

الرحمن الرحيم

فصلنامه علمی

مجله حقوقی

دوره هشتاد و ششم / شماره یکصد و بیستم / زمستان ۱۴۰۱

این نشریه به موجب گواهی «کمیسیون نشریات علمی» دارای رتبه علمی است.

این نشریه در پایگاه‌های استنادی زیر نمایه‌سازی می‌شود:

پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) www.isc.gov.ir
پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID) www.sid.ir
بانک اطلاعات نشریات کشور www.magiran.com
پایگاه مجلات تخصصی نور www.noormags.ir
پرتال جامع علوم انسانی www.ensani.ir
سامانه نشریات علمی ایران (کتابخانه ملی) iranjournals.nlai.ir

مدیریت امور نشریه و نویسندگان: دفتر نشریات پژوهشگاه قوه قضائیه، تلفکس: ۲۲۰۹۱۸۶۹ (۰۲۱)
مدیریت امور علمی و تحریریه: معاونت پژوهشی پژوهشگاه قوه قضائیه، تلفن: ۲۲۰۹۲۴۹۷ (۰۲۱)
مدیریت امور فنی و چاپ: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، تلفن: ۲۲۰۹۲۰۶۱ (۰۲۱)
نشانی دفتر نشریه: بزرگراه یادگار امام (ره)، بعد از خروجی اوین درکه، پژوهشگاه قوه قضائیه

شاپا چاپی: ۱۷۳۵-۴۳۵۸ شاپا برخط: ۷۱۹۸-۲۶۷۶ قیمت: ۴۰۰۰۰۰۰ ریال
صندوق پستی: ۱۱۱۵۵-۳۵۱۵ نشانی پست الکترونیک: Law.journal1316@gmail.com

آدرس سامانه مجله: www.jlj.ir



صاحب امتیاز: قوه قضائیه

مدیر مسئول: علیرضا امینی (مشاور رئیس قوه قضائیه)

سر دبیر: محمدحسن صادقی مقدم (استاد دانشگاه تهران)

مدیر اجرایی: رسول احمدزاده (قاضی دادگستری)

گروه دبیران (هیئت تحریریه) (به ترتیب حروف الفبا):

ربیعا اسکینی استاد (حقوق خصوصی) پژوهشگاه علوم و فنون هسته‌ای تهران
غلامحسین الهام دانشیار (حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه تهران
خیراله پروین استاد (حقوق عمومی) دانشگاه تهران
محمدجواد جاوید استاد (حقوق عمومی) دانشگاه تهران
ولی رستمی استاد (حقوق عمومی) دانشگاه تهران
سیامک ره‌پیک استاد (حقوق خصوصی) دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
محمدهادی صادقی دانشیار (حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه شیراز
محمدحسن صادقی مقدم استاد (حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
عباسعلی کدخدائی الیادرانی استاد (حقوق بین‌الملل) دانشگاه تهران
سیدفضل‌اله موسوی استاد (حقوق بین‌الملل) دانشگاه تهران
حسین میرمحمدصادقی استاد (حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه شهید بهشتی

ویراستار فارسی و صفحه‌آرا: زهرا مشایخی

مترجم و ویراستار انگلیسی: مهدی ابراهیمی

نقل مطالب مندرج در نشریه با ذکر مأخذ آزاد است.
مسئولیت صحت اطلاعات مندرج در مقالات به‌عهده نویسندگان است.

مشاوران و ارزیابان علمی مقالات شماره ۱۲۰ مجله حقوقی دادگستری

(به ترتیب حروف الفبا)

رسول احمدزاده (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، حمید اسدی (وکیل دادگستری و مدرس دانشگاه)،
فاطمه افشاری (استادیار گروه حقوق عامه، پژوهشگاه قوه قضائیه)، محسن برهانی (استادیار گروه حقوق جزا
و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، عطاءالله بیگدلی (پژوهشگر و مدرس
دانشگاه)، حمید بهره‌مند (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه
تهران)، امیرمحمد پرهام‌فر (پژوهشگر و مدرس دانشگاه)، عباس تدین (استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد
اسلامی (واحد تهران مرکزی))، محمدهادی توکل‌پور (استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق
قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری)، محمد جلالی (استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق،
دانشگاه شهید بهشتی)، فیض‌الله جعفری (استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا)،
محمدهادی جواهرکلام (استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه
طباطبائی)، حسین خالقی‌پرست (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، حسن خسروی (استادیار گروه حقوق،
دانشگاه پیام نور)، ایمان رحیمی‌پور (استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق، علوم سیاسی و تاریخ، دانشگاه یزد)،
ولی رستمی (استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، محمدرضا رفیعی
(قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، مهرانگیز روستائی (استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی،
دانشگاه ملایر)، محسن شریفی (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،
دانشگاه شیراز)، محمدابراهیم شمس ناتری (دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق،
دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران)، مجید صادق‌نژاد نائینی (استادیار گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف
اسلامی دانشگاه حکیم سبزواری)، محسن صفری (دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق
و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، سجاد صفری (قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه)، علیرضا عالی‌پناه
(استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)، حسن عالی‌پور (دانشیار گروه حقوق
جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران)، امیرحسین علیزاده (قاضی دادگستری و
مدرس دانشگاه)، عبدالحمید مرتضوی (قاضی دیوان عالی کشور و مدرس دانشگاه)، زهرا مشایخی (قاضی
دادگستری و مدرس دانشگاه)، امیرمسعود مظاهری (وکیل دادگستری و مدرس دانشگاه)، سیدعباس موسوی
(وکیل دادگستری و مدرس دانشگاه)، محمود مهدوی (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق
و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)، عباس میرشکاری (استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق
و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)

منشور اخلاقی مجله حقوقی دادگستری

منشور اخلاقی مجله حقوقی دادگستری، که بر مبنای دستورالعمل‌های تدوین‌شده توسط کمیته اخلاق در انتشار پژوهش‌ها (COPE) تنظیم گردیده است، تکالیف و تعهداتی را برای همه اشخاص ذی‌نفع و دخیل در فرآیند چاپ و انتشار مجله، اعم از سردبیر، اعضای هیئت تحریریه، مدیر داخلی، ویراستار و ناشر در نظر گرفته است. این تکالیف برای گروه‌های مختلف اشخاص مذکور به شرح ذیل است:

۱. تکالیف سردبیر و اعضای هیأت تحریریه

به‌منظور حسن عملکرد مجله و رعایت الزامات اخلاق در پژوهش، گروه مدیریت مجله حقوقی دادگستری (شامل سردبیر و اعضای هیئت تحریریه) تکالیفی به این شرح بر عهده دارند:

۱-۱. **قانون‌مندی در تصمیم‌گیری برای انتشار مقالات:** گروه مدیریت مجله در مورد اینکه کدام مقالات قابل چاپ در این مجله هستند، تصمیم‌گیری می‌کند. گروه مدیریت، در اتخاذ این تصمیم از سیاست‌های کلان مجله و نیز الزامات قانونی که بر اساس آیین‌نامه‌های مرتبط وزارت علوم تعیین شده است یا در آینده تعیین خواهد شد، تبعیت می‌کند.

۱-۲. **بی‌طرفی:** گروه مدیریت مجله، هیچ مقاله‌ای را بدون آنکه داوری تخصصی، به شرح مذکور در بندهای آتی، در مورد آن انجام شده باشد، جهت انتشار در مجله مورد تأیید قرار نخواهد داد. گروه مدیریت مجله هیچ‌گونه پیش‌دوری و اعمال نظر شخصی، سلیقه‌ای، جناحی و ... در زمینه پذیرش یا رد مقالات اعمال نمی‌کند و تمامی تصمیمات آن مبتنی بر ملاحظات علمی و تخصصی است.

۱-۳. **بررسی موارد مشکوک:** اگر هر یک از مقالات مندرج در نشریه، از حیث شیوه انجام پژوهش، یافته‌ها و اعتبار مورد تشکیک قرار گیرند، گروه مدیریت مجله ابتدا با نویسندگان تماس گرفته و از آن‌ها درخواست می‌کند که به موارد مطروحه پاسخ دقیقی بدهند. اگر ایراد موجود به‌نحوی باشد که باعث سوء عملکرد دستگاه قضایی یا به خطر افتادن منافع و مصالح عمومی می‌گردد، ضمن اینکه تحقیقات در جریان است، موضوع در اسرع وقت به اطلاع خوانندگان مجله می‌رسد. پس از پایان بررسی‌ها، گروه مدیریت مجله نتایج بررسی‌های خود را در نشریه منتشر می‌کند و در صورت لزوم، اصلاحیه‌ای در خصوص مطالب قبلی صادر می‌کند. مجله حقوقی دادگستری، تمامی ادعاهای مربوط به نقض حقوق مؤلفان، عدم رعایت اخلاق پژوهش، سرقت علمی و سایر ملاحظات مربوطه را بررسی کرده و خود را متعهد به رعایت تمامی الزامات در این زمینه می‌داند.

۲. تکالیف داوران

داوری در مجله حقوقی دادگستری به‌صورت بی‌نام صورت می‌گیرد. هیچ‌گونه اطلاعاتی که به شناسایی داوران منجر شود، در هیچ یک از مراحل، حتی پس از انتشار مقاله، در اختیار نویسندگان قرار نخواهد گرفت.

۲-۱. **سرعت عمل:** به‌منظور حفظ حقوق نویسندگان، داوران مجله متعهد می‌شوند که موارد ارجاعی را در سریع‌ترین زمان ممکن پاسخ دهند و چنانچه این امکان برای ایشان مهیا نیست، مجله را در جریان خواهند گذاشت تا نسبت به تعیین داور دیگر اقدام شود.

۲-۲. **محرم‌انگی:** داوران مجله، مقالاتی را که برای ارزیابی در اختیار آن‌ها قرار می‌گیرد، محرمانه تلقی کرده و در مورد محتوای آن‌ها هیچ‌گونه اطلاعاتی در اختیار دیگران قرار نخواهند داد.

۲-۳. **بی‌طرفی:** داوران باید به‌نحو بی‌طرفانه صورت‌گیرد. برای تأمین این هدف، نظرات داوران باید مستظهر به استدلال‌های ایشان باشد.

۲-۴. **دقت در ذکر منابع:** داوران دقت نظر کافی به عمل خواهند آورد تا هر گونه مطلبی که در مقاله درج شده و از منبعی دیگر اقتباس یا نقل شده است، با رعایت دقیق ضوابط ارجاع، مشخص گردد و منبع مورد استفاده در مقاله درج گردد.

۳. تکالیف نویسندگان

شیوه عملکرد نویسندگان مقالات، به‌عنوان تأمین‌کنندگان اصلی محتوای مجله، اهمیت فراوانی برای مجله حقوقی دادگستری دارد.

۳-۱. **اصالت مطالب:** نویسندگان تضمین می‌کنند که مطالب ارسالی آن‌ها برای مجله از اصالت برخوردار است و قبلاً به هیچ زبانی، در هیچ نشریه‌ای، اعم از داخلی و خارجی، منتشر نشده است.

۳-۲. **اصالت نویسندگان:** ثبت‌کننده مقاله در مجله متعهد می‌شود که تنها نام کسانی را در مقاله به‌عنوان نویسنده درج کند که مشارکت قابل‌توجهی در نگارش مقاله داشته است. نام تمامی کسانی که در نگارش مقاله چنین نقشی داشته‌اند، باید در مقاله به‌عنوان نویسنده درج شود.

۳-۳. **رعایت ضوابط ارجاع:** هرگونه استفاده از منابع دیگر، دقیقاً و با ذکر مشخصات کامل منبع مورد استفاده، در مقاله مشخص می‌شود. در مواردی که از مطالب دارای کپی‌رایت استفاده می‌شود (مانند جداول، عکس‌ها یا نقل‌قول‌های گسترده) نویسندگان متعهد هستند که قبلاً رضایت مکتوب و صریح صاحب حق را اخذ کنند و در مقاله خود نیز آن را تصدیق نمایند.

۳-۴. **هم‌زمانی:** نویسندگان تعهد می‌نمایند که مقالات ارسالی به مجله را تا پیش از تعیین تکلیف نهایی آن‌ها، برای مجله دیگری ارسال ننمایند. ارائه مقاله به بیش از یک نشریه به‌طور هم‌زمان تخلف محسوب می‌شود و مجله حقوقی دادگستری در صورت اطلاع از این امر در هر یک از مراحل بررسی مقالات، ادامه روند بررسی را متوقف خواهد کرد.

۳-۵. **تعارض منافع:** چنانچه نویسندگان در انجام پژوهش خود از منابع مالی مؤسسه یا دستگاه خاصی استفاده کرده‌اند، لازم است که آن را در مقاله خود مورد تصریح قرار دهند.

شیوه‌نامه نگارش مقالات مجله حقوقی دادگستری

این نشریه آمادگی دارد تا مقالات و نوشته‌های ارسالی صاحب‌نظران را در چهارچوب‌های زیر دریافت و پس از طی فرآیند ارزیابی منتشر نماید:

۱. راهنمای نگارش مقاله

مقاله باید دارای بخش‌های زیر باشد:

الف) چکیده فارسی و انگلیسی؛ (۱۵۰ تا ۳۰۰ واژه)

ب) کلیدواژه‌های فارسی و معادل انگلیسی آن‌ها؛ (۴ تا ۷ واژه)

پ) مقدمه، پیکره اصلی مقاله: شامل بندها و بخش‌های مربوطه، نتیجه و پیشنهاد؛

ت) فهرست تمام منابع مورد استفاده.

• حجم مقاله کمتر از ۱۰ هزار واژه باشد.

• چکیده دربردارنده موضوع مقاله، روش تحقیق، پرسش اصلی و مهم‌ترین نتایج آن باشد.

• روش تحقیق، موضوع تحقیق، اهداف تحقیق، فرضیه‌ها و سؤالات تحقیق، پیشینه، نوآوری و

ادبیات موضوع به صورت مختصر ولی روشن و در حد امکان در مقدمه مقاله ارائه شود.

• معادل اسامی، اصطلاحات و علائم اختصاری خارجی به زبان اصلی در پاورقی عیناً درج گردد.

• عناوین (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی و ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از

راست به چپ تنظیم شود:

مقدمه

۱. ساختار حقوقی کنوانسیون برن

۱-۱. چپستی معاهده

۱-۱-۱. تعهدات ناشی از معاهده

۱-۱-۲. اقسام نقض در معاهده

۱-۲. اقسام معاهده

۲. اصول حاکم بر معاهده

۲-۱. موضوعات مورد حمایت

۲-۲. مصادیق مورد حمایت

نتیجه

۲. راهنمای روش ارجاع‌دهی

روش ارجاع به منابع به صورت درون‌متنی و به سبک APA به شرح آتی خواهد بود:

• ارجاعات بلافاصله بعد از نقل مطلب به صورت (نام صاحب اثر، سال انتشار: شماره صفحه)

داخل پراونت ذکر می‌گردد:

نمونه: (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۶: ۲۵۱)

• اگر نویسندگان دو نفر باشند، نام خانوادگی هر دو ذکر می‌شود:

نمونه: (ره‌پیک و قاسم‌زاده، ۱۳۹۱: ۲۲۵-۲۰۴)

• اما اگر تعداد نویسندگان بیش از دو نفر باشد، تنها نام خانوادگی نویسنده اول ذکر شده و عبارت «و دیگران» در ادامه ذکر می‌شود:

نمونه: (غلامی و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۳)

• در صورتی که به مجلدات مختلف یک کتاب استناد شود، پس از تاریخ انتشار کتاب، شماره جلد آن درج شود:

نمونه: (حسینی، ۱۳۹۲/۲: ۱۴۲)

• در صورتی که به چند عنوان کتاب از یک نویسنده که در یک سال منتشر شده است، استناد شود، پس از تاریخ انتشار کتاب، از حروف ابجد استفاده شود:

نمونه: (حسینی، ۱۳۹۲ [الف]: ۱۴۲)

• در ارجاع درون متنی در صورت تکرار منبع، به جای استفاده از op.cit، Ibid، همان یا پیشین، منبع عیناً ذکر شود.

• علائم نگارشی مثل کاما (،)، نقطه‌کاما (:)، دونقطه (:)، نقطه (.)، حتماً بعد از پرانتز گذارده شود.

۳. راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقاله

موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله فارسی	۱۴ توپر	IRMitra
اسامی نویسندگان فارسی	۱۳ نازک	IRLotus
متن چکیده فارسی	۱۳ نازک	IRLotus
تیترهای داخل متن	۱۲ توپر	IRMitra
متن فارسی و عربی	۱۳ نازک	IRLotus
متن انگلیسی	۱۰ نازک	Garamond
پانویس فارسی	۱۱ نازک	IRLotus
پانویس انگلیسی	۹ نازک	Garamond
عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۱ توپر	IRLotus
منابع فارسی	۱۱ نازک	IRLotus
منابع لاتین	۱۰ نازک	Garamond
عنوان مقاله انگلیسی	۱۲ توپر	Cambria
اسامی نویسندگان انگلیسی	۱۰ توپر	Cambria
چکیده انگلیسی	۱۰ نازک	Garamond

۴. راهنمای تنظیم فهرست منابع

فهرست منابع انتهای مقاله باید به ترتیب فارسی و غیرفارسی دسته‌بندی شده و بدون شماره‌گذاری با رعایت ترتیب حروف الفبایی و بر اساس نام خانوادگی نویسنده اول به صورت زیر آورده شود:

۴-۱. کتاب: نام خانوادگی، نام کوچک نویسنده (سال انتشار)، عنوان کتاب، شماره جلد، شماره چاپ (در صورت تجدید چاپ)، نام شهر محل انتشار: نام مؤسسه انتشار دهنده.

نمونه: میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۶)، حقوق جزای اختصاصی، جلد دوم، چاپ یازدهم، تهران: نشر میزان.

۴-۲. مقاله: نام خانوادگی، نام کوچک نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، عنوان نشریه، دوره یا سال نشریه، شماره نشریه.

نمونه: خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸)، «موارد و آثار حکم قطعی غیرقابل اجرا»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۵.

۴-۳. پایان‌نامه یا رساله: نام خانوادگی، نام کوچک نویسنده (سال انتشار)، عنوان پایان‌نامه، نوع پایان‌نامه یا رساله، نام شهر محل دانشگاه: نام دانشکده و دانشگاه.

نمونه: یوسفی، احمد (۱۳۹۶)، جایگاه اصول حقوق کیفری در نظام حقوقی ایران، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

• در هر یک از موارد فوق، اگر نویسندگان دو نفر یا بیشتر باشند، از نویسنده دوم به بعد ابتدا نام و سپس نام خانوادگی ذکر می‌شود:

نمونه: قاسم‌زاده، سیدمرتضی و حسن ره‌پیک و عبدالله کیایی (۱۳۸۴)، تفسیر قانون مدنی، چاپ دوم، تهران: انتشارات سمت.

۴-۴. سند الکترونیک: نام خانوادگی نویسنده، نام، عنوان مقاله، نام سایت، <آدرس لینک>، تاریخ مراجعه به سایت).

Sample: Lang, Jon, The Protection of Commercial Trade Secrets, Jon Lang Mediation, available at:

<<http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf>> (last visited on 10/10/ 2015).

۴-۵. رأی قضایی: شماره رأی، تاریخ صدور رأی، مرجع صادرکننده.

نمونه: دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۵۷۷۳۲۹۸۰۲۱۱، مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۲۳، صادره از شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

۵. راهنمای ارسال مقالات

- مقالات ارسالی می‌بایست در قالب برنامه Word با فرمت DOC یا DOCX باشد و از طریق ثبت‌نام در سایت مطابق راهنمای مندرج در آن ارسال شوند. همچنین لازم است که فرم تعارض منافع نویسندگان و موافقت با کپی رایت را در یک صفحه A4 چاپ و به امضای تمام نویسندگان رسیده و تصویر یا اسکن آن در سایت بارگزاری شود.
- میزان تحصیلات، رتبه و پایه علمی، محل کار دانشگاهی، شماره تلفن همراه، پست الکترونیک و نویسنده مسئول (Corresponding Author) (فارسی و انگلیسی) را در فایل مجزا در سامانه ارسال نموده و مطابق با آن اطلاعات سامانه تکمیل گردد.
- **نمونه:** دکتر نجادعلی الماسی (استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران).

Sample: Dr. NajadAli Almasi (Professor of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran).

- ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها همراه مقاله ارسال گردد.
- مقاله ارسالی نباید در هیچ نشریه داخلی یا خارجی چاپ شده باشد و به طور همزمان نباید به سایر نشریات فرستاده شده باشد. در این صورت مقاله از فرآیند ارزیابی و انتشار خارج خواهد شد.
- مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده مسئول است.
- نشریه در اصلاح، تلخیص و ویرایش مقاله آزاد است.
- نظرات و ارزیابی داوران به معنای پذیرش نهایی مقاله نیست، بلکه پذیرش نهایی مقاله منوط به تأیید هیئت تحریریه نشریه می‌باشد.
- کلیه حقوق مادی برای مجله حقوقی دادگستری محفوظ است و آن دسته از نویسندگان که درصدد انتشار مقاله منتشره خود در این نشریه، در مجموعه مقالات یا بخشی از یک کتاب هستند، لازم است با ارائه درخواست کتبی، موافقت نشریه را اخذ نمایند.

فهرست مقالات

(چینش مقالات بر اساس حرف نخست نام خانوادگی نویسنده مسئول است.)

- سلب جنبه عمومی از جرم توهین به مقامات در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ۱
حسین آقابابایی
- طرح نظریه تضامن مسئولیت مسبب حادثه و بیمه گر در قانون بیمه اجباری ۲۷
حمید افکار، عبدالله خدابخشی
- شرایط و استثنای بازداشت بدهکار در اجرای محکومیت های مالی ۴۹
مصطفی السان، محمدرضا منوچهری، سجاد مظلومی
- مسئولیت کیفری شهرداری نسبت به آسیب های جسمانی ناشی از آلودگی هوا ۷۳
مصطفی جعفری، حسن عالی پور
- سازوکار جبران خسارت ناشی از سوانح خودروهای خودران ۹۵
شیرزاد حیدری شهباز، محسن محبی، غلامعلی سیفی زیناب
- شاخص های اتقان آرای قضایی مستند به اسناد بین المللی؛ با تأکید بر آرای دعاوی خانواده ۱۱۷
عاطفه ذبیحی
- سیاست کیفری افتراقی در قبال قاچاق کالا و ارز سازمان یافته ۱۳۹
امید رستمی غازانی، محسن رحمانی فرد
- درج پیشینه کیفری متهم در کیفرخواست ۱۶۱
پیام فروزنده، فرید محسنی
- بازاندیشی در احکام مربوط به اموال مباح بر مبنای تحول نظریه مالکیت خصوصی ۱۷۹
محسن اسماعیلی، ابوالفضل قوی البنیه
- دروغ سنجی و حقوق متهم ۲۰۱
میررضا سلیمی، رجب گلدوست جویباری
- کارکرد حقوقی امیدنامه در بورس و بازار اوراق بهادار ۲۲۵
محمد صادقی
- انتقای عقد به سبب عدم امکان اجرای موضوع آن در حقوق ایران و فرانسه ۲۵۱
سیدعباس موسوی، اکبر اصائلو
- بررسی جایگاه و نقش اصل حسن نیت در حقوق کیفری ۲۷۹
سیددُرید موسوی مجاب

چالش‌های آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی با تأکید بر آرای دیوان	
عدالت اداری	۳۰۵
آیت مولائی، فاطمه میراحمدی	
شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی	۳۲۷
محمد نجفی کلیانی، مهدی هداوند، علی محمد فلاح‌زاده	
جستاری در کشف ماهیت فقهی - حقوقی قرارهای التزام با بررسی انتقادی دکترین‌های موجود	
.....	۳۵۳
روح‌اله اکرمی، مجتبی یاسینی نسب	

سلب جنبه عمومی از جرم توهین به مقامات در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری

حسین آقابابایی *

چکیده

در حقوق کیفری ایران در ذیل جرایم علیه شخصیت معنوی افراد، علاوه بر جرم‌انگاری توهین به اشخاص که به‌عنوان توهین ساده تعبیر و دارای جنبه خصوصی و قابل‌گذشت است، مصادیق متعددی از توهین با وصف کلی توهین‌های مشدد جرم‌انگاری شده که ضمن اینکه دارای مجازات شدیدتری هستند، ویژگی مهم و مشترک آن‌ها این است که واجد جنبه عمومی و غیرقابل‌گذشت هستند و به دلیل این ویژگی، صرف‌نظر از شکایت بزه‌دیده حقیقی، مدعی‌العموم در فرض آگاهی از وقوع جرم یا گزارش آن، موظف به تعقیب بزه‌کار و رسیدگی برابر قانون است. در ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، یکی از مصادیق توهین مشدد یعنی توهین به مقامات و کارکنان متصدی خدمات عمومی در حین خدمت، از زمره جرایم غیرقابل‌گذشت خارج و جنبه عمومی این جرم سلب شده است. این تحول قانونی و رویه قضایی متعاقب آن، از منظر هماهنگی ساختاری و کارآمدی سیاست کیفری در خصوص جرم توهین به مقامات سؤال‌ها و چالش‌هایی ایجاد نموده که در این مطالعه به روش تحلیلی و تفسیری به آن‌ها پرداخته شده است. در این تحقیق با بررسی چالش‌های ناشی از سلب جنبه عمومی از جرم توهین به مقامات، اصلاح قانون یا تفسیر قضایی مساعد برای رفع اشکالات پیشنهاد شده است.

واژگان کلیدی: توهین، توهین به مقامات دولتی، جنبه عمومی جرم، نماینده حقوقی، معاضدت قضایی، جرایم قابل‌گذشت

مقدمه

توهین و خشونت کلامی و رفتاری در فضای واقعی و مجازی یکی از ناهنجاری‌های شایع در جامعه امروزی (کریمی، ۱۳۹۰: ۸۸؛ عبداللهی نژاد و مجلسی، ۱۳۹۷: ۳) و یکی از جرایم پربسامد در پرونده‌های قضایی است.^۱ در حقوق کیفری ایران، ماده ۶۰۸ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی به جرم‌انگاری توهین ساده اختصاص دارد و توهین‌های مشدد نیز در مواد گوناگون قانون مجازات اسلامی یا قوانین دیگر مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. از جمله موارد توهین مشدد، موضوع ماده ۶۰۹ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی است که توهین به مقامات و کارکنان متصدی مشاغل حاکمیتی با توجه به سمت و یا توهین در حین انجام وظیفه یا به جهت شغل و وظیفه را جرم دانسته است.

با توجه به جنبه عمومی و غیرقابل‌گذشت بودن جرم موضوع این ماده، و اهداف مورد نظر نمایندگان پیشنهادکننده طرح «تقلیل مجازات حبس تعزیری» که متعاقباً در تاریخ ۱۳۹۹/۳/۷ با عنوان «قانون کاهش مجازات حبس تعزیری» مورد تصویب نهایی قرار گرفت، سیاست کیفری مورد نظر قانون‌گذار در این خصوص از دو مسیر پیگیری شده است. یکی از مسیر ماده ۱۱ قانون که به دلیل سلب جنبه عمومی از جرم موضوع ماده ۶۰۹، دادستان‌ها تکلیفی برای اعلام جرم در این موارد نداشته و تعقیب منوط به شکایت بزه‌دیده واقعی یعنی مقام یا کارمند موضوع توهین گردیده که نوعاً انگیزه‌ای برای شکایت شخصی ندارند و امکان پیگیری شکایات نمایندگان حقوقی دستگاه‌ها نیز از جهت اینکه جرم واجد جنبه عمومی نیست، با ابهام مواجه شده است. مسیر دوم مورد نظر قانون‌گذار برای کاهش محکومان و زندانیان جرم موضوع ماده ۶۰۹ نیز به جهت نصف شدن مجازات جرایم قابل‌گذشت است. بر این اساس مجازات جرم موضوع ماده ۶۰۹ که ۳ تا ۶ ماه حبس است، با توجه به تبصره ماده ۱۱ قانون مذکور، به مجازات حبس تعزیری از ۴۵ روز تا ۳ ماه کاهش می‌یابد.

تغییری که به موجب ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ در ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ایجاد شده و جرم موضوع ماده ۶۰۹ قانون مجازات اسلامی تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ یعنی توهین به رؤسای قوای سه‌گانه و سایر مقامات و کارکنان را واجد جنبه خصوصی اعلام کرد، علاوه بر چالش‌های متعددی که این تغییر قانونی از نظر برهم زدن ساختار و

۱. آمار جرم توهین به صورت کشوری در دسترس نیست ولی اظهارات مقامات قضایی بسیاری از شهرستان‌ها و استان‌ها که در مصاحبه‌های خبری درج شده است، نشان می‌دهد در غالب شهرستان‌ها، آمار جرم توهین و ضرب و جرح در ردیف جرایم پربسامد و در رتبه اول و دوم است.

هماهنگی اجزا و مؤلفه‌های نظام عدالت کیفری در مواجهه با جرم توهین به مقامات ایجاد کرده، این ابهام را نیز ایجاد کرده است که آیا کماکان نمایندگان حقوقی دستگاه‌های حاکمیتی مجاز به اقامه دعوی در این زمینه هستند یا خیر؟

از نظر ادبیات و پیشینه تحقیق، شایان ذکر است که جرم توهین و از جمله توهین به مقامات و کارکنان در حین انجام وظیفه، به عنوان یکی از جرایم علیه شخصیت معنوی، در ذیل کتاب‌های جرایم علیه اشخاص (سپهوند، ۱۳۸۹: ۲۴۷؛ زراعت، ۱۳۹۲: ۳۷۹) یا به عنوان کتابی مستقل (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۹: ۱۳؛ آقایی‌نیا، ۱۳۹۹: ۲۱؛ محمدخانی، ۱۳۹۹: ۵) مورد بحث حقوق دانان کیفری قرار گرفته است. همچنین در زمینه جنبه عمومی و خصوصی جرم (آقابابایی و نظری، ۱۳۹۹: ۲) و یا موضوع گذشت در جرایم قابل گذشت (احمد زاده و مشایخی، ۱۳۹۸: ۲۲؛ محمودی و همکاران، ۱۳۹۶: ۴۰؛ فانی و اصل‌پور، ۱۳۹۷: ۱۷۸) و بررسی قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (احمدزاده و تام، ۱۴۰۰: ۹۱؛ مصدق، ۱۳۹۹) نیز تحقیقات ارزشمندی منتشر شده که در حد توان به خصوص تحقیقات جدید و منطبق بر مقررات جاری مورد مطالعه و بهره‌برداری قرار گرفته است. در عین حال، به جهت مستحدث بودن موضوع مقاله، و اینکه تغییر قانون و رویه قضایی متعاقب آن، تحولات تازه‌ای در نظام عدالت کیفری و سیاست کیفری ایران رقم زده است، نگارنده تلاش کرده ضمن بهره‌مندی از ادبیات و پیشینه تحقیق، در چهارچوب موضوع، و با روش تحلیلی و تفسیری و استفاده از آرا و رویه قضایی در دسترس، چالش‌هایی را که تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری و به ویژه سلب جنبه عمومی از جرم توهین موضوع ماده ۶۰۹ ایجاد کرده مورد بررسی قرار دهد. در این مقاله ابتدا خصوصی شدن جرم توهین به مقامات دولتی از منظر سیاست جنایی تقنینی و رویه قضایی متعاقب آن مورد بررسی قرار گرفته و در ادامه چالش‌هایی که سلب جنبه عمومی از جرم توهین به مقامات دولتی ایجاد نموده است مورد بحث قرار گرفته است.

۱. خصوصی شدن جرم توهین به مقامات دولتی

۱-۱. بررسی تغییر قانون از منظر سیاست جنایی تقنینی

از منظر سیاست جنایی تقنینی، خصوصی شدن جرم توهین به مقامات حکومتی و دولتی و خارج شدن آن از جرمی عمومی که مدعی‌العموم به فرض اطلاع از آن یا گزارش به وی مکلف به تعقیب باشد، تحول مثبتی است. تردیدی نیست که جرم‌انگاری توهین به افراد، با توجه به اصول جرم‌انگاری مورد توجه در نظام‌های سیاسی، تا زمانی که در مورد افراد عادی مطرح است و با توجه به رسالت حقوق کیفری در حمایت از ارزش‌های اساسی و کرامت انسانی و حفظ اخلاق و پیشگیری از خشونت در کلام و گفتار و در مفهوم عام اصل ضرر و اینکه افراد باید کلام و بیان و استفاده از

آزادی خود را به گونه ای بهره برداری نکنند که موجب تحقیر، تخفیف یا اهانت و هتک حرمت دیگران شود، موضعی قابل دفاع و تقریباً در همه نظام های سیاسی مورد تأکید است. اما این نکته هم قابل درک است که در سیاست جنایی، مطابق ایدئولوژی های مبنا، برخی افراد و اشخاص یا اماکن و اشیا و حتی حوادث و رخدادها و نحوه تفسیر رسمی و مورد قبول از آنها مورد حمایت خاص و افتراقی قرار می گیرد و این امور و موارد، تحت عنوان توهین به مقدسات، توهین به ادیان، توهین به جهت شأن و مقام خاص، ویژگی جنسیتی یا شغلی، در قوانین کیفری مورد توجه قرار گرفته و از این مصادیق با عنوان کلی توهین های مشدد، حمایت کیفری ویژه و افتراقی می شود.

بر این اساس، با توجه به اصول جرم انگاری و تحدید یا توسیع دامنه اصل ضرر و یا سایر اصول، ممکن است در یک نظام لیبرالیستی و دارای حکومت مردم سالار، مصادیق، افراد و موضوعاتی که بی حرمتی به آنها با پاسخ های کیفری شدید مواجه است، با یک جامعه دارای نظام سیاسی دینی یا سنت گرا متفاوت باشد. به گونه ای که به دلیل احتمال ضرر اخلاقی در نظم عمومی یا شعله ور ساختن درگیری های مذهبی یا قبیله ای و قومی، توهین های خاص که متوجه برخی افراد، اماکن و یا مقدسات و عقاید مورد احترام عموم یا اقشار خاصی است، به درجه ای از اهمیت و حساسیت برسد که در دسته جرایم علیه امنیت یا آسایش عمومی قرار گرفته یا از منظر دادرسی در مراجع اختصاصی مورد رسیدگی قرار گیرد یا حتی مجازات های سخت و غیر قابل اغماض در پی داشته باشد. به عنوان نمونه، با توجه به آموزه های اسلامی، موضوع توهین به ادیان یا مقدسات مذهبی و به صورت خاص عنوان ساب النبی، ممکن است حتی به جواز یا وجوب قتل مرتکب منجر شود و یا حتی شدت و حساسیت جرم به حدی باشد که برخلاف اصول، امکان اجرای مجازات نسبت به مرتکب حتی بدون طی شدن فرایند دادرسی و از طریق اقدام فردی داده شود و اگر اقدام کننده به اجرای مجازات دینی در این خصوص مورد تعقیب قرار گیرد، اثبات اینکه اقدام خشونت آمیز وی در جهت انجام وظیفه دینی بوده است، موجب برائت وی شود (توکلی و همکاران، ۱۳۹۴: ۵۰).

برخی مطالعات تطبیقی در مورد دامنه تحمل نظام های سیاسی در موضوع توهین به خصوص توهین به مقامات، قضات یا کارمندان دولت، و گسترده کردن مصادیق انتقاد و بهره مندی از حقوقی از جمله آزادی بیان و آزادی انتخاب نحوه بیان و عدم ترس از تعقیب و دردسر متعاقب آزادی بیان، نشانگر تفاوت نظام های عمدتاً مبتنی بر ایدئولوژی لیبرالی و دارای نظام سیاسی دموکراتیک با نظام های دیگر است (انصاری، ۱۳۸۳: ۴۱). این تفاوت نه فقط از جهت نحوه تعقیب و جنبه خصوصی یا عمومی بودن جرم توهین به مقامات یا قضات و یا کارکنان دولت است؛ بلکه فراتر از این امور، اصولاً با تلقی این موارد به عنوان بازخورهای اجتماعی یا عکس العمل افکار عمومی نسبت

به مقامات دولتی و قضایی و سیاسی، اصولاً طرح شکایت این قبیل افراد خواه از طرف خودشان و یا دستگاه متبوع آن‌ها اقامه شده باشد ممنوع است.^۱

با وجود این، سلب جنبه عمومی جرم توهین به مقامات دولتی (حکومتی) به عنوان یکی از مصادیق توهین محسوب می‌شود، در حدی نیست که بتوان از آن به عنوان یک تحول مثبت در سیاست جنایی تقنینی ایران یاد کرد چون اولاً در مقام جرم‌زدایی از مصادیق توهین یا توسعه آزادی‌های شهروندان و فراخ نمودن دامنه انتقاد قابل تحمل از سوی مقامات نبوده و صرفاً جنبه عمومی این جرم را منتفی دانسته و ثانیاً با توجه به مصادیق متعدد توهین محسوب می‌شود و حتی امکان احیای جنبه عمومی با جرایم مشابه و مرتبط، سلب گزینشی جنبه عمومی از برخی مصادیق، نظام عدالت را با چالش‌های جدیدی مواجه نموده که در ادامه مورد اشاره قرار می‌گیرند.

۲-۱. انعکاس تغییر قانون در رویه قضایی

جرم توهین به کارکنان و مقامات دولتی مندرج در ماده ۶۰۹ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی برابر رأی وحدت رویه شماره ۱۲ مورخ ۱۳۶۴/۳/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور^۲ واجد جنبه عمومی و غیرقابل گذشت تلقی می‌شد. بررسی برخی آرا و قرارهای صادر شده از طرف بازپرسان و اظهارات مقامات قضایی^۳، حاکی از تغییری افراط‌گرایانه در رویه قضایی به دنبال تغییر

۱. البته این موضوع رویکرد عام یا رویه یکسانی در همه کشورهای مبتنی بر نظام لیبرال دموکراسی نیست. اخیراً شاهد بودیم که در کشور فرانسه که در خصوص توهین نسبت به ادیان و به ویژه مقدسات اسلامی به عنوان حمایت از آزادی بیان با تساهل برخورد می‌کند، وقتی رئیس جمهور این کشور با طرح و نمایش کاریکاتور یا برنهایی شبیه هیتلر نشان داده شد، برابر گزارش‌های رسانه‌ای با شکایت دستگاه دولتی فرانسه به عنوان توهین به رئیس جمهور مواجه شد. آقای «میکل آنژ فلوری» صاحب حدود ۴۰۰ تابلوی تبلیغاتی است که یکی از تابلوهایش رئیس جمهور فرانسه را چنان عصبانی کرده که شعارهای آزادی بیان را فراموش و وادار به شکایت از وی کرده است. این شهروند فرانسوی در واکنش به این ماجرا با انتشار توثیقی نوشت: «تازه متوجه شدم که در پی شکایت رئیس جمهوری باید فردا به پاسگاه شهر تولون مراجعه کنم ... بدین ترتیب حالا می‌دانیم که در دوره ماکرون می‌شود پیامبر را به تمسخر گرفت و آن را به پای هجو نوشت اما اینکه یک رئیس جمهوری را مانند دیکتاتور جلوه دهید، کفر است». (<https://www.bloghnews.com>) تاریخ درج ۱۴۰۰/۵/۹ با کد ۴۵۳۶۲۹.

۲. «کیفری که قانون‌گذار در ماده ۸۷ قانون تعزیرات (۶۰۹ فعلی) برای اهانت به کسانی که در سمت‌های مختلف دولتی وظایفی را انجام می‌دهند و به آن مناسبت مورد اهانت قرار می‌گیرند معین کرده، اشد از مجازاتی است که در ماده ۸۶ همان قانون (۶۰۸ فعلی) برای اهانت به افراد غیر مسئول تعیین شده و در این امر حفظ نظم عمومی و سیستم اداری کشور ملحوظ بوده و حق شخصی و فردی نیست که انصراف آنان از شکایت تعقیب جزایی را کلاً موقوف نماید».

۳. متن اظهارات سخنگوی قوه قضاییه در پاسخ به تقاضای سخنگوی دولت برای لزوم ورود دستگاه قضایی در موضوع

قانون و درج جرم موضوع ماده مذکور در ذیل جرایم قابل گذشت است. یکی از بازپرسان دادسرای تهران، در مواجهه با شکایتی که از طرف دفتر حقوقی یکی از دستگاه‌های دولتی در موضوع توهین و افترا به مقامات دولتی در حین انجام وظیفه یا به سبب انجام وظیفه مطرح شده است، به استناد اینکه با توجه به قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، جرم موضوع ماده ۶۰۹ جنبه خصوصی پیدا کرده است، نتیجه گرفته که جرمی واقع نشده و بدون انجام تحقیق درخصوص موضوع، قرار منع تعقیب صادر نموده است.^۱ در متن قرار صادره تصریح شده است که «با توجه به قابل گذشت بودن بزه‌های توهین و افترا، لذا نیاز هست که خود شاکی اقدام به طرح شکایت کند (به عبارت دیگر توهین و افترا به شاکی رخ نداده است)» به نظر می‌رسد این تصمیم و موارد مشابه آن، از جهات گوناگون دارای ایراد و تا حدی خارج از چهارچوب قضایی اتخاذ شده است. یکی اینکه ملازمه‌ای بین خصوصی بودن یک جرم و شکایت شخص بزه‌دیده وجود ندارد. همان گونه که درخصوص توهین ساده نیز که جرمی واجد جنبه خصوصی است، برابر اصول و ضوابط عام آیین دادرسی کیفری، فرد بزه‌دیده می‌تواند با انتخاب وکیل دادگستری و یا در مواردی که بحث نمایندگی و یا معاضدت قضایی مطرح است، نسبت به اقامه دعوی در دادسرا اقدام نماید. بر این اساس، با توجه به مقررات مربوط به معاضدت قضایی و با توجه به تفویض اختیار وزیر یا رئیس دستگاه به دفتر حقوقی برای اقامه شکایت و دفاع از حقوق دستگاه و به جهت اینکه وزیر یا رئیس سازمان یا یکی از کارکنان به مناسبت شغل و وظیفه مورد هتک حرمت قرار گرفته است، و به استناد ماده ۶۰۹ قانون مجازات اسلامی طرح شکایت شده، صدور قرار منع تعقیب به دلیل عدم شکایت شخص بزه‌دیده، فاقد مبنای قانونی است و در نگاه تحلیلی، در تعارض با کارویژه اصلی حقوق کیفری و رسالت مدعی‌العموم در نوع تعامل با اعلام جرم یا شکایت کیفری است. شأن مدعی‌العموم و بازپرس در پرونده کیفری، احساس مسئولیت درخصوص نقض ارزش اعلام شده و انجام تحقیقات لازم و جمع‌آوری ادله در راستای حمایت از قانون کیفری و نظم اجتماعی است. در این مورد مدعی‌العموم

توهین به رئیس جمهور که در تاریخ ۱۳۹۹/۷/۲۹ در رسانه‌ها منتشر شده است چنین است: «با توجه به قانون کاهش مجازات حبس تعزیری...، دایره شمول جرائم قابل گذشت توسعه یافته و برخی از مواد قانون مجازات اسلامی از جمله ماده ۶۰۹ این قانون با عنوان هتک حرمت مقامات رسمی کشور در زمره جرائم قابل گذشت قرار گرفته و در این جرائم ورود و رسیدگی قوه قضاییه نیازمند شکایت رسمی از ناحیه مقامات مذکور می‌باشد. بر اساس قانون دادستان نمی‌تواند بدون اعلام شکایت از ناحیه شاکی خصوصی دستور تعقیب و رسیدگی صادر نماید.

(<https://www.tabnak.ir/fa/news/1010195>)

۱. قرار شماره ۹۹۰۹۹۷۲۱۷۸۴۰۱۸۱۷ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۴ شعبه چهارم بازپرسی ناحیه ۳۱ تهران.

و مقام تعقیب که از وی اجرای عدالت و رفع تعدی نسبت به یک شهروند انتظار می‌رود، شأن خود را در حد دادرس یک اختلاف حقوقی فروکاسته که با یک ایراد شکلی در شکایت، خود را فارغ از رسیدگی دانسته و قرار منع تعقیب متهم را صادر نموده است. بر فرض درستی برداشت بازپرس محترم که خصوصی شدن به معنای شکایت شخص بزه‌دیده است، موضوع قطعاً از موارد صدور قرار منع تعقیب نیست چون با توجه به مفاد ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری، قرار منع تعقیب در صورت جرم نبودن عمل ارتكابی و یا فقدان ادله کافی برای انتساب جرم به متهم موضوعیت دارد نه عدم احراز سمت شاکی.^۱ به نظر می‌رسد بازپرس بر اساس فرضیات خود می‌توانست قرار موقوفی تعقیب صادر کند و نه منع تعقیب ولی بازپرس محترم که به حسب ظاهر از اینکه مورد از موارد صدور قرار منع تعقیب نیست، آگاهی دارد، دچار تناقض‌گویی عجیبی شده و بدون هیچ گونه استدلال یا توجیه منطقی در داخل گیومه نتیجه دلخواه خود را این‌گونه درج کرده است: به عبارت دیگر توهین و افترا به شاکی رخ نداده است! البته همان گونه که ذکر گردید، این تعبیر دقیقاً تکرار جملات سخنگوی قوه قضائیه در موضوعی مشابه است که هر گونه ورود به رسیدگی به توهین به مقامات دولتی را منوط به شکایت شخص بزه‌دیده کرده است.

این در حالی است که ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری که می‌گوید: «تعقیب متهم در جرایم قابل گذشت فقط با شکایت شاکی شروع می‌شود و در صورت گذشت او موقوف می‌شود»، نافی شکایت وکیل یا نماینده در موارد مقرر قانونی نیست که به‌صراحت در ماده ۶۸ قانون مذکور آمده است که: «شاکی یا مدعی خصوصی می‌تواند شخصاً یا توسط وکیل شکایت کند...».

به نظر می‌رسد تلقی نادرستی در ذهن برخی مقامات قضایی در این موضوع ایجاد شده است که تا قبل از تصویب قانون کاهش مجازات حبس، در جرایم موضوع ماده ۶۰۹ یا ۶۹۷، دستگاه و سازمان دولتی شاکی پرونده بوده است در حالی که در جرمی مانند توهین به مقامات و یا کارکنان دولت، با توجه به شرایط خاص جرم، فارغ از اینکه واجد جنبه خصوصی یا عمومی باشد، تحقق جرم نسبت به اشخاص حقیقی قابل طرح است و در شکایت یا اعلام جرم، الفاظ یا حرکات و

۱. در این زمینه ممکن است گفته شود که با توجه به ذکر موارد موقوفی تعقیب در ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری، تصمیم بازپرس صحیح بوده است. در این زمینه از نظر نگارنده ضمن این که موارد مندرج در ماده ۱۳ حصری نیست و موارد متعدد دیگری هم می‌توان ذکر کرد که با وجود عدم ذکر در ماده ۱۳ منجر به قرار موقوفی می‌شود، با توجه به توضیحات ذکر شده و این که شکایت به نمایندگی از دستگاه دولتی مطرح شده است، درخواست اصلاح شکایت و در صورت عدم تکمیل پرونده صدور قرار موقوفی مخالفتی با قانون نخواهد داشت و لازم نیست بازپرس موضوع را با استنتاج عدم وقوع جرم نسبت به شاکی، با قرار منع تعقیب مختومه کند.

اقدامات توهین آمیز نسبت به مقام دولتی یا کارمند خاص درج شده و یا عبارات یا متون منتشر شده در مطبوعات یا فضای مجازی که برابر عرف و قانون توهین به اشخاص حقیقی تلقی می شود ذکر و مستندات مربوط ارائه می شود. به تعبیر دیگر، دلیل ورود به رسیدگی به عرض حال نمایندگان حقوقی دستگاه ها تا قبل از اصلاح قانون این نبوده که سازمان یا دستگاه دولتی بزه دیده جرم است؛ بلکه به دلیل اینکه جرم واجد جنبه عمومی بوده است، اعلام شکایت نماینده حقوقی دستگاه عملاً اعلام جرم و یادآوری این موضوع به مقامات دادسرا بود که به دلیل وقوع این جرم، نسبت به فردی که کارمند دولت یا یکی از مقامات مذکور در ماده ۶۰۹ است، مقام تعقیب موظف به پیگیری جرم با توجه به جنبه عمومی آن است. در وضعیت حاضر نیز، با لحاظ اینکه جنبه عمومی جرم زایل شده است، طبعاً گزارش نماینده حقوقی دستگاه به مرجع قضایی، شکایت به نمایندگی از طرف شخص حقیقی بزه دیده از توهین محسوب و به عنوان شکایت شاکی خصوصی قابل استماع خواهد بود. بنابراین، با توجه به خصوصیت جرم توهین که اصولاً تحقق آن نسبت به شخص حقوقی متصور نبوده و در خصوص اشخاص حقیقی قابل توصیف است (میر محمدصادقی، ۱۳۹۹: ۲۴) در هر گونه اعلام جرم یا شکایت، صرف نظر از اینکه جرم واجد جنبه عمومی یا خصوصی باشد، بزه دیده جرم، شخص حقوقی نبوده و کارمند متصدی خدمات دولتی یا وزیر و یا رئیس جمهور یا رؤسای سایر قوا، به دلیل انجام وظیفه یا در حین انجام وظیفه مورد هتک حرمت یا توهین قرار گرفته اند و ثبت شکایت از طرف نماینده حقوقی دستگاه دولتی، در این موارد، با توجه به جنبه خصوصی یافتن جرم، به عنوان اعلام جرم نبوده و به عنوان شکایت نماینده شخص شاکی که بزه دیده توهین بوده ثبت و تصمیم گیری در خصوص ادامه تعقیب یا گذشت در هر مرحله به وی واگذار می شود. ضمن اینکه حتی اگر توسط نماینده حقوقی، شاکی دستگاه دولتی ذکر شده باشد، به لحاظ ویژگی دادرسی کیفری و وظیفه مدعی العموم برای کشف حقیقت و اجرای عدالت (آقابابایی، ۱۳۹۳: ۱۲۲) باز پرس لازم است اصلاح شکایت و یا درج نام بزه دیده حقیقی را در شکایت نامه یا توضیحات تکمیلی نماینده شاکی را درخواست و در فرض عدم اصلاح شکایت یا اعلام گذشت شخص بزه دیده، نسبت به مشتکی عنه قرار موقوفی تعقیب صادر نماید.

در مجموع به نظر می رسد صدور قرار منع تعقیب با این برداشت که اقدام به شکایت نماینده حقوقی دستگاه به عنوان شکایت شخص حقوقی تلقی می شود صحیح نیست و حداکثر می تواند شکایت ثبت شده همانند شکایت وکیل دادگستری یا معاضدت قضایی از طرف فرد بزه دیده تلقی و با درخواست نماینده شاکی و یا خود وی، تعقیب متشاکی و اقدامات متناسب در دستور کار مقام

قضایی قرار گیرد^۱ و اظهارات رسمی سخنگوی قوه قضائیه نیز در آن قسمت که درخصوص جرم توهین به مقامات، شکایت شخص بزه‌دیده را ضروری دانسته است همان گونه که اشاره شد، با مواد ۱۲ و ۶۸ آیین دادرسی کیفری و بحث نمایندگی و وکالت در اقامه شکایت سازگار نبوده و چه بسا موجب تصمیم اشتباه برخی قضات در مانحن فیه شده است.

۲. چالش‌های جنبه خصوصی یافتن جرم موضوع توهین به مقامات

صرف‌نظر از مواردی که از منظر سیاست جنایی تقنینی و رویه قضایی مورد اشاره قرار گرفت، به نظر می‌رسد تصمیم به درج ماده ۶۰۹ قانون مجازات اسلامی در ذیل جرایم قابل‌گذشت، چالش‌های متعدد قضایی و اجرایی ایجاد کرده که در ترازوی محاسبه آثار منفی و مثبت این تصمیم قانونی، کفه مضرات اصلاح قانون که ممکن است در محاسبات قانون‌گذار مورد عنایت قرار نگرفته باشد، بر منافع آنکه با توجه به فضای حاکم بر قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، کاستن از فراوانی شکایت یا اجرای مجازات حبس درخصوص موضوع است، سنگینی معناداری دارد. برخی از این چالش‌ها به قرار زیر است:

۲-۱. منتفی شدن کارکرد ماده ۶۰۹

فارغ از حسن یا قبح واجد جنبه عمومی بودن توهین به مقامات و مسئولان و یا کارکنان دولت در حین خدمت، در نظام عدالت کیفری ایران، از شخص اول کشور تا یک کارمند جزء که مأمور به انجام اعمال تصدی حاکمیت هستند تقریباً به‌نحو یکسانی حمایت می‌شد و «فلسفه جرم‌انگاری، حمایت حاکمیت از نمایندگان خود در قبال هتک حرمت آنان به‌جهت وظایفی است که در راستای اهداف حاکمیت انجام می‌دهند» (احمدزاده و تام، ۱۴۰۰: ۹۳) و چنانچه کسی با آگاهی به سمت و مسئولیت آن‌ها هتک حرمت یا اهانتی می‌کرد، موضوع به‌عنوان جرم عمومی قابل تعقیب بود و اگر تهدید کیفری را در پیشگیری از جرم و بازدارندگی از رفتارهای مجرمانه و حمایت از نظم عمومی دارای اثر بدانیم، به‌صورت عام می‌توانست از شیوع و گسترش بی‌حرمتی نسبت به کسانی که عهده‌دار پست یا متصدی مسئولیتی هستند جلوگیری نماید و در موارد متعددی مشاهده شده است که در ادارات یا اماکن ارائه‌کننده خدمات عمومی، برای یادآوری جنبه بازدارندگی و رعایت حرمت مأموران متصدی خدمات کشوری و لشکری یا دادگاه‌ها، متن ماده مذکور به‌صورت اطلاعیه در معرض دید مراجعان قرار گرفته است. این رویکرد عدالت کیفری یا یادآوری مفاد ماده ۶۰۹، به این معنا نبود که

۱. مواردی که توسط وکیل یا به عنوان معاضدت قضایی طرح شکایت می‌شود، تا زمانی که شخص بزه‌دیده اعلام گذشت ننموده، تعقیب ادامه خواهد یافت.

اگر به مأمور دولت یا منشی دادگاه یا مأمور زندان در حین خدمت توهین شود، او حق شکایت شخصی دارد و می‌تواند از مرتکب توهین شکایت نماید؛ بلکه یادآوری جنبه عمومی جرم و حمایت قانون‌گذار از مقامات یا کارکنان در جهت رعایت حرمت و کرامت ایشان در حین انجام وظیفه و به‌نحو مؤثری تضمین و حمایت از نظم و آرامش و عدم توسل به خشونت در کلام و رفتار در محیط‌های اداری و خدمات عمومی تلقی می‌شود. با درج جرم موضوع ماده ۶۰۹ ذیل جرایم قابل‌گذشت و اینکه هر گونه تعقیب در این خصوص مستلزم شکایت شخص شاکی است، کارویژه مورد نظر در تصویب ماده ۶۰۹ منتفی شده و با توجه به مفاد ماده ۶۰۸ قانون مجازات اسلامی که هر گونه توهین به اشخاص را جرم دانسته، ماده ۶۰۹ لغو خواهد بود. چون جهت تشدید توهین مورد نظر قانون‌گذار در این ماده که افراد مورد حمایت به‌صورت حصری ذکر شده‌اند، کارکرد جنبه عمومی این جرم بود و اینکه کارمندان و یا مدیران سازمان‌ها در صورت هتک حرمت در حین انجام وظیفه یا به سبب آن، از طرف مدعی‌العموم و مقام تعقیب مورد حمایت قرار می‌گیرند. بر این اساس می‌توان گفت درج این ماده در ذیل جرایم قابل‌گذشت، عملاً کارکرد حذف این ماده را دارد و با حذف جنبه عمومی، وجود ماده ۶۰۹ در قانون لغو خواهد بود.

نکته دیگری که در زمینه منتفی شدن کارکرد ماده ۶۰۹ مورد توجه برخی نویسندگان قرار گرفته است (احمدزاده و تام، ۱۴۰۰: ۹۳) این است که با توجه به مفاد قانون کاهش مجازات حبس، عملاً مجازات توهین به کارمندان دولت با توجه به سمت ایشان یا توهین حین انجام وظیفه، نسبت به توهین ساده مجازات کمتری خواهد داشت. به این ترتیب که با توجه به نصف شدن مجازات این جرم (تبصره ماده ۱۱ قانون)، در صورتی که دادگاه حکم به مجازات حبس صادر کند، از آن جهت که مجازات قانونی کمتر از سه ماه است، باید وفق ماده ۶۵ قانون مجازات اسلامی تبدیل به یکی از مجازات‌های جایگزین حبس شود و در صورتی که دادگاه مجازات جایگزین حبس از نوع جزای نقدی را برگزیند، حداکثر مجازات جزای نقدی تا پانزده میلیون ریال است (بند الف ماده ۸۶ قانون مجازات اسلامی) اما کیفر جزای نقدی توهین به اشخاص عادی، طبق ماده ۶۰۸ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی از شصت میلیون ریال تا دویست و چهل میلیون ریال است. نتیجه این برهم ریختگی ساختار پاسخ‌های کیفری و کمتر شدن مجازات پیش‌بینی شده برای توهین مشدد نسبت به توهین ساده این خواهد بود که برخلاف انتظار افرادی که متهم به توهین ساده هستند، برای کاهش کیفر خود اعلام کنند که به تصور اینکه این فرد از مقامات دولتی یا کارمند است او را هتک حرمت نموده‌اند!

۲-۲. ناترازی اعمال کیفر در خصوص جرم واحد

در قانون مجازات اسلامی و یا قوانین خاص دیگر، در کنار جرم توهین ساده مقرر در ماده ۶۰۸، چندین جهت مشدد برای جرم توهین مقرر و جهاتی مانند مقام سیاسی بودن مخاطب (ماده ۵۱۷)، جنسیت یا سن طرف توهین (ماده ۶۱۹)، قداست موضوع توهین (ماده ۵۱۳)، نحوه و کیفیت ارتکاب (ماده ۷۰۰)، صاحب حرفه یا شغل خاص بودن (ماده ۲۰ لایحه قانونی استقلال وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳ و ماده ۲۰ لایحه قانونی مربوط به استقلال کانون کارشناسان مصوب ۱۳۵۷ و ماده ۴۸ و ۴۹ قانون مجازات نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲)، سبب تشدید کیفر و پاسخ افتراقی به آن شده است. با وجود تصویب ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی و ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، برخی از این جرایم کماکان واجد جنبه عمومی هستند.

به عنوان مثال، با توجه به اینکه برابر تبصره ۳ ماده واحده «قانون انتخاب وکیل توسط اصحاب دعوی» مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، «وکیل در موضع دفاع از احترام و تأمینات شاغلین قضا برخوردار می باشد» با قابل گذشت اعلام شدن بزه توهین به مقامات مذکور در ماده ۶۰۹ و از جمله قضات دادگستری، و غیر قابل گذشت بودن توهین به وکلای دادگستری، قانون گذار ناخواسته حمایت غیر قابل توجیهی از وکلای دادگستری در مقایسه با قضات به عمل آورده و در صورتی که در جلسه رسیدگی به صورت هم زمان به قاضی پرونده و وکیل توهین شود، قاضی باید وفق ماده ۳۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص توهین به وکیل اعلام جرم کند و در مورد توهین به خود، شکایت شخصی مطرح نماید (احمدزاده و تام، ۱۴۰۰: ۹۴). همچنین در ماده ۵۱۴ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی توهین به رهبری به صورت مطلق (به نحوی از انحاء) جرم تلقی و کماکان جنبه عمومی آن محفوظ است، و میان رهبر و مقامات مادون مانند رؤسای سه قوه، نمایندگان مجلس خبرگان، اعضای شورای نگهبان^۱، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و مقامات پایین تر مذکور در ماده ۶۰۹ قانون مجازات اسلامی که به طور طبیعی در معرض بزه دیدگی بیشتری قرار دارند، از جهت نحوه تعقیب و استفاده از ابزار کیفر تفاوت گذاشته شده و هر گونه حمایت کیفری در خصوص مقامات مذکور مستلزم شکایت شخص ایشان از فرد توهین کننده دانسته شده است. این تفاوت ضمن اینکه با هدف مقنن و کارکرد جرم انگاری توهین به مقامات سیاسی و اداری هم خوانی ندارد،

۱. در این رابطه برداشت یکی از نویسندگان از سخنان امام خمینی در خصوص لزوم رعایت حرمت اعضای شورای نگهبان که موضوع را در حد جرم افساد فی الارض امکان سنجی نموده خواندنی است (نک: مرتاضی و یوسفلو، ۱۳۹۸: ۱).

با توجه به صراحت اصول متعدد قانون اساسی مبنی بر تساوی همه افراد در برابر قانون و تأکید خاص اصل ۱۰۷ قانون اساسی^۱، قابل توجیه نیست. ضمن اینکه مقام رهبری در پاسخ به یک استفتای شرعی و در سخنرانی عمومی، اهانت به مسئولان کشور را حرام اعلام نموده اند^۲ و رویکرد قانون گذار با نظر فقهی ایشان نیز سازگار نیست و در عمل اصلاح قانون شرایط غیر قابل توجیهی رقم زده و مقاماتی که با توجه به شغل و وظیفه حاکمیتی در معرض توهین هستند و از این منظر توهین به ایشان توهین مشدد محسوب شده است، به صورت یکسانی مورد حمایت قانون قرار نگرفته اند.

با توجه به موارد، به نظر می رسد قانون گذار از این منظر بدون منطق روشن و قابل فهم و ارزیابی هزینه - فایده اقدام خود، انسجام و هماهنگی موجود در قانون مجازات اسلامی و قوانین مرتبط به توهین را دچار چالش غیر ضروری نموده است.

۳-۲. عدم رغبت به شکایت شخصی مقامات و بی کیفرمانی

یکی از چالش های مهم در بحث خصوصی یا قابل گذشت شدن توهین به مقامات، عدم وجود انگیزه یا تمایل شخص بزه دیده و بی کیفرمانی این نوع بزه کاری ها و عدم کارایی و بی اعتبار شدن دفاتر حقوقی وزارتخانه ها، سازمان ها و مراکز حاکمیتی است که مقامات یا کارکنان آن ها در معرض بزه دیدگی و هتک حرمت بوده و با خصوصی شدن جرم توهین، از خدمات حقوقی مورد انتظار برخوردار نخواهند بود. با توجه به اینکه حمایت قانون گذار از افراد مشمول ماده ۶۰۹ به این اعتبار است که در حین انجام وظیفه یا به سبب آن مورد هتک حرمت قرار گرفته اند، در غالب موارد انگیزه شخصی برای اقامه شکایت علیه فرد یا افراد توهین کننده ندارند ولی این انتظار را دارند که در ازای خدماتی که به جهت قبول مسئولیت انجام می دهند، در مقابل تعرض های مرتبط با شغل حمایت شوند. نگارنده شاهد بوده است که در خصوص موضوعاتی که برابر قانون کاهش مجازات حبس تعزیری و تلقی قضات از قانون، مستلزم شکایت شخصی است، افراد بزه دیده از اقامه شکایت شخصی اجتناب نموده و به طور طبیعی این موارد قابل شکایت و پیگیری نیست. با توجه به لزوم

۱. اصل صد و هفتم قانون اساسی: «رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است.»

۲. در استفتایی از مقام رهبری مبنی بر این که آیا انتقاد از مسئولان در جمعی که آن ها حضور ندارند غیبت محسوب می شود، می فرمایند: انتقاد از عملکرد نادرست که به صورت علنی انجام شده است غیبت محسوب نمی شود و اشکال ندارد ولی نباید به گونه ای باشد که موجب تحقیر یا اهانت به اشخاص یا تضعیف نهادهای نظام جمهوری اسلامی شود. (خبرگزاری دانشجویان ایران، کد خبر: ۹۹۱۱۲۴۱۷۸۲۱ تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۲۴؛ همچنین ایشان در سخنرانی علنی با انتقاد از اقدام برخی در برخورد با دولت و رئیس جمهور، گفتند هتک حرمت حرام است و انتقاد با هتک حرمت تفاوت دارد ...) خبرگزاری ایرنا کد خبر: ۸۴۰۸۶۹۶۲ مورخ ۱۳۹۹/۸/۳.

پیوستگی و دائمی بودن خدمات حاکمیتی، در موارد تغییر پست افراد و ترک سمت اداری و سازمانی، این مشکل نمایان تر خواهد بود. ممکن است فردی در هنگام تصدی سمت حاکمیتی به مناسبت مسئولیت مورد هتک حرمت قرار گرفته و چه بسا افکار عمومی از جهت بی حرمتی و عدم رعایت موازین اخلاقی و عفت عمومی متأثر شده باشد ولی فرد بزه دیده به علت پایان دوران مسئولیت، انگیزه شخصی جهت طرح شکایت یا تعقیب موضوع مربوط به شخص خود نداشته باشد و انتظار افکار عمومی جهت پاسخ گویی به این موارد مورد توجه قرار نگیرد.

هرچند ممکن است این موضوع از جهت کاهش ترس از تعقیب و مجازات و یا توسیع دایره انتقاد یا احیاناً هتک حرمت قابل تحمل در نظام حکومتی و کاهش شکایت دستگاه های حاکمیتی از شهروندان یا منتقدان مثبت تلقی شود، ولی به دلیل اینکه افراد به خصوص مقامات ممکن است از منظر شخصی احساس بزه دیدگی نکنند ولی دستگاه و شخصیت حاکمیت مستقر یا مقامات دولتی از این بی کفرمانی آسیب ببینند و این در حقیقت به نفع نظم عمومی جامعه و حفظ موازین اخلاقی در کلام یا عدم خشونت در گفتار نیست و عملاً به دلیل تغییر پست مدیران و مقامات دستگاه ها، امکان مراقبت از حرمت و کرامت متصدیان و شاغلان دستگاه حاکمیت توسط متولی آن که دفتر حقوقی دستگاه مربوط است غیر ممکن و موجبات انفعال نسبت به موضوع و گسترش این قبیل جرایم یا طرح موضوع با عناوین جایگزین دیگری خواهد شد که در ادامه مورد بررسی قرار می گیرد.

۴-۲. فروپاشی انسجام حقوقی دستگاه ها و افزایش شکایات

بسیاری از مقامات اداری، قضایی و مأمورانی که اعمال تصدی دولت را انجام می دهند، در معرض بزه دیده شدن در حین انجام وظیفه هستند. به عنوان مثال، در برنامه بازدید یک مقام اداری یا قضایی از شهرستانی دوردست، مورد تعرض فرد یا افرادی قرار می گیرد؛ پزشک متخصصی که در یک بیمارستان دولتی در یک شهرستان دورافتاده خدمت می کند، ممکن است به هر دلیل مورد تعرض و اهانت یک ارباب رجوع یا همراهان بیمار قرار گیرد؛ افسر کارشناس تصادفات یا کارمند ترخیص گمرک و مواردی متعدد از این دست ممکن است در معرض بزه دیدگی باشند. اینکه در هر مورد، شکایت شخصی و طبعاً حضور شخص شاکی یا وکیل انتخابی شخص، در مرجع قضایی محلی صالح جهت هر گونه پیگیری را ضروری بدانیم، عملاً دو نتیجه در پی دارد یا اینکه افرادی که باید بدون دغدغه از تکرار بی حرمتی در شغل تخصصی خود مشغول باشند، روانه دادگاه و کلانتری ها جهت پیگیری شکایات مربوط به شغل خود شوند و یا اینکه از پیگیری این امور به صورت کلی منصرف یا هزینه های گزاف ناشی از استخدام وکیل در هر مورد از طرف فرد یا دستگاه مربوط پرداخت شود که همه این ها عوارض سیاست گذاری بی محاسبه و تفسیری است که رویه قضایی از

تغییر قانون کرده است. در حالی که اگر در این موارد مانند رویه جاری تا قبل از اصلاح قانون عمل شود، عملاً در موارد توهین به مقامات اداری و سیاسی یا کارکنان دولت، ضمن جمع و بررسی مقدماتی مواردی که با توجه به مستندات ضرورتی به پیگیری آن احساس می‌شود توسط مدیریت حقوقی دستگاه، کارشناسان دفاتر حقوقی سازمان‌ها، مسئولیت طرح دعوی و تهیه لوایح و اقامه دلایل را بر عهده گرفته و مقام یا مسئول و کارمند بزه‌دیده، علاوه بر اینکه به وظیفه سازمانی خود می‌پردازد، از پیگیری و حمایت قانونی و قضایی موضوع اطمینان می‌یابد.

