این بابت است که بیشترین سازگاری را با اصل قانونی بودن جرم و مجازات دارد؛ اصلی که اقتضا می‌کند حکم به مجازات صرفاً به موجب «قانون» و برآمده از الفاظ و عبارات قانون کیفری باشد.^۳ چنانچه با استفاده از تفسیر لفظی و ادبی موفق به احراز نظر مقنن (به صورت یقین یا ظن) شدیم، تفسیر خاتمه یافته و نوبت به مراحل بعدی نمی‌رسد اما اگر این شیوه تفسیری منتج به احراز نظر مقنن نشود یا اگر بشود، به نتیجه‌ای آشکارا غیرمنطقی، غیرحقوقی و غیراخلاقی منجر شود به گونه‌ای که نتوان گفت این نظر، همان نظر مقنن است باید به سراغ مرحله دوم رفت. در مرحله دوم، دست به دامن شیوه تفسیر منطقی و غایی^۴ می‌شویم یعنی با استفاده از ابزارهای در دسترس همچون روح قانون، سوابق تقنینی، مشروح مذاکرات، سیاق عبارات و مواد، عنوان قانون، سایر مواد قانون و ابزارهایی از این دست تلاش می‌کنیم به شیوه‌ای منطقی، غایت و هدف اصلی قانونگذار از وضع عبارات مورد تفسیر را کشف نماییم.^۵ چنانچه در این مرحله موفق به احراز نظر مقنن (به صورت یقین یا ظن) شدیم، تفسیر خاتمه یافته و نوبت به مرحله بعد نمی‌رسد. اما اگر باز هم به هیچ یقین یا ظنی در خصوص نظر مقنن نرسیم و به عبارت دیگر همچنان در حالت «شک» باقی بمانیم، آنگاه به سراغ مرحله سوم رفته و با تفسیر به نفع متهم، خواه این

^۱. دورکین، رونالد، «حقوق و اخلاق»، ترجمه محمد راسخ، مقاله در: حق و مصلحت، تهران، طرح نو، ۱۳۸۷، ص. ۷۴.

^۲. literal interpretation

^۳. ر.ک. اصول ۳۶، ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی.

^۴. teleological interpretation

^۵. امیدی، جلیل، تفسیر قانون در حقوق جزا، تهران، جنگل، ۱۳۸۹، ص. ۶۴.

تفسیر، مضیق باشد یا موسع ابهام و اجمال مورد بحث را پایان می‌دهیم.^۱ علت قرار دادن تفسیر به نفع متهم به عنوان آخرین راهکار این است که مبنای تفسیر به نفع متهم، اصل برائت است و از آنجا که اصل برائت در زمره اصول عملیه بوده و مجرای آن، حالت شک است (و نه ظن)، فلذا چنانچه در مراحل قبلی از حالت شک خارج شده و ظن یا یقین به نظر قانونگذار پیدا کنیم، حتی اگر به ضرر متهم باشد، دیگر مجرای برای تفسیر به نفع متهم باقی نمی‌ماند و تنها زمانی می‌توانیم به تفسیر به نفع متهم متمسک شویم که پس از فحص و یأس از احراز نظر مقنن (به صورت یقین یا ظن) کماکان در حالت شک باقی مانده باشیم.^۲

نظر به مراتب فوق، تفسیرهایی که می‌توان از ابهامات قوانین کیفری داشت چنانچه به صورت روش‌مند و با لحاظ اصول مسلم حقوقی و اخلاقی باشند، تفسیری غیرابزارگرایانه، مبتنی بر حاکمیت قانون و در نتیجه قابل دفاع می‌باشند. اما چنانچه تفسیری از این اصول و روش‌ها عدول نماید، تفسیری ابزارگرایانه بوده که باید حتی‌المقدور از آنها اجتناب کرد. در ادامه، تفسیرهای گوناگونی که ممکن است در مقام رفع ابهام از مفاهیم «حدود غیر مذکور» و «تعزیرات منصوص» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ صورت گیرد را بیان می‌کنیم تا بتوانیم در نهایت غیرابزارگرایانه‌ترین تفسیر را از میان آنها برگزینیم.

۲. تفسیرهای محتمل از «حدود غیرمذکور» و «تعزیرات منصوص» و ارزیابی آنها

با توجه به مباحث فقهی و نیز سوابق تقنینی و فروض حقوقی، به نظر می‌رسد سه تفسیر متفاوت از عبارات «حدود غیرمذکور» و «تعزیرات منصوص» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قابل ارائه باشد که ذیلاً به بیان و ارزیابی هریک از آنها خواهیم پرداخت.

۲-۱. تفسیر نخست

۲-۱-۱. بیان تفسیر

نخستین تفسیری که ممکن است از عبارات مبهم مورد بحث ارائه داد این است که «حدود» منحصر به همان موارد شش گانه‌ای هستند که به طور سنتی در کلام مشهور فقها ذیل کتاب حدود به عنوان جرائم مستوجب حد ذکر شده‌اند؛ یعنی زنا و ملحقات

^۱. قیاسی، جلال‌الدین، روش تفسیر قوانین کیفری، قم، بوستان کتاب، ۱۳۷۹، ص. ۱۸۱.

^۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج. ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۲، ص. ۱۵۱.

آن (لواط و تفخیذ، مساحقه، قoadی)، قذف، شرب خمر، سرقت و محاربه. سایر جرائم و مجازات‌های دارای پیشینه شرعی ولو دارای مجازات معین و مشخص را نمی‌توان در زمره حدود قرار داد و سیاهه حدود را از موارد اجماعی فوق‌الذکر طولانی‌تر کرد. بلکه این موارد اخیر همگی در دسته تعزیرات قرار می‌گیرند. حال خود تعزیرات را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: یکی مجازات‌های تعزیری که در شرع مشخص و معین شده‌اند مانند ارتداد و بدعت و سحر و وطی بهائم و... که به آنها «تعزیرات منصوص شرعی» گفته می‌شود. دوم مجازات‌های تعزیری که در شرع مشخص نشده‌اند اعم از اینکه موجب آنها (یعنی جرمی که بموجب آن، مجازات تعزیری اعمال می‌گردد) در شرع با قید حرمت مشخص شده باشد (همان تعزیرات قانون سابق) یا نشده باشد (همان مجازات‌های بازدارنده قانون سابق). در تأیید این نظر می‌توان به دیدگاه‌های پاره‌ای از فقها اشاره کرد که جرائم مستوجب حد را منحصر در همان موارد شش گانه دانسته و از تعمیم عنوان «حد» بر سایر موارد حتی اگر دارای مجازات مقدر شرعی باشند اجتناب ورزیده‌اند. از جمله محقق حلی در شرایع الاسلام پس از بیان اینکه هر آنچه مجازات مقدر داشته باشد «حد» نامیده می‌شود و هر آنچه اینگونه نباشد «تعزیر» خوانده می‌شود، موارد حدود را منحصر در شش مورد زنا، ملحقات زنا، قذف، سرقت، شرب خمر و قطع طریق (محاربه) دانسته و صراحتاً بگی و ارتداد و وطی بهائم و ارتکاب سایر محرمات را در زمره تعزیرات قرار می‌دهد.^۱ همچنین شهید ثانی در مسالک الأفهام به هنگام ارائه تعریف برای تعزیرات می‌گوید تعزیر، مجازات یا اهانتی است که «غالباً» در اصل شرع مقدر نشده است. به اعتقاد ایشان در خصوص تعزیرات اصل بر نبود مجازات مقدر شرعی برای آنهاست و در اغلب مصادیق تعزیرات نیز اینگونه است اما با این وجود بعضاً روایاتی وارد شده و مجازات مقدری برای برخی تعزیرات مشخص نموده‌اند مانند نزدیکی با همسر در روز ماه رمضان، ازاله بکارت با انگشت، حضور دونفر برهنه زیر پوشش واحد و...^۲ همانگونه که ملاحظه می‌شود ایشان ارائه تعریف از تعزیر را فدای پایبندی خود به فهرست سنتی حدود کرده و ترجیح می‌دهد تمامی موارد دارای مجازات مقدر شرعی به جز حدود سنتی را از دایره حدود خارج نگه‌داشته و ذیل عنوان تعزیرات قرار دهد. برخی فقهای معاصر نیز علی‌رغم وارد کردن ایراداتی به استدلال

^۱. محقق حلی، پیشین، ص. ۱۳۶.

^۲. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج. ۱۴، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص. ۳۲۶.

شهید ثانی، اما نهایتاً در نتیجه با وی هم نظر بوده و مثال‌های ذکر شده توسط شهید ثانی را در زمره تعزیرات می‌دانند و نه حدود^۱.

۲-۱-۲. ارزیابی تفسیر

تفسیر مزبور به رغم جذابیت اخلاقی بالایی که دارد اما به دلیل مغایرت با اصول تفسیر لفظی و منطقی نمی‌تواند مورد قبول قرار گیرد. جذابیت اخلاقی این دیدگاه از این بابت است که بر طبق آن، دامنه حدود بسیار محدود شده و دیگر قضات نمی‌توانند به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی، موارد منصوص شرعی را در زمره حدود قلمداد کرده و مرتکبین را به کیفرهای شرعی آنها برسانند. از سوی دیگر بر طبق این تفسیر، تعزیرات منصوص شرعی، منحصر می‌شوند به مجازات‌هایی که «نوع» و «میزان» آنها در شرع تعیین شده است و نه کلیه مواردی که «موجب» آنها هم دارای نص شرعی است. از اینرو دامنه جرائمی که بر طبق تبصره ۲ ماده ۱۱۵ بناست از پاره‌ای نهادهای ارفاقی محروم گردند محدود شده و سایر جرائم ولو دارای سابقه حرمت شرعی، همگی از آن نهادهای ارفاقی بهره خواهند برد. اما ایراد اساسی این تفسیر آن است که تقید به آن موجب نسبت دادن لغو به قانونگذار در وضع ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی می‌شود. چراکه در آن ماده قانونگذار صراحتاً اعلام داشته است که از نظر وی، موارد و مصادیقی از «حدود» وجود دارند که در این قانون ذکر نشده‌اند. یعنی نظر صریح مقنن این است که علاوه بر زنا و ملحقات آن، قوادی، قذف، سرقت، مصرف مسکر، سب النبی، محاربه، بغی و افساد فی الأرض، جرائم دیگری نیز هستند که مستوجب حدند. حال آنکه تفسیر ارائه شده در این بخش با اعتقاد به اینکه مصادیق حدود، محدود به موارد پنج‌گانه سنتی حدود هستند، آشکارا با این ماده قانون مجازات اسلامی و حتی فهرست حدود مذکور در قانون مجازات اسلامی که محتوی مواردی بیش از شش مورد مشهور می‌باشد (یعنی سب النبی، بغی و افساد فی الأرض) در تعارض قرار می‌گیرد.

۲-۲. تفسیر دوم

۲-۲-۱. بیان تفسیر

دومین تفسیری که در این بحث می‌توان ارائه نمود این است که «حدود» همانگونه که در ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی بیان شده، شامل کلیه مواردی می‌شود که سه مسئله در خصوص آنها در شرع تعیین شده باشد: موجب، نوع و میزان. بر اساس

^۱. مکارم شیرازی، ناصر، «تحلیلی پیرامون مسئله تعزیرات در اسلام»، نورعلم، شماره ۵، ۱۳۶۳، ص. ۶۸.

منطوق این ماده باید تمامی مواردی که دارای این سه جنبه معین شرعی هستند را در زمره حدود قرار داد. طبق این تفسیر، علاوه بر جرائم شش گانه‌ای که به طور سنتی در دسته حدود قرار می‌گیرند و فهرست جرائم حدی در قانون مجازات اسلامی نیز کمابیش بر اساس آنها تنظیم شده است، سایر مواردی هم که در شرع، موجب و نوع و میزان مجازاتی مشخص شده است نیز ذیل عنوان حدود قرار خواهند گرفت. از این رو تمامی موارد پیش گفته مانند ارتداد، بدعت، سحر، وطی بهائم، حضور دو نفر برهنه زیر پوشش واحد، نزدیکی با همسر در روز ماه رمضان و... همگی را باید در زمره حدود قرار داد. سایر جرائمی که موجب و نوع و میزان مجازات شرعی معینی ندارند همگی در زمره تعزیرات قرار می‌گیرند. حال این تعزیرات خود به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته نخست که قانونگذار به آنها «تعزیرات منصوص شرعی» می‌گوید آنهایی هستند که فقط «موجب» آنها در شرع مشخص شده اما نوع و میزان مجازات مسکوت مانده است. به عبارت دیگر عملی که باید جرم‌انگاری شده و مورد مجازات تعزیری قرار گیرد در شرع مشخص شده اما تعیین نوع مجازات و میزان آن بمایراه الحاکم است. مواردی مانند سرقت‌های تعزیری و خیانت در امانت در این دسته جای می‌گیرند چراکه حرمت و ممنوعیت آنها در شرع مشخص شده است (موجب) اما نه نوع مجازات آنها مشخص شده و نه میزان مجازات‌شان. دسته دوم که درواقع همان تعزیرات غیرمنصوص هستند آنهایی می‌باشند که حتی «موجب» آنها نیز در شرع مشخص نشده است یعنی جرائمی که هیچگونه سابقه حرمت و ممنوعیت شرعی ندارند اما حکومت اسلامی به اقتضای حفظ نظم و برای نقض مقررات حکومتی آنها را وضع کرده است. جرائمی مانند عبور غیرقانونی از مرز، جعل، پوشیدن لباس مأموران دولتی، حمل سلاح غیرمجاز و... در این دسته جای می‌گیرند. درواقع بر اساس این تفسیر، قانونگذار هرچند «منطوقاً» در ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی تفکیک سابق میان مجازات‌های تعزیری و بازدارنده را حذف کرده و کلیه مصادیق بازدارنده‌ها را در مفهوم تعزیرات ادغام کرده است اما «مفهوماً» تفکیک مزبور را باقی نگه داشته و تعزیرات سابق را صراحتاً تحت عنوان «تعزیرات منصوص شرعی» و بازدارنده‌های سابق را به صورت ضمنی تحت عنوان تعزیرات غیرمنصوص در قانون جدید وارد نموده است.

در تأیید فقهی این نظر می‌توان به دیدگاه پاره‌ای از فقها اشاره کرد که بر این باورند که تعریف حدود و تعزیرات، برخلاف دیدگاه شهید ثانی، به هیچ وجه تخصیص نمی‌خورد و باید هر آنچه مجازات مقدر شرعی دارد را در زمره حدود قرار داده و تعزیرات را منحصر گردانیم به موارد بدون مجازات مقدر شرعی. مرحوم صاحب جواهر پس از نقل دیدگاه

شهید ثانی می‌گوید: «گویا اطلاق تعزیر بر موارد مقدر در نصّ روایی موجب آن شده است که صاحب مسالک این موارد را به رغم مقدر بودن، تعزیر بنامد. اشکال اینجاست که درست است که در نصوص از این موارد به تعزیر تعبیر شده است اما ممکن است مقصود از تعبیر تعزیر در این روایات، تعزیر در مقابل حد نباشد و شاید به همین جهت است که بعضی فقها این موارد را در شمار حدود آورده‌اند.»^۱ پاره‌ای از فقهای معاصر نیز با اشاره به اینکه «حال که فرق بین حد و تعزیر، چیزی نیست جز مقدر بودن حد و عدم تقدیر تعزیر، چرا مجازات‌های مقدر شرعی داخل در عنوان حد نباشند»^۲ صراحتاً بیان می‌دارند که «اولی این است که هر مجازاتی که به هر نحو میزان خاصی برای آن تقدیر شده، از اقسام حدود شمرده شود».^۳ لذا از دیدگاه این دسته از فقها مثال‌هایی که شهید ثانی در مسالک برای تعزیرات منصوص و مقدر ذکر کرده است هیچیک نمی‌توانند مثال نقضی بر تعریف حد و تعزیر بوده و آنها را تخصیص بزنند.^۴

۲-۲-۲. ارزیابی تفسیر

در تأیید حقوقی تفسیر فوق می‌توان به اصول تفسیر لفظی و منطوق صریح مواد ۱۵ و ۱۸ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد. از لحاظ لفظی و ادبی باید گفت از آنجا که ماده ۱۵ صراحتاً هر آنچه «موجب»، «نوع» و «میزان» معین شرعی داشته باشد را به عنوان «حد» تعریف می‌کند فلذا باید به اطلاق این ماده تمسک کرد و کلیه مواردی که دارای این سه جنبه معین شرعی هستند (اعم از حدود سنتی و اجماعی و سایر موارد مانند ارتداد و وطنی بهائیم و...) را در زمره «حدود» قرار داد. مضافاً اینکه ماده ۱۸ نیز تعزیرات را شامل مواردی می‌داند که مشمول عنوان «حد» نباشند؛ یعنی مواردی که دارای «موجب» و «نوع» و «میزان» معین شرعی نباشند و علاوه بر این موارد وضع و اعمال آنها نیز هر دو مورد ارتکاب محرمات شرعی (تعزیرات سابق) و نقض مقررات حکومتی (بازدارنده‌های سابق) را شامل می‌گردد. از اینرو تفسیر فوق که با تفکیک تعزیر منصوص و غیر منصوص، این دو قسم تعزیرات را ذیل عنوان تعزیر تفسیر می‌کند می‌تواند منطبق با مقصود قانونگذار قلمداد شود.

^۱. نجفی، پیشین، ص. ۲۵۵.

^۲. تبریزی، میرزا جواد، أسس الحدود و التعزیرات، قم، مطبعه مهر، ۱۴۱۷ ه. ق.، ص. ۸.

^۳. منتظری، حسینعلی، کتاب الحدود، قم، دارالفکر، بی‌تا، صص. ۳ و ۱۸۱.

^۴. موحدی لنگرانی، محمدفاضل، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ ه. ق.، ص. ۱۱.

اما به رغم انطباق با اصول تفسیر لفظی، در مقام ارزیابی منطقی و اخلاقی تفسیر فوق می‌توان به دو ایراد مهم اشاره کرد: نخست این که با این تفسیر، دامنه حدود را خیلی گسترده‌تر از «حدود» مذکور در قانون مجازات اسلامی می‌کنیم. چرا که علاوه بر «حدود» فهرست شده در کتاب حدود این قانون، موارد متعددی در متون شرعی یافت می‌شود که دارای موجب و نوع و میزان مشخص بوده و طبق این تفسیر باید کلیه آنها را در عداد «حدودی» که در این قانون ذکر نشده‌اند قرار داد و سپس به موجب ماده ۲۲۰ همین قانون به قضات اجازه دهیم در خصوص تمامی این موارد به رغم ذکر نشدن عناصر و ارکان تشکیل دهنده این جرائم در «قانون»، مرتکبین را به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و صرفاً با مراجعه به همان متون فقهی و فتاوی، محکوم به تحمل کیفر نمایند. پرواضح است که این پیامد تفسیر فوق، آشکارا موجب نقض حقوق و آزادی‌های شهروندان شده و با دادن اختیار صدور حکم محکومیت کیفری به قضات، آن هم در مواردی که به دلیل اختلاف فتاوی ممکن است موجب صدور آراء متهاافت از محاکم گوناگون شود، خواه ناخواه زمینه بروز بی‌عدالتی در جامعه را فراهم می‌آوریم.

ایراد دوم این که بر اساس تفسیر فوق، باید تفکیکی که سابقاً میان تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده در نظام حقوقی وجود داشت را در زمان حکومت قانون جدید نیز به قوت خود باقی دانسته و سپس تمامی مصادیق «تعزیرات» سابق را منطبق بر عبارت «تعزیرات منصوص شرعی» بدانیم و در نتیجه به حکم تبصره ۲ ماده ۱۱۵، مرتکبین همه این جرائم (که تعدادشان در میان عناوین مجرمانه موجود در قوانین، نسبتاً زیاد است) را از پاره‌ای از نهادهای ارفاقی مهم محروم گردانیم. به بیان دیگر در خصوص طیف گسترده‌ای از جرائم نسبتاً پرارتکاب از قبیل کلاهبرداری، خیانت در امانت، توهین و امثالهم چون دارای سابقه حرمت شرعی بوده و طبق این تفسیر «تعزیر منصوص شرعی» محسوب می‌شوند دیگر نمی‌توان تعلیق مجازات، تعویق صدور حکم، مرور زمان، تخفیف و تبدیل مجازات اطفال و نوجوانان و... را اعمال نمود و درواقع اعمال این نهادهای ارفاقی منحصر می‌شود به تعزیرات غیرمنصوص یا به عبارت دیگر همان «مجازات‌های بازدارنده» سابق. حال از این مسئله بگذریم که با این تفسیر، همان مسائل و مشکلات سابق در خصوص ملاک دقیق تفکیک تعزیرات از مجازات‌های بازدارنده را نیز در نظام حقوقی باقی نگه می‌داریم.

اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریات مشورتی متعددی، تفسیر فوق را مردود دانسته است. در همه این نظریات این عبارت تکرار شده است که «تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در شرع مقدس/اسلام، برای یک عمل معین نوع و مقدار

کیفر مشخص شده است. بنابراین مواردی که به موجب روایات و یا هر دلیل شرعی دیگر به طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر مقرر گردیده است، ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی شود.^۱ درواقع اداره حقوقی قوه قضائیه در قسمت اخیر این عبارات بر این امر تأکید می کند که مواردی که فقط دارای «موجب» معین شرعی هستند اما نوع و میزان مجازات معینی ندارند، تعزیرات منصوص شرعی به حساب نمی آیند. از اینرو در همین نظریه ها مواردی از قبیل خیانت در امانت^۲ و سرقت^۳ را از عداد تعزیرات منصوص شرعی خارج می کند و در مقابل، موردی همچون رابطه نامشروع موضوع ماده ۶۳۷ کتاب پنجم «تعزیرات» قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ را مصادیقی از تعزیرات منصوص شرعی می داند.^۴

۲-۳. تفسیر سوم

۲-۳-۱. بیان تفسیر

سومین تفسیری که می توان ارائه داد این است که «حدود» بر اساس منطوق ماده ۱۵ شامل کلیه مواردی می شوند که «موجب»، «نوع» و «میزان» آنها در شرع مشخص شده باشد اما نکته حائز اهمیت اینجاست که آنچه نیاز به تفسیر دارد همین عبارت «میزان» در ماده فوق الذکر می باشد. ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی فقط مواردی را در زمره «حدود» قرار می دهد که علاوه بر «موجب» و «نوع» مجازات، «میزان» مجازات هم به صورت دقیق و بدون تعیین اقل و اکثر در شرع مشخص شده باشد. نگاهی به سیاهه جرائم حدی سنتی و مشهور نیز به ما نشان می دهد که وجه مشترک همه آنها این است که برای آنها میزان مجازات به صورت ثابت و بدون اقل و اکثر تعیین شده است: مجازات مرگ برای تعدادی از جرائم، صد تازیانه برای زنا، هشتاد تازیانه برای

^۱. نظریات شماره ۱۳۰۳ - ۹۲/۷/۳، ۷/۹۲/۱۴۷۰ - ۹۲/۸/۷، ۷/۹۲/۱۱۶۴ - ۹۲/۶/۱۸ - ۷/۹۲/۱۴۷۵ - ۹۲/۸/۷. البته به این عبارت و استدلال اداره حقوقی در نظریه های فوق این ایراد وارد است که در ابتدای نظریه و در جمله نخستین که به نظر می رسد استدلال اصلی برای نتیجه نهایی است عیناً تعریفی که ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی برای «حدود» ذکر کرده است به عنوان تعریف و شاخصی برای شناسایی و معرفی تعزیرات منصوص به کار گرفته شده است! لذا این نظریه ها پاسخ ابهام موجود پیرامون تشخیص مصادیق تعزیرات منصوص را به صورت ناقص می دهند و فقط تأکید می کنند که موارد دارای موجب معین شرعی، تعزیرات منصوص محسوب نمی شوند اما برای تفکیک تعزیرات منصوص از حدود، پاسخی ارائه نمی دهند.

^۲. نظریه ۷/۹۲/۱۱۶۴ - ۹۲/۶/۱۸.

^۳. نظریه ۱۳۰۳ - ۹۲/۷/۳.

^۴. نظریه ۱۳۰۳ - ۹۲/۷/۳.