برخلاف دیدگاهی که ممکن است در اصلاح قانون مد نظر قانون‌گذار بوده که خصوصی شدن توهین به مقامات و کارکنان دولت می‌تواند سبب کاهش این قبیل پرونده‌ها شود، ضمن اذعان به اینکه بسیاری از کارکنان یا مقامات و مسئولان دولتی از حضور در مراجع قضایی و انتظامی برای پیگیری این امور منصرف و حتی پیگیری از طریق وکلای دادگستری را هم انتخاب نخواهند کرد، اگر در مجموعه گسترده سازمان‌های دولتی و نهادهای اعمال تصدی اعم از صف و ستاد و لشگری و کشوری این موضوع مطرح شود که در موضوع توهین در حین انجام وظیفه خود افراد بزه‌دیده لازم است به مرجع قضایی مراجعه و شکایت کنند، ضمن اخلاف در اعمال تصدی دولت و ترک وظیفه تخصصی برای پیگیری امور غیر مرتبط با وظایف محوله، ممکن است شکایاتی بسیار جزئی و متکثر در دادگاه‌ها با این موضوع تشکیل و به شکل دیگری دستگاه قضایی را با افزایش پرونده مواجه کند. به بیان دیگر، با توجه به اشراف دفتر حقوقی مستقر در دستگاه به وظایف محوله کارمند و شرایط کاری و تنشی که احیاناً بین ارباب رجوع و کارمند پیش آمده، امکان پالایش و مدیریت شکایت‌های جزئی و حل و فصل آن‌ها وجود خواهد داشت. در صورتی که واگذار شدن موضوع به پیگیری شخصی، علاوه بر بی‌سامانی و ایجاد بهانه‌ای ناخواسته برای عدم ارائه مستمر خدمات، عملاً تمرکز و انسجام حقوقی دستگاه نیز به چالش کشیده می‌شود که بی‌توجهی به این آسیب در تغییر ضوابط مقرر در شکایت‌های مربوط قابل اغماض نیست.

۵-۲. افزایش شکایت با عناوین پوششی و مشابه

چالش دیگری که در همین زمینه قابل ذکر است، چاره‌جویی است که به دلیل عدم توجیه سلب جنبه عمومی از جرم موضوع ماده ۶۰۹ و حفظ جنبه عمومی در جرایم مشابه و مرتبط می‌تواند مورد استفاده دستگاه حقوقی دولت و حاکمیت قرار گیرد. به عنوان مثال، با توجه به شرایط کاملاً مشابه جرم توهین در حین انجام وظیفه با جرم تمرد نسبت به مأمورین که برابر مفاد ماده ۶۰۷ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی هر گونه حمله یا مقاومتی است که با علم و آگاهی نسبت به مأمورین دولت در حین انجام وظیفه به عمل آید، و به خصوص با توجه به تبصره این ماده که اشعار

می‌دارد اگر متمرّد در هنگام تمرّد مرتکب جرم دیگری هم بشود به مجازات هر دو جرم محکوم می‌شود، و با عنایت به بند ۳ ماده مذکور که تمرّد و مقاومت در مقابل مأمورین دولت را به مأموران یا مشاغل خاصی محدود نکرده است، طرح شکایت ذیل این عنوان موقعیت خواهد یافت و بسیاری از مواردی که با عنوان توهین به کارکنان و مأموران دولتی مشمول جنبه خصوصی شده، تحت این عنوان در دادسراها قابل طرح و کماکان واجد جنبه عمومی خواهد بود. در یکی از آرای صادره، قبل از تغییر جنبه عمومی توهین به کارکنان در حین انجام وظیفه، با وجود توصیف صورت گرفته در رأی در مورد رفتار متهم که وقوع جرم توهین را به ذهن متبادر می‌کند، قاضی رسیدگی‌کننده، موضوع را با ماده ۶۰۷ منطبق دانسته است.^۱ جرم دیگری که در همین زمینه قابل طرح و جایگزینی به جای جرم توهین به مقامات است، جرم تهدید موضوع ماده ۶۶۹ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ است. با توجه به دامنه گسترده رفتار مادی این جرم و قابلیت تطبیق رفتارهایی که پیش از این با عنوان توهین در حین انجام وظیفه توصیف می‌شد با رکن مادی جرم تهدید، به دلیل غیرقابل گذشت بودن و جنبه عمومی آن، از طرف نمایندگان حقوقی قابل طرح و پیگیری خواهد بود. همچنین، جرم موضوع ماده ۶۱۸ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی با عنوان ایجاد هیاهو و جنجال و اخلال در نظم و آرامش و آسایش عمومی عنوان دیگری است که در این قبیل پرونده‌ها قابل طرح است و به علت جنبه عمومی داشتن موضوع، دادسرا به ناچار باید موضوع را تعقیب کند.^۲ در پرونده مربوط به مراسم معارفه استاندار اذربایجان شرقی که یکی از شهروندان به دلایل نامشخصی به روی صحنه رفت و به استاندار معرفی شده هتک حرمت نمود، با وجود اینکه شخص

۱. «تحقیقات صورت گرفته اجمالاً حکایت دارد که متعاقب اعمال قانون توسط عوامل پلیس راهور نسبت به متهم، مشارالیه با پرخاشگری و رفتاری به دور از ادب و نزاکت نسبت به عملکرد مأموران معترض و... دادگاه با عنایت به جمیع جهات ... نامناسب بودن و اهانت‌آمیز بودن نوع الفاظ و عبارات مورد استفاده، بزه معنونه را محرز و منتسب به ایشان و مآلاً عمل ارتكابی را منطبق با ماده ۶۰۷ از قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ تشخیص و اعلام می‌نماید» (قهرمانی، ۱۳۹۵: ۸۸).

۲. در حادثه‌ای که در حین نگارش این سطور در شهرستان اهواز اتفاق افتاد، در جریان بازدید وزیر بهداشت از یک بیمارستان و در زمانی که رییس دانشگاه علوم پزشکی استان در حال ارائه گزارش وضعیت بیمارستان بود، فردی با اعمال خشونت کلامی و فیزیکی به نامبرده نزدیک و برابر گزارش رسانه‌ها با زدن سیلی به گوش مقام مسئول، به وی حمله می‌کند. (روزنامه شماره ۵۲۵۰ دنیای اقتصاد مورخ ۱۴۰۰/۶/۶ شماره خبر: ۳۷۹۳۲۴۲) به نظر می‌رسد در خصوص این موضوع و مواردی مشابه، علاوه بر این که با موضوع توهین ماده ۶۰۹ قابل تطبیق است، امکان شکایت به عنوان تمرّد و توهین موضوع ماده ۶۰۷ و اخلال در نظم موضوع ماده ۶۱۸ را هم فراهم است.

بزه‌دیده بلافاصله اعلام کرد ایشان را می‌بخشم، برابر اعلام رسمی سخنگوی قوه قضائیه، فردی که به استاندار هتک حرمت نموده، با وجود گذشت شاکی به علت اخلال در نظم بازداشت شده است.^۱ در پاسخ به این ایراد ممکن است گفته شود اینکه رفتاری با چند ماده قانونی قابل انطباق باشد و شاکی یا مقام تعقیب بتوانند شکایت خود را با عناوین متفاوت مطرح کنند، ارتباطی به حذف جنبه عمومی از جرم توهین به مقامات ندارد و در هر شکایت، قاضی محکمه شرایط وقوع جرم و عناصر متشکله را بررسی می‌کند اما واقعیت غیرقابل انکار این است که غرض قانون‌گذار که کاهش شکایات و کاهش مجازات حبس است با این تغییرات و حذف جنبه عمومی تأمین نمی‌شود. در این موارد به دلیل قرابت عناصر تشکیل‌دهنده این جرایم، عملاً قانون‌گذار دستگاه اداری و اجرایی را به توصیف مواردی که با خشونت کلامی و فیزیکی متهم همراه بوده با عنوان دیگر ناگزیر نموده و دستگاه قضایی را به شکل دیگری مجاب به پیگیری موضوع به عنوان جرم واجد جنبه عمومی خواهد کرد.

۲-۶. ایجاد ابهام در اعلام جرم و وظایف نمایندگان حقوقی دستگاه‌های دولتی

یکی از چالش‌ها و ابهام‌هایی که با سلب جنبه عمومی از جرم توهین به مقامات دولتی ایجاد شده است، از نظر اجرایی و نحوه اعلام جرم یا شکایت و نحوه انجام وظیفه نمایندگان حقوقی دستگاه‌هاست که با توجه به جایگاه قانونی نمایندگان حقوقی و موضوع معاضدت قضایی به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۶-۱. جایگاه قانونی نماینده حقوقی

برابر اصل کلی، اقامه هر گونه شکایت در مراجع قضایی یا شبه قضایی یا دفاع در برابر دعاوی علیه افراد و اشخاص، مستلزم احراز هویت فرد و سمت وی در این خصوص است. افراد حقیقی شخصاً یا توسط وکلای دارای پروانه فعالیت اجازه مداخله در پرونده‌های قضایی را دارند و اشخاص حقوقی نیز با ارائه دلیل مدیریت شخص حقوقی می‌توانند به نمایندگی شخص حقوقی اقامه دعوی یا دفاع در برابر دعاوی را بر عهده بگیرند یا با انعقاد قرارداد وکالت با وکلای دارای پروانه معتبر، امور حقوقی شخص حقوقی را انجام دهند. به تعبیر یکی از حقوق‌دانان برجسته، نمایندگی، عنوان کسی است که عمل حقوقی برای دیگری و به نام او کند و این به حسب قدرت قانونی و یا اختیار ناشی از عقد است و نتیجه کار نماینده، ایجاد حق یا تعهد به نفع و یا بر عهده منوب‌عنه است و این واژه اعم است از وکالت، ولایت بر محجورین، وصایت و قیمومت و مانند این‌ها (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸/۵: ۳۶۹۰). بر این اساس، در موارد خاص، افرادی که به حکم قانون موظف یا مجاز به اقامه دعوی یا دفاع هستند عهده‌دار

1. <https://www.khabaronline.ir/news/1567494>.

این مسئولیت هستند. (صفایی، ۱/۱۳۹۹: ۷۷).

اجازه مداخله نمایندگان حقوقی/ قضایی دستگاه‌های دولتی در دعاوی له یا علیه دستگاه متبوع نیز یکی از مصادیق مهم و استثنائات بر اصل کلی مورد اشاره است که در حقوق ایران برای اولین بار در قانون الحاق دو تبصره به قانون متمم بودجه سال ۱۳۴۷ کل کشور مصوب ۱۳۴۸/۳/۲۵ پیش‌بینی و متعاقب آن در قوانین مختلف دیگر تمهید و تأکید شد. از جمله در سال ۱۳۷۴ با تصویب ماده واحده‌ای با عنوان «قانون استفاده بعضی از دستگاه‌ها از نماینده حقوقی در مراجع قضایی و... به بنیاد شهید، بنیاد پانزده خرداد، کمیته امداد امام خمینی، بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی، ستاد رسیدگی به امور آزادگان، شهرداری‌ها، بانک‌ها، دانشگاه‌های غیردولتی و شرکت‌های دولتی و مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی» نیز اجازه داده شد تا بتوانند نماینده حقوقی خود را جهت طرح دعوا یا دفاع از دعاوی مربوط در مراجع قضایی معرفی نمایند.

نهایتاً در سال ۱۳۷۹ و در ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، قانون‌گذار با ملاحظه همه قوانین سابق شرایط استفاده از نماینده حقوقی در دستگاه‌های دولتی را مشخص کرد.^۱

با توجه به اینکه ماده ۳۲ موصوف به عنوان آخرین مقرر در این خصوص تلقی می‌شود و قانون‌گذار با ملاحظه مقررات سابق سعی کرده با الفاظ و عباراتی عام و خاص، و به طور حصری (پاشازاده، ۱۳۸۳: ۱۳) نهادهای دولتی و مؤسسات عمومی غیردولتی و شهرداری‌ها و بانک‌ها را مورد حکم قرار دهد، به نظر می‌رسد با این مصوبه، اجازه معرفی نماینده حقوقی به مراجع قضایی به همین موارد محدود خواهد شد و برخلاف برخی دیدگاه‌ها که این ماده را به عنوان عام مؤخر دانسته‌اند که ناسخ خاص مقدم نیست (پورارشاد، ۱۳۹۹: ۱۳۶)، به نظر می‌رسد در ماده ۳۲، قانون‌گذار در مقام بیان و احصای مصادیق مورد نظر بوده است و به عنوان مثال دانشگاه‌های غیردولتی که در ماده واحده مصوب ۱۳۷۴ به عنوان یک مصداق ذکر شده بود، در ماده ۳۲ ذکر نشده ولی

۱. وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت، شرکت‌های دولتی، نهادهای انقلاب اسلامی، مؤسسات عمومی غیردولتی، شهرداری‌ها و بانک‌ها می‌توانند علاوه بر استفاده از وکلای دادگستری برای طرح هر گونه دعوا یا دفاع و تعقیب دعاوی مربوط از اداره حقوقی یا کارمندان رسمی خود با داشتن یکی از شرایط زیر به عنوان «نماینده حقوقی» استفاده نمایند. شرایط مورد نظر قانون‌گذار عبارت است از:

۱- دارا بودن لیسانس در رشته حقوق با دو سال کارآموزی در دفاتر حقوقی دستگاه‌های مربوط؛

۲- دوسال سابقه کار قضایی یا وکالت به شرط عدم محرومیت از اشتغال به مشاغل قضاوت یا وکالت.

شهرداری‌ها و بانک‌ها به صورت خاص ذکر شده و موارد دیگری که در ماده واحد موصوف به صورت خاص ذکر شده بودند، با عبارت‌های عامی مانند نهادهای انقلاب اسلامی و یا مؤسسات عمومی غیردولتی تحت شمول ماده ۳۲ قرار گرفته‌اند و نمی‌توان به استناد ماده واحد مذکور از دانشگاه‌های غیردولتی (دانشگاه‌های غیرانتفاعی مانند دانشگاه آزاد اسلامی^۱) در مراجع قضایی نماینده حقوقی را به عنوان نماینده شاکی یا تعقیب کننده دعوی پذیرش کرد. علاوه بر اینکه برابر ماده ۵۲۹ این قانون، سایر قوانین و مقررات مغایر ملغی و منسوخ گردیده است. همچنین، استثنا بودن قبول نمایندگی نیز اقتضا می‌کند قضات محترم دادگاه‌ها در غیر مورد نص، به قدر متیقن مذکور در ماده ۳۲ اکتفا کنند. شایان ذکر اینکه با توجه به درج ماده مذکور ذیل باب دوم با عنوان وکالت در دعوی و تصریح قانون گذار بر اینکه وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های دولتی می‌توانند علاوه بر استفاده از وکلای دادگستری برای طرح هر گونه دعوی یا دفاع و تعقیب دعوی مربوط از اداره حقوقی یا کارمندان رسمی خود به عنوان نماینده استفاده کنند، قابل استفاده است که از نظر قانون گذار، کلیه صلاحیت‌ها و اختیاراتی که وکلای دادگستری در مراجع قضایی دارند، برای نمایندگان حقوقی هم متصور است و توجه به فلسفه وضع این ماده نیز مؤید این است که قانون گذار در مقام تسهیل امر حضور دستگاه‌های دولتی در مرجع قضایی و دفاع از حقوق دولت این مقررات را وضع نموده است.

تا قبل از تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیزی، در مواردی که نسبت به مقامات یا مسئولان دستگاه دولتی در حین خدمت و انجام وظیفه اهانت یا هتک حرمتی می‌شد، یا در مطبوعات یا فضای مجازی توهین یا افترا نسبت به مسئولی منتشر می‌شد، با وجود اینکه بزه دیده واقعی جرم شخص حقیقی و کارمند دولت بود، دفاتر حقوقی دستگاه‌ها موضوع را به مرجع قضایی

۱. در خصوص دانشگاه آزاد اسلامی این نکته قابل ذکر است که ماده یک اساسنامه اولیه این دانشگاه مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی که در روزنامه رسمی شماره ۱۲۵۳۳ مورخ ۱۳۶۶/۱۱/۱۰ منتشر شده تصریح شده که دانشگاه جهت تحقق اهداف مندرج در کلیات آیین نامه تأسیس مؤسسات آموزش عالی غیردولتی غیرانتفاعی تأسیس می‌گردد و هم در ماده ۶ اساسنامه تصریح شده که دانشگاه تابع کلیه مقررات مربوط به مؤسسات آموزش عالی غیردولتی است (<https://rc.majlis.ir/fa/law/show/99868>). برابر ماده ۶ اساسنامه جدید دانشگاه، مصوب جلسات متعدد شورای مذکور در سال ۱۳۸۸ و ۱۳۸۹، نیز، دانشگاه تابع کلیه ضوابط و مقررات مربوط به مؤسسات آموزش عالی غیردولتی غیرانتفاعی مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی است. علاوه بر این، هر چند در ماده ۵ این اساسنامه گفته شده که دانشگاه موسسه‌ای است عمومی و غیردولتی و اموال آن به عنوان اموال عمومی محسوب می‌شود؛ اما تا زمانی که دانشگاه آزاد اسلامی در فهرست قانون مؤسسات عمومی غیردولتی اضافه نشده است، نمی‌توان این دانشگاه را مؤسسه‌ای عمومی غیردولتی دانست.

منعکس و با تلقی گزارش واصله به عنوان اعلام جرم، مرجع قضایی نسبت به تعقیب موضوع اقدام می‌کرد و حتی به کرات از طرف مقامات با اعلام اینکه شکایت شخصی ندارم، ژست انتقادپذیری و گذشت هم به جامعه القا می‌شد و طبعاً تکلیف متهم در مرجع قضایی مشخص می‌شد. در وضعیت حاضر، در موضوعاتی که اشاره شد از جمله توهین و افترا، برابر تفسیری که رویه قضایی از قانون جدید دارد، شکایات مطرح شده از طرف دفاتر حقوقی با قرار منع تعقیب یا موقوفی تعقیب مواجه می‌شود و علت آن عدم شکایت شخصی مسئول یا کارمند است که لازم است با تفسیر مساعد برای حل آن چاره‌اندیشی شود که در بند بعدی مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۲-۶-۲. ارتباط نمایندگی قضایی با معاضدت قضایی

یکی از موضوعاتی که به مناسبت بحث نمایندگی حقوقی و چالش‌های ناشی از سلب جنبه عمومی از جرم توهین به مقامات دولتی قابل طرح و بررسی است، این است که آیا اشخاص حقیقی هم علاوه بر معرفی وکیل، حق معرفی نماینده به دادگاه دارند؟ بررسی مفاد مقررات مربوط به نمایندگی قضایی نشان می‌دهد که آنچه در این قوانین مطرح است، نمایندگی از طرف شخص حقوقی است و در مقررات مربوط و از جمله ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، صحبتی از نمایندگی از اشخاص حقیقی در دادگاه‌ها نیست و طبعاً این افراد در صورت تمایل به معرفی نماینده به مراجع قضایی یا شبه قضایی ناگزیر از معرفی وکیل دادگستری خواهند بود.

البته در پیشینه حقوقی ایران، در مواردی به افرادی که الزاماً وکیل دادگستری نبودند اجازه مداخله در دعاوی در برخی مراجع اداری و شبه قضایی داده شده بود. به عنوان نمونه در ماده ۷ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۷۹، امکان دخالت اشخاص حقیقی (غیر وکیل دادگستری) در دعاوی پذیرفته شده بود و یا به موجب رأی وحدت رویه شماره ۲۹ مورخ ۱۳۶۵/۳/۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، نمایندگی و وکالت از طرف کارفرما در هیئت تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی نیاز به پروانه وکالت دادگستری ندارد.

مورد دیگری که به نحوی به افراد حقیقی و غیر وکیل دادگستری اجازه حضور در دادگاه‌ها و مراجع قضایی به نیابت از دیگران داده شده است، قوانین و مقررات مربوط به معاضدت قضایی است. قانون حمایت حقوقی از بسیج مصوب ۱۳۷۱/۱۰/۱ به کارشناسان حقوقی دفاتر حمایت و خدمات حقوقی و قضایی بسیجیان اجازه داده است که بدون الزام به داشتن پروانه وکالت دادگستری در کلیه مراحل

دادرسی از طرف افراد مذکور به عنوان وکیل اقامه دعوی کنند.^۱ در تأکید بر این موضوع، قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۱ قانون «حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر» مصوب ۱۳۹۴/۱/۲۳ مقرر نموده است که آمران به معروف و ناهیان از منکر، مشمول حمایت‌های قضایی موضوع ماده ۴ قانون حمایت قضایی از بسیج مصوب ۱۳۷۱ می‌گردند. به تعبیری قانون‌گذار در این تبصره، اجازه مداخله کارشناسان مذکور را از اشخاص مورد حمایت، صرف‌نظر از موضوع مطرح در مرجع قضایی به موضوعی خاص بدون توجه به وصف شخص، گسترش داده است. بنابراین چنانچه پرونده‌ای در ارتباط با این موضوع در دادگاه مطرح شود، صرف‌نظر از اینکه کسی که آمر به معروف یا ناهی از منکر تلقی شده و شاکی یا متشاکی پرونده است در سازمان بسیج عضویت رسمی دارد یا خیر، یا عرفاً بسیجی شناخته می‌شود، مورد حمایت حقوقی و قضایی کارشناسان موصوف قرار گرفته و این کارشناسان می‌توانند به عنوان وکیل وی در مرجع قضایی حاضر و دعوی را تعقیب کنند.

همچنین به موجب قانون حمایت قضایی از کارکنان دولت و پرسنل نیروهای مسلح مصوب ۱۳۷۶، کارشناسان حقوقی وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی می‌توانند به کارکنان مؤسسه متبوع خود با رعایت شرایط خاص خدمات حقوقی ارائه و به عنوان وکیل در دادرسی شرکت کنند. در ماده ۸۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ نیز دستگاه‌های اجرایی مشمول قانون مکلف به حمایت قضایی از کارکنان درخصوص پرونده‌های ناشی از انجام وظایف خود هستند.^۲

نمونه دیگری از مقررات حمایت قضایی تحت تأثیر تحریم‌های اقتصادی و مشکلاتی که برای برخی از اتباع یا دانشمندان و دانشجویان کشور که در کشورهای خارجی اقامت یا مأموریت داشته و متهم به دور زدن تحریم یا عدم رعایت مقررات تحریمی کشورهای از جمله ایالات متحده آمریکا یا کشورهای اروپایی شدند، در سال ۱۳۹۸ با عنوان «آیین‌نامه حمایت حقوقی و قضایی از کارکنان و مأموران دستگاه‌های اجرایی و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی آسیب‌دیده از اقدامات دولت‌ها و مراجع داخلی و خارجی» تصویب شد. این آیین‌نامه با جامع‌نگری مناسبی تلاش کرده است خلأهای موجود

۱. ماده ۴: «به منظور حمایت از افراد موضوع این قانون دفاتر حمایت و خدمات حقوقی و قضایی بسیجیان در نیروی مقاومت بسیج سپاه پاسداران انقلاب اسلامی در ارتباط با اجراء این قانون تشکیل می‌گردد. تبصره - کارشناسان حقوقی این دفتر بدون الزام به کسب پروانه وکالت از کانون وکلاء می‌توانند در کلیه مراحل دادرسی از طرف افراد مذکور، به عنوان وکیل اقدام کنند.»

۲. ماده ۸۸: «کارمندان دستگاه‌های اجرایی در انجام وظایف و مسئولیت‌های قانونی در برابر شاکیان مورد حمایت قضایی می‌باشند و دستگاه‌های اجرایی مکلفند به تقاضای کارمندان برای دفاع از انجام وظایف آن‌ها با استفاده از کارشناسان حقوقی خود یا گرفتن وکیل از کارمندان حمایت قضایی نمایند.»

در حمایت قضایی و کنسولی و به خصوص تأمین هزینه‌های دفاع از اتباع ایرانی را که از طرف دولت ایران مأموریتی داشته‌اند، در مراجع قضایی داخلی و خارجی و بین‌المللی پوشش دهد. این آیین‌نامه آن گونه که در مقدمه آن تصریح شده است، در اجرای ماده ۸۸ قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون الزام دولت به پیگیری و استیفای حقوق اتباع و دیپلمات‌های ایرانی آسیب‌دیده از اقدامات دولت‌های خارجی به‌ویژه دولت آمریکا مصوب ۱۳۸۹ تصویب شده است.

از نکات جالب این آیین‌نامه، حمایت از فرد مأمور، صرف‌نظر از رابطه استخدامی وی، با تشخیص دستگاه متبوع است. و لذا حتی خاتمه خدمت فرد به هر طریق (بازنشستگی، بازنحری، استعفا، از کارافتادگی کلی، خاتمه مأموریت و...) مانع حمایت قضایی موضوع این آیین‌نامه نیست. همچنین با درخواست فرد یا بستگان درجه اول وی یا ورثه کارکنان متوفی، مشمول حمایت قرار می‌گیرند. علاوه بر این، برابر مفاد تبصره ۲ ماده ۳، چنانچه بستگان درجه اول کارکنان و مأموران (والدین، همسر و فرزندان) در ارتباط با وظایف و مسئولیت‌های قانونی آنان طرف شکایت یا دعوی یا سایر موضوعات مندرج در این آیین‌نامه قرار گیرند، برقراری حمایت قضایی بلامانع است.

حمایت حقوقی و قضایی از کارمندان یا مسئولان دستگاه‌ها درخصوص شکایات یا دعاوی که به مناسبت شغل و وظیفه سازمانی آن‌ها مطرح شده یا لازم است از طرف ایشان در مراجع قضایی طرح شود، به دستگاه‌های دولتی که قانون یا آیین‌نامه‌های خاص اداری و استخدامی دارند نیز تسری داده شده است. به‌عنوان مثال، برابر ماده ۱ «قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور»^۱ مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ مجلس شورای اسلامی، دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی دارای مجوز تأسیس از شورای گسترش آموزش عالی، از نظر مقررات استخدامی و اداری و مالی تابع قوانین عمومی نبوده و صرفاً مقررات هیئت امناء درخصوص آن‌ها لازم‌الاجراست. در آیین‌نامه‌های اداری و استخدامی

۱. دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی، فرهنگستان‌ها و پارک‌های علم و فناوری که دارای مجوز از شورای گسترش آموزش عالی وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سایر مراجع قانونی ذی‌ربط می‌باشند بدون رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی به ویژه قانون محاسبات عمومی کشور، قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون برگزاری مناقصات و اصلاحات و الحاقات بعدی آن‌ها و فقط در چهارچوب مصوبات و آیین‌نامه‌های مالی، معاملاتی، اداری، استخدامی و تشکیلات مصوب هیات امناء که حسب مورد به تأیید وزیران علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و در مورد فرهنگستان‌ها به تأیید رئیس جمهور و در مورد دانشگاه‌ها و مراکز تحقیقاتی وابسته به نیروهای مسلح به تأیید رئیس ستاد کل نیروهای مسلح می‌رسد عمل می‌کنند.

دانشگاه‌های تابع وزارت علوم^۱ و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، در ذیل مقررات استخدامی، شیوه‌نامه معاضدت قضایی متناسب با مقررات عمومی مربوط به معاضدت قضایی پیش‌بینی شده است و کارکنان یا اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و همچنین کارکنان، اعضای هیئت علمی و کارکنان ستاد وزارتخانه‌های مذکور، برابر مقررات درخصوص دعاوی مطروحه مرتبط با شغل یا مسئولیت خود از حمایت قضایی برخوردار خواهند بود.

در مجموع می‌توان گفت قانون‌گذار با توجه به جهاتی که محل بحث این نوشتار نیست، برای دستگاه‌های حاکمیتی این تمهید را اندیشیده است که این دستگاه‌ها قادر باشند در دعاوی مرتبط با شغل و وظیفه که علیه مدیران یا کارکنان مطرح شده یا دعاوی که حسب تشخیص مقام مربوط طرح آن در مراجع قضایی و شبه قضایی ضروری است، علاوه بر استفاده از وکلای دادگستری، از کارشناسان حقوقی خود در محاکم به عنوان معاضدت قضایی استفاده نمایند و این امکان، فارغ از عمومی یا خصوصی بودن جرم مطروحه است. بر این اساس، در شرایط فعلی که با تصمیم قانون‌گذار جرم توهین به مقامات یا کارکنان در حین انجام وظیفه، جرمی قابل گذشت و واجد جنبه خصوصی شده است، مانعی برای بهره‌مندی کارکنان متصدی خدمات حاکمیتی از این امکان وجود نداشته و صرف نظر از چالش‌هایی که تغییر قانون ایجاد کرده است، نمایندگان حقوقی قادر به شکایت و تعقیب خواهند بود که لازم است مورد توجه مقامات قضایی قرار گیرد و تأکید بر شکایت شخص شاکی، نباید مانع استیفای این حق و فرایند قانونی مفید در شرایط فعلی شود.

نتیجه

با توجه به اینکه قانون‌گذار به مناسبت تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در سال ۱۳۹۹ در اجرای سیاست کاهش موارد مجازات حبس، در ماده ۱۱ قانون مذکور نسبت به سلب جنبه عمومی از برخی جرایم از جمله توهین به مقامات و کارکنان، موضوع ماده ۶۰۹ قانون مجازات اسلامی اقدام نموده است، این جرم را به جرمی دارای جنبه خصوصی که صرفاً با شکایت شاکی تعقیب آن آغاز و در هر مرحله قابل گذشت است تغییر داده است. این تحول قانونی، از این جهت که در مورد یکی از جرایم پربسامد و نسبت به مقامات و متصدیان مشاغل حاکمیتی اتفاق افتاده است، در

۱. ماده ۴۵ آیین نامه استخدامی اعضای غیر هیات علمی مصوب ۱۴۹۷: «عضو در انجام وظایف و مسئولیت‌های قانونی در برابر شاکیان مورد حمایت قضایی موسسه است و موسسه مکلف است بر اساس «دستور العمل اجرای قانون حمایت قضایی از اعضای موسسه - پیوست شماره ۶» با تقاضای عضو برای دفاع از انجام وظایف وی با استفاده از کارشناسان حقوقی خود یا گرفتن وکیل از عضو حمایت قضایی کند.»

این مقاله از دو منظر مورد بحث و بررسی قرار گرفت. یکی از منظر سیاست کیفری تقنینی و اینکه سلب جنبه عمومی از جرم توهین به مقامات موضوع ماده ۶۰۹ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی چه آثار مثبتی در پی داشته و یا احیاناً تغییر این ماده در سامانه حقوق کیفری ایران چه چالش‌ها یا ناهماهنگی‌هایی ایجاد نموده است؟ و دیگری از نظر اعلام جرم یا شکایت و مقام یا فرد ذی‌صلاح، این سؤال مطرح شد که با توجه به اینکه تا قبل از تغییر قانون، اعلام جرم یا شکایت از طرف نمایندگان حقوقی ذی‌صلاح دستگاه‌های حاکمیتی در مراجع قضایی طرح و پیگیری می‌شد، در وضعیت حاضر، شروع به تعقیب چگونه است؟

در جمع‌بندی مباحث مطرح شده در قسمت نخست، ضمن ارزیابی مثبت از سیاست کیفری تقنینی مبتنی بر سلب جنبه عمومی که در این موضوع خاص می‌تواند به افزایش تحمل، انتقادپذیری و بردباری مقامات سیاسی در مواجهه با منتقدان یا مخالفان حتی در صورتی که انتقاد و مخالفت خود را با الفاظ یا رفتار خشن بروز دهند منجر گردد، به چالش‌های سلب جنبه عمومی از جرم توهین به مقامات دولتی و مأموران در حین انجام وظیفه و تحول موردی و گزینشی سیاست کیفری در تنظیم پاسخ به مصادیق مختلف جرم توهین اشاره شد. جمع‌بندی نگارنده در این بخش این است که با لحاظ اهداف جرم‌انگاری توهین به مقامات یا کارکنان در حین یا به سبب انجام وظیفه، سلب جنبه عمومی از جرم موضوع ماده ۶۰۹، چالش‌های تقنینی و اجرایی و ناهماهنگی گسترده‌ای در سامانه عدالت کیفری ایجاد نموده که همگی حاکی از عدم محاسبه هزینه - فایده سلب جنبه عمومی از این بزه است و به دلیل تبعات و نابسامانی‌های متعددی که مآلاً نقض غرض قانون‌گذار در سلب جنبه عمومی از این بزه است، چاره‌اندیشی در حل این چالش‌ها از طریق اصلاح قانون یا تفسیر قضایی مساعد به رفع نگرانی‌های مورد اشاره ضروری است.

در پاسخ به سؤال مطرح شده درخصوص نحوه اعلام جرم و شکایت، ضمن اشاره به دیدگاه‌ها و یا برخی تصمیمات قضایی که به استناد قانون کاهش مجازات حبس، تعقیب این جرم را منوط به شکایت شخص بزه‌دیده نموده‌اند، جمع‌بندی نگارنده این است که با توجه به ویژگی جرم توهین که اصولاً نسبت به شخص حقیقی امکان وقوع دارد، چه در زمانی که جرم واجد جنبه عمومی بود و چه در وضعیت حاضر، بزه‌دیده جرم توهین به مقامات، اشخاص حقیقی هستند که برابر مواد آیین دادرسی کیفری می‌توانند شخصاً شکایت یا اعلام جرم را به وکیل یا نماینده خود واگذار کنند. بر این مبنا، همان گونه که مراجع قضایی در زمانی که جرم موضوع ماده ۶۰۹ واجد جنبه عمومی بود، اعلام جرم نمایندگان حقوقی دستگاه‌های حاکمیتی را نه به‌عنوان شکایت شخص حقوقی، بلکه اعلام جرم واقع شده نسبت به مقامات یا کارکنان دستگاه‌ها می‌پذیرفتند، در وضعیتی که از این جرم جنبه عمومی

سلب شده است نیز می‌توانند شکایت کارشناسان ذی‌صلاح دستگاه‌های دولتی را به‌عنوان وکیل یا نماینده شخص بزه‌دیده به‌عنوان نماینده، برابر مقررات مربوط به معاضدت حقوقی/ قضایی بپذیرند. در عین حال، با توجه به اینکه جرم در ردیف جرایم قابل‌گذشت قرار گرفته است، شخص بزه‌دیده رأساً یا از طریق نمایندگان موصوف، قادر به اعلام‌گذشت و مختومه نمودن پرونده خواهد بود.

منابع

- آقابابایی، حسین و علی نظری (۱۴۰۰)، «جنبه عمومی جنایت در حقوق کیفری ایران؛ از تحولات قانونی تا چالش‌های حقوقی - قضایی»، پژوهش حقوق کیفری، دوره نهم، شماره ۳۴.
- آقابابایی، حسین (۱۳۹۳)، «ارزش اثباتی اقرار در جنایات؛ از الزامات نظری تا تحولات قانونی»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۸.
- آقایی نیا، حسین (۱۳۹۹)، جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)، چاپ دهم، تهران، نشر میزان.
- احمدزاده، رسول و مجتبی تام (۱۴۰۰)، ملاحظاتی در باره قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، چاپ چهارم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- احمدزاده، رسول و زهرا مشایخی (۱۳۹۸)، «تحلیل حقوقی گذشت مشروط و آثار آن»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۶.
- انصاری، باقر (۱۳۸۳)، «موازن حقوقی ناظر بر انتقاد از دولت و مقامات دولتی»، نشریه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۳.
- توکلی، فاطمه، حسین آقابابایی و حسن شاه ملک پور (۱۳۹۴)، «مبانی دینی و اصول جرم‌انگاری توهین به مقدسات و چالش‌های فرارو»، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۱۲.
- پاشازاده، حسین (۱۳۸۳)، «بررسی نحوه استفاده دولت از نماینده حقوقی و وکیل دادگستری»، مجله قانون وکلای دادگستری، دوره جدید، شماره ۱.
- پور ارشد، نادر (۱۳۹۹)، «تبیین مولفه‌های نمایندگی حقوقی به مثابه نمایندگی قانونی با واسطه»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۴۶.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
- روستائی، مهرانگیز و حامد رحمانیان (۱۴۰۰)، «مدنی سازی حقوق کیفری در پرتو قانون کاهش مجازات حبس تعزیری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۳.
- زراعت، عباس (۱۳۹۲)، جرایم علیه اشخاص، چاپ اول، تهران: انتشارات جاودانه جنگل.
- سپهوند، امیر، ۱۳۸۹، جرایم علیه اشخاص، چاپ پنجم، تهران: انتشارات مجد.
- عبداللهی نژاد، علیرضا و نوشین مجلسی (۱۳۹۷)، «خشونت کلامی در فضای مجازی مطالعه موردی اظهارنظرهای دنبال کنندگان در صفحات اینستاگرام هنرمندان ایرانی»، فصلنامه مطالعات رسانه‌های نوین، سال چهارم، شماره ۱۳.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۹)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال)، جلد اول، چاپ ۲۹، تهران: نشر میزان.
- فانی، رضا و حمیده اصل پور (۱۳۹۷)، «چالش‌های فقهی و حقوقی تفکیک جرایم قابل گذشت از جرایم غیرقابل گذشت در حقوق کیفری ایران»، نشریه علم و وکالت، سال اول، شماره اول.
- کریمی، فاطمه (۱۳۹۰)، «بررسی انواع خشونت کلامی و عوامل پدیدآورنده آن از نظر دانش آموزان و معلمان»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال دوم، شماره دوم.

- محمودی، مرتضی، محمدعلی بابایی و سیده بنی حسینی (۱۳۹۶)، «ارکان جرایم قابل گذشت در حقوق کیفری ایران»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۱۴.
- شعاریان، ابراهیم و فرشاد رحیمی (۱۳۹۳)، «اختیارات، وظایف و مسئولیت‌های نماینده حقوقی در آیین دادرسی مدنی و ورویه قضایی»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۹.
- قهرمانی، رحیم (۱۳۹۵)، «معافیت از جرم توهین به مأموران دولتی در حین انجام وظیفه»، دوفصلنامه رویه قضایی (نشریه حقوق کیفری)، شماره ۲.
- محمدخانی، عباس (۱۳۹۹)، جرایم علیه اشخاص (شخصیت معنوی)، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.
- مرتاضی، احمد و بهروز یوسفلو (۱۳۹۸)، «جرم‌انگاری توهین به شورای نگهبان با تأکید بر دیدگاه امام خمینی (ره)»، مطالعات فقه اسلامی و مابانی حقوق، شماره ۴۰.
- مصدق، محمد (۱۳۹۹)، شرح قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۹)، جرایم علیه شخصیت معنوی اشخاص، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

طرح نظریه تضامن مسئولیت مسبب حادثه و بیمه گر در قانون بیمه اجباری^۱

حمید افکار*، عبدالله خدابخشی**

چکیده

طرفیت بیمه گر در کنار مسئول حادثه برای زیان دیده از منظر حقوقی و اقتصادی قابل توجیه است، لکن تبیین مسئولیت خواندگان متعدد برای پرداخت دین واحد، یکی از مشکلات دادرس در صدور حکم است؛ به نحوی که در برخی موارد موضوع خواسته نسبت به یکی از خواندگان مسکوت مانده یا دعوا به کلی رد می شود. هدف این پژوهش با شیوه ای توصیفی و تحلیلی، تبیین جایگاه مسئولیت بیمه گر و مسبب حادثه در دعوا است تا علاوه بر شناخت ضرورت تصمیم گیری نسبت به هر یک، نحوه مسئولیت آن ها در ضمن حکم تبیین گردد و نظریه ای منطقی برای جبران خسارت ارائه گردد. استنباط مسئولیت استقلالی یا جمعی بیمه گذار و بیمه گر مبتنی بر دلایل مختلفی است. اشتراک مسئولیت بین بیمه گذار و بیمه گر مبنای منطقی و قانونی ندارد و مسئولیت وثیقه ای بیمه گر نیز هدف جبران خسارت بهتر زیان دیده را تأمین نمی کند. انتظار دادگاه برای استناد زیان دیده به قرارداد بیمه نیز چاره ای از مشکل تبیین مسئولیت خواندگان متعدد حل نمی نماید و اختلاف در نوع و میزان مسئولیت همچنان باقی است. شناسایی مسئولیت تضامنی بیمه گذار و بیمه گر در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ با هدف تضمین بهتر حق زیان دیده سازگار است و برخی مبانی قانونی و توجیهات حقوقی نیز ضرورت طرح نظریه تضامن مسئولیت بیمه گر و مسبب حادثه را موجه می سازد.

واژگان کلیدی: دعوای مستقیم، بیمه گر، مسئولیت وثیقه ای، مسئولیت تضامنی

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «بررسی استقلال و ارتباط دعوای مدنی و جزایی جبران خسارت در نظام بیمه ای» در دانشگاه فردوسی مشهد است.

* قاضی دادگستری، دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
(نویسنده مسئول) hamidafkar@mail.um.ac.ir

** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران
dr_khodabakhshi@ferdowsi.um.ac.ir

مقدمه

مسئولیت مدنی در پرتو نظام بیمه همواره به دنبال جبران فوری و کامل خسارت گام برداشته است و ابزارهای حقوق بیمه موجبی برای تضمین خاطر زیان‌دیده و بیمه‌گذار در فرایند دادرسی است. شناخت مزایای طرح دعوای مستقیم زیان‌دیده علیه بیمه‌گر در سال‌های اخیر باعث شده تا کمتر دعوایی بدون طرفیت بیمه‌گر علیه بیمه‌گذار مسئول حادثه شکل گیرد و زیان‌دیده نقطه اتکای جبران خود را بر مبنای منابع بیمه‌گر بنا می‌کند. این شیوه باعث می‌شود تا خواننده دعوای منحصراً به بیمه‌گذار که در این پژوهش مراد از وی همان مسبب حادثه است، نباشد و بیمه‌گر نیز به عنوان طرف دعوای خطر فعلیت اجرای تعهد خود را احساس نماید. از سوی دیگر، اگرچه پذیرش دعوای صرفاً علیه بیمه‌گر در بسیاری از نظام‌های حقوقی قابل قبول است، لیکن زیان‌دیده خطر عدم استماع دعوای خود را نمی‌پذیرد و منافع حضور بیمه‌گذار در دعوای مسئولیت وی را به طرح هم‌زمان دعوای علیه بیمه‌گذار و بیمه‌گر سوق می‌دهد.

وجود خوانندگان متعدد در برابر زیان‌دیده باعث می‌شود که محکمه به دنبال احراز مسئولیت، تکلیف به اتخاذ تصمیم داشته باشد و ضرورت دارد تا نوع مسئولیت هر یک از خوانندگان را مشخص نماید. تغییر ضرورت‌های اجتماعی و تحول جنبه‌های حمایتی حقوق بیمه موجب شده است که هدف حمایت از بیمه‌گذار مسبب حادثه در بسیاری از حوزه‌ها مانند حوادث ترافیکی کم‌رنگ گردیده و هدف حمایت از زیان‌دیده تقویت گردد. بر همین اساس، سنجش ارزشمندی مبنای حمایت از بیمه‌گذار مسبب حادثه و زیان‌دیده چهره‌های متفاوتی از مسئولیت را به جای می‌گذارد.

اصل جبران کامل خسارت و منع جبران مضاعف در حقوق مسئولیت مدنی، نحوه توجیه دادگاه در اثبات مسئولیت را دشوار می‌کند تا نه تنها شیوه‌ای برگزیند که مستلزم جبران کامل خسارت زیان‌دیده از منابع بیمه‌گر یا بیمه‌گذار باشد، بلکه زیان‌دیده به حق بیشتری نائل نیاید. شیوه شناسایی مسئولیت بیمه‌گذار و بیمه‌گر در ضمن دعوای مستقیم مورد اتفاق رویه قضایی نیست. لزوم اتخاذ تصمیم در خصوص مسبب حادثه و بیمه‌گر از یک سو و تبیین نوع مسئولیت آن‌ها در ضمن یک دادرسی، از جهت حقوقی و منطقی با تفاسیر مختلفی همراه شده و نمود این اختلاف نیز در رویه قضایی قابل ملاحظه است.

از حیث سبب پژوهشی، توجه به لزوم صدور رأی علیه بیمه‌گر و مسبب حادثه مورد توجه جدی نبوده، لیکن ظهور اختلاف در رویه قضایی از گذشته تاکنون باعث شده تا ارائه قاعده برای دستیابی به شیوه‌ای یکسان ضرورت یابد. همچنین شناسایی نوع مسئولیت مسبب حادثه و بیمه‌گر در مقابل زیان‌دیده از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است که در حقوق بیمه و مسئولیت مدنی اثر پژوهشی مستقلی

به آن اختصاص داده نشده است. به همین جهت لازم است تا با در نظر گرفتن اهداف و اصول حاکم بر قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ و بر مبنای توجیهات حقوقی، میزان مسئولیت هر یک از بیمه‌گذار و بیمه‌گر در برابر زیان‌دیده تبیین گردد. تلاش پژوهش حاضر این است تا با شیوه‌ای توصیفی و تحلیلی و ضمن بهره‌گیری از رویه قضایی، چارچوبی برای قاعده‌مندسازی صدور آرای قضایی علیه بیمه‌گذار مسبب حادثه و بیمه‌گر ارائه شود و توجیه حقوقی شناخت مسئولیت هر یک از آنها تحلیل گردد. بدین منظور، بدو قابلیت صدور حکم علیه بیمه‌گر و بیمه‌گذار خوانده دعوا ارزیابی و سپس نظرات قابل‌ارائه درباره نوع و میزان مسئولیت هر یک از دو خوانده از بعد حقوقی و منطقی مورد سنجش قرار می‌گیرد و استناد به هر یک از نظرات در رویه قضایی مشخص خواهد شد. در نهایت نیز قابلیت طرح نظریه تضامن در مسئولیت بین بیمه‌گر و مسبب حادثه از منظر حقوقی، قانونی و منطقی مورد تقویت قرار خواهد گرفت.

۱. لزوم صدور رأی علیه بیمه‌گر و مسبب حادثه

شیوه طرح دعوا علیه بیمه‌گر در فرایند جبران خسارت، حقوق زیان‌دیده، مسبب حادثه و بیمه‌گر را از حیث صرفه‌جویی در وقت و هزینه متأثر می‌سازد و چهارچوب فرایند دادرسی را تغییر می‌دهد. طرح دعوا علیه بیمه‌گر به دو طریق مستقیم و غیرمستقیم میسر است. دعوای غیرمستقیم یک روش سنتی و مبتنی بر رجوع هر طلبکار به مدیون خود است که چنین قابلیتی نیاز به اثبات ندارد و از زمان پیدایش حق و دادرسی وجود داشته است. این روش منصرف از صدور هم‌زمان حکم علیه مسبب حادثه و بیمه‌گر است که به جهت تحقق دو دادرسی مجزا، موضوع بحث حاضر نیست؛ لیکن مختصر کردن فرایند چند دادرسی و قابلیت رجوع طلبکار اول، یعنی زیان‌دیده به آخرین مدیون، یعنی بیمه‌گر، احساس امنیت حقوقی و مالی به مسئول حادثه و زیان‌دیده می‌دهد. اهمیت طرح دعوای مستقیم زیان‌دیده علیه بیمه‌گر در حقوق کنونی موجب شده که نظام‌های حقوقی موانع پیش روی این دعوا را کم نموده و قلمروی پذیرش آن را گسترش دهند. طرح هم‌زمان دعوا علیه بیمه‌گر و مسبب حادثه بر اساس روش مستقیم ایجاب می‌نماید تا قابلیت و ضرورت تصمیم‌گیری نسبت به هر دو خوانده توسط دادرس ارزیابی و توجیه شود. نظر دادگاه در پذیرش دعوا و صدور رأی علیه مسبب حادثه و بیمه‌گر متفاوت است که در دو بند بررسی می‌شود.

۱-۱. لزوم صدور رأی علیه بیمه‌گر

امکان صدور حکم علیه بیمه‌گر در دعوای زیان‌دیده، مبتنی بر پذیرش قاعده دعوای مستقیم است. در گذشته بسیاری از دعوای مطروحه علیه بیمه‌گر به جهت عدم رسمیت دعوای مستقیم در

حقوق ایران نفی می‌شد.^۱ در مخالفت با این شیوه طرح دعوا گفته می‌شود که امکان رجوع زیان‌دیده به بیمه‌گر خلاف اصل نسبی بودن قراردادهاست.^۲ زیان‌دیده در قرارداد بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار سهمی ندارد و قائم‌مقام خاص هیچ‌یک از دو طرف هم نیست؛ بنابراین دعوی او اصالتاً علیه بیمه‌گر قابل‌پذیرش نیست. همچنین، دعوی مستقیم زیان‌دیده علیه بیمه‌گر مخالف اصل تساوی طلبکاران است؛ زیرا به زیان‌دیده اجازه می‌دهیم تا جدای از سایر طلبکاران بیمه‌گذار، طلب خود را وصول کند و این ترجیح زیان‌دیده بر سایر طلبکاران است؛ درحالی‌که در قانون به وی امتیاز ممتازی تعلق نگرفته است (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۱۶۳).

امروزه دکترین حقوقی در پذیرش دعوی مستقیم زیان‌دیده علیه بیمه‌گر اتفاق نظر دارد و رویه

۱. در دادنامه شماره ۵۷۳-۲۱ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۵ شعبه ۸ دادگاه عمومی حقوقی مشهد می‌خوانیم: «دعوی خانم ... به طرفیت ۱- شرکت بیمه دانا ۲- ... به خواسته مطالبه دیه به این شرح که خواهان ... تقاضای صدور حکم به پرداخت دیه نموده دعوی خواهان به طرفیت ورثه راننده مقصر وارد تشخیص و ایشان را مستنداً به ... به پرداخت ... در حق خواهان محکوم می‌کند. ضمناً دعوی خواهان به طرفیت شرکت بیمه دانا از حیث عدم توجه دعوا به آنها ... مردود بوده و قرار رد آن صادر می‌گردد.» (به نقل از خدابخشی، ۱۳۹۶: ۵۴۱).

پذیرش دعوی مستقیم زیان‌دیده علیه بیمه‌گر در برخی کشورها دستاویز تغییرات گسترده‌ای بوده یا به مرور زمان مورد پذیرش رویه قضایی قرار گرفته است. به عنوان مثال در برخی ایالت‌های آمریکا مانند می‌سی‌سی‌پی این شیوه دعوا تا سال ۱۹۹۸ رد می‌شد درحالی‌که در همان زمان بسیاری از ایالت‌های آمریکا مانند آرکانزاس، فلوریدا، کانسیکت، جورجیا، لوئیزیانا، نیویورک، اوهایو، اورگن، رودآیلند، ورمانت و ویسکانسین اقدام مستقیم علیه بیمه‌گر را قابل قبول می‌دانستند (Fulcher, 2000: 378; Ball et al, 2015: 11). در این رابطه لوئیزیانا یکی از پیشقدم‌ترین ایالت‌ها در توسعه مقررات مربوط به این حق بوده است که از سال ۱۹۱۸ چنین حقی را شناسایی نموده است (Johnson, 1983: 1457). در قوانین فرانسه به صراحت این دعوا پیش‌بینی نشده بود، لیکن رویه قضایی به گسترش این تفکر کمک کرد و از اواسط قرن ۱۹ با گسترش آرای صادره در خصوص این دعوا، رویه جدیدی شکل گرفت (خدابخشی، ۱۳۹۶: ۵۳۳). در ادامه، تصویب قانون بیمه ۱۳ ژوئیه ۱۹۳۰ جای خالی دعوی مستقیم در قوانین را تا حدی پر نمود. در حقوق آلمان قاعده کلی این است که ثالث زیان‌دیده مستقیماً حق اقدام علیه بیمه‌گر بر اساس بیمه‌نامه مسئولیت ندارد. البته در بیمه اجباری مسئولیت حوادث موتوری این امکان برای زیان‌دیده ثالث هست تا بتواند مستقیماً علیه بیمه‌گر اقدام کند و این موضوع در قانون بیمه اجباری ۵ آوریل ۱۹۶۵ لحاظ شده است که در این خصوص آلمان خود را بر اساس کنوانسیون اروپایی بیمه حوادث موتوری مصوب ۲۰ آوریل ۱۹۵۹ تطبیق داده که به امضای همه کشورهای اروپایی رسیده است (Insurance Committee, 2012: 32).

۲. یکی از علل اصلی عدم پذیرش دعوی مستقیم در قواعد سنتی کامن‌لا اصل نسبیت قرارداد است زیرا زیان‌دیده در قرارداد خصوصی بین بیمه‌گذار و بیمه‌گر دخالت ندارد و نمی‌تواند از اثر مستقیم آن بهره‌مند گشته و جبران زیان را از بیمه‌گر بخواهد (Vincenza Padovan, 2003, 37; Fulcher, 2000: 377).

قضایی نیز به صورت قطعی چنین دعوایی را استماع می‌کند^۱ (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۳۴۷) و حتی چنین دعوایی در مراجع کیفری نیز تقویت شده و گسترش یافته است.^۲ در توجیه حقوقی می‌توان گفت، تقدم زیان‌دیده بر سایر طلبکاران به خاطر هدفی است که در عقد بیمه دنبال می‌شود و نباید محمولی برای استفاده و بهره‌مندی سایرین از منابع بیمه‌گر باشد. مبلغی که بیمه‌گر به منظور ترمیم کسر دارایی بیمه‌گذار به زیان‌دیده می‌دهد، اگر از دارایی بیمه‌گذار عبور کند، با ورشکستگی بیمه‌گذار در معرض خطر قرار می‌گیرد و هدفی که بیمه‌گر برای آن تأمین مالی می‌نماید، محقق نمی‌شود (بابایی، ۱۳۹۴: ۱۸۸ و ۱۸۹). تسهیل و تسریع روابط بین زیان‌دیده، بیمه‌گذار و بیمه‌گر یکی دیگر از عوامل وجودی این حق است؛ به نحوی که علت اصلی پذیرش دعوای مستقیم علیه بیمه‌گر در فرانسه نیز بررسی و تصمیم‌گیری یک‌باره به تمامی ادعاهای مرتبط با مسئولیت عنوان شده است (Hodgin, 2002: 714).

طرح دعوای مستقل و متوالی برای زیان‌دیده و بیمه‌گذار مستلزم صرف هزینه و اطاله زمان است. عدم تحمیل هزینه به طرفین و تسریع در جبران خسارت یکی دیگر از اهداف مسئولیت مدنی است که با پذیرش حق رجوع مستقیم زیان‌دیده به بیمه‌گر تأمین می‌شود.^۳ پذیرش این رویکرد در کاهش هزینه‌های شرکت بیمه و تعداد پرونده‌های دستگاه قضایی نیز مؤثر است. در نهایت هم ماده ۱۴

۱. در دادنامه شماره ۲۰۶ مورخ ۱۳۹۲/۳/۱ شعبه ۱۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران می‌خوانیم: «دعا... به طرفیت ... ۳- شرکت بیمه الف به خواسته صدور حکم مبنی بر پرداخت دیه منجر به فوت... به موجب مواد ۱ و ۵ قانون اصلاح قانون بیمه مصوب ۱۳۸۷ بیمه‌گر ملزم به جبران کلیه خسارات وارده به اشخاص ثالث می‌باشد و ایجاد تکلیف بیمه‌گر در مقابل اشخاص ثالث ایجاب می‌نماید که شخص ثالث یا وراثت وی بتواند مستقیماً به بیمه‌گر مراجعه نماید و اعمال این تکلیف قانونی را از او تقاضا کند و در صورت خودداری شرکت بیمه، دادگاه بیمه‌گر را مستقیماً به نفع ثالث محکوم می‌نماید بر این اساس دادگاه دعوای خواهان‌ها را محمول بر صحت تشخیص و ... حکم بر محکومیت خوانده ردیف سوم و شرکت بیمه الف. به پرداخت دیه کامل مرد مسلمان ... در حق خواهان‌ها صادر می‌نماید...»

۲. در تصمیم نهایی شماره ۹۸۰۹۹۷۷۵۹۳۸۰۱۰۸۰ مورخ ۱۳۹۸/۷/۲۹ شعبه ۱۳۸ دادگاه کیفری دو مشهد حکم به محکومیت بیمه‌گر در نتیجه اقدام مستقیم زیان‌دیده علیه بیمه‌گر صادر شده است: «درخواست مطالبه دیه اولیای دم مرحوم محمدحسین به تقاضای حکم به پرداخت دیه از محل بیمه ایران ... حکم به محکومیت شرکت بیمه ایران به پرداخت یک فقره دیه کامله مرد مسلمان به اضافه ثلث دیه کامله به لحاظ وقوع قتل در ماه حرام ظرف مهلت دو سال در حق اولیای دم محکوم می‌نماید.» (برگرفته از سایت سامانه ملی آرای قضایی به نشانی <https://ara.jri.ac.ir>)

۳. توجه به زمان و هزینه در دادرسی در نظر دادگاه ایالتی می‌سی‌سی‌پی در جریان پرونده «ایکین» در سال ۱۹۸۸ قابل ملاحظه است که در تصمیم دادگاه اشاره شده که اقدام علیه بیمه‌گذار و بیمه‌گر در یک دادرسی، منصفانه‌تر و اقتصادی‌تر است تا اینکه صدور حکم سه یا چهار سال طول بکشد و خسارت بعد این مدت جبران شود (Fulcher, 2000: 384).

قانون بیمه اجباری سال ۱۳۸۷ و مواد ۴ و ۳۰ قانون بیمه اجباری سال ۱۳۹۵ مهر تأییدی بر امکان پذیرش دعوای مستقیم در حوزه حوادث رانندگی نهاد که در اکثر نظام‌های حقوقی نیز به همین ترتیب از زیان‌دیدگان سوانح ترافیکی حمایت شده است.^۱

با توجه به پذیرش قطعی دعوای مستقیم در رویه قضایی، نمی‌توان به صرف ایراد بیمه‌گر چنین دعوایی را رد کرد و عدم تصمیم دادگاه نسبت به خواسته خواهان نیز خلاف اصول مسلم دادرسی است؛ بنابراین تصمیم‌گیری دادگاه نسبت به ادعا علیه بیمه‌گر ضرورت دارد و مسکوت گذاشتن خواسته یا عدم ورود به ماهیت در صورت کمال شرایط شکلی قابل توجیه نیست.

۱-۲. لزوم صدور رأی علیه مسبب حادثه

به رسمیت شناختن دعوای مستقیم علیه بیمه‌گر و طرح حداکثری دعوای جبران خسارت در نظام بیمه‌ای به این طریق، موجب شده تا زیان‌دیده در وهله اول بیمه‌گر را هدف قرار دهد و نظام قضایی نیز به دنبال راهی برای در دسترس قرار دادن منابع بیمه‌گر به نفع زیان‌دیده است تا رابطه بین زیان‌دیده و بیمه‌گذار به حداقل برسد؛ بر همین اساس، در برخی آرای قضایی دیده می‌شود که بدون توجه به

۱. به عنوان مثال در استرالیا بر اساس ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی (دعوای مستقیم زیان‌دیده علیه بیمه‌گران) سال ۲۰۱۷ پذیرفته شده که شخص ثالث زیان‌دیده بتواند مستقیماً برای دریافت خسارت به بیمه‌گر مراجعه کند و در صورت عدم وصول حق خود، از همان جایگاه بیمه‌گذار برای اقامه دعوا علیه بیمه‌گر برخوردار است. قانون بلژیک نیز اقدام مستقیم زیان‌دیده علیه بیمه‌گر را به طور گسترده مجاز می‌داند (Denslow & Baks, 2018: 14). در این کشور بر اساس قانون ۲۵ ژوئن ۱۹۹۲ مربوط به قراردادهای بیمه زمینی شخص ثالثی که متحمل صدمه یا زیان شده است، زیان‌دیده می‌تواند علیه بیمه‌گر مستقیماً اقدام کند و حق اقدام ثالث در همه انواع ضررها و دعوای مورد پذیرش است این حق در برخی مقررات خاص دیگر نیز مورد تأیید قرار گرفته است که از جمله آنها قانون بیمه مسئولیت حوادث موتوری، قانون محاکمات کلینیکی، قانون حقوق بین‌الملل خصوصی بلژیک هستند (IBA Insurance Committee, 2012: 24; Turnbull & Quirk, 2012: 47). در فرانسه و اسپانیا اقدام مستقیم علیه بیمه‌گر در همه موارد مجاز است (European commission, 2014: 70). در انگلستان نیز بر اساس قوانین حمایت از اشخاص ثالث در برابر بیمه‌گران مصوب ۱۹۳۰ و ترافیک زمینی مصوب ۱۹۸۸ اگر چه امکان طرح دعوای مستقیم بود، لیکن زیان‌دیده نمی‌توانست پس از وقوع حادثه به تنهایی بر بیمه‌گر اقامه دعوا نماید و حق اقامه هم‌زمان دعوا بر بیمه‌گر و بیمه‌گذار را هم نداشت و شرط لازم برای اقامه دعوا علیه بیمه‌گر، اثبات قبلی مسئولیت بیمه‌گذار بود (Hodgin, 2002: 710 & The Law Commission and The Scottish Law Commission, 2001: 3). اما پس از اصلاح قانون حمایت از اشخاص ثالث در برابر بیمه‌گران در سال ۲۰۱۰، دعوای صرف علیه بیمه‌گر نیز پذیرفته شد و به زیان‌دیده این اجازه داده شده تا قبل از طرح دعوا بر بیمه‌گذار، به اقامه دعوای مستقیم علیه بیمه‌گر بپردازد و حتی بدون فراخواندن بیمه‌گذار به دادرسی، اصل مسئولیت بیمه‌گذار و قلمرو آن را به اثبات برساند (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۲۹۳).

حضور و طرفیت بیمه‌گذار در دعوا، صرفاً شرکت بیمه محکوم‌علیه دعوا است و گویی خواننده دعوا فقط بیمه‌گر است. تمسک به این رویکرد با توجه به قواعد دادرسی همواره قابل قبول نیست. درست است که زیان‌دیده در بسیاری موارد بیمه‌گذار را برای تحکیم دعوا خواننده قرار می‌دهد، لیکن این غرض در تمامی دعاوی ثابت نیست. برای تشخیص ضرورت تصمیم‌گیری نسبت به بیمه‌گذار و نوع این تصمیم، توجه به نقش وی در دعوا ضروری است. گاهی علت اصلی طرفیت بیمه‌گذار در دعوا، رعایت شرایط شکلی و پیشگیری از عدم استماع دادگاه نسبت به دعوی صرف علیه بیمه‌گر است؛ اما قصد واقعی زیان‌دیده مطالبه خسارت از بیمه‌گر است و به بیمه‌گذار توجهی ندارد. در این صورت، حضور بیمه‌گذار در دعوا برای تحکیم خواهد بود و عدم مسئولیت بیمه‌گذار، حق خواهان را متأثر نمی‌سازد. اشاره دادگاه به این مسئله به درستی در برخی آرای قضایی قابل ملاحظه است؛^۱ لیکن باید توجه داشت که وجود نام بیمه‌گذار مسبب حادثه در ردیف خواندگان، ضرورت تصمیم‌گیری نسبت به وی را اقتضا دارد و حتی عدم پذیرش مسئولیت یا انصراف خواسته زیان‌دیده نسبت به وی نیز صدور تصمیم قضایی صحیح را اقتضا دارد.^۲

گاهی قصد واقعی زیان‌دیده از طرح دعوا علیه بیمه‌گر و بیمه‌گذار مسبب حادثه، تمسک به دو منبع برای جبران است و رجوع خواهان به هر یک به اعتبار جداگانه‌ای است. در این صورت، خواهان حق دارد که خسارت خود را از بیمه‌گذار و بیمه‌گر بخواهد و مطالبه این حق از محکمه، نیاز به پاسخ قضایی دارد. عدم پاسخ‌گویی دادگاه به خواسته زیان‌دیده به جهت استناد به قرارداد بیمه توسط وی یا عدم پذیرش دعوا به‌طور مطلق خلاف اصول مسلم است و چه بسا خواهان از حق مراجعه به بیمه‌گر

۱. در تصمیم شماره ۹۹۰۹۹۷۷۵۷۶۱۰۰۳۶۱ مورخ ۱۳۹۹/۴/۳۱ شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان مشهد به خواسته خواهان به درستی توجه شده و حضور بیمه‌گذار صرفاً در مقام رعایت تشریفات دادرسی تلقی شده است: «دعوا خواهان‌ها ... بطرفیت خواندگان به اسامی ۱- شرکت بیمه ایران ۲- شرکت بیمه توسعه ۳- ... به خواسته صدور حکم بر محکومیت خوانده ردیف اول به پرداخت یک فقره دیه کامل مرد مسلمان ... نسبت به دعوا خواهان به طرفیت خوانده ردیف سوم، با توجه به اینکه خواسته‌ای علیه خوانده ردیف سوم مطرح نشده و صرفاً جهت رعایت تشریفات قانونی طرف دعوا قرار گرفته است، لذا دادگاه نسبت به خوانده مذکور مواجه با تکلیفی نبوده و فارغ از هرگونه اظهارنظری است...»

۲. در تصمیم شماره ۹۷۰۹۹۷۸۷۳۶۷۰۰۴۴۳ مورخ ۱۳۹۷/۷/۱ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی کامیاران می‌خوانیم: «دادخواست تقدیمی از جانب ... بطرفیت ۱- شرکت بیمه البرز ۲ و ۳- ... به خواسته الزام به پرداخت دیه صدمات حکم بر محکومیت شرکت بیمه البرز به پرداخت ... صادر می‌گردد... خواندگان ردیف دوم و سوم ... در باب خواسته مطالبه دیه و هزینه‌های درمان به لحاظ آنکه این خسارات داخل در تعهدات شرکت بیمه بوده و طرفیت آنان به لحاظ تحکیم دعوا بوده است... قرار رد دعوا صادر می‌گردد...»

منصرف گردد و صرفاً قصد پیمودن ادامه مسیر دادرسی نسبت به بیمه‌گذار را داشته باشد؛^۱ بنابراین نمی‌توان همواره بیمه‌گر را مسئول و حضور بیمه‌گذار را شکلی دانست. در فرض اخیر، تصمیم‌گیری برای خواسته زیان‌دیده علیه هر دو خواننده امری ضروری و مستلزم صدور حکم در ماهیت دعوا است. بدین ترتیب، در صورت استقرار حق زیان‌دیده، باید به او اجازه داد که به هر یک از مسئولان برای جبران تمام خسارت خود مراجعه کند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۵۵) و صدور تصمیم قضایی ضرورت دارد.

۲. نوع و میزان مسئولیت مسبب حادثه و بیمه‌گر

نوع و میزان مسئولیت خوانندگان متعدد یکی از مباحث مهم در حقوق مسئولیت مدنی است. این مسئله زمانی مطرح می‌شود که زیان‌دیده برای جبران خسارت خود حق مراجعه به بیش از یک شخص داشته باشد. پس از فراخوانده شدن مسئول حادثه و بیمه‌گر به دادرسی و با پذیرش ضرورت صدور حکم نسبت به هر یک از آن‌ها، نوع و میزان مسئولیت هر یک از خوانندگان اهمیت می‌یابد. در این خصوص نظریات مختلفی قابل طرح است که در بخش‌های آتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. مسئولیت استقلالی بیمه‌گر و مسبب حادثه

با توجه به اینکه نظریه تضامن در مسئولیت خلاف اصل دانسته شده^۲ (صفایی و رحیمی، ۱۴۰۰:

۱. در تصمیم نهایی شماره ۹۹۰۹۹۷۷۵۰۱۰۰۹۳۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۲ شعبه ۱ شورای حل اختلاف شهرستان مشهد ملاحظه می‌گردد که هدف از طرح دعوا علیه بیمه‌گر مطالبه حق بوده است که با استرداد دعوا نسبت به بیمه‌گر، دعوا علیه بیمه‌گذار ادامه یافته است. به موجب این تصمیم: «دعوا... به طرفیت خوانندگان ۱- آقای محمدعلی ۲- بیمه ایران به خواسته مطالبه خسارت... حکم بر محکومیت خواننده به پرداخت... صادر و اعلام میگردد... و با توجه به اینکه خواهان دعوا خویش را از خواننده ردیف دوم بیمه ایران مسترد نمود لذا با استناد به بند ب ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوا صادر و اعلام می‌گردد...»

۲. در بخشی از نظر مشورتی شماره ۷/۹۸/۷۹۸ مورخ ۱۳۹۸/۶/۱۳ آمده: «...در فرضی که خواهان، دعوا را به طرفیت مسبب ورود زیان و شرکت بیمه یا صندوق تأمین خسارت‌های بدنی مطرح نموده است، محکومیت مسبب و شرکت بیمه به پرداخت خسارت به صورت تضامنی با توجه به اصل عدم تضامن، علی‌الاصول فاقد وجهت قانونی است و اگر مقصود خواهان محکومیت تضامنی آن‌ها باشد به نظر می‌رسد، چنین دعوایی مردود است؛ اما اگر مقصود محکومیت تضامنی نباشد، طرف دعوا بودن مسبب به عنوان خواننده از جهت احراز ورود خسارت و استناد آن به وی و نیز تا حدودی که مشمول قرارداد بیمه نمی‌باشد، قابل توجیه است.»

همچنین در دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۲۹۰۰۱۸۹ مورخ ۱۳۹۴/۳/۳۰ شعبه ۲۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اصل عدم تضامن در امور غیر تجاری مورد تصریح قرار گرفته است. به موجب این تصمیم: «در قانون مدنی و در قوانین کیفری جاری محکومیتی تحت عنوان تضامنی پیش‌بینی نشده است و تنها در قانون تجارت و اسناد تجاری از

۲۱۲؛ جنیدی، ۱۳۷۵: ۱۰؛ آقائی، ۱۳۹۴: ۵؛ قاسم‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۰۵)، دادگاه معمولاً به دنبال پذیرش مسئولیت استقلالی بیمه‌گر یا بیمه‌گذار است. این نوع مسئولیت به چند صورت قابل ظهور است که در ذیل صور مختلف آن بررسی می‌شود.

۲-۱-۱. نظریه تقسیم مسئولیت

مبنای تقسیم مسئولیت خوانندگان متعدد در حقوق مسئولیت مدنی، غالباً در مبحث دخالت اسباب متعدد در ایجاد خسارت بررسی می‌شود (صفایی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۵۴؛ خادم رضوی و همکاران، ۱۳۹۴: ۵۴). بر اساس این نظر، زیان‌دیده باید حق خود را از بیمه‌گذار و بیمه‌گر بخواهد و مجموعه آن‌ها مکلف به جبران خسارت زیان‌دیده هستند و مسئولیت مشترک دارند. نظریه تقسیم مسئولیت بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار برای جبران خسارت زیان‌دیده مبنای محکم و طرفدار چندانی ندارد. تفکیک مسئولیت بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار، حق خواهان را در معرض تضییع قرار می‌دهد و اگر بیمه‌گر پس از جبران بخشی از خسارت برائت یابد، عملاً فلسفه جبران کامل خسارت زیان‌دیده که در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵^۱ مورد توجه قرار گرفته، نقض می‌شود؛ بنابراین بیمه‌گر نمی‌تواند با جبران بخشی از خسارت برائت یابد و مسئولیت قراردادی خود را نیمه‌تمام گذارد.

همچنین مبنای تقسیم مسئولیت بین خوانندگان متعدد زمانی قابل توجیه است که اسباب متعددی در ورود خسارت دخیل باشند تا هر یک بر مبنای نظریاتی همچون تساوی، تقصیر یا تأثیر در ایجاد زیان، عهده‌دار مسئولیت عمل خود باشد (شهباز قهفرخی، ۱۳۹۹: ۱۳۲)؛ حال آنکه در حادثه رانندگی، سبب اصلی تحقق دین، بیمه‌گذار مسبب حادثه است؛ لیکن دو منبع جبران با منشأ مسئولیت متفاوت وجود دارد. لذا تعهد قراردادی بیمه‌گر ناظر به پوشش مسئولیتی است که قبلاً ارکان آن محقق گردیده و دخالتی توسط بیمه‌گر در ورود آن قابل تصور نیست.

۲-۱-۲. نظریه مسئولیت وثیقه‌ای بیمه‌گر

در مقابل نظر تقسیم مسئولیت که توجیه منطقی و حقوقی ندارد، توجه به رویکرد ظاهری قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ برای شناسایی مسئولیت نهایی جالب توجه است. در جمع بین مواد ۲ (تبصره ۲)، ۱۶ و ۳۸ قانون مزبور، چنین به نظر می‌رسد که مقنن رویکرد مسئولیت وثیقه‌ای را با تأکید بر تعهدات بیمه‌گر و صندوق مورد نظر داشته است (خدابخشی، ۱۳۹۶: ۲۶۲)؛ بنابراین بیمه‌گر باید مسئولیت ابتدایی را به دوش کشد و همه خسارت زیان‌دیده را پرداخت نماید، اما بعد از

قبیل چک و امثال آن تضامن پیش‌بینی شده است...»

۱. مواد ۱۰، ۱۴ و ۱۵ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵.

تصفیه خسارت برای دریافت آنچه خارج از سهم خود دریافت نموده، به عامل مسئول مراجعه نماید (همان). بر این اساس، همان طور که بیمه‌گر باید در جبران خسارت پیش قدم شود، دادگاه نیز باید مسئولیت بیمه‌گر را در اولویت قرار داده و حکم به جبران خسارت توسط وی دهد.

در توجیه این نظر می‌توان گفت، با توجه به تعداد و شدت خسارات حوزه حوادث ترافیکی، به نظر می‌رسد که این روش باعث خواهد شد تا زیان‌زننده از خطر رویارویی با جبران خسارت رهایی یابد و هدف تضمین جبران خسارتی که در عقد بیمه دنبال می‌نموده، به این شیوه تحقق یابد. همچنین برخی معتقدند که بیمه نوعی ضمانت است (محمدی، ۱۳۸۵: ۷۳) که بنا به نظر مشهور فقهای امامیه نقل ذمه در آن جاری می‌شود (مجاهد طباطبائی، بی‌تا: ۱۲۸؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۹۸؛ حسینی‌خواه، ۱۳۹۰: ۱۵۷) و مسئولیت ضامن به جای مضمون‌عنه پس از تحقق عقد و خسارت، شایسته است. این رویکرد از تبصره ۲ ماده ۸ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ که تعهد بیمه‌گر پس از ورود خسارت را حال شده می‌داند نیز قابل استنباط است. از سوی دیگر بیمه کیسه دارایی زیان‌زننده است و همان طور که محکوم‌علیه حق دارد تا از میان اموال خود آنچه را می‌خواهد به‌عنوان محکوم‌به اعطا نماید، بیمه‌گذار نیز اختیار پرداخت خسارت از میان اموال خود دارد که وی نیز همیشه بیمه‌گر را به‌عنوان منبع جبران انتخاب می‌کند و دادگاه نیز باید این اولویت را رعایت کند.

این دیدگاه با تفکر حمایت حداکثری از مسبب حادثه قابل توجیه است؛ لیکن باید توجه داشت که هرچند هدف آغازین بیمه مسئولیت، حمایت از بیمه‌گذار در برابر خطرهای احتمالی موجب مسئولیت بوده، به تدریج اندیشه حمایت از زیان‌دیده در حوادث ترافیکی غلبه کرده است (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۱۶۴). تغییر ماهیت قراردادی بیمه مسئولیت در قوانین بیمه اجباری به‌صورت تلفیقی از قانون و قرارداد، نشان از آن دارد که هدف بیمه مسئولیت، صرفاً جبران به جانشینی از بیمه‌گذار نیست؛ بلکه ابزاری برای دستیابی به هدف جمعی شدن مسئولیت است. تلقی بیمه به‌عنوان صرفاً کیسه دارایی بیمه‌گذار مسئول حادثه نیز قابل قبول نیست و مراجعه مستقیم زیان‌دیده به منابع بیمه‌گر را باید نوعی حق مستقل و قانونی دانست (خدابخشی، ۱۳۹۶: ۵۳۸؛ الفت و ذاکریان، ۱۳۹۴: ۱۰۸؛ vincenca Padovan, 2003: 44) که برآمده از تعهد قانونی و قراردادی بیمه‌گر است (رحیمی و محبی‌انجدانی، ۱۴۰۰: ۱۴۲). همچنین توجیه مسئولیت انتقالی بیمه‌گر بر مبنای عقد ضمان دشوار است و پذیرش ماهیت مستقل برای بیمه مسئولیت در حقوق کنونی طرف‌داران بیشتری دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۴۷۹؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۶۰۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴: ۲۱۵؛ برهانیان نقیعی، ۱۳۸۶: ۴۱؛ عرفانی، ۱۳۷۱: ۲۴۵).

از سوی دیگر رجوع ابتدایی زیان‌دیده به بیمه‌گر الزامی نیست و اقامه دعوا علیه بیمه‌گر و مراجعه

به وی برای جبران بهتر، حق است نه یک الزام (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۲۸۷؛ خدابخشی، ۱۳۹۶: ۵۴۴). یکی از ویژگی های اصلی حق، امکان گذر از آن است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۶؛ شهید اول، بی تا: ۴۳؛ پورمولا، ۱۳۹۰: ۷۲). عبارت «حق دارند» در ماده ۳۰ به خوبی مؤید اختیار زیان دیده در مراجعه به بیمه گر است و منطقاً نیز قرار دادن زیان دیده در مقابل بیمه گر و دور ایستادن مسبب حادثه از میدان مسئولیت موجه نیست. به عبارت دیگر، لزوم تبعیت زیان دیده از قرارداد خصوصی بین بیمه گر و بیمه گذار قابل انتقاد است؛ زیرا قرارداد خصوصی بین بیمه گذار و بیمه گر به نفع ثالث زیان دیده قابل استناد است و به وی این اجازه را می دهد که با به رسمیت شناختن این قرارداد، به بیمه گر مراجعه نماید؛ اما استناد اجباری قرارداد خصوصی دو شخص علیه ثالث زیان دیده قابل قبول نیست (ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱: ۳۸). رویکرد وثیقه ای باعث می شود تا دادرسی قرارداد خصوصی بیمه را بر زیان دیده تحمیل نماید و وی را از حق عدم استناد قرارداد محروم سازد.

۳-۱-۲. نظریه اختیار زیان دیده در رجوع به مسبب حادثه یا بیمه گر

نقدی که به جهت تحمیل اجباری قرارداد بیمه بر زیان دیده در نظر قبل گذشت، باعث می شود تا چهره دیگری از مسئولیت استقلالی قابل ارائه باشد. قابلیت مراجعه اختیاری زیان دیده به هر یک از مسبب حادثه یا بیمه گر و تبعیت دادگاه از این انتخاب، معیاری است که با در نظر گرفتن قابلیت استناد قرارداد بیمه مطرح می شود. این دیدگاه به زیان دیده حق مراجعه به هر یک از بیمه گذار مسبب حادثه یا بیمه گر را می دهد، لیکن رجوع هم زمان به هر دو را نمی پذیرد؛ توضیح آنکه زیان دیده نسبت به رابطه خصوصی بیمه گذار و بیمه گر بیگانه است و می تواند بر اساس نهاد عدم قابلیت استناد آن را نادیده بگیرد. اگر از حق خود صرف نظر نماید و با استناد به قرارداد بیمه خواستار استفاده از مزایای آن باشد، نوعی جایگزینی قراردادی حاصل شده و دیگر حق مراجعه به بیمه گذار از او سلب می شود و صرفاً باید بر مبنای قرارداد بیمه جبران خود را از بیمه گر بخواهد؛ اما اگر زیان دیده نخواهد از حق خود در استناد به قرارداد بیمه استفاده نماید، همچنان حق مراجعه به بیمه گذار برای وی باقی است. دادگاه نیز تصمیم خود را بر اساس انتخاب زیان دیده استوار می سازد.

این نظر اگرچه به زیان دیده حق انتخاب می دهد، لیکن در عمل با این اشکال همراه است که زیان دیده باید در ابتدای راه دادرسی تصمیم بگیرد که قصد استناد به قرارداد بیمه را دارد یا ندارد. به عبارت دیگر، اگر زیان دیده، دعوای خود را علیه بیمه گر طرح نماید، عملاً به قرارداد استناد نموده و رجوع وی به بیمه گذار قابل قبول نیست؛ زیرا عدم قابلیت استناد، نوعی حق انتقاد برای ثالث به وجود می آورد که قرارداد بیمه را نادیده بگیرد. البته صاحب حق می تواند مبادرت به اسقاط حق خود نماید (مولودی قلاچی، ۱۳۷۹: ۹۳؛ رباطی، ۱۳۹۵: ۱۲۸) و پس از آن باید به مفاد قرارداد پایبند بوده و

خسارت خود را فقط از بیمه‌گر بخواهد. در مقابل، اگر زیان‌دیده قرارداد خصوصی بیمه را نسبت به خود محترم بشمارد، با استفاده از نهاد عدم قابلیت استناد، صدور حکم علیه بیمه‌گذار لازم است؛ لیکن به جهت عدم امکان جمع استناد به قرارداد و عدم استناد به آن در زمان واحد، مسئولیت هم‌زمان مسبب حادثه و بیمه‌گر توجیهی ندارد.

نقد دیگری که بر این نظریه وارد می‌شود این است که تا زمانی که زیان‌دیده از حق استناد خود به قرارداد بیمه بهره‌نجوید، قابلیت رجوع به بیمه‌گر مطرح نمی‌شود و دادگاه به جهت طرح دعوای صرف علیه بیمه‌گذار، تکلیفی به محکومیت بیمه‌گر ندارد و مسائل مربوط به مسئولیت خواندگان متعدد مطرح نمی‌شود. همچنین استناد به قرارداد و جایگزینی قراردادی زیان‌دیده به جای بیمه‌گذار زمانی قابل طرح است که ماهیت دعوای مستقیم علیه بیمه‌گر را نوعی انتقال طلب، انتقال دین یا قائم مقامی بدانیم. با پذیرش مبنای جایگزینی قراردادی زیان‌دیده به جای بیمه‌گذار، رجوع زیان‌دیده به بیمه‌گر به جانشینی از بیمه‌گذار است و عدم محکومیت بیمه‌گذار قابل توجیه خواهد بود؛ زیرا زیان‌دیده با استناد به قرارداد بیمه، به حق رجوع به بیمه‌گر دست پیدا می‌کند و محکمه بیمه‌گر را به خاطر انتقال تعهدات محکوم می‌نماید؛ در حالی که اگر چنین دعوایی یک حق مستقیم قانونی باشد که نیازی به استناد زیان‌دیده به قرارداد نداشته باشد، بر اساس معیار انتخاب، زیان‌دیده می‌تواند به بیمه‌گر یا عامل زیان مراجعه کند (بادینی و دیگران، ۱۳۹۹: ۸۰ و ۸۱).

۲-۳. نظریه مسئولیت تضامنی بیمه‌گر و مسبب حادثه

در مقابل مسئولیت استقلالی خواندگان متعدد، نظریه تضامن در مسئولیت قابل ارائه است. زمانی که تعهدی واحد به جهت روابط حقوقی متعدد بر عهده چند شخص قرار می‌گیرد، سخن از تضامن مطرح است (یزدانیان و نیازی، ۱۳۹۳: ۱۸۱).^۲ در روابط بین اسباب متعدد معمولاً این نوع

۱. در تصمیم نهایی شماره ۹۹۰۹۹۷۵۱۸۳۲۰۱۴۰۰ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۴ شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان سبزوار می‌خوانیم: «دعوی ... به طرفیت ۱- آقای محسن ۲- شرکت بیمه ایران به خواسته مطالبه خسارت وارده و افت قیمت وسیله نقلیه بر اثر تصادف ... خوانده ردیف دوم را به پرداخت مبلغ ... در حق خواهان با محاسبه اجرای احکام محکوم و اعلام می‌دارد. در خصوص خوانده ردیف اول نیز با توجه به اینکه ... بیمه میبایست خسارات وارده را پرداخت نماید که با توجه به سقف تعهدات بیمه‌نامه و اینکه تمامی خسارات توسط بیمه پوشش داده و باید پرداخت نماید لذا ذمه وی بری شده و دعوای متوجه وی نمی‌باشد و به استناد بند ۴ مواد ۸۴ و ۸۹ قانون اخیر قرار رد دعوای صادر می‌گردد...» این رأی به موجب تصمیم شماره ۱۶۱۱۵۰۸۱۴۰۰۲۵۳۹۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۲/۲۲ شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی تأیید می‌گردد.

۲. برخی حقوق‌دانان بین تضامن اعم از کامل و ناقص و تضامن به مفهوم اخص قائل به تفکیک هستند و معتقدند که

مسئولیت زمانی مجال ظهور می‌یابد که امکان تقسیم خسارت بین عوامل نباشد (Kornhauser & Revesz, 1993: 435). عدم امکان تشخیص دقیق مسئولیت بیمه‌گذار و بیمه‌گر نیز ایجاب می‌کند که مسئولیت تضامنی تقویت گردد. به عبارت دیگر، با توجه به اینکه منشأ تعهد بیمه‌گذار در برابر زیان‌دیده غیر قراردادی و مسئولیت بیمه‌گر قراردادی است، سخن گفتن از اشتراک مسئولیت آن‌ها میسر نیست. زیان‌دیده‌ای که به موجب دعوای مستقیم، مسئول حادثه و بیمه‌گر وی را طرف دعوا قرار می‌دهد، صرفاً به دنبال یک منبع برای جبران نیست و به پرداخت بیمه‌گر نیز توجه دارد. در این خصوص برخی معتقدند که بیمه‌گر و مسبب حادثه مسئولیت تضامنی به جبران خسارت دارند و زیان‌دیده می‌تواند به هر یک که بخواهد مراجعه کند (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۳۰۰؛ بابایی، ۱۳۹۴، ۱۹۸؛ عابدی و نادى، ۱۳۹۹: ۱۸۶).

پذیرش تضامن مسئولیت بیمه‌گر و مسبب حادثه متضمن توجیهات منطقی، حقوقی و قانونی است و تبعیت از آن مزایای عملی به دنبال دارد. استناد به اصل سنتی عدم تضامن در حقوق ایران موجب شده تا در بسیاری از زمینه‌های مسئولیت، زیان‌دیده دچار سختی گردد؛ به همین جهت، می‌توان گفت که اصل عدم تضامن در مسئولیت به طور کلی قابل قبول نیست و تضامن در مسئولیت در حوزه‌های

تضامن در حقوق رومی بر پایه نمایندگی استوار است اما در تضامن نمایندگی و به تبع آن ارتباط حقوقی بین بدهکاران وجود ندارد (شمس، ۱۳۹۸: ۳۳۷). از نظر برخی دیگر مسئولیت تضامنی همان تضامن ناقص است که در مقابل تضامن کامل قرار می‌گیرد (یزدانیان و نیازی، ۱۳۹۳: ۱۴۰). برخی دیگر معتقدند که در حقوق ما این‌گونه تمایزها موجه نیست، زیرا مبنای این تفکیک‌ها در مورد تضامن کامل و ناقص یا در مورد تعهدات تضامنی و تضامنی، وجود یا عدم آثار فرعی تضامن است که از منظر رجوع متعهدین بر اساس نمایندگی یا وحدت موضوع دین متفاوت است؛ لیکن در حقوق ما نمی‌تواند مبنای تمیز باشد، زیرا رجوع به مسئولین در هر دو تعهد ممکن است (جنیدی، ۱۳۷۵: ۳۴). در این مقاله مفهوم تضامن به معنای عام مورد توجه است و آثار خاص هر یک از صور خاص مسئولیت تضامنی در سایر مقالات مورد توجه قرار گرفته است که محل بحث این پژوهش نمی‌باشد.

۱. در بخشی از دادنامه شماره ۹۳۰۷۳۴ مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۸ شعبه ۸۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران در توجیه استناد به مسئولیت تضامنی آمده است: «هر چند در قانون ما صدور حکم دایر بر محکومیت تضامنی مستلزم نص قانون است اما در پاره‌ای از موارد اقتضای وضعیت ایجاب می‌نماید که مسئولیت تضامنی انجام پذیرد زیرا حقوق شخص حقیقی و حقوقی به جهت وضعیت استنادی مالی و حقوقی به گونه‌ای است که چنانچه مسئولیت را به تساوی یا نسبت ایجاد نمائیم موجبات دارا شدن غیر عادلانه اشخاص... خواهد شد...» اما شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب تصمیم شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۹۶۹ مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۸ اعلام نموده: «محکومیت تضامنی مستلزم نص است و عدم امکان تشخیص میزان بهره‌مندی استفاده‌کنندگان از برنامه و نرم افزار موضوع دعوی موجب جریان بحث مسئولیت تضامنی نمی‌گردد.» (برگرفته از سایت سامانه ملی آرای قضایی به نشانی <https://ara.jri.ac.ir>)

مختلف روابط حقوقی به صورت امری متعارف و اجتناب‌ناپذیر درآمده است (دیلمی، ۱۳۹۰: ۹۰)؛ به‌گونه‌ای که اصل عدم تضامن در حقوق کنونی تخصیص گسترده‌ای خورده و برخی حقوق‌دانان معتقدند که باید در گسترش و توسعه ضمان تضامنی که پاسخ‌گوی نیازهای عینی جامعه است، بیش از پیش تلاش شود (شهناوی، ۱۳۸۵: ۴۲). اتخاذ چنین رویکردی با این مزیت همراه است که زیان‌دیده را از اثبات میزان مسئولیت هر یک از عوامل مسئول بی‌نیاز می‌سازد و پیچیدگی رابطه تقسیم مسئولیت بین مسئولین قراردادی و قانونی را علیه زیان‌دیده غیرقابل استناد می‌کند.

حمایت حداکثری از زیان‌دیده صرفاً بر بنیاد نظریه تضامن در مسئولیت بیمه‌گذار مسبب حادثه و بیمه‌گر بنا می‌گردد. مراجعه به بیمه‌گر همواره برای زیان‌دیده بهتر نیست و در مواردی که مسئول حادثه از وضعیت مالی مطلوبی برخوردار است، نفع مراجعه به وی برای زیان‌دیده بیشتر است و توسل به قرارداد بیمه و امتیازات آن نباید حق مراجعه به مسئول حادثه را مختل نماید. قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ که با هدف بهبود وضعیت قربانیان حوادث رانندگی و تسریع در روند جبران خسارت وضع گردیده است، در کنار مسئولیت مدنی مسبب حادثه تجلی بهتری خواهد یافت و امکان مراجعه مستقیم به بیمه‌گر نباید باعث حذف حلقه مسئولیت مقصر اصلی حادثه و محملی برای انتفاع وی از قصور خویش گردد (قاسمی‌گرده، ۱۳۹۳: ۱۲۴). هدف مسئولیت مدنی قرارگیری بار جبران بر عهده عامل زیان است (قسمتی تبریزی و تاجور، ۱۳۹۸: ۱۰۹) و حقوق بیمه در معیت قواعد مسئولیت مدنی ایفای نقش دارد. در حقیقت، رجوع به بیمه‌گر حقی قانونی است که تضمین بیشتری برای زیان‌دیده رقم می‌زند و نباید از اعتبار حق اصلی وی در مراجعه به بیمه‌گذار بکاهد.

مبانی حقوقی در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ نیز زمینه طرح و توسعه نظریه تضامن را تقویت می‌کند. بر اساس ماده ۱۴ و ۱۵ این قانون، بیمه‌گر مکلف است خسارت زیان‌دیده را بدون هیچ شرط و اخذ تضمین پرداخت کند و سپس برای بازیافت خسارت به مسبب رجوع نماید. این حق نافی مراجعه به مسبب حادثه نیست و همان طور که برخی معتقدند مسئولیت تضامنی کارفرما در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی با هدف جبران تمام زیان‌ها و عدم رویارویی با ادعای اعسار مسبب حادثه مقرر شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۱)، قرار گرفتن بیمه‌گر در معیت مسبب حادثه نیز برای تحقق اهداف یاد شده است. حق رجوع مستقیم زیان‌دیده به بیمه‌گر بر اساس مواد ۴ و ۳۰ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ نوعی حق مستقل و قانونی است که مبین برقراری تضمین و حمایت بیشتر از زیان‌دیده است و قرائت جدید مبنای پذیرش این حق در قانون بیمه اجباری، مبین مفهوم عدم امکان رجوع به مسئول حادثه نیست. حمایت از زیان‌دیده در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ مقدم بر حمایت از زیان‌زننده است و نتیجه منطقی تغییر هدف بیمه مسئولیت از کارکرد «جبران به

جانشینی از بیمه گذار» به «ابزاری برای آسان کردن کردن جبران خسارت زیان دیده» (امیران بخشایش و باریکلو، ۱۳۹۳: ۱۷۳)، برقراری تضمین بیشتر برای زیان دیده نسبت به زیان زنده است. بر این اساس، وحدت موضوع خسارت نباید موجب برای سلب حق انتخاب زیان دیده گردد. تضامن موجب حمایت بیشتر از زیان دیده می شود و جبران خسارت را تسهیل می کند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۳۲۴) و پذیرش مسئولیت تضامنی با هدف تضمین بدون قید و شرط خسارت که در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ لحاظ شده، سازگارتر است.

مبنای قانونی دیگر که حمایت مقنن از نظریه تضامن در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ را نشان می دهد، تبصره ۲ ماده ۲ قانون مزبور است. اگرچه برخی حقوق دانان معتقدند که مسئولیت دارنده در این تبصره صرفاً محدود به اخذ بیمه نامه است و دارنده در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ دیگر به عنوان دارندگی مسئولیتی ندارد (صفایی، ۱۴۰۰: ۲۹۵ و ۳۲۰)؛ لیکن شناسایی مسئولیت مدنی دارنده در کنار مسبب حادثه با هدف حمایت حداکثری از زیان دیده و جبران کامل خسارت وی سازگارتر است (جواهرکلام، ۱۴۰۰: ۵۲۹) و توانایی رجوع زیان دیده به دارنده در کنار مسبب حادثه بر مبنای مسئولیت محض قابل قبول شناخته شده است (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷: ۳۴۸؛ جواهر کلام، ۱۴۰۰: ۵۳۳). بدین ترتیب، همان طور که مسئولیت جمعی دارنده خودرو و مسبب حادثه قابل تحقق است، شناسایی مسئولیت جمعی بیمه گر به جانشینی از دارنده خودرو و مسئولیت مسبب حادثه در کنار یکدیگر نیز خلاف اصل نیست.

همچنین تأکید بر وجود مسئولیت مسبب حادثه در کنار لزوم جبران توسط بیمه گر در انتهای همین تبصره، دلیلی بر اشتغال هم زمان ذمه مسئول حادثه و بیمه گر به جبران خسارت است. این رویکرد در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۴۷ مسکوت بود و با تدبیر مقنن به قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷ راه یافت. در تبصره ۲ ماده ۱ قانون اخیر مقرر شد که «مسئولیت دارنده وسیله نقلیه مانع از مسئولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی باشد. در هر حال خسارت وارده از محل بیمه نامه وسیله نقلیه مسبب حادثه پرداخت می گردد.» تأکید عبارت مزبور بر بقای مسئولیت مسبب حادثه در کنار مسئولیت دارنده که بیمه گر به جانشینی از وی جبران کننده خسارت است، تأییدکننده اشتغال هم زمان ذمه هر دو شخص در برابر زیان دیده و گرایش به مسئولیت تضامنی است. در نهایت مقنن به صورت آگاهانه حکم مزبور را در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ تکرار نمود تا بقای به عقیده سابق و پذیرش نظریه تضامن همچنان قابل استنباط باشد.

ممکن است ایراد شود که منظور از قید «مسئولیت شخصی که حادثه منسوب به فعل یا ترک فعل او است نمی باشد» در تبصره ۲ ماده ۲ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵، مسئولیت در تحصیل

بیمه‌نامه است و تأییدی بر مسئولیت مدنی شخص مسبب حادثه نمی‌باشد؛ بنابراین مسئولیت ابتدایی جبران با بیمه‌گر است و رویکرد وثیقه‌ای ترجیح دارد؛ اما در پاسخ می‌توان گفت، وفق ماده ۲ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵، مسئولیت تحصیل بیمه‌نامه متوجه دارنده است که در تبصره ۱ ماده ۲ اعم از مالک یا متصرف دانسته شده است. بر اساس این تبصره، «هر کدام که بیمه‌نامه موضوع این ماده را تحصیل کند تکلیف از دیگری ساقط می‌شود». تکرار مجدد حکم تکلیف اخذ بیمه‌نامه بلافاصله در تبصره ۲ همین ماده توجیه منطقی ندارد و عبارت یاد شده باید حمل بر مسئولیت مدنی مسبب حادثه شود.

در کنار جهات یاد شده، نگرش مثبت رویه قضایی به پذیرش مسئولیت تضامنی بیمه‌گر و مسبب حادثه در حوادث رانندگی^۱، به حمایت از نظریه تضامن و گسترش قلمروی آن کمک شایانی می‌نماید

۱. در تصمیم نهایی شماره ۹۸۰۹۹۷۵۷۵۵۴۰۰۲۵۴ شعبه ۴ شورای حل اختلاف سبزوار این نوع مسئولیت پذیرفته شده است: «در خصوص دعوا... به طرفیت ۱. سید ابراهیم ۲. بیمه معلم... خواندگان را به پرداخت تضامنی مبلغ... به عنوان اصل خواسته و هزینه دادرسی در حق خواهان‌ها را صادر و اعلام می‌نماید...» این تصمیم به موجب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۵۱۸۳۳۰۰۱۰ شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی سبزوار تأیید می‌گردد.

همچنین در تصمیم شماره ۹۸۰۹۹۷۷۵۱۳۲۰۰۶۶۸ مورخ ۱۳۹۸/۵/۲۸ شعبه ۳۰۲ شورای حل اختلاف مشهد آمده: «دعوی خانم... به طرفیت بیمه دانا و آقای... به خواسته مطالبه دیه ناشی از تصادف... شورا دعوی خواهان را محمول بر صحت دانسته و مستنداً به مواد... خواندگان را متضامناً به پرداخت... بابت اصل خواسته و به استناد نظریه پزشکی قانونی در حق خواهان محکوم می‌نماید.»

در دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۸۳۲۵۵۰۰۳۶۱ مورخ ۱۳۹۶/۳/۲۲ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان کرمانشاه نیز محکومیت تضامنی مسبب حادثه و بیمه‌گر استنباط شده است. به موجب این تصمیم: «تجدیدنظرخواهی آقای... به طرفیت ۱- ... ۲- ... ۳- بیمه البرز نسبت به دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۸۳۱۱۵۰۰۵۱۶ مورخ ۱۳۹۵/۷/۲۵ شعبه پانزدهم دادگاه عمومی حقوقی کرمانشاه که به موجب آن... حکم به بی‌حقی وی صادر شده، وارد است زیرا اولاً... رابعاً در حوادث زیان‌بار ناشی از وسایل نقلیه موتوری زمینی برای تضمین جبران خسارت وارد شده به زیان‌دیده ثالث، بر اساس مقررات مختلف حاکم در زمان وقوع حادثه زیان‌بار، اشخاص متعددی شامل ۱- راننده مقصر بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی اتلاف و تسبیب ۲- دارنده وسیله نقلیه بر اساس قانون اصلاح بیمه اجباری... ۳- بیمه‌گر مسئولیت مدنی ناشی از وسیله نقلیه مقصر حادثه بر اساس قرارداد بیمه و قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵... در مقابل جبران خسارت زیان‌دیده ثالث مسئولیت دارند؛ بنابراین تجدیدنظرخوانده ردیف اول به عنوان دارنده وسیله نقلیه حادثه آفرین و تجدیدنظرخوانده ردیف دوم به عنوان راننده و تجدیدنظرخوانده ردیف سوم به عنوان شرکت بیمه‌گر در حدود مقررات قانون در مقابل تجدیدنظرخواه مسئول بوده و با توجه به... حکم به محکومیت تضامنی تجدیدنظرخواندگان به شرح ذیل صادر و اعلام می‌گردد...» (به نقل از ابهری و قربانی جویباری، ۱۴۰۰: ۵۱ و ۵۲)

و در قاعده‌مندسازی رویکرد کلی پذیرش نوع مسئولیت در عرصه حوادث رانندگی مؤثر است.

نتیجه

هدف جبران خسارت در نظام مسئولیت مدنی با ظهور حقوق بیمه تحول چشمگیری داشته است و تقویت مسئولیت جمعی در پرتوی این نهاد، باعث شده تا تفکر عدم جبران بسیاری از خسارات به ورطه فراموشی سپرده شده است. ورود بیمه‌گر به حوزه مسئولیت سبب می‌شود تا آیین دعوای جبران خسارت در نظام بیمه‌ای اندکی تفاوت نماید و جهت‌گیری هدف زیان‌دیده از مسبب حادثه، به سمت بیمه‌گر دوران کند. چنین دعوایی اگرچه در اکثر نظام‌های حقوقی مستقلاً علیه بیمه‌گر قابل طرح است، لیکن مزایای هم‌زمانی طرح دعوا علیه بیمه‌گر و مسبب حادثه موجب می‌شود تا زیان‌دیده دعوی خود را متوجه هر دو سازد. عدم پذیرش مسئولیت بیمه‌گر در چنین دعوایی با توجه به تحولات گسترده دعوی مستقیم قابل قبول نیست و نظام حقوقی ایران نیز در حال حاضر بر مبنای توجیهات حقوقی و قانونی و در بستر تعدیل رویه قضایی چنین دعوایی را به طور قاطع استماع می‌کند و قابلیت ورود به ماهیت دعوا برای محکمه فراهم است. همچنین مسکوت گذاردن خواسته دعوا نسبت به مسبب حادثه با قواعد دادرسی مدنی سازگار نیست. چنانچه حضور بیمه‌گر صرفاً برای توجیه ارکان شکلی دعوا و مستند نمودن دادرسی در برابر مسبب حادثه باشد، گذشت از مسئولیت وی توسط محکمه قابل توجیه است؛ لیکن چنانچه به دنبال این ظاهر، غرض مطالبه حق توسط زیان‌دیده دنبال شود، سهمیم کردن مسبب حادثه در حکم ماهوی دادگاه ضروری است.

نظریات مبتنی بر مسئولیت استقلالی بیمه‌گر و مسبب حادثه در اشکال مختلفی قابل ظهور است که اگرچه هر یک از برخی جهات قابل توجیه است، لیکن حمایت کامل از زیان‌دیده را به دنبال ندارد. دشواری تفکیک دین واحد و تصبیح حق زیان‌دیده در نظریه تقسیم مسئولیت بین مسبب حادثه و بیمه‌گر، کمتر حقوق‌دانی را به سمت این نظریه سوق می‌دهد و مسئولیت وثیقه‌ای بیمه‌گر یا اعطای حق به زیان‌دیده برای رجوع به یکی از مسبب حادثه و بیمه‌گر نیز نه تنها با روح قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ سازگار نیست، بلکه قرارداد بیمه را بر زیان‌دیده تحمیل می‌کند که با هدف تضمین بدون قید و شرط خسارت در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ در تعارض است. مبنای حقوقی و منطقی قابلیت گذر از اصل عدم تضامن را در عرصه حوادث رانندگی هموار می‌سازد و مسئولیت جمعی بیمه‌گر و مسبب حادثه، روش فنی و مناسبی برای تحقق هدف حمایت از زیان‌دیده در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ است که اطمینان خاطر بیشتر زیان‌دیده از جبران خسارات خود را به دنبال دارد. این رویکرد نه تنها در مواد متعدد قانون مزبور مورد توجه و حمایت مقنن قرار گرفته، بلکه با تأیید رویه قضایی، اصل تضامن مسئولیت بیمه‌گر و مسبب حادثه به عنوان یکی از بنیادهای

مسئولیت مدنی در حال گسترش و تقویت است.

منابع

فارسی

- آقائی، محمدعلی (۱۳۹۴)، «تضامن طلبکاران»، تحقیقات حقوق تطبیقی ایران و بین الملل، دوره ۸، شماره ۲۷.
- ابهری، حمید و محمد قربانی جویباری (۱۴۰۰)، تعهدات و حقوق صندوق تأمین خسارت های بدنی در نظام حقوقی ایران، تهران: مجد.
- الفت، نعمت الله و اکبر ذاکریان (۱۳۹۴)، «بررسی تطبیقی امکان استیفای دین از طلب مدیون»، دوفصلنامه علمی حقوق تطبیقی، دوره ۲، شماره ۱۰۳.
- امیران بخشایش، عیسی و علیرضا باریکلو (۱۳۹۳)، «مفهوم اصل جبران خسارت در حقوق بیمه»، مجلس و راهبرد، دوره ۲۱، شماره ۸۰.
- ایزانلو، محسن و صادق شریعتی نسب (۱۳۹۱)، «مطالعه تطبیقی "عدم قابلیت استناد" در حقوق ایران و فرانسه»، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۹، شماره ۲۱.
- بابایی، ایرج (۱۳۹۴)، حقوق بیمه، تهران: سمت.
- بادینی، حسن، جمشید یحیی پور، صابر علائی و اردلان حق پناه (۱۳۹۹)، «ماهیت مسئولیت بیمه گر و تأثیر آن در انتخاب روش استرداد و اصل قائم مقامی»، دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، دوره ۲۷، شماره ۱۷.
- برهانیان نقیبی، عبدالحسین (۱۳۸۶)، بررسی مبانی بیمه در اسلام، قم: زمزم هدایت.
- پورمولا، سیدمحمدهاشم (۱۳۹۰)، «حق و حکم در فقه امامیه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۲، شماره ۳۳.
- جنیدی، لعیا (۱۳۷۵)، «تضامن و آثار و اوصاف آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۱۶، شماره ۳۵.
- جواهرکلام، محمدهادی (۱۴۰۰)، مبانی و اصول جبران خسارت بدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- حسینی خواه، سیدجواد (۱۳۹۰)، قاعده ضمان ید، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- خادم رضوی، قاسم، الیاس نوعی و آزاده مهرپویان (۱۳۹۴)، «رابطه سببیت در مسئولیت ناشی از بی احتیاطی؛ نگاهی تطبیقی به حقوق مسئولیت مدنی ایران و انگلستان»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۳، شماره ۱۰.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۷)، حقوق دعاوی ۳ (تحلیل و نقد رویه قضایی)، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۶)، حقوق بیمه و مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- دیلمی، احمد (۱۳۹۰)، «تأملی در قرائت های مختلف از مسئولیت تضامنی»، مجله فقه و حقوق اسلامی، دوره ۲، شماره ۳.
- رباطی، مهسا (۱۳۹۵)، نظریه عمومی عدم قابلیت استناد در حقوق تجارت، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، مشهد: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد.
- رحیمی، سید علی اصغر و داود محبی انجدانی (۱۴۰۰)، «مبنای تعهد دارنده و بیمه گر خودرو در قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵»، پژوهشنامه بیمه، دوره سی و ششم، شماره ۱۴۱.

- شهباز قهفرخی، سجاد (۱۳۹۹)، «تبیین و نقد نظریه تعامل متقارن در تعیین میزان تقصیر زیان‌دیده و خواننده دعوی در مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر»، حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱.
- شهنایی، خلیل (۱۳۸۵)، «قلمروی مسئولیت تضامنی در حقوق ایران»، بررسی‌های بازرگانی، سال ۲۰، شماره ۲۱.
- شمس، احسان (۱۳۹۸)، «تعهد تضامنی»، دانشنامه‌های تخصصی، دوره ۲، شماره ۴.
- صفایی، سیدحسین و حبیب‌اله رحیمی (۱۳۹۷)، مسئولیت مدنی تطبیقی، تهران: شهردانش.
- صفایی، سیدحسین، حسن بادینی، بختیار عباسلو و سعیده صالحی (۱۳۹۷)، «معیار تقسیم مسئولیت در فرض تعدد اسباب و تحول آن در حقوق ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۴، شماره ۸۴.
- صفایی، سیدحسین و حبیب‌اله رحیمی (۱۴۰۰)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران: سمت.
- عابدی، محمد و محمدتقی نادی (۱۳۹۹)، مسئولیت مدنی و نظام جبران خسارت در حوادث رانندگی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- عرفانی، توفیق (۱۳۷۱)، قرارداد بیمه در حقوق اسلام و ایران، تهران: انتشارات کیهان.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۹۰)، الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، تهران: میزان.
- قاسمی‌گرده، عیسی (۱۳۹۳)، «مطالبه دیه فوت قربانیان حوادث رانندگی توسط وارث مقصر از محل بیمه‌نامه شخص ثالث»، پژوهشنامه بیمه، دوره ۲۹، شماره ۱۱۴.
- قسمتی تبریزی، علی و صفا تاجور (۱۳۹۸)، «بررسی انتقادی دعوی جانشینی در بیمه اجباری حوادث ناشی از وسایل نقلیه»، پژوهشنامه بیمه، دوره ۳۴، شماره ۱۳۴.
- کاتوزیان، ناصر و محسن ایزانلو (۱۳۹۷)، الزام‌های خارج قرارداد (مسئولیت مدنی)، جلد سوم، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، الزام‌های خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی)، جلد دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، الزام‌های خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی)، جلد اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محمدی، سام (۱۳۸۵)، «تمیز تعهد به نفع شخص ثالث از نهادهای حقوقی مشابه»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، دوره ۱، شماره ۲ و ۳.
- مولودی قلاچی، محمد (۱۳۹۷)، «اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده است»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۲۰، شماره ۴۷.
- یزدانیان، علیرضا و عباس نیازی (۱۳۹۳)، «مطالعه تطبیقی مسئولیت تضامنی در فقه و حقوق فرانسه»، مطالعات حقوق معاصر، دوره ۵، شماره ۸.

عربی

- شهید اول (بی‌تا)، القواعد و الفوائد، جلد دوم، قم: کتاب فروشی مفید.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱)، حاشیه المکاسب، جلد اول، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- مجاهد طباطبائی، سید محمد (بی‌تا)، المناهل، قم: مؤسسه آل‌البيت علیه السلام.

- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶)، قواعد فقه، جلد دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۹)، رساله توضیح المسائل، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم (۱۴۱۴)، فقه الشركة و کتاب التأمین، قم: دار العلم مفید رحمه الله.
- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، جلد دوم، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.

انگلیسی

- Ball, Scott; Dedman, Linda; Dunlop Gates, Pamela (2015). **The Right and Duty to Settle Third-Party Liability Claims: A 50-State Survey**. Paper presented at the Insurance Coverage litigation Committee CLE Seminar. Retrieved from: https://www.victimslawyer.com/files/4_1_the_right_and_duty_to_settle_thirdparty_liability_claims.authcheckdam.pdf. Last visit: 10/1/2021.
- Denslow, Alex; Baks, Bas (2018). **Ten things every insurer should know**. Submitted by CMS law. Tax. Future. Retrieved from: <https://cms.law/en/int/publication/ten-things-every-insurer-should-know>. Last visit: 9/5/2021.
- European Commission (2014). **Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law**. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Fulcher, Joseph Kyle (2000). "Un-insuring direct actions against insurance companies in Mississippi: State farm mutual automobile insurance company v. Eakins. Mississippi". **College Law Review**, 20(2), 375-394.
- Hodgkin, Ray (2002). **Insurance Law Text and Material**. United Kingdom: Cavendish Publishing Limited.
- IBA Insurance Committee (2012). **Direct Third-Party Access to Liability Insurance**. International Bar Association. Retrieved from: <https://www.scribd.com/document/498771793/IBA-Insurance-Committee-Substantive-Project-2012-FINAL>. Last visit: 9/30/2020.
- Johnson, Alston (1983). "The Louisiana Direct Action Statute". **Louisiana Law Review**, 43(6), 1454 – 1542.
- Kornhauser, Lewis; Revesz, Richard (1993). Settlements under joint and several liability. *New York University law review* 68(3). pp 427 – 493.
- **The Law Commission and the Scottish Law Commission** (2001). Third Parties – Rights against Insurers. Presented to the Parliament of the United Kingdom by the Lord High Chancellor by Command of Her Majesty Laid before the Scottish Parliament by the Scottish Ministers. Available from: <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/9512/7989/6682/rep184.pdf>. Last Visit 8/19/2020.
- Turnbull, Jon; Quirk, Geraldine (2012). **The International Comparative Legal Guide to Insurance and Reinsurance 2012**. London: Global Legal Group Ltd.
- Vincenca Padovan, Adriana (2003). "Direct action of a third party against the insurer in marine insurance with a special focus on the developments in Croatian law". *Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti*, 42(157). pp 35- 83.

شرایط و استثنای بازداشت بدهکار در اجرای محکومیت‌های مالی

مصطفی‌السان*، محمدرضا منوچهری**، سجاد مظلومی***

چکیده

بازداشت محکوم‌علیه مالی در امر مدنی به‌عنوان امری استثنایی تلقی می‌شود که در نظام حقوقی ما به‌عنوان آخرین راهکار برای حالتی که محکوم‌علیه به هیچ‌عنوان حاضر به اجرای حکم نباشد و اموالی از وی یافت نشود، اعمال می‌گردد. فقها و با تأسی از ایشان نظام حقوقی ما، در این مقوله همواره محتاط بوده و به هر صورت قانون‌گذار تحت فروض مختلفی از قبیل تقدیم دادخواست اعسار یا یافته شدن اموالی از محکوم‌علیه، بازداشت وی را منتفی می‌داند. در این مقاله به بررسی شرایط و موانع بازداشت محکوم‌علیه ممتنع در امر مدنی پرداخته و ایرادات وارده بر موضوع را به بحث خواهیم گذاشت. موارد نادری که امکان بازداشت محکوم‌علیه در مورد آن‌ها به‌موجب قانون به‌صراحت مطرح نشده، از جمله رأی داور، احکام خارجی، اعاده عملیات اجرایی و عدم امکان اجرای حکم عینی، در این مقاله با تکیه بر رویه قضایی و مشکلات عملی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

واژگان کلیدی: محکوم‌له، محکومیت مالی، اجرای احکام، قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، بازداشت

* دانشیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
m_elsan@sbu.ac.ir

** قاضی دادگستری، دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
manouchehri1391@gmail.com

*** قاضی دادگستری، دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم و تحقیقات)، تهران، ایران
sajad.mazloumi@gmail.com

مقدمه

در قانون اجرای احکام مدنی، قانون‌گذار از راهکارهایی بحث نموده که در آن از چگونگی دست یافتن به اموال محکوم‌علیه صحبت شده است. تمامی موارد یادشده ناظر به اموال محکوم‌علیه، تشریفات بازداشت اموال، آثار مترتب بر این بازداشت و حقوق متصوره محکوم‌علیه در این ارتباط، مزایده اموال محکوم‌علیه و کیفیت برگزاری آن و در نهایت تأیید مزایده و استیفای حقوق محکوم‌له می‌باشد (شایان ذکر است که مزایده اموال منقول نیاز به تأیید ندارد). این شیوه از آن جهت در دستور کار قانون‌گذار قرار گرفته که فقهای امامیه مخالف بازداشت مدیونین مالی هستند و محبوس نمودن ایشان را جز در نادر مواردی موافق موازین شرعی قلمداد نمی‌نمایند.

در قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی، مصوب ۱۳۵۲/۰۸/۲۲ نیز که قبل از قانون اجرای احکام مدنی به تصویب رسیده بود، قانون‌گذار با اتخاذ استاندارد دوگانه سخنی از بازداشت محکوم‌علیه مدنی به میان نیاورده بود. همچنین قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۵۱/۰۴/۱۱) صرفاً درخصوص بازداشت مدیونین مالی که در رابطه با ضرر و زیان ناشی از جرایم بدهکار شده‌اند، احکامی را مقرر کرده بود. در ماده ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (که به‌عنوان قانون داخلی در تاریخ ۱۳۵۴/۰۲/۱۷ به تصویب مجلس ایران رسیده) نیز تصریح شده که: «هیچ کس را نمی‌توان تنها به این علت که قادر به اجرای یک تعهد قراردادی خود نیست زندانی کرد».

قانون اجرای احکام مدنی نیز به‌تبعیت از همین شیوه در سال ۱۳۵۶ به تصویب رسید و در آن از بازداشت محکوم‌علیه سخنی به میان نیامد و صرفاً راهکارهای دسترسی به اموال محکوم‌علیه، چگونگی توقیف و در نهایت نحوه استیفای حقوق محکوم‌له از اموال توقیف‌شده را در دستور کار قرار داد. با گذشت زمان، با توجه به اینکه راهکارهای مطمئن و متقنی جهت دسترسی به اموال محکوم‌علیه تعیین نگردید و افزون بر آن نیز فراگیری شیوه‌های نوین فرار از دین به طرق مختلف از سوی محکوم‌علیه‌ها، در نهایت این نیاز را رقم زد که می‌بایست راهکار بازداشت محکوم‌علیه ممتنع در صورت عدم دسترسی به اموال وی نیز مدنظر باشد تا وی تحت فشار بیشتری قرار گرفته و مبادرت به اجرای حکم نماید و یا اینکه رضایت محکوم‌له را به هر ترتیبی جلب کند.

لذا بر همین اساس در ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷، چنانچه اعیان محکوم‌علیه به اثبات نمی‌رسید، بازداشت وی سرلوحه قانون‌گذار قرار می‌گرفت. البته همچنان ایرادات فقهی به مقوله بازداشت محکوم‌علیه پابرجا بود (نک: فخر، ۱۳۸۴). به هر تقدیر بر اساس این قانون، با صدور حکم قطعی محکومیت مالی، محکوم‌علیه در صورت عدم شناسایی

اموال وی و عدم اثبات اعسار، در اجرای ماده ۲ این قانون بازداشت می‌گردید.

این شیوه اجرای حکم و افزایش تعداد زندانیان امور مدنی به‌خصوص در حوزه دین ناشی از مهریه نهایتاً باعث شد تا قانون‌گذار در کمتر از دو دهه عمر این قانون به این نتیجه برسد که لبه تیز آن فقط منجر به تراکم زندان‌ها خواهد شد. در بیشتر موارد مدیونین مدت‌های طولانی در زندان می‌مانند و این وضعیت موجب درماندگی خانواده‌های آن‌ها نیز می‌شود. از این‌روی، قانون‌گذار در قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مفاد قانون را با لحاظ مصالح کلی محکوم‌علیه در مقوله بازداشت به تصویب رسانید و ضمن نسخ قوانین پیشین، از جمله قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی سال ۱۳۷۷ و قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳، قانون فعلی را جایگزین آن‌ها نمود و ماده ۳ قانون کنونی جایگزین ماده ۲ قانون پیشین شد. البته تفاوت‌های بنیادینی میان ماده ۳ قانون حاضر با ماده ۲ قانون پیشین به وجود آمده است.

در این مقاله برآنیم تا ایرادات و موانع اعمال بازداشت محکوم‌علیه ممتنع را در حوزه محکومیت‌های مالی که قانون‌گذار آن را در این قانون پیش‌بینی نکرده، مورد کنکاش قرار دهیم. رأس بحث و مواد اصلی مورد گفت‌وگو مواد ۱ الی ۴ و نیز مواد ۱۸ و ۲۷ این قانون خواهد بود که به فراخور بحث آن‌ها را مورد بررسی قرار خواهیم داد. همچنین هر جا لازم باشد اشاره‌ای نیز به مقررات مرتبط احتمالی دیگر خواهد شد. همچنین ایرادات وارده بر ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی که بی‌گمان شاه‌بیت مواد این قانون است به بحث گذاشته خواهد شد. البته فروضی که در این قانون و قانون اجرای احکام مدنی از ناحیه قانون‌گذار به سکوت برگزار گردیده است نیز مورد بحث قرار خواهد گرفت.

در این خصوص سؤالات مهمی مطرح می‌شود که حقیقتاً از متون قانونی پاسخ متقنی در باب آن‌ها به دست نمی‌آید و سؤالات مطروحه نیز بسیار مبتلا به عملیاتی است. به‌نحوی که در دادگستری موارد متعددی درخصوص آن مطرح می‌شود و رویه‌های گونه‌گونی نیز اتخاذ و اسباب حیرانی مراجعین را باعث شده است.

سؤالاتی از قبیل اینکه: ۱. چنانچه مالی از سوی محکوم‌علیه معرفی و در دو نوبت مزایده به فروش نرود، در صورتی که مال دیگری تعرفه نشود آیا امکان اعمال ماده ۳ قانون یادشده و بازداشت محکوم‌علیه وجود خواهد داشت یا خیر؟ ۲. حسب مورد در فرض موافقت دادگاه با اعمال مواد ۴۶ یا ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، چنانچه اموالی از محکوم‌علیه شناسایی و در مقام استیفای محکوم به - که البته تبدیل یافته است - معرفی نگردد آیا امکان بازداشت محکوم‌علیه وجود دارد یا خیر؟ ۳. آیا امکان بازداشت محکوم‌علیه در رابطه با هزینه‌های اجرایی موضوع ماده ۱۵۸ قانون

اجرای احکام مدنی وجود دارد یا خیر؟ ۴. در فرض اعمال ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی و اعاده عملیات اجرایی، چنانچه محکوم‌له محکوم‌به را وصول نموده باشد و حاضر به استرداد آن نباشد و مالی از وی یافت نشود، آیا می‌توان چنین محکوم‌له‌ی را در مقام اعاده عملیات اجرایی بازداشت کرد؟ ۵. بالاخره اینکه در مورد محکوم‌علیه‌ی که از سوی دادگاه‌های خارجی محکومیت یافته و این حکم در محاکم ایران مورد شناسایی و تنفیذ قرار گرفته است، آیا می‌توان چنین شخصی را در فرض امتناع از اجرای حکم مالی بازداشت نمود؟

۱. شرایط اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی

برای آنکه بتوان محکوم‌علیه ممتنع از پرداخت محکوم‌به را بازداشت کرد، قانون‌گذار شرایطی را پیش‌بینی نموده است. هدف از تعدد این شرایط، کاهش موارد حبس مدیون می‌باشد. امری که در قوانین و مقررات دیگر، ازجمله ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱) نیز مدنظر مقنن بوده است (کاویار، مرادی و نم‌نات، ۱۳۹۴: ۱۱۷). به‌هرحال، احراز این شرایط جهت اعمال ماده ۳ قانون یادشده ضروری است که در زیر به بیان این شرایط پرداخته می‌شود:

۱-۱. محکومیت یافتن محکوم‌علیه به دادن هر نوع مالی

آنچه از منطوق صریح ماده یک قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی برمی‌آید این است که محکوم‌علیه می‌بایست به دادن یک نوع مال به دیگری و به تعبیر قانون‌گذار، هر نوع مالی محکوم گردد.^۱ در مواردی که موضوع محکومیت، مالی است که به‌صورت مطلق و در رابطه با همه اشخاص مال تلقی می‌شود، ماده یک ابهامی ندارد. لیکن سؤال قابل طرح، این است که در مواردی که شیئی فقط در رابطه با محکوم‌له و محکوم‌علیه دارای ارزش مالی باشد و به‌صورت مطلق دارای ارزش مالی نباشد، تکلیف چیست؟

به‌عنوان مثال محکوم‌علیه به جهت فسخ قرارداد، به استرداد نقشه مربوط به یک ساختمان که مورد تأیید شهرداری قرار گرفته، محکومیت یافته است و از استرداد نقشه ساختمان خودداری می‌کند. بی‌گمان این نقشه ساختمان در رابطه با سایر اشخاص دارای ارزش نیست، اما برای محکوم‌له واجد

۱. البته موارد استثنایی وجود دارد که بدون محکومیت مالی، امکان توسل به ضمانت‌اجراه‌های مقرر در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی وجود دارد. برای مثال، به موجب ماده ۲۳ قانون صدور چک (اصلاحی مورخ ۱۳۹۷/۰۸/۱۳)، امکان صدور اجرائیه بر علیه صادرکننده چک، به درخواست دارنده آن، تحت شرایط مندرج در این ماده وجود دارد و اگر صادرکننده اقدام به اجرای ارادی اجرائیه، ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ آن نکند، «اجرای احکام دادگستری، اجرائیه را طبق «قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴/۰۳/۲۳» به مورد اجرا گذاشته و نسبت به استیفای مبالغ مذکور اقدام می‌نماید» (نک: السان، ۱۳۹۸: ۳/۲۹۳-۲۹۱).

ارزش است؛ آیا در این فرض می‌توان محکوم‌علیه را بازداشت نمود یا در جایی که محکوم‌علیه به دادن مال محکوم نشده، بلکه به استرداد شیئی محکوم شده که حاکی از مال باشد؛ مانند محکومیت به استرداد لاشه چک و یا محکومیت به استرداد لاشه سایر اسناد. آیا در این فروض می‌توان محکوم‌علیه ممتنع را بازداشت نمود؟

آنچه از مواد ۱ و ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بر می‌آید این است که قانون‌گذار در این ابواب ساکت است. با عنایت به اینکه بازداشت محکوم‌علیه استثنایی و خلاف قاعده است، پاسخی که می‌توان از روح حاکم بر قانون به این پرسش داد این است که به نظر نمی‌توان محکوم‌علیه را در چنین مواردی بازداشت نمود.

۲-۱. درخواست محکوم‌له

آنچه مسلم است دادگاه نمی‌تواند علی‌الرأس و از پیش خود مبادرت به صدور دستور بازداشت محکوم‌علیه نماید؛ چراکه این امر منوط به درخواست محکوم‌له می‌باشد. در واقع برخلاف امر کیفری که اجرای احکام کیفری در رابطه با حبس قطعی محکوم‌علیه نیازمند درخواست محکوم‌له نیست؛ در امر مدنی این مهم با اراده محکوم‌له تحقق می‌یابد و پس از درخواست محکوم‌له است که بازداشت محکوم‌علیه محقق خواهد شد. ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی و ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی محکوم‌له را در این باره به نحو حداکثری مبسوط‌الید نموده است.

۳-۱. عدم شناسایی اموال محکوم‌علیه

آنچه در رابطه با بازداشت محکوم‌علیه می‌بایست مدنظر قرار بگیرد و نکته مهمی تلقی می‌شود این است که اعمال راهکار بازداشت آخرین طریق در رابطه با اجرای حکم است و چنانچه بتوان اموال محکوم‌علیه ممتنع را توقیف نمود، بالطبع بازداشت شخص محکوم‌علیه منتفی خواهد بود. در همین راستا ماده ۱۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ مرجع اجرای رأی را مکلف نموده است تا کلیه اموال محکوم‌علیه را از طریق نهادهای مختلف از قبیل شهرداری، بانک‌ها، اداره ثبت و پلیس راهور مورد بررسی قرار دهد (آذربایجانی و فروزان بروجنی، ۱۳۹۷: ۲۶).

هم‌اکنون رویه عملی اجرای احکام مدنی بر این شیوه استوار است که اگر محکوم‌له درخواست رصد اموال محکوم‌علیه را از طریق نهادهای یادشده ننماید، اجرای احکام مدنی علی‌الرأس در این خصوص اقدامی نخواهد کرد. اما آنچه اجرای احکام را ملزم به انجام آن می‌نماید، این است که وی می‌بایست لااقل بررسی اموال محکوم‌علیه را از طریق مرجع انتظامی از اقامتگاهی که در برگ اجراییه قید گردیده، انجام دهد. البته اگر از ابتدا محکوم‌علیه مجهول‌المکان معرفی شده باشد، امر بررسی اموال از طریق مرجع انتظامی نیز منتفی خواهد بود. چنانچه اموالی نیز از طریق مرجع انتظامی

شناسایی نگردد در این مرحله محاکم اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی را نسبت به محکوم‌علیه، تا زمان پرداخت محکوم‌به یا اعلام رضایت محکوم‌له یا پذیرش ادعای اعسار وی تجویز می‌نمایند.

پرسشی که مطرح می‌شود این است که اگر محکوم‌علیه، مازاد مالی را که در توقیف یا وثیقه بستانکار دیگری است، برای بازداشت معرفی نماید، آیا محکوم‌له می‌تواند از قبول آن خودداری کرده و بازداشت محکوم‌علیه را درخواست کند. در پاسخ، به موجب نظریه مشورتی شماره ۱۴۴۶/۹۹/۷ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۴ اداره کل حقوقی، «درخواست توقیف مازاد مالی که در وثیقه دین یا توقیف در مقابل طلب دیگری است، وفق ماده ۵۴ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ یا درخواست اعمال ماده ۵۵ این قانون، حق محکوم‌له است و نه تکلیف وی. بنابراین هرگاه جز مالی که در رهن است یا به نفع دیگری در توقیف است مال دیگری از محکوم‌علیه یافت نشود، از آنجا که محکوم‌به از محل این مال قابل استیفاء نیست و به تشخیص اجرای احکام به دلایلی همچون عدم رضایت توقیف‌کنندگان مقدم امکان استیفای محکوم‌به از محل این مال وجود نداشته باشد، اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ بلامانع است. شایسته ذکر است پذیرش درخواست اعمال ماده ۳ یادشده در فرض سؤال فرع بر آن است که محکوم‌له از توقیف مازاد مالی که استیفای محکوم‌به از محل آن میسر نشده، اعلام انصراف کند و در صورتی که توقیف مال با معرفی محکوم‌علیه صورت گرفته باشد با فرض درخواست اعمال ماده ۳ یاد شده، منعی برای رفع توقیف از مال به درخواست مشارالیه وجود ندارد».

۴-۱. عدم تقدیم درخواست اعسار از سوی محکوم‌علیه در مهلت قانونی

مطابق با فقه و قانون، بدهکار نادار مجرم نبوده و به صرف بدهکاری و ناداری نمی‌توان وی را حبس نمود (احمدی و امینی، ۱۳۹۶: ۵۹). تعریف قانونی «معسر» بارها دچار تغییر و تحول شده و با نیازهای زمان و گاه با تراکم زندانیان هماهنگ شده است (در این خصوص، نک: صفری، قنواتی و علوی قزوینی، ۱۳۹۶).

برابر ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی یکی از شرایط اعمال ماده و بازداشت محکوم‌علیه از ناحیه دادگاه صادرکننده این است که می‌بایست ظرف مدت ۳۰ روز از ابلاغ اجراییه، محکوم‌علیه دادخواست اعسار خویش را به شعبه صادرکننده حکم تقدیم نکرده باشد. در این مهلت ۳۰ روز که با لحاظ روزهای ابلاغ و اقدام ۳۲ روز احتساب خواهد شد، امکان صدور دستور بازداشت محکوم‌علیه وجود ندارد. چنانچه محکوم‌علیه در این فرصت مبادرت به تقدیم دادخواست اعسار نماید، دادگاه صادرکننده حکم از صدور دستور بازداشت محکوم‌علیه تا نتیجه قطعی دعوای

اعسار خودداری خواهد نمود.

نکته قابل توجه در این خصوص این است که امتیاز مندرج در ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی فقط برای یک مرتبه قابلیت اعمال دارد. از این رو، چنانچه بار اول به دعوای اعسار محکوم علیه به صورت ماهیتی رسیدگی شد و دعوای او به صورت ماهوی رد گردید، برای مرتبه‌های بعدی هر چند امکان تقدیم دادخواست اعسار وجود دارد. لیکن پرواضح است که از امتیازات مندرج در ماده مرقوم حتی با فرض تودیع تأمین برخوردار نیست. چراکه در غیر این صورت محکوم له هیچ گاه مجالی برای بازداشت محکوم علیه ممتنع به جهت امکان همیشگی تقدیم دادخواست و نبود آثار اعتبار امر قضاوت شده بر دعوای اعسار، نخواهد یافت. در تأیید این استدلال، ماده ۱۵ آیین نامه نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مصوب ۱۳۹۹/۰۶/۱۸ رئیس قوه قضائیه، مقرر می‌دارد: «پس از صدور حکم به رد دعوای اعسار از پرداخت محکوم به، تقدیم مجدد دادخواست مانع از حبس محکوم علیه نخواهد بود، مگر با صدور حکم جدید اعسار که در این صورت از حبس وی خودداری و در صورت حبس، آزاد می‌شود».

بدیهی است که منظور از رد دعوای اعسار، رد دعوی شکلی اعسار نمی‌باشد بلکه بایست دعوای اعسار به صوت ماهوی رد شده باشد والا چنانچه دعوای اعسار به صورت شکلی رد شده باشد، اگر تجدید دادخواست در فرصت یک ماه باشد، محکوم علیه همچنان از امتیازات مندرج در ماده ۳ برخوردار خواهد بود و اگر خارج از مهلت باشد مشروط به تودیع تأمین متناسب با محکوم به، باز هم می‌تواند از اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی تا حصول نتیجه حکم قطعی اعسار مصون بماند. رویه عملی این چنین است که محکوم علیه پس از تقدیم دادخواست اعسار و ثبت دادخواست اعسار گواهی مربوطه را از شعبه اخذ و در دادگستری‌هایی که به صورت متمرکز واحد اجرای احکام مدنی وجود دارد، گواهی اعسار را به واحد اجرای احکام مدنی و دادورزی مربوطه ارائه می‌نماید.

۲. دیگر صور بازداشت محکوم علیه

بازداشت محکوم علیه فقط ناظر به ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی نمی‌باشد؛ بلکه قانون‌گذار در مواد ۱۸ و ۲۷ قانون یادشده نیز شقوق دیگری از اعمال ماده ۳ قانون یادشده را پیش‌بینی کرده است.

۲-۱. حبس در فرض امتناع از پرداخت اقساط معوق

در فرضی که محکوم به از سوی شعبه صادرکننده حکم، تقسیط شده و محکوم علیه از پرداخت اقساط معوق خودداری کند، قانون‌گذار بر اساس ماده ۱۸ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی

بازداشت محکوم علیه را پیش بینی کرده است. ماده فوق در این خصوص اشعار می دارد که چنانچه محکوم علیه از پرداخت اقساط معوق خودداری نماید، محکوم له می تواند درخواست بازداشت وی را بنماید. همچنین در همین ماده مقرر شده است که اگر کاشف به عمل آید که از محکوم علیه رفع عسرت به عمل آمده، با وجود این از پرداخت محکوم به خودداری می کند، نیز امکان بازداشت وی نیز میسر است.

البته نظر مقام تقنین بر مسامحه و تسهیل رفع بازداشت از بدهکار بازداشت شده می باشد. برای مثال ماده ۱۷ آیین نامه نحوه اجرای محکومیت های مالی (مصوب ۱۳۹۹/۰۶/۱۸ رئیس قوه قضائیه)، مقرر می دارد: «پس از صدور حکم تقسیط، چنانچه محکوم علیه مبادرت به پرداخت قسط مقرر کند، بلافاصله از زندان آزاد می شود و عدم قطعیت مانع آزادی وی نیست».

آنچه در ماده ۱۸ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی محل ایراد بوده و از لحاظ حقوقی نامفهوم و گنگ تلقی می شود این است که سازوکار رفع عسرت و چگونگی احراز آن از سوی قانون گذار مشخص نشده است. آیا دادگاه در این خصوص می بایست مبادرت به صدور حکم نماید یا اینکه با صدور دستور نیز می تواند اعلام دارد که از محکوم علیه رفع عسرت به عمل آمد است. آیا این امر مستلزم درخواست محکوم له است یا دادگاه علی الرأس نیز اگر مراتب را احراز نمود، می تواند اعلام دارد که از محکوم علیه رفع عسرت شده است؟ به هر حال مواردی از این دست در ماده مرقوم پیش بینی نشده است. امری که البته به لحاظ اهمیت وافر موضوع به شدت مورد انتقاد می باشد؛ چه آنکه بحث بازداشت محکوم علیه و سلب آزادی او مطرح بوده و موضوع از اهمیت فوق العاده ای برخوردار است. بنابراین شایسته است به قید تسریع قانون گذار سازوکار چگونگی احراز رفع عسرت و نحوه اعلام آن را که در قالب حکم یا دستور و با رعایت تشریفات دادرسی و یا بدون رعایت آن باشد را صراحتاً اعلام می کرد. به نظر می رسد، احراز رفع ناتوانی مالی می تواند به درخواست محکوم له و با دلایلی که او مستقیماً یا از طریق نهادهای دولتی (مانند بانک مرکزی، سازمان ثبت اسناد و املاک و...) به دست می آورد، به عمل آید. با توجه به ملاک ماده ۵۱۴ قانون آیین دادرسی مدنی، تصمیم دادگاه مجری حکم در این مورد، یک تصمیم ماهیتی است؛ بنابراین قالب حکم را داشته و از حیث قابلیت شکایت، تابع قواعد عمومی است. در تأیید این دیدگاه، ماده ۲۱ آیین نامه نحوه اجرای محکومیت های مالی تصریح دارد: «اثبات رفع عسرت از محکوم علیه، مستلزم اقامه دعوا است. به این دعوا خارج از نوبت رسیدگی می شود».

۲-۲. حبس در مورد آرای مراجع غیرقضایی

صورت دیگری از اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی را قانون گذار در ماده

۲۷ این قانون مورد بحث مورد پیش‌بینی قرار داده است. جایی که دایره اجرای احکام با صدور حکمی از ناحیه محاکم دادگستری مواجه نبوده، بلکه با صدور حکمی از سایر مراجع غیر قضایی مواجه می‌باشد که اجرای آن بر اساس قانون به دایره اجرای احکام مدنی دادگستری محول شده است. در این رابطه می‌توان به آرای صادرشده از مراجع تشخیص و حل اختلاف اداره کار و تعزیرات حکومتی اشاره کرد که قانون‌گذار اجرای آن را بر عهده دادگستری دانسته است.