شرب خمر و قذف، ۷۵ تازیانه برای قوادی، قطع ۴ انگشت دست راست برای سرقت. لذا مقصود قانونگذار از این که جرائمی حدی محسوب می‌شوند که «میزان» مجازات آنها در شرع تعیین شده باشد، این است که میزان مجازات به صورت ثابت تعیین شده باشد. از اینرو «همه» و «فقط» مواردی که مجازات ثابت شرعی دارند ولو در زمره حدود سنتی و اجماعی فهرست شده در قانون مجازات اسلامی نباشند، در زمره حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند قرار خواهند گرفت؛ جرائمی مثل ارتداد، بدعت‌گذاری و سحر که دارای مجازات ثابت اعدام در شرع هستند. در مقابل، آندسته از مواردی که دارای «موجب» و «نوع» مجازات معین شرعی هستند اما «میزان» مجازات آنها نه به صورت ثابت بلکه به صورت اقل و اکثر در شرع مشخص شده است دیگر ذیل تعریف ماده ۱۵ و تحت عنوان «حدود» قرار نمی‌گیرند بلکه در زمره تعزیرات بوده اما به واسطه اینکه «موجب» و «نوع» معین شرعی همراه با «میزان» اقل و اکثر مجازات معین شرعی هستند قانونگذار به آنها عنوان «تعزیرات منصوص شرعی» داده است. لذا مثال‌های مذکور در بخش‌های قبل مانند وطی بهائم، حضور دو نفر برهنه زیر پوشش واحد و امثالهم هیچیک از مصادیق «حدودی» که در این قانون ذکر نشده‌اند نخواهند بود بلکه از مصادیق «تعزیرات منصوص شرعی» می‌باشند که در صورت جرم‌انگاری شدن در قانون، از یک سری نهادهای ارفاقی مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی محروم می‌باشند. بدیهی است سایر جرائم اعم از اینکه سابقه حرمت شرعی داشته باشند (تعزیرات سابق) یا خیر (بازدارنده‌های سابق) همگی در عداد تعزیرات غیرمنصوص قلمداد شده و مشمول حکم تبصره ۲ فوق‌الذکر نخواهند بود.

در تأیید فقهی نظر فوق علاوه بر دیدگاه فقهایی که در تفسیر اول به آنها اشاره شد و معتقد به عدم توسعه دامنۀ حدود بودند، می‌توان به نکته مهمی اشاره کرد که مورد توجه معدودی از فقهای طراز اول شیعه قرار گرفته است. شهید اول و مرحوم فاضل مقداد در مقام بیان تفاوت‌های میان حد و تعزیر به نکته ظریفی اشاره کرده‌اند و آن اینکه تعزیر باید متناسب با شدت جرم باشد بر خلاف حد که در لزوم اجرای آن، تحقق موضوع و جرم کفایت می‌کند. به اعتقاد ایشان میزان تعزیر، حسب اختلاف حال بزهکاران، متفاوت می‌شود.^۱ این نکته مهمی است که در تفسیر سوم به کار گرفته شده و با توجه به آن، یکی از تفاوت‌های مهم و اساسی حدود و تعزیرات در این امر دانسته

۱. جبعی عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، ج ۲، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۶۰ هـ. ق.، ص. ۱۴۳ و نیز سیوری حلی، مقداد بن عبدالله، ضد القواعد الفقهیه علی مذهب الإمامیه، قم، انتشارات کتابخانه آیت اله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ هـ. ق.، ص. ۴۷۳.

شده است که «میزان» مجازات‌های حدی، در شرع مقدر و معین شده است آن هم به صورت ثابت و بدون اختیار قضات برای برقراری تناسب میان جرم و مجازات. اما مجازات‌های تعزیری آنهایی هستند که قضات در اعمال آنها از اختیار برقراری تناسب میان جرم و مجازات و نیز میان خصوصیات و روحیات فردی بزهکار با مجازات برخوردارند. برخی فقهای معاصر نیز وجود اقل و اکثر در مجازات‌های مقدر شرعی برخی جرائم را دلیل بر تعزیری و نه حدی بودن آن دانسته‌اند.^۱

۲-۳-۲. ارزیابی تفسیر

تفسیر سوم علاوه بر سازگاری با اصول تفسیر لفظی، تفسیری منطقی‌تر و دارای جذابیت اخلاقی بیشتری نسبت به سایر تفسیرها به نظر می‌رسد. در این تفسیر علاوه بر اینکه نسبت لغوی به قانونگذار داده نشده و برای هریک از احکام و مواد قانونی موجود، مصداق و مجرای ارائه می‌شود با اصول تفسیر منطقی و غایی نظیر توجه به روح قانون و سوابق تقنینی نیز سازگاری کامل دارد. از یکسو توجه به فرآیند تصویب قانون مجازات اسلامی نشان می‌دهد که در لایحه اولیه‌ای که از سوی قوه قضائیه تنظیم و به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده بود، در فهرست حدود، سه جرم ارتداد، بدعت‌گذاری و سحر هم پیش‌بینی شده بود. اما در ادامه این فرآیند در متن نهایی که به تصویب مجلس رسید این سه عنوان مجرمانه از فهرست حدود حذف شده و در عوض متن کنونی ماده ۲۲۰ با عبارت «حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند» به قانون افزوده شد. به نظر می‌رسد قانونگذار به دلیل انتقاداتی که ممکن است در عرصه بین‌المللی در خصوص محدودیت آزادی بیان و مسائلی از این قبیل به قانون مجازات اسلامی به دلیل جرم‌انگاری ارتداد و بدعت‌گذاری وارد شود، ترجیح داده است از وارد کردن صریح این جرائم در قانون پرهیز کرده و از سوی دیگر خلأ قانونی پیرامون مجازات مرتدین را نیز رفع نماید. بدین منظور ضمن عدم ذکر صریح جرم ارتداد در قانون، به صورت ضمنی با دادن مجوز صدور حکم به استناد فتاوی، درواقع مجوز به کیفر رساندن جرم ارتداد را صادر کرده است. به بیان دیگر نگاه به سابقه و فرآیند قانونگذاری نشان از آن دارد که مقصود اصلی قانونگذار از «حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند» صرفاً همان حدودی است که در لایحه اولیه ذکر شده بوده اما در متن نهایی ذکر نشده‌اند. از اینرو مقصود قانونگذار از این عبارت، اشاره به موارد دیگری همچون نزدیکی با همسر در ماه رمضان و... نبوده است.

^۱. مکارم شیرازی، پیشین، ص. ۶۸.

مضافاً اینکه مقایسه تحولات قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با قانون سابق در خصوص تقسیم‌بندی مجازات‌ها و تعریف «تعزیر» گواه این مطلب است که قانونگذار پیش‌تر منبأ و ملاک تعزیر را صرفاً ارتکاب محرمات شرعی می‌دانست و از آنجا که اطلاق عنوان «تعزیر» بر رفتارهای مفسده‌انگیزی که فاقد سابقه حرمت شرعی‌اند را جایز نمی‌دانست لذا عنوان جدید «مجازات‌های بازدارنده» را جعل کرده و کلیه جرائمی که سابقه حرمت شرعی نداشتند را ذیل این عنوان جدید دسته‌بندی می‌کرد.^۱ اما در قانون جدید و در ماده ۱۸ ضمن چرخش آشکار در دیدگاه خود، مبنا و ملاک تعزیر را از «ارتکاب عمل حرام» تغییر داده و به «ارتکاب رفتار مفسده‌انگیز» تغییر داده است؛ خواه این عمل مفسده‌انگیز سابقه حرمت شرعی داشته باشد یا خیر. از اینرو تفسیری که بازهم تفکیک سابق تعزیر و بازدارنده را در قانون جدید نگه‌دارد، خلاف روح قانون به نظر می‌رسد. علاوه بر این نگاهی به روح قانون نیز می‌تواند تفسیر ارائه شده در این بخش را تأیید نماید. چراکه نگاه به مجموعه مواد و احکام قانون مجازات اسلامی به خوبی نشان می‌دهد که مقنن بسیاری از احکام ناظر بر تعزیرات (تخفیف، تشدید، تعدد، تکرار، تعلیق، تعویق، مرورزمان، تبدیل و...) را در خصوص حدود مجری نمی‌داند.^۲ به نظر می‌رسد فلسفه استثنا کردن «تعزیرات منصوص» از پاره‌ای از این احکام به این دلیل است که در خصوص این جرائم، به واسطه معین بودن «موجب» و «نوع» و «میزان» اقل و اکثر مجازات، شبهه حد بودن وجود دارد. فلذا قانونگذار جوانب احتیاط را رعایت کرده و علی‌رغم اینکه این موارد را جزء تعزیرات قلمداد می‌کند اما باز هم به دلیل شبهه حد بودن آنها، احکام تعزیرات را در خصوص شان مجری نمی‌داند. علاوه بر همه اینها تفسیر مزبور با فلسفه تشریع و تفکیک حدود و تعزیرات نیز هماهنگ می‌باشد. چراکه فلسفه تشریع حدود، حمایت از جامعه در مقابل جرائمی خاص با وضع مجازات‌هایی ثابت و لایتغیر است و در مقابل، هدف از تشریع تعزیرات، تأدیب و اصلاح مجرمین از طریق اعمال مجازات‌های متناسب با هر بزه‌کار می‌باشد.^۳ بدیهی است با توجه به این حکمت‌ها و فلسفه‌ها باید این گونه نظر داد که مجازات‌هایی که قابلیت

۱. حبیب‌زاده، محمدجعفر، و عینی نجف‌آبادی، محسن، «مبنا و ملاک تعزیر؛ قسمت دوم»، ماهنامه دادرسی، شماره ۳۳، ۱۳۸۱، ص. ۲۴.

۲. برای نمونه ر.ک. مواد ۲۰، ۳۷، ۹۱، ۹۷، ۱۰۰، ۱۱۴، ۱۳۱ و ۱۳۲، ۱۳۶ و ۱۳۷ و تبصره ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی.

۳. حسینی، سیدمحمد، «دوگونه کیفر در مقابل دو دسته بزه؛ بازتعریف حدود و تعزیرات از دیدگاه فلسفه کیفری»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۱، ۱۳۸۸، ص. ۹۴.

متناسب شدن با هر شخص بزهکاری را دارند/اصولاً باید در زمره تعزیرات قرار گیرند و نه حدود.

نتیجه‌گیری

بمنظور رفع ابهام از عبارات «حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند» در ماده ۲۲۰ و «تعزیرات منصوص شرعی» مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ و نیز «تعزیر معین شرعی» مندرج در ماده ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و تشخیص مصادیق آنها، با توجه به سایر مواد قانونی موجود و نیز سوابق فقهی بحث، سه تفسیر محتمل فوق مطرح شد که خلاصه آنها را در جدول زیر می‌توان نمایش داد:

حد	تعزیر منصوص	تعزیر غیرمنصوص	نقد
تفسیر نخست	موارد شش‌گانه	موجب و نوع و میزان معین	حذف جرم‌انگاری قضایی/ افزایش کاربرد نهادهای ارفاقی/ لغو بودن ماده ۲۲۰
تفسیر دوم	موجب و نوع و میزان معین	موجب و نوع و میزان نامعین	سازگار با تفسیر لفظی/ گسترش جرم‌انگاری قضایی/ کاهش کاربرد نهادهای ارفاقی
تفسیر سوم	موجب و نوع و میزان ثابت معین	موجب و نوع و میزان نامعین	کاهش جرم‌انگاری قضایی/ افزایش کاربرد نهادهای ارفاقی

اگر این تفاسیر را با توجه به اصول و شیوه‌های تفسیر محک بزنییم متوجه می‌شویم که ابزارگرایانه‌ترین تفسیر ارائه شده، تفسیر دوم می‌باشد. چراکه در آن با دادن اختیار جرم‌انگاری گسترده به قضات آن هم با تفاوت آراء بدون وجود نص قانونی فصل‌الخطاب، و نیز با محروم کردن حجم وسیعی از مرتکبین جرائم گوناگون از نهادهای ارفاقی قانونی، قانون را به مثابه ابزاری برای رسیدن به هر هدفی قلمداد کرده و آن را در اختیار مجریان قانون می‌گذاریم. درواقع این تفسیر در میان سایر تفاسیر محتمل، از پایین‌ترین جذابیت اخلاقی نیز برخوردار بوده و با روح حاکم بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که در مقایسه با قوانین قبل از خود، از نهادهای ارفاقی بسیار بیشتری برخوردار شده است در تعارض قرار دارد. در مقابل، تفسیر سوم با توجه به سازگاری بیشتر با اصول و ترتب شیوه‌های تفسیری و نیز پیامدهای غیراخلاقی کمتری که به دنبال دارد، غیرابزارگرایانه‌ترین تفسیر به شمار می‌رود و نسبت به سایر تفاسیر موجود انطباق بیشتری با اصول حقوقی دارد. از این رو ضروری است تا حد امکان ذهنیت قضات و حقوقدانان کشور به سمت تفسیر اخیر متمایل گردد.

منابع

الف - فارسی

- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران، میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۲.
- امیدی، جلیل، تفسیر قانون در حقوق جزا، تهران، جنگل، ۱۳۸۹.
- بیکیس، برایان، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشرنی، ۱۳۸۹.
- حبیب زاده، محمدجعفر و عینی نجف آبادی، محسن، «مبنا و ملاک تعزیر، قسمت دوم»، ماهنامه دادرسی، سال ششم، شماره ۳۳، ۱۳۸۱.
- حسینی، سید محمد، «دوگونه کیفر در مقابل دو دسته بزه، بازتعریف حدود و تعزیرات از دیدگاه فلسفه کیفری»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۱، ۱۳۸۸.
- دورکین، رونالد، «حقوق و اخلاق» ترجمه محمد راسخ، مقاله در، حق و مصلحت، نوشته محمد راسخ، تهران، طرح نو، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- قیاسی، جلال الدین، روش تفسیر قوانین کیفری، قم، بوستان کتاب، ۱۳۷۹.
- مکارم شیرازی، ناصر، «تحلیلی پیرامون مسئله تعزیرات در اسلام»، مجله نورعلم، شماره ۵، ۱۳۶۳.

ب - عربی

- تبریزی، میرزا جواد، أسس الحدود و التعزیرات، قم، مطبعة مهر، ۱۴۱۷ هـ ق.
- جبعی عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، جلد دوم، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۶۰ هـ ق.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد چهاردهم، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ هـ ق.
- حلی، مقداد بن عبدالله سیوری، نضد القواعد الفقہیہ علی مذهب الإمامیه، قم، انتشارات کتابخانه آیتاله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ هـ ق.
- موحدی لنکرانی، محمدفاضل، تفصیل الشریعه فی شرح تحریرالوسیله - الحدود، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ هـ ق.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد چهارم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ ق.
- منتظری، حسینعلی، کتاب الحدود، قم، دارالفکر، بی تا.

- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد چهل و یکم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ ق.

ج - انگلیسی

- Pardy, Bruce, **"The Hand is Invisible, Nature Knows Best, and Justice is Blind, Markets, Ecosystems, Legal Instrumentalism, and the Natural Law of Systems"**, Tulsa Law Review, vol. 44, 2008.
- Quevedo, Steven, **"Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory"**, California Law Review, vol. 73, 1985.
- Scordato, Marin. R, **"Post-Realist Blues, Formalism, Instrumentalism and the Hybrid Nature of Common Law"**, Nevada Law Journal, vol. 2, N.2, spring 2007.
- Summers, Robert. S, **Instrumentalism and American legal theory**, New York, Cornell University Press, 1982.
- Tamanaha, Brian. Z, **Law as a Means to an End**, London, Cambridge University Press, 2006.

تأثیر وضعیت پیشین زیان دیده در مسئولیت مدنی عامل زیان

نفیسه شوشی نسب*

عباس میرشکاری**

مجله حقوقی دادگستری / سال هفتاد و هفتم / شماره ۸۴ - زمستان ۱۳۹۲

چکیده

در این مقاله سعی نگارندگان بر این است تا به بررسی این مسئله بپردازند که آیا وضعیت پیشین زیان دیده در میزان مسئولیت واردکننده زیان تأثیرگذار است یا خیر. منظور از وضعیت پیشین زیان دیده در این مقاله، وضعیت غیرطبیعی جسمی او قبل از ورود زیان است. گاه عامل زیان، میزان خسارت زیان دیده را تشدید می کند؛ گاه نیز ماهیت خسارت زیان دیده را تغییر می دهد. باید گفت چه در قانون جدید و چه در قانون قدیم مجازات اسلامی، به جز مورد نابیناساختن تنها چشم زیان دیده که قانونگذار آن را در تشدید مسئولیت عامل زیان و محکوم ساختن او به پرداخت دیه دو چشم مؤثر دانسته است، در سایر موارد قانونگذار وضعیت پیشین را در تخفیف مسئولیت عامل زیان مؤثر دانسته است. بنابراین مورد چشم در تشدید مسئولیت، موردی استثنایی است که باید به تفسیر مضیق در مورد آن اکتفا نمود.

کلید واژه :

دیه، زیان دیده، قانون مجازات اسلامی، مسئولیت مدنی، وضعیت پیشین زیان دیده.

* دکترای حقوق خصوصی از دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

nshooshinasab@ut.ac.ir

** دکترای حقوق خصوصی از دانشگاه تهران

mirshekariabbas1@yahoo.com

مقدمه

گاه زیان دیده خود در صحنه مسئولیت مدنی ایفاگر نقش است؛ به این معنا که نه تنها با خطای خود در ایراد ضرر به خود و اجرای قاعده «اقدام» مشارکت می‌کند،^۱ در بعضی مواقع با وضعیتی که پیش از وقوع خسارت داشته است، یکی از چالش‌های مهم مسئولیت مدنی را فراهم می‌آورد.

جبران کامل خسارات، همیشه یکی از دغدغه‌های اصلی حقوق دانان بوده است. نمونه بارز چنین اندیشه‌ای، اصل تدارک کلیه خسارات یا جبران کامل خسارات است که به‌عنوان قاعده در حقوق پذیرفته شده است. مفهوم این اصل این است که تمام خسارات وارده باید جبران شود چنان‌که گویی خسارت جبران نشده در جامعه نیست.^۲

از سوی دیگر بنابر اصول لاضرر و نیز عدم وجود ضرر جبران نشده در اجتماع باید گفت هنگامی که خسارتی به شخصی وارد می‌شود تا جایی که ممکن است باید تعادلی را که به‌وسیله خسارت از میان رفته است، بازگرداند به‌گونه‌ای که بر اساس قانون مجازات اسلامی قدیم، حتی در مواردی که فاعل فعل زیان‌بار مشخص نیست (ماده ۲۵۵ قانون مجازات اسلامی قدیم) یا توان پرداخت خسارت را ندارد (ماده ۲۶۰ قانون مجازات اسلامی قدیم) ضرری جبران نشده باقی نمی‌ماند بلکه جبران آن بر عهده بیت‌المال است.

به‌طور خاص، در این مقاله سعی بر پاسخ‌گویی به این پرسش است که اگر زیان دیده، از قبل دچار عارضه‌هایی بوده یا آمادگی و تأثیرپذیری ویژه‌ای نسبت به خسارت داشته باشد، آیا نباید وضعیت پیشین^۳ وی را که در ایراد خسارت تأثیر داشته است و زمینه پیدایش آن را فراهم کرده است یا دامنه آن را گسترش داده است در نظر گرفت و از میزان جبران خسارت او کاست؟^۴

۱. برای بحث تفصیلی و تطبیقی، ن.ک: کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری، دانشگاه تهران، ۱۳۷۰؛ جنیدی، لعبا، «تقصیر زیان دیده»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، زمستان ۱۳۷۸، ص. ۵۰؛ ایزانلو، محسن، «اثر تقصیر خطای زیان‌دیده بر رجوع نهاد تأمین اجتماعی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال سی و نهم، ش ۴، زمستان ۱۳۸۸، ص ۳۵.

۲. یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی. قواعد عمومی مسئولیت مدنی، ج اول، میزان، زمستان ۸۶، ص. ۱۰۲.

۳. Predisposition.

۴. ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه و تحقیق: مجید ادیب، میزان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۰.

به طور کلی باید گفت خواننده مسئول کلیه نتایج ناشی از بی احتیاطی خود است، صرف نظر از اینکه اگر این ضرر به شخص دیگری وارد می شد، میزان آن کمتر بود یا به دلیل وضعیت خاص خواهان، این زیان به او وارد شده یا زیان او تشدید شده باشد. ممکن است گفته شود که بازگشت این مسئله در نهایت به مسئله دوری و نزدیکی سبب است.^۱ اما در همین مقدمه لازم به ذکر است که در اینجا مجالی برای طرح مباحث مربوط به رابطه سببیت و پرداختن به این مسئله که آیا تأثیر وضعیت پیشین زیان دیده در تشدید خسارت سبب دور محسوب می شود یا نزدیک، نیست. در حقیقت سؤال مطرح شده در این مقاله به صورت مطلق به این صورت است که آیا وضعیت پیشین زیان دیده در تشدید یا تخفیف مسئولیت عامل زیان مؤثر است یا خیر. تنها به ذکر این نکته اکتفا می شود که به نظر نویسندگان این مقاله، در مورد بحث، مسئله رابطه سببیت بین وضعیت پیشین زیان دیده و تشدید زیان مطرح نیست و در فرض مورد بحث، انتساب زیان وارده یا تشدید آن، به فعل یا ترک فعل خواننده محرز بوده و نیز محرز است که این فعل یا ترک فعل بیش از مقداری که به طور متعارف باید، زیان به بار آورده است. حال با توجه به غیرقابل پیش بینی بودن این زیان اضافی برای خواننده، باید دید که آیا خواننده مسئول این مقدار اضافی خسارت - که در حقیقت ناشی از وضعیت پیشین زیان دیده است - هست یا خیر. آنچه به طور مختصر در این مجال باید گفت این است که این مسئله بیش از اینکه مربوط به رابطه سببیت باشد، به بحث لزوم یا عدم لزوم قابل پیش بینی بودن زیان برای خواننده مربوط است. در بخش های بعدی مقاله به تفصیل به این مسئله پرداخته خواهد شد. بنابراین در خصوص اصل مسئله و در مرحله ثبوت باید دید که آیا وضعیت پیشین زیان دیده در تشدید یا تخفیف مسئولیت عامل زیان نقش دارد یا خیر.

همچنین باید توجه داشت که آنچه در این مقاله منظور نویسندگان است مشارکت زیان دیده در وقوع خسارت نیست بلکه بحث بر سر این است که آیا زیان دیده به سبب وضعیت غیرطبیعی که قبل از وقوع خسارت داشته و این وضعیت غیرطبیعی در تشدید خسارت وارده تأثیر داشته است، به گونه ای که اگر این وضعیت پیشین نمی بود خسارت کمتری وارد می شد، از دریافت بخشی از خسارت محروم می ماند یا خیر.

^۱ . Johann Neethling, Contributory Negligence under South African Law, November 2003, p.172.

ذکر این نکته نیز در مقدمه لازم به نظر می‌رسد که درست است که اعمال قاعده اقدام و نیز اثر خطای زیان‌دیده^۱ که در متن مقاله به مقایسه آن با موضوع بحث پرداخته شده است، در مسئولیت‌های بدون تقصیر مصداق ندارد،^۲ اما در بحث وضعیت پیشین زیان‌دیده چنین نیست؛ به این معنا که بحث مطرح‌شده در مقاله اختصاص به مسئولیت ناشی از تقصیر ندارد و در کلیه انواع مسئولیت اعم از مسئولیت مبتنی بر تقصیر و مسئولیت بدون تقصیر، امکان طرح این پرسش وجود دارد که آیا وضعیت پیشین زیان‌دیده باید در احتساب خسارت مدنظر قرار گیرد یا خیر.

در این مقاله ابتدا منظور از وضعیت پیشین زیان‌دیده تبیین خواهد شد. سپس این بحث با قواعد مشابه نظیر قاعده اقدام و اثر خطای زیان‌دیده مقایسه خواهد شد. در ادامه نیز مواد مربوط در قانون مجازات اسلامی قدیم و جدید بررسی می‌شود.

۱. تبیین موضوع

۱-۱. وضعیت پیشین زیان‌دیده

قبل از ورود به بحث اصلی لازم است تبیین شود که منظور از وضعیت پیشین زیان‌دیده و تأثیر آن چیست. وقتی گفته می‌شود وضعیت پیشین زیان‌دیده در مسئولیت عامل زیان اثرگذار است به این معناست که این وضعیت غیرطبیعی او در تشدید یا تخفیف مسئولیت عامل زیان اثرگذار است. بنابراین بحث وضعیت پیشین زیان‌دیده، زمانی مطرح می‌شود که زیان‌دیده قبل از ورود زیان دارای وضعیت غیرطبیعی باشد و منظور، وضعیت پیشین فردی نیست که از نظر جسمی سالم اما دچار مشکلات روحی و روانی است. توضیح بیشتر آنکه در مواردی زیان‌دیده دارای وضعیت غیرطبیعی و استثنایی است و از نظر ساختار فیزیکی بدن^۳، انسانی غیرمتعارف است. حال سؤال اینجاست که چنانچه این خصوصیات از نظر فاعل فعل زیان‌بار مخفی باشد و این خصوصیات نیز در تحقق کمیت خسارت نقش داشته باشد، آیا خواننده می‌تواند به این استدلال که این خصوصیات برای او غیر قابل پیش‌بینی بوده از مسئولیت رهایی یابد؟

برای شناخت دقیق موضوع لازم است مثالی مطرح شود. به فرض که «الف» در تاریخ ۱۳۸۸/۱/۱ متحمل خسارتی شده است. در تاریخ ۱۳۸۸/۱/۲ «ب» نیز خسارت دیگری

^۱. Contributory Negligence” or “Compensation de Culpas”

^۲. Ibid.