در این موارد رویه عملی بر این منوال است که پس از اعلام مراجع ذی‌ربط و انعکاس رأی الصداری به دادگستری و وصول درخواست اجرای حکم، شعبه‌ای از شعب محاکم عمومی حقوقی مبادرت به صدور اجرائیه می‌نماید. در این مرحله هر آنچه از تشریفات مربوط به اجرائیه‌های منبث از احکام محاکم رعایت می‌شود در اینجا نیز می‌بایست معمول گردد و با جری تشریفات لازمه و با حصول شرایط مندرج در ماده ۳ قانون یادشده امکان بازداشت محکوم‌علیه ممتنع وجود دارد. نکته شایان ذکر اینکه علت تصویب ماده ۲۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی این بوده که در زمان حکومت قانون قبلی نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۷۷) از آنجا که بازداشت محکوم‌علیه امری استثنائی تلقی می‌شد دادگاه‌ها این استثنا را تفسیر مضیق کرده و از تسری حکم ماده ۲ قانون سابق به احکام صادرشده از سوی مراجع غیرقضایی و حتی گزارش اصلاحی صادره از سوی دادگاه‌ها خودداری می‌ورزیدند. در نتیجه، عملاً محکوم‌له برای اجرای حکم در فرضی که اموالی از محکوم‌علیه شناسایی نمی‌گردید دچار مشکلات عدیده می‌شد.

از این رو، قانون‌گذار در قانون جدید با تغییر سیاست خود تصریحاً در ماده ۲۷ جهت مرتفع کردن این نقیصه امکان بازداشت این دسته از محکوم‌علیه‌ها را نیز در دستور کار خود قرار داده است و هم‌اکنون با نگارش ماده جدید و توسعه موضوع یعنی تصریح به شمول ماده ۳ به گزارش اصلاحی محاکم و آرای آن دسته از مراجع غیرقضایی که اجرای آن قانوناً بر عهده دادگستری است، تردیدها را در این خصوص زدوده و بازداشت محکوم‌علیه ممتنع را میسر نموده است.

البته به‌رغم صراحت نص قانونی، هنوز برخی تردیدها از ناحیه برخی حقوق‌دان‌ها در باب یکی از مصادیق آرای مراجع غیرقضایی وجود دارد. هرچند رویه قضایی در این خصوص در رابطه با آرای صادرشده از سوی داوری موافق با اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی است و آرای داوری چنانچه منجر به اجرای طوعی از سوی محکوم‌علیه نگردد و اموالی نیز از وی شناسایی نشود منجر به بازداشت وی خواهد شد. با وجود این بعضی از حقوق‌دانان در این رابطه تشکیک نموده‌اند که نهاد داوری را نباید «مرجع» تلقی کرد تا بتواند مشمول ماده ۲۷ قانون گردد و اعتقاد دارند که داوری مرجع محسوب نمی‌شود. البته این نظر در زمره دیدگاه اقلیتی به حساب می‌آید و

اعتقاد به شمول ماده قانون ۲۷ نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بر آرای داوری، طرفداران بیشتری دارد (محسنی، ۱۳۹۵: ۱۰۲).

با این وصف، محکوم‌علیه رأی داوری می‌تواند ادعای اعسار از محکوم‌به را با رعایت تشریفات و ارائه ادله اثباتی مذکور در ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی طرح نماید. در صورتی که وی نتواند اعسار خود را اثبات کند، به درخواست محکوم‌له و با رعایت تشریفات مقرر در قانون مذکور حبس خواهد شد (افتخارجهرمی و السان، ۱۳۹۹: ۴۷۴؛ نظریه مشورتی شماره ۷/۷۳۰ مورخ ۱۳۷۸/۰۷/۰۵ اداره حقوقی).

۳. موارد سکوت قانون در رابطه با امکان بازداشت محکوم‌علیه

هرچند در مواد ۳، ۱۸ و ۲۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی از بازداشت محکوم‌علیه ممتنع سخن به میان آمده، لیکن در قانون اخیر و نیز در قانون اجرای احکام مدنی بعضاً مصادیقی وجود دارد که قانون‌گذار به‌صراحت درخصوص آن صحبتی نکرده است.

ازجمله این مصادیق، موردی است که محکوم‌له مالی را جهت اجرای حکم به اجرای احکام معرفی و توقیف می‌نماید و در نهایت آن مال طی دو نوبت مزایده به فروش نمی‌رود یا اینکه خود محکوم‌علیه مالی را به دایره اجرا معرفی می‌کند ولی در جریان مزایده به فروش نمی‌رود. همچنین امکان دارد شخص ثالث از ناحیه محکوم‌علیه مبادرت به معرفی مالی می‌نماید، ولی طی دو نوبت برگزاری مزایده مال تعرفه‌شده به فروش نرود. پرسش این است که در این موارد تکلیف چیست؟ آیا امکان بازداشت محکوم‌علیه پس از دو نوبت مزایده وجود دارد یا خیر؟ سؤال دیگری که در اینجا مناسب است طرح شود اینکه در فرض موافقت دادگاه با اعمال مواد ۴۶ و ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی چنانچه محکوم‌علیه حاضر به پرداخت وجه نشود و در ادامه نیز مالی از محکوم‌علیه شناسایی نشود آیا محکوم‌له در اجرای مواد مبحث‌عنه می‌تواند خواستار بازداشت محکوم‌علیه شود یا خیر؟

۳-۱. معرفی مال از سوی محکوم‌علیه یا ثالث و عدم فروش طی دو نوبت مزایده

همچنان‌که می‌دانیم برابر مقررات قانون اجرای احکام مدنی در صورتی که مالی از سوی محکوم‌علیه معرفی شود یا محکوم‌له خودش موفق به توقیف مالی از محکوم‌علیه گردد و یا اینکه ثالث مال خود را جهت پرداخت محکوم‌به در اجرای ماده ۳۴ قانون اجرای احکام مدنی معرفی نماید، تشریفات لازم درخصوص مزایده این مال صورت می‌پذیرد. پس از توقیف، ارزیابی و ابلاغ مراتب، در نهایت با رعایت کامل تشریفات مربوط، مال به مزایده گذاشته می‌شود.

حال سؤال این است که چنانچه طی دو نوبت مزایده که افزون بر آن البته نمی‌توان برگزاری مزایده دیگری را متصور بود مال توقیف‌شده فارغ از اینکه از سوی محکوم‌له توقیف شده باشد یا اینکه خود

محکوم علیه و یا ثالث آن را معرفی کرده باشد چنانچه به فروش نرسد و محکوم له نیز حسب مورد، حاضر به برداشتن مال در قبال جزء یا کل مطالبات خود نشده باشد؛ در فرض درخواست محکوم له آیا امکان بازداشت محکوم علیه پس از این دو نوبت مزایده امکان پذیر است یا خیر؟ در این خصوص سه رویه عملی کاملاً متفاوت در محاکم وجود دارد که ذیلاً به بیان آن‌ها پرداخته می‌شود.

۳-۱-۱. عدم امکان بازداشت محکوم علیه

برخی از محاکم با این استدلال که در این فرض، محکوم علیه مال معرفی کرده یا مالی به هر حال از او توقیف شده و یا شخص ثالث از جانب وی مالی را معرفی نموده، بر این باورند که محکوم علیه دیگر واجد وصف خودداری مندرج در ماده ۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی نخواهد بود. چه آنکه در این ماده، قانون‌گذار ترتیباتی را پیش‌بینی کرده و در ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی منحصرأ امکان اعمال ماده موصوف را نسبت به آن دسته از محکوم علیه‌های فراهم می‌داند که از اجرای حکم خودداری کرده باشد.

به موجب این تفسیر، محکوم علیه‌ای که مالی از او توقیف شده و به هر علت در مزایده به فروش نرفته یا اینکه شخص ثالث مالی را از جانب او معرفی کرده و به فروش نرفته، دیگر واجد وصف خودداری از اجرای حکم نیست. به دیگر سخن این مشکل محکوم علیه نمی‌باشد که در جریان مزایده، مال به فروش نرفته است و بنابراین محکوم له تنها اختیاری که برایش باقی می‌ماند این است که مبادرت به شناسایی و توقیف اموال دیگری از محکوم علیه بنماید و در هر حال امکان بازداشت محکوم علیه در این فرض وجود ندارد (شمس، ۱۳۹۸: ۳۴۴).

مؤید این دیدگاه را می‌توان ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی دانست که بر اساس آن، آنچه مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته مسئله توقیف اموال محکوم علیه است؛ نه اینکه الزاماً این اموال توقیف شده از طریق مزایده به فروش برسد. لذا اینکه مال در جریان برگزاری مزایده مورد استقبال خریداران قرار نگرفته، نباید باعث شود که بتوان محکوم علیه را در این فرض بازداشت نمود. این تفسیر از آن جهت که بازداشت محکوم علیه نیز امری استثنای تلقی می‌شود مورد استقبال قرار گرفته و از سوی بیشتر قضات موافق با موازین قانونی قلمداد می‌شود. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۲۳۶۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۲۹ اداره حقوقی نیز همین دیدگاه را تأیید می‌کند.

۳-۱-۲. امکان بازداشت محکوم علیه

دیدگاه دوم این است که می‌توان محکوم علیه را در فرض معرفی مال از سوی محکوم علیه یا ثالث و عدم فروش طی دو نوبت مزایده، بازداشت نمود و در پاسخ به چرایی این تجویز نیز ادله ذیل

قابل ارائه است:

اولین دلیل این است که چنانچه قائل به بازداشت محکوم علیه نگردیم، امکان اجرای حکم عملاً منتفی خواهد بود و محکوم علیه هیچ گاه به فکر اجرای حکم نخواهد افتاد؛ چون می تواند برای همیشه از دغدغه بازداشت آسوده خاطر گردد و اموالی را که در آینده تحصیل می نماید به لطایف الحیل به نام دیگری و دیگران درآورده و از دین خود با دست آویز قانون فرار نماید و پرونده اجرایی نیز برای همیشه در اجرای احکام مفتوح خواهد ماند.

دلیل دیگری که برای قول جواز جلب می توان ارائه داد، این است که در ابتدای ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی، قانون گذار حرف از استیفای حق به میان آورده و برگزاری مزایده در طی دو نوبت و عدم فروش مال و عدم برداشتن مال از سوی محکوم له نمی تواند مفید معنای استیفای حق باشد. از این رو به استناد ماده ۳ و با لحاظ ماده یک و دو امکان بازداشت محکوم علیه ممتنع وجود دارد.

استدلال دیگر این است که قانون گذار در اجرای قانون اجرای احکام مدنی، محکوم له را مکلف به پذیرش مال مورد مزایده نکرده و محکوم له در این خصوص مخیر به پذیرش یا رد آن است. بنابراین حال که وی قانوناً مکلف نیست تا مال موضوع مزایده را بپذیرد، این عدم پذیرش نباید منجر به ضمانت اجرا و تبعات برای وی گردد. در واقع، این رویداد نباید موجب شود تا محکوم له نتواند از امتیازات مندرج در قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی بهره مند گردد. بر اساس این ادله، چون بلافاصله با اتمام مزایده، دیگر محکوم له نمی تواند مبادرت به برداشتن مال موضوع مزایده نماید، مگر آنکه محکوم علیه این اجازه را بدهد، لذا می توان محکوم علیه را در این فرض پس از درخواست محکوم له و عدم شناسایی مال دیگری از وی بازداشت کرد.

۳-۱-۳. امکان بازداشت محکوم علیه مشروط به اعطای مهلت به محکوم علیه جهت فروش مال به فروش نرسیده در مزایده

بر اساس نظریه ای که برخی از محاکم نیز در رویه از آن پیروی می کنند، در صورت عدم فروش مال مورد مزایده مهلت معقولی به محکوم علیه اعطا می شود تا وی بتواند مالی را که در طی دو نوبت مزایده به فروش نرفته را خودش در بازار به فروش برساند و نسبت به اجرای مفاد حکم اقدام نماید. در واقع این نظریه تفاوت چندانی با نظریه دوم ندارد، جز اینکه بلافاصله پس از برگزاری مزایده نوبت دوم و عدم فروش مال امکان جلب وی وجود ندارد و باید مهلت معقول و متعارفی به محکوم علیه برای فروش مال توقیف شده اعطا گردد و نسبت به رفع توقیف از مال جهت اینکه وی بتواند آن را به فروش برساند به وی داده شود.

این نظریه در واقع قدری افراط و تفریط نظریه‌های اول و دوم را از خود دور نموده و نظریه تعدیلی در این قضیه تلقی می‌شود. هرچند که قائلین بر نظریه‌های اول و دوم در رویه در دادگستری به مراتب تعدادشان بیشتر می‌باشد. در واقع ایراد نظریه اخیر این است که هیچ‌گونه ضمانت‌اجرائی در اینکه محکوم‌علیه پس از فروش مال توقیف شده وجه آن را در اختیار دادگستری یا محکوم‌له قرار دهد وجود ندارد. چراکه امکان نظارتی در این امر نیز توسط قانون‌گذار دیده نشده و افزون بر آن مستندی نیز برای امکان اعطای وقت در این رابطه در قانون پیش‌بینی نشده است. به‌هرحال به سکوت برگزار گردیدن این فرض توسط قانون‌گذار به‌جهت آنکه فرضی مبتلا به است مورد ایراد جدی بوده و ضرورت دارد قانون‌گذار در این موارد به جد ورود نموده و به‌صورت روشن و شفاف تعیین تکلیف نماید. چه‌آنکه چنانچه ذکر شد موضوع مطروحه موضوعی نیست که در زمره موارد تئوری باشد و بحثی است که کراراً در زمینه اجرای احکام حادث می‌گردد.

۳-۱-۴. تفکیک بین عدم فروش مال متعلق به محکوم‌علیه و مال متعلق به ثالث

دیدگاه دیگری که می‌تواند مطرح گردد این است که باید بین مال معرفی شده از سوی محکوم‌علیه و مال معرفی شده از سوی ثالث، قائل به تفصیل گردید. به عبارت دیگر بر اساس این دیدگاه، هرگاه مالی که از سوی محکوم‌علیه معرفی شده طی دو نوبت مزایده به فروش نرود، امکان بازداشت محکوم‌علیه در این فرض منتفی است؛ اما چنان‌که مال از ناحیه شخص ثالث معرفی شده و طی دو نوبت مزایده به فروش نرفته باشد، در این فرض اگر اموالی از محکوم‌علیه شناسایی نگردد، امکان بازداشت محکوم‌علیه ممتنع میسر است.

ایرادی که بر این نظر وجود دارد این است که قانون‌گذار معرفی مال از سوی ثالث را در حکم معرفی مال از سوی محکوم‌علیه می‌داند و بنابراین همان‌طور که اگر محکوم‌علیه مالی را معرفی کند، امکان استرداد آن حتی در فرض صدور حکم اعسار محکوم‌علیه در خصوص آن وجود ندارد، بر مال معرفی شده از سوی ثالث نیز عیناً همین قواعد مترتب است. از این رو، این امر که مال به فروش نرفته، ایرادی نیست که آن را بتوان به محکوم‌علیه منتسب نمود. لذا این تفکیک فاقد مبنای قانونی است و نمی‌تواند چندان موجه تلقی شود.

باز هم تأکید می‌شود که عدم شفافیت باعث شده که رویه‌های متفاوت و گاه متضادی در دادگستری در خصوص آن اتخاذ شود که هر آینه پسندیده نیست و ضروری است که قانون‌گذار در اسرع وقت در این رابطه ورود نموده و اجازه ندهد تا قضیه محمول بر نظر قضایی باشد. به نظر می‌رسد، نباید میان فرض عدم امکان فروش مال متعلق به محکوم‌علیه و فرض فروش نرفتن مال متعلق به ثالث تفکیک قائل شد و باید هر دو را مشمول یک فرض دانست.

۳-۲. اعمال مواد ۴۶ یا ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی

در فرضی که حکم دادگاه دایر بر تسلیم عین معین باشد، در صورتی که مال از دسترس خارج شده باشد یا تلف گردد محکوم‌له حق دارد تا قیمت آن را بر اساس تجویز ماده ۴۶ قانون اجرای احکام مدنی مطالبه نماید. همچنین در فرضی که موضوع حکم ایفای تعهداتی از ناحیه محکوم‌علیه باشد نیز در صورتی که تعهد قائم به شخص نباشد و یا قید مباشرت در آن نگردیده باشد محکوم‌له به موجب ماده ۴۷ همین قانون دارای دو اختیار می‌باشد: یا خودش تعهدات ایفاننده را انجام داده و هزینه را مطالبه نماید یا اینکه از دادگاه بخواهد هزینه امر را از طریق مقتضی - که غالباً کارشناسی می‌باشد - مشخص نماید و آن را از محکوم‌علیه مطالبه نماید.

در این صورت چنان‌که با اعمال ماده ۴۶ یا ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی موافقت گردد، در واقع موضوع از تسلیم عین معین یا ایفای تعهدات، به پرداخت وجه نقدی تغییر ماهیت خواهد داد. این بدان منظور است که از مراجعه مجدد افراد به دادگستری جهت طرح دعوای مطالبه وجه و افزوده شدن بر تعداد پرونده‌های دادگستری جلوگیری به عمل آید. طرف‌داران این دیدگاه بر اساس ماده یادشده بر این عقیده هستند که همان راهکارهایی که در بحث وصول وجه نقد مطرح می‌باشد، درخصوص بحث حاضر نیز به تجویز ماده ۴۷ قابل اعمال است. البته برخی در این رابطه امکان اعمال جلب را در ماده ۴۷ قوی‌تر از ماده ۴۶ می‌دانند؛ چراکه در ماده ۴۶ برخلاف ماده ۴۷ قانون‌گذار به اینکه همان طریقی که در بحث وجه نقد مطرح می‌باشد، تصریح نشده و این تصریح فقط در ماده ۴۷ صورت گرفته است.

البته باید پذیرفت اگر بخواهیم جلب را اعمال نماییم ملاک مواد ۴۶ و ۴۷ یکسان است؛ چه آنکه در ماده ۴۶ نیز به مانند ماده ۴۷ شاهد تبدیل موضوع حکم از انجام یک فعل به پرداخت وجه نقد می‌باشیم. از این رو، تفکیک درخصوص این دو ماده نمی‌تواند واجد معنا باشد. ذیلاً به استدلال‌های موافق و مخالف در این رابطه پرداخته می‌شود:

۳-۲-۱. دیدگاه انتفای جلب محکوم‌علیه

به موجب این نظریه، از آنجا که موضوع مستقیم حکم دادگاه دادن مال نبوده است؛ فلذا نمی‌تواند در شمول ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی قرار گیرد. این دیدگاه از این جهت قابل دفاع به نظر می‌رسد که بازداشت در امر مدنی امری استثنایی است و از تفسیر موسع امور استثنایی همواره باید اجتناب و با تفسیری مضیق از آن صرفاً آن را در موضع نص اعمال نمود و از تعمیم آن به موارد مشکوک خودداری ورزید.

۲-۳-۲. دیدگاه امکان جلب محکوم علیه

بر اساس این دیدگاه وقتی قانون‌گذار در قالب ماده ۴۶ یا ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی امکان تغییر مفاد حکم از تسلیم عین و یا ایفای تعهد به پرداخت وجه را مجاز دانسته، می‌بایست که بتوان مآلاً قائل به اعمال کلیه راهکارهای متصوره و من‌جمله اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در این رابطه گردید. این دیدگاه به‌خصوص از این جهت تقویت می‌شود که در قسمت اخیر ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی قانون‌گذار اشعار داشته است: «وصول هزینه مذکور و حق الزحمه کارشناسی از محکوم علیه به ترتیبی است که برای محکوم به نقدی مقرر است». بدین‌سان طرفداران امکان جلب محکوم علیه در این فرض عقیده دارند همان گونه که در فرض عدم پرداخت وجه نقد که موضوع اصلی حکم دادگاه است، اگر مالی از محکوم علیه یافت نشود، امکان بازداشت محکوم علیه وجود دارد در این فرض نیز به دلالت صریح قسمت اخیر ماده ۴۷ مزبور به مثابه وصول محکوم به نقدی اقدام می‌گردد و در نتیجه امکان جلب محکوم علیه وجود دارد. مضاف بر این همان فرضیه عدم امکان اجرای حکم در صورت منتفی دانستن دستور بازداشت را موافقین بازداشت محکوم علیه مطرح می‌سازند و اینکه حتی امکان طرح دعوای مطالبه وجه به جهت اعمال مواد یادشده و برخوردار شدن از اعتبار امر قضاوت شده نیز مطرح می‌گردد.

با بررسی این دو دیدگاه باید حق را با دیدگاهی دانست که جلب را ممکن نمی‌داند. در واقع اولاً بازداشت محکوم علیه امری استثنایی است و نباید از استثنائات وحدت ملاک گرفت. افزون بر آن در زمان تصویب قانون اجرای احکام مدنی، نصی درخصوص بازداشت محکومین مالی به تصویب نرسیده بود و لذا نمی‌توان آن را حاکی از امکان جلب محکوم علیه دانست. وانگهی در قسمت اخیر ماده ۴۷، قانون‌گذار علاوه بر وصول هزینه (هزینه تبدیل یافته در اجرای ماده) که آن را تابع وصول محکوم به نقدی دانسته، وصول حق الزحمه کارشناسی موضوع همین ماده را نیز تابع وصول محکوم به نقدی می‌داند.

در ادامه خواهیم دید که هزینه کارشناسی صورت گرفته در مرحله اجرای حکم به تصریح ماده ۱۵۸ قانون اجرای احکام مدنی در زمره هزینه‌های اجرایی تلقی می‌شود که عقیده اکثریت قریب به اتفاق حقوق‌دانان و رویه دستگاه قضایی بر عدم امکان بازداشت محکوم علیه درخصوص هزینه‌های اجرایی است. لذا نمی‌توان قائل به تفکیک قسمت اخیر ماده ۴۷ شد و چنین اظهار داشت که در رابطه با وجه، موضوع اعمال ماده ۴۷ بازداشت محکوم علیه با اجتماع جمیع شرایط ممکن باشد و درخصوص حق الزحمه کارشناسی به‌رغم واحد بودن نص این امکان مهیا نباشد.

۳-۳. امکان یا عدم امکان جلب محکوم علیه در خصوص هزینه‌های اجرایی

ماده ۱۵۸ قانون اجرای احکام مدنی هزینه‌هایی از قبیل نیم‌عشر حق اجرا یا همان ۵ درصد محکوم به و هزینه‌هایی که برای اجرای حکم ضرورت پیدا می‌نماید، از قبیل حق الزحمه کارشناس در مرحله اجرای حکم و هزینه ارزیاب و حق حفاظت اموال توسط حافظ و نظایر آن را به عنوان مصادیق هزینه‌های اجرایی اعلام داشته است.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر محکوم علیه حاضر به پرداخت این هزینه‌ها نگردد، آیا می‌توان وی را در خصوص این هزینه‌ها جلب نمود. در این خصوص نیز باید قائل به وجود دو نظریه و دو رویه کاملاً متفاوت گردیم. مشهور در رویه اجرای احکام مدنی دادگستری‌ها جلب محکوم علیه در خصوص هزینه‌های اجرایی را منتفی می‌دانند. با این استدلال که هزینه‌های اجرایی موضوع حکم محکمه نمی‌باشد و صرفاً حق‌الاجرا بر مبنای حکم قانون است. مع ذلک دیدگاه مخالفین نیز در این خصوص درخور تأمل و توجه است که ذیلاً بدان‌ها اشاره خواهد شد.

۳-۳-۱. دیدگاه عدم امکان جلب محکوم علیه در خصوص هزینه‌های اجرایی

آنچه از مجموع مواد ۱ و ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بر می‌آید این است که اگر شخصی در خصوص موضوع حکم به دادن مالی یا پرداخت وجهی محکوم شده باشد می‌توان وی را در شمول ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی دانسته و قابل بازداشت است. به عبارت دیگر هزینه‌های اجرایی جزء مفاد حکم تلقی نمی‌شود و در جریان اجرا چنانچه مفاد حکم از سوی محکوم علیه طوعاً اجرا نگردد، چون این هزینه‌ها در زمره مفاد حکم دادگاه نیست نمی‌توان بر مبنای آن محکوم علیه را بازداشت نمود. رویه جمهور محاکم نیز بر همین تفسیر استوار است و از تجویز جلب محکوم علیه در خصوص هزینه‌های اجرایی خودداری می‌ورزند. هرچند که اعمال سایر ضمانت‌اجراها و از جمله توقیف اموال محکوم علیه، توقیف حساب‌های بانکی وی و حتی ممنوع‌الخروج نمودن محکوم علیه در این فرض بلامانع است.

۳-۳-۲. دیدگاه امکان جلب محکوم علیه برای اخذ هزینه‌های اجرایی

هرچند دیدگاه اکثریت حکایت از عدم امکان جلب محکوم علیه دارد و رویه محاکم نیز به اتفاق بر همین روش استوار است ولی با وجود این برخی با استفاده از ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی که مفهوماً تشکیک‌هایی را در این خصوص ایجاد نموده، بر این قائل‌اند که می‌توان محکوم علیه را در رابطه با هزینه‌های اجرایی بازداشت کرد. اگر در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی تدقیق گردد ملاحظه می‌شود که مفهوم مخالف ماده یادشده ما را به این نتیجه رهنمون می‌کند که چنانچه محکوم علیه جلب شده باشد و در راستای رفع بازداشت خود مالی را

معرفی نماید می‌بایست مال تعرفه شده ارزیابی گردد و در صورت تکافوی محکوم‌به و هزینه‌های اجرایی، محکوم‌علیه دیگر حبس نخواهد شد و اگر در حبس باشد نیز آزاد می‌گردد. همچنان‌که از مفهوم مخالف این ماده برمی‌آید در صورتی‌که مال معرفی شده تکافوی محکوم‌به را بنماید لکن تکافوی هزینه‌های اجرایی را نکند نباید محکوم‌علیه را آزاد کرد. امری که البته با مفاد مواد ۱ و ۲ همین قانون در تضاد آشکار است؛ زیرا همان‌گونه که بیان شد هزینه‌های اجرایی را نمی‌توان در زمره مفاد حکم تلقی نمود. به هر روی دیدگاهی که در این خصوص با توجه به تعارض مواد قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی قابل‌دفاع به نظر می‌رسد این است که منبعث از اصول کلی نتوان محکوم‌علیه را به‌جهت هزینه‌های اجرایی بازداشت نمود و اکتفا به راهکارهای مادون جلب، موافق با اصول کلی به نظر می‌رسد.

البته ماده ۵ دستورالعمل نظارت بر زندانیان دارای محکومیت مالی (مصوب ۱۳۹۸/۱۱/۰۱ رئیس قوه قضائیه) که تصریح می‌دارد: «چنانچه برخی افراد به‌لحاظ عدم پرداخت نیم عشر مربوط به حقوق دولت بازداشت باشند، قضات مربوط با اخذ تعهدات لازم‌زمینه‌رهایی آنان را از زندان فراهم نمایند»؛ مؤید دیدگاه امکان بازداشت محکوم‌علیه به‌جهت عدم پرداخت هزینه‌های اجرایی است.

۳-۴. امکان جلب محکوم‌علیه در رابطه با آرای صادره از دادگاه‌های خارجی

از دیگر مصادیقی که قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی تصریحی ندارد، در مورد آن دسته از احکامی است که توسط محکمه خارجی صادر گردیده است و پس از شناسایی و تصدیق توسط دادگاه‌های ایران به موقع اجرا در می‌آید. آیا امکان بازداشت محکوم‌علیه در چنین فرضی وجود دارد؟ نص صریحی در این باره در قانون مشاهده نمی‌شود و آنچه از مجموع مواد ۱ و ۲ و ۳ و نیز ماده ۲۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بر می‌آید این است که بازداشت این دسته از محکومین مالی نمی‌تواند موافق روح حاکم بر قانون مزبور باشد. در واقع پر واضح است که نمی‌توان دادگاه خارجی را مرجع تلقی کرد تا در عداد ماده ۲۷ این قانون در آید. از مفاد مواد ۱ و ۳ قانون نیز مشهود است که ناظر بر احکام صادره از دادگاه‌های ایران می‌باشد.

۳-۵. اعاده عملیات اجرایی در راستای ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی

بر مبنای ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی، اگر پس از اجرای حکم دادگاه، تحت عناوین قانونی از قبیل فسخ یا نقض یا اعاده دادرسی، رأی پیشین به‌موجب حکم نهایی بلااثر شود؛ اگر محکوم‌به عین معین بوده و استرداد آن ممکن نباشد مثل و یا قیمت آن وصول خواهد شد. اجرای مفاد ۳۹ حسب قسمت انتهایی ماده به دستور دادگاه و بدون صدور اجراییه به عمل آمده و به ترتیبی است که برای اجرای حکم مقرر است.

سؤال مرتبط با عنوان مقاله حاضر این است که در مقام اعاده عملیات اجرایی، اگر محکوم‌له سابق که هم‌اکنون حکم بر بی‌حقی وی صادر شده، حاضر به استرداد محکوم‌به نگردد و اموالی نیز از وی به دست نیاید، آیا می‌توان در صورت درخواست طرف مقابل وی را بازداشت نمود؟

بنابر یک استدلال، می‌توان به این سؤال پاسخ مثبت داد؛ چراکه ذیل ماده تصریح دارد: «نحوه اعاده عملیات اجرایی به ترتیبی است که برای اجرای حکم مقرر است». در حالی که، اولاً زمانی که قانون اجرای احکام مدنی به تصویب رسیده، اصولاً نصی در ارتباط با جلب محکوم‌علیه وجود نداشته است. ثانیاً در هر حال نقض حکم پیشین و اعاده عملیات اجرایی به این معنا نیست که بتوانیم محکوم‌له پیشین را که فی‌الحال به بی‌حقی محکوم شده، محکوم‌علیه تلقی کنیم. در واقع وی هنوز به امری محکوم نشده تا بتوان وی را محکوم‌علیه دانست. از این مراتب که بگذریم همواره به‌عنوان یک قاعده در هر جا که تردید در بازداشت وجود داشته باشد باید تفسیری را راجح دانست که منجر به انتفای بازداشت گردد.

۴. ایرادات وارده بر ماده ۳ در رابطه با موضوع بازداشت محکوم‌علیه

در قانون قبلی نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۷۷) که بازداشت محکوم‌علیه پیش‌بینی شده بود، نصی که مغایرت آشکار با مفاد قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۵۶ داشته باشد، ملاحظه نمی‌گردید. در آن قانون پس از آنکه بحث عدم تأدیه محکوم‌به از ناحیه محکوم‌علیه محرز می‌گردید، در ماده ۲ پیش‌بینی شده بود که در فرض عدم دسترسی به اموال محکوم‌علیه، بازداشت وی بلامانع است. بنابراین با پایان مهلت ده روزه فرصت اجرای ارادی حکم مندرج در ماده ۳۴ قانون اجرای احکام مدنی، چنانچه مالی از محکوم‌علیه یافت نمی‌شد بلافاصله در صورت درخواست محکوم‌له، دستور بازداشت محکوم‌علیه ممتنع صادر می‌گردید. لکن در قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، قانون‌گذار در ماده ۳ مبادرت به تعیین مهلت ۳۰ روزه برای محکوم‌علیه نموده است. در این مهلت ۳۰ روزه وی امکان این را دارد که دادخواست اعسار تقدیم نماید و از این روی می‌بایست قائل به این بود که مهلت ده روزه مندرج در ماده ۳۴ قانون اجرای احکام مدنی دیگر فقط ناظر به اجرای طوعی حکم و بحث تعلق حق الاجراست و با پایان مهلت ده روزه نمی‌توان محکوم‌علیه را بازداشت کرد. در واقع در موقع کنونی با اتمام مهلت ده روزه فقط می‌توان اقدامات اجرایی را در گستره اموال محکوم‌علیه و یا صدور دستور ممنوع‌الخروج شدن وی پیگیری و معمول نمود. لذا امکان بازداشت وی طی مهلت ۳۰ روزه وجود ندارد که با لحاظ مهلت‌های ابلاغ و اقدام این فرصت به ۳۲ روز افزایش می‌یابد.

اما از این بحث که بگذریم مسئله بسیار مهمی که از دید قانون‌گذار ما در ماده ۳ قانون نحوه

اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ مغفول واقع گردیده، بحث مربوط به روند اجرای احکامی است که به صورت غیابی صادر شده است. همچنین فرض مربوط به تجدیدنظرخواهی‌های خارج از مهلت نیز از دید قانون‌گذار پنهان مانده که امکان دارد توسط دادگاه مورد پذیرش قرار گرفته و حسب مورد منجر به صدور قرار قبولی و اخواهی یا قرار قبولی تجدیدنظرخواهی گردد که هر دو نیز از موجبات توقف روند اجرای حکم خواهد بود. در واقع قانون‌گذار صرفاً در ماده ۳ قانون اجرای محکومیت‌های مالی، و اخواهی و تجدیدنظرخواهی در مهلت‌های بیست روزه قانونی را بر اساس سازوکار عادی در نظر داشته و مهلت ۳۰ روزه تقدیم دادخواست اعسار از روز ابلاغ اجراییه را پیش‌بینی کرده است.

پرسش اساسی در این ماده این است که اگر محکوم‌علیه در خارج از فرجه قانونی با ادعای عدم اطلاع از مفاد حکم و یا با ادعای داشتن معاذیر موجه حسب مورد مبادرت به و اخواهی یا تجدیدنظرخواهی نماید و دادگاه نیز با بررسی ادله محکوم‌علیه، این ادعا را مقرون به واقع تشخیص دهد و در نهایت مبادرت به صدور قرار قبولی و اخواهی یا تجدیدنظرخواهی نماید، چنان‌که متعاقباً دعوای محکوم‌علیه، در ماهیت امر رد شود، تکلیف امر در خصوص مبدأ آغاز مهلت ۳۰ روزه مندرج در ماده ۳ از جهت تقدیم دادخواست اعسار چیست؟

از یک طرف در پرونده با قرار قبولی و اخواهی یا تجدیدنظرخواهی مواجه می‌باشیم که موجبات توقف عملیات اجرایی را فراهم آورده است و بنابراین در صورت رد و اخواهی یا رد تجدیدنظرخواهی می‌بایست علی‌القاعده از تاریخ مردود شمرده شدن این دعوای - البته با وصف قطعیت - مهلت ۳۰ روزه را در نظر بگیریم. از طرف دیگر قانون‌گذار در انشای ماده ۳ این قانون، تاریخ ابلاغ اجراییه را جهت محاسبه مهلت ۳۰ روزه ملاک قرار داده است. بر این اساس نحوه تنظیم ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی از این جهت به شدت داری ایراد است. پرسش اساسی این است که در فرض رد دعوای و اخواهی یا تجدیدنظرخواهی آیا می‌توان قائل به وجود فرصت ۳۰ روزه برای محکوم‌علیه در تقدیم دادخواست اعسار از تاریخ ابلاغ تصمیم نهایی گردید یا خیر؟

اگر بخواهیم به مَر قانون بسنده کنیم، قانون‌گذار در ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بحث از اعطای فرصت ۳۰ روزه به محکوم‌علیه از تاریخ ابلاغ اجراییه را نموده است و نیک می‌دانیم که در موارد رد دعوای و اخواهی یا تجدیدنظر صدور اجرای مجدد منتفی است. چه‌آنکه قانون‌گذار در رابطه با و اخواهی بحث توقف - و نه کان‌لم‌یکن نمودن اجراییه - را پیش‌بینی کرده است. بنابراین صدور اجراییه مجدد منتفی است و با دستور دادگاه، دایره اجرای احکام مبادرت به ادامه عملیات اجرایی می‌نماید. از طرفی اگر بخواهیم اجراییه سابق را ملاک عمل قرار بدهیم با این مشکل

مواجه هستیم که نتیجه امر این می شود که ملاک، اجراییه ای قرار خواهد گرفت که دادگاه بر عدم اطلاع محکوم علیه از مفاد آن اذعان داشته است.

بدیهی است که مهلت ۳۰ روزه چنین اجراییه ای مدت هاست که سپری شده است. بنابراین اگر بخواهیم به ظاهر قانون اکتفا کنیم، قطعاً با ورود محکوم علیه به مقوله و اخواهی یا تجدیدنظرخواهی و بررسی اولیه دادگاه و صدور قرار قبولی اولیه، تا زمان رسیدگی ماهوی بی گمان فرصت یک ماه ابلاغ اجراییه را باید منقضی شده دانست. لذا اگر به این تفسیر تحت اللفظی وقعی نهاده شود محکوم علیه بی گمان فرصت تقدیم دادخواست اعسار را از دست داده است. اما آیا می توان بر اساس این ظاهر اتخاذ تصمیم نمود؟ از این گذشته چگونه می توان به ابلاغ اجراییه استناد کرد، در حالی که دادگاه در روند تصمیم سازی بعدی پذیرفته است که محکوم علیه از مفاد رأی و ابلاغ اجراییه بی اطلاع بوده یا دارای معاذیر موجه در این خصوص در راستای عدم اقدام بوده است. لذا قطعاً نمی توان ابلاغ اجراییه ای را ملاک عمل دانست. پس در این خصوص چه باید کرد؟

از یک سو قانون گذار در ماده ۳ ابلاغ اجراییه را پیش بینی کرده است و از سوی دیگر به شرح توضیحات اعلامی ابلاغ اجراییه قطعاً و حتماً نمی تواند و نباید در فرض بحث ملاک تصمیم سازی ها باشد. به دیگر سخن نمی توان محکوم علیه را که در این فرایند قرار گرفته است از این حق که هم اکنون باید بتواند دادخواست اعسار را پس از رد دعوای ماهوی و اخواهی یا تجدیدنظرخواهی تقدیم نماید محروم نمود. به واقع نمی توان به محکوم علیه تحمیل نمود که یا می بایست دادخواست اعسار تقدیم نماید و یا اینکه و اخواهی یا تجدیدنظرخواهی خارج از مهلت را پیگیری بنماید و مطالبه و طی هر دو پروسه نیز در زمره حقوق محکوم علیه است.

در رویه عملی بسیاری از محاکم جهت حل این نقیصه به این ترتیب عمل می کنند که به جای صدور اجراییه مجدد، مهلت ۳۰ روزه ای را از تاریخ ابلاغ تصمیم نهایی قطعی به محکوم علیه اعطا و در این فرصت از صدور دستور جلب محکوم علیه خودداری می نمایند و به این ترتیب مناقشه موضوع ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی را حل و فصل نموده اند. هرچند انتخاب این شیوه منجر به حفظ حقوق متصوره محکوم علیه در استفاده از فرصت سی روزه جهت تقدیم دادخواست اعسار می گردد لیکن ایراد دیگری که همچنان باقی می ماند این است که محکوم علیه می تواند ادعا نماید می بایست فرصت ده روزه نیز جهت اجرای طوعی حکم به او در راستای ماده ۳۴ قانون اجرای احکام مدنی داده شود. چه بسا وی بخواهد پس از رد و اخواهی یا تجدیدنظرخواهی داوطلبانه مفاد حکم را اجرا نماید و از پرداخت حق الاجرا به مأخذ پنج درصد - مشهور به نیم عشر دولتی - معاف گردد.

برخی از محاکم نیز که پی به این مشکل برده‌اند علی‌رغم رد دعوای واخواهی یا تجدیدنظرخواهی که ماهیتاً مردود اعلام گردیده، مبادرت به صدور اجرائیه مجدد جهت تطبیق نص ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی برای لحاظ کردن مهلت و حفظ حقوق محکوم‌علیه می‌نمایند که این راهکار از این جهت که موجب می‌شود تا محکوم‌علیه هم فرصت تقدیم دادخواست اعسار را داشته باشد و هم فرصت ده‌روزه اجرای طوعی حکم و عدم پرداخت حق‌الاجرا را دارا باشد بسیار مناسب به نظر می‌رسد؛ لکن از جهت صدور مجدد، این امر وجاهت قانونی ندارد و قانون‌گذار در مقررات واخواهی صرفاً توقف اجرائیه و نه کان‌لم‌یکن شدن آن را پیش‌بینی کرده است و صدور اجرائیه مجدد به نظر وجاهت قانونی ندارد.

شایسته بود که قانون‌گذار در مسئله‌ای به این اهمیت که موضوع بازداشت محکوم‌علیه در آن متبلور است، به‌صورت دقیق و تفصیلی و به شکل تفکیک‌شده نفیاً یا اثباتاً تعیین تکلیف می‌نمود تا این چنین در مرحله اجرا شاهد آشفتگی و تشتت تصمیمات اتخاذی در باب اجرای احکام نباشیم. بجاست که در همین جا بحثی نیز در رابطه با قانون سال ۱۳۵۱ و تصمیم عجیبی که قانون‌گذار در رابطه با قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۵۱ پیش‌بینی نمود را مورد بحث قرار دهیم. قانون‌گذار در تصمیمی عجیب و اعمال استانداردی دوگانه امکان بازداشت محکومین مالی مربوط به دعوای مدنی را غیرممکن قلمداد کرده بود و لیکن طی همین قانون در رابطه با ضرر و زیان ناشی از جرم اعلام کرده بود که اگر محکوم‌علیه ضرر و زیان ناشی از جرم را پرداخت نکند بازداشت وی ممکن است. اتخاذ شیوه‌ای این چنین دوگانه به هیچ‌وجه قابل قبول نبود و در همین راستا قانون‌گذار به جهات انتقادات شدیدی که بر این قانون وارد گردید به موجب ماده واحده «قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی» (مصوب ۱۳۵۲/۰۸/۲۲)، روند جلب اشخاص در رابطه با دیون مدنی را به‌طور کلی منع نمود تا از این شیوه تبعیض مدار فاصله گرفته باشد.^۱

سردرگمی و عدم رعایت نظم حقوقی قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در تبیین آیین

۱. در حال حاضر با توجه به اطلاق مواد ۳ و ۲۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و نظریه مشورتی شماره ۷/۲۰۷۴ مورخ ۱۳۷۸/۰۴/۰۵ اداره حقوقی، حکم راجع به ضرر و زیان ناشی از جرم، حکم حقوقی محسوب گردیده و بازداشت محکوم‌علیه در مورد چنین احکامی، در صورت وجود شرایط قانونی، امکان‌پذیر است. تبصره ماده ۱۲ آیین‌نامه نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۹۹/۰۶/۱۸ رئیس قوه قضائیه)، همین دیدگاه را پذیرفته و مقرر داشته: «در محکومیت به پرداخت دیه، ضرر و زیان ناشی از جرم، رد مال یا امثال آن، مهلت مقرر در ماده ۳ قانون از تاریخ ابلاغ اخطاریه‌ای است که توسط قاضی اجرای احکام کیفری صادر می‌شود».

حاکم بر حبس و اعسار، «نه تنها استیفاء حق از سوی طلبکار را با دشواری مواجه می‌سازد، بلکه مدیون مماتل را تشویق بر ادامه عمل خلاف خود نیز می‌نماید. بررسی مواد ۳ و ۶ و ۷ این قانون نشان‌دهنده تعارض بین ماهیت پذیرفته شده از سوی قانون‌گذار در خصوص اعسار و شیوه اثبات آن است» (علیزاده، ۱۳۹۸: ۲۶۳-۲۶۲).

نتیجه

در قانون (جدید) نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، اصل بر اعسار مدیون است. به موجب قسمت آخر ماده ۷ این قانون: «هرگاه خواننده دعوای اعسار نتواند ملالت فعلی یا سابق او را ثابت کند یا ملالت فعلی یا سابق او نزد قاضی محرز نباشد، ادعای اعسار با سوگند مدیون مطابق تشریفات مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی پذیرفته می‌شود»؛ همچنین در بخشی از ماده ۸ قانون مذکور مقرر شده: «در مواردی که بار اثبات اعسار بر عهده مدیون است»، لذا اصل بر اعسار مدیون بوده و عدم اعسار باید توسط مدعی اثبات گردد.

اگر از نگاه مال‌باخته به موضوع نگاه کنیم، برقراری چنین اصلی، مشکلات متعددی را برای محکوم‌له ایجاد می‌کند. به‌ویژه که سازوکار شناسایی حساب‌های بانکی و اموال و املاک محکوم‌علیه، از یک‌سو، در عمل به دقت اجرا نمی‌شود و از سوی دیگر، نتیجه گرفتن در این مورد، مستلزم پیگیری مستمر و زمان‌بر محکوم‌له است.

در واقع، حمایت یک‌جانبه و گاه بی‌حد و حصر از بدهکاران در قوانین مختلف، از جمله قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در کنار تراکم پرونده‌ها در دادگستری و به‌ویژه طولانی شدن فرایند اجرای احکام مدنی، راه را برای سوءاستفاده بدهکارانی که با برنامه‌ریزی قبلی، اموال خود را پنهان کرده یا به غیر انتقال داده‌اند، گشوده است. این سهل‌گیری‌ها در کنار مقرراتی همچون ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور (مصوب ۱۳۹۵) که مسیر را - قانوناً - برای بی‌اعتبار کردن اسناد رسمی می‌گشاید، هرچند از منظر بدهکاران و اشخاصی که به مقررات چندان قائل نیستند، خوشایند است؛ اما زمینه را برای افزایش جرایم، سوءاستفاده، بی‌اخلاقی، تقلب و تخلف می‌گشاید. بدیهی است که کاستن از تعداد زندانیان اهمیت دارد، اما آن‌قدر مهم نیست که حقوق مالی طلبکاران که در اثر تورم هر آینه رو به افول است، کاملاً یا غالباً نادیده گرفته شود.

منابع

- احمدی، سلمان و علیرضا امینی (۱۳۹۶)، «نقدی بر قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی از منظر فقه»، مبانی فقهی حقوق اسلامی (پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی)، دوره ۱۰، شماره ۱۹.
- آذربایجانی، علیرضا و فرناز فروزان بروجنی (۱۳۹۷)، «نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ در دعوای اعسار محکوم‌علیه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۳.
- افتخارجهرمی، گودرز و مصطفی السان (۱۳۹۸)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، تهران: نشر میزان.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۸)، اجرای احکام مدنی، جلد اول، چاپ سوم، تهران: نشر دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۸)، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد سوم، چاپ سی و دوم، تهران: نشر دراک.
- صفری، اسفندیار، جلیل قنواتی و سیدعلی علوی قزوینی (۱۳۹۶)، «بررسی انتقادی تعریف معسر با تأکید بر قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، مجله آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۶.
- علیزاده، امیرحسین (۱۳۹۸)، «تحلیل و نقد ماهیت حبس، اعسار و آیین حاکم بر آن‌ها با نگرشی بر قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۸.
- فخر، حسین (۱۳۸۴)، «حبس‌گرایی در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، مجله علامه، شماره ۷.
- کاویار، حسین، سیرالله مرادی و الهام نم‌نیات (۱۳۹۴)، «تحلیل ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱) در فرض اعسار و ایسار زوج با توجه به قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۹۴)»، مجله فقه و حقوق خانواده، شماره ۶۳.
- محسنی، حسن (۱۳۹۵)، «نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، مجله پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره ۱۵.

مسئولیت کیفری شهرداری نسبت به آسیب‌های جسمانی ناشی از آلودگی هوا^۱

مصطفی جعفری*، حسن عالی‌پور**

چکیده

شهرداری به‌عنوان جلوه‌ای بارز از شخصیت حقوقی حقوق عمومی گاهی ضمن نقض مقررات شهرسازی با اعطای مجوز، موجب ساخت ساختمان‌های بلندمرتبه و تثبیت آلودگی هوا شده است و از سوی دیگر به‌عنوان یکی از نهادهایی که مکلف به پیشگیری از آلودگی هوا است، با عدم انجام تکالیف قانونی خویش، سبب ایجاد و تشدید آلودگی هوا می‌شود. آلودگی هوا یکی از اصلی‌ترین علت‌ها برای آسیب‌های جسمانی (جنايات) به‌عنوان معلول به شمار می‌رود. جایگاه شهرداری به‌عنوان یک مرتکب مسئول و قابل کیفر در قبال جنايات ناشی از آلودگی هوا، بستگی به احراز پیوند طولی میان انجام رفتار جرم، مسئولیت کیفری و نهایتاً تحمل ضمانت‌اجراهای کیفری دارد. شهرداری هم به نمایندگی و هم به فعالیت، رفتار خود را به‌صورت فعلی و ترک فعلی در قالب مباشرت و تسبیب در ایجاد آلودگی هوا نمایان می‌سازد و از این جهت میان رفتار شهرداری به‌عنوان شخص حقوقی و رفتار شخص حقیقی فرقی نیست. با این حال در قبال مسئول کیفری دانستن شهرداری دو شرط بایسته است: نخست، ایجاد رابطه استناد میان جنايات و آلودگی هوا و سپس آلودگی هوا با اقدام شهرداری. دوم، وجود ارکان مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی. در صورت فقدان هر یک از این دو شرط، رفتار شهرداری متضمن هیچ‌گونه مسئولیتی نیست. این نوشتار با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و با روش توصیفی-تحلیلی به این نتیجه رسیده است که مسئولیت کیفری

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «مسئولیت کیفری شهرداری در پرتو رویه قضایی» با راهنمایی آقای دکتر حسن عالی‌پور در دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب است.

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران جنوب)، تهران،
st_m_jafari@azad.ac.ir (نویسنده مسئول)

** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران (دانشکده فارابی)، قم، ایران
Hassan.alipour@ut.ac.ir

شهرداری در قبال جنایات ناشی از آلودگی هوا با جمع دو شرط پیش گفته در نظام کیفری ایران، امکان پذیر است و رویه قضایی باید در راستای مسئول شناختن شهرداری در قبال اقدام های خود در محدوده اختیارات و وظایف شهرداری با رویکردی بنیادین و نوین اقدام نماید.

واژگان کلیدی: شهرداری، آلودگی هوا، جنایات ناشی از آلودگی هوا، مسئولیت کیفری

مقدمه

حق برخورداری از محیط زیست سالم و تنفس در هوای پاک یکی از مهم ترین حقوق انسانی محسوب می شود که علاوه بر تصریح در کنوانسیون های بین المللی، در قوانین داخلی نیز مورد تأکید قرار گرفته است. در نیم قرن اخیر مشکلات فزاینده محیط زیستی، دغدغه های جدی در حفاظت از سلامت انسان در جوامع ایجاد کرده و این دغدغه ها نیز همواره با تغییر و شدت گرفتن تهدیدهای محیط زیستی رو به افزایش بوده است (Dunlap, 1999: 7). به همین دلیل تحقیقات مختلفی نسبت به تأثیرات آلودگی های زیست محیطی به ویژه آلودگی هوا بر انسان صورت گرفته است.

در تعریف آلودگی هوا گفته شده است، آلودگی هوا به معنای وجود یک یا چند آلاینده همچون گاز، دود، مه دود، بخار و بو در هوا در کیفیت و کمیت و زمان پایداری است که برای انسان، گیاهان، جانوران و اشیاء زیان بار باشد (pal, 1999: 135). از آنجایی که آلودگی هوای شهری به دلیل عینیت و شدت بیشتر آن، بیشتر از سایر مسائل آلودگی هوا مورد توجه بوده و مشکلاتی که انواع آلاینده ها ایجاد می کنند در مناطق شهری حادث و اثرگذارتر است (Driesen, 2002-2003: 25) لذا تحقیق درباره آثار آلودگی هوا و مسئولیت عوامل آلودگی در مناطق شهری مهم تر است. مطابق آمار در سال ۲۰۲۱ میلادی بیش از ۹۰ درصد جمعیت جهان در مناطقی زندگی می کردند که کیفیت هوای پایین تر از استانداردهای سازمان بهداشت جهانی داشتند؛ به طوری که این شرایط محیط زیستی منجر به مرگ ۴/۲ میلیون نفر در سال بر اثر آلودگی هوا بیرون از خانه شده است (World health organization, 2021). آلودگی هوا بیشتر از تنباکو باعث مرگ انسان می شود. در مکان هایی مانند دهلی، عده ای از مردم که هرگز سیگار نکشیده اند به دلیل سرطان ریه می میرند. مرگ های ناشی از هوای آلوده در مجموع سه برابر تعداد افراد مبتلا به ایدز، سل و مالاریا می باشد (Figueres & Thunberg, 2019: 20).

با توجه به گستردگی آمار مرگ های ناشی از آلودگی هوا و آسیب های وارده بر جسم شهروندان و همچنین لزوم رسیدگی به قصور نهادها در سطح کلان، عموماً مقاومت هایی از جانب مقامات قضایی در رسیدگی به این موضوع صورت می گیرد اما با توجه به آمارهای فزاینده مرگ و میر ناشی از آلودگی هوا، علاوه بر اقدام مقامات قضایی در رسیدگی به مرگ و میر شهروندان، امکان تحمیل

مسئولیت کیفری بر اشخاص مرتبط با ایجاد آلودگی هوا نیز می‌بایست مورد تحقیق قرار گیرد. یکی از اشخاص مرتبط با آلودگی هوا در سطح شهرها، شهرداری می‌باشد. قانون‌گذار ایران با تصویب ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، مسئولیت اشخاص حقوقی از جمله شهرداری، در صورتی که جرمی توسط نماینده قانونی به نام و در راستای منافع شخص حقوقی واقع شده باشد را به رسمیت شناخته است، البته مطابق ماده ۲۰ قانون مذکور در صورتی که جرم در راستای اعمال حاکمیت شخص حقوقی باشد، موجب معافیت از مجازات می‌شود ولیکن با توجه به اهمیت وافر جان آدمی نزد قانون‌گذار، برابر تبصره ۱۴ قانون مارا اشاره «چنانچه رابطه علت بین رفتار شخص حقوقی و خسارت وارد شده احراز شود دیه و خسارت، قابل مطالبه خواهد بود...» این تبصره به شکل مطلق بیان شده و حاکمیتی یا تصدی‌گری بودن عمل، تأثیری در مسئولیت پرداخت دیه ندارد. بنابراین توجه به مسئولیت شخصیت حقوقی شهرداری نسبت به جان‌های از دست رفته ناشی از آلودگی هوا ضروری است.

آلودگی هوا حاصل فعالیت وسائط نقلیه، کارخانجات و صنایع آلاینده از یک‌سو^۱ و ایستایی و پایداری آلودگی در سطح شهر به علت احداث ساختمان‌های بلندمرتبه و جلوگیری از گردش آزاد هوا از سوی دیگر است که مسئول صدور مجوز و موافقت ساخت این ساختمان‌های بلندمرتبه، شهرداری می‌باشد. از جهت دیگر آنچه از مطالعه قوانین مرتبط با پیشگیری از آلودگی هوا و به‌ویژه قانون هوای پاک برداشت می‌شود این است که علاوه بر وظیفه شهرداری در رعایت ملاحظات زیست‌محیطی در اعطای پروانه‌های ساخت و احداث ساختمان‌ها، این نهاد با توجه به قوانین متعدد به‌ویژه بند ۲۰ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها و مواد ۷، ۲۰، ۲۲ و ۲۷ قانون هوای پاک، موظف به پیشگیری از آلودگی هوا نیز می‌باشد. بنابراین اولین چالشی که نسبت به آن باید گره‌گشایی نمود این است که نقش شهرداری در ایجاد آلودگی چیست؟ پاسخ به این مسئله از آن جهت حائز اهمیت است که اگر نتوان نقشی برای شهرداری در ایجاد آلودگی در نظر گرفت درواقع شهرداری نمی‌تواند به‌عنوان مرتکب جرم تحت تعقیب قرار گیرد.

در صورت اثبات نقش شهرداری در ایجاد آلودگی، نحوه مداخله شهرداری در ایجاد آلودگی هوا

۱. کنترل میزان آلاینده‌گی وسائط نقلیه در اکثر کشورهای دنیا یکی از راهکارهای جلوگیری از آلودگی هوا است. به عنوان نمونه کنترل آلودگی هوای وسائط نقلیه موتوری از نیم قرن پیش در کالیفرنیا آغاز شد و درس‌های آموخته شده در این ایالت در سراسر جهان اعمال می‌شود که موفقیت چشمگیر در کاهش آلاینده‌گی خودروهای جدید حاصل شده است (Ayala, 2012: 154).

به چه صورتی خواهد بود؟ در شرایطی که شهرداری با استفاده از کارمندان خویش به تنهایی می‌تواند مرتکب جرم آلودگی هوا شود، در اکثر موارد اسباب متعددی در آلودگی هوا تأثیر داشته و درحالی‌که هریک به تنهایی نمی‌توانند آلودگی هوا را به درجه‌ای ایجاد نمایند که موجب مرگ شهروندان شود، تجمع این اسباب و انباشت مواد آلاینده در اثر فعالیت این اسباب از یک‌سو و تثبیت این آلودگی در اثر احداث ساختمان‌های بلندمرتبه با موافقت شهرداری از سوی دیگر موجب مرگ شهروندان می‌گردد. در هریک از این موارد مسئولیت شهرداری و سایر اسباب چگونه تعیین می‌گردد؟ تفاوت مسئولیت شهرداری در صورت ارتکاب جرم به تنهایی با ارتکاب جرم به همراه سایر اسباب نیاز به تحقیق و بررسی دارد. همچنین در تشریح رابطه بین آلوده‌کنندگان دیگر و شهرداری باید بررسی شود که آیا این رابطه، تجمع بین مباشر و سبب است یا تجمع اسباب؟ و در صورت بروز هر یک از این شقوق، حکم قضیه از نظر قانون چه بوده و مسئولیت هر یک از مداخله‌کنندگان چگونه خواهد بود؟ ابهام دیگر درخصوص مسئولیت شهرداری نسبت به ترک وظایف قانونی خویش می‌باشد. آیا شهرداری به علت عدم ارتکاب جرم آلودگی هوا فاقد مسئولیت بوده و فقط آلوده‌کنندگان هوا به شکل فعل مثبت مسئول می‌باشند؟ یا شهرداری نیز بابت ترک فعل در پیشگیری از آلودگی، دارای مسئولیت نسبت به جنایات حاصل از آلودگی هوا است؟ در صورت مسئولیت شهرداری باید نحوه تجمع افعال آلوده‌کنندگان هوا و ترک فعل شهرداری نیز مشخص گردد.

از سوی دیگر، یکی از موارد مهم و ضروری برای تحمیل مسئولیت جنایات حاصل از آلودگی هوا، رابطه استناد است. صرف ارتکاب اعمال مجرمانه و ورود زیان به مجنی‌علیه برای صدور حکم به مسئولیت کافی نیست. بنابراین علاوه بر این دو مورد باید رابطه استناد بین عمل مجرمانه مرتکبین و جنایت حاصله برقرار باشد. به همین علت باید نسبت به این موضوع نیز تحقیق صورت گرفته و اقدام به نظریه‌پردازی در این زمینه نیز شود.

مقاله حاضر با پژوهش درخصوص صور گوناگون مداخله شهرداری در آلودگی هوا و تبیین حقوقی هریک از شقوق مداخله و مواد مرتبط قانونی و شرایط ضروری استقرار مسئولیت کیفری شهرداری، درصدد یافتن راه‌حلی برای چالش‌ها و ابهامات فوق بوده و در این رهگذر تلاش می‌نماید تا با توجه به قوانین مربوطه به فراخور بحث، به هریک از سؤالات مطرح شده پاسخ دهد. درخصوص پیشینه تحقیق می‌توان به این تحقیقات اشاره نمود: عبدالمجید سودمندی در مقاله‌ای تحت عنوان «بهبود ضوابط کیفری و نوآوری‌های قانون هوای پاک در مقایسه با قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا» در شماره ۲۷ فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، همچنین علیرضا زاهدی و نبی خداکرمی نیز در مقاله‌ای تحت عنوان «تحلیل و بررسی جرم آلودگی هوا در شهرهای ایران از منظر

حقوق کیفری و کنوانسیون‌های بین‌المللی» به بیان مسائل مهمی درخصوص آلودگی هوا پرداخته‌اند ولیکن تاکنون تحقیقی جداگانه که به مسئولیت کیفری اشخاص آلوده‌کننده هوا و به‌ویژه شهرداری اشاره کرده و مسائل و چالش‌های مربوط با آن را به تصویر کشیده باشد، از سوی محققین محترم نگاشته نشده است. بنابراین با احساس خلأ تحقیقاتی در این زمینه، مبادرت به تحقیق و ارائه مرقومه حاضر شده است.

۱. گونه‌های مختلف مداخله شهرداری در آلودگی هوا

مداخله شهرداری در آلودگی هوا و در پی آن جنایات ناشی از آلودگی هوا از چند جهت قابل‌بررسی است. گاهی شهرداری شخصاً مبادرت به آلودگی هوا می‌نماید و در واقع مباشر در آلودگی هوا می‌باشد. اعمالی همچون سوزاندن زباله‌ها و ایجاد آلودگی ناشی از آن، استفاده از وسائط نقلیه و حمل‌ونقل دودزا بدون رعایت استانداردهای زیست‌محیطی، رها نمودن نخاله‌های ساختمانی حاصل از فعالیت‌های ساختمانی و عمرانی شهرداری در سطح شهر و اعمالی از این دست که با ارتکاب آن‌ها، شهرداری به تنهایی در آلودگی هوا نقش دارد.

گاهی نیز شهرداری شخصاً مبادرت به آلودگی هوا نمی‌نماید بلکه با انجام اعمالی، موجب تشدید و یا تثبیت آلودگی هوا می‌شود. درواقع آلودگی هوا ناشی از سایر منابع آلاینده می‌باشد که در حالت عادی امکان تجمع و استقرار آلودگی کمتر می‌باشد ولیکن با اعمال ارتكابی شهرداری، آلودگی هوای ایجاد شده توسط سایر منابع آلاینده تشدید و یا تثبیت می‌شود. اعمالی همچون قطع درختان شهر که وجود آن‌ها برای تصفیه هوای شهر ضروری است و یا صدور مجوز ساخت و اعطای تراکم ساختمان‌های بلندمرتبه برخلاف ضوابط شهرسازی و معماری که موجب عدم گردش هوای آزاد و استقرار و پایداری آلودگی هوا می‌شود.

در مواقعی نیز شهرداری بدون انجام عملی، صرفاً از انجام وظایف خویش در جهت پیشگیری از آلودگی هوا خودداری می‌نماید و در اثر این ترک فعل، آلودگی هوا توسط سایر عوامل آلاینده ایجاد می‌گردد. طبق قانون، شهرداری دارای وظایفی است که عدم انجام به موقع این وظایف موجب ایجاد و یا تثبیت آلودگی هوا می‌شود. یکی از وظایف شهرداری، جلوگیری از فعالیت کارخانه‌ها و صنایع آلاینده می‌باشد اما امروزه شهرداری‌ها به شکل ناقص این وظیفه قانونی خویش را انجام می‌دهند و یا در مواقعی بدون انجام هر عملی، کلاً این تکلیف قانونی را به فراموشی می‌سپارند. این ترک وظیفه قانونی سبب فعالیت منابع آلاینده هوا شده و به مرور موجب استقرار آلودگی هوا در سطح شهر می‌شود و بدین ترتیب شهرداری در آلودگی هوا ایفای نقش می‌نماید. از طرف دیگر مطابق قانون هوای پاک، شهرداری مکلف به ایجاد کمربند سبز شهر یا همان فضای سبز دور شهر می‌باشد.

کمر بند سبز شهر علاوه بر جلوگیری از گسترش بی ضابطه محدوده قانونی شهر، موجب تصفیه هوای شهر نیز می شود و به شدت در جلوگیری از آلودگی هوای شهر مؤثر است. در صورتی که شهرداری به این تکلیف قانونی خود عمل ننماید در واقع در عدم تصفیه هوای شهر و بالتبع استقرار هوای آلوده در شهر مؤثر بوده است. مسئولیت شهرداری در هریک از این شقوق، موضوعی است که ذیلاً به بحث در مورد آن می پردازیم.

۱-۱. مداخله انفرادی

در مواقعی شهرداری مباشرت^۱ در آلودگی هوا داشته و به شکل انفرادی موجب آلودگی هوا می شود؛ مثلاً اگر شهرداری به جای تخلیه زباله ها در محل های تعیینی، مبادرت به سوزاندن زباله ها کرده و موجب آلودگی هوا شود و این آلودگی هوا موجب مرگ شهروند ساکن در مجاورت محل سوزاندن زباله ها شود یا در یک فضای محصور با استفاده از یک وسیله نقلیه فرسوده دودزا موجب آلودگی هوای آن فضا و در نهایت مرگ شخص حاضر در آن فضای بسته شود، در این صورت چون شهرداری به شکل انفرادی موجب آلودگی هوا و در پی آن مرگ مجنی علیه در اثر آلودگی هوا شده است، به نظر می آید دارای مسئولیت کیفری جنایت حاصل از آلودگی هوای ایجاد شده می باشد و بر حسب مجازات تعیینی در قوانین مربوطه متحمل مجازات خواهد شد؛ چراکه در واقع در این مورد تمام عناصر متشکله جرم قتل غیر عمدی شخص مجنی علیه به تنهایی از سوی شهرداری صورت گرفته و شهرداری به تنهایی واجد مسئولیت کیفری نسبت به مرگ مجنی علیه می باشد.

۱-۲. مداخله جمعی

گاهی شهرداری شخصاً مباشرت به آلودگی هوا نمی نماید اما عملیاتی که شهرداری مرتکب آن می شود موجب تشدید آلودگی هوای ایجاد شده توسط سایر منابع آلاینده شده و یا به نحو تسبیب^۲ موجب پیدایش آلودگی هوا می شود. به عنوان مثال چند سالی است که در منطقه ۲۲ تهران، شهرداری اقدام به صدور مجوز ساخت برای ساختمان های بلندمرتبه یا برج نموده است که امروزه به عنوان برج های چیتگر معروف است. منطقه ای که این مجتمع های بلندمرتبه قرار گرفته است به زعم کارشناسان محیط زیست، گلگاه تنفسی شهر تهران می باشد که این برج ها مانع بادهای عبوری از غرب تهران و موجب تشدید آلودگی هوا شده و این موضوع در فرایند مرگ و میرهای ناشی از آلودگی هوا مؤثر

۱. ماده ۴۹۴ قانون مجازات اسلامی: «مباشرت آن است که جنایت مستقیماً توسط خود مرتکب واقع شود.»

۲. ماده ۵۰۶ قانون مجازات اسلامی: «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی شد. مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند.»

است.^۱ به نظر می‌آید در این حالت شهرداری به‌نحو تسبیب مرتکب آلودگی هوا شده است. در ابتدای امر این‌گونه به نظر می‌آید که آنچه موجب مرگ‌ومیر شده است، آلودگی هوا می‌باشد. آلودگی هوا نیز ناشی از فعالیت وسائط نقلیه و کارخانه‌ها و غیره است. در واقع در نگاه اول خودروها و کارخانه‌ها و صنایع به‌عنوان مرتکبین اصلی این موضوع، نقش اصلی در آلودگی هوا را دارند که قانون به متصدیان آن‌ها مباشر می‌گوید. به بیان دیگر متصدیان وسیله نقلیه موتوری و کارخانه‌ها و صنایع به‌عنوان مباشر آلودگی هوا می‌باشند و شهرداری با صدور مجوز ساخت ساختمان‌های بلندمرتبه خارج از ضوابط شهرسازی سبب استقرار و پایداری آلودگی هوا در سطح شهر شده است. بنابراین با این نظر، متصدیان وسائط نقلیه و کارخانه‌ها و صنایع آلاینده مباشر می‌باشند و شهرداری با صدور مجوز ساخت به‌عنوان سبب جرم می‌باشد.

این نظر درخصوص صرف جرم آلودگی هوا صحیح است اما درخصوص جنایات ناشی از آلودگی هوا باید گفت درواقع دو جرم به وقوع پیوسته است: یکی آلودگی هوا و دیگری جنایت ناشی از آلودگی هوا. اگر ما صرفاً درپی مجازات مرتکب جرم آلودگی هوا باشیم، چون جرم آلودگی هوا یک جرم تعزیری بوده و مجازات آن در قوانین مربوطه پیش‌بینی شده است، پس قواعد شرکت در جرم مقرر در ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی حاکم بوده و هر یک از مرتکبین، محکوم به مجازات فاعل مستقل جرم می‌شوند اما اگر درپی تعیین مسئولیت کیفری نسبت به جنایات حاصل از آلودگی هوا هستیم می‌بایست به سایر مواد قانون مجازات اسلامی استناد نماییم. در صورتی که متصدیان وسائط نقلیه، کارخانه‌ها و صنایع آلاینده به‌عنوان مباشر و شهرداری و سازندگان مجتمع‌های بلندمرتبه به‌عنوان مسبب جرم انگاشته شوند، با مراجعه به قانون مجازات اسلامی، در این خصوص، بحث تجمیع مباشرت و تسبیب به وجود می‌آید. درواقع در اینجا اجتماع مباشر و سبب در عرض هم صورت گرفته است. در این خصوص از سویی ماده ۴۹۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ابراز می‌دارد: «جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آنکه به‌نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آن‌ها انجام شود.» از سوی دیگر حکم اجتماع مباشر و سبب در ماده ۵۲۶ قانون مذکور آورده شده است. برابر این ماده: «هرگاه دو یا چند

۱. نتایج ارزیابی اثر بلندمرتبه سازی بر جریان باد در سطح منطقه ۲۲ بیانگر این موضوع می‌باشد که به دلیل مکان‌یابی نادرست و غیراصولی ساختمان‌های بلند در این منطقه الگوی طبیعی وزش باد تغییر یافته و در نتیجه موجب بروز اثرات ثانویه ناشی از رکود یا تشدید جریان باد شده و کریدور ورودی هوا به شهر تهران را با مشکل جدی مواجه ساخته است (صالحی و دیگران، ۱۳۹۵: ۶۷).

عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد به طور مساوی ضامن می‌باشند مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هریک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند. در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیر ممیز یا مجنون و مانند آن‌ها باشد فقط سبب، ضامن است.»

پس با توجه به قانون مجازات اسلامی در صورت تجمیع مباشر و سبب، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است. درخصوص آلودگی هوای کلانشهرها نیز به زعم اکثر کارشناسان محیط زیست، هر دو عامل وسائط نقلیه و کارخانه‌ها و صنایع آلاینده از یک سو و ساختمان‌های بلندمرتبه از سوی دیگر موجب آلودگی هوا شده و آلودگی هوا مستند به هر دوی این عوامل می‌باشد. لذا به نظر می‌آید هریک از متصدیان وسایل نقلیه و کارخانه‌ها و صنایع آلاینده و سازندگان مجتمع‌ها و شهرداری به طور مساوی ضامن می‌باشند و در صورت تفاوت تأثیر رفتارشان با جلب نظر کارشناسان، هریک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند. البته با توجه به نظر مقتن، فقط کارشناس است که باید میزان مسئولیت مسئولان حادثه را در این فرض مشخص کند، زیرا به دلیل تخصصی بودن این امر، قاضی نمی‌تواند رأساً و حتی با مراجعه به نظر عرف عام، در این زمینه اعلام نظر نماید. البته امکان تقسیم مسئولیت بر مبنای میزان تأثیر مشروط بر این است که امکان سنجش و درصددینی سهم مسئولان حادثه به صورت دقیق وجود داشته باشد اما در تمام پرونده‌ها جز در موارد نادر، امکان چنین تسهیم دقیقی وجود ندارد و اختلافات متعدد میان درصدهای اعلامی کارشناسان مختلف و هیئت‌های مختلف کارشناسی، گواه بر این ادعا است (برهانی و بادکوبه هزاوه، ۱۴۰۰: ۸۹).

درمقابل نظر فوق می‌توان نظر دیگری آورد و بیان نمود جنایات حاصله، ناشی از آلودگی هوا است. آلودگی هوایی که ناشی از ماه‌ها فعالیت متصدیان و اعمال شهرداری و سازندگان مجتمع‌ها می‌باشد و چون جنایات، مستقیماً ناشی از عمل متصدیان نیست بلکه ناشی از آلودگی هوای متصل به فعل متصدیان می‌باشد، از این حیث که جنایت، نه از نفس رفتارشان که به تبع رفتارشان رخ می‌دهد، بنابراین متصدیان نیز به عنوان سبب در جنایات ناشی از آلودگی هوا محسوب می‌شوند و در زمره اسباب قرار می‌گیرند و هم‌درجه با شهرداری و سازندگان به عنوان سبب جنایت شناخته می‌شوند. لذا در اینجا شهرداری و متصدیان وسائط نقلیه و... در ردیف اسباب قرار گرفته و موجب تعدد اسباب می‌باشند. درخصوص تعدد اسباب، قانون‌گذار در مواد ۵۳۳، ۵۳۵ و ۵۳۶ قانون

مجازات اسلامی، حکم قضیه را در شقوق مختلف تعیین نموده است.^۱

اگر با ارجاع امر به کارشناس، تقدم و تأخر تأثیر اسباب مشخص گردد موضوع مشمول ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی شده و در صورت قصد ارتکاب جنایت توسط همه اسباب، شرکت در جرم محقق می‌شود و در غیر این صورت، سبب مقدم دارای مسئولیت است. اما چون به نظر می‌رسد در خصوص جنایات حاصل از آلودگی هوا نمی‌توان سبب مقدم در تأثیر مقرر در ماده ۵۳۵ را استنباط نمود؛ چندان که مشخص نیست آلودگی حاصل از فعالیت وسائط نقلیه، کارخانه‌ها و صنایع آلاینده مقدم در تأثیر بر مجنی علیه بوده و مقدمتاً سبب جنایت شده است و یا استقرار و گسترش آلودگی هوا در اثر احداث ساختمان‌های بلندمرتبه پس از صدور جواز ساخت از سوی شهرداری، سبب مقدم در تأثیر بوده و سبب جنایت شده است.

از سوی دیگر مشخص نیست که عمل شهرداری در صدور مجوز ساخت ساختمان‌های بلندمرتبه و احداث این ساختمان‌ها، پس از ایجاد آلودگی توسط وسائط نقلیه، کارخانه‌ها و صنایع آلاینده بوده و موجب تشدید آلودگی و جنایت بر اشخاص شده است یا بالعکس ایجاد آلودگی توسط وسائط نقلیه، کارخانه‌ها و صنایع آلاینده پس از صدور مجوز ساخت ساختمان‌های بلندمرتبه و استقرار این ساختمان‌ها موجب تشدید آلودگی و جنایت بر شهروندان شده است. لذا به نظر می‌آید موضوع مشمول قسمت اخیر ماده ۵۳۶ نیز نمی‌باشد. در واقع در این شق نمی‌توان اجتماع طولی اسباب مختلف را استنباط نموده و قضیه را حسب مورد مشمول ماده ۵۳۵ یا ۵۳۶ نمود.

بنابراین بهترین نتیجه، حاکمیت ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی و مسئولیت کیفری شهرداری

۱. برابر ماده ۵۳۳ قانون مذکور: «هرگاه دو یا چند نفر به نحو شرکت سبب وقوع جنایت یا خسارتی بر دیگری گردند به طوری که آن جنایت یا خسارت به هر دو یا همگی مستند باشد، به طور مساوی ضامن می‌باشند.» همچنین طبق ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیر مجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است مانند آنکه یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت، کسی که سنگ را گذاشته، ضامن است مگر آنکه همه قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت شرکت در جرم محسوب می‌شود.» و نهایتاً ماده ۵۳۶ قانون مارا اشاره بیان می‌نماید: «هرگاه در مورد ماده (۵۳۵) این قانون عمل یکی از دو نفر غیر مجاز و عمل دیگری مجاز باشد مانند آنکه شخصی وسیله یا چیزی را در کنار معبر عمومی که مجاز است، قرار دهد و دیگری کنار آن چاهی حفر کند که مجاز نیست، شخصی که عملش غیر مجاز بوده، ضامن است. اگر عمل شخصی پس از عمل نفر اول و با توجه به اینکه ایجاد آن سبب در کنار سبب اول موجب صدمه زدن به دیگران می‌شود انجام گرفته باشد، نفر دوم ضامن است.»

در جنایات حاصله در کنار سازندگان ساختمان‌های بلندمرتبه و متصدیان وسائط نقلیه، کارخانه‌ها و صنایع آلاینده به شکل مساوی می‌باشد. تساوی ضمان مداخله‌کنندگان در جنایات ناشی از آلودگی هوا نیز به این دلیل است که برخلاف مورد تجمیع مباشر و سبب که قانون‌گذار در ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی، مسئولیت مداخله‌کنندگان را به میزان تأثیر رفتار هریک از ایشان در جنایت قرار داده است، در فرض تجمیع اسباب، در ماده ۵۳۳ قانون مذکور، مسئولیت هریک از مداخله‌کنندگان را بدون توجه به میزان تأثیر رفتار هریک از ایشان در جنایت، به‌نحو تساوی قرار داده است. به نظر می‌آید در اینجا چند سبب در عرض هم در وقوع جنایت مداخله نموده‌اند به‌نحوی که جنایت حاصله ناشی از فعل همه آن‌ها و مستند به همه اسباب می‌باشد لذا همه اسباب مسئول خواهند بود.

۳-۱. مداخله نیابتی

صورت دیگر مداخله شهرداری در ایجاد آلودگی هوا، مداخله از طریق ترک فعل می‌باشد. همان‌طور که پیش‌تر ذکر آن رفت مطابق بند ۲۰ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها و مواد ۷، ۲۰، ۲۲ و ۲۷ قانون هوای پاک، شهرداری مکلف به پیشگیری از آلودگی هوا از طرق مختلف می‌باشد.^۱ چنانچه شهرداری به این تکلیف خویش عمل ننماید و این ترک فعل موجب فعالیت وسائط نقلیه و کارخانه‌های آلاینده در سطح شهر و در نتیجه آلودگی هوا شود و در اثر این آلودگی‌ها، مرگ شهروندان رخ دهد تکلیف چیست؟

در پاسخ به این سؤال باید متذکر شویم که در موضوع این شق از بحث، در واقع با دو رفتار متفاوت مواجه هستیم؛ از یک‌سو متصدیان وسائط نقلیه و کارخانه‌ها و صنایع آلاینده، آلودگی را ایجاد کرده‌اند و از جانب دیگر شهرداری نیز مانع این ایجاد آلودگی نشده است. در واقع متصدیان وسائط نقلیه، کارخانه‌ها و صنایع با ایجاد آلودگی موجب جنایت بر انسان‌ها شده‌اند و شهرداری با عدم پیشگیری، مانع آلودگی هوا و در نتیجه مانع جنایت بر اشخاص نشده است. به نظر می‌آید در این خصوص با تأسیس حقوقی مسئولیت کیفری فعل غیر مواجه هستیم. این نوع مسئولیت در ماده ۱۴۲ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است. برابر این ماده «مسئولیت کیفری به علت رفتار دیگری تنها در صورتی ثابت است که شخص به‌طور قانونی مسئول اعمال دیگری باشد یا در رابطه با نتیجه رفتار ارتكالی دیگری، مرتکب تقصیر شود.»

۱. به عنوان نمونه مطابق مواد ۲۲ و ۲۷ قانون هوای پاک، شهرداری‌ها مکلف به تأمین فضای سبز و احداث کمربندی سبز شهرها می‌باشند چرا که مطابق تحقیقات صورت گرفته درختان شهری دارای خدمات اکوسیستمی از جمله حذف آلودگی هوا، تجزیه کربن، کاهش دمای هوا و ارائه زیبایی به مناظر شهری هستند. درختان، آلودگی هوا را از طریق گرفتار کردن ذرات معلق روی سطوح گیاه و جذب آلاینده‌های گازی از طریق روزنه‌های برگ حذف می‌کنند (Nowak, 2018: 40).

از آنجایی که شهرداری با ترک وظیفه قانونی خویش در زمینه پیشگیری از آلودگی هوا و نتایج آن مرتکب تقصیر شده است، به نظر می‌آید شهرداری نسبت به افعال متصدیان منابع آلاینده، دارای مسئولیت بوده و در این زمینه به‌نحوی مداخله نیابتی در آلودگی هوا و نتایج آن داشته است. برای روشن شدن موضوع، در ادامه بحث به دلایل اثبات مسئولیت شهرداری و همچنین استدلال‌های مخالف در رفع مسئولیت از شهرداری می‌پردازیم.

استدلالی که در جهت رفع مسئولیت از شهرداری در این خصوص می‌توان ارائه کرد این است که آلودگی هوا را وسائط نقلیه و کارخانه‌ها و صنایع آلاینده ایجاد می‌نمایند که همین آلودگی هوا موجب جنایت بر شهروندان شده است و شهرداری فقط مانع آلودگی هوا و بالتبع جنایات ناشی از آن نشده است و چون آنچه باعث جنایت شده است آلودگی هوای ایجاد شده از سوی وسائط نقلیه و کارخانه‌ها و صنایع آلاینده می‌باشد پس همین عوامل باید مسئولیت کیفری نسبت به جنایات ناشی از آلودگی داشته باشند.

در تشریح این استدلال باید گفت در فقه امامیه بحثی درخصوص ایجاد مقتضی و عدم ایجاد مانع نسبت به مرگ مقتول وجود دارد و این بحث در سه جا مطرح می‌شود:

نخست) در جایی که شخصی صدمه‌ای بر دیگری وارد می‌نماید و آن شخص از مداوای خویش خودداری می‌نماید و صدمه موجب سرایت و مرگ مضروب می‌شود.

دوم) جایی که شخصی، دیگری را به دریا می‌افکند و آن شخص علی‌رغم قدرت خروج، از خارج شدن از آب خودداری کرده و غرق می‌شود.

سوم) زمانی است که شخصی، دیگری را در آتش می‌افکند و آن شخص با وجود توان خروج، از خارج شدن از آتش خودداری می‌کند و در آتش می‌سوزد.

درخصوص این سه مورد و حکم آن‌ها بین فقها اختلاف است. عده‌ای از فقها نظر دارند چون شخص از مرگ خود جلوگیری نکرده، ضارب صرفاً نسبت به ضربه وارده مسئول است و نسبت به قتل مسئولیتی ندارد. درمقابل عده‌ای دیگر از فقها نیز عقیده دارند که ضارب با ایراد صدمه، مقتضای قتل را ایجاد کرده و مقتول با ترک فعل خویش صرفاً مانع قتل نشده است، بنابراین ضارب نسبت به قتل نیز مسئول است (نک: بای، ۱۳۹۰: ۱۶۸-۱۳۹).

در مورد بحث حاضر نیز می‌توان با اتخاذ نظر فقهای قسمت اخیر بیان نمود که وسائط نقلیه و کارخانه‌ها و صنایع آلاینده با ایجاد آلودگی، مقتضای مرگ شهروندان را ایجاد کرده‌اند و شهرداری با ترک فعل خویش صرفاً مانع مرگ نشده است، بنابراین شهرداری نسبت به مرگ شهروندان مسئولیتی نداشته و تمام مسئولیت بر عهده ایجادکنندگان آلودگی است. در مقابل می‌توان استدلال کرد این

قاعده برای مواردی است که تکلیف قانونی یا شرعی برای تارک فعل وجود نداشته باشد و در صورتی که تارک فعل مکلف به انجام فعل بوده باشد هرچند که مقتضای جرم را ایجاد نکرده باشد در صورت ترک فعل و عدم ایجاد مانع، می‌تواند مسئول باشد. در اینجا نیز با آنکه شهرداری مقتضای جنایت را ایجاد نکرده و در ایجاد آلودگی به‌نحو فعل، نقشی نداشته است اما با ترک فعل و ترک وظایفی که قانون بر عهده شهرداری قرار داده است مانع ایجاد آلودگی و جنایات ناشی از آن نشده است پس مشمول استدلال فقهای مذکور نمی‌شود و دارای مسئولیت کیفری است.

از سوی دیگر چون تمام مصادیق فقهی فوق برخلاف اصل مسئولیت اشخاص نسبت به صدمات وارده بر دیگران و نتایج حاصله آن می‌باشد، بنابراین صرفاً در همان موارد سه‌گانه مصرح، قابلیت استناد دارند و در موارد دیگر از جمله بحث حاضر نمی‌توانند مورد استناد قرار گیرند. ضمن اینکه همه موارد سه‌گانه فوق در خصوص جایی است که صدمه‌ای وارد شده و پس از آن از مرگ جلوگیری نشده است، درحالی‌که در بحث حاضر شهرداری مکلف بوده قبل از ایجاد آلودگی از آن جلوگیری نماید و به علت عدم مانعیت شهرداری، آلودگی با فعالیت بعدی وسائط نقلیه و کارخانه‌ها و صنایع آلاینده ایجاد شده است، بنابراین مصداق موضوع مورد بحث کاملاً متفاوت از مصادیق سه‌گانه فوق می‌باشد. واپسین نکته قابل تأمل هم این است که تمامی موارد سه‌گانه اشاره شده مربوط به ترک فعل قربانی جرم است که تکلیفی در مداوای خویش ندارد درحالی‌که در بحث حاضر، شهرداری به‌عنوان شخص ثالث دارای تکلیف، مبادرت به ترک وظایف قانونی خویش نموده است. پس نظریه فقهی مذکور صرفاً در موارد مصرح قابلیت استناد داشته و در خصوص شهرداری و ترک فعل این نهاد محمل و جایگاهی ندارد.

در واقع در این بخش، آلوده‌کنندگان هوا (متصدیان وسائط نقلیه و...) با فعل مثبت، مرتکب جرم شده‌اند و شهرداری نیز با ترک فعلی که انجام داده است از گسترش آلودگی پیشگیری ننموده است. بنابراین در این شق با تعدد اسباب از طریق فعل و ترک فعل مواجه می‌باشیم. در خصوص نحوه تعیین مسئولیت بین اسباب فعل و ترک فعلی می‌توان نظر داد همان‌طور که همه شرکا ممکن است با ارتکاب فعل یا با ترک فعل باعث جنایت شوند، گاه یکی از شرکا با ارتکاب فعل مثبت و دیگری با ترک فعلی که انجام آن وظیفه وی بوده است، در جنایت شرکت می‌کنند (میرمحمدصادقی، ۱۴۰۰: ۴۰۸). لذا در خصوص این اسباب نیز به مانند اسباب واقع شده از طریق فعل باید قائل به تجمع اسباب باشیم و با مراجعه به قواعد تعدد اسباب، همه اسباب را ضامن انگاشته و شهرداری را دارای مسئولیت کیفری بدانیم.

۲. شرایط استقرار مسئولیت کیفری شهرداری

علاوه بر شرایط اختصاصی فوق که در زمینه اثبات مداخله شهرداری در آلودگی هوا و جنایات ناشی از آن بوده است، وجود شرایطی دیگر برای استقرار مسئولیت کیفری شهرداری ضروری است. این شرایط عموماً در تمامی جرایم ارتكابی شهرداری، جهت تحمیل مسئولیت کیفری بر این شخص حقوقی باید احراز شود. برخی از این شرایط، مرتبط با شخصیت حقوقی شهرداری می‌باشند و برخی مربوط به احراز رابطه استناد از یکسو و اثبات رکن روانی جرم از سوی دیگر می‌باشد.

۲-۱. شرایط مرتبط با شخصیت حقوقی شهرداری

قانون‌گذار در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، اعمال ارتكابی از سوی شخص حقیقی که نماینده قانونی شهرداری محسوب می‌شود را قابل انتساب به شهرداری دانسته است، اما هیچ تعریف قانونی از مفهوم نماینده در قوانین ایران وجود ندارد، بنابراین وظیفه تعریف و تعیین نماینده برعهده دادرس است. درخصوص مصادیق نماینده قانونی در مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، میان نویسندگان جزایی اختلاف نظر است به نحوی که دو نظر مهم در این خصوص وجود دارد: به نظر دسته اول، نماینده قانونی صرفاً نفر اول هر شخص حقوقی می‌باشد (موسوی مجاب و رفیع‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۶-۱۵۸). دسته دوم، نویسندگانی هستند که از نظر ایشان، نماینده قانونی علاوه بر شخص اول، مشمول کلیه اشخاصی که مأذون از جانب شخص حقوقی هستند نیز می‌باشد (اردبیلی، ۱۴۰۰: ۶۷). به نظر می‌آید از بین این دو نظر، نظر دوم، کامل‌تر است.

در جنایات ناشی از آلودگی هوا، با توجه به اینکه مداخله شهرداری در آلودگی هوا اصولاً از طریق صدور مجوز ساخت و اعطای تراکم برخلاف ضوابط شهرسازی و معماری و همچنین عدم انجام تکالیف مقرر در قانون جهت پیشگیری از آلودگی هوا صورت می‌گیرد، مشکلی در جهت اثبات انجام جرم از سوی نماینده قانونی شهرداری پیش نمی‌آید چراکه اولاً صدور مجوز ساخت و اعطای تراکم صرفاً از سوی شهردار و کارمندان شهرداری قابل انجام است و ثانیاً در عدم پیشگیری از آلودگی هوا نیز چون یک جرم ترک فعلی است، صرف احراز ترک فعل و عدم پیشگیری برای اثبات جرم کافی است. بنابراین دادرس رسیدگی‌کننده به جرم موضوع این مقاله مشکلی در اثبات وقوع جرم توسط نماینده قانونی شهرداری ندارد.

از سوی دیگر، مطابق ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی شرط دیگر تحقق مسئولیت کیفری برای شهرداری این است که نماینده قانونی شهرداری، جرم ارتكابی را «به نام» یا «در راستای منافع شهرداری» انجام دهد. نفعی که می‌تواند مادی یا معنوی، قطعی یا احتمالی و مستقیم یا غیرمستقیم باشد. پس تحقق منافع و فعلیت یافتن آن شرط نیست، بلکه مهم آن است که جرم به انگیزه انتفاع

شخص حقوقی [شهرداری] انجام شود. بدین ترتیب انگیزه در تحقق مسئولیت مورد بحث نه به عنوان یک عامل بی تأثیر بلکه به عنوان یک عنصر سرنوشت ساز جلوه می نماید (شریفی و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۲۰). نکته قابل توجه آنکه ماده از لفظ «یا» استفاده کرده است، بنابراین صرف وجود یکی از این دو شرط کافی است.

۲-۲. شرایط مرتبط با رابطه استناد

قانون گذار در مواد مختلف قانون مجازات اسلامی از جمله مواد ۴۹۲، ۵۰۰، ۵۲۹ و ۵۳۱ به لزوم احراز رابطه استناد اشاره نموده است. در خصوص رابطه استناد بین جنایات ناشی از آلودگی هوا و رفتار شهرداری باید به دو موضوع توجه کرد. اول اینکه جنایات حاصله، ناشی از آلودگی هوا می باشد یا خیر؟ و دوم اینکه بین اعمال شهرداری و آلودگی هوا رابطه استناد وجود دارد یا خیر؟ در خصوص مورد اول مبنی بر حصول جنایات ناشی از آلودگی هوا، ابهام خاصی وجود ندارد و سال هاست این موضوع به اثبات رسیده است که آلودگی هوا موجب مرگ شهروندان می شود و تحقیقات گسترده ای نیز در این زمینه از سوی متخصصین امر صورت گرفته است. به گفته پزشکان، متخصصان و دست اندرکاران بهداشت و سلامت جامعه، پدیده آلودگی هوا بر دستگاه های داخلی بدن همچون دستگاه قلبی و عروقی و تنفسی و همچنین اندام های خارجی مانند چشم و پوست که به طور مستقیم در معرض آلودگی هوا قرار می گیرند، اثرات مخربی دارد. بر اساس اظهار نظر برخی از متخصصان علوم مختلف پزشکی، بروز بیماری های مزمنی همچون آسم و آلرژی های پوستی و بعضاً بیماری های صعب العلاج و لاعلاجی مانند سرطان از جمله تأثیرهای مخرب و غیرقابل جبران آلودگی هوا بر سلامت افراد جامعه است (ملک، ۱۳۹۵: ۱۱۶)، به نحوی که برخی از محققین با انجام تحقیقاتی به این نتیجه رسیده اند که آلودگی هوا و اینورژن (وارونگی دما) ارتباط معنادار و تنگاتنگی با سکت های قلبی داشته است و در روزهایی که اینورژن شدیدتر و میزان آلاینده ها بیشتر بوده، درصد مرگ و میر بیماران قلبی نیز بالا رفته است (محمدی و پروازی، ۱۳۸۸: ۱۳۲). ناگفته نماند که هر سال آمارهایی در خصوص مرگ و میر ناشی از آلودگی هوا از سوی سازمان های مربوطه ارائه می گردد.

نکته مورد ابهام این است که آثار آلودگی هوا بر جسم شهروندان و در نتیجه مرگ ایشان، عموماً در طول زمان و به شکل تدریجی ایجاد می گردد و مجموعه تأثیرات چندساله آلودگی هوا بر روی انسان، موجب مرگ ایشان می شود و از سوی دیگر وضعیت جسمی اشخاص و میزان مقاومت و یا تأثیرپذیری ایشان از آلودگی هوا نیز با یکدیگر متفاوت است؛ بنابراین مشکل، تعیین میزان خسارت حاصل از آلودگی هوا و میزان تأثیر آلودگی بر مرگ شخص خاص فوت شده می باشد که دادرس

رسیدگی‌کننده به موضوع، ابتدا می‌بایست با ارجاع امر به کارشناسان امور پزشکی و به‌ویژه پزشکی قانونی، اولاً در خصوص اثبات مرگ ناشی از آلودگی هوا و ثانیاً میزان تأثیر آلودگی هوا بر مرگ شخص تحقیق نماید.

پس از اثبات رابطه جنایت حاصله و آلودگی هوا و همچنین میزان تأثیر آلودگی هوا در جنایت وارده بر مجنی‌علیه، نوبت به اثبات رابطه استناد بین آلودگی هوا و اعمال شهرداری می‌رسد. آلودگی هوا جریانی است که در طول زمان محقق می‌شود و در ایجاد و تثبیت آلودگی هوا اسباب متعددی ایفای نقش می‌نمایند. همین موضوع موجب دشواری اثبات رابطه استناد بین آلودگی هوا و رفتار هر یک از این اسباب می‌گردد. در خصوص تعدد اسباب و احکام مربوط به آن، راهکارهای مختلفی ارائه شده است. به‌عنوان مثال ماده ۱۹ قانون اوت ۲۰۰۸ (ماده ۱۸-۱۶۲ کد محیط زیست فرانسه) در این خصوص مقرر می‌دارد: «هرگاه خسارات وارده بر محیط زیست، اسباب متعدد داشته باشد، هزینه تدابیر پیشگیرانه و جبرانی توسط مقام پیش‌بینی شده در بند ۲ ماده ۲ - ۱۶۵ میان بهره‌برداران و شرکت‌کنندگان در امر ورود خسارت یا در ایجاد خسارات قریب‌الوقوع تقسیم خواهد شد.» اما قضیه در ایران متفاوت است. در ایران ماده خاصی به مانند قانون فرانسه که به‌صراحت در خصوص اسباب متعدد در خسارات زیست‌محیطی و به‌ویژه آلودگی هوا اتخاذ تصمیم نموده باشد وجود ندارد. مع‌ذلک در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مواردی چند، در خصوص اسباب متعدد نسبت به تمامی جنایات تصویب شده است که فوقاً نسبت به آن‌ها بحث شد.

یکی از مواردی که در فقه و قوانین موضوعه موجب قطع رابطه استناد می‌گردد، قاعده هشدار (تحدیر) می‌باشد. بر اساس قاعده مذکور، اگر کسی پیش از اقدام به کاری که احتمال دارد از رهگذر اعمال آن، خطری متوجه دیگری گردد، هشدار دهد؛ با وجود این، مخاطب یا شنونده به هشدار وی بی‌توجهی کند و ترتیب اثر ندهد و خود را در معرض خطر قرار دهد و در نتیجه فعل هشداردهنده خسارتی به هشدارشونده وارد آید، هشداردهنده مسئولیتی نخواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۲۳۵).

اصولاً در مواقع آلودگی هوا، شهرداری از طریق رسانه‌های جمعی، ضمن اعلام هشدار به شهروندان، تقاضای عدم تردد غیرضروری از سوی شهروندان به‌ویژه سالمندان و کودکان می‌نماید. سؤال اینجاست اگر شهروندی بدون توجه به این هشدار، مبادرت به تردد در سطح شهر نموده و آلودگی هوا منجر به صدمه بدنی یا مرگ ایشان شود، آیا این اقدام ایشان موجب قطع رابطه استناد و رفع مسئولیت کیفری شهرداری با توسل به قاعده هشدار می‌باشد؟ به نظر می‌آید پاسخ به این سؤال منفی است و شهرداری علی‌رغم اعلام هشدار، دارای مسئولیت کیفری است؛ چراکه توسل به قاعده

هشدار و رفع مسئولیت در پی آن دارای شرایطی است. یکی از مهم‌ترین شروط برای قطع رابطه استناد با بهره‌جستن از قاعده هشدار این است که عمل شخص هشداردهنده، قانونی و مشروع باشد؛ یعنی هشداردهنده، مشروعیت در رفتار داشته باشد. بنابراین اگر شخصی عملی غیرقانونی و غیرمشروع مرتکب شود، علی‌رغم هشدار به دیگران، در صورت ورود زیان، دارای مسئولیت خواهد بود. در موضوع بحث حاضر نیز چون شهرداری حق آلوده نمودن هوای شهر را نداشته است بالتبع با وجود هشدار به شهروندان مبنی بر عدم تردد، همچنان دارای مسئولیت کیفری نسبت به جنایات حاصل از آلودگی هوا خواهد بود.

در نهایت باید اذعان داشت که هرچند با توضیحات فوق، تاحدودی با قواعد و مقررات قانونی حاضر، حل مشکل شد اما شایسته است در این زمینه قانون‌گذاری مشخصی صورت گیرد و موضوع به شکل معینی از سوی قانون‌گذار مورد تصریح واقع شود. بهتر است قانون‌گذار با دست‌شستن از نظریات قدیمی و کهنه که اصولاً مرتبط و پاسخ‌گوی مسائل امروزی نمی‌باشد درصدد یافتن راه حل مناسب برای مقتضیات امروزی باشد. به نظر می‌آید مواد امروزی قانون مجازات اسلامی که عموماً از فقه اقتباس شده است پاسخ‌گوی مشکلات و معضلات امروزی به‌ویژه در زمینه آلودگی هوا و آثار و نتایج آن نباشد. قانون‌گذار می‌تواند یا با تصویب ماده‌ای (به مانند آنچه در قوانین فرانسه صورت گرفته است) به صراحت، تمام اسباب در ایجاد و تثبیت آلودگی هوا را مسئول خسارات و جنایات حاصله معرفی نماید یا با مراجعه به قواعد بین‌المللی و به‌ویژه نظریه مسئولیت جمعی کیفری در حقوق بین‌الملل کیفری در این زمینه قانون‌گذاری نموده و مشکل را حل نماید. نظریه مسئولیت جمعی کیفری به‌طور صریح، نخستین بار در شعبه تجدیدنظر دادگاه یوگسلاوی سابق در سال ۱۹۹۹ و در پرونده تادیچ مطرح شد و بعد از آن توسط دادگاه‌های بین‌المللی استفاده شد. بر اساس این نوع از مسئولیت، تمامی شرکت‌کنندگان در یک طرح مجرمانه ممکن است برای جرایم ارتكابی توسط تمامی اعضای آن گروه ولو آنکه خود دخالت مستقیم در آن نداشته باشند مسئول باشند (گرامی و شادمانفر، ۱۳۹۸: ۷۷).^۱

۱. ناگفته نماند امروزه برای پیشگیری از آلودگی‌های زیست‌محیطی و آثار ناشی از آن، در اکثر کشورهای پیشرفته، اقدام به تأسیس مراجع قضائی صالح در مسائل زیست‌محیطی نموده‌اند که این موضوع از سه جهت حائز اهمیت می‌باشد: اولاً منجر به افزایش حمایت از منافع زیست‌محیطی می‌شود. ثانیاً قوانین زیست‌محیطی موجود با کارآمدی بیشتری اعمال می‌شوند و ثالثاً با به چالش کشیدن تصمیمات زیست‌محیطی نزد مراجع قضائی و شبه قضائی، علاوه بر پذیرش عمومی، مشروعیت آن تصمیمات را افزایش می‌دهند (محمودی کردی و دیگران، ۱۴۰۰: ۲۱۷). این راهکار می‌تواند

۲-۳. شرایط مرتبط با عنصر روانی

تصور اینکه جنایات حاصل از آلودگی هوا به شکل عمدی صورت گیرد وجود دارد اما عموماً این جنایات به نحو غیر عمدی واقع می‌شود؛ چراکه در آن مسببان آلودگی هوا، عمدی در قتل اشخاص ناشی از آلودگی هوا ندارند؛ فلذا نمایندگان شهرداری نیز عموماً در ایجاد و تثبیت آلودگی، قصدی بر صدمه شهروندان در اثر آلودگی هوا ندارند. به همین دلیل بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی نمایندگان به شهرداری تسری داده می‌شود.

البته ناگفته نماند با توجه به وضعیت مبهم و پیچیده آلودگی هوا و تعدد اسباب آلودگی و در نتیجه جنایات ناشی از آلودگی هوا، گاهی احراز رکن روانی نمایندگان شهرداری و تسری آن به شهرداری دشوار است. در این زمینه اشاره به موضع حقوق انگلستان از باب مطالعه تطبیقی مفید خواهد بود. در حقوق این کشور، گاه به رغم عدم تقصیر شخص حقیقی، شخص حقوقی واجد مسئولیت کیفری خواهد بود و آن موقعی است که سیاست و فرهنگ شخص حقوقی موجبات ارتکاب جرم را فراهم کرده باشد. در این حالت هر مدیر و کارمندی که مشغول به کار شود محکوم به پیروی از این رویه جرم‌زا خواهد بود. بر این اساس مادام که خط‌مشی و سیاست جرم‌زای شخص حقوقی تغییر نکند، همچنان ارتکاب جرم از ناحیه این شخص استمرار خواهد داشت. در این حالت است که می‌توان گفت رکن معنوی جرم چیزی جز سیاست و خط‌مشی شخص حقوقی نیست و در نتیجه اشخاص حقیقی به عنوان نماینده قانونی با اثبات اینکه اقدام فرد خاطی خودسرانه و در تعارض آشکار با سیاست‌های شخص حقوقی داشته است می‌توانند از خود رفع مسئولیت نمایند (محسنی و نیکومظتری، ۱۳۹۶: ۲۵۲). درخصوص مسئولیت شهرداری نسبت به این جنایات نیز چون سال‌های مدیدی است که تراکم فروشی و صدور مجوز ساخت‌وساز بی‌ضابطه ساختمان‌های بلندمرتبه و همچنین مماشات با صنایع آلاینده و عدم پیشگیری از آلودگی هوا از سوی شهرداری صورت می‌گیرد و به نحوی به سیاست و خط‌مشی شهرداری تبدیل گشته است بنابراین می‌توان این موارد را دلایلی بر اثبات رکن روانی شهرداری دانسته و دادرس رسیدگی‌کننده به موضوع نیز از این موارد در اثبات رکن روانی بهره ببرد. هرچند شایسته است مطابق قانون انگلستان، ماده قانونی خاصی در این زمینه به تصویب قانون‌گذار برسد.

موجب پیشگیری از آلودگی زیست‌محیطی و در نهایت آثار ناشی از آن به ویژه مرگ‌ومیر ناشی از آلودگی‌های زیست‌محیطی گردد.

نتیجه

آلودگی هوا یکی از معضلات بسیار مهم حیات امروزی است که علاوه بر تأثیرات مخرب بر پیکره محیط زیست، بر سلامت جسمی و روانی انسان‌ها نیز اثرات نامطلوب فراوانی دارد؛ چندان که یکی از موارد مهم ممات انسان‌ها، مرگ ناشی از آلودگی هوا می‌باشد. این مرگ‌ها نوعی مرگ غیرطبیعی و به سبب عوامل بیرونی است که به شدت در ادیان الهی و به‌ویژه اسلام و همچنین قوانین بین‌المللی و داخلی، دولت‌ها و شهروندان از آن برحذر داشته شده‌اند. کارشناسان محیط زیست سه دلیل عمده برای آلودگی هوا متصور شده‌اند: نخست (دود ناشی از فعالیت وسائط نقلیه، دوم) آلودگی حاصل از کارخانه‌ها و صنایع آلاینده و سوم) ساختمان‌های بلندمرتبه که در شهرها با نقض اصول شهرسازی و معماری و بدون رعایت ملاحظات زیست‌محیطی احداث شده و مانع جریان و گردش آزاد هوا می‌باشند.

از سوی دیگر مطابق قوانین متعدد داخلی، سازمان‌ها و نهادهای مختلفی مسئول پیشگیری از ایجاد آلودگی و رفع آن می‌باشند. یکی از این نهادها شهرداری است که در قانون شهرداری‌ها و قانون هوای پاک مکلف به پیشگیری از آلودگی هوا است، اما امروزه شهرداری‌ها جهت کسب درآمد بیشتر و هزینه کمتر علاوه بر اینکه به وظایف مقرر خود برای پیشگیری از آلودگی هوا اقدام نمی‌نمایند، با اعمال خویش از جمله اعطای تراکم و صدور مجوز ساخت ساختمان‌های بلندمرتبه موجب تشدید و تثبیت و پایایی آلودگی هوا نیز شده‌اند.

به‌رغم سعی شهرداری بر رفع مسئولیت از خویش درخصوص آلودگی هوا و تبعات و آثار آن به‌ویژه مرگ شهروندان در اثر آلودگی هوا، می‌توان به شرح ذیل، مسئولیت کیفری شهرداری را تصور نمود: نخست) ایجاد آلودگی هوا توسط شهرداری به‌نحو مباشرت که در این صورت قطعاً شهرداری دارای مسئولیت کیفری حاصل از مرگ‌های ناشی از آلودگی هوا ایجاد شده می‌باشد. دوم) ایجاد آلودگی هوا توسط شهرداری به‌نحو تسبیب با ارتکاب فعل از جمله اعطای تراکم برای احداث ساختمان‌های بلندمرتبه که موجب تشدید آلودگی می‌شود که در این صورت با تجمع اسباب مواجه هستیم و بهترین نتیجه، حاکمیت ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی و مسئولیت کیفری شهرداری در جنایات حاصله در کنار سازندگان ساختمان‌های بلندمرتبه و متصدیان وسایل نقلیه، کارخانه‌ها و صنایع آلاینده به شکل مساوی می‌باشد. البته با توجه به اینکه آلودگی با منشأ وسائط نقلیه، حاصل فعالیت هزاران وسیله نقلیه در طول شبانه‌روز می‌باشد بنابراین شناسایی یکایک آلاینده‌ها امری دشوار بلکه محال است؛ به همین دلیل نسبت به وسائط نقلیه می‌بایست به مواد مرتبط با عدم شناسایی مرتکبین استناد جست. در این زمینه ماده ۴۸۷ قانون مجازات اسلامی می‌تواند مورد

بهره‌برداری قرار گیرد. سوم) مداخله نیابتی شهرداری در ایجاد آلودگی هوا با ارتکاب ترک فعل و عدم انجام وظایف قانونی خویش مبنی بر پیشگیری از آلودگی هوا می‌باشد که در این صورت با تعدد اسباب از طریق فعل و ترک فعل مواجه می‌باشیم و به‌نحوی شرکت فاعل و تارک فعل پیش می‌آید. در شرکت این اسباب نیز می‌توانیم شهرداری را دارای مسئولیت کیفری بدانیم.

لازم به ذکر است علاوه بر شرایط اختصاصی فوق‌الذکر که در جرم مرگ ناشی از آلودگی هوا ضروری هستند، شرایط دیگری که برای اثبات مسئولیت کیفری شهرداری در تمامی جرایم ارتكابی ضرورت دارند در جرم موضوع این مقاله نیز باید وجود داشته باشند. این شرایط عبارتند از: ارتکاب جرم توسط نماینده قانونی شهرداری به نام یا در راستای منافع شهرداری، وجود عنصر روانی و احراز رابطه استناد بین عمل ارتكابی شهرداری و نتیجه حاصله. درخصوص رابطه استناد، دادرسی رسیدگی‌کننده به موضوع می‌بایست اولاً رابطه بین جنایات و آلودگی هوا را با ارجاع امر به کارشناسان امر پزشکی احراز نماید و ثانیاً به اثبات رابطه بین اعمال شهرداری و آلودگی هوا و میزان تأثیر اعمال شهرداری در آلودگی هوا با استفاده از کارشناسان محیط زیست بپردازد.

در نهایت پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با تصویب ماده‌ای به‌صراحت، تمام اسباب ایجاد و تثبیت آلودگی هوا را مسئول خسارات و جنایات حاصله معرفی نماید یا با مراجعه به قواعد بین‌المللی و به‌ویژه نظریه مسئولیت جمعی کیفری در حقوق بین‌الملل کیفری در این زمینه قانون‌گذاری نموده و مشکل را حل نماید.

منابع

فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۴۰۰)، حقوق جزای عمومی، چاپ شصت و ششم، تهران: نشر میزان.
- برهانی، محسن و آرش بادکوبه هزاوه (۱۴۰۰)، «جایگاه نظر کارشناس در احراز رابطه سببیت»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- زاهدی، علیرضا و نبی خداکرمی (۱۳۹۸)، «تحلیل و بررسی جرم آلودگی هوا در شهرهای ایران از منظر حقوق کیفری و کنوانسیون‌های بین‌المللی»، فصلنامه نگرش‌های نو در جغرافیای انسانی، سال یازدهم، شماره ۴.
- شریفی، محسن، محمدجعفر حبیب‌زاده، محمد عیسایی تفرشی و محمد فرجیها (۱۳۹۲)، «دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۳.
- صالحی، اسماعیل، احمدرضا یآوری، فرزانه وکیلی و پرستو پریور (۱۳۹۵)، «ارزیابی اثر بلندمرتبه سازی بر عملکرد جریان باد شهری، پژوهش موردی: منطقه ۲۲ کلانشهرتهران»، مجله پژوهش‌های بوم‌شناسی شهری، دوره ۷، شماره ۱۳.
- گرامی، حسین و محمدرضا شادمانفر (۱۳۹۸)، «مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری جمعی در حقوق بین‌الملل کیفری و حقوق ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۴۰.
- محسنی، فرید و امین نیکومنظری (۱۳۹۶)، «نقد رویکرد قانون‌گذار کیفری ایران در نحوه انتساب رفتار مجرمانه به اشخاص حقوقی»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هشتم، شماره دوم.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۸)، قواعد فقه، جلد دوم، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- محمدی، حسین و مهناز پروازی (۱۳۸۸)، «ارتباط آلودگی هوا و روزهای اینورژن تهران با بیماری قلبی طی دوره آماری ۱۳۷۵ الی ۱۳۸۵»، مجله دانشنامه، شماره ۵.
- محمودی کردی، زهرا، زهراسادات شارق و حسین رضازاده (۱۴۰۰)، «ضرورت تأسیس دادگاه زیست‌محیطی با نگاهی به وضعیت ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- ملک، مریم (۱۳۹۵)، «بررسی تأثیر آلودگی هوا بر روی انسان»، مجله مطالعات جغرافیایی و عمران و مدیریت شهری، دوره ۲، شماره ۳.
- موسوی مجاب، سیددرد و علی رفیع‌زاده (۱۳۹۴)، «دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی»، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، شماره سیزدهم.
- میر محمدصادقی، حسین (۱۴۰۰)، جرایم علیه اشخاص، چاپ سی‌ام، تهران: نشر میزان.

انگلیسی

- Ayala, Alberto (2012), Air pollutants and sources associated with health effects, **Air Quality, Atmosphere & Health Journal**, Vol. 5, No.6: 151-167.
- Driesen, David M. (2002-2003), Sustainable Development and Air Quality: The Need to Replace Basic Technologies with Cleaner Alternatives, **Buffalo Environmental Law Journal**, Vol.10, No.25.

- Dunlap, R. E. (1993), Of global concern: Results of the health of the planet survey, **Environment: Science and Policy for Sustainable Development**, Vol.35, No.9: 7-39.
- Figueres, Christiana, Thunberg, Greta (2019), Air Pollution Kills More People Than Tobacco, **New Perspectives Quarterly**, Vol. 36, No.5: 18-52.
- Nowak, David J (2018), Air pollution removal by urban forests in Canada and its effect on air quality and human health, **Urban Forestry & Urban Greening Journal**, Vol. 29, No.1: 40-48.
- Pal, Chandra. (1999), **Environmental Pollution and Development**, Mital Publications, India.
- World health organization (2021), Available at:
https://www.who.int/health-topics/air-pollution#tab=tab_1.

سازوکار جبران خسارت ناشی از سوانح خودروهای خودران^۱

شیرزاد حیدری شهباز*، محسن محبی**، غلامعلی سیفی زیناب***

چکیده

تولید و عرضه خودروهای خودران از رؤیا به واقعیت پیوسته و استفاده از این نوع خودروها در بسیاری از کشورها رو به گسترش است. در پیشرفته‌ترین نوع این خودروها، سامانه کنترل و هدایت خودرو به‌طور کامل جای عامل انسانی را گرفته است. از این رو، قطع نظر از مباحث مرسوم موضوع حقوق مسئولیت مدنی، آنچه در بدو امر جلب توجه می‌کند سازوکار جبران خسارت ناشی از حوادث این گونه خودروهاست. بر این اساس پرسشی که در پی پاسخ آن هستیم این است که اگر مسئولیت بیمه‌گر مبتنی بر تعاون اجتماعی باشد؛ آیا نظام جبران خسارت ناشی از حوادث خودرویی که در حال حاضر در نظام حقوقی ایران حکم‌فرماست می‌تواند پاسخ‌گوی جبران خسارت حوادث ناشی از این گونه خودروها هم باشد؟ بر اساس نتایج حاصل از تحقیق حاضر که با استفاده از روش تحلیلی - توصیفی انجام شده است با تبیین مبنای مسئولیت مقرر در «قانون بیمه اجباری خسارت وارد شده به شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵/۲/۲۰» بر مبنای «تعاون اجتماعی»، پاسخ مثبت است.

واژگان کلیدی: جبران خسارت، حوادث خودرویی، سامانه مسئولیت مدنی جمعی، سامانه جبران جمعی خسارات، خودروهای خودران، نظریه تعاون اجتماعی

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده اول تحت عنوان «مسئولیت دارنده و راننده خودرو و تعهدات بیمه‌گر در بیمه شخص ثالث، در پرتو تحولات تقنینی در حقوق ایران و مطالعه تطبیقی با حقوق انگلستان» با راهنمایی آقای دکتر محسن محبی در دانشگاه آزاد اسلامی است.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم و تحقیقات)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
shirzad.heidari51@gmail.com

** استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم و تحقیقات)، تهران، ایران
sd.mohebi@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
gh.seifi.z@gmail.com

مقدمه

از حدود یک قرن پیش، در نتیجه انقلاب صنعتی و افزایش صدمات بدنی نظام مسئولیت مدنی به چالش کشیده شد. در اثر گسترش استفاده از وسایل حمل و نقل و تولید، به تدریج نظریه‌های سنتی حاکم بر مسئولیت مدنی جای خود را به نظریه‌های جبران جمعی خسارت دادند. در کنار نظام‌های عام جبران خسارت، در حوزه خسارت‌های بدنی نظام‌های خاصی هم با هدف افزایش همبستگی اجتماعی پیش‌بینی شد که از طریق بیمه‌های مسئولیت و ایجاد صندوق‌های جبران خسارت، بر اساس عدالت توزیعی جبران خسارت را تحت پوشش قرار می‌دادند. این نظام‌های خاص الزاماً تابع نظام مسئولیت مدنی نیستند؛ بلکه در بیشتر موارد علی‌رغم اینکه مسئولیت مدنی تحقق نیافته، تکلیف جبران خسارت زیان‌دیده را به عهده می‌گیرند.^۱ این نظریه‌ها سنگ بنای نظام جبران خسارت نوینی شدند که برخلاف روش‌های جبران خسارت مبتنی بر نظام سنتی مسئولیت مدنی تکلیف جبران خسارات در حوزه‌های خطر آفرین، نظیر حوادث ناشی از خودرو را بر عهده جامعه قرار می‌دهد (Abraham, 2008: 39-68). این نظام‌ها با راهکارها و منابع مالی و کارگزاران مشخص، هنوز هم یکی از سازوکارهای درخور توجه و تحسین‌برانگیز جبران خسارت در حقوق مسئولیت و مسئولیت ناشی از حوادث هستند که تاکنون پا به عرصه وجود گذاشته‌اند. منتقدان این سازوکار، در عین انتقاد از آن، مایل به برگشت به نظام سنتی جبران خسارت مبتنی بر مسئولیت مدنی نیستند (Abraham & Rabin, 2019: 128).

تحولات روزافزون در زمینه تولید خودرو و پیشرفت‌های چشمگیر آن و تولید خودروهای خودران حکایت از انقلابی دیگر دارد که نظام مسئولیت مدنی و نظام جبران خسارت ناشی از سوانح رانندگی و حوادث خودرویی را در شرف ورود به عصری جدید قرار داده است. به سخن دیگر، بشر در شرف گذار به عصر جدیدی در صنعت حمل و نقل هوایی^۲ و زمینی است که در حوزه خودرو می‌توان از آن

۱. در قانون بیمه اجباری خسارت وارد شده به شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵، جبران خسارت فرع بر وجود مسئولیت و اثبات آن و ایجاد مسئولیت مدنی برای مسئولیت بیمه‌گذار و مسبب حادثه نیست؛ هدف قانون بیمه اجباری توزیع خسارت بین اعضای جامعه (دارندگان خودرو) و ایجاد مسئولیت اجتماعی برای دولت است (در ماده ۲۴ بخشی از منابع مالی صندوق تامین خسارت‌های بدنی از محل بودجه سالیانه تامین می‌شود). بنابراین لازمه جبران خسارت زیان‌دیدگان، اثبات فعل زیان‌آور مسبب حادثه و اثبات رابطه سببیت نیست، صرف اثبات ورود خسارت ناشی از مداخله خودرو تکلیف جبران خسارت را بر عهده کارگزاران این نظام قرار می‌دهد. این قانون از اصول و قواعد خاص بیمه‌ای و مسئولیت مدنی تبعیت نمی‌کند.

۲. این تحولات در صنعت هوانوردی و هواپیماهای بدون سرنشین و بدون خلبان هم در شرف وقوع است.

به عصر خودروهای خودران^۱ یاد کرد. بنابراین سؤال این است که آیا نظام جبران خسارت ناشی از حوادث خودرویی که در حال حاضر در نظام حقوقی ایران حکم فرماست؛ می‌تواند پاسخ‌گوی حوادث ناشی از این‌گونه خودروها هم باشد؟ به نظر می‌رسد نظام جبران خسارت مبتنی بر تعاون اجتماعی که در قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵ ترسیم شده است می‌تواند به این نیاز و ضرورت هم پاسخ بگوید. نظریاتی که حقوق‌دانان آمریکایی در این خصوص طرح و ارائه کرده‌اند قابل توجه است.

در نظریه «تعاون اجتماعی» سازوکاری برای جبران خسارات بدنی و مالی ارائه شده است که پیش از این در آثار حقوقی به آن نپرداخته‌اند. با اعمال و اجرای این نظریه نه تنها جبران خسارات ناشی از سوانح خودروهای خودران، بلکه بسیاری از مسائل مرتبط با جبران خسارات ناشی از حوادث خودرویی که قبل از قانون بیمه اجباری ۱۳۸۷ و ۱۳۹۵ بر مبنای نظام فقهی و حقوقی قابل توجیه نبود، حل می‌شود؛ از جمله این موارد برابری دیه صرف نظر از جنسیت و دین زیان‌دیدگان، امکان جبران خسارت مالی کامل خودروهای لوکس و غیرمتعارف از مسبب حادثه، ماهیت خسارت پرداختی، تغییر مفهوم ثالث و گسترش دامنه آن، پرداخت خسارت بدون توجه به اثر قوه قاهره و دخالت زیان‌دیده و امکان پرداخت خسارت برابر به وراثت زیان‌دیده است که می‌توان از این مبنا در سایر حوزه‌های جبران خسارت بدنی و بیمه‌ای^۲، به‌منظور ایجاد وحدت در نظام مسئولیت هم استفاده کرد. در نظریه «نظام تعاون اجتماعی» مسئولیت صندوق تعاون اجتماعی مستقل از مسئولیت مسببین و مسئولین حوادث خودرویی از جمله؛ دارنده، راننده، تولیدکننده، توزیع‌کننده و غیره است و در صورتی که آنان در بروز حادثه و ایجاد خسارت دخالت داشته باشند، مسئولیت

۱. خودروها به اعتبار میزان دخالت عامل غیرانسانی در به حرکت درآوردن و هدایت آن به شش دسته تقسیم می‌شوند. خودروی خودران آن دسته از خودروهایی است که هدایت و کنترل آن به طور کامل در اختیار سامانه خودران است و تنها نقش عامل انسانی در این خودرو به کار انداختن آن است. در خصوص دسته‌بندی این گونه خودروها به اعتبار میزان دخالت عامل غیرانسانی در هدایت آن‌ها بنگرید به:

SAE International's report classifies vehicles into six categories. SAE, the Society of Automotive Engineers, is a U.S.-based, globally active professional association and standards developing organisation for engineering professionals in various industries. See: <https://www.sae.org/news/press-room/2018/12/sae-international-releases-updated-visual-chart-for-its-%E2%80%99Clevels-of-driving-automation%E2%80%99D-standard-for-self-driving-vehicles> (Last seen 4 November 2020).

در فارسی بنگرید به: (برزگر و الهام، ۱۳۹۹: ۲۰۸-۲۰۶).

۲. تفکیک کردن نظام جبران خسارت و نظام بیمه‌ای به حوادث خودرونی و غیرخودرویی و آثار متفاوت آن‌ها توجیه منطقی و عادلانه ندارد. نظام بیمه اجباری کارگران اگر به این نظام ملحق شود و از آن تبعیت کند، علاوه بر افزایش منابع مالی این نظام، جبران خسارات آن‌ها بدون توجه به ضرورت بررسی مسئولیت کارفرما یا کارگر امکان‌پذیر می‌شود.

صندوق در جبران خسارت، نافی مسئولیت عام آن‌ها که می‌تواند بر مبنای دیگری استوار شود، نخواهد بود.^۱ تأکید این مقاله بر نظام جبران خسارت جمعی ناشی از خودروهای خودران در نظام آمریکایی و نظام تعاون اجتماعی است که شاکله قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵ را تشکیل می‌دهد. بر این اساس ابتدا نظریات حقوق‌دانان آمریکایی طرح خواهد شد و بعد از آن ضمن ارائه برخی از جنبه‌های حقوقی نظریه «نظام تعاون اجتماعی» و ارکان آن، برخی از آثار نظریه مذکور که مؤید برقراری نظام تعاون اجتماعی در حوزه خسارات وارده بر عابرین پیاده هم هست مورد اشاره واقع می‌شود. لازم به ذکر است که قوانین و مقررات حاکم بر جبران خسارت عابرین پیاده که مسئولیت بیمه‌گر و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی را بدون تقصیر راننده مقرر نموده بر مبنای تعاون اجتماعی استوار است و تفسیر این قوانین به‌عنوان استثنا بر مسئولیت قراردادی بیمه‌گر صحیح به نظر نمی‌رسد (حیدری شهباز و همکاران، ۱۳۹۹: ۴۷۵-۴۵۳).

۱. دکترین آمریکایی نظام جبران خسارت ناشی از خودروهای خودران

کشور آمریکا در کنار کشورهایی مانند انگلستان^۲ از جمله کشورهایی است که تولید و استفاده از خودروهای خودران در آن در حال فراگیر شدن است. به همین مناسبت حقوق‌دانان این کشور درصدد طرح و ارائه نظریاتی درخصوص مسئولیت مدنی ناشی از سوانح این‌گونه خودروها و سازوکار مناسب جبران خسارات ناشی از سوانح آن‌ها برآمده‌اند. دو نظریه «سامانه مسئولیت جمعی تولیدکنندگان خودرو»^۳ و «نظام مسئولیت دومرحله‌ای»^۴ درخور توجه بیشتری هستند. هر دو نظریه

۱. مسائل مربوط به جمع مبنای مختلف مسئولیت و مسئول پرداخت خسارت که در قوانین مدنی و مسئولیت مدنی و قانون مجازات اسلامی آمده و در مباحث مربوط به مسبب حادثه و مسئول جبران خسارت از مباحث بحث‌برانگیز است؛ با پذیرش «نظام تعاون اجتماعی» مرتفع خواهد شد. برخی از حقوق‌دانان با نگاه به مبنای مسئولیت در قانون مجازات اسلامی که بر اساس نظریه استناد عرفی زیان استوار شده است، مبنای مسئولیت در قانون بیمه اجباری را به پیروی از مبنای مسئولیت مسبب حادثه استناد عرفی زیان عنوان کرده‌اند؛ در حالیکه مبنای مسئولیت در قانون بیمه اجباری مستقل از مسئولیت مسبب حادثه و مبتنی بر تعاون اجتماعی است. در مورد رویکرد قانون مجازات اسلامی در خصوص معیار احراز رابطه سببیت یا استناد بنگرید به: (برهانی و بادکوبه ای هزاوه، ۱۴۰۰: ۷۹-۷۵).

۲. در کشور انگلستان در مورد مسئولیت مدنی ناشی از خودروهای خودران و جبران خسارات ناشی از آن، در سال ۲۰۱۸ قانون مستقلی تصویب شد. در خصوص این قانون بنگرید به:

Automated and Electric Vehicles Act 2018. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/contents/enacted> (Last seen January 8, 2021);

و در خصوص تحلیل و بررسی این قانون بنگرید به: (Channon et al, 2019).

3. Manufacturer Enterprise Responsibility.

4. Two-step liability regime.

بر مسئولیت محض تولیدکنندگان بنا نهاده شده‌اند، با این تفاوت که نظریه اول مبتنی بر مسئولیت محض تولیدکنندگان است، بی‌آنکه به تأثیر رفتار سایر عوامل دخیل در ایجاد حادثه توجه شود، ولی در نظریه دوم تأثیر رفتار سایر عوامل در ایجاد حادثه نیز در تحلیل نهایی و مسئولیت مدنظر قرار گرفته‌اند.^۱ آنچه از این دو نظریه در این مقاله مورد توجه قرار گرفته، سازوکار جبران خسارات ناشی از خودروهای خودران است. بر همین اساس ابتدا سازوکار جبران خسارات در سامانه مسئولیت جمعی تولیدکنندگان خودرو و بعد از آن سازوکار جبران خسارات در نظام مسئولیت دومرحله‌ای موضوع بحث قرار خواهد گرفت.

۱-۱. سازوکار جبران خسارات در سامانه مسئولیت جمعی تولیدکنندگان خودرو

هسته اصلی سازوکار جبران خسارات در این سامانه صندوقی است که تأمین اعتبار منابع آن به‌طور کامل بر عهده تولیدکنندگان خودروهای خودران قرار دارد. در ابتدا تولیدکنندگان به نسبت سهمی که از بازار فروش خودرو دارند مکلف به تأمین اعتبار صندوق خواهند بود و به تدریج میزان مشارکت تولیدکنندگان با توجه به سهم خودروهای تولیدی آن‌ها در سوانح جاده‌ای تعیین خواهد شد (Abraham & Rabin, 2019: 169).

بر اساس این نظریه خسارات ناشی از صدمات بدنی ناشی از خودروی خودران صرفاً از محل این صندوق پرداخت می‌شود، مگر صدماتی که در اثر قصور مالک به وی وارد شود (Abraham & Rabin, 2019: 150). بر این اساس خسارت‌هایی که از محل این صندوق پرداخت می‌شود شامل هزینه‌های بیمارستان و حقوق و مزایایی است که زیان‌دیده از دریافت آن محروم شده است و شامل خسارات مالی نمی‌شود (Abraham & Rabin, 2019: 151). لذا مالک خودروی خودران، جهت پوشش خسارت‌های مالی، بر اساس قواعد سنتی بیمه ناگزیر از تحصیل پوشش بیمه بدنه است.^۲

۱. همچنین در خصوص مبانی مسئولیت تولیدکنندگان خودروهای خودران و قابلیت اعمال مبانی سنتی مسئولیت ناشی از طراحی و تولید خودروهای خودران بنگرید به:

(Wittenberg, 2016:1). Available at:
https://publish.illinois.edu/illinoisblj/2016/01/07/automated-vehicles-strict-products-liability-negligence-liability-and-proliferation/#_ftn14. (Last visited November 14, 2020)

(Wilkov & Arko, 2017: 47) Available at:
https://www.tuckerellis.com/webfiles/files/DRI%20For%20The%20Defense_Wilcov%20and%20Arko_April%202017.pdf (Last visited November 14, 2020); (Chopra, & Laurence, 2011: 139; Fairgrieve, 2005) The online version of the book is available at:
<https://doi.org/10.1017/CBO9780511493850> (Last visited November 14, 2020).

۲. طرح اولیه قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵ هم بر این اساس استوار بود که دارنده در زمینه خسارات مالی ناگزیر از تحصیل پوشش بیمه بدنه باشد لکن در کمیسیون اقتصادی مجلس لایحه دولت تغییر کرد و این مورد حذف شد.

با برقراری این سامانه تمامی خسارات بدنی ناشی از سوانح خودروهای خودران منحصراً از محل این صندوق جبران می‌شود. بنابراین نمی‌توان برخی از صدمات را ناشی از عیب تولید در معنی سنتی آن قلمداد کرد و برخی از سوانح را به ویژگی خودران بودن خودرو نسبت داد؛ زیرا تشخیص اینکه سانحه ناشی از ویژگی خودران بودن خودرو است یا غیر آن، اگر غیرممکن نباشد، دشوار به نظر می‌رسد (Abraham & Rabin, 2019: 156). صاحبان این نظریه خسارت تنبیهی و مسئولیت ناشی از فعل ثالث و دخل و تصرف مالک در خودرو را خارج از تعهدات این صندوق می‌دانند (Abraham & Rabin, 2019: 159-160).

بر اساس نظریه مورد بحث، تکلیف تحصیل بیمه از دارنده خودرو ساقط نمی‌شود، زیرا مسئولیت مدنی دارنده یا راننده در برخی از موارد همچنان به قوت خود باقی است. به‌طور مثال می‌توان به موردی اشاره کرد که در آن کاربر سامانه رانندگی اتوماتیک را متوقف می‌کند و خود به رانندگی می‌پردازد. با وقوع سانحه رانندگی و ورود خسارت، بیمه‌گر به قائم مقامی از بیمه‌گذار برای بازیافت خسارت به صندوق مراجعه می‌کند و مستندات و دلایل وقوع حادثه و ایراد صدمات به بیمه‌گذار را به صندوق ارائه می‌دهد (Abraham & Rabin, 2019: 169). صندوق بعد از دریافت مستندات سانحه و صدمات وارده می‌تواند ادعای خسارت را نپذیرد یا بخشی از آن را بپذیرد. در صورت حدوث اختلاف بین صندوق و بیمه‌گر، حل اختلاف با یک نفر قاضی مستقر در محل تشکیلات صندوق خواهد بود و رأی قاضی در این مورد قطعی است مگر در مواردی که قاضی در صدور رأی به اوضاع و احوال پرونده توجه کافی نکرده باشد (Abraham & Rabin, 2019: 171).

۲-۱. ارزیابی سامانه مسئولیت جمعی تولیدکنندگان خودرو

در این نظام، پیش‌بینی صندوق جبران خسارت به‌منزله تعیین محل خاص برای جبران خسارت‌های بدنی است. زیان‌دیده به راحتی می‌تواند خسارت خود را از محل این صندوق دریافت کند. تأمین اعتبار منابع صندوق برعهده تولیدکنندگان گذاشته شده است که به‌نوبه خود منجر به افزایش کیفیت محصولات می‌شود. زیرا هدف تولیدکننده جلوگیری از ایجاد سانحه و کاهش هزینه است (Davola, 2018: 606). برابر بودن سهم تولیدکنندگان خودروهای خودران در تأمین اعتبار منابع صندوق، انگیزه تولیدکنندگان برای کاهش سوانح ناشی از این خودروها را نیز تحت‌الشعاع قرار می‌داد. این در حالی است که متفاوت بودن سهم هریک از تولیدکنندگان در تأمین اعتبار منابع صندوق به‌جهت توجه به نرخ سوانح ناشی از تولیدات آن‌ها، نسبت به برابر بودن مسئولیت آن‌ها در تأمین اعتبار منابع صندوق راه حل بهتری است (Davola, 2018: 606).

این سامانه در عین برخورداری از مزیت‌های گفته شده مصون از انتقاد نیست. انتقاد می‌کنند که

سنگ بنای آن تئوری مسئولیت محض تولیدکنندگان خودروهای خودران، بدون توجه به امکان دخالت مؤثر عوامل دیگر در سوانح خودرویی است و به همین دلیل امکان دارد تولید و عرضه انبوه این خودروها که در مقایسه با خودروهای معمولی از خطای رانندگی کمتری برخوردار است با تأخیر مواجه شود. در این سامانه صرفاً به یک جنبه از مسئله، یعنی حمایت و تأمین امنیت کاربران خودروهای خودران پرداخته شده است (Davola, 2018: 606).

برخی از نویسندگان به طور مبسوط‌تر به تضاد بین این دو مصلحت اشاره کرده‌اند و در راستای ایجاد توازن بین آن‌ها استدلال می‌کنند که هرگاه سیستم رانندگی خودکار بهتر از عامل انسانی عمل کند، کاهش نرخ سوانح باید منتسب به آن باشد نه ارتقای سایر جنبه‌های ایمنی خودرو، از این رو باید اقداماتی انجام داد که در جهت پذیرش فناوری از طریق کاهش هزینه آن باشد نه اینکه موجب تحمیل هزینه به آن‌ها بشود (Abbott, 2018: 22).

در صورت اعمال تئوری مسئولیت محض تولیدکنندگان، بدون توجه به نقش سایر عوامل در ایجاد حادثه، تولیدکنندگان خودروهای خودران صرفاً زمانی با خیال آسوده می‌توانند خودروهای خودران را در مقیاس تجاری تولید کنند که قادر به ارزیابی و برآورد خسارت ناشی از آن‌ها باشند و هزینه مربوطه را به مصرف‌کننده تحمیل کنند. به همین سبب اجرای قواعد مسئولیت محض تولیدکنندگان بدون توجه به نقش سایر عوامل در ایجاد حادثه، منجر به تأخیر انداختن تولید انبوه خودروهای خودران و ورود آن‌ها به بازار مصرف خواهد شد. در حالی که سیستم رانندگی این خودروها به مراتب ایمن‌تر از عامل انسانی عمل می‌کند.^۱ از سوی دیگر، با احتساب خسارت‌های محتمل ناشی از این خودروها قیمت آن‌ها نیز افزایش می‌یابد و مصرف‌کنندگان رغبتی برای خرید آن‌ها نخواهند داشت. افزایش قیمت، این خودروها را تبدیل به کالایی لوکس می‌کند و ورود آن‌ها به بازار مصرف عمومی را به تأخیر می‌اندازد (Davola, 2018: 607).

به این دلیل و به منظور ایجاد سازش بین این دو ملاحظه، قوانین ناظر بر این خودروها باید به نحوی تدوین شوند که ضمن تحمیل مسئولیت به تولیدکنندگان، مانع از سرمایه‌گذاری بر روی تولید این خودروها و افزایش قیمت آن‌ها نشود. نکته دیگری که در این سامانه به آن توجه نشده است، ایرادات سنتی وارد بر تئوری مسئولیت محض است. به عبارت دیگر، در این سامانه، ارتباطی بین شدت عیب منجر به سانحه و غرامتی که باید به این دلیل پرداخت شود برقرار نشده است. به دیگر سخن، از آنجایی که غرامت بر اساس صدمات بدنی وارده به زیان‌دیده محاسبه می‌شود، هیچ نوع ارتباطی بین میزان اشتباه تولیدکننده

1. The presence of potential chilling effects is also present in the case of application of current product liability rules. See: (Schellekens, 2015: 506-517).

و تکلیف او به جبران غرامت وجود ندارد (Shavell, 1980: 1-25).

در این سامانه عیوب ناشی از اشتباه فاحش تولیدکننده مشمول خسارت تنبیهی است (Abraham & Rabin, 2019: 159-160) اما در مقابل عیب ناشی از اشتباه جزئی و غیرقابل پیش‌بینی، منجر به تقلیل مسئولیت تولیدکننده در مقابل زیان دیده نمی‌شود. این تفاوت نگرش به اشتباه فاحش و جزئی تولیدکنندگان، مبتنی بر این عقیده است که نرم‌افزارهایی که اشتباه زیادتری در تولید آن ارتکاب یافته باشد منجر به سوانح بیشتری خواهند شد و بازار این سهل‌انگاری را تنبیه خواهد کرد، لکن خسارت با توجه به میزان صدمات محاسبه می‌شود نه بر اساس فراوانی سوانح و چون این امر تحت تأثیر عوامل زیادی قرار دارد؛ در موارد عینی نمی‌توان به نتیجه‌ای قطعی دست یافت (Davola, 2018: 608). مسلم است که در این سامانه سازوکاری طراحی شده است که دارای چهارچوب لازم برای جبران خسارت زیان‌دیدگان سوانح خودرویی است ولی از فقدان بافت مناسب رنج می‌برد. به عبارت دیگر، در این سامانه تلاش و عدم دقت یا عدم تلاش و دقت تولیدکننده در ارزیابی خسارت مد نظر قرار نمی‌گیرد و صرفاً حکم به پرداخت حداقل کل خسارات بدنی توسط او داده شده است.