^۳. Physique de la victime

به او وارد می‌کند. به این ترتیب، زیان دیده پیش از ایراد زیان توسط «ب»، خود دچار زیان بوده است. برای نشان دادن این وضعیت از اصطلاح وضعیت پیشین زیان دیده استفاده می‌شود. آنچه به طور دقیق در این قسمت مورد سؤال قرار می‌گیرد این است که حق رجوع «الف» به «ب» به چه میزانی است؟ به اندازه مجموع خسارتی که متحمل شده است یا تنها خسارتی که «ب»، سبب ایراد آن بوده است؟

مورد دیگر، فرضی است که زیان دیده پیش از ورود زیان دارای وضعیتی نامتعرف بوده است. به طور مثال از یک چشم نابینا بوده است. سؤالی که مطرح می‌شود این است که حال که دیگری بر اثر حادثه، چشم دیگرش را نیز نابینا ساخته (باتوجه به اینکه فرد مطلقاً نابینا شده است) زیان دیده می‌تواند دیه هر دو چشم را از عامل زیان بگیرد یا عامل زیان فقط مکلف به پرداخت دیه چشمی است که خود باعث آسیب به آن شده است نه بیشتر؟

در بخش‌های بعدی مقاله به تفصیل به این پرسش پاسخ خواهیم داد. لازم به ذکر است که در برخی کشورها وضعیت پیشین زیان دیده را به دو نوع ضعیف و شدید تقسیم‌بندی کرده‌اند. برای مثال، موردی که خواهان محافظ بدنی را در مواجهه با سگ دوستش به خود نبسته و در شدت بخشیدن به زیان خود - که از قبل نیز تا حدی وجود داشته است - مشارکت داشته است، وضعیت پیشین از نوع ضعیف^۱ شناخته شده است.^۲ ملاحظه می‌شود که «اقدام زیان دیده» - که در بخش بعد به آن پرداخته خواهد شد - در ضعیف‌انگاشتن و کم‌اهمیت دانستن وضعیت پیشین او در شدت خسارت، از منظر دادگاه تأثیرگذار بوده است. به نظر می‌رسد که معیار تشخیص شدت و ضعف وضعیت پیشین زیان دیده بنا به تشخیص قاضی بوده و در هر مورد خاص متفاوت است. می‌توان گفت که منشأ این تفکیک به مسئله دوری و نزدیکی سبب و نظریه لزوم بررسی وجود یا عدم وجود رابطه سببیت بین وضعیت پیشین زیان دیده و تشدید خسارت وارده باز می‌گردد. بدیهی است اثر این تقسیم‌بندی در تعیین میزان خسارت قابل جبران توسط دادگاه ظاهر می‌شود.

^۱ Weak Predisposition

^۲ Johann Neethling, op. cit, p.172.

۱-۲. مقایسه وضعیت پیشین زیان دیده با نهادهای مشابه

الف. قاعده اقدام

یکی از قواعد فقهی که سبب سلب یا کاهش میزان مسئولیت عامل زیان می‌شود، قاعده اقدام است. قاعده اقدام که از آن در کتب فقهی عمدتاً با عنوان یکی از مسقطات ضمان یاد می‌شود به این معنی است که هنگامی که شخصی اقدام به اسقاط احترام مال خود می‌کند و بدون دریافت عوض، مالش را در معرض تلف قرار می‌دهد، مسئولیت دیگران نسبت به آن مال ساقط می‌شود. در واقع مالک نمی‌تواند هنگامی که اقدام به تلف مال خود می‌کند، انتظار جبران خسارت از دیگران داشته باشد زیرا سبب مسئولیت این است که اموال اشخاص احترام دارد و هنگامی که شخصی به دست خود این احترام را ساقط می‌کند هیچ مبنا و دلیلی برای ضمان وجود ندارد.

در فقه موارد زیادی وجود دارد که هنگامی که شخص زیان دیده اقدام به اضرار به خود کرده، حکم به عدم ضمان داده شده است. به عنوان نمونه هنگامی که شخص عاقلی با دیوانه یا صغیر معامله می‌کند و مال خود را در اختیار آن‌ها قرار می‌دهد، اگر اقدام دیوانه یا صغیر منجر به تلف آن مال شود، آن‌ها مسئولیتی در مقابل صاحب مال ندارند زیرا در این حالت مالک اقدام به اضرار به خود کرده است.^۱ از این قاعده که در متون قانونی نیز راه یافته است (از جمله ماده ۱۱۴ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳^۲ و مواد ۳۳۱ و ۳۴۶ و تبصره ماده ۳۵۵ قانون مجازات اسلامی قدیم) می‌توان چنین استنباط کرد که هرگاه شخصی با وجود امکان کاهش یا جلوگیری از افزایش خسارت، اقدامی نماید که موجب ضرر به خود شود، خودش مسئول شناخته می‌شود نه عامل زیان.

در بیان شباهت قاعده اقدام با وضعیت پیشین زیان دیده می‌توان به کارکرد مشابه هر دو اشاره کرد. در واقع، مهم‌ترین اثر قاعده اقدام، حذف یا تحدید مسئولیت عامل زیان است؛ اثری که می‌تواند با وضعیت پیشین زیان دیده مشترک باشد. اما صرف نظر از این

^۱. برای دیدن مصادیقی از اجرای این قاعده در فقه: الطهوری، الشیخ صادق، محصل المطالب فی تعلیقات المکاسب، ج ۲، ص ۶۱۸ (در خیار غبن)؛ سید خویی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۷۵ (در غرر)؛ نایینی، المکاسب و البیع، ج ۲، ص ۱۴۴ (در معامله فضولی)؛ محقق بحرانی، الحقائق النضره، ج ۲۲، ص ۳۴۰ (در هبه).

^۲. این ماده مقرر می‌دارد: «در صورتی که متصدی حمل و نقل ثابت نماید فوت یا صدمات بدنی بر اثر تقصیر یا غفلت خود مسافر بوده و یا عمل مسافر در وقوع آن تأثیر داشته، دادگاه بر حسب مورد متصدی حمل را کلاً و یا جزئاً از مسئولیت بری خواهد کرد».

نکته، آنچه اشتراک این دو را بیشتر می‌کند توجه به این نکته است که کلمه اقدام شامل دو معنا است: نخست اینکه شخصی اقدام به ضرر به خود کند یعنی فعل مثبتی را انجام دهد و مورد دوم زمانی است که شخصی با عدم انجام فعلی موجب ورود ضرر به خود شود (ترک فعل). در اینکه فعل مثبت مشمول قاعده اقدام می‌شود تردیدی نیست و این امر از معنای لغوی کلمه «اقدام» نیز استخراج می‌شود. اما در شمول ترک فعل یا فعل منفی اختلاف نظر وجود دارد. به نظر می‌رسد هرچند فقها در اکثر موارد اقدام را در معنای مثبت به کار برده‌اند اما منعی ندارد که اقدام شامل ترک فعل نیز بشود چه آنچه سبب اسقاط ضمان می‌شود، اسقاط احترام مال از جانب مالک است. این مبنا را اگر بتوان با ترک فعل نیز استنباط کرد دلیلی بر تحدید قاعده اقدام به فعل مثبت نیست.^۱ اگر این تحدید پذیرفته نشود، شباهت قاعده مورد بحث با وضعیت پیشین زیان دیده بیشتر می‌شود چه همان‌طور که در وضعیت پیشین، زیان دیده مرتکب فعلی نمی‌شود، در قاعده اقدام نیز ضرورتاً لزومی به انجام فعلی مثبت از طرف زیان دیده نیست. اما حقیقت آن است که در فرض اجرای قاعده اقدام، خود زیان دیده با عملکرد خود در تحقق عنصر مادی (فعل زیان‌بار)، به صورت فعال نقش دارد اما در بحث حاضر زیان-دیده نقشی منفعل در مرحله عنصر مادی دارد و تنها به‌خاطر وضعیتی که از پیش گرفتار آن بوده، تردیدهایی در مسئولیت عامل زیان ایجاد می‌شود. در واقع، در فرضی که زیان دیده با فعل یا ترک فعل خود، در ایراد ضرر به خود مشارکت داشته، تردید کمتری در پذیرش تحدید مسئولیت عامل زیان پیش می‌آید، اما این تحدید مسئولیت به‌خاطر وضعیتی که زیان دیده از پیش دچار آن بوده و در ایجاد آن نقشی نداشته است، بیشتر محل چالش است.

ب. اثر خطای زیان دیده

برخی از نویسندگان موقعیت زیان دیده‌ای را که در جهت کاهش زیان خود اقدام ننموده یا با خطای خود خسارت وارده را تشدید کرده است با نهاد فوق مقایسه کرده-اند.^۲ صرف‌نظر از اینکه هر دو در راستای تحدید حق مطالبه خسارت زیان دیده هستند، آنچه این دو نهاد را به یکدیگر نزدیک می‌سازد این است که در هر دو زیان دیده نیز ایفای نقش می‌کند و در واقع عامل زیان در بحث مسئولیت، بدون همراه نیست. در فرض اجرای قاعده مورد بحث، تقصیر زیان دیده با تقصیر عامل زیان در ایراد خسارت

^۱. جنیدی، همان، صص ۵۵ تا ۶۰.

^۲. Hugh Beale, Chitty on Contracts, 30th Edition, Vol. 1, Sweet & Maxwell, p. 115.

ترکیب می‌شود به‌نحوی که تقصیر وی تنها عامل ورود خسارت نیست بلکه تقصیر زیان‌دیده نیز در ورود خسارت نقش داشته است.^۱ اما در وضعیت پیشین زیان‌دیده می‌توان گفت که مبنای عدم استحقاق مطالبه زیان‌های قابل اجتناب از سوی زیان‌دیده، خطای وی در ایجاد این بخش از زیان‌ها نیست بلکه وضعیتی است که وی پیش از این دچارش بوده است.^۲

بنابراین آنچه فارق این دو نهاد به‌طور اصلی و اساسی است نوع نقش زیان‌دیده است؛ چه در حالی که در قاعده «اثر خطای زیان‌دیده» زیان‌دیده پیش یا هم‌زمان با ورود ضرر مشارکتی داشته است، در وضعیت پیشین زیان‌دیده، وی در ایراد ضرر به خود نقشی نداشته است.^۳ بلکه از آن روی در خصوص مسئولیت او بحث می‌شود که پیش از وقوع زیان، دچار وضعیتی بوده است.^۴

ج. وضعیت پیشین موضوع زیان در حقوق اموال

همان‌طور که ایراد صدمات جسمی با عنوان وضعیت پیشین زیان‌دیده قابل طرح است، این مسئله در ایراد خسارت به اموال نیز می‌تواند محل بحث قرار گیرد. برای مثال در مورد غصب، اگر مال مغضوب متعلق به «الف» در دست «ب» قرار بگیرد و دچار نقص و عیب شود و سپس در اختیار غاصب دوم، (ج) قرار بگیرد و در دست وی به عیب آن افزوده شود یا تلف شود، مسئولیت هریک به چه می‌زانی است؟

استادان حقوق در پاسخ این سؤال برآن‌اند که «هر گاه مال مغضوب در زمان تصرف یکی از غاصبان، نقص و عیبی پیدا کند سپس به دست دیگران برسد و تلف شود غاصبان بعد از او تنها ضامن مثل یا قیمت مال ناقصی هستند که غصب کرده‌اند و تفاوت قیمت بر عهده کسانی است که مال سالم را در دست داشته‌اند».^۵ به‌این ترتیب حتی در مورد غصب که اعمال سخت‌گیرانه اصول مسئولیت مدنی در مورد آن مشاهد می‌شود، تفکیک مسئولیت مورد توجه قرار گرفته است.

^۱. Gilbert Kodilinye, Commonwealth Caribbean Tort Law, Cavendish, 2002, p.453.

^۲. Ibid, p.469.

^۳. Thomas J. Miceli, Economics Of The Law, Oxford University Press, 1996, p.76; Anita Stuhmcke, Essential Tort Law, Cavendish, 2001, p.148.

^۴. Nicolette Priaux, Tort Law and the Unwanted Child in an Era of Choice, Cavendish, 2007, p. 91.

^۵. کاتوزیان، همان، ص ۴۵۶.

در اینجا خالی از لطف نیست که به ماده ۳۸۶ قانون تجارت اشاره شود. این ماده مقرر می‌دارد: «اگر مال‌التجاره تلف یا گم شود، متصدی حمل‌ونقل مسئول قیمت آن خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید تلف یا گم‌شدن مربوط به جنس خود مال‌التجاره یا مستند به تقصیر ارسال‌کننده یا مرسل‌الیه یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنان داده‌اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نمی‌توانست از آن جلوگیری کند». در واقع در مصداق اجرای این ماده، متصدی حمل‌ونقل در صورتی می‌تواند از مسئولیت تلف مال‌التجاره رهایی یابد که ثابت کند به دلیل وضعیتی که از پیش نصیب مال‌التجاره شده است، کالا تلف شده است.

۳-۱. بررسی فروض مختلف

در مورد صدمات وارد به جسم و مشخصاً در مصداق دیه، ارائه قاعده‌ای کلی مشکل است لذا به نظر می‌رسد در این زمینه باید فروض مختلف را از یکدیگر تفکیک نمود. حالت‌های زیر از جمله فروض قابل طرح است:

الف. آگاهی عامل زیان از خسارت قبلی زیان‌دیده

در این حالت، عامل زیان از خسارت قبلی زیان‌دیده (وضعیت پیشین زیان‌دیده) مطلع بوده است و باین‌حال، اقدام به ایراد ضرر به وی می‌نماید. برای مثال، «الف» می‌دانسته است که «ب» یک چشم خود را پیش از این از دست داده است و باوجود این آگاهی، اقدام به از بین بردن بینایی چشم سالم وی می‌نماید یا آنکه می‌دانسته که وی پیش از این دچار سکنه شده است و علی‌رغم این آگاهی، اقدامی می‌کند که با توجه به سکنه قبلی وی، سبب فوت وی می‌شود. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا آگاهی الف از زیان قبلی «ب» در مسئولیت وی تأثیر خواهد داشت یا خیر؟

در این زمینه باید گفت برخلاف مسئولیت کیفری که تمرکز بر واردکننده ضرر است، در مسئولیت مدنی، توجه بر خود ضرر است نه بر واردکننده زیان یا زیان‌دیده.^۱ به

^۱. ذکر این نکته لازم است که وضعیت پیشین زیان‌دیده نباید با قتل عمدی مندرج در بند (ج) ماده ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی قدیم مقایسه شود. نص فوق مقرر می‌دارد: «در مواردی که قاتل قصد کشتن ندارد و کاری را که انجام می‌دهد نوعاً کشنده نیست ولی نسبت به طرف بر اثر بیماری و پیری و یا ناتوانی یا کودکی و امثال آن‌ها نوعاً کشنده باشد و قاتل نیز به آن آگاه باشد قتل عمدی است». زیرا تنها تأثیر آگاهی در این حکم این است که قتل، عمد خواهد بود در حالی که در وضعیت پیشین زیان‌دیده، موضوع بحث، مسئولیت کیفری عامل زیان نیست بلکه بحث مسئولیت مدنی او مطرح است. برای بررسی بیشتر، ن.ک: خادم العموم، علی، «مسئولیت مطلق و مسئولیت مدنی»، مجله کانون وکلا، دوره اول،

تعبیر دیگر در مسئولیت مدنی دیدی عینی‌گرا وجود دارد. لذا نباید به این نکته توجه کرد که واردکننده زیان از چه خصوصیتی برخوردار است بلکه آنچه اهمیت دارد جبران ضرر واقع شده است؛ درحالی که در مسئولیت کیفری، تلقی شخصی‌گرا (تمرکز بر شخص واردکننده ضرر) وجود دارد.^۱ نتیجه منطقی پذیرش طرز تلقی عینی‌گرا در مسئولیت مدنی، لزوم جبران خود ضرر، صرف‌نظر از وارد کننده آن است.^۲ حال نه خصوصیات عامل زیان (ازجمله علم یا عدم علم وی) مؤثر است و نه طریق جبران آن و نیز تفاوتی نمی‌کند که آیا خود فرد ضرر وارده را جبران کند یا دیگری.

این نکته از قانون مجازات اسلامی قدیم نیز قابل استنباط است. همان‌طور که قبلاً اشاره شد براساس بند (ج) ماده ۲۰۶ ق.م.ا. قدیم قتل ازجمله در موردی عمدی است که: «قاتل قصد کشتن را ندارد و کاری را که انجام می‌دهد نوعاً کشنده نیست ولی نسبت به طرف بر اثر بیماری و یا پیری یا ناتوانی یا کودکی و امثال آن‌ها نوعاً کشنده باشد و قاتل نیز به آن آگاه باشد». «بیماری و یا پیری یا ناتوانی یا کودکی و امثال آن‌ها»، وضعیت پیشین زیان‌دیده است که آگاهی قاتل به این وضعیت، سوءنیت او را احراز می‌کند اما در بحث مسئولیت مدنی، این موضوع بی‌تأثیر است.

ب. تشدید خسارت زیان‌دیده یا تغییر ماهیت آن بر اثر عمل عامل زیان ؟

خسارتی که توسط عامل زیان بر فردی که خود از پیش، زیان دیده است وارد می‌شود می‌تواند به دو شکل باشد: گاه عامل زیان، میزان خسارت زیان‌دیده را تشدید می‌کند. برای مثال اگر فرد سابقاً ۳۰ درصد نابینایی داشته است، عامل زیان، میزان نابینایی وی را به ۵۰ درصد افزایش می‌دهد یا اگر بینی وی دچار عارضه قبلی از قبیل فقدان حس بویایی بوده است، عامل حادثه آن را قطع می‌کند. گاه نیز عامل زیان ماهیت خسارت زیان‌دیده را تغییر می‌دهد. برای مثال فردی که یک چشم خود را از دست داده است و تنها از یک چشم سالم برخوردار است، با عمل عامل زیان، چشم دیگرش را نیز از دست می‌دهد؛ در اینجا ماهیت زیان زیان‌دیده تغییر کرده است، چه حالت وی از بینایی به

خرداد و تیر ۱۳۳۳، ش ۳۸، صص. ۵۹-۵۷؛ حسینی نژاد، حسینقلی، مسئولیت مدنی، پخش فرهنگی و دانشگاهی شهید بهشتی، ۱۳۷۰، ص ۱۳.

^۱. ممکن است گفته شود که مواد ۳۲۴ و ۳۲۵ و ۳۲۶ قانون مدنی در باب غصب ازجمله مواردی هستند که علم و جهل مشتری را در مسئولیت او مؤثر می‌دانند. اما باید گفت بحث حاضر در حقیقت منحصر به مسئولیت مدنی به معنای اخص است. این درحالی است که در این مواد، بحث مسئولیت قراردادی بایع در مقابل مشتری مطرح است.

^۲. ژوردن، همان، ص ۳۴.

نابینایی تغییر کرده است. بنابراین به نظر می‌رسد باید احکام متفاوتی را بر دو قسم فوق بار کرد.^۱

ج. ایراد خسارت اولیه توسط عامل انسانی یا عامل غیر انسانی؟

در صورتی که خسارت بر اثر عامل انسانی ایجاد شده باشد این فرض قابل طرح است که زیان دیده می‌توانسته به وی مراجعه کند و خسارت خود را جبران نماید. لذا رجوع وی به عامل زیان دوم برای مطالبه خسارت، در تضاد با اصل جبران کامل خسارات است. در حالی که در زمانی که خسارت توسط عامل غیر انسانی ایجاد شده باشد فرض فوق قابل اجرا نیست.

در حقوق کامن‌لا، بحث عمدتاً در مورد فرضی مطرح می‌شود که وضعیت پیشین زیان دیده بر اساس عامل انسانی به وجود آمده است و در این صورت است که در مورد میزان مسئولیت وی پس از ایراد ضرر از جانب عامل زیان دوم بحث شده است. بر همین اساس تصور می‌شود که این نظام حقوقی بیشتر متمرکز بر فرض فوق‌الذکر است. دو مثال زیر که برگرفته از یکی از کتب حقوقی نظام فوق است این نظر را تأیید می‌کند:

درآمد فردی که سالیانه ۴۰/۰۰۰ پوند بوده است بر اثر تصادف به ۱۵/۰۰۰ پوند کاهش می‌یابد. بر اثر تصادفی دیگر وی از کارافتاده می‌شود. آیا عامل تصادف دوم باید بر اساس ۴۰/۰۰۰ پوند خسارت بپردازد یا بر اساس ۱۵/۰۰۰ پوند.

^۱. در حقوق فرانسه نیز این تفکیک پذیرفته شده است. شعبه دوم مدنی دیوان عالی این کشور در ۱۹ ژوئیه ۱۹۶۶ چنین رأی داده است:

“... Qui avait entraîné la perte de l'autre œil, était la cause directe de sa totale définitive inaptitude au travail peuvent donc évaluer l'incapacité résultant de cet accident à 100% sans faire de discrimination entre l'incapacité préexistante et celle résultant directement de l'accident.”

بر اساس این رأی در موردی که چشم راست شخصی از قبل نابینا بوده است و در پی حادثه شکار، چشم چپ او نیز نابینا شده است، واردکننده زیان، مسئول نابینایی قربانی به میزان ۱۰۰ درصد شناخته شده است. استدلال دیوان عالی کشور فرانسه این بوده است که شخصی که تنها چشم قربانی را نابینا ساخته است سبب مستقیم نابینایی کامل او و به تبع آن، سبب ناتوانی مسلم او در انجام کار تلقی می‌شود. بنابراین مسئول جبران خسارت نابینایی او به صورت کامل است نه به اندازه یک چشم.

Available at:
<http://www.juricaf.org/arret/FRANCECOURDECASSATION19660719JURITEXT00006972876>

ورزشکاری با درآمد بسیار در یک حادثه رانندگی مجروح شده و هر دو پایش را از دست می‌دهد. شش ماه بعد فردی به روی صورت وی اسید می‌پاشد و وی را نابینا می‌سازد. حال عامل زیان دوم بر اساس چه میزانی باید مکلف به جبران خسارت باشد.^۱

۲. تبیین حکم

۲-۱. بررسی حکم در حقوق فرانسه و انگلیس

بر مبنای رویه قضایی موجود در فرانسه، تا زمانی که وضعیت پیشین زیان دیده پنهان باشد و نماد بیرونی نداشته باشد (مانند وضعیت ستون فقرات، نارسایی قلبی و به طور کلی تر، سلامتی شکننده یا ضعف جسمی) اصل جبران کامل خسارت از کاهش غرامت او جلوگیری می‌کند. بر این اساس تا زمانی که بیماری تنها به واسطه کنش زیان بار آشکار شده یا پدید آمده باشد مسئول باید خسارت را به صورت کامل جبران کند، حتی اگر مسلم باشد که این خسارت در صورت فقدان زمینه‌های قبلی که در زیان دیده وجود داشت پدید نمی‌آمد یا بدون آن، چنین شدتی نمی‌داشت. در فرانسه در آرای دیوان - عالی کشور، مباشر جرم موظف است که زیان ناشی از جرم را به طور کامل جبران کند. لذا نمی‌تواند به وضعیت پیشین زیان دیده استناد کند (شعبه کیفری، ۱۴ ژوئن ۱۹۹۰) همچنین اگر زخم‌های پدید آمده بواسطه حادثه، یک آسیب دیدگی نهفته در زیان دیده را آشکار کرده و روند پیشرفت بیماری مرگ بار را که زیان دیده دچار آن بود اما تا آن زمان بروز نکرده بود شتاب بخشیده باشد، قضات می‌توانند حکم دهند که میان حادثه و مرگ بعدی زیان دیده رابطه سببیت برقرار است. (شعبه دوم مدنی، ۱۳ ژانویه ۱۹۸۲).^۲ اما هنگامی که وضعیت بیمارگونه پیشین، حاصل آسیبی باشد که زیان دیده در گذشته متحمل آن شده باشد و به صورت یک عارضه ثابت و تثبیت شده درآمد باشد و حادثه، تنها آن را تشدید کرده باشد، در این صورت مسئله تفاوت پیدا می‌کند زیرا طبیعی است که مسئول باید تنها خساراتی را که به بار آورده است جبران کند. به عنوان مثال، اگر زیان دیده پیش از حادثه دچار ناتوانی دائمی جزئی به میزان ۳۰٪ بود و پس از حادثه، میزان آن به ۸۰٪ رسید در این صورت مسئول تنها باید ۵۰٪ از این ناتوانی را جبران کند. با وجود این اگر خوانده، نه تنها ناتوانی پیشین را تشدید کرده بلکه «ماهیت ناتوانی پیشین را به کلی دگرگون کرده باشد» زیان دیده حق دارد که از مسئول بخواهد

^۱ . Ian Yeats, Law of Tort, The University of London Press, 2005, p. 39.

^۲ . ژوردن، همان، ص. ۲۲۱.

که خسارت ناشی از ناتوانی جدید را به‌طور کامل جبران کند. مثلاً اگر فرد یک‌چشمی در حادثه‌ای به‌طور کامل نابینا شود، این حق را پیدا می‌کند که از خواننده بخواهد که خسارت نابینایی کامل او را جبران کند. همان‌طور که اشاره شد، یکی از آرای دیوان-عالی کشور فرانسه معتقد است: «هنگامی که شخص یک‌چشم، در پی حادثه شکار نابینا می‌شود، نابینایی ناشی از حادثه ممکن است به اندازه ۱۰۰٪ ارزیابی شود و نابینایی پیشین مد نظر قرار نگیرد. (شعبه دوم مدنی، دیوان‌عالی کشور ۱۹ ژوئیه ۱۹۶۶).^۱

در حقوق کامن‌لا بحث وضعیت پیشین زیان‌دیده با این پرسش مطرح شده است که اگر اتومبیلی با شخصی برخورد نماید و سبب ضربه مغزی او شود و سپس کاشف به عمل آید که مجموعه وی دارای پوست نازکی بوده است، آیا خواننده مسئول است؟ یا اگر شخصی با مشت، ضربه‌ای به دیگری زده و او دارای قلبی ضعیف بوده به‌حدی که متحمل لطمات زیادی شود آیا می‌توان گفت خواننده مسئولیت ندارد یا مسئولیت او کمتر است؟ به عبارت دیگر آیا خواننده می‌تواند به این استدلال توسل جوید که اگر زیان‌دیده مجموعه غیرعادی یا قلبی غیرمعمولی نداشت به او خسارتی وارد نشده یا خسارت کمتری وارد می‌شد؟

«طبق یک اصل موسوم به مجموعه پوست تخم‌مرغی،^۲ خواننده نمی‌تواند دفاع نماید که اگر متضرر، شخص عادی با مجموعه عادی و قلب معمولی بود خسارت وارد نمی‌شد یا خسارت کمتری وارد می‌شد. طبق این قاعده، لزومی ندارد خصوصیات زیان‌دیده برای فاعل فعل زیان‌بار قابل پیش‌بینی باشد».^۳ به نظر می‌رسد دو فرض را باید از یکدیگر تفکیک کرد: نخست موردی است که اگر وضعیت پیشین نمی‌بود اصلاً زیانی وارد نمی‌شد. در این مورد به نظر می‌رسد که پیش‌بینی خصوصیات زیان‌دیده برای مسئول-دانستن عامل زیان ضروری است. شاید این مورد از جمله معدود مواردی است که می‌توان گفت رابطه سببیت بین وضعیت پیشین زیان‌دیده و ورود ضرر، قوی‌تر از فعل عامل زیان است. فرض دوم موردی است که حتی بدون وجود وضعیت پیشین، خسارت باز هم وارد می‌شد اما وجود این وضعیت پیشین، خسارت را تشدید کرده است. در این مورد باید گفت «اولاً، به فرض هم که طبق نظر برخی، پیش‌بینی زیان‌دیده ضروری

^۱. همان.

^۲. The Egg-shell Skull Principle

^۳. یزدانیان، همان، ص ۳۰۷.

باشد، پیش‌بینی مقدار و میزان خسارت لازم نیست. چنین مواردی که خوانده نمی‌توانسته پیش‌بینی کند که به‌عنوان مثال از ضربه مشت او به علت ضعف قلب متضرر، خسارت زیادی به او وارد خواهد شد، مسئله‌ای است که به میزان ضرر ارتباط دارد که عدم پیش‌بینی میزان خسارت اصولاً دفاعی برای خوانده محسوب نمی‌شود. ثانیاً، از این میان، زیان‌دیده که دست تقدیر، او را ناقص‌الخلقه و دارای ساختار فیزیکی غیرعادی نموده، بیشتر سزاوار تحمل خسارت است یا فاعل فعل زیان‌بار که مرتکب تقصیر شده است؟ آیا معافیت مقصر از مسئولیت به معنای سوءاستفاده از خلقت ناقص دیگران نیست؟^۱

۲-۲. بررسی حکم در فقه

در فقه این عقیده رایج است که در صورتی که عمل عامل زیان، سبب تغییر ماهیت خسارت زیان‌دیده شود، عامل زیان مکلف به پرداخت کل خسارت می‌شود؛ یعنی نه تنها وضعیت پیشین زیان‌دیده سبب معافیت عامل زیان نخواهد شد، بلکه سبب افزایش مسئولیت وی نیز می‌شود؛ این در حالی است که اگر با فعل عامل زیان، خسارت زیان‌دیده افزایش یابد، وی تنها مکلف به جبران میزان خسارتی است که بر اثر عمل خود ایجاد کرده است نه تمام خسارت. برای مثال اگر تنها یک چشم زیان‌دیده بینا باشد اما دچار حالاتی نظیر ضعف و بیماری و شب‌کوری یا لوچی باشد بر اساس قول مشهور در فقه، از بین بردن این چشم سبب تحقق دیه کامل می‌شود.^۲ در توجیه این سخن می‌توان گفت که وضعیت چشم (هرچند ضعیف یا بیمار یا ... بوده است) از حالت بینایی به نابینایی تبدیل شده است (تغییر ماهیت وضعیت پیشین زیان‌دیده). بنابراین وضعیت پیشین چشم زیان‌دیده از حیث ضعف و بیماری و شب‌کوری یا لوچی از نظر

^۱. پیشین، ص ۳۰۸.

^۲. هندی، فاضل، کشف اللثام، ج ۱۱، منشورات مکتبه آیه‌الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۵، صص ۳۲۹ - ۳۳۰؛ ابن‌العلامة، إيضاح الفوائد، ج ۱، المطبعة العلمية، ۱۳۸۹، ص. ۶۸۷؛ حلی، العلامة، قواعد الأحكام، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۳، صص ۶۷۱ - ۶۷۰: «فی کل عین بصیره نصف الدیه. و تستوی الصحیحه و العمشاء، و الحولاء و الجاحظه. و فی العینین کمال الدیه. و الأخفش و الأعشی و الأرمء و الأجهر و الأعمش کالصحیح»؛ طباطبائی، علی، ریاض المسائل، ج ۱۴، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۲، ص. ۲۴۴: «و إطلاق النص و الفتوی یقتضی عدم الفرق فی ذلک بین کون العین صحیحه أو حولاء أو عمشاء ضعیفه البصر مع سیلان دمعها فی اکثر أوقاتها أو جاحظه عظیمه المقله أو جهری لا تبصر فی الشمس أو رمداء أو غیرها، و بذلک صرح جماعه، قالوا: أما لو کان علیه بیاض، فإن بقی معه البصر تاماً فکذلک».

فقها بی تأثیر است. این درحالی است که اگر عامل زیان سبب نقصان بینایی (تشدید وضعیت پیشین زیان دیده) شود سهمی از دیه کاسته خواهد شد.^۱ اما این حکم در تمامی مصادیق اجرا نشده است. برای مثال، این فتوا غالباً دیده شده است که اگر کسی فاقد حس شنوایی یکی از گوش‌ها باشد، کرکردن گوش سالم او نصف دیه دارد. این درحالی است که در مورد فوق نیز کرکردن گوش سالم فردی که گوش دیگرش فاقد حس شنوایی بوده است به معنای تغییر ماهیت خسارت وی از شنوایی به ناشنوایی است. پس آیا نباید عامل زیان را به جبران تمام خسارت (پرداخت دیه کامل) مکلف کرد؟ اما عمده‌تأ فقها تنها پرداخت نصف دیه را کافی دانسته‌اند.^۲ این سخن بدان معنا است که از دیدگاه اینان تغییر ماهیت خسارت، قاعده‌تأ نمی‌تواند سبب تشدید مسئولیت عامل زیان باشد.^۳

همچنین این فتوا در برخی از کتب فقهی دیده شده است که دیه هر کدام از دست‌ها نصف دیه کامل است. در این حکم نیز تفاوتی میان آنکه مجنی‌علیه دارای دو دست باشد یا یک دست و دست دیگر را خلقتاً یا در اثر سانحه‌ای از دست داده باشد، قائل نشده‌اند.^۴ حتی برخی از فقها با تکیه بر اجماع و اخبار و اصل برائت ذمه، صراحتاً حکم به پرداخت نصف دیه کرده‌اند، حتی اگر دست دیگر فرد، پیش از این در جهاد از بین رفته باشد.^۵

۱. طباطبائی، همان، ص. ۲۴۴: «ولو نقص، نقص من الدیه بحسابه و یرجع فیہ الی رأی الحاکم»، طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالکتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ه. ق.، ص. ۷۶۵.

۲. حلبی، أبو الصلاح، الکافی للحلبی، مکتبه الإمام أمیر المؤمنین علی (ع)، بی‌تا، ص. ۳۹۷: «و فی قطع الأذنین الدیه کامله، و فی قطع إحدىهما نصف الدیه»، حلبی، محقق، المختصر النافع، قسم الدراسات الإسلامیه فی مؤسسه البعثة، ۱۴۱۰، ص. ۳۰۲: «و فی السمع دیه. و فی سمع کل أذن نصف الدیه»

۳. در فقه در همین مصداق در برخی از اقوال میان عامل انسانی و غیر انسانی تفاوت قائل شده‌اند: طوسی، ابن حمزه، الوسيله، خیام، ۱۴۰۸، ص. ۴۴۵: «و إن ذهب السمع من أحد الأذنین بسبب من الله تعالى ففي الآخر الدیه کامله، و إن ذهب بسبب من الناس لم یتغیر حکم الآخر».

۴. أبو الصلاح، همان، ص. ۳۹۸: «و فی الیدین الدیه کامله، و فی إحدىهما نصف الدیه»، طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف، ج ۵، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷، ص. ۲۴۷: «إذا قطع إحدى الیدین من الکوع، وجب فیها نصف الدیه. و به قال جمیع الفقهاء».

۵. ن. ک: پیشین، صص ۲۵۱ - ۲۵۰: «من قطعت إحدى یدیه فی الجهاد و بقیة الأخری، فقطعها إنسان، کان فیها نصف الدیه. و به قال جمیع الفقهاء و قال الأوزاعی: کمال الدیه دیه الیدین. دلیلنا: إجماع الفرقه و أخبارهم، و أیضا الأصل براءة الذمه، و ما ذکرناه مجمع علیه، و ما قاله لیس علیه دلیل»، قمی، علی بن

علاوه بر تمییز فوق، بر اساس قول مشهور در فقه، برای تعیین میزان مسئولیت عامل زیان، باید عامل ایجادکننده وضعیت پیشین زیان دیده را نیز مورد بررسی قرار داد؛ بدین توضیح که اگر وضعیت پیشین زیان دیده بر اساس عامل انسانی ایجاد شده باشد، عامل زیان دوم، تنها مکلف به جبران زیانی خواهد بود که نتیجه عمل خودش بوده است و نسبت به وضعیت قبلی زیان دیده مسئولیتی نخواهد داشت اما اگر وضعیت پیشین زیان دیده در اثر عاملی غیرانسانی ایجاد شده باشد، عامل زیان دوم مسئول جبران کامل خسارت خواهد شد.^۱ برای مثال اگر فرد، یک چشم سالم و یک چشم نابینا داشته باشد، بسته به سبب نابینایی چشم وی، مسئولیت عامل زیان متفاوت خواهد بود. اگر علت نابینایی وی به تعبیری «جنایی» باشد عامل زیان تنها مکلف به پرداخت نصف دیه خواهد بود اما اگر علت نابینایی «غیرجنایی» باشد مسئولیت وی دیه کامل است.

حال این سؤال مطرح می شود که چرا با آنکه در هر دو حالت وضعیت زیان دیده یکسان است و در هر دو مورد، وی به طور کامل نابینا می شود، فقها برای این دو حالت، دو حکم متفاوت داده اند. اگرچه در ظاهر، دلیل عمده این حکم، اخبار و اجماع دانسته شده است^۲ اما شاید دلیل این تفاوت را بتوان بر اساس وجود عامل انسانی توجیه کرد. همان طور که پیش تر اشاره شد، در واقع این فرض تأسیس شده است که در صورتی که دلیل خسارت قبلی زیان دیده، عامل انسانی باشد، زیان دیده به وی رجوع کرده و خسارت خود را جبران کرده است. بنابراین رجوع وی به عامل زیان دوم برای خسارتی که قبلاً جبران شده است معنا نخواهد داشت. لذا وی تنها به میزان خسارتی که خود به عمل آورده مسئول است. اما وجود عامل غیر انسانی قاعداً به معنی عدم جبران خسارت است.

محمد، جامع الخلاف والوفاق، پاسدار اسلام، ص. ۵۷۱: «و فی الیدین الدیه کامله و فی إحدیهما نصف الدیه، و فی کل واحد من الساعدين أو العضدين نصف الدیه».

۱. اردبیلی، محقق، مجمع الفائده، ج ۱۴، مؤسسه النشر الإسلام، ۱۳۶۴ ش، صص ۳۶۴-۳۶۳؛ حلی، ابن فهد، الرسائل العشر، مطبعه سید الشهداء (ع)، صص ۳۰۹-۳۰۸؛ شهید ثانی، شرح اللمعه، ج ۱۰، مطبعه الآداب، ۱۴۱۰، صص ۴۰۴-۴۰۳؛ حلی، همان، ص. ۳۹۶؛ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، همان، صص ۷۶۶-۷۶۵: «و فی العین العوراء الدیه کامله، إذا كانت خلقه، أو قد ذهب فی آفه من جهة الله تعالی. فإن كانت قد ذهب و أخذ دیتها، أو استحق الدیه، وإن لم يأخذها، کان فیها نصف الدیه».

۲. حلی، ابن زهره، همان، ص. ۴۱۶: «بدلیل إجماع»؛ هندی، فاضل، همان، ص. ۳۲۹-۳۳۰: «للاخبار...».

با این حال این نکته بر تمایز فوق وارد است که صرف انسانی بودن عامل ورود زیان لزوماً به معنای جبران خسارت نیست چرا که ممکن است به دلایلی از جمله ناشناخته ماندن جانی، خسارت جبران نشده باشد. شاید از همین رو است که برخی از فقها با استناد به اطلاق روایات به لزوم دریافت دیه اشاره کرده اند.^۱ به هر حال تمایز فوق الذکر عمدتاً در مصداق چشم باقی می ماند و فراتر از آن نمی رود؛ چنان که می توان گفت که موردی استثنایی و تنها ناظر به دیه این عضو موارد همه موارد، دیه کامل به نابینا ساختن تنها چشم زیان دیده تعلق بگیرد، در حقیقت فلسفه قصاص و متنبه شدن است. دلیل دیگر این مسئله را می توان در فرض قصاص جستجو کرد چرا که اگر قرار باشد همیشه و در همه موارد، دیه کامل به نابینا ساختن تنها چشم زیان دیده تعلق بگیرد، در حقیقت فلسفه قصاص و متنبه شدن زیان دیده نادیده انگاشته می شود و مانند این است که زیان دیده بابت جنایتی که سابقاً مرتکب شده است متحمل هیچ هزینه ای نشده است.

۲-۳. بررسی حکم قانون مجازات اسلامی قدیم و جدید

برای درک موضع قانون مجازات اسلامی قدیم می توان به ماده ۳۷۷ این قانون اشاره کرد. این ماده در مقام بیان حالتی که با عمل عامل زیان ماهیت زیان دیده تغییر می کند مقرر می دارد:

«دیه چشم کسی که دارای یک چشم سالم و بینا باشد و چشم دیگرش نابینای مادرزاد بوده یا در اثر بیماری یا علل غیرجنایی از دست رفته باشد دیه کامل است و اگر چشم دیگرش را در اثر قصاص یا جنایتی از دست داده باشد دیه آن نصف دیه است».

ماده ۲۸۴ نیز بر بُعد کیفری موضوع و مفاد ماده فوق تکیه دارد؛ ماده ای که در آن قانونگذار به ترکیبی از حالت های دوم (تمایز میان تشدید و تغییر ماهیت زیان) و سوم (تمایز میان عامل انسانی و غیر انسانی) اشاره کرده است. این ماده مقرر می دارد:

^۱. ابن ابی جمهور الأحسائی، عوالی اللئالی، ج ۲، سید الشهداء، ۱۴۰۳، ص ۶۳۰. البته برخی دیگر صرف استحقاق دیه را مؤثر دانسته اند صرف نظر از آنکه فرد دیه ای اخذ کرده باشد یا خیر؛ شیخ طوسی، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، همان، صص ۷۶۶-۷۶۵: «فإن كانت قد ذهبت، وأخذ ديتها، أو استحق الدية، وإن لم يأخذها، كان فيها نصف الدية»؛ حلی، علامه، قواعد الأحكام، همان، ص. ۶۷۱: «وفي عين الأعور الصحيحة الدية كاملة إن كان العور خلقه، أو تجدد بأفه من الله تعالى. ولو كانت بجناية جان استحق أرشه، وإن لم يأخذها أو ذهب في قصاص فالنصف»؛ ابن العلامه، إيضاح الفوائد، همان، ص. ۶۸۷، حلی، العلامه، قواعد الأحكام، همان، صص ۵۸۵-۵۸۴.

«هرگاه شخصی که دارای دو چشم است چشم کسی را که فقط دارای یک چشم است درآورد مجنی علیه می تواند یک چشم جانی را قصاص کند و نصف دیه کامل را هم دریافت نماید، یا از قصاص یک چشم جانی منصرف شود و دیه کامل بگیرد مگر در صورتی که مجنی علیه یک چشم خود را قبلاً در اثر قصاص یا جنایتی که استحقاق دیه آن را داشته است از دست داده باشد که در این مورد می تواند یک چشم جانی را قصاص کند و یا با رضایت جانی نصف دیه کامل دریافت نماید».^۱

در تعیین حکم ماده فوق همان طور که گفته شد قانونگذار از ترکیب دو معیار استفاده کرده است:

نخست آنکه از بین بردن چشم فردی که تنها از یک چشم برخوردار است به معنای تغییر ماهیت خسارت است. به همین دلیل قانونگذار، عامل زیان را مکلف به پرداخت دیه کامل کرده است.^۲

دوم آنکه میان علت خسارت (جنایی یا غیرجنایی) تفاوت قائل شده است آنجا که مقرر می دارد: «اگر چشم دیگر زیان دیده نابینای مادرزاد بوده یا در اثر بیماری یا علل غیرجنایی از دست رفته باشد دیه کامل است و اگر چشم دیگرش را در اثر قصاص یا جنایتی از دست داده باشد، دیه آن نصف دیه کامل است».

استثنای مربوط به دیه چشم و تمایز میان عامل انسانی و غیرانسانی در قانون مجازات اسلامی جدید هم مورد توجه قرار گرفته است. ماده ۵۸۷ این قانون مقرر می دارد: «درآوردن و یا از بین بردن دو چشم بینا دیه کامل و هریک از آن ها نصف دیه دارد. چشم هایی که بینایی دارند در این حکم یکسانند هر چند میزان بینایی آن ها متفاوت باشد یا از جهات دیگر مانند شب کوری و منحرف بودن با هم فرق داشته باشند».

کندن و از بین بردن دو چشم بینا دیه کامل و هر یک از آن ها نصف دیه دارد. تمام چشم هایی که بینایی دارند در این حکم یکسانند هر چند میزان بینایی آن ها متفاوت بوده یا از جهات دیگر مانند شب کوری و لوچ بودن با هم فرق داشته باشند». متعاقب آن، ماده ۵۸۸ این قانون مقرر می دارد: «درآوردن و یا از بین بردن چشم بینای کسی که فقط یک چشم بینا دارد و چشم دیگرش نابینای مادرزادی و یا به علل غیرجنایی از بین رفته باشد موجب دیه کامل است لکن اگر چشم دیگرش را در اثر قصاص یا

۱. مضمون ماده فوق قول مشهور در فقه نیز هست. اردبیلی، محقق، مجمع الفائدة، همان، صص ۳۶۴ -

۳۶۳، حلی، ابن فهد، همان، صص ۳۰۹ - ۳۰۸.

۲. حلی، علامه، مختلف الشیعه، ج ۹، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵، صص ۳۶۴. ۳۶۲: «لأن الجانی أذهب جمیع بصره».

جنایتی که استحقاق دیه آن را داشته است از دست داده باشد دیه چشم بینا، نصف دیه کامل می‌باشد».

نکته دیگر این است که با توجه به اینکه قانونگذار عامل جنایی را مؤثر دانسته است این پرسش مطرح می‌شود که اگر سبب از بین رفتن یک چشم، آسیبی باشد که خود فرد به یک چشم خود وارد آورده است آیا عامل زیانی که چشم سالم وی را از بین برده است باید یک دیه کامل را بپردازد؟ امری که از نظر برخی از فقها مغفول نمانده است و صدمه واردآمده توسط خود فرد را ملحق به عامل جنایی کرده‌اند.^۱ به نظر می‌رسد بر مبنای قاعده اقدام نباید فرد را مستحق دیه کامل دانست.

سؤال دیگری که مطرح می‌شود این است که در صورتی که عامل زیان، خود دارای یک چشم بوده و مجنی‌علیه تصمیم به قصاص او بگیرد آیا فروض فوق جاری است؟ به نظر می‌رسد پاسخ منفی است به این معنا که چشم عامل زیان سابقاً به هر علتی اعم از جنایی یا غیرجنایی نابینا شده باشد، به قصاص چشم دیگرش هرچند موجب نابینایی کامل او شود، دیه تعلق نمی‌گیرد. ماده ۲۸۳ قانون مجازات اسلامی قدیم پاسخ این سؤال را چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه شخصی یک چشم کسی را کور کند یا درآورد قصاص می‌شود گرچه جانی بیش از یک چشم نداشته باشد و چیزی به‌عنوان دیه به او داده نمی‌شود». ماده ۴۰۲ قانون مجازات اسلامی جدید نیز مقرر می‌دارد: «اگر شخصی یک چشم کسی را درآورد یا کور کند، قصاص می‌شود، گرچه مرتکب بیش از یک چشم نداشته باشد و دیه‌ای به وی پرداخت نمی‌شود. این حکم در مورد همه اعضای زوج بدن جاری است». ممکن است گفته شود دلیل این مقرر که مبنای آن اجماع فقها است^۲ این است که زیان‌دیده نباید در احقاق حق خود با مانعی مواجه شود و پرداخت مبلغی به‌عنوان دیه به او تحمیل شود. همچنین ممکن است گفته شود عامل زیان، خود باعث ورود زیان بوده و باید قصاص شده و تبعات «اقدام» خود را تحمل کند به این معنا که اعمال قاعده اقدام در اینجا نیز مصداق دارد. اما باید گفت که به حکم

^۱. حلبی، أبو‌الصلاح، همان، ص. ۳۹۶.

^۲. (و یثبت القصاص فی العین) بلا خلاف ولا إشکال (ولو کان الجانی أعور خلقه) أو بأفه سماویة أو بجنایة، لعموم الأدلة (وإن کان لو اقتصر منه (عمی، فإن الحق أعماه) قال محمد بن قیس [۱]: قلت لأبی جعفر (علیه السلام): أعور فقاً عین صحیح قال: تفقاً عینه، قال: قلت: یبقی أعمی، قال: الحق أعماه) وفي مرسله أبان عن أبی عبد الله (علیه السلام) (سألت عن أعور فقاً عین صحیح متعمداً، قال: تفقاً عینه، قلت: فیکون أعمی، قال: الحق أعماه) والسند متجبر بالاتفاق ظاهراً علیه، بل عن الخلاف إجماع الفرقه وأخبارها. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۴۲، ص ۳۶۷.

این مواد انتقاد وارد است چرا که اگر نابینایی کامل در مورد زیان دیده یک چشم، دیه کامل دارد و میان عامل جنایی و غیرجنایی نابینایی سابق او تفکیک گذاشته می شود چرا عامل زیان در صورت قصاص شدن و نابینایی کامل به علت قصاص، باید از دریافت دیه محروم بماند و چرا این تفکیک نباید در مورد عامل زیان رعایت شود؟ حق بود که قانونگذار، نیمی از دیه را در ازای نابینایی کامل او مقرر می داشت چرا که درست است که زیان دیده، تنها چشم و تنها یک چشم او را قصاص کرده است اما در حقیقت کارکرد دو چشم را از او سلب کرده است. نمونه الزام زیان دیده به پرداخت زیان عامل زیان در حقوق ایران بی سابقه نیست از جمله می توان به پرداخت نصف دیه مرد قاتل در مورد مقتول زن از سوی خانواده زن جهت اجرای حکم قصاص اشاره کرد. کاربرد قاعده اقدام نیز در این مسئله مورد تردید است چرا که همان طور که قبلاً اشاره شد در موردی که زیان دیده - در این فرض، عامل زیان - با فعل یا ترک فعل خود، در ایراد ضرر به خود مشارکت داشته، تردید کمتری در پذیرش تحدید مسئولیت عامل زیان - در این فرض، زیان دیده قصاص کننده - پیش می آید، اما این تحدید مسئولیت به خاطر وضعیتی که زیان دیده - عامل زیان - از پیش دچار آن بوده و در ایجاد آن نقشی نداشته است، بیشتر محل چالش است و بر فرض هم که اعمال قاعده اقدام پذیرفته شود عامل زیان تا حد اقدام خود باید مجازات شود نه بیش از آن. بنابراین احقاق حق زیان دیده نباید باعث خسارت بیش از حد او شده و او را دچار نابینایی کامل کند. همچنین تفکیک جنایی و غیرجنایی بودن علت نابینایی سابق، باید در مورد عامل زیان نیز رعایت شود. بنابراین اگر یک چشم عامل زیان سابقاً به دلیل جنایی از بین رفته باشد در موقع قصاص چشم دیگرش، مستحق دریافت نصف دیه نیست اما اگر چشم او سابقاً به دلیل غیرجنایی از بین رفته باشد، در موقع قصاص چشم دیگرش، مستحق دریافت نصف دیه است و شاید در این مورد است که بتوان اعمال قاعده اقدام را پذیرفت.