تأمل در مورد سامانه مورد بحث حکایت از آن دارد که دخالت میزان تقصیر تولیدکنندگان در بروز سوانح رانندگی ناشی از خودروهای خودران به‌طور کلی نادیده گرفته نشده است، بلکه بعد از پرداخت خسارات بدنی از محل صندوق موضوع این سامانه، هریک از تولیدکنندگان در فرضی که دو خودروی خودران در ایجاد حادثه دخالت داشته باشند به میزان خسارتی که ایجاد کرده‌اند مکلف به جبران کسری منابع صندوق خواهند بود (Davola, 2018: 608).

این نظریه به دنبال توزیع پنهان خسارت و تحمیل جبران خسارت به اشخاصی است که از نظر مالی، توانایی هدایت آن را به سمت گروهی از افراد دارند. در این نظریه، تولیدکننده در موقعیتی است که می‌تواند زیان را به سمت مشتریان انتقال دهد و خسارت را بین آن‌ها توزیع کند.

۳-۱. نظام مسئولیت جمعی دومرحله‌ای

منتقدان سامانه مسئولیت جمعی تولیدکنندگان خودرو ضمن انتقاد از برخی از جنبه‌های این سامانه، نظامی موسوم به نظام مسئولیت دومرحله‌ای مبتنی بر ارزیابی تقصیر را به‌جای مسئولیت محض پیشنهاد می‌کنند. وجه مشترک سامانه مسئولیت جمعی تولیدکنندگان و نظام مسئولیت دومرحله‌ای وجود صندوق جبران خسارت در هر دو نظام است، با این تفاوت که ۵۰ درصد از اعتبار صندوق مورد نظر در نظام مسئولیت دومرحله‌ای از سوی تولیدکنندگان و ۵۰ درصد دیگر آن از محل منابع عمومی تأمین می‌شود. تولیدکنندگان در مرحله اولیه تشکیل این صندوق به‌طور مساوی مسئول تأمین ۵۰ درصد از اعتبار آن خواهند بود ولی به محض اینکه اطلاعات لازم در مورد نرخ سوانح در

دسترس قرار گرفت، سهم هریک از تولیدکنندگان در تأمین اعتبار ۵۰ درصد سهم تولیدکنندگان، بر اساس میزان خساراتی محاسبه خواهد شد که توسط خودروهای آن تولیدکننده ایجاد می‌شود (Davola, 2018: 610).

در صورت بروز سانحه، زیان‌دیده علیه صندوق طرح دعوا خواهد کرد و یک نفر قاضی که در محل صندوق به خدمت اشتغال دارد مکلف به بررسی تقصیر در فرایند احراز مسئولیت است. در صورتی که تقصیر تولیدکننده توسط قاضی احراز شود وی مکلف به جبران خسارات زیان‌دیده خواهد بود. برعکس در مواردی که تقصیر تولیدکننده منجر به ایجاد خسارت نشده باشد خسارات وارد شده به زیان‌دیده از محل صندوق پرداخت خواهد شد. در این مدل، برخلاف مدل قبلی نظام جبران خسارت، عامل زیان مکلف به جبران تمامی خسارت‌های زیان‌دیده اعم از مالی و بدنی خواهد بود (Davola, 2018: 610-611).

در نظام دوم مرحله‌ای دو ملاک برای احراز تقصیر معرفی شده‌اند؛ نخست، وجود خطا (error) در نرم‌افزار که منجر به رفتار غیرعادی در رفتار وسیله نقلیه شده است؛^۱ دوم، عدم تطابق فناوری مورد استفاده تولیدکننده با فناوری‌های روز خودروهای خودران. در صورت وجود هر یک از این دو عنصر، تقصیر تولیدکننده احراز خواهد شد و در نتیجه وی مکلف به جبران خسارت خواهد بود. در نظر نویسندگانی که این نظام را به‌عنوان نظام جایگزین سامانه مسئولیت جمعی تولیدکنندگان معرفی می‌کنند، برقراری این نظام در مقایسه با برقراری سامانه مسئولیت جمعی تولیدکنندگان منجر به حصول نتایج بهتری می‌شود. در این نظام نه تنها رفاه حال مصرف‌کنندگان تضمین می‌شود، بلکه ورود انبوه این خودروها به بازار مصرف نیز تسهیل خواهد شد.

نظام مسئولیت دوم مرحله‌ای دارای مزیت‌هایی از جمله انصاف و شفافیت در ارزیابی، ایجاد انگیزه برای سرمایه‌گذاری و ارتقای سطح کیفیت محصولات و کاهش کلی قیمت خودروهای خودران است و نسبت به نظام تک مرحله‌ای از مزیت بیشتری برخوردار است.^۲ نکته قابل ذکر در این

۱. وجود چنین خطایی بر اساس اطلاعات ارائه شده از سوی وسیله نقلیه خودران قابل احراز خواهد بود.

۲. هدف از ارزیابی میزان تقصیر نه تنها دخالت دادن آن در مرحله تسهیم مسئولیت است بلکه تحقق عدالت ماهوی و دامن زدن به مسئولیت تولیدکنندگان در مقابل جامعه نیز از اهداف دیگر آن است. تحقیق در مورد میزان تقصیر هر یک از تولیدکنندگان در ایجاد حادثه امری اجتناب‌ناپذیر است که قاضی باید آن را به عنوان ابزاری برای محاسبه سهم هر یک از عوامل زیان در بروز خسارت در نظر بگیرد. این امر به نوبه خود منجر به ایجاد و افزایش شفافیت در کل فرایند تسهیم زیان خواهد شد و این پیام را به تولیدکنندگان خواهد داد که در صورت عدم دقت کافی مستقیماً مسئول خسارات

دو نظریه این است که در هر دو نظریه در ابتدا سخن از جمعی شدن مسئولیت تولیدکنندگان خودروهای خودران به میان آمده است اما در هر دو نظریه به صندوقی اشاره شده است که خسارات از محل آن پرداخت می‌شود که اشخاصی مسئول تأمین اعتبار آن هستند و اشخاصی دیگر کارگزاران آن. در نظریه دوم این عناصر نمود بیشتری یافته است و این نظریه تا آنجا پیش رفته که تأمین اعتبار صندوق را به اشخاصی به غیر از تولیدکنندگان خودروهای خودران تسری داده است. به این ترتیب، حقیقت امر آن است که هر دو نظریه و به‌ویژه نظریه دوم در ماهیت مبتنی بر جمعی شدن جبران خسارت هستند نه جمعی شدن مسئولیت. در قسمت بعدی مقاله به نمود عینی سامانه جمعی جبران خسارت در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ اشاره خواهد شد که بی‌شباهت به سازوکار جبران خسارت در نظام مسئولیت دو مرحله‌ای نیست.

۲. نظام جبران خسارات ناشی از حوادث خودرویی در حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران در صورتی که خودروی خودران بر اساس سامانه خودکاربری موجب به بار آمدن خسارت شود، چاره‌ای نیست جز اینکه با استناد به قواعد عمومی مسئولیت و عیب در طراحی و تولید و بر مبنای نظریه تقصیر اقدام به مطالبه خسارت کرد. این امر زیان‌دیده را در جبران

ناشی از قصور خود خواهند بود (Davola, 2018: 610). طرفداران نظریه سامانه مسئولیت جمعی دو مرحله‌ای بر این عقیده‌اند که نظام مسئولیت دومرحله‌ای انگیزه مناسبی برای نوآوری در زمینه خودروهای خودران خواهد بود. از یک‌سو، تولیدکنندگان به خاطر داشتن مسئولیت محض همواره در اندیشه ارتقای کیفیت محصولات خود خواهند بود و از سوی دیگر، با دخالت میزان تقصیر در جبران خسارت و در نتیجه کاهش سهم پرداختی در تأمین اعتبار منابع صندوق باعث سرمایه‌گذاری بیشتر به منظور اجتناب از پرداخت سهم بیشتر خواهد شد. علاوه بر این، از آنجایی که یکی از پارامترهای ارزیابی و احراز تقصیر تولید خودروهای منطبق با به روزترین فن‌آوری‌های موجود در این بخش از اقتصاد است، تولیدکنندگان در استفاده از آن‌ها با هم به رقابت خواهند پرداخت. بنابراین، تولیدکنندگان جهت اجتناب از افزایش سهم در تأمین اعتبار منابع صندوق به استفاده از فن‌آوری بهتر روی خواهند آورد (Davola, 2018: 611). حمایت‌های مالی عمومی و دولتی از صندوق منجر به کاهش هزینه تولید می‌شود. دلیل کاهش قیمت، عدم تحمیل بخشی از هزینه‌های تولید به مصرف‌کنندگان است. به‌طور قطع کاهش قیمت این خودروها باعث تسریع در روند ورود انبوه آن‌ها به بازار مصرف خواهد شد. مزیت کمک‌های دولتی محدود به این دو مورد نیست بلکه از سوی دیگر با گسترش استفاده از این خودروها نرخ سوانح رانندگی رو به کاهش می‌گذارد و هزینه ناشی از این سوانح نیز به تبع آن کاهش پیدا می‌کند. بخشی از منابع این صندوق از محل مالیات تأمین می‌شود. به نظر می‌رسد بهترین نوع مالیات در این مورد مالیات بر درآمد باشد، زیرا از این طریق هزینه تأمین اعتبار صندوق بین عموم توزیع می‌شود. در مورد ایرادات وارد بر تأمین اعتبار صندوق از محل درآمدهای مالیات بر درآمد و پیشنهاد وضع مالیات بر فروش (Davola, 2018: 611-612).

خسارت با دشواری مواجه می‌کند؛ زیرا سایر مبانی سنتی که در مورد مبنای مسئولیت دارنده و تولیدکننده به وجود آمده‌اند دشواری‌های خاص خود را دارند.^۱ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶/۴/۲۴ که فقط ناظر بر مسئولیت عرضه‌کننده خودرو می‌باشد؛ در ماده ۳ این قانون موضوع جبران خسارت را به قانون بیمه اجباری احاله داده و عملاً کارایی لازم را ندارد (نک: بادینی و همکاران ۱۳۹۱: ۶۴-۳۹)، بنابراین باید در پی تبیین نظریه دیگری بود.

در میان نظریاتی که در خصوص جبران جمعی خسارت ناشی از حوادث خودرویی ارائه شده‌اند؛ نظریه «سامانه مسئولیت مدنی جمعی دارندگان وسایل نقلیه» به نظرات حقوق‌دانان آمریکایی نزدیک تر است. ابتدا به بررسی این نظریه می‌پردازیم، سپس «نظریه تعاون اجتماعی» را که قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵ بر آن اساس استوار شده است بیان خواهیم کرد.

۲-۱. نظام جبران خسارت مبتنی بر «سامانه مسئولیت مدنی جمعی دارندگان خودرو»

برخی از حقوق‌دانان بعد از تصویب قانون بیمه اجباری سال ۱۳۸۷ و مباحثی که درخصوص مسئولیت مدنی دارنده مطرح شد، به منظور تطبیق قانون با واقعیات موجود نظریه جدیدی با عنوان «سامانه مسئولیت مدنی جمعی» ارائه کردند. به اعتقاد ایشان، «به منظور حل معضل ناشی از سوانح رانندگی کل نظام رفت و آمد خودروها به عنوان یک واحد در نظر گرفته شده و همه دارندگان خودرو، به صورت مشترک و جمعی مسئول جبران حد قابل قبولی از همه خسارات تلقی شده‌اند که این واحد کلی به بار می‌آورد. در واقع کل خسارت‌ها بر دارندگان خودرو توزیع می‌شود. آنان سرمایه لازم برای جبران خسارت‌ها را فراهم می‌کنند اما خود به طور مستقیم رو در روی زیان‌دیدگان قرار نمی‌گیرند. برای پرداخت خسارت‌ها نهادهای دیگری پیش‌بینی شده و آنان پاسخ‌گوی زیان‌دیدگان هستند.» (اورک بختیاری، ۱۳۹۱: ۲۰۱) مطابق این نظریه قانون‌گذار از طریق قانون بیمه اجباری تمام خسارات ناشی از حوادث خودرو را به عنوان یک واحد کلی نگریسته و همه دارندگان خودرو را به عنوان یک مجموعه مسئول جبران کل خسارت وارد شده دانسته است. بدین ترتیب سرمایه لازم گردآوری و در اختیار صندوق تأمین خسارت‌های بدنی و بیمه‌گران قرار می‌گیرد تا خسارت زیان‌دیدگان را جبران کنند (اورک بختیاری، ۱۳۹۱: ۲۰۱).

در این نظریه سامانه مسئولیت مدنی جمعی به یک شرکت سهامی عام تشبیه شده است که «تأمین‌کننده سرمایه آن همه دارندگان خودرو و مدیران و کارگزاران آن شرکت‌های بیمه‌گر و صندوق

۱. در مورد مسئولیت مدنی تولیدکننده و مبانی مربوط به مسئولیت قراردادی و قانونی تولیدکننده، نک: کاتوزیان، ۱۳۰۹:

تأمین خسارت‌های بدنی هستند. تفاوت این است که شرکت سهامی درصدد جلب سود برای سهام‌داران، ولی سامانه جمعی درصدد دفع زیان از دارندگان خودرو است. در شرکت‌های سهامی عام میزان مسئولیت هر سهام‌دار به اندازه آورده او به شرکت است. مجموع آورده‌ها سرمایه شرکت را تشکیل می‌دهد و سهام‌دار در برابر اشخاص ثالث نسبت به بدهی‌های مازاد بر سرمایه شرکت مسئولیتی ندارد. در سامانه مسئولیت جمعی میزان مسئولیت هر دارنده خودرو به اندازه سرمایه‌ای است که برابر مقررات به سامانه آورده است. مجموع آورده‌ها کفاف جبران مجموع خسارت‌ها را می‌دهد. به همین دلیل شرکت کننده در سامانه، به عنوان دارنده خودرو (نه راننده) مسئولیتی بیش از آورده ندارد» (صفایی و اورک بختیاری، ۱۳۹۳: ۴۰).

در نقد این نظریه گفته شده است: «تبعیت کامل قانون‌گذار از این نظریه خالی از اشکال نیست، چراکه مثلاً اگر خودرویی که دارنده آن به تکلیف قانونی عمل کرده و آن را بیمه کرده دزدیده یا غصب شود و دزد یا غاصب در مدتی که بیمه برقرار است با آن تصادف کند، مطابق بند «ت» ماده ۱۵ قانون بیمه اجباری (مصوب ۱۳۹۵) بیمه‌گر پس از پرداخت خسارت، به دزد یا غاصب مراجعه و خسارت پرداختی را از وی دریافت می‌کند که این امر مخالف نظریه مورد بحث است؛ چراکه مطابق این نظریه قرار بود خسارت زیان‌دیده توسط کلیه دارندگان وسایل نقلیه جبران گردد و دریافت خسارت مجدد از دزد و غاصب توجیه ندارد و بدین ترتیب برای یک خسارت دو بار جبران خسارت صورت می‌پذیرد» (محمدی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۴۱).

در خصوص توسعه این سامانه هم پیشنهاد شده است که سامانه مسئولیت مدنی جمعی، بر این مبنا که تحمیل هزینه‌های حوادث رانندگی بر اشخاصی است که می‌توانند به گونه‌ای کارا از آن پیشگیری کنند توسعه یابد و علاوه بر دارندگان خودرو، سایر گروه‌های اجتماعی مرتبط با خودرو مانند رانندگان فاقد خودرو، عرضه کنندگان خودرو و متصدیان حمل و نقل مسافر جزو این سامانه قرار گیرند و بیمه مسئولیت مدنی برای آنان نیز اجباری شود (صفایی و اورک بختیاری، ۱۳۹۳: ۴۷).

برخی از نویسندگان در توسعه گستره شمول این سامانه و توسعه آن به موارد دیگر معتقدند که می‌توان دایره سامانه مسئولیت جمعی را بیشتر افزایش داد و متصدیان حمل و نقل بار، وزارت راه و شهرسازی، شهرداری و تولیدکنندگان خودرو را نیز به این سامانه اضافه نمود؛ زیرا خسارات مالی و جانی ناشی از حوادث رانندگی در شمار هزینه‌های خارجی است که تولیدکنندگان خودرو از تحمل آن معاف هستند، در حالی که منطقاً باید با درونی کردن هزینه‌های خارجی، آن‌ها را در شمار هزینه‌های تولید به حساب آورد (عابدی و نادی، ۱۳۹۹: ۷۵-۷۴).

این نظریه مسئولیت بیمه‌گر را تابع مسئولیت قراردادی ناشی از عقد بیمه می‌داند و در بحث

مسئولیت مسبب حادثه، برخلاف نظریه تعاون اجتماعی، معتقد است که دارنده بیش از حق بیمه مسئولیت دیگری ندارد.

۲-۲. نظام جبران خسارت مبتنی بر تعاون اجتماعی

اندیشه ضرورت همبستگی اجتماعی و همیاری افراد جامعه در جبران خسارت از دیرباز در جوامع بشری رواج داشته است (یزدانیان، ۱۳۹۲: ۲۰۵). نهاد «تکافل»^۱ در حقوق اسلام و برخی از کشورهای اسلامی مبتنی بر همین ضرورت است، لیکن اصل شخصی بودن مسئولیت به‌ویژه در سوانح رانندگی بر این اندیشه غلبه داشته و اجازه نمی‌داد که این اندیشه به نظام مسئولیت و نظام جبران خسارت ناشی از سوانح خودرویی راه پیدا کند. از این‌رو حقوق‌دانان همواره تلاش کرده‌اند تا مسئولیت دارنده را بر مبنایی دیگر استوار کنند. قانون‌گذار در آخرین اراده خود اندیشه ضرورت تعاون افراد جامعه در جبران خسارت ناشی از حوادث خودرویی را در قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ اعمال کرده است و به این ترتیب نظامی برای جبران خسارت ناشی از حوادث خودرویی طراحی کرده است که برای جبران خسارت ناشی از خودروهای خودران هم کارایی دارد. ما این سازوکار را «نظام تعاون اجتماعی» در جبران خسارت ناشی از سوانح رانندگی و حوادث خودرویی می‌نامیم و خواهیم دید این نظام با سامانه مسئولیت مدنی جمعی دارندگان خودرو متفاوت است.

۲-۳. نظام تعاون اجتماعی جبران خسارت در قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵

اصولاً سامانه‌های جمعی جبران خسارت یا صندوق‌های جبران جمعی خسارت که در پی اجتماعی کردن خطرها و توزیع ضرر و افزایش همبستگی و تعاون اجتماعی در جبران خسارت زیان‌دیدگان هستند؛ از سه رکن تأمین کنندگان سرمایه، کارگزاران گردآوری منابع مالی و توزیع خسارت و نهاد حل و فصل اختلافات تشکیل می‌شوند. این نظام‌ها در مرحله جبران خسارت به دنبال تعیین مقصر حادثه یا مسئولین و مسببین ورود خسارت بر نمی‌آیند. این سه رکن در قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵ متبلور شده است. نمایان شدن سه رکن مذکور در این قانون منجر به طرح این اندیشه می‌شود

۱. نهاد تکافل به عنوان نمونه بارز و نظام‌مند مشارکت همگانی در جبران خسارت، آن گونه که در نظام حقوقی و اقتصادی برخی از کشورهای اسلامی وجود دارد در کشور ایران مورد توجه قرار نگرفته است. در این نهاد یک صندوق وجود دارد که همگان در تأمین اعتبار آن مشارکت دارند تا جبران خسارت ناشی از خطرات قابل پیش‌بینی را بدون امکان رجوع در بازیافت آن پوشش دهد. «تکافل» به معنی ضمانت یا مسئولیت است. این لفظ از نظر اقتصادی می‌تواند به معنی مسئولیت مشترک، ضمانت مشترک، تضمین جمعی و تعهدات جمعی باشد که افراد یک جامعه در برابر ضرر و زیان وارد شده به جان یا مال اشخاص بر عهده می‌گیرند. در این مورد بنگرید به: (Ma'Sum Billah et al, 2019: 1-2).

که این قانون برخلاف قوانین سابق نظامی را بنا نهاده است که جبران تمامی خسارات ناشی از حوادث خودرویی را منصرف از مسئولیت مدنی مسببین حادثه بر عهده دارد.

۲-۴. منابع مالی «صندوق تعاون اجتماعی»

تأمین بخش عمده منابع مالی صندوق تعاون اجتماعی برعهده دارندگان وسایل نقلیه موتوری است. به موجب ماده ۲ این قانون کلیه دارندگان وسایل نقلیه موضوع این قانون مکلفند وسایل نقلیه خود را به مقدار مندرج در ماده ۸ این قانون بیمه کنند. حسب ماده ۳، دارنده وسیله نقلیه مکلف است برای پوشش خسارت‌های بدنی وارد شده به راننده مسبب حادثه، حداقل به میزان دیه یک مرد مسلمان در ماه‌های غیرحرام بیمه حوادث اخذ کند.^۱ سایر منابع مالی پیش‌بینی شده در قانون شامل ۸ درصد از حق بیمه اجباری، مبلغی معادل حداکثر یک سال حق بیمه اجباری که از دارندگان مستتکف از انعقاد بیمه وصول می‌شود، مبالغ بازیافتی از مسببان حوادث و دیگر منابع مقرر در مواد ۲۰ و ۲۴ قانون است که در حال حاضر منابع مالی نظام «صندوق تعاون اجتماعی» را تأمین می‌کنند.

به موجب بند پ ماده ۴ قانون مذکور، در صورتی که خودرو فاقد بیمه‌نامه موضوع این قانون بوده و وسیله نقلیه با اذن مالک در اختیار راننده مسبب حادثه قرار گرفته باشد، در صورتی که مالک شخص حقوقی باشد به جزای نقدی معادل بیست درصد و در صورتی که شخص حقیقی باشد به جزای نقدی معادل ده درصد مجموع خسارات بدنی وارد شده محکوم می‌شود. مبلغ مذکور به حساب درآمدهای اختصاصی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی نزد خزانه‌داری کل کشور واریز می‌شود و با پیش‌بینی در بودجه‌های سالانه، صددرصد آن به صندوق اختصاص می‌یابد که جزء منابع مالی «صندوق تعاون اجتماعی» هستند. در ماده ۲۴ قانون هم منابع مالی متعددی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی را پشتیبانی می‌کنند که در مجموع منابع مالی صندوق تعاون اجتماعی را تشکیل می‌دهند و به زیان‌دیدگان حوادث خودرویی و موارد دیگری نظیر تبصره ماده ۵۵۱ قانون مجازات اسلامی که در قوانین مربوطه پرداخت آن از محل منابع این نظام پیش‌بینی شده پرداخت می‌شوند. این منابع به‌منظور جبران خسارات زیان‌دیدگان، به ترتیب مقرر در قانون در اختیار کارگزاران

۱. در ماده ۳ قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵ بجای کلمه "دیه" از کلمه "جبران خسارت" استفاده شده است. استفاده از کلمه «خسارت» این سوال را در پی دارد که آیا ماهیت خسارت بدنی برخلاف قواعد حاکم بر دیه به نظام عام مسئولیت مدنی تغییر کرده است یا اینکه استفاده از این کلمه که به کرات در قانون استفاده شده ناشی از مسامحه است. به نظر می‌رسد باتوجه به تغییر مبنای مسئولیت و استقلال حق زیان دیده از خسارت ناشی از مسئولیت مدنی مسبب حادثه، این قانون نظام جبران خسارت را به قواعد عام مسئولیت و نظام حاکم بر جبران خسارات که قبل از وضع قانون مجازات اسلامی (دیات) به آن عمل می‌شد بازگشته است.

آن قرار می‌گیرد.

۵-۲. کارگزاران «نظام صندوق تعاون اجتماعی»

کارگزاران این نظام در مرحله گردآوری سرمایه و تأمین منابع، بیمه‌گران و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی هستند؛ لکن در مرحله جبران خسارت وزارت بهداشت و درمان هم به‌عنوان کارگزار دیگری به انجام تکالیف قانونی در این سامانه می‌پیوندد. به‌موجب ماده ۵ این قانون شرکت سهامی بیمه ایران و سایر شرکت‌های معتبر مکلف هستند با دارندگان وسایل نقلیه موضوع این قانون قرارداد بیمه منعقد کنند. بنابراین در ابتدا بیمه‌گر منابع مالی را دریافت و بین کارگزاران این نظام تقسیم می‌کند؛ اما کارگزاران، ذی‌نفعان حق بیمه دریافتی نیستند و به عمل تجاری بیمه‌گری اشتغال نمی‌ورزند. آنچه به‌عنوان تعرفه یا حق بیمه از اشخاص دریافت می‌شود در مالکیت آن‌ها قرار نمی‌گیرد. بیمه‌گر به‌عنوان یک کارگزار، برخلاف نظام بیمه‌ای حق تعیین تعرفه و تعیین حق بیمه بر اساس میزان ریسک و خسارت قابل‌پیش‌بینی را ندارد، بلکه در قالب نظام جامع تعاون اجتماعی تکلیف بیمه‌گر فقط دریافت تعرفه مقرر در قانون (تبصره ۳ ماده ۱۷) و پرداخت خسارت به زیان‌دیده و دریافت کارمزد است. صرف‌نظر از الفاظ و عناوینی که در قانون به‌کار رفته آنچه تحت عنوان قائم‌مقامی از مسبب حادثه قابل‌بازیافت تلقی شده است جبران خسارت بیمه‌گذار به اعتبار اصل جانشینی بیمه‌گر نیست؛ بلکه رجوع بیمه‌گر و صندوق به مسبب حادثه، منحصر به موارد استثنایی و محصور در قانون، به میزانی است که پس از جبران خسارت زیان‌دیده و به‌جهت وصف بازدارندگی، قانون بازیافت آن را به‌عنوان نوعی خسارت تنبیهی^۱ و برای ترمیم منابع این صندوق مقرر نموده است^۲ (مواد ۱۴، ۱۵، ۱۶، ۳۶ و ۳۸).

به این ترتیب، کارگزاران نظام تعاون اجتماعی در مرحله جبران خسارات، بیمه‌گر، صندوق تأمین خسارت‌های بدنی و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی هستند. طبق بند الف ماده ۴ قانون بیمه اجباری در صورت وقوع حادثه و ایجاد خسارت بدنی یا مالی، در صورتی که وسیله نقلیه مسبب حادثه دارای بیمه‌نامه موضوع این قانون باشد جبران خسارت‌های واردشده در حدود مقررات این قانون بر عهده بیمه‌گر است و طبق بند ب همان ماده، در صورتی که وسیله نقلیه فاقد بیمه‌نامه موضوع

۱. در مورد ماهیت جرمه مدنی و خسارت تنبیهی مقرر در ماده ۳۳ قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵ (نک: محقق‌داماد و حاجیان، ۱۴۰۰: ۲۱۵-۲۱۴).

۲. در این قانون حق رجوع به قائم‌مقامی، برای وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی که به‌عنوان اولین کارگزار اقدامات اولیه پس از وقوع حادثه و معالجات درمانی ابتدائی را انجام می‌دهد شناخته نشده است.

این قانون یا مشمول یکی از موارد مندرج در ماده ۲۱ این قانون باشد، خسارت‌های بدنی با رعایت ماده ۲۵ توسط صندوق تأمین خسارت‌های بدنی جبران می‌شود. وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی نیز در مرحله معالجات اولیه از کارگزاران این سامانه است و حسب مورد هزینه‌های درمانی زیان‌دیده توسط این کارگزار پرداخت می‌شود (ماده ۳۵). با توجه به مراتب مذکور قانون بیمه اجباری نظامی را مقرر نموده است که مسئولیت مستقل آن در جبران خسارات زیان‌دیده مانع از مسئولیت مدنی مسبب حادثه نیست و این قانون در هیچ موردی با قوانین عام ناظر بر مسئولیت مدنی و قانون مجازات اسلامی در تعارض نبوده و قوانین عام مسئولیت را تخصیص نزده است^۱ و این مسئولیت اعم است از حوادث ناشی از خودروهای خودران یا غیرخودران.

در این قانون نهاد مستقلی هم برای حل و فصل اختلافات مالی زیان‌دیده و کارگزاران آن پیش‌بینی شده است (ماده ۳۹).

۲-۶. آثار حقوقی نظریه تعاون اجتماعی

در بند ۱ ماده یک این قانون به جبران خسارت هر نوع حادثه و سانحه ناشی از وسایل نقلیه موتوری اشاره شده است. برخلاف نظام قراردادی حاکم بر روابط بیمه‌گر با بیمه‌گذار که بر اساس آن و در قبال دریافت حق بیمه مسئولیت مدنی بیمه‌گذار تحت پوشش تبعی بیمه‌گر قرار می‌گیرد و خسارت وارده هم متناسب با حق بیمه پرداخت می‌شود، در «نظام تعاون اجتماعی»، تکلیف پوشش منابع مالی و دریافت حق بیمه از مرحله جبران خسارات تفکیک شده است. در این نظام، برخلاف قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان خودرو مصوب ۱۳۴۷ که مسئولیت مدنی عامل زیان (دارنده و راننده) و حوادث ناشی از خودرو فقط در نقش فعال و در حالت رانندگی قابل پوشش می‌دانست، همه حوادث ناشی از خودرو حتی در حالت توقف و منفعل و شرایط وجود قوه قاهره تحت پوشش جبران خسارات قرار گرفته است (بند پ ماده ۱). بنابراین پرداخت خسارات ناشی از حوادث خودرویی که در اثر حوادث غیرمترقبه ایجاد شده استثنای قانونی نیست.^۲

۱. در ذیل نظریات شماره ۲۹۱۷/۹۷/۷ مورخ ۱۳۹۸/۶/۱۳ و ۱۴۷۶/۹۸/۷ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۶ اداره حقوقی قوه قضائیه اعلام شده است، حکم تبصره ۳ ماده ۸ قانون بیمه اجباری عمومات قانون مربوط به مسئولیت مدنی را با تخصیص مواجه کرده است (نک: امور تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، ۱۴۰۰: ۴۰-۳۶).

۲. به نظر بیشتر نویسندگان، تغییرات قانون بیمه اجباری ۱۳۸۷ و ۱۳۹۵ و تغییر در مفهوم حادثه و شخص ثالث و گسترش دامنه و قلمروی آن‌ها، نوآوری در قانون بیمه اجباری ۱۳۴۷ بوده است. به باور ما مبنای مسئولیت در قانون بیمه اجباری از مسئولیت قراردادی بیمه‌گر (تبعی) به تعاون اجتماعی تغییر پیدا کرده است و تفسیر قانون باید بر این مینا انجام پذیرد.

از سوی دیگر، دارنده به عنوان یک تکلیف قانونی فقط حق بیمه پرداخت می کند و برخلاف ظاهر عبارات قانون، عملاً از اعمال آثار قرارداد بیمه و تراضی طرفین خبری نیست. بعد از وقوع حادثه، به میزان مقرر در قانون به واسطه کارگزاری که در قانون پیش بینی شده اند، از محل منابع «نظام تعاون اجتماعی» خسارت های بدنی و مالی زیان دیده به میزان مقرر در قانون به طور برابر به زیان دیده پرداخت می شود (مواد ۸ و ۲۱). آنچه جبران برابر و مساوی خسارات (دیه) زن و مرد و مسلمان و غیرمسلمان را برخلاف قانون مجازات اسلامی توجیه می کند (ماده ۱۰) برابری انسان و استحقاق آن ها در دریافت برابر حداقل خسارت مقرر در این قانون و مسئولیت غیرتبعی کارگزاران این صندوق است که مبتنی بر اندیشه نظام تعاون اجتماعی است و در این قانون برای دستگاه های ذی ربط تکالیفی پیش بینی شده است که آن ها به عنوان کارگزار به آن عمل می کنند (موضوع مواد ۴۱ تا ۴۶).

به جهت تکلیف قانونی مستقل صندوق تعاون اجتماعی و ماهیت متفاوت حق زیان دیده و وراثت از زبانی که مسبب حادثه ایجاد کرده و ماهیت مستقل و متفاوت آن از دیه و خسارت مالی ایجاد شده، هیچ مانعی در مطالبه و پرداخت حق برابر زیان دیدگان وجود ندارد و خسارت زیان دیده فوراً باید پرداخت گردد (بند پ ماده ۱ و مواد ۳۱ تا ۳۷). بلافاصله پس از وقوع حادثه زیان بار، تکلیف جبران خسارت از طرف کارگزاران صندوق برقرار می گردد و به جهت ماهیت متفاوت حق زیان دیده و وراثت زیان دیده در دریافت حقوق و مزایای قانونی ناشی از حوادث خودرویی، وراثت زیان دیده را به جهت مصالح اجتماعی باید مستحق دریافت غرامت برابر دانست (ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۸۹: ۵۵). بر مبنای تفاوت در ماهیت حق زیان دیده و تفاوت در مبنای مسئولیت در قانون، استناد به تهاثر و مالکیت مافی الذمه بین خسارات قانونی و حق زیان دیده و مبالغ قابل بازپس، خلاف فلسفه قانون است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۸۰۶ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۴ با استدلال به اینکه: «... گرچه پرداخت خسارت به زیان دیده و بازپس گیری آن از مسبب حادثه، پیش بینی شده است، اما با توجه به اینکه هرگاه زیان دیده، مسبب حادثه و ورود صدمه به خود باشد، پرداخت خسارت به وی و اقدام به بازپس گیری آن کاری بیهوده و غیرعقلانی است...» رأی خلاف قانون صادر کرد. زیرا بر اساس این دیدگاه همه افراد و شهروندان ایرانی در مواردی که به سبب حوادث خودرویی در داخل و خارج از ایران دچار خسارت جانی و مالی می شوند به میزانی که در قانون مقرر شده است، به طور یکسان و برابر و صرف نظر از دین و جنسیت از مزایای قانونی و منابع صندوق که از محل تعهدات اختصاصی آن ها (حق بیمه) و سایر منابع قانونی تأمین می گردد برخوردار می شوند (مواد ۷، ۱۰ و ۲۰) و به همین دلیل درج هرگونه شرط مخالف با حقوق قانونی و اخذ هرگونه رضایت نامه برای محرومیت از حقوق و مزایای قانونی باطل و از درجه اعتبار ساقط است (ماده ۱۳).

خودروهای خارجی مکلف شده‌اند حتی در فرض وجود بیمه‌نامه معتبر، سهم صندوق تعاون اجتماعی را که مختص اتباع ایرانی است و ممکن است در اثر حوادث خودرویی از آن بهره‌مند شوند بپردازند (مواد ۴ و ۲۴).

از مجموع احکام و مقررات قانون بیمه اجباری چنین استنباط می‌شود که قانون‌گذار با ایجاد صندوق تعاون اجتماعی، به اندیشه جمعی شدن جبران خسارت ناشی از حوادث خودرویی و خودروهای خودران عینیت بخشیده است. برخلاف آنچه در نظریه سامانه مسئولیت مدنی جمعی دارندگان خودرو آمده است، ماهیت این صندوق و مسئولیت ناشی از آن از مسئولیت مدنی جمعی متفاوت است و مسئولیت مستقل این نظام مانع از مسئولیت مسبب و مسئولین حادثه و جمع مبانی مختلف قوانین حاکم بر مسئولیت آن‌ها نیست. در مورد رابطه نظام خاص جبران خسارت با نظام حاکم بر مسئولیت مدنی مسبب حادثه هم می‌توان گفت؛ زیان‌دیده اختیار دارد در صورت وجود مسئولیت مدنی، برای جبران خسارت خود بر اساس هر یک از موازین مقرر در دو نظام عام و خاص مسئولیت، برای جبران خسارت خود به مسبب حادثه و نظام تعاون اجتماعی مراجعه کند.

نتیجه

جایگزین شدن سامانه کنترل و هدایت اتوماتیک در خودروهای خودران در کنار مزیت‌های مختلف آن، از جمله افزایش ضریب ایمنی و کاهش خسارات ناشی از سوانح خودرویی، منجر به طرح مسائل حقوقی متعددی شده است. حقوق‌دانان آمریکایی در واکنش به استفاده روزافزون از این خودروها و حوادث ناشی از آن‌ها، ضمن ارائه نظریات حقوقی سازوکارهایی را برای جبران خسارات ناشی از این خودروها پیشنهاد کرده‌اند که مبتنی بر اندیشه جمعی شدن مسئولیت و جبران خسارات جمعی ناشی از آن است.

در حقوق ایران «نظام تعاون اجتماعی» جبران خسارات زیان‌دیده، که به‌طور تلویحی در قانون بیمه اجباری ۱۳۹۵ تبیین شده است، می‌تواند کلیه حوادث خودرویی را تحت پوشش قرار می‌دهد. در این قانون برپایه تعاون اجتماعی دارندگان خودرو، صندوقی بنا نهاده شده است که به‌رغم غیرمتمرکز بودن آن می‌تواند هسته اصلی سازوکار جمعی جبران جمعی خسارات قلمداد شود. این صندوق که بیمه و صندوق تأمین خسارت‌های بدنی از کارگزاران اصلی آن هستند می‌تواند نظام جبران خسارت خودروهای خودران را بدون حذف مسئولیت مسبب حادثه تحت پوشش قرار دهد. در این نظام، تأمین اعتبار منابع مالی صندوق تأمین خسارت‌های بدنی که از کارگزاران اصلی نظام تعاون اجتماعی است، از محل‌های مختلف پیش‌بینی شده است. با افزایش استفاده از خودروهای خودران و تحولات نظام رفت‌وآمد ناشی از این خودروها، نظریه‌های حقوقی سنتی

پاسخ‌گوی پیچیدگی حوادث خودرویی نخواهند بود و نظام بیمه مبتنی بر قرارداد مسئولیت هم پاسخ‌گوی تحولات حقوقی و اجتماعی ناشی از آن نیست. با تجدیدنظر و اصلاح برخی از مواد این قانون و تجمیع نظام بیمه اجباری ناشی از کار و افزودن به تعهدات و تکالیف اشخاصی از جمله کارفرمایان، دارندگان خودرو، تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان یا نمایندگی‌های فروش خودرو منابع مالی آن بیشتر می‌شود و در نتیجه «صندوق تعاون اجتماعی» متناسب با ضرورت‌های حقوقی و اجتماعی تکامل و تطور خواهد یافت. رویه قضایی می‌تواند با تفسیر صحیح قانون، این نیاز اجتماعی را اینک پاسخ بگوید.

با تبیین دقیق جنبه‌ها و ابعاد «صندوق تعاون اجتماعی» و گسترش قلمرو آن به خسارات ناشی از فعالیت‌های تولیدی و اجتماعی، برخی از مشکلات مربوط به مسائل و مشکلات اجتماعی و سیاسی نظام حقوقی ایران مرتفع خواهند شد.

منابع

فارسی

- امور تدوین، تحقیق و انتشار قوانین و مقررات (۱۴۰۰)، مجموعه تحقیقی «قانون بیمه اجباری خسارت وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه و مقررات مرتبط»، چاپ چهارم (ویرایش سوم)، تهران: معاونت تدوین، تحقیق و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.
- اورک بختیاری، حسنعلی (۱۳۹۱)، **مبانی و اصول مسئولیت مدنی حوادث خودرو، تهران: کالج.**
- ایزانلو، محسن و عباس میرشکاری (۱۳۸۹)، «ارث دبه»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲.
- بادینی، حسن و پانته آ پناهی اصانلو (۱۳۹۱)، «نقدی بر قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۱.
- برزگر، محمدرضا و غلامحسین الهام (۱۳۹۹)، «مسئولیت کیفری کاربر خودروی خودران در قبال صدمات وارده توسط آن»، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۳۰.
- برهانی، محسن و بادکوبه‌ای هزاوه (۱۴۰۰)، «جایگاه نظریه کارشناس در احراز رابطه سببیت»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- حیدری شهباز، شیرزاد، محسن محبی و غلامعلی سیفی زیناب (۱۳۹۹)، «سیاست تقنینی و قضایی ایران و انگلستان در قبال میزان تقصیر عابر پیاده و راننده در فرض برخورد وسیله نقلیه با عابر پیاده»، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۷، شماره ۲.
- صفایی، سیدحسین و حسنعلی اورک بختیاری (۱۳۹۳)، «مبنای مسئولیت بیمه‌گر در حوادث خودرو در مقایسه با حقوق انگلستان»، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۱.
- صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۸)، **مسئولیت مدنی، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات سمت.**
- عابدی، محمد و محمدتقی نادی (۱۳۹۹)، **مسئولیت مدنی و نظام جبران خسارت در حواث رانندگی، تهران: شرکت سهامی انتشار.**
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، **مسئولیت مدنی ناشی از عیب تولید، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.**
- کاتوزیان، ناصر و محسن ایزانلو (۱۳۹۷)، **الزام‌های خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، جلد سوم: بیمه مسئولیت، تهران: انتشارات گنج دانش.**
- محقق داماد، سیدمصطفی و هانی حاجیان (۱۴۰۰)، «نظریه عمومی جرمه مدنی (تعزیرات غیرکیفری) در فقه اسلامی و حقوق ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۴.
- محمدی، مهدی، مهرزاد ابدالی و پروین اکبرینه (۱۳۹۵)، «مسئولیت مدنی ناشی از مالکیت یا تصرف وسایل نقلیه در حقوق ایران و فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۴.
- یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۲)، «مطالعه تطبیقی اندیشه جمعی شدن مسئولیت مدنی در حقوق فرانسه و ایران و آثار عملی آن بر نحوه جبران خسارت»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳.

انگلیسی

- Abbott, R. (2018), "The Reasonable Computer: Disrupting the Paradigm of Tort

- Liability”, **George Washington Law Review**, Vol. 86, Issue 1.
- Abraham K.S. & Rabin, R.L. (2019), “Automated Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents: a New Legal Regime for a New Era”, **Virginia Law Review**, Vol. 105, Issue 1.
 - Channon, M, McCormick, L., Noussia, K. (2019), **The Law and Autonomous Vehicles Contemporary Commercial Law**, UK: Informa Law from Routledge.
 - Chopra, S. & Laurence, W. (2011), **A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents**, Michigan: University of Michigan Press.
 - Davola, A. (2018), “A Model for Tort Liability in a World of Driverless Cars: Establishing a Framework for the Upcoming Technology”, **Idaho Law Review**, Vol. 54, Issue 3.
 - Fairgrieve, D. (2005), **Product Liability in Comparative Perspective**, Cambridge: Cambridge University Press.
 - Ma’Sum Billah, M., Ghlamallah, E., Christos, A. (2019), **Encyclopedia of Islamic Insurance Takaful and Retakaful**, UK: Edward Elgar.
 - Schellekens, M. (2015), “Self-driving Cars and the Chilling Effect of Liability Law”, **Computer Law & Security Review**, Vol.31, Issue 4.
 - Shavell, S. (1980), “Strict Liability versus Negligence”, **The Journal of Legal Studies**, Vol. 9, Issue 1.
 - Wilkov, S. & Arko, E. (2017), “No Alternative Design: An Often-Overlooked Defense to Product Liability Claims”, **For The Defense**, Online Jouranl.
 - Wittenberg, S. (2016), “Automated Vehicles: Strict Products Liability, Negligence Liability and Proliferation”, **Illions Business Law Journal**, Online Jouranl.

شاخص‌های اتقان آرای قضایی مستند به اسناد بین‌المللی؛ با تأکید بر آرای دعاوی خانواده^۱

عاطفه ذبیحی *

چکیده

یکی از نمودهای سیستم قضایی عادلانه و کارآمد، اتقان و استحکام آرای است که از دادگاه‌های این سیستم در سطوح مختلف ساختار قضایی صادر می‌شود و محصل شدن این ویژگی در آرا، در گرو رعایت معیارهایی در مقام انشای حکم از سوی قاضی صادرکننده است. در این راستا، در نگارش اسباب موجهه رأی، قاضی موظف به تبیین دقیق ادله و مستندات رأی خود است که این استناد ممکن است در برخی پرونده‌ها به تشخیص قاضی به اسناد بین‌المللی باشد. به جهت جایگاه حقوقی اسناد بین‌المللی در نظام حقوق داخلی و تفاوت موجود میان این اسناد در زمینه وجه الزام‌آوری آن برای دستگاه قضا، در مقام صدور رأی توسط قاضی رعایت بایسته‌هایی شکلی و ماهوی ضرورت می‌یابد که پژوهش حاضر مترصد شناسایی و تبیین شاخص‌های اتقان این آرا در دادگاه‌های خانواده با بهره‌گیری از آرای قضات و با استفاده از روش توصیفی تحلیلی است که در نهایت این شاخص‌ها را در رأی دادگاه در دو قالب اصول و قواعد عمومی انشای حکم و بایسته‌های اختصاصی ناظر به استناد به اسناد بین‌المللی از قبیل عدم ابتنای حکم صادره بر اسناد غیرالزامی، نحوه تفسیر اسناد و... تبیین کرده است.

واژگان کلیدی: اسناد بین‌المللی، حقوق بنیادین بشر، اتقان آرای قضایی، اسلوب نگارش رأی، دادگاه خانواده

۱. این مقاله مستخرج از گزارش پژوهشی نویسنده با عنوان «بایسته‌های استناد به اسناد بین‌المللی در آرای دادگاه خانواده» تحت نظارت علمی دکتر ماهر و غدیری در پژوهشگاه قوه قضائیه است.

a.zabihi1001@gmail.com

* پژوهشگر پژوهشکده قوه قضائیه، تهران، ایران

مقدمه

اتقان آرای قضایی از جمله ضرورت‌های نظام قضایی عادلانه به‌شمار می‌رود که فراگیر شدن آن در ردیف پیش‌نیازهای اساسی تحول قوه قضائیه دانسته شده و تحقق آن، ارتقای کیفیت دادرسی را در پی خواهد داشت. در جهت دستیابی به این مهم، اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، تصریح به لزوم مستند و مستدل بودن آرای صادره دادگاه‌ها نموده است.

در همین راستا دستورالعمل ارزیابی اتقان آرای قضایی (بخشنامه شماره ۱۰۰/۱۴۷۱۷۲/۹۰۰۰ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۹) در راستای اجرای بند (د) ماده ۱۱۳ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه (۱۳۹۶-۱۴۰۰) مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ مبنی بر ارتقای شاخص‌های توسعه حقوقی و قضایی در طول اجرای قانون برنامه و در راستای تأکیدات مقام معظم رهبری در زمینه ضرورت اتقان آرای قضایی و فراگیر شدن آن و نیز نظارت کیفی بر نحوه عملکرد قضایی و افزایش صدور آرای متقن و مستحکم به تصویب ریاست محترم قوه قضائیه رسیده است. این مهم از طریق آموزش صحیح و به عبارتی ارائه دقیق معیارها و ضوابط انشای رأی متقن صورت می‌پذیرد که در سیاست‌های کلی امنیت قضایی ابلاغی ۱۳۸۱/۷/۲۸ مقام معظم رهبری در جهت تضمین عدالت و تأمین حقوق فردی و اجتماعی همراه با سرعت و دقت مورد تأکید قرار گرفته است.

از جمله موضوعاتی که در راستای تأمین هدف اتقان آرای قضایی پرداختن به آن موضوعیت می‌یابد، امکان و نحوه استناد به اسناد بین‌المللی و حقوق بنیادین بشر به‌عنوان مستندات و ادله مندرج در رأی صادره از دادگاه‌ها است که این مهم در موضوعات ناظر به امور و دعاوی خانوادگی اهمیت ویژه می‌یابد؛ چه اینکه در این حوزه احکام و مقررات داخلی پیوست ناگسستگی با آموزه‌های فقهی داشته و در بسیاری از زوایا، به جهت مبانی، تفاوت بنیادین میان قواعد حقوق بشری و قوانین داخلی وجود دارد و به همین لحاظ، در مقام بررسی شاخص‌های اتقان آرای مستند به اسناد بین‌المللی در این پژوهش، دامنه بحث ناظر به آرای صادره از دادگاه‌های خانواده قرار گرفته است.

شایان توجه است گرچه در آرای از این قسم تاکنون استناد به اسناد در کنار سایر ادله از قوانین داخلی صورت گرفته؛ ولی استناد غلط و نامطلوب، رأی دادگاه را از جهت اعتبار و میزان اعتماد به سلامت کامل رأی صادره از هرگونه خدشه و اشتباه، در محل تردید قرار می‌دهد و اگر اعتبار این اسناد بین‌المللی به رسمیت شناخته شود؛ باید ملتزم به امکان صدور رأی مبتنی بر صرف اسناد بدون ذکر ادله قانونی دیگر شد.

در عرصه ایفای تعهدات بین‌المللی دولت، هر یک از قوای سه‌گانه در چهارچوب اختیارات و

صلاحیت‌های خود بر اساس حقوق داخلی مکلف به اجرای این تعهدات دانسته شده است. در این راستا قوه قضائیه نیز مکلف به هماهنگ شدن با موازین بین‌المللی لازم‌الاجرا در مقام تعقیب، تحقیق، صدور و اجرای احکام صادره در دادگاه‌ها دانسته شده که در فرض عدم اقدام، به دلیل تخلف ارکان کشور از تعهدات دولت، موجبات ایجاد مسئولیت بین‌المللی برای دولت متبوع فراهم خواهد شد. تکلیف قوه قضائیه در این زمینه حتی در موارد امکان تعلیق تعهدات حقوق بشر در شرایط اضطرار نیز باقی بوده و فرایند نظارتی با لحاظ سه معیار و اصل اساسی یعنی حاکمیت قانون، استقلال قضایی و بی‌طرفی بر عهده نهادهای مرتبط در قوه قضائیه قرار می‌گیرد (اقبالی، ۱۴۰۰: ۵۳).

تفکیک قوا و استقلال قاضی و قوه قضائیه در خصوص صدور رأی و تصمیم‌گیری نهایی، این اثر را به دنبال دارد که اقدامات این دستگاه به مثابه عمل دولت متبوع قلمداد گردد (مستقیمی و طارمسری، ۱۳۷۷: ۷۵) و در این راستا، در صورت عدم رعایت تعهدات بین‌المللی توسط قاضی، حکم وی به دلیل تجاوز از حدود اختیارات قانونی محکوم به بطلان دانسته شده (فلسفی، ۱۳۷۵: ۳۶۷)^۱ و باید در محاکم عالی نقض گردد (ذوالعین، ۱۳۸۳: ۵۹۱-۵۸۸).

در کنار تکلیف مذکور، قاضی در مقام اجرای اسناد از آزادی عمل برخوردار نبوده و موظف به رعایت بایسته‌های شکلی و ماهوی استناد به اسناد بین‌المللی و حقوق بنیادین بشر در آرای خود خواهد بود. علاوه بر اصول و قواعد عمومی که قاضی به هنگام انشای رأی ملزم به رعایت آن است؛ ویژگی‌های خاص اسناد و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران اقتضا دارد که اصولی خاص ناظر به استناد به این اسناد در نگارش دادنامه به شرح ذیل مورد توجه قرار گیرد.

۱. رعایت اصول و قواعد عمومی انشای حکم

پس از طی فرایند رسیدگی و برگزاری جلسات دادرسی، قاضی موظف به انشای حکم است. به‌منظور برخورداری رأی دادگاه از اتقان و استحکام متناسب و درخور برای سند صادره از مرجع رسمی قضایی، قاضی موظف خواهد بود که ضمن تقریر دادنامه، ساختار رأی و شاخص‌های نگارش آن را مورد توجه قرار دهد.

حکم دادگاه به‌لحاظ ساختاری دارای سه بخش مهم و در عین حال متمایز شامل مقدمه، اسباب موجهه و نتیجه حکم بوده که ذکر موضوعاتی به شرح ذیل در هر یک لازم دانسته شده است: معرفی اصحاب دعوا و خلاصه‌ای از ادعاها، دفاعیات، ادله و استدلال‌ات آن‌ها و نیز خواسته دعوا، بخش

۱. این قاعده در کمیته مقدماتی کنفرانس تدوین حقوق بین‌الملل لاهه (۱۹۳۰) تأیید شده و بر این اساس، آرای نیز صادر شده است (مسعود، ۱۳۸۳: ۱۱).

مقدمه رأی را تشکیل می‌دهد. جهات یا اسباب حکم که اعم از جهات موضوعی و قانونی است؛ با استناد به ادله اثبات دعوا (ادله خارجی) و قانون (اعم از نص صریح، مفاد و روح قانون) و همچنین اصول احراز شده و قاضی در بخش اسباب موجهه، با انتخاب و ترجیح دادن مستدل و مستند ادعاها، ادله و دفاعیات یکی از اصحاب دعوا، جهات و اسباب حکم یا قرار قاطع دعوا را به منظور رسیدن به نتیجه رأی بیان می‌نماید. در نهایت، دادگاه به موجب بخش نتیجه (منطوق یا مفاد رأی)، حسب مورد، موضوع محل اختلاف طرفین را فصل (با صدور حکم) یا دعوا را مردود یا غیرقابل استماع و... (با صدور قرار) اعلام می‌کند (شمس، ۱۳۸۷/۱: ۴۴۱).

قسمت‌های سه‌گانه مذکور تحت عنوان ساختار رأی متقن، در ماده ۲ دستورالعمل ارزیابی اتقان آرای قضایی مصوب ۱۳۹۹ تحت عناوین «مقدمه، بدنه اصلی رأی و قسمت پایانی» ذکر شده و ذیل هر یک، موضوعات جزئی که باید در این ساختار قرار گیرد، به تفصیل بیان شده است. علاوه بر توجه به ساختار رأی، به هنگام نگارش، قاضی باید اصول و قواعدی را مورد توجه قرار دهد که ماده ۳ دستورالعمل مذکور تحت عنوان شاخص‌های رأی متقن به ذکر بایسته‌های انشای آرای حقوقی و کیفری در قالب ۱۴ مورد پرداخته است. بر این اساس، هر دادنامه صادره از دادگاه‌ها باید واجد اوصاف و ویژگی‌های شکلی و ماهوی باشد تا بتوان آن را به عنوان رأی متقن و مستحکم قلمداد نمود.

آراسته شدن رأی قضایی به اصول و قواعد شکلی نگارش در پرتو «رعایت ساختار شکلی و نیز توجه به رموز و فنون نگارشی در تدوین رأی قضایی همچون استواری نثر، رعایت رسم الخط، رعایت نشانه‌گذاری، به‌گزینی واژه‌ها، پرهیز از پیچیدگی کلام، به کار گرفتن واژگان مأنوس و روان و استفاده از جملات کوتاه و ساده، پرهیز از کوتاه‌نویسی آسیب‌زننده و درازنویسی خسته‌کننده، لزوم جلوگیری از اغلاط تایپی» (واحد تهیه و تدوین متون آموزشی، ۱۳۸۱: ۶۵) خواهد بود.

علاوه بر شکل و ساختار، به لحاظ محتوایی نیز رأی صادره از دادگاه باید استوار و متقن باشد و ویژگی‌هایی شامل مستدل و مستند بودن رأی، موجه بودن (قاعده لزوم توجیه عقلی و منطقی)، رعایت اصول حقوقی در صدور آرا، ممنوعیت دادن حکم کلی و لزوم تعیین تکلیف به صورت خاص، توصیف رأی از حیث قابلیت اعتراض و تجدیدنظرپذیری، وضوح و شفافیت در اعلام رأی، صدور رأی در چهارچوب خواسته خواهان، توجه به قواعد و اصول مربوط به صلاحیت، عدم تناقض در مفاد رأی و رعایت قواعد تفسیر قضایی در رأی دادگاه لازم دانسته شده است (باقری و صداقتی، ۱۳۹۳: ۱۴۹-۱۸۶). بایسته‌های شکلی و ماهوی مذکور در صدور آرای تمامی مراجع قضایی اعم از حقوقی، کیفری، اداری و... لازم‌الاتباع است (ماده ۴ دستورالعمل اتقان آراء).

بایسته‌هایی که قاضی در مقام انشای حکم به‌طور خاص در استناد به اسناد بین‌المللی باید مورد توجه داشته باشد را به‌طور کلی می‌توان ذیل پنج عنوان جای داد که البته در مواردی شاید اصل ذکر شده در ردیف اصول و قواعد عمومی انشای حکم باشد؛ لیکن به‌دلیل جایگاه و اهمیت ویژه آن و همچنین با هدف آسیب‌شناسی دقیق‌تر آرای که در آن باب تاکنون صادر شده (به‌تبع شایع بودن خطای قاضی در آن زمینه)؛ این اصول به‌عنوان بایسته‌های اختصاصی به‌شرح ذیل باید مورد توجه باشد.

۲. عدم ابتدای حکم صادره بر اسناد غیرالزامی برای ایران

یکی از بایسته‌های استناد دادگاه به اسناد بین‌المللی در مقام صدور حکم را باید توجه به الزام‌آوری سند مورد استناد قاضی دانست. گرچه قاضی و به‌طور کلی دستگاه قضا به‌عنوان یکی از ارکان دولت، از منظر حقوق بین‌الملل مکلف به اجرای تعهدات بین‌المللی دولت بوده و عدم پایبندی نظام قضایی به این تعهدات به‌مثابه نقض تعهد از سوی دولت به شمار می‌رود؛ اما مسئولیت بین‌المللی دولت باید منفک از تکالیف نهادها و مراجع قضایی در نظام حقوق داخلی بررسی شود. به‌ویژه در نظام‌های قائل به نظریه دوآلیسم که اجرای این تعهدات در داخل مبتنی بر سازوکارهایی است.

در این راستا به‌رغم اینکه قاضی ایرانی به‌واسطه تعهدات دولت متبوع خود در عرصه بین‌الملل، در تکلیف به اجرای تعهدات، سهم دانسته شده؛ لیکن به‌دلیل تکلیفی که قانون‌گذار در انشای حکم مقرر به استناد و استدلال، برعهده وی نهاده؛ از اجرای خودسر تعهدات بین‌المللی منع شده (هاشمی، ۱۳۸۸: ۲۳۱)؛ با این توضیح که به‌موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹، قانون‌گذار ایرانی قاضی را مکلف به اجرای قوانین و مقررات داخلی نموده است؛ لذا قاضی برای اجرای هر نوع قانون و قاعده‌ای از جمله مقررات بین‌المللی، نیازمند اجازه قانون‌گذار است.

بر این اساس، قاضی مجاز به استناد به اسناد بین‌المللی که فرایند الحاق و تصویب مجلس شورای اسلامی در مورد آن‌ها طی نشده؛ نخواهد بود. به‌عنوان نمونه، قاضی دادگاه نمی‌تواند با استناد به کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان یا اعلامیه جهانی حقوق بشر اقدام به صدور رأی نماید. چه اینکه قاضی در مقام مستند نمودن رأی تنها مجاز به استناد به ذکر مواد قانونی و مقررات و درصورت خلأ آن، استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر و اصول حقوقی برای مستند کردن رأی خود است؛ درحالی‌که اسناد مذکور به‌دلیل عدم تصویب در داخل کشور در دایره هیچ‌یک از منابع مذکور قرار نمی‌گیرد؛ این درحالی است که چنین استناداتی در برخی آرای دادگاه‌ها مشاهده

می‌شود.

نمونه چنین استنادی را می‌توان در رأی شماره ۹۹۰۹۹۷۱۵۱۱۶۶۰۰۵۷۷ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۱ دادگاه تجدیدنظر نسبت به تجدیدنظرخواهی از دادنامه بدوی به خواسته حکم بر الزام زوج (تجدیدنظرخواه) به طلاق زوجه دانست. در این دادنامه دادگاه تجدیدنظر در تأیید دادنامه بدوی به اسناد بین‌المللی غیر مصوب از جمله اعلامیه لغو خشونت علیه زنان ۱۹۹۳ مجمع عمومی سازمان ملل و همچنین اعلامیه اسلامی حقوق بشر ۱۹۹۰ قاهره استناد کرده است. گرچه در مجموع به جهت تعداد زیاد ادله و مستندات ذکر شده در رأی، نتیجه نهایی این دادنامه قابل دفاع است، به همین لحاظ نیز منجر به صدور رأی اصراری شده است؛ لیکن برخی استنادات باید با دقت نظر بیشتری ذکر می‌شد.^۱

همچنین رأی مزبور به مواد ۳، ۱۲ و ۱۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ استناد نموده است؛ البته استناد به این اعلامیه در رأی مذکور از جهت اعتبار آن‌ها از منظر عرف بین‌الملل و تعهدات دولت ایران به عنوان یکی از امضاکنندگان اصلی منشور ملل متحد در سانفرانسیسکو دانسته شده است؛ به علاوه اینکه ایران در پنجم سپتامبر ۱۹۴۵ نیز منشور سازمان ملل متحد را در مجلس شورای ملی به تصویب رسانیده و در سال ۱۳۲۷، دولت ایران در جریان تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر جزء رأی دهندگان مثبت آن بوده است. گرچه قاضی محترم به پشتوانه این استدلال به اسناد مذکور استناد نموده و این دیدگاه نیز یکی از دیدگاه‌های طرح شده در میان برخی حقوق دانان نسبت به تعهدات ایران است (البته دیدگاه عدم الزام‌آوری اعلامیه به لحاظ ماهیت آن، دیدگاه اصح نزد حقوق دانان است) و به فرض اینکه طبق دیدگاه مزبور، ایران در عرصه بین‌الملل متعهد به اجرای آن‌ها دانسته شود؛ اما از منظر تکالیف و اختیارات قاضی در نظام حقوق ایران چنین جوازی برای قاضی قابل تصور نخواهد بود.

۳. تفسیر دقیق مفاد اسناد بین‌المللی با توجه به اصول حاکم بر تفسیر

گرچه در حکم کلی باید قاضی را موظف به اجرای تعهدات بین‌المللی دولت در فرایند رسیدگی به دعاوی دانست؛ لیکن به دلیل نوع رابطه مفاد اسناد بین‌المللی با قوانین داخلی کشور، قاضی باید در استناد به اسناد بین‌المللی در مقام صدور حکم محدود به برخی ملاحظات دانسته شده و پایبند به اصول حاکم بر تفسیر قوانین باشد.

در باب ضرورت تفسیر مفاد اسناد بین‌المللی در مقام استناد به آن در دادنامه، باید توجه داشت

۱. جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به: <https://www.tabnak.ir/fa/news/10315420>

که از یک سو با توجه به ابتدای حقوق داخلی بر موازین اسلامی این اسناد به لحاظ مبانی، متفاوت از حقوق داخلی است؛ لذا ولو با تصویب در مجلس و کسب اعتبار به عنوان قانون، رابطه مفاد اسناد با قوانین داخلی باید مورد بررسی قرار گیرد و از سوی دیگر اسناد بین‌المللی و حقوق بشری به واسطه ماهیت راهبردی و ساختار متفاوتی که نسبت به قوانین و مقررات داخلی کشورها دارند نیازمند تبیین و تفسیر بوده و دایره اصول و قواعد مندرج در اسناد با استفاده از مواد دیگر هر سند و نیز در مقایسه با اسناد دیگر باید مورد شناسایی قرار گیرد تا در پی کشف اراده حقیقی تدوین‌کنندگان سند، به معنای حقیقی سند به اجرا در آید. در واقع کلیت و مجرد بودن و ابهام و عدم وضوح در متون که در مورد هر قانون وضع شده از سوی بشر صدق می‌کند (نوبخت، ۱۳۸۸: ۱۷)، ضرورت ارائه تفسیر از اسناد بین‌المللی را روشن می‌سازد.

به طور کلی فرایند تفسیر قانون که در موارد نقص، ابهام و اجمال، فقدان و خلأ یا تعارض قوانین موضوعه ضرورت می‌یابد، همواره یک مسئله حکمی بوده؛ لذا پرداختن به آن به صورت رسمی، تنها از سوی نهادها و مراجعی پذیرفته است که صلاحیت آن‌ها از سوی مقنن پیش‌بینی شده باشد (اصل ۷۳ قانون اساسی). چنانچه این تفسیر از سوی قوه مقننه ارائه شود، تفسیر قانونی و اگر از قوه قضائیه صادر شود، تفسیر قضایی اطلاق می‌شود. قاعداً تفسیری هم که موضوع بحث حاضر است تفسیر قضایی و در مقام صدور رأی است و قاضی به منظور اجرای اسناد موظف به تفسیر سند و تعیین دقیق صغری و کبری قیاسی خواهد بود که منتج به حکم نهایی می‌شود. این نکته قابل توجه است که در مورد اسناد بین‌المللی، نهادهای مجری (مانند کمیته حقوق بشر در مورد میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و...) پیش‌بینی شده است که نظریات تفسیری صادره از آن‌ها در مورد مواد مختلف اسناد در زمره منابع قابل مراجعه قضات خواهد بود.

تفسیر قانون به معنای «تعیین مدلول حقیقی قوانین متداول» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۰۸) صرف نظر از دیدگاه‌های مکاتب مختلف تفسیری به طور کلی متشکل از ۶ عنصر اصلی دانسته شده (بابایی مهر، ۱۳۸۸: ۱۶۹) که باید در مواجهه و استناد به اسناد بین‌المللی مورد توجه قاضی قرار بگیرد. این عناصر شامل موارد زیر است:

۱. شرح و توضیح الفاظ و عبارات مبهم قانون؛ ۲. تبیین و تفصیل نصوص قانونی؛ ۳. یافتن حکم موضوعات و شرایطی که حکم آن در قانون آشکارا مشخص نشده است؛ ۴. رفع تناقض یا تعارض موجود میان بخش‌های مختلف قانون؛ ۵. تلاش جهت کشف اراده واقعی قانون‌گذار؛ ۶. پرهیز از تبدیل و تغییر در قانون».

پایبندی به عناصر مذکور را در اسناد بین‌المللی با لحاظ جایگاه و ویژگی‌های خاص این اسناد

می‌توان در قالب رعایت «احتیاط در استناد به اطلاعات اسناد، پابندی به دایره مفهومی و مصداقی حق (ضرورت تشخیص و تطبیق صحیح جهات موضوعی و حکمی)، امکان عملی اجرای سند در حقوق داخلی به تبع وجود مقدمات و اسباب آن، تکلیف قاضی در دایره تعارض قانون داخلی و اسناد بین‌المللی در حکم قانون داخلی» از سوی قاضی دانست.

۳-۱. احتیاط در استناد به اطلاعات اسناد

چنان‌که قواعد ناظر به تفسیر قوانین اقتضا دارد تمسک به اطلاق عبارات بدون توجه به قرائن و قیود، خلاف منطق تفسیر است. به‌طور کلی تفسیری که از قانون در علم حقوق ارائه می‌شود، بر مبنای وسیله استنباط به تفاسیر ادبی، منطقی، اصولی (که از آن به تفسیر ترکیبی یا سیستماتیک^۱ نیز تعبیر می‌شود) و تاریخی تقسیم می‌شود^۲ و آنچه در اینجا مدنظر است بیشتر ناظر به اقسام تفسیر منطقی و تفسیر اصولی است.

مقصود از تفسیر منطقی، تحقیق در کشف اراده قانون‌گذار از طریق استنتاج عقلی و قواعد منطقی است^۳. در تفسیر اصولی، قواعد حقوقی و مواد قانونی، با توجه به اصول کلی و قواعد اصلی حاکم بر سیستم حقوقی تفسیر می‌شوند. این تفسیر که «عمل به روح قانون» نیز تعبیر شده (امامی، بی‌تا: ۵: ۲۰)، در واقع، استنباط احکام به وسیله استقرا، تمثیل، قیاس، استصحاب و امثال آن است (نوبخت، ۱۳۸۸: ۱۲۴). البته تفکیک این قسم از تفسیر منطقی به آسانی امکان‌پذیر نیست^۴.

احتیاط مزبور در مورد اسناد و عدم تمسک به اطلاق ظاهری مفاد آن از دو جهت ضرورت می‌یابد که بر همین اساس تفسیر قاضی از هر اصل یا ماده مندرج در سند (اعم از تفسیر منطقی یا اصولی) موضوعیت پیدا می‌کند. جهات مزبور شامل کشف مقصود حقیقی سند و تفسیر صحیح آن و تبیین رابطه مفاد سند با قانون داخلی است.

۳-۱-۱. کشف مقصود حقیقی سند و تفسیر صحیح آن

مواد مندرج در اسناد بین‌المللی به‌جهت شأنت و جایگاه ویژه در بیان قواعد حقوق بشری و نگاه

1. Interpretation systematique

در این روش رابطه و سیستمی که تمام قواعد و تأسیسات حقوقی را به یک مجموعه به هم پیوسته تبدیل می‌کند، به کار گرفته می‌شود (دیلمی، ۱۳۸۲: ۱۴۰).