به این ترتیب به نظر می رسد در صورت تغییر ماهیت خسارت، عامل زیان مکلف به پرداخت کل خسارت می شود اما در حالت تشدید خسارت، وی تنها مکلف به جبران میزان خسارتی است که بر اثر عمل وی ایجاد شده است نه تمام خسارت. تأیید طرز تلقی فوق مبنی بر تمایز میان تشدید و تغییر خسارت را در مواد دیگری نیز می توان سراغ گرفت.

برای مثال ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی قدیم مقرر می دارد: «از بین بردن دو چشم سالم موجب دیه کامل است و دیه هر کدام از آن ها نصف دیه کامل خواهد بود.

تبصره - تمام چشم‌هایی که بینایی دارند در حکم فوق یکسانند گرچه از لحاظ ضعف و بیماری و شب‌کوری و لوچ‌بودن با یکدیگر فرق داشته باشند».

اما همان‌طور که گفته شد، متأسفانه قانونگذار از این تمایز منطقی میان تشدید و تغییر خسارت در مصداقی دیگر پیروی نکرده است. ماده ۴۵۰ قانون مجازات اسلامی قدیم مقرر می‌دارد:

«هرگاه کسی فاقد حس شنوایی یکی از گوش‌ها باشد کرکردن گوش سالم او نصف دیه دارد». حکم این ماده که ریشه آن را باید در کتب فقهی جستجو کرد،^۱ بدان معنا است که از نظر مقنن، تغییر ماهیت خسارت نمی‌تواند سبب تشدید مسئولیت عامل زیان باشد. ماده ۴۱۸ این قانون نیز در مصداقی دیگر حکم ماده ۴۵۰ را تکرار می‌کند: «ازبین‌بردن مجموع دو دست تا مفصل مچ، دیه کامل دارد و دیه هر کدام از دست‌ها نصف دیه کامل است خواه مجنی‌علیه دارای دو دست باشد یا یک دست و دست دیگر را خلقتاً یا در اثر سانحه‌ای از دست داده باشد». ^۲ ماده ۶۳۵ قانون مجازات اسلامی جدید نیز مفاد ماده فوق را تکرار کرده و مقرر می‌دارد: «قطع کردن و یا ازبین‌بردن هریک از دست‌ها از مفصل مچ به شرط آنکه دارای انگشتان کامل باشد، موجب نصف دیه کامل است خواه مجنی‌علیه دارای دو دست و خواه به هر علت دارای یک دست باشد». بر اساس ماده ۴۲۸ قانون قدیم، حکم ماده ۴۱۸ در مورد پا نیز جاری است.^۳ ماده ۵۷۶ و ماده ۵۷۷ قانون مجازات اسلامی جدید نیز به ترتیب، دیه کندن و ازبین‌بردن موی سر مرد یا زن را دارای دیه کامل می‌دانند بدون آنکه میان موی کم‌پشت و پرپشت فرقی قائل باشند. بنابراین، در این موارد نیز قانونگذار به وضعیت پیشین توجهی نکرده است. اما در ماده ۵۸۲ آمده است: «اگر مقداری از موی سر، ریش و ابرو پیش از جنایت ازبین رفته باشد، زائل کردن باقی‌مانده آن‌ها، حکم ازبین‌بردن قسمتی از مو را دارد».

^۱. حلبی، ابوالصلاح، همان، ص. ۳۹۷: «و فی قطع الأذنین الدیه کامله، و فی قطع إحدیهما نصف الدیه».

حلی، محقق، المختصر المنافع، همان، ص. ۳۰۲: «و فی السمع دیه. و فی سمع کل أذن نصف الدیه».

^۲. الشیخ الطوسی، الخلاف، همان، صص ۲۵۱ - ۲۵۰.

^۳. در فقه به‌طورمستقل از دیه پا سخن گفته‌اند: حلی، محقق، همان، ص. ۳۰۱، حلبی، ابوالصلاح، همان، ص. ۳۹۸: «و فی الرجلین الدیه کامله، و فی إحدیهما نصف الدیه».

ملاحظه می‌شود که مواد فوق نیز نه تنها برای تغییر ماهیت خسارت (از دست دادن هر دو دست) اهمیتی قائل نشده بلکه میان اسباب ایراد خسارت اولیه نیز تفاوتی قائل نشده‌اند.

باین حال قابل ذکر است که در مورد عدم لحاظ ملاک تغییر ماهیت خسارت در ماده فوق تردید روا است زیرا فی الواقع در این مورد نمی‌توان گفت که حالت زیان دیده تغییر یافته است.

به این ترتیب به نظر می‌رسد از دیدگاه قانونگذار، تشدید مسئولیت عامل زیان از باب وضعیت پیشین زیان دیده، در مصداق چشم، امری استثنایی است^۱ و در سایر موارد، این وضعیت پیشین در تخفیف مسئولیت او مؤثر است. هر چند شاید دقیق‌تر آن باشد که گفته شود در مواردی مانند گوش ناشنوا و بینی فاقد حس بویایی و... در حقیقت این وضعیت پیشین، در تخفیف مسئولیت عامل زیان مؤثر نیست و واردکننده زیان طبق قواعد عام مسئولیت مدنی به اندازه زیانی که وارد آورده است مسئول جبران خسارت است مگر اینکه قائل باشیم که ناشنوا شدن گوش دوم در حقیقت خسارتی فراتر از ناشنوا شدن یک گوش به بار می‌آورد و همان‌طور که گفته شد این مسئله به معنای تغییر وضعیت زیان دیده و به تبع، تغییر ماهیت خسارت از شنوایی به ناشنوایی است که در این صورت می‌توان قائل به تأثیر این وضعیت پیشین، در تخفیف مسئولیت عامل زیان از منظر قانونگذار شد. از این موارد پراکنده می‌توان نتیجه گرفت که قانونگذار در مورد تغییر ماهیت، تشدید مسئولیت را فقط در موردی استثنایی -زیانی که منجر به نابینایی کامل زیان دیده می‌شود- پذیرفته است و در سایر موارد تغییر ماهیت، -از جمله زیانی که منجر به ناشنوایی کامل زیان دیده می‌شود- از قواعد عام مسئولیت مدنی پیروی کرده و این وضعیت پیشین را در تشدید مسئولیت عامل زیان مؤثر ندانسته است. از سوی دیگر، قانونگذار در مورد تشدید وضعیت پیشین زیان دیده از سوی عامل زیان، مسئولیت را به میزانی که وضعیت زیان دیده از قبل غیرطبیعی بوده است کاهش داده است. در هر حال، در نهایت می‌توان گفت که با توجه به لزوم تفسیر مضیق موارد

۱. در فقه نیز مورد چشم امری استثنایی است: حلی، العلامة، تحریر الاحکام، همان، صص ۵۹۳ - ۵۹۲: «و فی الید الشلاء ثلث دیه الید الصحیحه، و فی الیدین ثلث دیه النفس، ولا تجب الدیه بکمالها، و فی روایه تجب الدیه أجمع والمشهور الأول. ولو قطع ید أقطع أو رجل أقطع فله نصف الدیه، أو القصاص من مثلها إن کان عمداً، سواء کان ذهاب الید الأخری بأفه من الله تعالی، أو بجنایه جان، أو فی سبیل الله، وکذا فی أذن من قطعت أذنه، أو منخر من قطع منخره، و لا یجب فیه أكثر من نصف الدیه وإن کان ذاهباً من قبل الله تعالی.»

استثنایی از جمله مورد استثنایی چشم، هر جا تردید ایجاد شود که آیا وضعیت پیشین زیان‌دیده در تشدید مسئولیت عامل زیان مؤثر است یا خیر، پاسخ منفی خواهد بود. اما نکته مورد ابهام، میزان تأثیر وضعیت پیشین زیان‌دیده در مسئولیت عامل زیان است:

در برخی از موارد، قانونگذار آسیب قبلی را به‌طورمقطوع سبب کاهش دوسوم دیه کامل دانسته است. ماده ۴۸۶ بر همین اساس دیه قطع‌کردن عضو فلج را ثلث دیه همان عضو می‌داند.^۱ در واقع فلج‌بودن عضو، سبب کاهش میزان مسئولیت عامل قطع-کردن آن به میزان یک‌سوم می‌شود. برای مثال با آنکه ازبین‌بردن بینی موجب دیه کامل است (ماده ۳۸۰ ق.م.ا. قدیم) ازبین‌بردن بینی فلج، ثلث دیه کامل است (ماده ۳۸۳ ق.م.ا. قدیم) و با درآوردن چشم فاسد نیز یک‌سوم دیه چشم صحیح ثابت می-شود.^۲

کاهش میزان مسئولیت به یک‌سوم، محدود به فلج‌بودن عضو نیست. ماده ۳۹۶ همین حکم را برای زبان شخص لال نیز مجری می‌داند. این ماده مقرر می‌دارد: «ازبین‌بردن تمام زبان سالم یا لال کردن انسان سالم یا ضربه مغزی و مانند آن دیه کامل دارد و بریدن تمام زبان لال، ثلث دیه کامل خواهد بود».^۳ این مسئله در قانون مجازات اسلامی جدید نیز در ماده ۶۱۲ مورد اشاره واقع شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «قطع و ازبین‌بردن تمام زبان لال موجب یک سوم دیه کامل است و ازبین‌بردن مقداری از آن، موجب همان مقدار دیه به نسبت مساحت تمام زبان است. تبصره- لال اعم از مادرزادی و عارضی است لکن کسی که به‌واسطه عارضه-ای به‌طورموقت قادر به سخن گفتن نیست، گویا محسوب می‌شود».

^۱ باوجود بیان قاعده در ماده فوق، قانونگذار در مصادیق مختلف بر حکم فوق تأکید کرده است: ۴۸۶، ۴۲۸، ۴۲۷، ۳۸۹، ۳۹۴ و ۴۳۲.

^۲ حلی، ابن فهد، همان، صص ۳۰۸ و ۳۰۹؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۱۵، پاسدار اسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۹، صص ۴۰۴ - ۴۰۳؛ أردبیلی، محقق، همان، صص ۳۶۴، ۳۶۳، هندی، فاضل، همان، ص. ۳۳۰ - ۳۲۹) همچنین است قطع دست فلج یا انگشت فلج (الفصول المهمه فی أصول الأئمه. عاملی، حر، وسائل الشیعه، دار إحياء التراث العربی، ج ۲، ص. ۵۳۷، طوسی، الخلاف، همان، ص. ۲۰۱: «الید الشلاء والإصبع الشلاء فیها ثلث دیه الید الصحیحه، وثلث الإصبع الصحیحه. وقال الشافعی: فیها حکومه، ولا تقدیر فیها. دلیلنا: إجماع الفرقه وأخبارهم».

^۳ حلی، أبوالصلاح، همان، ص. ۳۹۷: «وفی قطع لسان الآخرس ثلث دیته، وفی بعضه بحساب ذلک».

قطع و از بین بردن تمام زبان لال، ثلث دیه کامل است و از بین بردن مقداری از آن موجب همان مقدار دیه به نسبت مساحت تمام زبان خواهد بود.

تبصره- لال اعم از مادرزادی و عارضی است اما کسی که به واسطه عارضه‌ای به طور موقت قادر به سخن گفتن نیست، گویا محسوب می‌شود. ماده ۶۱۳ همین قانون نیز مقرر می‌دارد: «هرگاه شخصی مقداری از زبان کسی را قطع کند و موجب از بین رفتن قدرت ادای تعدادی از حروف گردد و شخص دیگری مقداری دیگر از زبان او را قطع کند و موجب از بین رفتن قدرت ادای تعداد دیگری از حروف شود هر شخص به نسبت تعداد حروفی که قدرت ادای آن‌ها را از بین برده است، ضامن می‌باشد».

در برخی از موارد دیگر، قانونگذار میزان مقطوعی برای کاهش میزان مسئولیت در نظر نگرفته است. ماده ۴۰۵ قانون مجازات اسلامی قدیم از جمله این موارد است:

«هرگاه دندان‌ها از بیست و هشت تا کمتر باشد به همان نسبت از دیه کامل کاهش می‌یابد خواه خلقتاً کمتر باشد یا در اثر عارضه‌ای کم شده باشد».^۱

آنچه تاکنون گفته شد اختصاص به دیه اعضا داشت اما همین موضوع را می‌توان در مورد دیه نفس نیز وارد کرد. برای مثال اگر «الف» به «ب» خسارتی را وارد آورد بدون آنکه وی کشته شود و سپس «ج»، «ب» را به قتل برساند آیا ایراد خسارت از جانب «الف» تأثیری در مسئولیت «ج» خواهد داشت؟

ماده ۲۱۶ قانون مجازات اسلامی قدیم در این مورد قابل استناد است. این ماده مقرر می‌دارد:

«هرگاه کسی جراحتی به شخصی وارد کند و بعد از آن، دیگری او را به قتل برساند قاتل همان دومی است اگرچه جراحات سابق به تنهایی موجب مرگ می‌گردید و اولی فقط محکوم به قصاص طرف یا دیه جراحتی است که وارد کرده مگر مواردی که در قصاص جراحات خطر مرگ باشد که در این صورت فقط محکوم به دیه می‌باشد».^۲

^۱. حلی، علامه، بی‌تا، صص ۲۳۸ - ۲۳۷: «فإن جنى آخر بعد ذهاب بعض الحروف أخذ بنسبه ما ذهب من الباقي».

^۲. در فقه شیعه نیز با اتکا به آیه شریفه «إن النفس بالنفس والعین بالعين» و اجماع و اخبار همین قول مستقر است باین‌حال که مالک قول دیگری نسبت داده است به این توضیح که وی قصاص عضو جراح را نمی‌پذیرد: طوسی، الخلاف، ج ۵، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه، ۱۴۱۴، صص ۱۸۴ - ۱۸۳: «إذا قطع ید رجل و قتل آخر قطعناه بالید، و قتلناه بالآخر. و به قال الشافعی. و قال مالک: یقتل و لا یقطع، لأن القصد إتلاف نفسه».

در مورد ماده فوق مسلم است که «الف» به خاطر جراحی که وارد آورده است محکوم به قصاص عضو یا دیه جراحی است که وارد آورده است^۱ و «ج» را با توجه به اینکه قاتل محسوب می‌شود می‌توان قصاص کرد. اما آنچه محل تردید است این است که در صورتی که اولیاء دم نخواهند او را قصاص کنند، اصولاً از وی به چه میزانی می‌توان دیه گرفت؟ آیا دیه‌ای که بابت جراحت گرفته شده است در کاهش میزان مسئولیت «ج» مؤثر است؟

ممکن است گفته شود اولیاء دم می‌توانند به «ج» برای گرفتن دیه کامل رجوع کنند. «ج» نیز مکلف به پرداخت دیه کامل است اما می‌تواند به «الف» به اندازه دیه جراح رجوع کند. جلوگیری از داراشدن بلاجهت و ملاک ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی قدیم نیز در این مورد قابل استناد هستند. این ماده مقرر می‌دارد:

«هرگاه ایراد جرح، هم موجب نقص عضو شود و هم موجب قتل، چنانچه با یک ضربت باشد قصاص قتل کافی است و نسبت به نقص عضو قصاص یا دیه نیست».

اما در نقد این نظر می‌توان گفت که اولاً، ماده فوق اختصاص به موردی دارد که با یک ضربت و بالطبع توسط یک فرد، ایراد جرح، هم موجب نقص عضو شود و هم موجب قتل. در حالی که موضوع مورد بحث، ناظر به موردی است که دو فرد به عنوان مسئول مورد توجه قرار می‌گیرند. ثانیاً؛ دیه کامل بدل از قصاص نفس است و با انتفای قصاص قاعدتاً دیه نفس برقرار می‌گردد. قانونگذار نیز به امکان قصاص ج به عنوان قاتل صراحت دارد. پس با عدم قصاص منطقی است که بدل آن مستقر شود. ثالثاً، ایراد داراشدن بلاجهت نیز منتفی است چه باوجود دو سبب جداگانه، داراشدن، غیرعادلانه و بلاجهت نخواهد بود.^۲ در تحقق دیه کامل، آنچه مهم است و سبب استقرار دیه کامل می‌شود لطمه‌ای است که به حیات آدمی وارد می‌شود و در این مورد کیفیت یا کمیت آن تأثیرگذار نخواهد بود. بنابراین برای استحقاق دیه کامل یک سبب وجود دارد و برای استحقاق نسبت به دیه عضو، سببی دیگر یعنی صدمه وارده به عضو. پس باوجود دو سبب مختلف داراشدن دو دیه، دارا شدن بلاجهت نخواهد بود.

^۱. توجه به ماده ۲۱۷ قانون قدیم، در مورد عملکرد «الف» عمل وی باید سبب جراحات شود نه فوت. بنابراین «هرگاه جراحی که نفر اول وارد کرده، مجروح را در حکم مرده قرار داده و تنها آخرین رمق حیات در او باقی بماند و در این حال دیگری کاری را انجام دهد که به حیات او پایان بخشد، اولی قصاص می‌شود و دومی تنها دیه جنایت بر مرده را می‌پردازد».

^۲. Richard Kinder, Case Book On Torts, Oxford, 2006, p.58; Christopher Berry Gray, The Philosophy Of Law, An encyclopedia, Vol.2, Garland publishing, 1999, p. 864.

نتیجه

به‌عنوان نتیجه باید گفت بنابر اصل جبران کامل خسارات تا جای ممکن باید تعادلی را که به‌وسیله خسارت از میان رفته است، به‌صورت پیشین بازگرداند. در واقع آنچه در این مقاله مورد بررسی واقع شد و نتیجه حاصل از آن بیانگر این است که وضعیت پیشین زیان‌دیده در میزان مسئولیت واردکننده زیان تأثیرگذار است. اما در این زمینه نباید آگاهی یا عدم آگاهی عامل زیان را در تخفیف یا تشدید مسئولیت عامل زیان به دلیل وضعیت پیشین زیان‌دیده، مؤثر دانست. در واقع این امر می‌تواند در مسئولیت کیفری مؤثر افتد اما در مسئولیت مدنی، بی‌تأثیری آگاهی واضح است. همچنین گاه زیان وارده منجر به تغییر ماهیت وضعیت پیشین زیان‌دیده می‌شود که در این مورد قانونگذار، تشدید مسئولیت را فقط در موردی استثنایی - زیانی که منجر به نابینایی کامل زیان‌دیده می‌شود- پذیرفته است و در سایر موارد تغییر ماهیت، -ازجمله زیانی که منجر به ناشنوایی کامل زیان‌دیده می‌شود- قانونگذار از قواعد عام مسئولیت مدنی پیروی کرده و وضعیت پیشین زیان‌دیده را در تشدید مسئولیت عامل زیان مؤثر ندانسته است. اما گاه فعل زیان‌بار منجر به تشدید زیان قبلی زیان‌دیده می‌شود. در این مورد قانونگذار، مسئولیت را به میزانی که وضعیت زیان‌دیده از قبل غیرطبیعی بوده است کاهش داده است. در هر حال و به‌عنوان نتیجه می‌توان گفت که با توجه به لزوم تفسیر مضیق موارد استثنایی ازجمله مورد استثنایی چشم، هر جا تردید ایجاد شد که آیا وضعیت پیشین زیان‌دیده در تشدید مسئولیت عامل زیان مؤثر است یا خیر، پاسخ منفی خواهد بود.

منابع:

الف - فارسی

- ایزانلو، محسن، «اثر تقصیر خطای زیان‌دیده بر رجوع نهاد تأمین اجتماعی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال سی و نهم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۸.
- ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه و تحقیق: مجید ادیب، چاپ دوم، میزان، ۱۳۸۵.
- جنیدی، لعیا، «تقصیر زیان‌دیده»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴۶، زمستان ۱۳۷۸.
- حسینی‌نژاد، حسینقلی، مسئولیت مدنی، پخش فرهنگی و دانشگاهی شهید بهشتی، ۱۳۷۰.
- خادم‌العموم، علی، «مسئولیت مطلق و مسئولیت مدنی»، مجله کانون وکلا، ش ۳۸، دوره اول، خرداد و تیر ۱۳۳۳.
- کاتوزیان، ناصر، ضمان قهری، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
- یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی: قواعد عمومی مسئولیت مدنی، جلد اول، میزان، زمستان ۸۶.

ب - عربی

- ابن‌ابی‌جمهور الأحسائی، عوالی اللئالی، ج ۲، سید الشهداء، ۱۴۰۳.
- ابن‌العلامة، إیضاح الفوائد، ج ۱، المطبعة العلمیه، ۱۳۸۹.
- أردبیلی، محقق، مجمع الفائده، ج ۱۴، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۳۶۴.
- حلبی، ابن زهره، غنیة النزوع، مؤسسه الإمام الصادق (ع)، مکتبه التوحید، ۱۴۱۷.
- حلبی، أبو‌الصلاح، الکافی للحلبی، مکتبه الإمام أمير المؤمنين علی (ع).
- حلّی، ابن‌إدریس، السرائر، جلد نخست، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه، ۱۴۱۰.
- حلّی، ابن‌فهد، الرسائل العشر، مطبعة سید الشهداء (ع).
- حلّی، علامه، قواعد الأحکام، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۳.
- _____، تحریر الأحکام، جلد پنجم، ۱۴۲۲.

- _____، **مختلف الشیعه**، ج ۹، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵.
- حلی، محقق، **المختصر النافع**، قسم الدراسات الإسلامیه فی مؤسسه البعثه، ۱۴۱۰.
- _____، **شرائع الإسلام**، جلد نخست، انتشارات استقلال.
- حلی، یحیی بن سعید، **نزهه الناظر فی الجمع بین الأشباه والنظائر**، ۶۸۹، الآداب، ۱۳۸۶.
- شهید ثانی، **شرح اللمعه**، جلد ۱۰، مطبعه الآداب، ۱۴۱۰.
- _____، **مسالك الأفهام**، جلد ۱۵، پاسدار اسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۹.
- طباطبائی، علی، **ریاض المسائل**، جلد ۱۴، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۲.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، **الخلاص**، ج ۵، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱، ۱۴۰۷.
- _____، **النهايه فی مجرد الفقه و الفتاوى**، دار الكتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ه ق.
- طوسی، ابن حمزه، **الوسيله**، خیام، ۱۴۰۸.
- عاملی، حر، **وسائل الشیعه**، دار إحياء التراث العربی، جلد دوم.
- قمی، علی بن محمد، **جامع الخلاف والوفاق**، پاسدار اسلام.
- نجفی، شیخ محمدحسن، **جواهر الکلام**، ج ۴۲.
- هندی، فاضل، **كشف اللثام**، ج ۱۱، منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۵.

ج - انگلیسی

- Anita Stuhmcke, **Essential Tort Law**, Cavendish, 2001.
- Gilbert Kodilinye, **Commonwealth Caribbean Tort Law**, Cavendish, 2002.
- Henk Zandvoort, **The Role Of Liability**, June 15-1 2000, Aachen, Germany, Published by VDI/VDE Gesellschaft Mess - und Automatisierungstechnik (GMA), Duesseldorf.

-
- <http://www.juricaf.org/arret/FRANCECOURDECASSATION19660719JURITEXT000006972876>
- Ian Yeats, Law of Tort, the University of London Press, ,2005.
- Johann Neethling, Contributory Negligence Under South African Law, November 2003.
- Nicolette Priaulx, Tort Law and the Unwanted Child in an Era of Choice, Cavendish,2007.
- Richard Kinder, Case Book on Torts,9th.Oxford , 2006.
- Omri Ben-Shahar, Causation And Foreseeability, Tel Aviv University © Copyright 1999.
- Christopher Berry Gray, The Philosophy Of Law, An Encyclopedia, Vol. 2, Garland Publishing, 1999.
- Thomas J. Miceli, Economics of the Law, Oxford University Press, 1996.

بررسی تأثیرات تصویب قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه

بر حقوق مالی دارندگان سهام عدالت

زینب فلاح تفتی*

کوروش کاویانی**

مجله حقوقی دادگستری / سال هفتاد و هفتم / شماره ۸۴ - زمستان ۱۳۹۲

چکیده:

طرح توزیع سهام عدالت با هدف توانمندسازی مردم کم‌برخوردار و توزیع ثروت در قالب شرکت‌های تعاونی، خیل عظیمی از جمعیت کشور را تحت پوشش خود قرار داده است. سیاست توسعه بخش تعاون از طریق تشکیل شرکت‌های مزبور، زمانی می‌تواند به اهداف عالیه تعاون در کشور چون کاهش فقر و تأمین عدالت اجتماعی منجر شود که دارندگان سهام عدالت بتوانند حقوق خویش را به‌صورت کامل استیفا نمایند؛ امری که جز در سایه آشنایی دارندگان سهام با حقوق مالی و همچنین حقوق غیرمالی ایشان محقق نمی‌شود لیکن مسائل و مشکلاتی نیز در راستای استیفای حقوق مزبور پیش روی دارندگان سهام عدالت وجود دارد.

در این مقاله ضمن تبیین حقوق مالی دارنده سهام عدالت، چون حق انتقال سهام شرکت تعاونی عدالت شهرستانی، حق دریافت سود، حق دریافت حقوق و مطالبات با لغو عضویت و ... به بررسی تأثیرات تصویب قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۴-۱۳۹۰) بر حقوق مالی دارنده سهام عدالت و چالش‌هایی که با آن مواجه شدند، پرداخته می‌شود. درنهایت راهکاری متقن جهت حل مسائل و مشکلات دارندگان سهام عدالت ارائه داده می‌شود.

کلیدواژه :

سهام عدالت، شرکت تعاونی عدالت شهرستانی، حقوق مالی، قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه.

* دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول)

zeinab.falah@yahoo.com

** دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (ره)

k.kaviani@hotmail.com

مقدمه:

پیش از تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی^۱ در مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۸۷/۳/۲۵ از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام، موافق با مصلحت نظام شناخته شد، طرح توزیع سهام عدالت، فاقد مبنای قانونی بود. مسئله مهم پیرامون فقدان مبنای قانونی در اجرای طرح توزیع سهام عدالت که دغدغه همه صاحب‌نظران و متخصصان بود اینکه سهام شرکت‌های دولتی مطابق تبصره ۲ ماده ۱۳ قانون محاسبات عمومی جزء اموال عمومی محسوب می‌شود و هر گونه دخل و تصرف در آن نیاز به تصویب قانون دارد همچنان که قانون برنامه سوم توسعه و متعاقب آن، قانون برنامه چهارم توسعه، مجوز واگذاری سهام شرکت‌های دولتی و از جمله سهام شرکت‌های مادر تخصصی را به دولت داده است ولی در ماده ۹ قانون برنامه سوم توسعه و ماده ۶ قانون برنامه چهارم توسعه، روش واگذاری را فروش تعیین نموده‌اند. فروش سهام شرکت‌های دولتی نیز مطابق ماده ۱۴ اصلاحی قانون برنامه سوم توسعه که در قانون برنامه چهارم توسعه نیز تنفیذ شده است، منحصراً باید از طریق بورس یا مزایده صورت می‌گرفت. در مواردی که به دلایل مشکلاتی در ساختار مالی، نیروی انسانی، جذب فناوری و سرمایه، امکان فروش از طریق مذکور ممکن نباشد، فروش از طریق مزایده صورت می‌گرفت. از طرف دیگر مطابق ماده ۹ قانون برنامه سوم توسعه، اولویت‌دادن در واگذاری با رعایت کلیه شرایط پیشین فقط برای ایثارگران پیش‌بینی شده بود.

بنابراین اولویت‌دادن به گروه‌های کم‌درآمد در قالب اجرای طرح سهام عدالت نیازمند تصویب قانون بود که اجرای این طرح توسط دولت به جهت فقدان قانون صحیح به نظر نمی‌رسید و حق آن بود که بر مبنای قانون، چنین طرحی صورت می‌گرفت و تصمیم‌گیری در خصوص اموال عمومی با تصمیم نمایندگان مردم در بستر مجلس شورای اسلامی شکل می‌گرفت.

پیش از تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، ارکان اجرایی طرح توزیع سهام عدالت از سه لایه شرکت کارگزاری سهام عدالت، شرکت‌های

۱. عنوان قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی توسط مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۸۹/۱۲/۱۱ به قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی تغییر یافت.

سرمایه‌گذاری استانی (سهامی خاص) و شرکت‌های تعاونی عدالت شهرستانی تشکیل شده بود.

شرکت کارگزاری سهام عدالت که نقش آن تبدیل انواع سهام واگذار شده به یک سهم واحد و سپس واگذاری سهام شرکت واسط به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی بود^۱، دارای دو نوع سهام بود: ۱- سهام در اختیار وزارت امور اقتصادی و دارایی، سازمان خصوصی‌سازی و سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران که به‌عنوان سهام ممتاز (طبقه الف) محسوب می‌شد. ۲- سهام عادی (طبقه ب). ترتیباتی در اساسنامه شرکت پیرامون افزایش سرمایه پیش‌بینی شده بود که حق تقدم و کلیه حقوق و منافع ناشی از افزایش سرمایه را از سهام‌داران طبقه (ب) سلب کرده و به سازمان خصوصی‌سازی به‌عنوان نماینده طبقه (الف) اختصاص می‌داد. این امر نشان از جایگاه ویژه دولت در اداره شرکت کارگزاری سهام عدالت داشت؛ شرکتی با اختیارات وسیع در اداره سهام مورد واگذاری که واگذاری به معنای حقیقی را با تردید جدی مواجه می‌نمود.

با تصویب قانون اصل ۴۴ که ترتیبات انحلال شرکت کارگزاری سهام عدالت در آن پیش‌بینی شد، تا حدودی این ایراد مرتفع شد و بدنه اجرایی طرح توزیع سهام عدالت در دو لایه منظور شد: شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی، شرکت‌های تعاونی عدالت شهرستانی.

وجود شرکت‌های تعاونی عدالت شهرستانی در طرح توزیع سهام عدالت موجب شد که سیاست توسعه بخش تعاون، همگام با سیاست خصوصی‌سازی بنگاه‌ها و شرکت‌های دولتی، بستر اجرایی یابد و سامان‌دهی به وضعیت معیشتی اقشار آسیب‌پذیر و کم‌برخوردار در سایه تعاون ممکن شود.

هرچند کشورهای مختلف برای خصوصی‌سازی بنگاه‌ها و شرکت‌های دولتی روش‌های مختلفی را به کار می‌برند، از میان تمام روش‌های خصوصی‌سازی تجربه‌شده در جهان، خصوصی‌سازی کوپنی^۲ به لحاظ ساختاری به طرح توزیع سهام عدالت شبیه‌تر است.

۱. شرکت واسط: شرکت کارگزاری سهام عدالت که نقش آن تبدیل سید انواع سهام واگذار شده به یک سهم واحد و سپس واگذاری سهام شرکت واسط به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی و انجام دیگر کارهای اجرایی مرتبط با واگذاری سهام عدالت است (بند ۸ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی افزایش ثروت خانوارهای ایرانی از طریق گسترش سهم بخش تعاون بر اساس توزیع سهام عدالت مصوب ۸۵/۸/۲۸ هیئت وزیران).

۲. Vouchers Privatization

به‌منظور تضمین حقوق دارندگان سهام عدالت، توجه به دو مؤلفه اساسی ضروری به نظر می‌رسد: اول، بررسی علل شکست و موفقیت اجرای برنامه خصوصی‌سازی کوپنی در کشورهای مختلف و پیش‌بینی راهکارهایی متناسب با طرح توزیع سهام عدالت. دوم، آشنانمودن دارندگان سهام عدالت با حقوق ایشان؛ بدین سبب که اکثر دارندگان سهام عدالت با شیوه‌های سهام‌داری و بهره‌برداری حداکثری از منافع آن آشنا نیستند. در صورتی‌که با حقوق خویش آشنا شوند، امکان استیفای آن و همچنین تضمین قانونمندی مجریان طرح فراهم می‌شود و دارندگان سهام عدالت با مشاهده کوچک‌ترین تخلف مجریان از ابزار نظارتی خود برای احقاق حقوق خویش استفاده می‌نمایند.

در توضیح مؤلفه اول به‌صورت مختصر باید گفت که خصوصی‌سازی کوپنی با توزیع کوپن سهام میان عامه مردم در کشورهای مختلف اجرا شد بدین صورت که برای تبدیل کوپن‌ها به سهام شرکت‌های دولتی از دو روش مستقیم و غیرمستقیم استفاده می‌شد. در برخی کشورها چون گرجستان، کوپن سهام، مستقیماً قابل تبدیل به سهام بنگاه‌های دولتی بود.^۱ در کشورهایی چون لهستان نیز افراد مجاز به خرید مستقیم سهام بنگاه‌ها نبودند و می‌بایست با کوپن‌های سهام، واحدهای سرمایه‌گذاری نهادهای مالی را می‌خریدند.^۲ دسته سوم، کشورهایی بودند که افراد می‌توانستند مستقیماً با کوپن سهام خود، سهام بنگاه‌های دولتی را خریداری کنند یا اینکه با آن واحد سرمایه‌گذاری در نهادهای مالی را دریافت نمایند.^۳ به‌عبارت دیگر اشخاص در کشورهای دسته سوم، دو راه پیش رو داشتند و کوپن سهام ایشان، هم به روش مستقیم و هم غیرمستقیم قابل تبدیل به سهام بنگاه‌های دولتی بود.

یکی از مهم‌ترین دغدغه‌ها درباره خصوصی‌سازی کوپنی، توزیع سهام شرکت‌ها بین عامه مردم بود. این موضوع باعث ایجاد نوعی نارسایی در کنترل و اداره شرکت‌ها می‌شد و موجب جلوگیری از اعمال تغییرات مقتضی در مدیریت شرکت‌ها و بهبود فرآیند و چرخه تولید می‌شد و بروز آن در طرح توزیع سهام عدالت نیز بعید به نظر نمی‌رسد.

۱. کابلی‌زاده، احمد، خصوصی‌سازی مردمی، کارایی همراه با عدالت، نشر مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، ص. ۱۴۳.

۲. Wolfgang Aussenegg, Going Public in Poland: Case- by -Case Privatizations, Mass Privatization and Private Sector Initial Public Offerings, Vienna University of Technology Final First Draft: December 1999, p. 9.

۳. David Ellerman, Voucher Privatization with Investment Funds: An Institutional Analysis, World Bank, May 1924, p. 11.

در کشورهایی که خصوصی‌سازی کوپنی را از طریق صندوق‌های سرمایه‌گذاری اجرا کردند وجود نظام نظارتی مناسب از عوامل اساسی موفقیت برنامه محسوب می‌شود به‌گونه‌ای که در برخی موارد فقدان چارچوب نظارتی مناسب سبب سوءاستفاده مدیران و اتلاف اموال مردم شده است.

خصوصی‌سازی کوپنی با همه شباهت‌هایی که با طرح توزیع سهام عدالت دارد، تفاوت‌های بارزی نیز با آن دارد^۱ به‌صورتی که هدف اصلی از خصوصی‌سازی کوپنی در کشورهای مختلف، افزایش کارایی شرکت‌ها مانند دیگر روش‌های خصوصی‌سازی بیان می‌شود اما هدف اساسی از طرح توزیع سهام عدالت، گسترش مالکیت عمومی به‌منظور تأمین عدالت اجتماعی عنوان شده است و شاکله طرح به‌گونه‌ای پیش‌بینی شده است که تحقق آن را در قالب شرکت‌های تعاونی ممکن سازد.

اما پیرامون مؤلفه دوم یعنی آشنانمودن دارندگان سهام عدالت با حقوق خویش و ایجاد فرهنگ سهام‌داری، باید حقوق دارندگان سهام عدالت را که از دهک‌های پایین درآمدی و اقشار آسیب‌پذیر کشور به شمار می‌آیند، بررسی کرد. حقوق دارندگان سهام عدالت اعم است از حقوق مالی و حقوق غیرمالی که در این مقاله صرفاً حقوق مالی دارندگان سهام عدالت، همچنین تأثیرات قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه بر آن را بررسی می‌شود.

۱. حقوق مالی دارندگان سهام عدالت

بررسی حقوق مالی دارندگان سهام عدالت، مستلزم آشنایی با کلیت طرح توزیع سهام عدالت و شرکت‌های پیش‌بینی‌شده در آن است بدین توضیح که پس از شناسایی مشمولان مرحله اول طرح توزیع سهام عدالت، ۳۳۷ شرکت تعاونی عدالت شهرستانی با حداقل سرمایه اسمی لازم توسط چند نفر از مشمولان به‌عنوان هیئت مؤسس تأسیس شد. شرکت تعاونی عدالت شهرستانی در چارچوب نمونه اساسنامه‌ای که توسط وزارت تعاون پیش‌بینی شده بود ایجاد شد. مشمولان هر مرحله نیز به‌تدریج و پس از تعیین و احصای کامل اسامی کلیه مشمولان هر مرحله به تفکیک تعاونی‌های هر شهرستان، برای عضویت در شرکت تعاونی عدالت شهرستانی دعوت شدند. از طرف دیگر هیئت مؤسس شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی نیز مرکب از شرکت‌های تعاونی عدالت شهرستانی هر استان تعیین و شرکت سرمایه‌گذاری استانی را با حداقل سرمایه

^۱. فلاح‌تفتی، زینب، اداره سهام عدالت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹، ص.

اسمی تأسیس نمودند و نمونه اساسنامه شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی توسط ستاد مرکزی توزیع سهام عدالت^۱ تصویب شد.

شرکت تعاونی عدالت شهرستانی مطابق بند ۱۰ ماده ۱ قانون اصل ۴۴، شرکت تعاونی فراگیر ملی است که در قالب شرکت تعاونی یا شرکت تعاونی سهامی عام^۲ می‌تواند فعالیت نماید. شرکت سرمایه‌گذاری استانی نیز به‌صورت شرکت سهامی خاص تأسیس شد لیکن برای ورود شرکت‌های مزبور به بورس باید به شرکت‌های سهامی عام تبدیل شوند.

از طرف دیگر، سهام بنگاه‌های مشمول واگذاری که مصوبه هیئت واگذاری را مطابق بند ۲ قسمت (ب) ماده ۴۰ قانون اصل ۴۴ را دریافت نموده‌اند، ارزیابی و قیمت‌گذاری می‌شوند.

بر اساس ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی توزیع سهام عدالت مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۲۷ شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی، شرکت‌های مورد واگذاری فقط از شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس تعیین می‌شود لیکن ۲۷ شرکت از شرکت‌های واگذارشده، غیربورسی هستند چراکه این شرکت‌ها قبل از تصویب آیین‌نامه اجرایی توزیع سهام عدالت مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۲۷ واگذار شده‌اند.^۳ قیمت سهام شرکت‌های غیر بورسی مثل پالایشگاه تهران، بندرعباس، لاوان و ... قابل محاسبه دقیق نبوده و قیمت آن‌ها به‌صورت علی‌الحساب تعیین می‌شود و پس از ورود این شرکت‌ها در بورس، قیمت علی‌الحساب به قیمت سهام مزبور در تابلو، برای سهام عدالت منظور می‌شود. تمام شرکت‌هایی که در فهرست واگذاری قرار دارند، در حال طی مراحل ورود به بورس هستند. بنابراین نگرانی از کشف قیمت واقعی آن‌ها نخواهد بود. سهام شرکت‌های مزبور به‌عنوان موضوع قرارداد فی‌مابین سازمان خصوصی‌سازی - به‌عنوان نماینده دولت - از یک طرف و شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی قرار می‌گیرد.

۱. ماده ۳۴ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.

۲. شرکت تعاونی سهامی عام: نوعی شرکت سهامی عام است که با رعایت قانون تجارت و محدودیت‌های مذکور در این قانون تشکیل شده باشد. (بند ۹ ماده ۱ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی).

۳. عطایی، امید، «بررسی مبانی قانونی واگذاری سهام عدالت»، گزارش دفتر مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۸، ص. ۱۵.

مطابق ماده ۳۶ قانون اصل ۴۴، سهم هر یک از شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی متناسب با تعداد اعضای تعاونی‌های عدالت شهرستانی هر استان تعیین می‌شود. به‌عنوان مثال اگر استانی مثل اصفهان، یک میلیون مشمول سهام عدالت داشته باشد - با توجه به تعداد تقریبی چهل و دو میلیون نفری مشمولین در سراسر کشور - یک چهل و دوم سهام هریک از شرکت‌های مشمول واگذاری در طرح توزیع سهام عدالت به شرکت سرمایه‌گذاری استان اصفهان منتقل می‌شود.

پس از چنین فرآیندی، مجمع عمومی صاحبان سهام شرکت سرمایه‌گذاری استانی، میزان سهام خریداری‌شده را به‌صورت افزایش سرمایه ثبت می‌کند.

شرکت‌های سرمایه‌گذاری هر استان نیز سهام انتقال‌یافته به خود را در سبد سهام^۱ یا اصطلاحاً پرتفوی سهام خود جای می‌دهند. مجمع عمومی صاحبان سهام شرکت تعاونی عدالت شهرستانی، میزان سهام خود در شرکت سرمایه‌گذاری استانی را به‌صورت افزایش سرمایه ثبت می‌کند، مردم نیز سهام‌دار شرکت تعاونی عدالت شهرستان هستند. سهام مورد واگذاری بابت مشمولان دو دهک پایین درآمدی با احتساب ۵۰ درصد تخفیف در بهای واگذاری و به‌صورت اقساط ده‌ساله واگذار می‌شود لیکن مشمولین دهک‌های سوم تا ششم صرفاً از مزایای تقسیط حداکثر ده‌ساله واگذاری سهام برخوردار می‌شوند و طول دوره تقسیط آنان در هیئت واگذاری تعیین می‌شود.

سازمان خصوصی‌سازی موظف است در قراردادهای منعقدۀ تصریح نماید که ثمن معامله از محل سود سالانه شرکت‌های واگذارشده تسویه می‌شود و متناسب با سود دریافتی یا تخفیفات اعطایی و بلافاصله پس از آن نسبت به تسویه و آزادسازی آن بخش از سهام که بهای آن توسط سازمان خصوصی‌سازی وصول یا مشمول تخفیف می‌شود، اقدام می‌نماید.

سازمان خصوصی‌سازی مسئولیت وصول اقساط سهام واگذارشده و واریز آن به حساب خزانه را بر عهده دارد و چنانچه میزان سود دریافتی در هر سال تکافوی میزان اقساط دریافتی همان سال را ننماید، بدهی خریداران از سود دریافتی سنوات بعد قابل تسویه خواهد بود. در صورتی که در پایان دوره تقسیط، بهای سهام مورد واگذاری به‌طور کامل تسویه نشده باشد، خریداران مکلف‌اند حداکثر ظرف مدت شش ماه رأساً نسبت به پرداخت بدهی و تسویه حساب سهام مورد خریداری اقدام کنند. در غیراین‌صورت

۱. سبد: مجموعه دارایی‌های مالی است که از محل وجوه سرمایه‌گذاران خریداری می‌شود (بند ۳۳ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴/۴/۱).

سازمان خصوصی سازی به میزان مبلغ بدهی تسویه شده، سهام مورد وثیقه را آزاد می نماید و نسبت به وصول مطالبات خود از محل فروش سهام باقی مانده، اقدام می نماید.

در هیچ یک از مصوبات موجود - به جز قرارداد واگذاری - ذکری از میزان سهام قابل واگذاری به هر شخص مشمول نیامده است که این موضوع ابهام ایجاد نموده و ممکن است در قراردادهای واگذاری به مشمولین اعلام شده در مراحل مختلف اجرای طرح توزیع سهام عدالت، سهام مورد واگذاری به میزان متفاوت اختصاص یابد. به نظر می رسد عدم اعلام میزان سهام قابل واگذاری به دلیل شناسایی تدریجی شرکت های مورد واگذاری و قیمت گذاری آنان بر اساس مصوبات هیئت واگذاری مطابق ماده ۲ آیین نامه اجرایی توزیع سهام عدالت باشد. بدین توضیح که واگذاری می بایست حداکثر تا سقف چهل ۴۰ درصد از مجموع ارزش سهام بنگاه های قابل واگذاری در هر بازار موضوع گروه ۲ ماده ۲ قانون اجرای سیاست های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی صورت پذیرد. بنابراین سقف واگذاری سهام بنگاه های قابل واگذاری توسط آیین نامه اجرایی توزیع سهام عدالت تعیین شده لیکن تعیین دقیق میزان سهام مورد واگذاری با رعایت سقف مورد اشاره بر عهده هیئت واگذاری است که به تدریج صورت می پذیرد. دلیل مزبور قطعی نبوده و برداشت نویسنده مقاله از کلیت طرح و مقررات موجود است. حال پس از آشنایی با کلیت طرح توزیع سهام عدالت می توان به بررسی هر یک از حقوق دارندگان این نوع سهام پرداخت.

۱- ۱. حق انتقال سهام شرکت های تعاونی عدالت شهرستانی

در خصوص جواز انتقال سهام شرکت تعاونی عدالت شهرستانی ماده ۱۰ نمونه اساسنامه شرکت های مزبور شرایطی را مقرر نموده که متن ماده بدین شرح است: «سهام تعاونی بانام و غیر قابل تقسیم است و انتقال آن به اعضای خود تعاونی با موافقت هیئت مدیره و با رعایت سقف موضوع ماده ۹ که در اداره تعاونی اختلافی ایجاد نکند، مجاز است». بدین ترتیب رعایت سه مؤلفه به موجب اساسنامه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی برای نقل و انتقال سهام ضروری است:

- نقل و انتقال سهام میان اعضای شرکت تعاونی عدالت شهرستانی صورت پذیرد: هرچند ماده ۲۲ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران، نقل و انتقال سهام را به غیر اعضای شرکت مقدور دانسته و داشتن شرایط عضویت در شرکت تعاونی را برای جواز انتقال سهام به منتقل الیه شرط دانسته و مقرر می دارد: «عضو یا اعضای

تعاونی می‌توانند با رعایت مقررات این قانون، سهم خود را به سایر اعضا و یا افراد جدید واجدالشرايط واگذار نمایند». لیکن تشخیص داشتن شرايط عضويت شخص با هیئت‌مدیره شرکت تعاونی است و قبل از انتقال سهام باید درخواست عضويت وی مورد قبول قرار گرفته باشد. مسئله‌ای که مطرح می‌شود آن است که آیا هیئت‌مدیره می‌تواند شرايطی بیش از شرايط مقرر در اساسنامه و قانون برای قبول درخواست عضويت فرد در نظر بگیرد؟ به نظر می‌رسد در فرضی که امکانات شرکت برای ورود عضو جدید کافی نباشد هیئت‌مدیره بتواند با وجود احراز سایر شرايط عضويت، درخواست فرد را قبول ننماید.

نکته مهم آن است که تصمیم هیئت‌مدیره پیرامون رد درخواست عضويت قطعی و غیرقابل‌اعتراض است^۱ لیکن در شرکت تعاونی عدالت شهرستانی، افراد مشمول طرح سهام عدالت از سوی ارکان اجرایی طرح شناسایی و معرفی شده‌اند بنابراین «افراد جدید واجد الشرايط» مصداقی ندارند و هیئت‌مدیره شرکت تعاونی عدالت شهرستانی نمی‌تواند درخواست عضويت متقاضی را با ادعای آنکه به تشخیص من، حائز شرايط عضويت در شرکت است، قبول نماید بلکه متقاضی باید از مشمولان طرح باشد.

ترتیب مذکور قابل انتقاد به نظر می‌رسد چراکه انتقال سهام میان اعضای شرکت تعاونی عدالت شهرستانی موجب می‌شود که عضو با این محدودیت مواجه باشد که عضو دیگری را که تمایل به خرید سهام وی دارد، بیابد و در صورت عدم موفقیت، تنها راه برای وی، خروج اختیاری از شرکت است که در این حالت ارزش سهام که توسط شرکت باید پرداخت شود در زمانی طولانی‌تر به عضو تأدیه می‌شود در صورتی که با فروش سهام، عضو می‌توانست به سهولت حقوق خود را استیفا نماید. از طرفی این مسئله را می‌توان چنین توجیه نمود که این ضوابط به‌منظور رعایت شرايط اختصاصی مقرر در قانون و نمونه اساسنامه جهت عضويت در این شرکت‌ها است؛ امری که مقنن برای اجتناب از فروش سهام به‌غیر مشمولین طرح و دهک‌های بالای درآمدی به عمد مقرر نموده است.

این محدودیت ممکن است منجر به بروز معاملات وکالتی شود بدین توضیح که عضو با اعطای وکالت به دیگری و نیابت در تحصیل کلیه حقوق به واقع قصد انتقال سهام را نموده باشد لیکن برای گریز از ممنوعیت قانونی از پوشش وکالت استفاده نماید؛ امری که وقوع آن به سبب وضعیت نامناسب معیشتی مشمولین طرح سهام عدالت، بعید

^۱. حسنی، حسن، حقوق تعاونی‌ها، سمت، ۱۳۸۱، ص. ۸۵.