۲. وجوه تقسیمات دیگر شامل: تفاسیر قانونی، قضایی، علمی، اداری، محدود (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۵۳-۲۱۶).
۳. سعی بر این است که تضادها و ناهماهنگی‌ها و ابهامات موجود در قانون، لااقل در ظاهر با استدلال معقول و منطقی برطرف شود؛ زیرا فرض بر این است که قانون‌گذار عاقل است، (نوبخت، ۱۳۸۸: ۱۲۴).
۴. به گونه‌ای که حتی اذعان شده تفسیر اصولی چهره ویژه‌ای از تفسیر منطقی است که نظم حقوقی را به سوی «قاعده‌گرایی» و «معقول» هدایت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲/۱۶۳).

راهبردی و هدف سیاست‌گذاری در هم‌سو نمودن قوانین داخلی دولت‌ها، غالباً از اطلاق و عموم برخوردار است؛ لذا استناد به یک ماده بدون توجه به مواد دیگر سند یا اسناد دیگری در آن موضوع و شناسایی تقییدات و تخصیصات موجود در اسناد از سوی قاضی منتج به تحقق هدف سند نخواهد بود و اقدام صحیحی به شمار نمی‌رود.

نکته دیگر اینکه در مواردی که کشف مقصود سند برای قاضی از ظاهر سند امکان ندارد و مبهم است؛ این سؤال مطرح می‌شود که تفسیر معاهده چگونه باید انجام گیرد؟ مرجع تفسیر رسمی در حقوق داخلی روشن است؛ اما مرجع تفسیر معاهده در مواضع ابهام را باید چه نهادی دانست؟ در این زمینه استفاده از نظریات تفسیری مواد مختلف اسناد می‌تواند در شناسایی حدود و دایره هر قاعده راهگشا باشد. اما در مواردی که ابهام مذکور از طریق مفاد خود سند یا نظریات تفسیری مرتفع نمی‌شود؛ قاضی مجاز به تفسیر نبوده و به دلیل ابهام، قانون داخلی باید معیار اتخاذ تصمیم و صدور حکم برای قاضی قرار بگیرد.

۳-۱-۲. تبیین رابطه مفاد سند با قانون داخلی

علاوه بر شناسایی قیدها و تخصیص‌ها برای احکام دارای اطلاق مندرج در اسناد با استفاده از مفاد خود اسناد بین‌المللی، از جانب دیگری نیز رعایت احتیاط از سوی قاضی لازم است و آن هم مقید شدن یا تخصیص خوردن قواعد واجد اطلاق مندرج در سند با قوانین داخلی کشور است؛ لذا تفاوت‌های ماهوی و اقتضائات حقوقی و عملی معاهدات یاد شده در مقایسه با قوانین عادی را نباید از نظر دور داشت.

براین اساس، در زمینه قابلیت استناد به معاهدات به عنوان قانون و اجرا و اعمال آن در مقام رسیدگی‌های قضایی، توجه به ابعاد قراردادی و معاهداتی در چهارچوب حقوق بین‌الملل و با لحاظ تفاوت‌های معاهدات با قوانین عادی لازم دانسته می‌شود (توازی‌زاده، ۱۳۹۵: ۵۸).

۳-۲. پایبندی به دایره مفهومی و مصداقی حق (ضرورت تشخیص و تطبیق صحیح جهات موضوعی و حکمی)

یکی از اصول نگارش آرای قضایی را معناشناسی حقوقی و به‌گزینی واژه برشمرده‌اند چه اینکه اگر انتخاب واژه‌ها به درستی صورت نگیرد دلالت آن‌ها بر معانی به وجهی که مقصود نویسنده است صورت نمی‌گیرد و چه بسا موجب سوء برداشت و سوء ادراک شود (صالحی‌راد، ۱۳۸۷: ۴۹). این انتخاب واژه در استناد به اسناد بین‌المللی از جهت تطبیق مفاهیم حقوقی مندرج در اسناد با مفاهیم حقوق داخلی به لحاظ ماهوی اهمیت ویژه می‌یابد؛ چه اینکه در پی عدم توجه به این امر، این احتمال وجود دارد که قاضی در رأی خود مفاهیم غیر منطبق را در معنای واحد استفاده کند و این امر موجب

ایجاد غلط در استدلال شود.

در این راستا در دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۱۵۱۶۶۰۰۵۸ مورخ ۱۳۹۹/۱/۲۳ صادره از دادگاه تجدیدنظر با خواسته «صدور مجوز اهدای جنین به لحاظ عدم باروری» عدم امکان استناد به حقوق بنیادین بشر به دلیل عدم تطبیق دایره مفهومی حق مورد استناد قاضی با خواسته مشاهده می شود. توضیح اینکه دادگاه در راستای اثبات جواز اعطای جنین به زوجینی که پس از خروج از سن باروری و با داشتن یک فرزند معلول ۱۳ ساله، متقاضی اهدای جنین شده اند؛ به طور خلاصه به برخی حق های بشری از قبیل «حق بر سلامت»، استناد نموده که دلایل استنادی از جهاتی چون عدم انطباق حق بر سلامت با مفهوم مدنظر دادگاه محل اشکال است (جهت مطالعه رأی و نقد آن، نک: ذبیحی، ۱۳۹۹: ۱۰۱-۱۱۹).

همچنین در دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۸۳۶۵۳۰۰۶۴۲ مورخ ۱۳۹۹/۶/۱۱ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان کرمانشاه برای صدور حکم رد خواسته الزام به تمکین زوج به دلیل رفتار نامناسب وی با زوجه به ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر ناظر به حق امنیت فردی استناد شده است که با موضوع بحث انطباق ندارد.

۳-۳. امکان عملی اجرای سند در حقوق داخلی به تبع وجود مقدمات و اسباب آن

در مواردی مشاهده می شود اجرای معاهده مستلزم وضع قاعده جدید در داخل است یا اجرای برخی مفاد اسناد به دلیل فقدان سازوکار و زیرساخت های لازم مستقیماً امکان عملی ندارد و به منظور اجرایی شدن تعهد، تکلیفی در قالب وضع قاعده جدید اعم از قانون یا مقرر و آیین نامه به عهده دولت قرار گرفته؛ لذا حکم نمودن قاضی بر اساس سند تا قبل از اقدام دولت جایز نخواهد بود.

۳-۴. تکلیف قاضی در دایره تعارض قانون داخلی و اسناد بین المللی در حکم قانون داخلی

این بحث در دو سطح مطرح است. یکی ناظر به اسنادی که هنگام تصویب، معارض با قوانین مصوب پیشین در حقوق کشور است و وجه دیگر، تکلیف قاضی در موردی که قانون گذار، پس از تصویب معاهده در داخل و لازم الاجرا شدن آن، مصوبه معارض این اسناد را متعاقباً وارد دایره قوانین داخلی می کند.

۳-۴-۱. تعارض معاهده مصوب با قوانین داخلی پیشین

به قرینه اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ممنوعیت قضات از استکاف از احقاق حق، قاضی را مکلف به استناد به معاهدات در صدور رأی دانسته اند، چراکه مقصود از قوانین مدونه در این اصل، کلیه مصوبات تقنینی مجلس شورای اسلامی که مراحل بعدی قانونی شدن آن طی شده، دانسته شده است (ساعد، ۱۳۸۳: ۱۱۶)؛ اما به نظر می رسد نمی توان در این زمینه چنین با اطلاق سخن گفت.

گرچه فرایند تصویب قانون در مجلس طی می‌شود؛ اما با توجه به برتر دانستن قانون اساسی و لزوم عدم مغایرت قوانین با موازین اسلامی مبتنی بر اصل ۴ قانون اساسی، این قسم مصوبات مجلس نیازمند تفسیر و تطبیق با معیار مذکور خواهد بود.

سؤال اصلی در این زمینه این است که آیا قاضی می‌تواند به اطلاعات اسناد بدون توجه به مغایرت‌ها استناد کند؟ در مواردی که رابطه قانون اساسی و حتی داخلی با اسناد واجد ابهام است و دایره تخصیص و تقییدها به روشنی قابل‌ترسیم نیست آیا می‌توان قاضی را مجاز به تفسیر قضایی در این زمینه دانست؟

در زمینه امکان نسخ یا تخصیص قوانین عادی توسط معاهدات مصوب دارای موضوع واحد، دو شکل مواجهه از سوی قوه قضائیه قابل‌فرض است: از یک‌سو ممکن است با توجه به اصل نسبی بودن معاهدات، مقررات کنوانسیون مؤخر را تنها ناظر به طرفین معاهده و تخصیص زننده قانون داخلی مقدم دانست؛ از سوی دیگر ممکن است معاهده مؤخر را در مقام یک قانون مؤخر، به‌طور کلی ناسخ قانون مقدم داخلی دانست. منطق عملی و رویه تعدادی از کشورها حاکی از گرایش به تفسیر دوم است؛ زیرا الحاق به یک معاهده در واقع به‌منزله گزینش نظام حقوقی تدوین شده در معاهده مزبور صرف‌نظر از رابطه معاهداتی با کشورهای متعاقد است (توازی زاده، ۱۳۹۵: ۷۲-۷۰).

در حقوق داخلی چنین تفسیری قابل‌پذیرش نیست؛ زیرا قانون داخلی به‌دلیل ابتنای بر فقه امامیه با مفاد سند معارضه می‌کند و با توجه به اینکه تردیدی در تقدم قانون اساسی بر معاهدات وجود ندارد و عدم مغایرت با موازین اسلامی معیار قانون اساسی برای تصویب قانون است؛ این تعارض در واقع معارضه با قانون اساسی است که در این صورت بر سند مقدم می‌شود. از این‌رو، نمی‌توان قائل به امکان نسخ قانون عادی به‌وسیله معاهدات شد؛ مگر در مواردی که علت تعارض، مغایرت با احکام اسلامی نباشد که در این صورت به‌دلیل هم‌عرض بودن دو مصوبه قانون‌گذار، اراده اخیر مقنن را باید حاکم دانست.

به بیان دقیق‌تر، در مواضع تفاوت بنیادین مفاد اسناد بین‌المللی با مبانی نظام حقوقی داخلی، باید قائل به التزام به حقوق داخلی شد. در قلمرویی که قانون از شرع اقتباس گردیده (یا باید اقتباس گردد)؛ چنین اظهار شده که الفاظ قانون موضوعیت نداشته و تنها به‌عنوان طریق و ابزاری برای بیان حکم شرع محسوب خواهد شد. آنچه موضوعیت دارد حکم شرع است و لذا اگر به دلایل و قرائنی اطمینان حاصل شود که معنای ظاهری قانون با حکم شرعی که حقیقتاً قانون‌گذار در مقام بیان آن بوده تفاوت دارد؛ می‌توان از ظاهر قانون دست شسته و ماده را بر اساس مراد جدی مقنن - که به حسب فرض بیان حکم شرع بوده است - فهم و تفسیر نمود. دامنه این امر تا جایی قابل‌توسعه دانسته

شده که ممکن است منجر به اضافه شدن استثنائاتی به استثنائات قانون یا افزودن قیدی به اطلاق ماده یا تخصیصی بر عموم ماده شده یا حتی در موارد استثنایی، حکم ماده از اثبات به نفی تبدیل شود. البته چنین تفسیری مشروط بر این دانسته شده است که مفسر یا قاضی دلایل و قرائن روشن برای عدول از معنای ظاهری ماده در دست داشته باشد (الشریف، ۱۳۹۱: ۶۰۴).

در ارتباط با اسناد بین‌المللی به‌طور ویژه قاعده مذکور باید مورد توجه قاضی باشد چه اینکه این اسناد همانند قانون داخلی به‌صورت ماده به ماده و با دقت نظر موجود در فرایند تصویب قانون عادی، از مجرای شورای نگهبان طی طریق ننموده (که در مورد اسناد مصوب قبل از انقلاب این فرض اساساً منتفی است)؛ لذا فرض ابتدای آن‌ها بر موازین اسلامی را باید مخدوش دانست و قاضی در موارد تعارض ملزم به تقدیم قانون داخلی خواهد بود.

این اصل درخصوص دعاوی خانوادگی که نقش فقه امامیه در شکل‌گیری احکام این حوزه بی‌تردید است؛ بیشتر نمود پیدا می‌کند و احتیاط بیشتری را از جانب قاضی می‌طلبد. از سوی دیگر در قوانین حوزه خانواده در مواردی موضوع از منظر قانون‌گذار چنان مبهم است که قانون‌گذار اعلام موضع قطعی در این زمینه را به مصلحت ندانسته و نسبت به آن سکوت کرده است. از این دست قوانین می‌توان احکام ناظر به درمان‌های ناباروری را نام برد که قانون‌گذار به‌دلیل حساسیت ویژه موضوع و اختلاف جدی میان آرای فقها و عدم امکان پذیرش برخی مبانی حقوق غربی در این حوزه، صرفاً با تصویب قانون مختصر اهدای جنین به زوجین نابارور، احکامی کلی را بیان نموده و در زمینه برخی آثار چون قطع رابطه نسبی و... کاملاً محتاطانه و در محدودترین شکل ممکن، در این عرصه اقدام به قانون‌گذاری نموده است. براین اساس، در چنین مواردی که سکوت قانون‌گذار در فروعات و آثار مترتب بر اهدای جنین، عامدانه و به‌دلیل محدودیت‌های فقهی امر است؛ یقیناً استناد به اسناد بین‌المللی و حقوق بشری جایز نبوده و چه بسا به‌منزله توسعه قانون داخلی و نوعی قانون‌گذاری به شمار رود که با شأن و جایگاه قضاوت هماهنگی ندارد.

ازجمله آرای که به‌لحاظ تفاوت مذکور در مبانی، می‌توان استناد به اسناد بین‌المللی در احکام خانواده در آن را محل ایراد جدی دانست؛ دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۲۲۱۴۱۰۱۰۹۴ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۳۰ صادره از دادگاه عمومی به‌خواسته «صدور گواهی عدم امکان سازش جهت اجرای صیغه طلاق» است که در راستای عدم پذیرش اختیار مطلق شوهر در طلاق و اثبات امکان صدور حکم بطلان دعوی طلاق مرد، در ردیف دلایل استنادی به تساوی حقوق زوجین مندرج در اسنادی چون میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی یا اعلامیه جهانی حقوق بشر (در حکم قانون داخلی لازم‌الاجرا) استناد شده؛ درحالی‌که چنین اصلی با مواد متعدد قانون مدنی در تعارض بوده و حاکم

نمودن آن بر قوانین داخلی مستلزم نقض تعداد کثیری از مواد قانون مدنی خواهد بود (جهت مطالعه رأی و نقد آن، نک: ذبیحی، ۱۳۹۹: ۹۷-۷۹).

۲-۴-۳. تصویب قانون داخلی معارض با اسناد

در مواردی مشاهده می‌شود که دولت عضو معاهده از طریق مجلس یا نهادهای مقررات‌گذار اقدام به وضع قاعده‌ای می‌نماید که ممکن است در این قوانین جدید، مفاد معاهدات مصوب پیشین را رعایت نکرده و قانون جدید، ناقض مفاد معاهده و در تعارض با آن باشد. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا در چنین مواردی، باید قاضی را ملزم به اجرای مقررۀ مؤخری که در حقوق داخلی تصویب شده دانست یا بر این قائل شد که قاضی مستقیماً می‌تواند قانون جدید را به دلیل اینکه خلاف معاهده است، فاقد قابلیت اجرایی بشمارد؟ به همان ترتیبی که قانون اساسی در مورد آیین‌نامه‌های خلاف قانون، قضات را مجاز به عدم اجرای آیین‌نامه دانسته است.

در واقع، یکی از حوزه‌های تأثیر تعریف ماهیت معاهدات در مقام اجرای آن‌ها به‌عنوان قانون، مسئله جایگاه معاهدات مصوب مجلس نسبت به قوانین عادی است که درخصوص موضوعاتی نظیر نسخ معاهده توسط قوانین عادی می‌تواند واجد آثار باشد. از این منظر قوه مقننه نباید بدون رعایت تشریفات اختتام یا انصراف از معاهده که در متن آن پیش‌بینی شده مبادرت به وضع قوانینی نماید که جزئاً یا کلاً به‌طور صریح یا ضمنی مغایر معاهده مصوب باشد. براین اساس، مراجع قضایی نیز در مقام اجرا و اعمال مقررات معاهدات و تحلیل و تفسیر این معاهدات نسبت به قوانین عادی باید همواره موقعیت این معاهدات را مدنظر قرار داده و تا حد ممکن سعی در جمع بین قوانین عادی ظاهراً مغایر، با مفاد معاهدات مصوب را داشته باشد.

به‌طور کلی در زمینه امکان نسخ معاهده توسط قانون عادی دو دیدگاه قابل طرح است. در دیدگاه نخست، اگر قوه مقننه به هر دلیلی قانونی وضع کند که مغایر با مفاد معاهده باشد و این مغایرت و تعارض نیز قابل رفع و جمع نباشد؛ قوه قضائیه مکلف دانسته می‌شود که اراده مؤخر قانون‌گذار را اجرا نماید هرچند این امر موجب تحقق مسئولیت بین‌المللی دولت گردد (توازی‌زاده، ۱۳۹۵: ۶۵-۷۰). این دیدگاه مستفاد از ماده ۹ قانون مدنی در زمینه همسنگ بودن وزن معاهدات بین‌المللی با قوانین عادی دانسته شده است.

در مقابل، مبتنی بر دیدگاهی که جایگاه معاهدات را برتر از قوانین عادی می‌شمارد؛ طرح بحث نسخ معاهده اساساً بی‌معنی خواهد بود؛ چراکه صدق عنوان نسخ ناظر به مواردی است که نرُم‌ها هم‌تراز بوده و یکی بر دیگری تقدم نداشته باشد؛ به همان ترتیبی که میان قانون اساسی و قانون مدنی و نیز در تعارض آیین‌نامه و بخشنامه با قانون عادی نمی‌توان، قاعده نسخ را جاری دانست (مهرآرام

و مرادی برلیان، ۱۳۹۲: ۵۷۷)؛ از سنخ قرارداد بودن معاهده و عدم امکان فسخ آن با اراده یک‌جانبه مبنای چنین استدلالی است. در زمینه تعارض قوانین مؤخر با معاهده رویه قضایی نیز سکوت کرده و نظر به اینکه برداشت رایج از ماده ۹ قانون مدنی هم‌عرض بودن معاهدات و قوانین داخلی است؛ در نتیجه امکان نسخ معاهده از طریق وضع قانون مؤخر شایع بوده و گرچه شاید راهگشا به نظر برسد، نمی‌تواند با ماهیت قراردادی معاهده سازگار باشد.

بنابر مراتب پیش‌گفته، نظر به تکلیفی که قاضی در اجرای معاهدات از یک سو دارد و تکلیف دیگر او بر اجرای قانون داخلی به حسب رابطه قانون داخلی مؤخر و معاهده، باید اذعان داشت قاضی ناگزیر از استفاده از قاعده حل تعارض متناسب خواهد بود و تنها در صورت عدم امکان جمع (در موارد قواعد عام و خاص یا مطلق و مقید)، باید قائل به نسخ ضمنی معاهده به تبع وضع قانون مغایر شود. ضرورت جمع از این جهت است که کشور به عنوان یک شخصیت حقوقی در حقوق بین‌الملل و نه فقط یکی از قوا به معاهده می‌پیوندد و پذیرش معاهده بدین معنا است که دولت به طور ضمنی پذیرفته است که هیچ‌یک از قوا و نهادهای عمومی دولت، مغایر این معاهده عمل نکند. در این راستا، اصل ۵۸ قانون اساسی در زمینه لزوم ابلاغ قوانین مصوب به قوه قضائیه مؤید تکلیف قاضی به اجرای آن است.

۴. کفایت جهات و دلایل اثباتی و قدرت اقناع‌آوری رأی مستند به اسناد بین‌المللی

دادنامه باید از قدرت اقناع‌کنندگی و استحکام لازم برخوردار باشد. دلایلی که لزوم توجیه رأی را ثابت می‌کند شامل مواردی از قبیل ایجاد امکان نظارت بر عملکرد قضات، امکان احراز واقعیت و صحت اموری که تصمیم دادرس مبتنی بر آن است در دادگاه عالی، بالابردن ارزش علمی رأی، احترام به حقوق اساسی اصحاب دعوا در لزوم آگاهی از قوانین موضوعه و اصول حاکم بر قضیه، امکان نظارت اصحاب دعوا و توجیه و اقناع ایشان نسبت به حکم صادره و ایجاد زمینه اعمال حقوق دفاعی در اعتراض احتمالی به رأی با استفاده از طرق شکایت از آراء، جلوگیری از غرض‌وری و شتاب‌زدگی قضات در صدور آراء و تضمینی برای بی‌طرفی دادرس و امکان بازرسی اندیشه او در دادگاه بالاتر دانسته شده است (شمس، ۱۳۸۷: ۲۰۵؛ قلعه‌نویی، ۱۳۹۱: ۹۷-۹۶؛ فرتیه، ۱۳۸۸: ۶۷، کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۵۳). همچنین لزوم توجیه رأی یکی از جهات تمایز احکام ترافعی از اعمال اداری دادگاه است و دادگاه پس از توجیه و استدلال، مفاد رأی (به معنای اخص) را صادر می‌کند؛ ولی اعمال اداری توجیه نمی‌شوند مگر در مواردی که قانون آن را تکلیف کند (صدرزاده‌افشار، ۱۳۷۳: ۱۱).

توجه به این اصل در آراء مستند به اسناد بین‌المللی از این جهت اهمیت می‌یابد که از یک‌سو، این

نحوه مستندسازی در راستای اجرای اسناد بین‌المللی تاکنون در میان قضات دادگاه‌های ایران معمول نبوده و از این جهت، اقناع وکلای طرفین دعوا یا قضات دادگاه‌های عالی به سادگی و سرعتی که در استناد به قوانین داخلی میسر می‌شود؛ صورت نمی‌پذیرد و از سوی دیگر، به جهت محتوایی تبیین مفاد اسناد و نوع ارتباط آن‌ها با قوانین داخلی از زاویه اعتبار و حدود التزام در منابع حقوقی موجود در داخل به روشنی صورت نگرفته و قاضی ناگزیر از تبیین ماهوی مفاد مواد و اصول استنادی و تنقیح جایگاه آن در نظام حقوقی ایران و اعتبار و الزام‌آوری سند در متن دادنامه است.

مستدل بودن رأی صادره بدین معنا دانسته شده که رأی دادگاه علاوه بر مقرون بودن به دلایل و مدارک قوی، با استدلال قاضی صادرکننده رأی همراه باشد و این استدلال می‌تواند در پاسخ به استدلال طرفین یا یکی از آن‌ها یا به عنوان تبیین مدلول حکم بیان شده باشد و مقصود از مستند بودن، ذکر مستندات قاضی برای صدور حکم شامل قانون، منابع معتبر یا فتاوی معتبر و... باشد (مهاجری، ۱۳۸۷: ۳/۵۷). مستند بودن در معنای دیگری نیز به کار رفته است: «رأی دادگاه باید مستند به مدارک موجود در پرونده باشد و نمی‌تواند متکی به مشاهدات عینی باشد» (کریمی، ۱۳۹۵: ۲/۱۲۵). اختلاف در تعاریف به این دلیل است که برخی مستند را مستند موضوعی دانسته و برخی مستند قانونی که به نظر می‌رسد هر دو قابل جمع باشد. بند ب ماده ۲ دستورالعمل ارزیابی اتقان آراء قضایی در بیان ساختار رأی متقن، این دو معنا را جمع نموده و هم دفاعیات و ادله طرفین دعوا و هم مواد قانونی و... را تحت عنوان مستندات ذکر کرده است. البته بند پ ماده ۳ دستورالعمل مذکور، مستند بودن حکم را صرفاً به ذکر مستندات قانونی تعبیر نموده است.

در مجموع، جمع استدلال قوی و منطقی و استنادات معتبر و مکفی و تطبیق جهات موضوعی و حکمی با پرونده به عنوان اسباب موجهه حکم است که می‌تواند منجر به استحکام و اتقان دادنامه شود. در استنادات نحوه دقیق استدلال باید روشن باشد و ذکر اسناد، جنبه صوری و مقدماتی پیدا نکند. رأی تا حد امکان باید به صورت مفید و مختصر اسباب موجهه را بیان و نتیجه‌گیری کند. گرچه بار آموزشی رأی به عنوان یکی از امتیازات و ویژگی‌های مثبت آن قلمداد می‌شود؛ لیکن افراط در تبیین مبانی استدلالی و ذکر جزئیات و حواشی در متن رأی که به عنوان سندی قابل اجرا و در راستای فصل اختلاف طرفین دعوا از مرجع قضایی صادر می‌شود؛ رأی را از ماهیت و قالب حقیقی آن خارج می‌کند.

در نهایت، اصلی که در این راستا لازم است در استدلال مورد توجه قضات قرار بگیرد؛ «منع حاشیه رفتن در تبیین ماهوی اسناد و عدم ذکر زواید و مباحث غیرضروری» در متن دادنامه صادره است. در مورد استناد به اسناد بین‌المللی این نکته از این جهت اهمیت می‌یابد که اسناد بین‌المللی

به جهت سیر تاریخی شکل‌گیری اسناد و تفسیری بودن برخی از آن‌ها نسبت به اسناد پایه و همچنین به لحاظ مرجع صادره (اسناد حقوق بشر بین‌المللی عام، منطقه‌ای، اسلامی و...) از تنوع بسیاری برخوردار بوده و برای هر موضوع شاید بتوان به مواد متفاوت از اسناد مختلف استناد نمود. در برخی موارد در آرای دادگاه‌ها مشاهده می‌شود ارجاعات متعدد به اسناد در یک رأی که با استدلال هم همراه می‌شود منجر به اطاله رأی تا حدی می‌گردد که در واقع بتوان گفت این شیوه نگارش، رأی را به متنی پژوهشی بدل ساخته است.

براین اساس، استناد به اسناد باید منحصر در اسناد الزام‌آور و در بیان استدلال نیز محدود به ذکر مستند و تطبیق موضوع پرونده و نحوه استدلال و استخراج حکم قضیه از آن باشد و تا حد امکان از تفصیل بی‌مورد اجتناب شود. به عنوان مثال، در رأیی در زمینه حکم منع اشتغال زوجه به بالغ بر ده سند^۱ مشتمل بر اعلامیه، میثاق، مقاوله‌نامه، کنوانسیون و... استناد شده که گرچه رأی مذکور در نهایت منجر به صدور حکمی متمایز در رسیدگی به دعوی شده و از این جهت قابل تقدیر است؛ اما مرسوم شدن استنادات متعدد این اشکال را متوجه رأی می‌سازد که تبیین مشروعیت و الزام‌آوری هر سند استنادی و تبیین نحوه استدلال و... (که بعضاً هم به دلیل مبنا بودن برخی اسناد برای اسناد دیگر هم‌پوشانی دارد) علاوه بر طولانی نمودن نامطلوب و چه بسا بی‌مورد رأی، به آرا جنبه نمادین و صوری ببخشد؛ به‌ویژه در مواردی که استناد به اسناد در کنار استنادات متعدد به حقوق داخلی در رأی صادره آمده باشد. از سوی دیگر، حجم زیاد متن دادنامه (که در مواردی بالغ بر ۸ صفحه نیز شده است)؛ رسیدگی به آرای اعتراضی را در مرجع بالاتر، قدری مشکل و برای قضات این محاکم بسیار زمان‌بر می‌سازد که احتمال افزایش خطا در ارزیابی مستندات دادنامه در این مراجع را نیز به همراه خواهد داشت.

۵. انسجام و وحدت سیاق مفاد رأی و تطابق استدلال و استناد

یکی از بایسته‌های نگارش آرای قضایی رعایت انسجام در مفاد رأی است؛ به نحوی که استنادات قاضی و استدلال وی بر سیاق واحد و به مثابه مقدمات منطقی برای رسیدن به حکم نهایی بوده و مندرجات رأی، ناقض و نافی یکدیگر نباشند و استدلال و استنادات در تطابق با هم در دادنامه قید شوند.

۱. شامل اعلامیه حقوق بشر ۱۹۴۸، اعلامیه قاهره، اعلامیه حقوق بنیادین کار ۱۹۹۸، میثاقین، مقاوله‌نامه شماره ۱۱۱ مصوب ۱۹۵۸ سازمان بین‌المللی کار، کنوانسیون رفع هر نوع تبعیض نژادی ۱۹۶۵، اعلامیه کنفرانس حقوق بشر ۱۹۶۸ تهران، اعلامیه برنامه اقدام عمل ۱۹۹۳ وین، کنفرانس توسعه اجتماعی ۱۹۹۸ کپنهاک، اعلامیه ۱۹۹۵ پکن و اعلامیه هزاره ۲۰۰۰، رأی شماره ۹۸۰۹۹۷۱۵۱۶۰۰۷ مورخ ۱۳۹۸/۳/۷: (http://alisaberi.ir).

از مؤلفه‌های اصلی در انسجام درونی رأی قاضی، جامعیت آن دانسته شده است. به گونه‌ای که رأی چه از سوی دادگاه‌های عالی، بازرسی‌های احتمالی و حتی از دیدگاه صاحب‌نظران قضایی، به عنوان سندی قابل اتکا باشد؛ به این معنا که کمتر نیازی به مراجعه به پرونده وجود داشته باشد. جامع بودن رأی با دو ضابطه تعیین می‌شود: نخست آنکه خلاصه‌ای از دعوا، مناقشات اصلی، استدلال‌های طرفین و دادگاه و نتیجه نهایی دادرسی را در برداشته باشد؛ دوم آنکه از منظر موضوعات مطروحه، قواعد حاکم بر آن و توصیف و تفاسیر قضایی دادرس و اقناع‌کنندگی رأی (قناعت نوعی مخاطبان)، در رأی نهفته باشد (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۹۰: ۲۱۲) که آنچه ذیل این بایسته بیشتر مورد توجه است ضابطه اخیر بوده و بیانگر دو ویژگی مستدل و مستند بودن رأی است.

ضرورت ذکر استدلال به معنای «تمسک فکری به چیزی که اندیشه را به چیز دیگر (که مجهول است) راهنمایی می‌کند و استمداد از معلوم برای دستیابی به مجهول» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷: ۳۵)، در متن رأی دادگاه، به نوعی کمک گرفتن از عبارات و اصطلاحات برای اقناع و ایجاد باور درونی در مخاطب است؛ از این رو، نباید دارای مطالب مبهم و دوپهلوی بوده و ربط منطقی میان دلایل اقامه شده و رأی صادره باید برقرار باشد که نتیجه آن برداشت صحیح و مشترک طرفین دعوا و مراجع بالاتر از ادله مندرج در رأی خواهد بود.

این استدلال و استنادات در صورتی صحیح و مستحکم تلقی می‌شود که در قالبی منطقی، توجیه‌پذیر و عقلایی تقریر یابد. در این راستا، یکی از شاخصه‌های رأی قوی و مستحکم این دانسته شده است که در مفاد رأی دادگاه نباید تضاد وجود داشته باشد؛ به گونه‌ای که یک قسمت از رأی، قسمت دیگر آن را نقض کند و تطابق استدلال مطروحه با استناد باید مدنظر قاضی قرار گیرد (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۸: ۱/۴۹؛ باقری و صداقتی، ۱۳۹۳: ۱۵۵).

دستورالعمل ارزیابی اتقان آراء قضایی در مقام بیان شاخص‌های رأی متقن علاوه بر تصریح به لزوم مستدل و مستند بودن رأی در بندهای «ت/ح» ماده ۳ به لزوم انسجام در رأی و عدم تغایر و تناقض در مفاد رأی تصریح دارد. همچنین تضاد در حکم به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی در بند ۳ ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته است.

در راستای رعایت این بایسته، دادگاه باید از استناد به قوانین منسوخ، متضاد و غیرمرتبط با موضوع دعوا اجتناب نماید. «زمانی که اسباب موجهه رأی دادرس، نامعین، نارسا، مبهم، ضدونقیض و متعارض باشند، در این صورت مفاد رأی بدون اسباب موجهه تلقی می‌شود و مقصود از اسباب موجهه متعارض اسبابی است که یکی خلاف دیگری باشد یا موردی که مفاد رأی با اسباب صدور آن تعارض

داشته باشد» (صدرزاده افشار، ۱۳۷۳: ۱۱). یکی از مواضعی که احتمال تنافی و تعارض در مفاد رأی در استناد به اسناد بین‌المللی افزایش می‌یابد استنادات توأمان به اسناد ناظر به حقوق کودک از قبیل کنوانسیون حقوق کودک در کنار استناد به قوانین داخلی در برخی آرای دادگاه‌ها است؛ چه‌اینکه مفاهیم کودک و طفل و مسئولیت نگهداری و حضانت (نظر به اینکه عنوان حضانت محدود به سن بلوغ است و در زمینه نگهداری کودک پس از آن، متون قانونی با خلأ و ابهام مواجه است) و... و دایره شمول آن‌ها در حقوق داخلی و بین‌المللی متفاوت است.

۶. ترتیب رجوع به قوانین، منابع فقهی و اسناد بین‌الملل

یکی از ویژگی‌هایی که رعایت آن ضمن صدور رأی توسط قاضی صادرکننده لازم شمرده می‌شود رعایت ترتیب رجوع به منابع در ذکر استنادات دادنامه است (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱/۱۳۸۸: ۱۱) که این ترتیب را بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان به‌دست آورد. با توجه به مواد مذکور اصلی‌ترین منبع حقوقی در رسیدگی‌های قضایی را باید قانون دانست و در موردی که قانون وجود نداشته یا مبهم، مجمل و متعارض باشد باید به سایر منابع و اصول (با ترتیب اصل ۱۶۶ قانون اساسی) مراجعه نمود.

از منظر قضایی ترتیب طولی میان منابع حقوقی در نظام حقوقی فعلی ایران به ترتیب «قانون، فقه و اصول کلی حقوقی» برشمرده شده است (تنگستانی، ۱۳۹۶: ۷۵). نظر به سکوت اصل و ماده فوق‌الذکر نسبت به اسناد بین‌المللی، در مورد جایگاه رتبی حقوق بشر در این زمینه فروضی محتمل است. ممکن است چنین استدلال شود که این اسناد به قرینه ماده ۹ در زمره قوانین است؛ لذا قاضی می‌تواند استناد به آن را بر رجوع به منابع اسلامی مقدم نماید. استدلال مقابل اینکه که قید «مدونه» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، دایره مصادیق واژه قوانین را در این اصل محدود به قوانین عادی داخلی نموده است. به‌ویژه اینکه بر اساس مراتبی که در مباحث پیشین پیرامون تقدم قانون اساسی ذکر شد، مفاد اسناد بین‌المللی تا جایی که مغایرت با موازین اسلامی ندارد؛ معتبر و قابل استناد است که با توجه به فقدان منابعی که گستره دقیق مفاد اسناد و رابطه آن با قوانین داخلی را روشن کند مفاد اسناد را در بسیاری موضوعات نمی‌توان مصداق «قوانین مدونه» برشمرد و از این جهت اسناد نیازمند تنقیح است.

در مجموع به‌نظر می‌رسد در مقام تعیین جایگاه رتبی اسناد در مستندات دادنامه، باید میان مفاد اسناد تفکیک قائل شد. به این ترتیب که مفاد مسلم و غیرمبهم را باید در رتبه بعدی از قانون داخلی قابل استناد در نگارش اسباب موجهه رأی دانست که با تعبیر «در حکم قانون» در ماده ۹ هم‌سنخیت دارد؛ لیکن در مورد ابهامات و تعارضات ابتدایی و ظاهری که حدود آن با مراجعه به فقه قابل تعیین

است اسناد بین‌المللی در رتبه متأخر از فقه، قابل استناد باشد. در نهایت، در مواردی که قواعد حقوق بشری با ابهام و اجمال یا تعارض غیرقابل جمع با قوانین داخلی و منابع فقهی مواجه است؛ باید آن را مصداق «نقص و اجمال یا تعارض قوانین مدونه» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی دانست که بر این اساس منابع اسلامی و فتاوی معتبر فی نفسه بر اسناد بین‌المللی رجحان می‌یابد.

نتیجه

اهتمام بر اتقان آرای صادره دادگاه‌ها و برخورداری هر دادنامه از قوت و استحکامی درخور، از ضروریات نظام قضایی است و یکی از وجوهی که رأی دادگاه را به لحاظ کیفیت استدلال و استناد می‌تواند محل مناقشه قرار دهد؛ استمداد از مفاد اسناد بین‌المللی در مقام حل و فصل پرونده‌های قضایی است که این اقدام به‌ویژه در دعاوی خانوادگی که احکام و مقررات این حوزه در حقوق داخلی ابتدای تأم بر فقه امامیه دارد، از حساسیت ویژه برخوردار است. گرچه در کلیت امکان استناد به اسناد بین‌المللی در آرای دادگاه‌ها تردیدی وجود ندارد؛ اما ویژگی‌های خاص این اسناد رعایت بایسته‌هایی را از سوی قاضی صادرکننده رأی در مقام انشای حکم ضروری می‌سازد.

در زمینه وجه الزام‌آوری اسناد و گستره امکان استناد قاضی به منابع حقوق بین‌الملل می‌توان اذعان داشت که قدرمتیقن از دیدگاه‌های مختلف موجود، امکان اجرای قضایی مفاد معاهدات بین‌المللی الزام‌آور و مصوب مجلس است و در مورد استناد به آن در حکم دادگاه نیز قاضی ایرانی ملزم به رعایت ملاحظات خاص حاکم بر اجرای قضایی معاهدات بین‌المللی بوده و بدیهی است که در موارد ابهام مفاد سند، مقدم نمودن معاهدات نسبت به قوانین عادی در مقام ذکر ادله و مستندات رأی برای قاضی جایز نخواهد بود و در مواضع تفاوت بنیادین مفاد اسناد بین‌المللی مصوب با مبانی نظام حقوقی داخلی، باید قائل به التزام به حقوق داخلی شد. البته عدم امکان اجرای مفاد سند در حقوق داخلی به دلیل تعارضات موجود میان مفاد سند و موازین اسلامی، نافی مسئولیت بین‌المللی دولت در اجرای تعهدات بین‌المللی وی نخواهد بود.

شاخص‌های اتقان آرای مذکور علاوه بر لزوم رعایت اصول و قواعد عمومی انشای حکم شامل بایسته‌های اختصاصی «تفسیر دقیق مفاد اسناد بین‌المللی با توجه به اصول حاکم بر تفسیر، عدم ابتدای حکم صادره بر اسناد غیرالزامی برای ایران، کفایت جهات و دلایل اثباتی و قدرت اقناع‌آوری رأی مستند به اسناد بین‌المللی، انسجام و وحدت سیاق مفاد رأی و تطابق استدلال و استنادات آن و رعایت ترتیب در رجوع به قوانین و منابع فقهی و اسناد بین‌الملل در نگارش رأی» است.

البته تبیین بایسته‌ها به تنهایی نمی‌تواند در این زمینه اثر شایسته برجای گذارد و بازگذاشتن مسیر چنین استناداتی در مجتمع‌های قضایی خانواده، از یک‌سو نیازمند پیش‌بینی سازوکار آموزشی برای

قضات در یادگیری فرایند استدلال به چنین ادله‌ای بوده و از سوی دیگر، نیازمند پیش‌بینی سازوکار تخصصی و تجهیز قضات تجدیدنظر و دیوان‌عالی کشور به آموزش‌های لازم است تا نقایص و اشکالات این بخش از آرا به دلیل عدم تخصص قضات مراجع بالاتر رسیدگی مورد غفلت واقع نشود و در موارد مقتضی نقض یا اصلاح رأی صورت پذیرد.

منابع

- اقبالی، کیوان (۱۴۰۰)، «نقش دستگاه قضایی در نظارت بر تعلیق ایفای تعهدات حقوق بشری دولت‌ها»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۱۱۴.
- الشریف، محمد مهدی (۱۳۹۱)، *منطق حقوق (پژوهشی در منطق حاکم بر تفسیر و استدلال حقوقی)*، تهران: سهامی انتشار.
- امامی، حسن (بی‌تا)، *حقوق مدنی*، تهران: اسلامیه.
- بابایی مهر، علی (۱۳۸۸)، «تفسیر، اصول و مبانی آن در حقوق عمومی»، *مجله حقوق خصوصی*، شماره ۱۴.
- باقری، یوسف و سهام صدقاتی (۱۳۹۳)، «شاخصه‌های رأی قوی و متقن»، *مجله قضاوت*، شماره ۷۹.
- تنگستانی، محمد قاسم، پرهام مهرآرام و مهدی مرادی برلیان (۱۳۹۲)، «جایگاه اسناد بین‌المللی در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی و قابلیت استناد محاکم به آن»، *تحقیقات قضایی (۹)*، تهران: قوه قضائیه.
- تنگستانی، محمد قاسم (۱۳۹۶)، *نحوه استناد موجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی*، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه.
- توازنی‌زاده، عباس (۱۳۹۵)، «تأملی بر رژیم حقوقی حاکم بر اجرای معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی ایران»، *کتاب حقوق: جانمایه بقای اجتماع*، تهران: سمت.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۳)، *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۷)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
- حیدری، علی نقی (بی‌تا)، *اصول الاستنباط*، قم: الحوزه العلمیه.
- دیلمی، احمد (۱۳۸۲)، *بایسته‌های تفسیر قوانین (با تأکید بر قوانین اساسی و مدنی)*، قم: دانشگاه قم.
- ذبیحی، عاطفه (۱۳۹۹)، «امکان اعطای مجوز اهدای جنین به زوجین نابارور دارای فرزند پس از خروج از سن باروری»، *فصلنامه رأی*، شماره ۳۰.
- ذبیحی، عاطفه (۱۳۹۹)، «امکان صدور حکم بطلان دعوای طلاق شوهر در محاکم خانواده»، *فصلنامه رأی*، شماره ۳۲.
- ذوالعین، پرویز (۱۳۸۳)، *مبانی حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران: وزارت امور خارجه.
- ساعد، نادر (۱۳۸۳)، «اجرای ملی حقوق بین‌الملل و نقش دادگاه ایرانی»، *پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۶.
- شریفیان، جمشید (۱۳۸۰)، *راهبرد جمهوری اسلامی ایران در زمینه حقوق بشر در سازمان ملل متحد*، تهران: وزارت امور خارجه.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۷)، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، جلد نخست، تهران: دِراک.
- صالحی‌راد، محمد (۱۳۸۷)، *آیین نگارش آراء قضایی*، تهران: مجد.
- صدرزاده افشار، محسن (۱۳۷۲)، «نگاهی به قوه قضائیه و لزوم توجیه رأی در دادگاه‌های بلژیک»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۳۰.
- قلعه‌نویی، محمود (۱۳۹۱)، *شاخصه‌های اتقان آراء قضایی*، تهران: فکرسازان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *فلسفه حقوق*، جلد دوم، تهران: سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، *اثبات و دلیل اثبات*، جلد نخست، تهران: میزان.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، کلیات حقوق نظریه عمومی، تهران: سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، تهران: میزان.
- مستقیمی، بهرام و مسعود طارمسری (۱۳۷۷)، مسئولیت بین المللی دولت، تهران: دانشگاه تهران.
- معاونت آموزش قوه قضائیه، توصیف و تحلیل علمی آرای قضایی - مسائل حقوقی خانواده، جلد نخست، تهران: جاودانه.
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه (۱۳۹۰)، مقالات حقوقی مربوط به رأی قضایی، تهران: راه نوین.
- مهاجری، علی (۱۳۸۷)، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، تهران: فکرسازان.
- نوبخت، حسین (۱۳۸۸)، شیوه‌های تفسیر قوانین مدنی، تبریز: فروزش.
- واحد تهیه و تدوین متون آموزشی (۱۳۸۱)، آیین نگارش آرای قضایی، قم: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه.

سیاست کیفری افتراقی در قبال قاچاق کالا و ارز سازمان یافته

امید رستمی غازانی*، محسن رحمانی فرد**

چکیده

با توجه به اهمیت بزه قاچاق کالا و ارز، قانون گذار درخصوص این بزه رویکرد افتراقی سخت گیرانه اتخاذ نموده است و لیکن در برخی از موارد، درخصوص برخی از مصادیق این بزه رویکرد سخت گیرانه تر اتخاذ شده است که قاچاق سازمان یافته کالا و ارز یکی از این موارد است. این مقاله با رویکرد توصیفی تحلیلی درصدد شناسایی مفهوم قاچاق سازمان یافته و در ادامه تدابیر اتخاذی توسط قانون گذار برای مقابله با آن و چالش های فراروی مقابله با آن است. قانون گذار در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز برای اولین بار مفهوم قاچاق سازمان یافته کالا و ارز را وارد ادبیات تقنینی ایران نمود و با هدف پاسخ دهی سخت گیرانه، تدابیر متمایز ماهوی و شکلی را پیش بینی کرد. جرم انگاری مطلق این رفتار، تشدید مجازات اعضای سازمان ده، هدایت کننده و سر دسته و نیز دیگر اعضای گروه سازمان یافته، پیش بینی صلاحیت رسیدگی برای دادگاه انقلاب، شناسایی دستگاه های کشف خاص و پیش بینی اختیارات و تکالیف ویژه برای کاشفین از جمله تدابیر افتراقی قانون گذار است. با وجود حجم گسترده قاچاق ارتكابی در کشور به دلایلی چون تفسیر مضیق دیوان عالی کشور از بزه قاچاق کالا و ارز، عدم آشنایی کاشفین با شاخصه ها و معیارهای تشخیص قاچاق سازمان یافته و شتاب زدگی مراجع رسیدگی کننده در رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز، در عمل بسیاری از پرونده های مکشوفه قاچاق به صورت عادی رسیدگی می شوند.

واژگان کلیدی: سیاست کیفری افتراقی، قاچاق کالا و ارز، جرم سازمان یافته، قاچاق سازمان یافته

* استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه بین المللی اهل بیت (ع)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
o.rostamighazani@gmail.com

** قاضی دادگستری، دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه عدالت، تهران، ایران
mohsenrahmanifard@gmail.com

مقدمه

امروزه اهمیت جرایم سازمان‌یافته به گونه‌ای است که این پدیده نه تنها چالشی برای سیاست جنایی کشورها که حتی بعضاً چالشی برای مشروعیت دولت‌ها تلقی می‌شود (رضوی‌فرد، ۱۳۹۶: ۲۸۱). جرایم سازمان‌یافته به علل گوناگون و از جمله عدم توازن میان امکانات بازدارنده و امکانات مجرمان سازمان‌یافته، گسترش موضوعات مجرمانه، بالا بودن درآمد فعالیت‌های مجرمانه و پایین بودن هزینه ارتکاب این فعالیت‌ها، خلأهای قانونی و عدم انطباق قوانین سنتی با این جرایم در حال گسترش هستند (خالقی و اختری، ۱۳۹۳: ۳۴). مقابله با جرایم سازمان‌یافته یکی از چالش‌های عمده قرن بیست و یکم بوده و از این‌رو نظام حقوق کیفری کشورها نیز می‌بایست همگام با تحولات سریع در شگردهای ارتکاب جرایم سازمان‌یافته، نسبت به ترسیم یک سیاست کیفری «جامع» و «افتراقی» برای مقابله با این جرایم اقدام نماید (باوی و دیگران، ۱۳۹۸: ۷۹؛ امیری و محمدیان، ۱۳۹۷: ۱۱۵).

به باور اکثر دست‌اندرکاران مبارزه با قاچاق کالا و ارز، بخش عمده‌ای از قاچاق وارداتی یا صادراتی به شیوه سازمان‌یافته انجام می‌پذیرد (اجتهادی، ۱۳۹۶: ۳۲۶). در وضعیت موجود حاکم بر اقتصاد ایران، پدیده قاچاق توسط باندها و گروه‌های سازمان‌یافته به عنوان یک معضل و بیماری جدی بر پیکره اقتصاد ملی سایه افکنده و حیات و نظم ارگانیک کشور را در ابعاد مختلف مختل کرده است (رضایی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۰۰) و مقادیر زیادی از سرمایه انسانی و مالی کشور صرف مبارزه با این پدیده می‌شود (رضایی، ۱۳۹۸: ۷۵). اگرچه در مورد تعداد باندهای قاچاق کالا در مناطق مختلف آمار و اطلاعات دقیق وجود ندارد، اما می‌توان گفت که درآمد بالای باندها، سبب شده است که افراد گوناگونی از طبیف‌های مختلف اعم از کارکنان دولت، رانندگان، واردکنندگان و صادرکنندگان، اصناف و... به سمت عضویت و همکاری با این باندها سوق پیدا نمایند (رضایی و دیگران، ۱۳۹۸: ۶۸).

اهمیت موضوع ارتکاب سازمان‌یافته قاچاق کالا و ارز به حدی است که مقام معظم رهبری بارها بر ضرورت اولویت‌دهی مقابله با قاچاق سازمان‌یافته تأکید نموده‌اند. «مبارزه جدی با قاچاق... بسیار مهم است... این شامل آن قاچاق‌های جزئی و شامل این کوله‌برها و مانند این‌ها نیست؛ ما باندهای قاچاق و کارهای بزرگ [را می‌گوییم]، اینهایی که بازار کشور را تحت تأثیر قرار می‌دهد.»^۱ همچنین ایشان در جایی دیگر بیان می‌دارند که «جلوی قاچاق باید گرفته بشود. البته آن کسانی که

1. <https://farsi.khamenei.ir/speech-content?id=34162>

مسئول مبارزه با قاچاقند، سوراخ دعا را گم نکنند! ما می‌گوییم بروید با باندهای قاچاق مبارزه کنید.»^۱

تشکیل گروه با هدف ارتکاب جرم یکی از عواملی است که می‌تواند با ایجاد هماهنگی در بین مجرمین زمینه موفقیت آن‌ها را افزایش داده و در مقابل کارآمدی عدالت کیفری را به چالش بکشد. متقابلاً قانون‌گذار نیز می‌تواند با شناسایی جرم سازمان یافته و اتخاذ تدابیر متناسب با آن زمینه را برای ارتقای کارآمدی سیاست کیفری فراهم نماید. در همین راستا قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز^۲ ضمن شناسایی نهاد قاچاق سازمان یافته، درخصوص این جرم تدابیر افتراقی ماهوی و شکلی خاصی را پیش‌بینی نموده است. لیکن ابهامات موجود در مفهوم قاچاق سازمان یافته از یک سو و سیاست‌های (بعضاً) متعارض حاکم بر بزه قاچاق کالا و ارز سبب بروز چالش‌هایی در رسیدگی به جرم قاچاق سازمان یافته شده است که در ادامه به این موضوعات پرداخته می‌شود.

۱. مفهوم قاچاق سازمان یافته

همکاری در ارتکاب جرم از طریق معاونت و یا مشارکت در ارتکاب جرم موضوعی است که از گذشته‌های دور در حوزه حقوق کیفری همواره مطرح بوده است و قانون‌گذاران کشورهای مختلف بعضاً با رویکرد سخت‌گیرانه و بعضاً سهل‌گیرانه با آنان برخورد می‌نمودند. لیکن در پرتو مطالعات جرم‌شناختی در کنار نهادهای حقوقی سابق‌الذکر اصطلاحاتی چون «جرم سازمان یافته» و یا «گروه سازمان یافته مجرمانه» نیز وارد ادبیات حقوق کیفری گردید. نخستین بار ادوین ساترلند^۳ در کتاب «اصول جرم‌شناسی»^۴ جرم سازمان یافته را مطرح نمود (معظمی، ۱۳۸۴: ۱۴) با گسترش تبعات جرم سازمان یافته، این مفهوم ابتدا به اسناد بین‌المللی و از این طریق به قوانین دولت‌ها راه یافت. (نجفی ابرندآبادی و دیگران، ۱۳۷۹: ۶۴؛ رضوانی و دریانورد، ۱۳۹۱: ۵۰)

گروه مجرمانه سازمان یافته نهادی برای همکاری در ارتکاب جرم است. در طول زمان مفهوم جرم سازمان یافته بین دو مفهوم متفاوت در نوسان بوده است: نخست، مجموعه‌ای از سازمان‌های غیرقانونی پایدار یا اعضای سازمان‌هایی که به‌نحو سازماندهی شده درگیر جرم می‌باشند و دوم، مجموعه‌ای از جرایم مهم که عمدتاً در راستای کسب منفعت مادی ارتکاب می‌یابند. (Paoli and Beken, 2014: 14) در قانون مجازات اسلامی قانون‌گذار به مفهوم نخست توجه دارد و اصولاً

1. <https://farsi.khamenei.ir/speech-content?id=36091>

۲. از این به بعد در جهت پرهیز از تکرار در هر موردی که واژه قانون بدون ذکر عنوان قانون مورد نظر بکار می‌رود، منظور قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی است.

3. Edwin Hardin Sutherland

4. Principles of Criminology

سازمان یافتگی شیوه ارتکاب است و از لحاظ ماهوی به عناوین مجرمانه خاصی اشاره ندارد، لیکن در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، قانون‌گذار تلفیقی از دو معیار مذکور را برگزیده است.

کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با جرایم سازمان یافته فراملی^۱ در بند الف ماده ۲ خود گروه مجرمانه سازمان یافته را بدین شکل تعریف می‌کند. «گروه مجرمانه سازمان یافته یعنی گروه سازمان یافته متشکل از سه یا چند نفر که برای یک دوره زمانی مشخص وجود داشته و به طور هماهنگ با ارتکاب یک یا چند جرم یا تخلف شدید مندرج در این کنوانسیون، به منظور تحصیل مستقیم یا غیرمستقیم منافع مالی یا سایر منافع مادی، فعالیت می‌کند.» قانون‌گذار ایران نیز متعاقباً به موجب تبصره ۱ ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی و بند س ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز^۲ مفاد این تعریف را با اندکی تغییر وارد نظام حقوقی ایران نمود. بزه قاچاق بر حسب شیوه ارتکاب بر دو نوع عادی (غیرسازمان یافته) و سازمان یافته می‌باشد. البته در ماده ۳۰ قانون، قانون‌گذار قاچاق «انفرادی» را در مقابل قاچاق «سازمان یافته» به کار برده است و لیکن باید توجه داشت که قاچاق غیرسازمان یافته ممکن است به صورت انفرادی و یا با مشارکت و یا معاونت دیگران نیز رخ دهد.

برای صدق عنوان قاچاق سازمان یافته صرف تشکیل گروه سازمان یافته برای ارتکاب قاچاق کفایت نمی‌کند و ضرورت ارتکاب قاچاق توسط اعضای گروه برای تحقق جرم لازم است و صدر مواد ۲۸ و ۲۹ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز تصریح بر ارتکاب و وقوع قاچاق کالا و ارز جهت تحقق جرم قاچاق سازمان یافته دارد. البته در اینجا باید متذکر گردید که از این گفته اولاً نمی‌توان حکم به مقید بودن قاچاق سازمان یافته نمود؛ چراکه ارتکاب قاچاق به عنوان یکی از شرایط تحقق قاچاق سازمان یافته از جهت رفتار می‌باشد و نه نتیجه و با توجه به مصادیق متعدد قاچاق مذکور در ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی و ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، حسب مورد این بزه می‌تواند مطلق و یا مقید باشد و ارتکاب هر یک از مصادیق آن (اعم از مطلق یا مقید) در کنار دیگر شرایط

^۱ The United Nations Convention against Transnational Organized Crime (The Palermo Convention) 2000

لازم به ذکر است که دولت ایران این کنوانسیون را امضاء کرده ولی تا به اکنون به آن ملحق نشده است.

^۲ - بند س ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز: «قاچاق سازمان یافته: جرمی است که با برنامه‌ریزی و هدایت گروهی و تقسیم کار توسط یک گروه نسبتاً منسجم متشکل از سه نفر یا بیشتر که برای ارتکاب جرم قاچاق، تشکیل یا پس از تشکیل، هدف آن برای ارتکاب جرم قاچاق منحرف شده است صورت می‌گیرد.» البته باید توجه داشت که هر چند در صدر تعریف به «جرم» اشاره شده است و لیکن با توجه معرّف که قاچاق سازمان یافته می‌باشد، این عبارت را باید حمل بر بزه قاچاق نمود.

مقرر در قانون برای قاچاق سازمان یافته، برای تحقق جرم کفایت می‌کند و ثانیاً برخی ارتکاب قاچاق کالا و ارز سازمان یافته را جرمی مرکب دانسته‌اند که از دو رفتار تشکیل دادن گروه مجرمانه و ارتکاب رفتار قاچاق تشکیل شده است. (ثالث مؤید و دیگران، ۱۳۹۷: ۸۴؛ میرمحمدصادقی و عدومی‌زاده، ۱۳۹۷: ۱۴۲) این دیدگاه محل نقد جدی است؛ چراکه سازمان‌یافتگی شیوه ارتکاب (و نه رفتار مرتکب) است. همچنین برای تحقق قاچاق سازمان یافته تعدد رفتارهای قاچاق ارتکابی شرط نیست و با ارتکاب یک رفتار نیز امکان صدق قاچاق سازمان یافته وجود دارد.

با توجه به تعریف ارائه شده در بند س ماده ۱ قانون برای تحقق عنوان قاچاق سازمان یافته وجود شرایط زیر ضروری است:

اولاً قاچاق توسط گروهی از افراد حقیقی که حداقل سه نفر باشند ارتکاب یابد. با توجه به استفاده قانون‌گذار از واژه «نفر» در صورت توجه مسئولیت کیفری بزه قاچاق به شخص حقوقی به موجب ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی و ماده ۶۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، این شخص در محاسبه تعداد ملاک نخواهد بود. البته نقشی که هر یک از افراد در ارتکاب قاچاق ایفا می‌کنند ممکن است در قالب معاونت و یا مشارکت و یا تلفیقی از هر دو باشد.

ثانیاً قاچاق می‌بایست توسط گروه مجرمانه دارای انسجام نسبی صورت گیرد. آن گونه که حقوق‌دانان بیان داشته‌اند مفهوم «نسبتاً منسجم» دارای ابهام است. (الهام و برهانی، ۱۳۹۳: ۲۲۷ و توجهی، ۱۳۹۶: ۱۹۰) گروه نسبتاً منسجم ممکن است، در قالب یک شخص حقوقی (به خصوص شرکت تجاری) تجلی پیدا کند و لیکن ضرورتی به این امر وجود ندارد. به نظر می‌آید که در راستای تبیین گروه نسبتاً منسجم بتوان از مفهوم «گروه تشکل یافته»^۱ مذکور در بند پ ماده ۲ کنوانسیون پالرمو بهره برد. به موجب این تعریف «گروه تشکل یافته به گروهی اطلاق می‌شود که برای ارتکاب فوری جرم به طور تصادفی تشکیل نشده باشد و [در عین حال] لزومی ندارد که دارای نقش‌های تعریف شده رسمی برای اعضای خود یا استمرار عضویت اعضای خود یا ساختار توسعه یافته باشد.» عناصر این تعریف جنبه سلبی دارد: تصادفی تشکیل نشده باشد، لازم نیست نقش اعضای گروه به طور رسمی تعریف شده باشد و لازم نیست عضویت اعضا جنبه دائمی و مستمر داشته باشد. (حبیبی مجنده، ۱۳۹۸: ۲۳ و ۲۴) در بیشتر تعاریف جرم سازمان یافته، از جمله کنوانسیون پالرمو، استمرار فعالیت مجرمانه به عنوان مقوم جرم سازمان یافته آمده است، (سلیمانی و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۳) لیکن در تعاریف ارائه شده در نظام حقوقی ایران و از جمله تعریف قاچاق سازمان یافته چنین

شرطی لازم نیست.

ثالثاً برای صدق عنوان قاچاق سازمان‌یافته ضروری است که ایجاد گروه با هدف ارتکاب قاچاق بوده و یا اینکه پس از تشکیل گروه، هدف آن به سمت ارتکاب جرم قاچاق منحرف شود. البته ضرورتی ندارد که هدف و یا انگیزه انحصاری گروه محدود در قاچاق کالا و ارز باشد، بلکه ممکن است گروه انگیزه ارتکاب جرایم دیگر و یا رفتارهای مشروع را نیز داشته باشد، نکته مهم آن است که ارتکاب قاچاق به عنوان یک انگیزه مؤثر در تشکیل و یا استمرار حیات گروه باشد.

رابعاً قاچاق می‌بایست توسط گروه مجرمانه صورت گیرد. با توجه به عبارت‌پردازی‌های قانون‌گذار در تعریف قاچاق سازمان‌یافته، قانون‌گذار در صورتی قاچاق را سازمان‌یافته می‌داند که جرم «... توسط گروه نسبتاً منسجم... صورت...» گیرد. در اینجا قانون‌گذار به مانند ماده ۶۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در خصوص انتساب بزه قاچاق به شخص حقوقی که بیان می‌دارد «اگر قاچاق توسط شخص حقوقی ارتکاب یابد...»، جرم را منتسب به گروه می‌داند. لیکن با این تفاوت که در خصوص انتساب بزه قاچاق کالا و ارز به اشخاص حقوقی هر چند ماده ۶۷ به شرایط انتساب اشاره ندارد و لیکن با رجوع به عموماً، می‌توان شرایط مقرر در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی را جاری دانست (رستمی غازی، ۱۳۹۹: ۹۵). لیکن نحوه انتساب جرم قاچاق به گروه سازمان‌یافته مشخص نیست. در این خصوص یکی از راهکارهای محتمل آن است که با قیاس با مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، در صورتی جرم را منتسب به گروه مجرمانه دانست که یکی از اعضای گروه به نام یا در راستای منافع گروه مرتکب بزه قاچاق کالا و یا ارز شود. معیار دیگری که به نظر معیار بهتری است، آن است که با توجه به معیار ارائه شده در ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی در خصوص مجازات سردهسته گروه مجرمانه، می‌بایست اولاً بزه قاچاق توسط یکی از اعضای گروه واقع شده و ثانیاً ارتکاب قاچاق باید در راستای اهداف گروه باشد و در چنین حالتی می‌توان گفت که قاچاق توسط گروه سازمان‌یافته ارتکاب یافته است.

خامساً علاوه بر اینکه بزه قاچاق باید توسط یک گروه نسبتاً منسجم واقع شود، ارتکاب آن می‌بایست توأم با «برنامه‌ریزی»، «هدایت» و «تقسیم کار» گروهی باشد و از این‌رو اگر یکی از اعضای گروه در خارج از چهارچوب برنامه‌ریزی، هدایت و تقسیم کار گروهی مرتکب بزه قاچاق شود، مورد مشمول قاچاق سازمان‌یافته نخواهد بود و همچنین اگر شخصی به تنهایی برنامه‌ریزی و هدایت ارتکاب بزه قاچاق را بر عهده داشته باشد و در راستای دستیابی به هدف خود از کمک و مساعدت (آگاهانه و یا ناآگاهانه) دیگران نیز بهره‌برد؛ مانند آنکه شخص الف چند نفر را اجیر نماید که در قالب کولبر کالا را از مسیر غیرمجاز وارد قلمرو گمرکی نموده و آنگاه راننده‌ای را اجیر نماید

که این کالاها را به یکی از شهرهای مرکزی ایران انتقال داده و در نهایت این کالاها در فروشگاه متعلق به شخص الف برای خرید عموم عرضه شود، در اینجا هرچند اشخاص متعددی در ارتکاب بزه قاچاق آن هم بر اساس یک برنامه، هدایت و تقسیم کار فعالیت می کنند و لیکن «برنامه ریزی»، «هدایت» و «تقسیم کار» منتسب به شخص الف (و نه یک گروه نسبتاً منسجم) است.

۲. تدابیر افتراقی مقابله با قاچاق کالا و ارز سازمان یافته

در راستای مقابله با قاچاق سازمان یافته قانون گذار تدابیر افتراقی را از حیث ماهوی و شکلی برای این بزه پیش بینی نموده است. از حیث سیاست کیفری ماهوی قانون گذار در وهله نخست، مطلق قاچاق سازمان یافته را (صرف نظر از نوع کالا و یا ارز و میزان آن) جرم تلقی نموده است و در وهله دوم مجازات شدیدتری را برای قاچاق کالا و ارز سازمان یافته پیش بینی نموده است. از حیث سیاست کیفری شکلی نیز پیش بینی صلاحیت رسیدگی به جرم در دادگاه انقلاب (ماده ۴۴ قانون)، پیش بینی صلاحیت برای ضابطین و کاشفین ویژه (ماده ۳۹ قانون)، پیش بینی تکالیف ویژه برای ضابطین و مراجع رسیدگی کننده (مواد ۳۸ و ۴۸ قانون) از جمله تدابیر خاص مقابله با قاچاق سازمان یافته است.

۲-۱. جرم انگاری قاچاق سازمان یافته

قانون گذار در ماده ۴۴ قانون اقدام به تفکیک مصادیق جرم و تخلف قاچاق از یکدیگر نموده و قاچاق را در پنج حالت مشمول عنوان جرم می داند که یکی از این موارد قاچاق کالا و ارز سازمان یافته است. ضرورت تفکیک جرم از تخلف در مصوبه مورخ ۱۳۸۶/۰۴/۲۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص قانون اصلاح قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ پیش بینی شده بود که به موجب آن، «رؤسای قوای مجریه و قضائیه ظرف مدت حداکثر یک سال، لایحه ای را برای تعیین تکلیف تعزیرات حکومتی با تفکیک جرایم از تخلفات تهیه و به مجلس شورای اسلامی ارائه نمایند.» هرچند تکلیف مذکور تا به اکنون عملیاتی نشده است، لیکن تفکیک جرم از تخلف در ماده ۴۴ مذکور را می توان اقدامی در این راستا تبیین نمود.

بهره گیری از ظرفیت نهادهای جرم زدایی و قضازدایی سبب شده است که در خصوص بزه قاچاق اصل بر تخلف بودن آن باشد و قاچاق به عنوان یک رفتار مجرمانه نیاز به توجیه داشته باشد و سازمان یافتگی می تواند توجیه مناسبی برای این موضوع باشد. بر این اساس مطلق موارد قاچاق سازمان یافته، صرف نظر از نوع کالای موضوع قاچاق (کالای ممنوع، کالای مجاز مشروط، کالای یارانه ای، کالای مجاز و یا ارز) و ارزش آن جرم تلقی می شود. البته در اینجا لازم به ذکر است که هرچند در ماده ۴۴، مصادیق جرم و تخلف قاچاق از یکدیگر تفکیک شده است و لیکن جز در موارد استثنایی (مانند صلاحیت مرجع رسیدگی کننده و نوع و میزان مجازات ها) تفاوت خاصی بین این دو

وجود ندارد و اصولاً قانون‌گذار احکام تخلف قاچاق را به مانند جرم قاچاق دانسته و این رویکرد قانون‌گذار محل نقد جدی است که به جهت عدم ارتباط با موضوع این مقاله از توضیح بیشتر آن اجتناب می‌شود.

۲-۲. تشدید مجازات قاچاق سازمان‌یافته

سازمان‌یافتگی در حقوق کیفری بعضاً به عنوان کیفیت مشدده جرم و گاه به عنوان یک جرم مستقل محسوب می‌شود. در خصوص حالت نخست می‌توان به ماده ۱۳۰ قانون مجازات اسلامی که ارتکاب جرم توسط گروه مجرمانه سازمان‌یافته را سبب تشدید مجازات (البته صرفاً) در خصوص فرد سردهسته گروه و یا ماده ۱۴ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیر مجاز که ارتکاب جرم به صورت سازمان‌یافته را سبب تشدید مجازات مرتکبین دانسته است، اشاره نمود. در خصوص حالت اخیر نیز می‌توان به جرم موضوع بند الف ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق انسان مبنی بر تشکیل یا اداره دسته یا گروه به منظور ارتکاب رفتارهای موضوع ماده ۱ قانون مذکور اشاره نمود.

در خصوص جرم قاچاق سازمان‌یافته برخی بر این نظر هستند که قانون‌گذار سازمان‌یافتگی را نه به عنوان یک عامل مشدده برای بزه قاچاق، بلکه به عنوان یک جرم مستقل شناسایی کرده است. (رحمانی فرد، ۱۳۹۷: ۱۳۳؛ میرمحمدصادقی و عدومی زاده، ۱۳۹۷: ۱۳۹؛ ثالث مؤید و دیگران، ۱۳۹۷: ۹۷) پذیرش این دیدگاه با نصوص متعدد مذکور در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (مانند مواد ۲۸، ۲۹، ۳۰، ۳۹، ۴۴ و ۴۸) که قاچاق کالا و ارز را به عنوان نوع خاصی از بزه قاچاق مطرح می‌کنند در تعارض است و علاوه بر این قائل شدن هویت مستقل برای جرم قاچاق سازمان‌یافته سبب می‌شود که احکام مختصه بزه قاچاق کالا و ارز که عمدتاً با رویکرد افتراقی سخت‌گیرانه وضع شده است، بر جرم قاچاق سازمان‌یافته حاکم نباشد و این جرم برخلاف دیگر مصادیق قاچاق مشمول عموماً سیاست کیفری باشد که قطعاً این امر مطلوب و مراد قانون‌گذار نیست؛ چراکه به قیاس اولویت قاچاق سازمان‌یافته باید تابع سیاست کیفری افتراقی سخت‌گیرانه باشد.