نیست و شرکت نیز گریزی از تأدیه سود و سایر منافع به این وکیل - که در واقع منتقل‌الیه است - ندارد. به هر حال ماهیت این پوشش نیز مقتضای خاص خود را دارد و موکل می‌تواند وکیل را عزل نموده یا در صورت فوت، حجر و جنون طرفین، وکالت منفسخ می‌شود.

- *نقل و انتقال سهام با موافقت هیئت‌مدیره شرکت باشد:* بر اساس بند ۵ ماده ۳۷ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران، اخذ تصمیم نسبت به انتقال سهام اعضا به یکدیگر از جمله وظایف هیئت‌مدیره شرکت تعاونی است. بنابراین نقل و انتقال سهام صرفاً میان اعضای شرکت تعاونی عدالت شهرستانی و پس از موافقت هیئت‌مدیره ممکن است.

با وجود محدودیت نقل و انتقال سهام میان اعضای شرکت تعاونی عدالت شهرستانی، وضع محدودیت دیگر و منوط نمودن انتقال سهام به موافقت هیئت‌مدیره سبب می‌شود که اعضا به هنگام مخالفت شرکت، مجبور به خروج از شرکت شوند که تحصیل حقوق در خروج عضو از شرکت، سخت‌تر از انتقال سهام و دریافت ثمن معامله است. از طرف دیگر، اختیار هیئت‌مدیره در مخالفت یا موافقت با انتقال سهام ممکن است موجب سوءاستفاده ایشان و اعمال نظرات سلیقه‌ای شود. لذا مناسب است که قانونگذار شرایطی را پیش‌بینی نماید که منحصرأ در آن شرایط، هیئت‌مدیره مجاز به مخالفت با انتقال سهام باشد.

- *در نقل و انتقال سهام باید سقف مقرر در ماده ۹ نمونه اساسنامه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی رعایت شود:* به موجب ماده مذکور، سهم اعضا در تأمین سرمایه تعاونی برابر است اما با تصویب مجمع عمومی عادی، حداکثر هر عضو می‌تواند تا یک‌صدم درصد سهم داشته باشد. تغییر سقف مذکور در چارچوب آیین‌نامه ماده ۲۰ قانون بخش تعاونی و با تأیید ستاد مرکزی موضوع آیین‌نامه اجرایی سهام عدالت امکان‌پذیر است که شرح آیین‌نامه مذکور، خارج از موضوع مورد بحث است.

هیئت‌مدیره شرکت به هنگام تصمیم‌گیری برای نقل و انتقال سهام، رعایت حد نصاب مقرر برای تملک سهام را نیز بررسی می‌کند و در صورت عدم رعایت، با انتقال سهام به میزان بیشتر از حد نصاب مقرر مخالفت می‌نمایند.

علاوه بر شرایط فوق، تبصره ۲ ماده ۱۱ نمونه اساسنامه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی، تشریفات دیگری را نیز پیش‌بینی نموده است بدین مضمون که نقل و انتقال سهم بین اعضا باید در دفتر سهام تعاونی ثبت شود و در خصوص ضمانت اجرای عدم ثبت نقل و انتقال در دفتر سهام تعاونی عدالت شهرستانی فقدان اعتبار معامله از

نظر شرکت را مقرر نموده است. بدین ترتیب شرکت همچنان انتقال‌دهنده را مالک می‌شناسد و وی متعهد در برابر شرکت بوده و از منافع و عوائد سهام بهره‌مند می‌شود. لیکن عدم ثبت نقل و انتقال در دفتر سهام تعاونی، خللی به صحت معامله وارد نمی‌کند و عدم رعایت تشریفات مذکور، انتقال‌گیرنده را از اعمال حقوق وابسته به سهام محروم می‌کند. حق حضور در مجامع عمومی، حق رأی، حق دریافت سود، حق اطلاع و ... ازجمله حقوقی است که استیفای آن از سوی انتقال‌گیرنده منوط به انعکاس نقل و انتقال سهام در دفتر سهام تعاونی است.

شایان ذکر است آرای دادگاه‌ها در خصوص انتقال سهام بانام در شرکت‌های سهامی عام به جهت شبیه‌بودن ثبت انتقال سهام در دفتر ثبت سهام با انتقال سهام در شرکت‌های تعاونی عدالت شهرستانی مورد بررسی قرار گرفت و نتیجه آنکه از رویه واحدی پیروی نمی‌کردند و در اینکه عدم ثبت انتقال سهام بانام شرکت سهامی در دفتر ثبت سهام، مطلقاً موجب بی‌اعتباری معامله است یا اینکه چنین قراردادی در هر صورت بین طرفین صحیح است، در رویه قضایی اختلاف وجود داشت. برخی از محاکم دادگستری و شعب دیوان عالی کشور، قرارداد واگذاری سهام بانامی را که تشریفات مندرج در ماده ۴۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ در آن رعایت نشده است، به‌طور کلی باطل محسوب و در مقابل، برخی دیگر چنین معامله‌ای را از نظر شرکت و اشخاص ثالث بی‌اعتبار تلقی و بین طرفین صحیح قلمداد نموده‌اند.^۱ به نظر می‌رسد برای جمع میان اصل رضایی‌بودن عقود و امنیت شرکت از حیث شناسایی آسان دارندگان سهام، بهترین روش، وضع و قبول تشریفات باشد که عدم رعایت آن مانع از وقوع عقد نشود بلکه تنها قابلیت استناد آن در برابر شرکت را از بین ببرد. بر این اساس طرفین مختارند که به هر شکل اراده خویش مبنی بر نقل و انتقال سهام را اعلان نمایند اما شرکت، شخصی را به‌عنوان شریک می‌شناسد که حقوق خویش را در شرکت به‌صورت مقرر در قانون ثابت نماید.^۲

پیرامون ضمانت اجرای سایر شرایط مقرر برای نقل و انتقال سهام که توضیح آن داده شد، می‌توان با وحدت ملاک از ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات ثبت به فقدان اعتبار معامله از نظر شرکت قائل بود.

^۱. شفیع، اکرم السادات، شرایط و آثار نقل و انتقال سهام در شرکت‌های سهامی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۶، ص. ۶۸.

^۲. کاویانی، کورش، حقوق شرکت‌های تجاری، میزان، ۱۳۸۶، ص. ۲۵۲.

۱-۲. حق دریافت سود

هدف اصلی از اجرای طرح توزیع سهام عدالت، ایجاد یک درآمد دائمی برای اقشار کم‌درآمد و کاهش فقر از طریق توسعه تعاون عنوان شده است به گونه‌ای که همواره مسئولان اجرایی به عدم فروش سهام عدالت توسط مشمولان و بهره‌مندی از سود آن تأکید داشته‌اند.

لیکن کل سود شرکت تعاونی عدالت شهرستانی قابل توزیع نیست. بخشی از سود بابت اندوخته قانونی^۱ کنار گذاشته می‌شود و فقط سود قابل تقسیم توزیع می‌شود. ذخیره نمودن اندوخته قانونی با حکم مقنن، قاعده‌ای آمره بوده و چنانچه تصمیمی خلاف آن اخذ شود، تصمیم باطل و مراجع تصمیم‌گیرنده مسئول جبران خسارات وارده به شرکت و سایر اشخاص هستند.

در خصوص شرکت تعاونی همچون سایر شرکت‌های مشمول قانون تجارت به‌جز شرکت سهامی، تعریفی از سود قابل تقسیم وجود ندارد لیکن تعریف ارائه‌شده توسط مقنن در ماده ۲۳۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت را می‌توان برای تمامی شرکت‌ها استفاده نمود چرا که تفاوت در قالب شرکت‌ها تأثیری در مفاهیم مالی و حسابداری مربوط ایجاد نمی‌نماید. متن ماده ۲۳۹ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت بدین شرح است: «سود قابل تقسیم عبارت است از سود خالص سال مالی شرکت، منهای زیان‌های سال‌های مالی قبل و اندوخته قانونی مذکور در ماده ۲۳۸ و سایر اندوخته‌های اختیاری به‌علاوه سود قابل تقسیم سال‌های قبل که تقسیم نشده است».

نکته‌ای که ذکر آن خالی از فایده نیست، درباره چیهستی سود شرکت تعاونی عدالت شهرستانی است. همان‌طور که پیش‌تر توضیح داده شد، سرمایه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی از سهام شرکت سرمایه‌گذاری استانی شکل گرفته و سرمایه شرکت سرمایه‌گذاری استانی نیز سببی از سهام شرکت‌های واگذارشده در قالب طرح توزیع سهام عدالت است بنابراین سودی که هریک از شرکت‌های مورد واگذاری در یک سال مالی برای سهام‌داران خود تعیین می‌کنند به سبد هریک از شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی وارد می‌شود و از آنجاکه شرکت‌های تعاونی عدالت شهرستانی نیز سهام‌دار شرکت سرمایه‌گذاری استانی هستند، سود شرکت سرمایه‌گذاری استانی نیز پس از

^۱. اندوخته قانونی: پس‌اندازی است که مبلغی معادل حداقل پنج درصد سود خالص شرکت در هر سال مالی با تصویب مجمع عمومی عادی در آن ذخیره می‌شود تا در مواقع اضطراری و احتیاج از آن استفاده شود (بند ۱ ماده ۲۵ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران).

تعیین در سال مالی بین هریک از شرکت‌های تعاونی عدالت شهرستانی سهام‌دار آن، توزیع می‌شود و در نهایت شرکت تعاونی عدالت شهرستانی در پایان سال مالی خود، سودی را که عایدش شده است به ترتیب مقرر در اساسنامه‌اش و مطابق با مقررات قانونی میان دارندگان سهام عدالت توزیع می‌نماید. سود مزبور همگن است بدین معنا که سهم هریک از شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی از شرکت‌های مورد واگذاری متناسب با تعداد اعضای تعاونی عدالت شهرستانی آن استان تعیین شده بود؛ پس سود توزیعی بین اعضا در شرکت‌های تعاونی عدالت شهرستان‌های مختلف یکسان خواهد بود. در نتیجه مشمولان استان‌ها با یکدیگر و گروه‌های مختلفی که در شمول طرح قرار می‌گیرند هیچ تفاوتی ندارند. البته این امر تا زمانی است که شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی به نقل و انتقال سهام موجود در سبد خود نپرداخته‌اند چرا که با نقل و انتقال سهام، ترکیب سبد و پرتفوی آن‌ها تغییر می‌کند. بنابراین شرکت‌های سرمایه‌گذاری استان‌های مختلف بر اساس تصمیمی که در خصوص خرید یا فروش اوراق بهادار مختلف در بازار سرمایه بگیرند، سود متفاوتی را نیز خواهند برد که این امر نیاز به مدیریت تخصصی و آشنایی کامل با نوسانات بازار سرمایه و چگونگی نقل و انتقال سهام دارد.

سود سالانه هریک از شرکت‌های عرضه‌شده در سبد سهام عدالت متفاوت است. بنابراین سود کل در پایان هر سال مالی محاسبه و پنج درصد آن بابت اقساط سهام عدالت، کسر و بقیه برای توزیع بین سهام‌داران به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی پرداخت می‌شود.

نحوه پرداخت سود قابل تقسیم در بند ۵ ماده ۵۸ نمونه اساسنامه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی به نسبت سهام اعضای شرکت پیش‌بینی شده است لیکن در خصوص مدت پرداخت سود به دارندگان سهام عدالت پس از تصمیم مجمع عمومی راجع به تقسیم سود، قانون ساکت است. به نظر می‌رسد که همچون شرکت‌های سهامی باید مقنن حداکثر مهلت پرداخت را تعیین می‌نمود.^۱

^۱ . در ماده ۲۴۰ لایحه اصلاح قانون تجارت درباره تعیین مهلت پرداخت سود به صاحبان سهام مقرر می‌دارد: ... در هر حال پرداخت سود به صاحبان سهام باید ظرف هشت ماه پس از تصمیم مجمع عمومی راجع به تقسیم سود انجام پذیرد.

نکته قابل تأمل پیرامون شرط حذف کامل سود علیه برخی از دارندگان سهام عدالت این است که شرطی غیرمعتبر و ممنوع است چراکه چنین برداشت می‌شود که اعضای شرکت قصد انعقاد قرارداد شرکت نداشته‌اند.^۱

هریک از دارندگان سهام عدالت می‌تواند علیه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی به خواسته الزام شرکت به محاسبه سود، تعیین سود قابل تقسیم و پرداخت آن اقامه دعوا نماید. هرچند قانون اصل ۴۴، تصریحی به این حق ندارد از عمومات قواعد آیین دادرسی مدنی می‌توان جواز اقامه دعوا علیه شرکت را استنباط نمود.^۲

در واقع از تاریخ تصمیم‌گیری مجمع عمومی در مورد اختصاص سود به اعضا، دارندگان سهام بابت سود اختصاص یافته به خود، طلبکار شرکت تلقی می‌شوند و در صورت ورشکستگی شرکت نیز در ردیف دیگر طلبکاران شرکت، در غرما قرار می‌گیرند.

شرکت نمی‌تواند در غیر موارد مذکور، تقسیم سود نماید زیرا هر سودی که بدون رعایت مقررات قانونی تقسیم شود، منافع موهوم^۳ تلقی می‌شود و مدیران شرکت، با اعلام وزارت تعاون به دادگاه صالح مبنی بر تخلف در اداره شرکت و احراز آن توسط دادگاه از مدیریت معلق می‌گردند.^۴

هریک از اعضای شرکت تعاونی عدالت شهرستانی نیز می‌توانند با مشاهده تخلف در اداره شرکت که از مصادیق آن، تقسیم نادرست سود است شکایت خود را به بازرسان شرکت اعلام نماید و در صورت عدم اخذ نتیجه و باقی‌بودن بر شکایت با وزارت تعاون مکاتبه کند. هیئت‌مدیره شرکت مکلف به اجرای نظر وزارت تعاون می‌باشند که به صورت کتبی و رسمی ابلاغ می‌شود.^۵

۱-۳. حق دارندگان سهام عدالت نسبت به سرمایه شرکت تعاونی عدالت

شهرستانی

در این قسمت حق دارنده سهام عدالت نسبت به سرمایه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی در سه بخش حق تقدم در خرید سهام جدید، حق دریافت حقوق و مطالبات

۱. صقری، منصور، تعریف شرکت تجاری، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱، ص. ۱۹۷.

۲. کاویانی، پیشین، ص. ۲۴۲.

۳. منافع موهوم: منفعی که شرکت بازرگانی بدون رعایت قانون برخلاف واقع نشان دهد، در منافع واقعی نامیده می‌شود. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ پنجم، گنج دانش، ۱۳۷۰).

۴. بند ۱۷ ماده ۶۶ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران.

۵. ماده ۵۴ نمونه اساسنامه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی.

با لغو عضویت و همچنین حق تملک سرمایه شرکت پس از انحلال آن را بررسی می‌شود.

۴-۱. حق تقدم در خرید سهام جديد

مستنبط از ماده ۳۵ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران که تصمیم‌گیری در خصوص تغییر مواد اساسنامه را در صلاحیت مجمع عمومی فوق‌العاده قرار داده است، به تجویز افزایش سرمایه توسط مقنن پی می‌بریم. برای افزایش سرمایه روش‌های متعددی وجود دارد که یکی از آن موارد، افزایش سرمایه از طریق صدور سهام جدید است.

هرچند که قانون اصل ۴۴، درباره حق تقدم دارای حکمی نیست مناسب به نظر می‌رسد که مفاد تصمیم شرکت، جبران‌کننده سکوت قانون باشد. در نمونه اساسنامه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی نیز به جواز این روش اشاره‌ای نشده است لیکن با توجه به فقدان دلیلی برای ممانعت، مجمع عمومی فوق‌العاده می‌تواند به هنگام تصمیم‌گیری برای افزایش سرمایه شرکت، روش صدور سهام جدید را انتخاب نموده و دارندگان سهام عدالت را در خرید سهام جدید دارای حق تقدم اعلام نماید.

ماده ۱۶۲ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، اختیار مجمع عمومی فوق‌العاده را قابل تفویض به هیئت‌مدیره می‌داند. بدیهی است که در شرکت تعاونی عدالت شهرستانی نیز مانعی برای این امر وجود ندارد بالاخص آنکه اساسنامه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی نیز تفویض اختیار را منع ننموده است.

اعمال حق تقدم مستلزم اطلاع دارندگان سهام عدالت از تصمیم مذکور است و از آنجاکه ممکن است برخی از اعضای شرکت تعاونی عدالت شهرستانی در جلسه مجمع عمومی فوق‌العاده حضور نداشته باشند، باید تصمیم مذکور به طریقی که در قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران و همچنین در نمونه اساسنامه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی تعیین شده است به اطلاع اعضای شرکت برسد. هرچند که قانون و مقررات مربوطه پیرامون اطلاع‌رسانی این موضوع - حق تقدم - تصریحی ندارد لیکن مجوز پنهان‌کاری نیست.

۱-۵. حق دریافت حقوق و مطالبات عضو با لغو عضویت

لغو عضویت در شرکت تعاونی به هنگام فوت (برای اشخاص حقیقی)، استعفا، انحلال (برای اشخاص حقوقی) و اخراج عضو متصور است. در این موارد باید سهم و کلیه حقوق و مطالبات عضو برابر مقررات اساسنامه و قرارداد منعقدۀ محاسبه و به دیون تعاونی

تبدیل شود و پس از کسر بدهی وی به تعاونی، به او یا ورثه‌اش حداکثر ظرف مدت سه ماه پرداخت شود.^۱

بنابراین از آنجاکه ملاک در محاسبه، مقررات اساسنامه و قرارداد منعقد شده است به نمونه اساسنامه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی رجوع می‌کنیم که در ماده ۱۷ نمونه اساسنامه مزبور، نحوه محاسبه ارزش سهام عضو را بر اساس ارزش روز سهام تعیین نموده است.

شایان ذکر است که کلیه دیونی که عضو به شرکت تعاونی عدالت شهرستانی دارد ممکن است حال نبوده بلکه مؤجل باشد. در این صورت کسرکردن دیون مؤجل به علت نرسیدن موعد پرداخت، قاعدتاً ممکن نیست چراکه اجل آن فرا نرسیده است لیکن در مواردی که مقنن صراحتاً به حال شدن دین تصریح نموده یا خود مشروطه از اجل باقی مانده صرف نظر نماید، حال شدن دین ممکن می‌شود. در خصوص فوت شخص مطابق ماده ۲۳۱ قانون امور حسبی که مقرر می‌دارد: «دیون مؤجل متوفی بعد از فوت، حال می‌شود»، نص قانونی وجود دارد. لیکن مستنبط از ماده ۱۵ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران درباره استعفا، انحلال یا اخراج عضو، چنین برداشت می‌شود که مقنن از عبارت «تبدیل شدن کلیه حقوق و مطالبات به دیون تعاونی و کسر بدهی عضو از آن»، حال شدن دیون مؤجل عضو را مدنظر داشته است.

۱-۶. حق تملک سرمایه شرکت پس از انحلال شرکت و طی تشریفات

با ایجاد شرکت هرچند سرمایه در مالکیت شخصیت حقوقی شرکت است اما این امر مانع از آن نیست که پس از انحلال شرکت و تأدیه کلیه دیون، آنچه از سرمایه شرکت باقی می‌ماند بین دارندگان سهام شرکت توزیع شود. در مقام تشبیه می‌توان گفت سرمایه باقی مانده به منزله ارث شرکت بوده و به نسبت سهام میان اعضای شرکت تعاونی عدالت شهرستانی تقسیم می‌شود.

با عنایت به ماده ۶۲ نمونه اساسنامه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی که انحلال شرکت را تابع ضوابط مقرر در قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران دانسته است باید فروض انحلال شرکت تعاونی عدالت شهرستانی را در ماده ۵۴ قانون مزبور بررسی نمود: «شرکت‌ها و اتحادیه‌های تعاونی در موارد ذیل منحل می‌شوند:

۱- تصمیم مجمع عمومی فوق‌العاده

^۱. ماده ۱۵ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران.

۲- کاهش تعداد اعضا از حد نصاب مقرر در صورتی که حداکثر ظرف مدت ۳ ماه تعداد اعضا به نصاب مقرر نرسیده باشد.

۳- انقضای مدت تعیین شده در اساسنامه مربوط در صورتی که در اساسنامه مدت تعیین شده باشد و مجمع عمومی مدت را تمدید نکرده باشد.

۴- توقف فعالیت بیش از یک سال بدون عذر موجه.

۵- عدم رعایت قوانین و مقررات مربوط پس از ۳ بار اخطار کتبی در سال به وسیله وزارت تعاون طبق آیین نامه مربوط

۶- ورشکستگی طبق قوانین مربوط»

در توضیح بند ۲ ماده مذکور باید گفت که حداقل و حداکثر تعداد عضو در تعاونی‌ها مطابق ماده ۶ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران به نسبت سرمایه، فرصت اشتغال، نوع فعالیت و رعایت اصل عدم تمرکز ثروت توسط آیین نامه مصوب وزارت تعاون تعیین می شود که به هر حال تعداد اعضا نباید کمتر از ۷ نفر باشد. با عنایت به ماده ۵ نمونه اساسنامه شرکت تعاونی عدالت شهرستانی، شرکت مزبور به صورت نامحدود از تاریخ ثبت تشکیل می شود. بنابراین بند ۳ ماده فوق الذکر موضوعاً منتفی است.

در خصوص تشریفات لازم جهت انحلال شرکت باید عنوان نمود که بر اساس تبصره ۱ ماده ۵۴ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران پس از اعلام انحلال و ثبت آن در اداره ثبت محل، تصفیه مطابق قانون تجارت صورت می گیرد. بدین ترتیب چنانچه مجمع عمومی فوق العاده یا وزارت تعاون، رأی به انحلال شرکت تعاونی سهام عدالت بدهند، ظرف یک ماه سه نفر را جهت تصفیه امور تعاونی انتخاب و به اداره ثبت محل معرفی می کنند تا بر طبق قانون نسبت به تصفیه شرکت اقدام نمایند.

ماده ۱۷ قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران که بیان می دارد: «شرکت های تعاونی، شرکت هایی هستند که تمام یا حداقل ۵۱٪ سرمایه به وسیله اعضا در اختیار شرکت تعاونی قرار می گیرد و وزارتخانه ها، سازمان ها، شرکت های دولتی و وابسته به دولت و تحت پوشش دولت، بانک ها، شهرداری ها، شوراهای اسلامی کشوری، بنیاد مستضعفان و سایر نهادهای عمومی می توانند جهت اجرای بند ۲ اصل ۴۳ از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگر از قبیل مشارکت، مضاربه، مزارعه، مساقات، اجاره، اجاره به شرط تملیک، بیع شرط، فروش اقساطی، صلح، اقدام به کمک در تأمین و یا افزایش سرمایه شرکت های تعاونی نمایند بدون آنکه عضو باشند». مستنبط از این ماده، معلوم می شود که بخشی از سرمایه شرکت های تعاونی می تواند

متعلق به اعضای آن نباشد. بنابراین به هنگام انحلال شرکت باید قبل تقسیم سرمایه شرکت میان اعضا، به حکم ماده ۵۶ قانون مذکور به تعهداتی که شرکت در برابر اخذ سرمایه، اموال و امتیازات از منابع عمومی، دولتی، بانک‌ها و شهرداری‌ها نموده است، عمل کند. همچنین کلیه اموالی که از منابع عمومی دولتی در اختیار تعاونی قرار گرفته با انحلال آن باید مسترد شود.

تقسیم مانده سرمایه میان اعضای شرکت تعاونی عدالت شهرستانی، جزئی از وظایف مدیر تصفیه است با این توضیح که شخصیت حقوقی شرکت باقی بوده و دارندگان سهام عدالت ناگزیرند برای اعمال حق خویش در فرض عملکرد نادرست مدیر تصفیه، علیه وی اقامه دعوا نمایند.

۲. تأثیرات قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۴-۱۳۹۰) بر حقوق مالی دارندگان سهام عدالت

تصویب قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۴-۱۳۹۰)، تغییرات مهمی در حقوق مالی دارندگان سهام عدالت و به‌طور کلی طرح توزیع سهام عدالت ایجاد نمود. این گفتار به جهت اهمیت و جدیدبودن ضوابط قانونی مذکور به بررسی این تحولات اختصاص یافته است.

۲-۱. عدم پرداخت سود تا تأدیه کامل اقساط معوقه

سازمان خصوصی‌سازی مطابق ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی توزیع سهام عدالت مصوب ۸۷/۱۱/۲۷ شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، موظف شده بود ثمن حاصل از فروش سهام متعلق به دولت و شرکت‌های دولتی به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی را از محل سود سالانه تسویه نماید. در ابتدا نیز رویه عملی سازمان خصوصی‌سازی بدین صورت بود که از سود شرکت‌های مورد واگذاری نیمی را بابت بهای سهام مورد واگذاری به حساب خزانه و نیمی دیگر را جهت توزیع میان سهام‌داران هر شرکت سرمایه‌گذاری استانی در نظر گرفته بود. این روال تا حدودی قابل توجیه بود چراکه مطابق تبصره ۲ ماده ۶ آیین‌نامه مذکور مقرر شده بود: «... چنانچه میزان سود دریافتی در هر سال تکافوی میزان اقساط دریافتی همان سال را ننماید، بدهی خریداران سهام از سود دریافتی سنوات بعد قابل تسویه خواهد بود». بنابراین امکان انتقال بدهی خریداران سهام به سنوات بعدی از این مقررره برداشت می‌شد لیکن پس از مدتی سازمان خصوصی‌سازی بدین نتیجه رسید که امکان پرداخت بهای سهام

مورد واگذاری در مهلت قانونی ده ساله وجود ندارد.^۱ با این روال میزان اقساط سررسید شده و پرداخت نشده به حساب خزانه به رقم قابل توجهی رسید به طوری که در دومین گزارش کمیسیون ویژه نظارت و پیگیری اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی درباره سهام عدالت به عنوان پیشنهاد مقرر شد که دولت نسبت به دریافت مانده سود سهام عدالت از شرکت‌های سرمایه‌پذیر از یک طرف و پرداخت اقساط باقی مانده سهام به خزانه دولت از سوی دیگر، اقدام لازم را معمول دارد.

با تصویب تبصره ۱ ماده ۱۰۰ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، پرداخت هرگونه سود سهام تا سقف اقساط سررسید شده، ممنوع اعلام شد. بنابراین کلیه سود شرکت‌های مورد واگذاری تا زمانی که اقساط سررسید شده را پوشش ندهد به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی پرداخت نشده و بالتبع دارندگان سهام عدالت نیز سودی را دریافت نخواهند نمود تا تمامی اقساط معوق به حساب خزانه پرداخت شود.

۲-۲. کاهش مهلت پرداخت اقساط سهام مورد واگذاری

مطابق تبصره ۳ ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی توزیع سهام عدالت مقرر شده بود: «در صورتی که در پایان دوره تقسیط، بهای سهام مورد واگذاری به طور کامل تسویه نشده باشد، خریداران مکلف‌اند حداکثر ظرف مدت شش ماه، رأساً نسبت به پرداخت بدهی و تسویه حساب سهام مورد خریداری اقدام کنند. در غیر این صورت، سازمان خصوصی‌سازی به میزان مبلغ بدهی تسویه شده، سهام مورد وثیقه را آزاد می‌نماید و نسبت به وصول مطالبات خود از محل فروش سهام باقی مانده وفق مقررات اقدام خواهد نمود». بدین ترتیب روال مذکور در پایان مدت ۱۰ ساله اقساط باید اعمال می‌شد؛ حال آنکه با تصویب تبصره ۲ ماده ۱۰۰ قانون پنج ساله پنجم توسعه پیش‌بینی شده است: «سازمان خصوصی‌سازی پس از تأیید هیئت واگذاری می‌تواند به میزان اقساط معوق و سررسید شده با رعایت دوره شش ماهه پس از مهلت قانونی و اعلام به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی، سهام وثیقه نزد خود را برای وصول اقساط معوق تملک نماید». بنابراین پس از دوره شش ماهه از مهلت قانونی شرکت‌های مورد واگذاری برای پرداخت سود به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی با تأیید هیئت واگذاری به میزان اقساط معوق و سررسید شده، سهام وثیقه نزد سازمان خصوصی‌سازی برای وصول اقساط معوق به

^۱. جوابیه سازمان خصوصی‌سازی به روزنامه همشهری، منعکس در گزارش ۱۳۹۰/۲/۱۰ با موضوع سهام عدالت.

تملك دولت درمی‌آید. بنابراین با این مقرر، مهلت ۱۰ ساله برای پرداخت اقساط سهام واگذارشده به مهلت ۶ ماهه پس از مهلت قانونی شرکت‌ها در پرداخت سود^۱، کاهش یافت.

۲-۳. تخفیف در بهای سهام مورد واگذاری

تخفیف به هریک از شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی در بهای سهام مورد واگذاری بالتبع موجبات کاهش اقساط هریک از دارندگان سهام عدالت می‌شود. در ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی توزیع سهام عدالت که مقرر می‌دارد: «... سازمان خصوصی‌سازی می‌بایستی در قراردادهای منعقدۀ تصریح نماید ثمن معامله از محل سود سالانه شرکت‌های واگذارشده تسویه خواهد شد و متناسب با سود دریافتی یا تخفیفات اعطایی و بلافاصله پس از آن نسبت به تسویه و آزادسازی آن بخش از سهام که بهای آن توسط سازمان مذکور وصول یا مشمول تخفیف می‌شود، اقدام خواهد شد» به‌طور ضمنی امکان اعطای تخفیف به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی پیش‌بینی شده لیکن میزان اعمال تخفیف و ضوابط آن مشخص نشده بود.

با تصویب ماده ۱۰۰ قانون پنج‌ساله پنجم توسعه پیش‌بینی شد که دستورالعملی مرتبط با تخفیف به تصویب هیئت واگذاری برسد. در ماده مزبور مقرر شده است: «در اجرای ماده ۳۴ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی آن دسته از دریافت‌کنندگان سهام عدالت که قبل از پایان دوره تقسیط خود و یا از طریق شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی، مابه‌التفاوت اقساط باقی‌مانده بهای سهام دریافتی خود را پرداخت نمایند، می‌توانند از تخفیف در بهای سهام برای دوره‌های باقی‌مانده برخوردار شوند. دستورالعمل تخفیف و نحوه انتقال سهام با پیشنهاد سازمان خصوصی‌سازی به تصویب هیئت واگذاری می‌رسد».

دستورالعمل تخفیف و نحوه انتقال سهام به دریافت‌کنندگان سهام عدالت در تاریخ ۱۳۹۰/۹/۱۹ به تصویب هیئت واگذاری رسید. مطابق ماده ۴ دستورالعمل، میزان اقساط سالیانه برابر با حاصل تقسیم کل بدهی شرکت سرمایه‌گذاری استانی به سال‌های باقی‌مانده از ابتدای سال ۱۳۹۰ خواهد بود و در صورتی که شرکت مذکور هر مبلغ از اقساط باقی‌مانده خود را قبل از موعد به سازمان خصوصی‌سازی پرداخت و تسویه نماید، به تناسب مبلغ پرداخت‌شده و مدت زمان تسریع در پرداخت اقساط از دوازده درصد تخفیف سالیانه برخوردار خواهند بود.

۱. ماده ۲۴۰ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴.

بر اساس دستورالعمل مزبور به منظور محاسبه مبلغ، مدت اقساط و تخفیفات سهام واگذار شده به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی، در مورد شرکت‌های سرمایه‌پذیری که انتقال حقوق مالکیت در مصوبات مراجع قانونی تصریح شده است، تاریخ ابلاغ مصوبات و در مورد سایر شرکت‌ها، تاریخ انعقاد قرارداد سازمان خصوصی‌سازی، مبنای احتساب اقساط و سایر حقوق مالکیت در نظر گرفته می‌شود.

در این راستا سازمان خصوصی‌سازی مکلف شده است سالانه اطلاعات مربوط به میزان سود مصوب و دریافت شده، میزان و مبالغ تخفیفات اعمال شده، اقساط باقی مانده آتی و مبالغ اقساط معوق را در مورد هریک از شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی به این شرکت‌ها اعلام نماید و متناسب با اقساط پرداخت شده و با در نظر گرفتن تخفیفات مربوط، ظرف مدت سه ماه نسبت به آماده‌سازی و انتقال سهام اقدام نماید.

نتیجه

حقوق مالی دارندگان سهام عدالت در مقایسه با حقوق غیرمالی آنان همواره بیشتر مورد توجه و نقد بوده است چراکه هدف اصلی از اجرای طرح توزیع سهام عدالت، توانمندسازی اقشار کم‌درآمد مطرح شده بود. هرچند توزیع سهام عدالت را یکی از شیوه‌های خصوصی‌سازی بنگاه‌های دولتی می‌نامند تناسبی با اهداف کلان خصوصی‌سازی نداشته و به سیاست‌های عدالت توزیعی نزدیک‌تر است.

در مختصات این طرح، انتظار دارندگان سهام عدالت، همواره دریافت سود است چراکه عمده‌تأ از اقشار آسیب‌پذیر جامعه هستند و دغدغه‌ای نسبت به جنبه سرمایه‌ای بودن این اوراق بهادار و مشارکت در بهبود عملکرد شرکت‌ها ندارند. به همین جهت شرکت‌های مورد واگذاری که سهام‌دارانشان شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی هستند همواره مجبور به جلب نظر سهام‌داران خود و تأدیه سود نقدی بوده‌اند. لذا کمتر به طرح‌های توسعه‌ای در شرکت و افزایش کارایی آن نظر دارند و این روال موجب می‌شود در اثر گذر زمان، شرکت مستهلک شده یا به طرح‌های توسعه‌ای نپردازد. این امر همواره از سوی اقتصاددانان به‌عنوان آفت طرح گوشزد شده است.

از سوی دیگر، برخی مجریان با به مقرر مذکور در بند ۱ گزارش نهایی کمیسیون ویژه نظارت و پیگیری اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی مورخ ۸۹/۷/۱۹ متوسل شدند که اعلام می‌کند: «مطابق با مواد ۳۴ تا ۳۸ قانون اصلاح برنامه چهارم و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، قانون تفسیر نحوه اجرای ماده ۳۵ این قانون و آیین‌نامه اجرایی سهام عدالت مصوب ۱۳۸۸/۱/۲۹ شورای عالی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، هر چه سریع‌تر مضمولین بندهای (الف) و (ب) ماده ۳۴ به‌عنوان سهام‌داران شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی ساماندهی شوند و با ورود آن‌ها به بورس در قالب شرکت‌های سهامی عام و فعال‌شدن کانون سهام عدالت، امکان مالکیت کامل و مدیریت مردم در سهام عدالت فراهم گردد». این مجریان به این ترتیب، اقدام به حذف شرکت‌های تعاونی عدالت شهرستانی نمودند به‌گونه‌ای که مردم مستقیماً سهام‌دار شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی باشند. حال آنکه گزارش مذکور به دلایل ذیل نمی‌تواند تغییری در ارکان و فرآیند اجرایی طرح توزیع سهام عدالت ایجاد نماید:

- عنوان گزارش «پیشنهادهای و راه‌حل‌های مربوط به سهام عدالت» بوده که حاکی از پیشنهاد بودن بندهای آن است.
- متن بند مذکور به‌صراحت بر رعایت قوانین و مقررات تأکید دارد.

- گزارش، امکان تغییر و نسخ قوانین تصویب شده و مقررات مرتبط با آن را ندارد.

بنابراین هرگونه اقدام در جهت حذف هریک از ارکان طرح توزیع سهام عدالت، نیاز به تصویب قانون داشته و اقدام خلاف قوانین برای متولیان مسئولیت خواهد داشت. بدین ترتیب عدم رعایت مفاد قانونی به حقوق مکتسبه دارندگان سهام عدالت خدشه وارد می‌کند.

هرچند با تغییراتی که قانون اصل ۴۴ در ارکان و فرآیند اجرایی طرح توزیع سهام عدالت ایجاد نمود، شبهه باقی‌ماندن دولت بر منصب مدیریت شرکت‌های مورد واگذاری برطرف شد، دولت هم باید پایبند به قانون باشد و موضوع مدیریت تخصصی شرکت‌ها را محملی برای استمرار مدیریت دولتی قرار ندهد

در این طرح، دارندگان سهام عدالت، انتظار به حق در خصوص دریافت سود را در هر سال دارند به گونه‌ای که کاسته شدن از میزان آن در سال‌های مختلف می‌تواند ایشان را از اهداف طرح که توزیع ثروت بین اقشار مختلف مردم عنوان شده، به کلی ناامید سازد. لذا راهکار ذیل، ضمن پاسخ‌گویی به این انتظار دارندگان سهام عدالت، ایراد فقدان مدیریت تخصصی شرکت‌ها و عدم توجه به طرح‌های توسعه‌ای در شرکت‌های مورد واگذاری را نیز پوشش می‌دهد.

راهکار مذکور بر سه مؤلفه استوار است: ۱- شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی ۲- کانون ۳- شرکت‌های هلدینگ.

بدین توضیح که شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی به کانون وکالت دهند که بر اساس آن به نمایندگی از طرف ایشان، اقدام به اجاره سهام به شرکت‌های هلدینگ نماید و طی قرارداد اجاره، مبلغی را به عنوان اجاره بها با درصدی افزایش در هر سال برای مدت معین - به عنوان مثال ده سال - منعقد نماید که کانون از محل اجاره بها، بخشی را جهت پرداخت اقساط مربوط به قرارداد واگذاری سهام به سازمان خصوصی سازی کسر نموده و باقی مانده را به شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی پرداخت نماید.

با این توضیح که مستأجر یعنی شرکت هلدینگ از منفعت سهام اعم از حق رأی و سود آن بهره‌مند شده و در مقابل، اجاره بها می‌رساند معینی را به دارندگان سهام عدالت پرداخت می‌کنند. با این راهکار، حق رأی در موضوعات مختلف از جمله انتخاب مدیریت شرکت‌های مورد واگذاری را به شرکت هلدینگ داده و شرکت مزبور می‌تواند افراد با توان مدیریت بالا، حائز تخصص مرتبط و آشنا به بازار سرمایه را انتخاب نماید.

مزیت دیگر آنکه شرکت مزبور به کارایی شرکت‌های مورد واگذاری نیز توجه داشته و صرفاً به کسب سود سالانه نظر نخواهد داشت بلکه برنامه منسجمی را برای عمران، توسعه شرکت و افزایش کارایی در نظر می‌گیرد. البته در قرارداد اجاره مناسب است مدت به‌صورتی در نظر گرفته شود که امکان اعمال برنامه‌های بلندمدت توسط مستأجر باشد.

این راهکار مزیت دیگری نیز دارد و آن حفظ مالکیت سهام برای شرکت‌های سرمایه‌گذاری استانی و شرکت‌های تعاونی عدالت شهرستانی و بالتبع دارندگان سهام عدالت است به‌گونه‌ای که سهام در مالکیت این افراد به‌عنوان سرمایه بوده و در سال‌های آتی با گسترش فرهنگ سهام‌داری، حضور مستقیم ایشان در بازار سرمایه را شاهد خواهیم بود.

منابع:

الف - فارسی

- آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری؛ سازمان و صلاحیت مراجع کیفری، جلد دوم، چاپ یازدهم، نشر سازمان چاپ و انتشارات، ۱۳۸۸.
- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد دوم، چاپ هشتم، سمت، ۱۳۸۵.
- پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، چاپ دوم، سمت، ۱۳۸۶.
- تفرشی، عیسی، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، جلد اول، نشر دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ پنجم، گنج دانش، ۱۳۷۰.
- حسنی، حسن، حقوق تعاونی‌ها، سمت، ۱۳۸۱.
- حقیقی، ایمان، تجزیه و تحلیل طرح واگذاری سهام عدالت، مجله راهبرد یاس، شماره ششم، ۱۳۸۵.
- خزاعی، حسین، حقوق تجارت؛ شرکت‌های تجاری، جلد دوم، نشر قانون، ۱۳۸۵.
- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد سوم، چاپ سوم، دادگستر، ۱۳۷۸.
- شفیعی، اکرم‌السادات، شرایط و آثار نقل و انتقال سهام در شرکت‌های سهامی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۶.
- شهری، غلامرضا و سروش ستوده جهرمی، نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران در مسائل کیفری از سال ۱۳۷۲ تا ۱۳۷۳، جلد دوم، نشر روزنامه رسمی، ۱۳۷۵.
- صقری، منصور، تعریف شرکت تجاری، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱.
- عطایی، امید، بررسی مبانی قانونی واگذاری سهام عدالت، گزارش دفتر مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۸.
- فلاح تفتی، زینب، اداره سهام عدالت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹.

-
- کابلی‌زاده، احمد، خصوصی‌سازی مردمی؛ کارایی همراه با عدالت، نشر مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴.
 - کاویانی، کورش، حقوق شرکت‌های تجاری، میزان، ۱۳۸۶.
 - کوزه‌چی، هادی و محمد امین زرگرزاده، پیشنهادهایی برای بهبود ساختار طرح سهام عدالت، مجله سیاسی اقتصادی، شماره ۲۴-۲۴۴، ۱۳۸۶.

ب - انگلیسی

- Wolfgang Aussenegg, **Going Public in Poland: Case - by - Case Privatizations, Mass Privatization and Private Sector Initial Public Offerings**, Vienna University of Technology, Final First Draft, December 1999.
- David Ellerman, **Voucher Privatization with Investment Funds: An Institutional Analysis**, World Bank, May 1924.

Comparative Study of Reformation Strategies Outside of Iranian and Canadian Criminal Environments

Shahram Ebrahimi

Abdollah Ezadi

Reformation strategies might be categorized into three levels in terms of the stage of its performance topic. In the stage of outside of criminal environment, the three strategies of supporting the set free prisoner, developing the community-oriented punishments and oversight and controlling and practicing function. The existing examples in Canada indicate the local, intellectual, and religious-oriented nature of support strategy; the rule-oriented nature of the development of community-oriented punishments strategy; and the comprehensive and purposeful nature of oversight control and practice strategy. In other words, the existence of a strategic discipline is apparent in this system. As for that of Iran, though the strategy of developing community-oriented punishments has currently been advocated, the necessary conditions to practice them are not available and therefore, its failure is not a surprise. Besides, the strategy of support has not welcome in practice. Regarding the oversight, control, and practice strategy, notwithstanding various organizations, effective and purposeful elements have been ignored by law makers. In general, with regard to evaluating the Iranian reformation strategies, strategic pretence is its salient feature.

Keywords:

Strategy; Reformation, Support, Community-Oriented Punishments, Oversight.

Parallel Proceedings in Foreign Investment Disputes and Preventing them

Shahab Jafari nadoshan

Abstract:

Parallel Proceedings, which can be described in short as commencing arbitration and/or litigation regarding related disputes in different dispute settlement forums or mechanisms, most of the time in investment disputes, are caused by the myriads of dispute settlement forums and procedures stipulated in investment contracts and investment treaties. In spite of the corrosive consequences of the Parallel Proceedings, battling the deleterious effects of it, is not fully developed and yet needs complete attention of the disputing parties to the contractual methods, especially prior to the stage of arising an actual dispute. Arbitral tribunals have developed some principles and mechanisms to battle Parallel Proceedings, most of which require parties' consideration or initiative to be fully functional. Battling parallel proceedings throughout the period of enforcement of the award involves so many difficulties which in turn show the significance of confronting it prior to the stage of the enforcement of the award.

Keywords:

Parallel Proceedings, Investment Disputes, Forum Shopping, Arbitration, Jurisdiction.

**Legal Nature of Transferring Debts within Merging
Public Companies and its impacts on Non-shareholder
Creditors and Debtors**

Mahdi Rashvand Bokani

Mohsen Rejali

Amin Badee Sanaye Esfahani

Abstract:

One of the most noteworthy subjects in the area of merging companies is determination of its effects and consequences on the market, shareholders, non-shareholder creditors and debtors and even consumers. Public companies, however, take precedence over these subjects. Merger is (a course of action by which several companies establish a new single legal entity or are merged within another existing legal entity, as well as eliminating their own legal entity) and as a result, all the assets, claims, debts and obligations of the merged company are transferred to the merging company. Inclination toward merger is considerably high among public companies due to its various advantages. In this paper, we have addressed nature-discernment of debts transfer from a merged company to the merging company and therefore with analyzing and comparing the theories regarding debt transfer, credit transfer, obligation alteration and succession, we have examined merger effects of companies on the rights and obligations of non-shareholder creditors and debtors and have also bolstered the well-known opinion. Needless to say, selection of any opinions mentioned above, would have different legal impacts on those people and consequently companies' shareholders, being parties in the merger contract.

Keywords:

Merger, Public companies, Debt transfer, Credit transfer, Obligation alteration, Succession.

**The Criterion Of Separation Between " Non-Mentioned
Hodood" and "Definite Tazir" in the Islamic Penal Code
of 2013**

**Hamed Rahmaniyan
Mohammd jafar Habibzadeh**

Abstract

The phrase “Hodood that are not mentioned in this code” in Article 220 of Islamic Penal Code of 2013 and “Shar’i definite Tazir” in Article 115 of this code are ambiguous from Fiqh and legal viewpoint, then we have to resort to interpretation for recognizing their instances, In this regard, three interpretations are possible, First, restricting “Hodood” to six famous types and allocating definite Ta’zir to punishments with definitive cause, kind and amount, Second, allocating Hodood to punishments with definite kind and amount and cause and allocating definite Ta’zir to punishments with definite cause and indefinite kind and amount, Third, allocating Hodood to punishments with definite cause and kind and amount of certain definite punishment and allocating definite Ta’zir to certain indefinite cause and kind and amount, In this article we consider different views and finally choose third interpretation as a non-instrumentalist one that has the highest moral acceptance, This accepted interpretation is consistent with rule of law and other certain legal principles,

Key Words:

Rule of law, Interpretation of law, Hadd, Ta’zir, Islamic Penal Code of 2013.

The Impact of Victim's Predisposition on Civil Liability of Tortfeasor

Abbas Mirshekari

Nafise Shooshinasab

Abstract

In this research we have tried to investigate if the victim's predisposition would influence civil liability of tortfeasor. In exact words "Predisposition" means the unusual physical situation of the victim before damages are incurred to him. Sometimes the tortfeasor intensify victim's unusual situation and sometimes he changes the nature of his disability. We reached to a conclusion according to which, except causing perfect blindness which is effective in intensifying tortfeasor's liability, in other situations, predisposition is effective in reducing tortfeasor's liability. As a result, we should suffice to strict interpretation in the case of blindness.

Keywords:

Blood Money, Civil Liability, Islamic Penal Law, Predisposition, Victim

Comparative Study of Reformation Strategies Outside of Iranian and Canadian Criminal Environments

Shahram Ebrahimi

Abdollah Ezadi

Abstract

Reformation strategies might be categorized into three levels in terms of the stage of its performance topic. In the stage of outside of criminal environment, the three strategies of supporting the set free prisoner, developing the community-oriented punishments and oversight and controlling and practicing function. The existing examples in Canada indicate the local, intellectual, and religious-oriented nature of support strategy; the rule-oriented nature of the development of community-oriented punishments strategy; and the comprehensive and purposeful nature of oversight control and practice strategy. In other words, the existence of a strategic discipline is apparent in this system. As for that of Iran, though the strategy of developing community-oriented punishments has currently been advocated, the necessary conditions to practice them are not available and therefore, its failure is not a surprise. Besides, the strategy of support has not welcome in practice. Regarding the oversight, control, and practice strategy, notwithstanding various organizations, effective and purposeful elements have been ignored by law makers. In general, with regard to evaluating the Iranian reformation strategies, strategic pretence is its salient feature.

Keywords:

Strategy; Reformation, Support, Community-Oriented Punishments, Oversight.

Contents

◆Comparative Study of Reformation Strategies Outside of Iranian and Canadian Criminal Environments	a
Shahram Ebrahimi / Abdollah Ezadi	
◆Parallel Proceedings in Foreign Investment Disputes and Preventing them	b
Shahab Jafari nadoshan	
◆Legal Nature of Transferring Debts within Merging Public Companies and its impacts on Non-shareholder Creditors and Debtors	c
Mahdi Rashvand Bokani / Mohsen Rejali / Amin Badee Sanaye Esfahani	
◆The Criterion Of Separation Between " Non-Mentioned Hodood" and "Definite Tazir" in the Islamic Penal Code of 2013.....	d
Hamed Rahmaniyan / Mohammad jafar Habibzadeh	
◆The Impact of Victim's Predisposition on Civil Liability of Tortfeasor	e
Abbas Mirshekari / Nafise Shooshinasab	
◆Comparative Study of Reformation Strategies Outside of Iranian and Canadian Criminal Environments	f
Shahram Ebrahimi / Abdollah Ezadi	

The Judiciary's
**Law
Journal**

The 77th year of publication/ no.84/ 2013 winter

Scientific – research quarterly

Concessionary: The Judiciary

Director-in – charge : Alireza Amini

Editor-in-Chief : Hossein Mir Mohammad Sadeghi

Executive Director: Mehdi Sabouri Pour

Circulation : 4500

Price : 32000R

Fax : 021-22091869

Web Site : www.jlj.ir

E-mail : majaleh_hoghooghi@jpri.ir

The Editorial Board (in alphabetical order):

Nejad Ali Almasi / Mohammad Ali Ardabili / Mohammad

Ashouri / Rabiaa Eskini / Jafar Kousha / Ali Hossein Najafi

Abrand Abadi / Siamak Rahpeyk