در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تشدید مجازات از یک سو ناظر به هر یک از اعضای گروه سازمان‌یافته و از سوی دیگر ناظر به اشخاصی است که نقش سازماندهی، هدایت و سردهستگی را بر عهده دارند. بر این اساس در خصوص قاچاق سازمان‌یافته کالای ممنوع مرتکب علاوه بر مجازات مقرر در ماده ۲۲ قانون، حسب ارزش کالای موضوع قاچاق به «نود و یک روز تا شش ماه حبس»، «بیش از شش ماه تا دو سال حبس» و یا به «حداکثر مجازات حبس مندرج در بندهای پ و ت ماده ۲۲» محکومی می‌شود. بر این اساس در حالی که در مورد کالاهای ممنوع تا ده میلیون ریال اصولاً

(به استثنای تبصره ۱ ماده ۲۲ در خصوص مشروبات الکلی) مجازات حبس برای آن پیش‌بینی نشده است، در صورت ارتکاب به‌نحو سازمان‌یافته، مجازات حبس نیز لحاظ شده است و در صورتی که ارزش کالای قاچاق ممنوع بیش از ده میلیون ریال باشد، حسب مورد مرتکب به حداکثر مجازات حبس مقرر در بندهای پ و ت (یعنی دو و یا پنج سال حبس) محکوم می‌شود.

در مورد قاچاق کالاهای غیرممنوع (کالاهای مجاز، مجاز مشروط، یارانه‌ای و یا ارز) در صورت ارتکاب به‌نحو سازمان‌یافته مورد مشمول ماده ۲۹ قانون می‌شود. در خصوص قاچاق این کالاها قانون‌گذار اصولاً از مجازات حبس بهره نگرفته و اکتفا به ضبط کالا و ارز موضوع قاچاق و جریمه نقدی نسبی نموده است و لیکن به موجب حکم ماده مذکور مرتکب علاوه بر مجازات‌های مقرر در ماده ۱۸ قانون، حسب ارزش کالا و یا ارز موضوع قاچاق به «نود و یک روز تا شش ماه حبس»، «بیش از شش ماه تا دو سال حبس»، «دو سال تا پنج سال حبس» و یا «پنج سال حبس» محکوم می‌شود. ابهامی که در مقایسه مواد ۲۸ و ۲۹ مطرح می‌شود آن است که در برخی از موارد قانون‌گذار مجازات قاچاق کالاهای غیرممنوع را تابع مجازات مقرر برای قاچاق کالای ممنوع دانسته است (مانند مواد ۲۵، ۲۶ و برخی از موارد مذکور در ماده ۲۷ قانون) سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود آن است که ارتکاب این موارد به‌نحو سازمان‌یافته تابع کدام یک از مواد ۲۸ و ۲۹ قانون می‌شود؟^۱ در این خصوص یک دیدگاه می‌تواند این باشد که در خصوص ارتکاب این موارد به‌نحو سازمان‌یافته خلأ قانونی وجود دارد و در نتیجه ارتکاب آن‌ها به‌نحو سازمان‌یافته موجب تشدید نمی‌شود، لیکن اشکال این دیدگاه در این است که قانون‌گذار برای موارد اخف از این موارد ارتکاب به‌نحو سازمان‌یافته را پیش‌بینی نموده و مجازات را تشدید نموده است و به قیاس اولویت در خصوص این موارد امکان تشدید وجود دارد. دیدگاه دیگر می‌تواند این باشد که با توجه به ماهیت غیرممنوع این کالاها، ظاهر ماده ۲۹ و تفسیر به نفع مرتکب، شخص به موجب ماده ۱۸ (و نه ۲۲) و ۲۹ مجازات شود.

یکی دیگر از ابهامات موجود در خصوص مواد ۲۸ و ۲۹ آن است که آیا تشدید مجازات صرفاً

۱. البته در این خصوص برخی بر این نظر می‌باشند که این موارد اساساً ممنوع بوده و در نتیجه تابع احکام مقرر برای قاچاق کالای ممنوع هستند. در صورت پذیرش این دیدگاه که البته برخلاف ظاهر مواد ۲۵، ۲۶ و ۲۷ قانون می‌باشد، حداقل در خصوص موضوع بحث حاضر ابهام برطرف شده و حالت ارتکاب به‌نحو سازمان‌یافته موضوع مشمول ماده ۲۸ می‌شود. اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۹۴/۱۹۲۳ مورخ ۱۳۹۴/۰۷/۱۲ مطلق بزه‌های مقرر در مواد ۲۵ و ۲۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز را به جهت ممنوع بودن در صلاحیت دادگاه انقلاب دانسته است.

ناظر به عضوی است که خود شخصاً مرتکب رفتار قاچاق بشود و یا تشدید در خصوص دیگر اعضای گروه سازمان یافته نیز می شود؟ در مواد ۲۸ و ۲۹، قانون گذار از واژه «مرتکب» استفاده کرده و ظهور این واژه بر مرتکب قاچاق دارد و برخی بر این اساس بیان داشته اند که چه بسا ممکن است تنها یک نفر (مرتکب) به مجازات های موضوع این مواد محکوم شود (ثالث مؤید و دیگران، ۱۳۹۷: ۸۸)، لیکن می بایست مرتکب را شخصی دانست که عضو گروه سازمان یافته ای شده که گروه مرتکب قاچاق سازمان یافته شده است و بر اساس این برداشت هر عضو گروه صرف نظر از نقشی که در ارتکاب رفتار قاچاق دارد (فاعل، شریک و یا معاون) مرتکب محسوب می شود. لیکن در خصوص کسانی که در ارتکاب قاچاق سازمان یافته، نقش سازماندهی، هدایت و یا سردستگی دارند، قانون گذار در تبصره مواد ۲۸ و ۲۹ قانون، رویکرد سخت گیرانه تری را اتخاذ نموده و بر حسب نوع کالا و ارزش آن حسب مورد حداکثر مجازات مقرر در بندهای الف و ب مواد مذکور را در خصوص آنها مقرر کرده است. این سیاست با توجه به ناتوانی و ناکارآمدی ترتیبات سنتی حقوق جزا در اثبات مسئولیت کیفری اعضا و به ویژه رهبران گروه و اعمال مجازات های مقتضی نسبت به آنها (بیابانی، ۱۳۸۷: ۶۹)، می تواند سیاستی درست و منطقی باشد.

در ماده ۲۹ که در خصوص کالای غیرممنوع است، قانون گذار تصریح می نماید مرتکب به مجازات های مقرر در ماده ۱۸ محکوم می شود که این مجازات ها در وهله نخست جرمه نقدی نسبی است که بر حسب نوع کالا و رفتار مرتکب میزان آن متفاوت است و قانون گذار در عمده موارد میزان آن را در قالب حداقل و حداکثر پیش بینی نموده است که اختیار دادگاه در تعیین جزای نقدی بین حداقل و حداکثر در خصوص قاچاق سازمان یافته نیز به قوت خود باقی است. ضمانت اجرای دیگر پیش بینی شده در صدر ماده ۱۸ ضبط کالا و ارز موضوع قاچاق است و استفاده قانون گذار از عبارت «مجازات های موضوع ماده ۱۸» از این جهت می باشد. در ماده ۲۸ قانون گذار در خصوص کالای ممنوع به «جزای نقدی مندرج در ماده ۲۲» اشاره می کند که در اینجا نیز اختیار مرجع رسیدگی کننده در تعیین جزای نقدی بین حداقل و حداکثر مندرج در ماده ۲۲ به قوت خود باقی است و لیکن اشکالی که در اینجا وجود دارد آن است که قانون گذار به ضبط کالای ممنوع اشاره نمی کند که این ناشی از سهو در بیان قانون گذار است؛ چراکه در صورتی ارتکاب قاچاق کالای ممنوع به نحو سازمان یافته موجب ضبط کالا می شود و همچنین در صورتی ارتکاب قاچاق کالای غیرممنوع به نحو سازمان یافته نیز موجب ضبط کالا می شود، به قیاس اولویت در خصوص کالای ممنوع موضوع قاچاق سازمان یافته باید حکم ضبط جاری شود. علاوه بر این، اجرای احکام عمومی مقرر در ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی و ماده ۱۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری نیز به نتیجه تقریباً مشابهی می انجامد.

در مواردی نیز که به موجب ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی و ماده ۶۷ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، بزه قاچاق ارتكابی منتسب به شخص حقوقی است، قانون‌گذار در خصوص قاچاق سازمان یافته رویکرد افتراقی پیش‌بینی نموده است. به موجب ماده ۶۷ قانون، شخص حقوقی علاوه بر جزای نقدی معادل دو تا چهار برابر حداکثر جریمه نقدی مقرر برای شخص حقیقی، به مجازات انحلال محکوم می‌شود و این مجازات در همان مرتبه اول ارتكاب قاچاق توسط اشخاص حقوقی و صرف نظر از موضوع قاچاق و ارزش آن قابل اعمال است.

۳-۲. ضوابط خاص در اعمال نهادهای ارفاقی

پیش از این به موجب ماده ۷۱ قانون، جزای نقدی در مطلق بزه قاچاق (اعم از سازمان یافته و غیر آن) قابلیت تخفیف و تعلیق را نداشت. مجازات حبس و شلاق نیز در قاچاق سازمان یافته (و همچنین در قاچاق کالاهای ممنوعه و قاچاق حرفه‌ای) قابل تعلیق نبود و بر اساس مفهوم مخالف ماده مذکور، دیگر مجازات‌های مقرر برای اشخاص حقیقی و حقوقی مشمول استثنائات و محدودیت‌های مقرر برای تخفیف و تعلیق مجازات نبوده و مطابق عمومات قابلیت تخفیف و یا تعلیق را داشت. لیکن با توجه به ماده ۶۳ اصلاحی سال ۱۴۰۰، در شرایط کنونی در تمامی موارد قاچاق (اعم قاچاق سازمان یافته و غیر آن) امکان تعلیق اجرای مجازات (و دیگر نهادهای ارفاقی مانند تعلیق تعقیب، تعویق صدور حکم، معافیت از کیفر، مرور زمان، توبه و بایگانی کردن پرونده) وجود ندارد.

با توجه به عدم اشاره ماده ۶۳ اصلاحی به موضوع تخفیف مجازات، ضوابط مقرر در مواد ۷۱ و ۷۲ قانون در خصوص تخفیف مجازات به قوت خود باقی است. بر این اساس جزای نقدی به صورت مطلق قابلیت تخفیف را ندارد، استثنایی که در این خصوص وجود دارد موارد مقرر در ماده ۷۲ قانون است. یکی از موارد استثنای مذکور به موجب این ماده حالتی است که شخص مرتکب قاچاق، در مراحل تحقیقات مقدماتی، با اقرار خود موجبات دستگیری سر شبکه‌های قاچاق را فراهم می‌کند، که در این صورت بنا به تشخیص مرجع رسیدگی‌کننده، ضمن ضبط کالا و یا ارز قاچاق، مرتکب از مجازات‌های مقرر در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز معاف و یا اینکه در مجازات او تخفیف متناسب داده می‌شود. اشاره ماده ۷۲ به «سر شبکه‌های قاچاق» را می‌توان از تدابیر خاص قانون‌گذار به منظور جلب همکاری اعضای گروه سازمان یافته مرتکب قاچاق، در جهت کشف و اثبات این جرم دانست.

۴-۲. صلاحیت دادگاه انقلاب

به موجب ماده ۴۴ قانون «رسیدگی به جرایم قاچاق کالا و ارز سازمان یافته و حرفه‌ای، قاچاق کالاهای ممنوع و قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس و یا انفصال از خدمات دولتی در صلاحیت دادسرا

و دادگاه انقلاب است. سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز، تخلف محسوب و رسیدگی به آن در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است....» آنچه از این ماده برمی‌آید آن است که قاچاق کالا و ارز ابتدائاً تخلف و در صلاحیت شعب تعزیرات حکومتی است (اجتهادی و صفاری، ۱۳۹۶: ۱۹) و لیکن صدق یکی از عناوین پنج‌گانه مذکور در ماده ۴۴ سبب صدق عنوان جرم بر رفتار مرتکب و به تبع آن ایجاد صلاحیت رسیدگی برای دادگاه انقلاب به عنوان یک مرجع اختصاصی می‌شود. بر این اساس پیش‌بینی صلاحیت دادگاه انقلاب برای رسیدگی به قاچاق سازمان‌یافته کالا و ارز از دو سو متمایز می‌باشد. از یک سو صلاحیت عام شعب تعزیرات حکومتی در رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز و از سوی دیگر صلاحیت عام مراجع عمومی دادگستری (دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲) در رسیدگی به جرایم با تخصیص مواجه شده است.

۲-۵. پیش‌بینی وزارت اطلاعات به عنوان دستگاه کاشف

به موجب ماده ۳۹ قانون «وزارت اطلاعات و نیروی انتظامی موظفند با هماهنگی مرجع ذیصلاح قضایی، خود یا بنا بر اعلام دستگاه کاشف، شبکه‌های اصلی، گروه‌های سازمان‌یافته قاچاق کالا و ارز و دارایی‌های آن‌ها را شناسایی و اقدام به تشکیل پرونده و تکمیل تحقیقات نمایند.» به استناد ماده ۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری امکان شناسایی وزارت اطلاعات به عنوان ضابط خاص وجود دارد، لیکن نکته مهم آن است که خود این ماده مأموران وزارت اطلاعات را در زمره ضابطان خاص قرار نمی‌دهد، بلکه این امر را موکول به پیش‌بینی اختیار ضابطان برای آن‌ها در قوانین دیگر می‌نماید. در ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی احراز عنوان ضابط دادگستری مصوب ۱۳۹۸ نیز اجمالاً به ضابط تلقی شدن وزارت اطلاعات تصریح شده است. بر این اساس برخی بر این نظر هستند که به موجب ماده ۳۹ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اختیارات ضابطان به مأموران وزارت اطلاعات محول شده است (فتحی و امیر حاجیلو، ۱۳۹۷: ۳۸۳) و این امر راهبردی افتراقی در مواجهه با قاچاق سازمان‌یافته است.

لیکن می‌بایست توجه داشت که مستندی برای ضابط تلقی شدن مأموران وزارت اطلاعات در مواجهه با قاچاق سازمان‌یافته وجود ندارد و یکی از مهم‌ترین قوانینی که در این زمینه وجود داشت، تکلیف مقرر برای وزارت اطلاعات به موجب ماده ۲۰۵ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۴ - ۱۳۹۰) بوده است که به موجب آن وزارت اطلاعات موظف بود «... اقدامات زیر را انجام دهد: ... ب - پیشگیری و مقابله با فساد و اختلال در امنیت اقتصادی، ... در مقام ضابط دادگستری...» بر این اساس وزارت اطلاعات در چهارچوب این ماده در برخی از مصادیق قاچاق کالا و ارز نیز می‌توانست به عنوان ضابط عمل نماید و در این موارد از اختیارات ضابطان دادگستری

نیز برخوردار بوده است. لیکن با انقضای مهلت اجرای این قانون و اجرایی شدن قانون برنامه ششم، مستند سابق الذکر در شرایط کنونی فاقد اعتبار است. بنابراین در اجرای ماده ۳۹ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مأموران وزارت اطلاعات را نمی‌توان ضابط تلقی نمود و لیکن در حدود قلمرو ماده که ناظر به قاچاق سازمان یافته است با توجه به اینکه یکی از وظایف وزارت اطلاعات شناسایی گروه‌های سازمان یافته قاچاق کالا و ارز می‌باشد، با توجه به شمول تعریف «دستگاه کاشف» مقرر در بند ص ماده ۱ قانون، می‌توان این وزارتخانه را در حدود قاچاق سازمان یافته دستگاه کاشف دانست، بی‌آنکه ضابط باشد. نتیجه این استدلال آن است که اولاً وزارت اطلاعات را نیز باید در کنار دستگاه‌های کاشف مذکور در ماده ۳۶ قانون جزو دستگاه‌های کاشف تلقی نمود و به بیان دیگر، مصادیق دستگاه‌های کاشف را نباید منحصر در مصادیق مذکور در ماده ۳۶ قانون دانست و ثانیاً به استثنای اختیارات مقرر در ماده ۳۹ نمی‌توان اختیار دیگری برای مأموران وزارت اطلاعات در مواجهه با قاچاق سازمان یافته قائل بود که این اختیارات شامل «شناسایی گروه‌های سازمان یافته قاچاق کالا و ارز»، «شناسایی دارایی‌های این گروه‌ها» و «تشکیل پرونده» و «تکمیل تحقیقات» می‌باشد. بر این اساس برخی از اختیارات مختص ضابطان مانند اختیار دستگیری متهم در جرایم مشهود، برای مأموران وزارت اطلاعات متصور نیست و آن گونه که تبصره ۱ ماده ۴۱ قانون مقرر می‌دارد «در مواردی که دستگاه‌های کاشف فاقد اختیارات ضابطین دادگستری باشند، موظفند پس از کشف بلافاصله با تنظیم صورت جلسه کشف موضوع را جهت اقدام قانونی به ضابطین یا مراجع ذی صلاح اطلاع دهند.» البته با توجه به میزان اختیار مقرر در ماده ۳۹ قانون برای وزارت اطلاعات، نقش این وزارتخانه بیش از اختیار مقرر برای دیگر دستگاه‌های کاشف است.

۲-۶. پیش‌بینی اختیارات و تکالیف ویژه برای ضابطان و کاشفان

به جهت پیچیدگی جرایم سازمان یافته، کشف این جرایم به اختیارات ویژه نیاز دارد. بر این اساس به موجب ماده ۳۸ قانون هر گاه در زمان کشف جرم قاچاق، دستگاه کاشف یا دستگاه اجرایی مأمور وصول درآمدهای دولت بر مبنای قرائن و امارات موجود احراز نمایند یا احتمال قوی دهند که جرم قاچاق به نحو سازمان یافته واقع شده است، مکلفند این موضوع را با ذکر قرائن و امارات مزبور برای انجام اقدامات قانونی به مقام قضایی اعلام نمایند. بنابراین با توجه به صلاحیت رسیدگی دادگاه انقلاب برای رسیدگی به قاچاق سازمان یافته دستگاه‌های کاشف می‌بایست پرونده را برای رسیدگی به دادرای مربوطه (و نه تعزیرات حکومتی) ارسال نمایند و البته بدیهی است که مرجع قضایی تکلیفی به تبعیت از دیدگاه دستگاه کاشف نداشته و پس از بررسی، ممکن است قرار عدم صلاحیت به شایستگی شعب تعزیرات حکومتی صادر نماید.

البته ضروری است که در مرحله کشف جرم، معیارها و شاخص‌هایی تبیین شود تا سازمان کاشف در صورت روبه‌رو شدن با این معیارها، توان خود را برای تشکیل یک پرونده قاچاق سازمان‌یافته متمرکز کند. در این راستا در ماده ۳۸ قانون از باب تمثیل «وسایل و تجهیزات مورد استفاده در ارتکاب جرم» و «حجم و یا ارزش کالای مکشوفه» به‌عنوان اماره‌ای برای احراز قاچاق سازمان‌یافته مطرح شده است. شعبه ۱۱ دیوان عالی کشور نیز در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۱۰۰۳۱۴ مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۱۳ قرائنی از قبیل کمیت کالای مکشوفه، نوع کالا، محل پنهان کردن و نگهداری کالا و تعلق کالاها به ۳ الی ۴ نفر را موجب صدق قاچاق سازمان‌یافته دانسته و در نتیجه قرار عدم صلاحیت صادره از سوی داسرا به شایستگی تعزیرات حکومتی را رد نمود.^۱ علاوه بر این مواردی مانند وضعیت فردی که کالای قاچاق نزد وی کشف شده است و چگونگی ارتباط‌گیری فرد حامل کالای قاچاق با سایر افراد بر اساس نوع تجهیزات می‌تواند مد نظر قرار گیرد. (کلاه مال همدانی، ۱۳۹۶: ۱۲۸)

یکی دیگر از تدابیر افتراقی در حوزه قاچاق سازمان‌یافته به‌موجب ماده ۴۸ قانون پیش‌بینی تکلیف شناسایی و توقیف اموال متعلق به متهم در حدود جزای نقدی احتمالی است که البته در چند مورد دیگر نیز (قاچاق کالای ممنوع، حرفه‌ای و یا پرونده‌های با ارزش کالای قاچاق مکشوفه بیش از یکصد میلیون ریال) این تکلیف پیش‌بینی شده است. بر این اساس مرجع رسیدگی (در خصوص قاچاق سازمان‌یافته دادرسی عمومی و انقلاب و دادگاه انقلاب) تکلیف به شناسایی و توقیف اموال متهمین در طول رسیدگی دارد و میزان اموال قابل توقیف نیز بسته به نوع کالا و ارزش آن معادل حداکثر جزای نقدی مقرر در قانون است. با توجه به ماهیت پیچیده قاچاق سازمان‌یافته و امکاناتی که گروه سازمان‌یافته برای خنثی نمودن تدابیر کیفری دارد (مانند زندان خواب‌ها)، این مقرر می‌تواند بستری برای افزایش ضریب وصول جزای نقدی در قاچاق سازمان‌یافته باشد.

یکی دیگر از تدابیر افتراقی جرم قاچاق سازمان‌یافته آن است که هرچند به‌موجب تبصره ماده ۵۰ مکرر ۱ قانون آرای برائت صادره از مراجع قضایی در خصوص پرونده‌های با ارزش کمتر از دو میلیارد ریال قطعی بوده و از سوی دادستان، ستاد مبارزه با قاچاق کالا و ارز، دستگاه کاشف، ضابط، دستگاه مأمور وصول درآمدهای دولت و یا دادستان قابل اعتراض نیست و لیکن در خصوص پرونده‌های قاچاق سازمان‌یافته (و نیز حرفه‌ای، کالای ممنوع، مستلزم حبس یا انفصال از خدمات دولتی) قابلیت تجدیدنظرخواهی یا اعتراض وجود دارد.

1. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/3778>

در اینجا لازم به ذکر است که به موجب ماده ۵۱ قانون «در کلیه مواردی که شرایط و ضوابط دادرسی در این قانون پیش بینی نشده است، مطابق قانون آیین دادرسی کیفری رفتار می شود.» با توجه به اینکه در قانون آیین دادرسی کیفری نیز در مواردی مانند تبصره ماده ۴۸ (محدودیت در آزادی انتخاب وکیل) و ماده ۱۸۰ (امکان جلب پیش از احضار) مقررات ویژه ای برای جرایم سازمان یافته پیش بینی شده است، این موارد در خصوص قاچاق سازمان یافته کالا و ارز نیز جاری است که موضوع امکان جلب پیش از احضار در قسمت اخیر ماده ۶۳ اصلاحی سال ۱۴۰۰ نیز به صورت خاص تصریح شده است. علاوه بر این به موجب ماده اخیرالذکر در خصوص قاچاق سازمان یافته (و نیز در برخی موارد استثنایی دیگر) امکان صدور قرار بازداشت موقت وجود دارد و این در حالی است که مستنبط از تبصره ۲ ماده ۴۱ قانون شدیدترین قرار تأمینی قابل اعمال برای اتهام قاچاق در حالت عادی قرار وثیقه است.

۳. چالش های مقابله با قاچاق کالا و ارز سازمان یافته

با وجود حجم گسترده قاچاق ارتكابی^۱ و تدابیر افتراقی پیش بینی شده برای رسیدگی به پرونده های قاچاق سازمان یافته، با این حال در عمل تعداد پرونده هایی که تحت این عنوان رسیدگی می شود، بسیار محدود است و این در حالی است که میزان قاچاق وارداتی و صادراتی به کشور به وضوح حکایت از این دارد که این حجم از قاچاق بدون سازمان یافتگی قابلیت ارتكاب ندارد. در ادامه به اهم چالش های رسیدگی به پرونده های قاچاق سازمان یافته پرداخته می شود.

۳-۱. ابهام در مفهوم قاچاق کالا و ارز

واژه «قاچاق» در نظام حقوقی ایران دارای معانی مختلف است و در کاربردهای متنوع «موسع» و «مضیق» به کار رفته است. قاچاق در مفهوم مضیق، معادل قاچاق گمرکی (یا همان قاچاق کالا و یا ارز) است (الهام و دیگران، ۱۳۹۳: ۵۱) و در مقابل قاچاق غیرگمرکی یا قاچاق کالای ممنوعه است (احمدی، ۱۳۸۵: ۱۰۰). ملاحظه قوانین و مقررات نشان از آن دارد که قلمرو مفهومی شمول قاچاق بسیار متنوع و در عین حال بعضاً بسیار گسترده است، از این رو فهم درست از مفهوم قاچاق در کاربردهای مختلف آن توسط قانون می تواند نقش مهمی در تحلیل درست قوانین و مقررات داشته باشد. قانون گذار در بند الف ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز اصطلاح «قاچاق کالا و ارز»

۱. به موجب ماده ۱۶ قانون، ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز مرجع تخصصی تهیه و ارائه برآوردهای و اطلاعات و آمار قاچاق می باشد که مطابق برآورد این مرجع حجم برآورد قاچاق برای سال های ۱۳۹۲ الی ۱۳۹۶ به ترتیب ۲۵، ۱۹/۸، ۱۵/۵، ۱۲/۶ و ۱۲/۹ میلیارد دلار بوده است. (<https://epe.ir/News/18618>)

را تعریف نموده است و لیکن تعارض‌های موجود در تعریف بر ابهام موجود در تعریف قاچاق کالا و ارزش افزوده است.

برخی بر این نظر می‌باشند که مطابق تعریف قانونی، عنوان قاچاق کالا و ارزش، صراحتاً و منحصرأً وارد و یا خارج ساختن کالا و ارزش را شامل می‌شود و بر این اساس با وجود اینکه رفتارهایی مانند حمل و نگهداری کالای قاچاق هم ممکن است به مانند قاچاق مجازات داشته باشند و لیکن احکام قاچاق بر آن‌ها جاری نخواهد بود (بهره‌مند بگ‌نظر، ۱۳۹۶، ۱۵۷ و ۱۵۸؛ اجتهادی، ۱۳۹۶: ۳۰ و ۳۱؛ خالقی، ۱۳۹۷: ۷۷؛ ثروتی بی‌نیاز و جعفری، ۱۳۹۹: ۴۲). البته در مقابل برخی دیگر بر این نظر هستند که در شرایط فعلی تعریف قاچاق صرفاً ناظر به مبادی ورودی و خروجی و مرزهای جغرافیایی نمی‌گردد، بلکه نگهداری و توزیع و حمل کالای فاقد مجوز قانونی در داخل کشور نیز قاچاق محسوب می‌شود (صفاری و دیگران، ۱۳۹۷: ۱). این ابهام و آثار مهم مترتب بر آن سبب شده است که هیئت عمومی دیوان عالی کشور در چند مورد سعی در تبیین قلمرو بزه قاچاق کالا و ارزش نماید. هیئت عمومی دیوان عالی کشور در چند رأی وحدت‌رویه به این موضوع ورود نمود و تفسیر مضیق از قاچاق ارائه داد. بر این اساس در رأی وحدت‌رویه شماره ۷۵۱ مورخ ۱۳۹۵/۰۵/۰۵ نگهداری تجهیزات دریافت از ماهواره و در ادامه در رأی وحدت‌رویه شماره ۸۰۹ مورخ ۱۳۹۷/۰۱/۱۴ نگهداری مشروبات الکلی قاچاق خارج از عنوان قاچاق دانسته شد. توسعه و تبعیت از مفهوم اخص از قاچاق سبب می‌شد که ارتکاب رفتارهایی مانند حمل، نگهداری، عرضه و فروش کالا و ارزش قاچاق به‌نحو سازمان‌یافته از شمول مواد ۲۸ و ۲۹ قانون خارج شود و این امر در تعارض با روح حاکم بر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارزش در مقابله با بزه قاچاق می‌باشد. بالاخص که در بحث قاچاق سازمان‌یافته صرف ورود کالا به کشور غایت مرتکبین نیست و آن‌ها در نهایت درصدد انتقال این کالاها به دیگران و کسب منفعت مالی از این طریق هستند و از این‌رو رفتارهایی مانند حمل، نگهداری و... جزو لوازم عرفی واردات غیرقانونی کالا به کشور هستند.

در اصلاحیه سال ۱۴۰۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارزش از یک‌سو در ماده ۶۳ اصلاحی تمامی احکام و قواعد عمومی مربوط به جرایم و تخلفات موضوع این قانون (به جز موارد خاص مقرر) مطابق قانون مجازات اسلامی دانسته شده است و علاوه بر این در تبصره ۵ ماده مذکور بسیاری از احکام، آثار و مجازات‌های قاچاق در مورد همه جرایم و تخلفات موضوع این قانون (به استثنای یک مورد) لازم‌الاجرا دانسته شده است و نتیجه این امر آن است که ابهام درخصوص مفهوم قاچاق به قوت خود باقی است و لیکن در عمل چون در بسیاری از موارد احکام قاچاق بر دیگر جرایم و تخلفات مقرر در قانون مذکور جاری است، در نتیجه اصولاً آن‌ها نیز تابع سیاست کیفری مقرر برای

قاچاق هستند. لیکن درخصوص موضوع بحث حاضر ابهام به قوت خود باقی است؛ چراکه به موجب تبصره ۴ ماده ۶۳ در صورتی که قاچاق به تنهایی، به نحو سازمان یافته ارتکاب یافته باشد، وفق مواد ۲۸ و ۲۹ این قانون عمل می شود و لیکن در صورتی که دیگر جرایم یا تخلفات موضوع این قانون به تنهایی و یا با در نظر گرفتن دیگر جرایم یا تخلفات این قانون (و از جمله بزه قاچاق) به نحو سازمان یافته ارتکاب یافته باشد، هر یک از اعضای گروه سازمان یافته به حداکثر مجازات مقرر برای رفتار ارتكابی خود محکوم می شوند و در هر مورد که مجازات فاقد حداقل و حداکثر باشد، نصف مجازات مقرر قانونی به اصل آن اضافه می گردد. با توجه به تفاوت مجازات های مقرر در مواد ۲۸ و ۲۹ با مجازات های مقرر در تبصره ۴ ماده ۶۳ برای ارتکاب جرم یا تخلف در حالت سازمان یافته، بسته به اینکه رفتارهایی مانند حمل، نگهداری، عرضه و فروش کالا و یا ارز قاچاق مشمول عنوان قاچاق دانسته شود یا نه، مستند قانونی آن متفاوت خواهد بود.

۳-۲. شتاب زدگی در رسیدگی به پرونده های قاچاق

جرایم اقتصادی از جمله جرایم پیچیده و حساس بوده و تعیین تکلیف پیرامون آن ها نیاز به دقت و تیزبینی دارد؛ از این رو، در رسیدگی به این پرونده ها، از یک سو رسیدگی فوری قابل توجیه نیست، در همان حال، طولانی بودن رسیدگی که اقتضای یک رسیدگی عادلانه و دقیق است، خود فرصتی را برای انواع اقدامات نفوذگرانه از سوی مرتکبان جرایم اقتصادی فراهم می کند (مهدوی پور، ۱۳۹۰: ۲۵۶). یکی از موضوعات بسیار مورد تأکید قانون گذار در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز سرعت در رسیدگی و صدور حکم است. برخی از تکالیف مرتبط با اصل لزوم سرعت در رسیدگی در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز عبارتند از: تعیین مهلت یک ماهه برای صدور رأی نهایی (ماده ۴۵)، تعیین مهلت یک ماهه برای صدور رأی غیابی در پرونده های بی صاحب و صاحب متواری (ماده ۴۳)، عدول از صلاحیت ذاتی (قسمت انتهایی ماده ۴۴)، استثنای صریح پرونده های قاچاق از اعمال تکلیف موضوع ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی (تبصره ماده ۴۴) و عدم امکان پذیرش اعتراض و رسیدگی به آرای صادره از شعب تعزیرات در مراجع قضایی و دیوان عدالت اداری (تبصره ۲ ماده ۵۰).

به موجب ماده ۴۵ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز «هر کدام از شعب دادسرا و دادگاه انقلاب اسلامی، تعزیرات حکومتی و شعب تجدیدنظر آن ها ظرف یک ماه از زمان تحویل پرونده باید رسیدگی و رأی نهایی را صادر کنند، مگر مواردی که حسب نوع جرم یا تخلف و علل دیگر، تکمیل شدن تحقیقات نیاز به زمان بیشتری داشته باشد که در این صورت حسب مورد مرجع رسیدگی کننده موظف است علت تأخیر را به صورت مکتوب به مقام مافوق گزارش دهد. عدم ارسال این گزارش

موجب محکومیت انتظامی تا درجه سه می‌گردد.» این ماده متضمن دو تکلیف است: تکلیف نخست ناظر به رسیدگی و صدور رأی در مهلت یک ماه می‌باشد. در این ماده منظور از صدور رأی نهایی، صدور رأی مقتضی نهایی در همان مرحله از دادرسی است. تکلیف دوم ناظر به مواردی است که در مهلت مذکور امکان صدور رأی فراهم نشود که در این صورت مرجع رسیدگی‌کننده مکلف است علت تأخیر را به صورت مکتوب به مقام مافوق گزارش نماید و منظور از مقام مافوق، مقام مافوق اداری است. تعارض و تراحم موجود بین رسیدگی توأم با سرعت در خصوص بزه قاچاق کالا و ارز از یک سو و پیچیدگی‌ها و دشواری‌های کشف بزه قاچاق کالا و ارز سازمان‌یافته از دیگر سو سبب شده است که در عمل تعداد پرونده‌های قاچاق سازمان‌یافته بسیار کم باشد.

در عمل تعداد بسیار محدودی از پرونده‌های مشکله توسط دستگاه‌های کاشف عنوان سازمان‌یافته دارد و لیکن در این موارد نیز عمدتاً مراجع قضایی به لحاظ عدم تحقق عناصر مربوط، کثرت کار و... نظر بر غیرسازمان‌یافته بودن قاچاق داشته و با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به سازمان تعزیرات حکومتی ارسال می‌دارند (اجتهادی، ۱۳۹۶: ۳۲۶ و ۳۲۷؛ امیری و محمدیان، ۱۳۹۷: ۱۲۶). با توجه به حکم مقرر در قسمت اخیر تبصره ماده ۴۴ قانون، در این موارد شعب سازمان تعزیرات حکومتی مکلف به رسیدگی می‌باشند و حق اختلاف در صلاحیت با مراجع قضایی را ندارند و نتیجه آن می‌شود که چه بسا رسیدگی به قاچاق سازمان‌یافته در صلاحیت شعب تعزیرات حکومتی قرار گیرد و در اینجا این سؤال مطرح می‌شود که در این موارد تکلیف شعبه تعزیرات حکومتی در مواجهه با پرونده قاچاق سازمان‌یافته چیست؟ در این خصوص نظریه مشورتی شماره ۹۵/۲۱۰/۴۷۸۸ مورخ ۱۳۹۵/۰۹/۱۵ دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی بر این است که «... بر اساس قاعده اذن در شیء مستلزم اذن در لوازم آن است، در مواردی که قانون‌گذار از مقررات صلاحیت ذاتی عدول نموده است، اعطاء صلاحیت مستلزم تجویز اختیارات آن نیز می‌باشد و در صورتی که پس از انجام تحقیقات و رسیدگی توسط شعبه تعزیرات حکومتی اتهام منتسب به متهم، مستلزم حبس باشد این امر نافی صلاحیت شعبه تعزیرات حکومتی نبوده و با توجه به این که مجازات مقرر قانونی قابل تجزیه نمی‌باشد در پرونده‌های مستلزم مجازات حبس، مرجع رسیدگی‌کننده نمی‌تواند از اعمال مجازات حبس چشم‌پوشی نماید.» (دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی، ۱۳۹۷: ۱۲۳) این نظریه از جهت اعطای امکان صدور مجازات حبس و به صورت کلی امکان رسیدگی شعب تعزیرات به مصادیق جرم قاچاق کالا و ارز (و از جمله قاچاق سازمان‌یافته) متعاقب قرار عدم صلاحیت صادره از مراجع قضایی می‌تواند محل نقد جدی باشد و در این موارد چه بسا بتوان تشخیص مراجع قضایی را برای شعب تعزیرات حکومتی لازم‌الاتباع دانست و در این

موارد شعب تعزیرات حکومتی می‌بایست بنا را بر غیرسازمان یافته بودن قاچاق گذاشته و بر این مبنا رأی صادر نمایند که البته نتیجه این دیدگاه نیز ممکن است نادیده‌انگاری وصف سازمان‌یافتگی قاچاق باشد.

۳-۳. ابهام در میزان جزای نقدی اشخاص مرتبط در قاچاق سازمان یافته

ماهیت رفتارهای ارتكابی توسط اعضای گروه سازمان یافته ممکن است به صورت مشارکت و یا معاونت در ارتكاب بزه قاچاق کالا و ارز باشد. نکته مهمی که در خصوص مجازات مرتکبین قاچاق سازمان یافته وجود دارد آن است که با توجه به ظاهر مواد ۲۸ و ۲۹ قانون، در صورت تشکیل گروه مجرمانه، صرف نظر از نقش هر یک از مرتکبین (مشارکت و یا معاونت) هر یک بر اساس مجازات‌های مقرر در این مواد محکوم می‌شوند و لیکن نکته مهمی که وجود دارد در خصوص میزان جزای نقدی هر یک از اعضای گروه سازمان یافته می‌باشد؟ به موجب مواد ۲۸ و ۲۹ قانون، مرتکب قاچاق سازمان یافته حسب مورد به جزای نقدی مقرر در مواد ۱۸ و ۲۲ نیز محکوم می‌شود و ظاهر این مواد بر این است که هر یک از مرتکبین صرف نظر از نقش آن‌ها در قاچاق سازمان یافته به جزای نقدی مقرر محکوم می‌شود. نتیجه این برداشت آن است که در عمل هر یک از مرتکبین بر اساس ارزش کل کالا و ارز موضوع قاچاق محکوم شوند که با توجه به امکان تبدیل جزای نقدی به حبس حداکثر تا ۱۵ سال می‌تواند زمینه اعمال مجازات‌های نامتناسب را فراهم نماید.

به موجب ماده ۶۶ قانون در بحث جزای نقدی مقرر برای مشارکت در بزه قاچاق، مرجع رسیدگی کننده سهم هر یک را شرکا را از کل جزای نقدی تعیین و به پرداخت آن محکوم می‌نماید. هر چند مقرر اخیر نیز دارای ابهامات بسیاری است ولی اجمالاً نظر به تسهیم جزای نقدی نسبی مقرر بین شرکا دارد. شاید بتوان این سیاست را در خصوص قاچاق سازمان یافته نیز اتخاذ نمود و آن دسته از اعضای گروه سازمان یافته که نقش‌شان در قالب شرکت باشد را بر اساس ماده ۶۶ به جزای نقدی محکوم نمود که البته در این حالت دیگر امکان اعمال جزای نقدی در خصوص اعضایی که نقش معاونت را ایفا نموده‌اند وجود نخواهد داشت.

نتیجه

با توجه به شیوع گسترده قاچاق کالا و ارز در کشور و مقایسه حجم قاچاق ارتكابی با میزان صادرات و واردات قانونی کالا و آثار اقتصادی و غیراقتصادی سوء این پدیده، تردیدی در ضرورت مقابله افتراقی با این بزه به عنوان یک بزه اقتصادی وجود ندارد و لیکن ارتكاب این بزه به شیوه سازمان یافته می‌تواند بر دامنه این آسیب‌ها بیافزاید. آمیختگی قاچاق سازمان یافته با جرایم دیگر نظیر جرایم مرتبط با فساد اداری (مانند رشاء و ارتشاء) و جرایم مالی (مانند پولشویی) ضرورت

پاسخ‌دهی افتراقی به این جرم را مضاعف می‌نماید. در این راستا قانون‌گذار برای نخستین بار در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مفهوم قاچاق سازمان‌یافته را وارد ادبیات تقنینی ایران نمود و به موجب بند س ماده ۱ قانون مذکور آن را تعریف نمود.

هرچند قانون‌گذار در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز با پیش‌بینی سازوکارهای افتراقی در حوزه سیاست کیفری شکلی و ماهوی سعی در متناسب‌سازی سیاست کیفری با ماهیت قاچاق سازمان‌یافته داشته است و لیکن در عمل این سیاست کیفری تقنینی چندان در عرصه سیاست کیفری اجرایی و قضایی نمود نداشته است. آنچه از برآورد حدود ۱۲ الی ۲۵ میلیارد دلاری قاچاق در سال‌های اخیر در کشور برمی‌آید این است که حداقل بخش قابل‌توجهی از این قاچاق به نحو سازمان‌یافته واقع می‌شود و چه بسا مصادیقی مانند قاچاق کولبری و ته‌لنجی که به ظاهر به صورت انفرادی توسط مرزنیان صورت می‌گیرد، در واقع بخشی از یک فرایند پیچیده باشد که در آن مرزنیان اجیر گروه‌های سازمان‌یافته قاچاق باشند و این در حالی است که در عمل تشکیل پرونده و رسیدگی به آن تحت عنوان قاچاق سازمان‌یافته بسیار به ندرت رخ می‌دهد. این امر ریشه در عوامل متعددی چون عدم تبیین درست مفهوم قاچاق سازمان‌یافته برای دستگاه‌های کاشف و مراجع رسیدگی‌کننده، عدم تبیین کافی قرائن موجب ظن ارتکاب قاچاق سازمان‌یافته در قانون، عدم اهتمام دستگاه‌های کاشف و مراجع رسیدگی‌کننده برای شناسایی ابعاد پنهان پرونده‌های قاچاق و شتاب‌زدگی مراجع رسیدگی‌کننده در رسیدگی به پرونده‌های قاچاق به جهت محدودیت‌های زمانی مقرر در قانون می‌باشد. علاوه بر مشکلات مذکور، وجود ابهامات متعدد در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز بر ناکارآمدی سیاست کیفری مقابله با قاچاق سازمان‌یافته کالا و ارز افزوده است. در این راستا ضرورت اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز بالاخص در مواردی مانند رفع ابهام از قلمرو مفهومی قاچاق کالا و ارز و شمول آن بر رفتارهایی مانند حمل، نگهداری، عرضه و فروش و...، حدود نقش‌آفرینی وزارت اطلاعات در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز سازمان‌یافته، نحوه تعیین جزای نقدی مرتکبین در قاچاق سازمان‌یافته و... وجود دارد.

منابع

فارسی

- اجتهادی، سیدعبدالمجید (۱۳۹۶)، بزه‌انگاری در حوزه قاچاق کالا و ارز: مبانی و جلوه‌ها، رساله دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی.
- الهام، غلامحسین و دیگران (۱۳۹۳)، «چالش‌های تعریف جرم قاچاق در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۸.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۳)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی: واکنش در برابر جرم، ج دوم، چ دوم، تهران: میزان.
- امیری، مهدی و مریم محمدیان (۱۳۹۷)، «جرایم سازمان‌یافته در مناطق آزاد تجاری»، فصلنامه کارآگاه، شماره ۴۲.
- باوی، علیرضا و دیگران (۱۳۹۸)، «ساختار مقابله کیفری - پلیسی با جرایم سازمان‌یافته اقتصادی» (بر مبنای اهمیت دانش اطلاعات)، فصلنامه کارآگاه، شماره ۴۷.
- بهره‌مند بگ‌نظر، حمید (۱۳۹۶)، آسیب‌شناسی قوانین مربوط به جرایم اقتصادی در نظام حقوقی ایران، ج اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- بیابانی، غلامحسین (۱۳۹۶)، «جرایم سازمان‌یافته و چالش‌های آینده»، فصلنامه کارآگاه، شماره ۵.
- توجیهی، عبدالعلی (۱۳۹۶)، آسیب‌شناسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، چ چهارم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- ثالث موید، احمدعلی و دیگران (۱۳۹۷)، «مبانی مسئولیت کیفری در جرم قاچاق سازمان‌یافته مبتنی بر قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، فصلنامه کارآگاه، شماره ۴۳.
- ثروتی بی‌نیاز، مرتضی و فریدون جعفری (۱۳۹۹)، «بررسی صلاحیت رسیدگی به بزه قاچاق ارز در حقوق ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۳.
- حبیبی مجنده، محمد (۱۳۹۸)، شرحی فشرده بر کنوانسیون پالرمو (مبارزه با جرایم سازمان‌یافته فراملی)، چ اول، تهران: شهر دانش.
- خالقی، ابوالفتح و سجاد اختری (۱۳۹۳)، «جهانی شدن حقوق کیفری در پرتو مبارزه علیه جرایم سازمان‌یافته»، فصلنامه کارآگاه، شماره ۲۹.
- خالقی، علی (۱۳۹۷)، آیین دادرسی کیفری، ج دوم، چ سی‌وهشتم، تهران: شهر دانش.
- دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی (۱۳۹۷)، مجموعه نظریه‌های مشورتی دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی، چ دوم، تهران: میزان.
- رحمانی فرد، محسن (۱۳۹۷)، تحلیل سیاست جنایی تقنینی ایران در قبال قاچاق کالا و ارز در پرتو سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران، رساله دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، تهران: دانشگاه عدالت.
- رستمی غازی، امید (۱۳۹۹)، «پاسخ‌دهی به اشخاص حقوقی در بزه قاچاق کالا و ارز»، دوماهنامه اقتصاد پنهان، شماره ۲۱.

- رضایی، محسن (۱۳۹۸)، «تحلیل جرم‌شناختی بحران آفرینی باندهای قاچاق کالا (با تأکید بر نقش پلیس)»، فصلنامه کارآگاه، شماره ۴۶.
- رضایی، محسن و دیگران (۱۳۹۷)، «تبیین نقش تعاملات پلیس در پیشگیری از شکل‌گیری باندهای قاچاق کالا»، فصلنامه پژوهش‌های انتظام اجتماعی، شماره ۴.
- رضایی، محسن و دیگران (۱۳۹۸)، «تبیین اجزای ساختاری پلیس در پیشگیری از شکل‌گیری باندهای قاچاق کالا»، فصلنامه پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی، شماره ۱.
- رضوانی، سودابه و سیده وحیده دریانورد (۱۳۹۱)، «لزوم اتخاذ سیاست جنایی افتراقی در مقابله با قاچاق سازمان‌یافته کالا و ارز»، دوفصلنامه بررسی‌های حقوقی، شماره ۳.
- رضوی‌فرد، بهزاد (۱۳۹۶)، جرم سازمان‌یافته در: جمعی از نویسندگان، دانشنامه علوم جنایی اقتصادی، چ اول، تهران، میزان.
- سلیمانی، حمید و دیگران (۱۳۹۶)، «تحلیل جرم سازمان‌یافته از دریچه فقه»، فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، شماره ۹.
- صفاری، علی و دیگران (۱۳۹۷)، بزه قاچاق کالا و ارز در مقررات موضوعه، چ اول، تهران: روزنامه رسمی.
- صفاری، علی و سیدعبدالمجید اجتهادی (۱۳۹۶)، «سیاست کیفری افتراقی در قبال قاچاق کالای سلامت‌محور»، فصلنامه پژوهش دانش اجتماعی، شماره ۲.
- فتحی، محمدجواد و فضل‌اله امیر حاجیلو (۱۳۹۷)، «جلوه‌های دادرسی افتراق قاچاق کالا (در پرتو اصول دادرسی منصفانه)»، دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، شماره ۲.
- کلاه مال همدانی، احمد (۱۳۹۶)، «پارادایم قاچاق سازمان‌یافته و حرفه‌ای کالا و ارز؛ پیشگیری و مقابله با آن»، فصلنامه اقتصاد پنهان، شماره‌های ۴ و ۵.
- معظمی، شهلا (۱۳۸۴)، جرم سازمان‌یافته و راهکارهای جهانی مقابله با آن، چ اول، تهران: دادگستر.
- مهدوی‌پور، اعظم (۱۳۹۰)، سیاست کیفری افتراقی در قلمرو بزهکاری اقتصادی، چ اول، تهران: میزان.
- میرمحمدصادقی، حسین و محمدرضا عدومی‌زاده (۱۳۹۷)، «قاچاق سازمان‌یافته کالا در حقوق کیفری ایران»، دوفصلنامه آموزه‌های حقوقی گواه، شماره ۷.
- نجفی‌ابرنادآبادی، علی حسین و دیگران (۱۳۷۹)، «جرم سازمان‌یافته در جرم‌شناسی و حقوق جزا»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۴.

انگلیسی

- Paoli, Letizia & Tom Vander Beken (2014), Organized crime: A Contested Concept in: The Oxford handbook of organized crim, Oxford University Press.

درج پیشینه کیفری متهم در کیفرخواست

پیام فروزنده*، فرید محسنی**

چکیده

پس از ختم تحقیقات مقدماتی، در صورتی که مقام تحقیق متهم را شایسته محاکمه در دادگاه بداند، قرار جلب به دادرسی وی را صادر می‌کند. اگر مقام تعقیب نیز با این امر موافق بود، برای ارسال پرونده به دادگاه، باید در مورد متهم کیفرخواست صادر کند. ماده ۲۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری، موارد مذکور در کیفرخواست را تعیین می‌کند. بند «ج» این ماده، سابقه محکومیت کیفری مؤثر متهم را یکی از موارد مندرج در کیفرخواست بیان می‌کند. اما قاضی دادگاه زمانی به پیشینه کیفری متهم نیاز خواهد داشت که انتساب جرم به او را محرز بداند و در مقام تعیین مجازات مناسب برای او باشد. در حالی که ممکن است متهم در دادگاه تبرئه شود و اصلاً نیازی به تعیین مجازات نباشد. در این نوشتار، با استفاده از روش توصیفی مبتنی بر تحقیق ارزشیابی، ضمن نقد و بررسی مبانی احتمالی حکم مقنن در ماده مذکور، تبیین خواهد شد که چون قبل از اثبات جرم متهم، ضرورتی به اطلاع قاضی از پیشینه کیفری متهم وجود ندارد، درج پیشینه کیفری او در کیفرخواست و به تبع آن اطلاع قاضی از سوابق کیفری متهم برخلاف اصل منع تجسس بوده و ممکن است موجب نقض حریم خصوصی وی گردد. به علاوه، اطلاع قاضی از پیشینه کیفری متهم، قبل از اینکه گناهکار بودنش اثبات شود، به فرایند دادرسی منصفانه نیز لطمه زده و باعث ایجاد پیش داوری منفی در ذهن وی می‌شود که این پیش داوری می‌تواند موجب نقض اصل برائت متهم و بی طرفی ذهنی مقام قضایی شود. در انتها نیز پیشنهادهایی برای رفع این اشکالات ارائه خواهد شد.

واژگان کلیدی: پیشینه کیفری، دادرسی منصفانه، حریم خصوصی، پیش داوری، اصل برائت

* کارآموز قضاوت، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
forouzandehpayam@gmail.com

** استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران
mohseni@ujss.ac.ir

مقدمه

تمام همت نظام عدالت کیفری باید در جهت اجرای عدالت و مجازات مجرمان واقعی باشد و اتهام هر کسی باید طی یک دادرسی عادلانه و منصفانه توسط دادگاهی مستقل و بی طرف اثبات شود.^۱ برای تحقق این هدف، علاوه بر تأثیر عملکرد مجریان دستگاه عدالت، پیش‌بینی یک قانون خوب و دقیق که در آن تمام اصول دادرسی منصفانه و عادلانه مورد تأیید و تأکید قرار گرفته باشد، نیز ضروری به نظر می‌رسد. اگرچه در سال‌های اخیر، توجه به متهم و جایگاه و حقوق او در فرایند دادرسی کیفری مورد عنایت قانون‌گذاران واقع شده است و قانون‌گذار کشور ما نیز تلاش قابل تحسینی در راستای تأمین حقوق دفاعی متهم و به‌طور کلی سازماندهی یک دادرسی منصفانه انجام داده است؛ اما در برخی موارد، نشانه‌هایی از لطمه به اصول دادرسی منصفانه در قوانین دیده می‌شود که بسیاری از حقوق‌دانان نیز با بی‌تفاوتی از کنار آن رد شده‌اند.

همچنین متهم، هرچند در نهایت اثبات شود که مرتکب جرم نیز شده است، باز هم عضوی از جامعه است و به‌عنوان یک انسان دارای کرامت است^۲ و از حقوق مشروعی که تمام افراد جامعه، به‌عنوان انسان از آن برخوردارند، او نیز برخوردار خواهد بود و دستگاه عدالت کیفری حق ندارد به‌صرف اینکه شخصی متهم به ارتکاب جرمی شده است، این حقوق را نادیده بگیرد. اما گاهی دیده می‌شود که برخی حقوق کرامت‌مدارانه متهم توسط قانون‌گذار نادیده گرفته شده است.

یکی از این موارد که به اصول دادرسی منصفانه لطمه وارد می‌کند و حق حریم خصوصی و اصل منع تجسس را درباره متهم خدشه‌دار می‌کند، درج پیشینه کیفری متهم در کیفرخواست است که در این نوشتار با تفصیل مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

با این توضیح ابتدایی که پس از ختم تحقیقات مقدماتی، در صورتی که به عقیده مرجع تحقیق دلایل کافی بر وقوع جرم و ارتکاب آن توسط متهم وجود داشته و وی شایسته محاکمه در دادگاه باشد، مقام تحقیق وظیفه دارد قرار جلب به دادرسی را درخصوص متهم صادر کند. این قرار مانند سایر قرارهای نهایی، باید موجه، مستدل و مستند به مواد قانونی باشد (خالقی، ۱۳۹۹: ۱/۲۹۷). در صورتی که مقام تعقیب (دادستان) با قرار فوق موافق باشد، مکلف است درخصوص پرونده کیفرخواست صادر کند.^۳

۱. نک: ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر

۲. خداوند متعال در آیه شریفه ۷۰ سوره مبارکه اسراء در بیان کرامت ذاتی انسان می‌فرماید: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا». این کرامت همه افراد بشر را دربرمی‌گیرد.

۳. نک: ماده ۲۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲

ماده ۲۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مندرجات کیفرخواست را مشخص کرده است که دادستان می‌بایست این موارد را در کیفرخواست درج کند. بند ج از ماده مذکور یکی از موارد مندرج در کیفرخواست را «سابقه محکومیت کیفری مؤثر متهم» می‌داند. پس از صدور کیفرخواست نیز پرونده برای رسیدگی به دادگاه صالح ارسال می‌گردد.

حال، پرسشی که بنابر پیش‌فرض حکیمانه بودن الفاظ، عبارات و احکام مقنن مطرح می‌شود، این است که قانون‌گذار چه اهداف و حکمت‌هایی را از حکم به درج پیشنهاد کیفری مؤثر متهم در کیفرخواست در نظر داشته است؟ و آیا چنین حکمی با اصول کلی حقوقی و انسانی مطابقت دارد؟ اگر نه، این حکم مقنن می‌تواند متضمن چه آسیب‌هایی بر حقوق اشخاص و اصول دادرسی منصفانه باشد؟^۱

تاکنون پژوهشی مستقل که در مقام پاسخ‌گویی به این سؤالات مهم باشد، انجام نشده است و تنها درخصوص برخی از جنبه‌های روان‌شناختی موضوع، تحقیقاتی تجربی در برخی کشورها انجام شده است که از نتایج آن‌ها در پژوهش حاضر که با استفاده از روش توصیفی مبتنی بر تحقیق ارزشیابی و به‌صورت کتابخانه‌ای انجام پذیرفته است، استفاده شده است.

سازمان‌دهی نوشتار حاضر نیز در جهت پاسخ‌گویی به سؤالات پیش‌گفته خواهد بود. یعنی، ابتدا مبانی احتمالی را که قانون‌گذار با توجه به آن‌ها، مقام تعقیب را مکلف کرده است که پیشنهاد کیفری مؤثر متهم را در کیفرخواست ذکر کند، نقد خواهیم کرد. سپس به بررسی آسیب‌های احتمالی درج پیشنهاد کیفری متهم در کیفرخواست خواهیم پرداخت که در خلال آن، تعارض این تکلیف دادستان با حق حریم خصوصی متهم و لطمه آن به دادرسی کیفری منصفانه از طریق ایجاد پیش‌داوری، بررسی خواهد شد. در نهایت نیز پیشنهادهایی برای رفع این مشکلات ارائه خواهد شد.

۱. مبانی احتمالی برای درج پیشنهاد کیفری متهم در کیفرخواست

کیفرخواست، در لغت به معنای ادعای نامۀ دادستان یا مدعی‌العموم آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۸۸۳۴) و در واقع، درخواست دادستان از دادگاه مبنی بر محاکمه و مجازات متهم است (خالقی، ۱۳۹۹: ۲/۱۳۰). یعنی مقام تعقیب، در کیفرخواست، خطاب به دادگاه، دلایل و مبانی خود بر تعقیب متهم و استحقاق او برای مجازات را بیان می‌کند و از او برای متهم کیفر می‌خواهد. این تکلیف

۱. مشابه این سؤالات را می‌توان درخصوص سایر مندرجات کیفرخواست، به‌ویژه خلاصه پرونده شخصیت متهم و وضعیت روانی وی (بند چ ماده ۲۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری) مطرح کرد که پاسخ به آن‌ها، خود پژوهش مستقلی را می‌طلبد.

دادستان، در راستای وظایف تعقیبی او است؛ بنابراین، با فرض حکیمانه بودن قانون، پرواضح است که هر یک از اطلاعات و مندرجات مذکور در کیفرخواست باید مفید، ضروری و در جهت کیفرخواهی برای متهم باشد.

حال اگر بگوییم پیشینه کیفری متهم که در کیفرخواست او آمده است، مبنایی برای درخواست کیفر برای او است؛ این سخن قطعاً برخلاف عقلانیت و عدالت است. زیرا پیشینه کیفری متهم، هرچند پیشینه کیفری او از نوع مؤثر باشد، دلیل و مبنایی برای مجازات او برای جرمی که در حال حاضر به آن متهم شده است، نمی‌باشد. چون اگر وی سابقاً مرتکب جرم شده است، کیفر آن را نیز تحمل کرده یا می‌کند و این امر چرا باید مبنای درخواست کیفر برای عملی باشد که هنوز انتسابش بر او منجز نیست. بلکه یک شخص تنها باید بر مبنای «حقایق موجود در پرونده»^۱ محاکمه شود (Thomas, 2007: 70). به عبارت دیگر، یک شخص را نه تنها در دادگاه، که حتی از همان ابتدا تنها بر مبنای «دلیل» می‌توان تعقیب و مجازات کرد. «دلیل» نیز هرگونه وسیله‌ای است که وجود یا عدم امری و صحت و سقم ادعایی را اثبات کند (آشوری، ۱۳۸۳: ۲۰۱). بدیهی است که هیچ‌کس پیشینه کیفری فردی را «دلیل» بر انتساب بزه بر آن شخص نمی‌داند.

از طرف دیگر، مهم‌ترین وظیفه دادگاه این است که در مرحله اول درخصوص برائت یا مجرمیت متهم تصمیم‌گیری کند و اگر او را مجرم تشخیص داد، در مرحله دوم، مجازات مناسب و متناسب را برای او انتخاب کند.^۲ یکی از معیارهای مهم برای تعیین مجازات مناسب برای محکوم، توجه به پیشینه کیفری او است که اگر پیشینه کیفری مجرم مؤثر^۳ باشد، در قالب تکرار جرم، مجازات وی تشدید خواهد شد و اگر پیشینه کیفری او غیر مؤثر باشد، به عنوان یکی از عواملی که در تعیین مجازات مناسب برای متهم و اعطای مجازات بیش از حداقل در محدوده‌ای که قانون تعیین کرده است، به کار می‌رود.^۴

1. Facts of the case

۲. تفکیک بین conviction که مسئله تقصیر یا عدم تقصیر (مجرمیت) را روشن می‌کند و پس از آن می‌توان متهم را مجرم نامید و تعیین نوع و میزان مجازات sentencing قابل اعمال، در نظام‌های انگلیسی آمریکایی امری اساسی است. در انگلستان هیئت منصفه تنها در مرحله conviction (احراز تقصیر) دخالت می‌کند. (آنسل، ۱۳۹۵: ۸۵).

۳. تبصره ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «محکومیت مؤثر، محکومیتی است که محکوم را به تبع اجرای حکم، بر اساس ماده (۲۵) این قانون از حقوق اجتماعی محروم می‌کند».

۴. نک: مواد ۱۸، ۱۳۶ و ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹.

بنابراین مبنای درج پیشینه کیفری متهم در کیفرخواست نه در جهت درخواست اصل کیفر برای متهم که در جهت درخواست تشدید کیفر برای او است؛ یعنی دادگاه در مرحله دوم و پس از اثبات مجرمانه بودن عمل شخص، در جهت فردی کردن مجازات‌ها، از این اطلاعات استفاده کند و عادلانه‌ترین و مناسب‌ترین مجازات را برای فرد انتخاب کند. اما این در حالی است که، شخصی که درخصوص او کیفرخواست صادر شده است، هنوز متهم است؛ یعنی کسی است که تعقیب او شروع شده و به او تفهیم اتهام نیز صورت گرفته است (الهی منش و رحیمی، ۱۳۹۴: ۱۱۱)، ولی هنوز محکوم نشده است و ممکن است پس از یک دادرسی منصفانه بی‌گناه تشخیص داده شود و هرگز نیازی به مرحله دوم و به تبع آن استفاده از پیشینه کیفری او نباشد و حتی اگر از نظر دادگاه نیز مجرم شناخته شد، در مرحله تعیین کیفر، دادگاه می‌تواند پیشینه کیفری او را به‌دست آورد و نیازی به دسترسی قبلی او به پیشینه کیفری متهم نیست.

اما حتی اگر فرد مجرم شناخته شده و دادگاه در مقام تعیین کیفر مناسب بر او باشد، بر این موضوع که تنها سوءپیشینه کیفری مؤثر او در کیفرخواست آمده است و اشاره‌ای به سوءپیشینه کیفری غیر مؤثر متهم نشده است، انتقاد وارد است. چون اگر قرار است مقام قضایی بدون اینکه خودش پیشینه کیفری کامل فرد را به‌دست آورد و با صرف استناد به کیفرخواست، مجازات مجرم را تعیین کند، در مورد افرادی که سوءپیشینه مؤثر ندارند، مشکلی نخواهد بود. اما در مورد افرادی که دارای سوءپیشینه غیر مؤثر هستند، دچار اشتباه خواهد شد. چون ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی، یکی از معیارهایی را که مقام قضایی باید بر اساس آن، مجازات فرد را، مخصوصاً جایی که مجازات دارای حداقل و حداکثر است، تعیین کند، سوابق او می‌داند؛ این سوابق، سوءپیشینه غیر مؤثر محکوم را نیز دربرمی‌گیرد. تبصره ۱ ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی نیز بر اثربخشی سوءپیشینه غیر مؤثر در تعیین میزان مجازات تأکید می‌کند. این درحالی است که در کیفرخواست اشاره‌ای به سوءپیشینه غیر مؤثر نشده است. مگر اینکه بگوییم، سوءپیشینه مؤثر شخص در کیفرخواست ثبت می‌شود و سوءپیشینه غیر مؤثر را خود مقام قضایی باید درخواست کند؛ که چنین نتیجه‌ای معقول نیست.

با توجه به مجموع انتقاداتی که مطرح شد، نفع و مبنای معقولی برای درج پیشینه کیفری متهم، آن هم تنها از نوع مؤثرش، در کیفرخواست وجود ندارد و تنها چیزی که می‌توان گفت، این است که اگر شخص از نظر دادگاه نیز مجرم شناخته شد، این اطلاعات در دسترس مقام قضایی خواهد بود تا با استفاده از آن کیفر مجرم را تعیین کند.

۲. آسیب‌های درج پیشینه کیفری متهم در کیفرخواست

چنان‌که دیدیم، درج سابقه محکومیت مؤثر کیفری متهم در کیفرخواست، مبنای مستحکم و

قابل دفاعی ندارد؛ علاوه بر آن، قانون‌گذار باید تقنین خود را به واسطه اصول کلی حقوقی مقید و ضابطه‌مند کند (میرزایی، ۱۴۰۰: ۳۱۱)، در حالی که این حکم مقنن، در تعارض با برخی اصول کلی حقوقی و انسانی قرار دارد و به فرایند دادرسی منصفانه نیز آسیب می‌رساند. از جمله مهم‌ترین این آسیب‌ها، امکان نقض حریم خصوصی متهم و ایجاد پیش‌داوری منفی در ذهن مقام قضایی نسبت به متهم است که در ادامه به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

۲-۱. نقض حریم خصوصی

اولاً باید توجه داشت که اصل محرمانه بودن رسیدگی مخصوص مرحله دادرسی است و ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری نیز بیان می‌کند: «تحقیقات مقدماتی به صورت محرمانه صورت می‌گیرد مگر در مواردی که قانون به نحو دیگری مقرر نماید. کلیه اشخاصی که در جریان تحقیقات مقدماتی حضور دارند موظف به حفظ این اسرار هستند و در صورت تخلف، به مجازات جرم افشای اسرار شغلی و حرفه‌ای محکوم می‌شوند»، فلذا افشای اطلاعات متهم، که پیشینه کیفری وی نیز از جمله این اطلاعات است، در مرحله تحقیقات مقدماتی جرم بوده و ماده ۶۴۸ از بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی نیز در تعیین مجازات این رفتار بیان می‌دارد: «... کلیه کسانی که به مناسبت شغل یا حرفه خود محرم اسرار می‌شوند هرگاه در غیر از موارد قانونی، اسرار مردم را افشا کنند به... محکوم می‌شوند». اما همان گونه که در عنوان فصل هشتم قانون آیین دادرسی کیفری آمده است، صدور کیفرخواست از جمله اقدامات دادستان پس از ختم تحقیقات است و همچنین رسیدگی در دادگاه نیز اصولاً علنی است.^۱ بنابراین، دچار تردید می‌شویم که آیا افشای پیشینه کیفری متهم در مرحله رسیدگی در دادگاه جرم بوده و این عمل مقام قضایی، افشای اسرار شغلی محسوب می‌شود یا اینکه این موضوع منحصر به مرحله تحقیقات مقدماتی است؟ به نظر می‌رسد که با افشای پیشینه کیفری متهم، حریم خصوصی او خدشه دار شده است و عمل مقام قضایی نیز افشای اسرار شغلی محسوب می‌شود؛ چون تفاوت جدی از این جهت میان مرحله رسیدگی در دادگاه و دادرسی وجود ندارد و علنی بودن محاکمه به معنای عدم ایجاد مانع برای حضور افراد در جلسات رسیدگی بوده^۲ و ناظر بر جلسات محاکمه است، نه محتویات پرونده و اطلاعات طرفین؛ پس علنی بودن رسیدگی در مرحله دادگاه، مجوزی برای افشای اطلاعات و اسرار خصوصی اشخاص، از جمله پیشینه کیفری آن‌ها نخواهد بود. ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری نیز مفهوم مخالف نداشته و انحصار مذکور در آن

۱. نک: ماده ۳۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری

۲. نک: تبصره ماده ۳۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری

مجوزی برای انتشار اطلاعات متهم در مراحل بعدی رسیدگی نخواهد بود و افشای آن در خارج از موارد لزوم قانونی جرم است.

ثانیاً نکته مهم‌تر این است که نقض حریم خصوصی افراد تنها با افشای اطلاعات مربوط به آن‌ها تحقق پیدا نمی‌کند، بلکه در گام اول صرف دسترسی به اطلاعات مربوط به آن‌ها نیز نقض حریم خصوصی‌شان محسوب می‌شود؛ زیرا حریم خصوصی، قلمرویی از اطلاعات و متعلقات زندگی هر فرد است که آن فرد نوعاً یا عرفاً یا با اعلام قبلی به‌نحو معقولی انتظار دسترسی نداشتن دیگران به اطلاعات مربوط به آن و مصونیت از ورود، نگاه و نظارت دیگران یا هرگونه تعرض نسبت به آن قلمرو را دارد (محسنی، ۱۳۸۹: ۳۵) و اگرچه حریم خصوصی یک مفهوم سیال، متغیر و کاملاً وابسته به فرهنگ و مباحث فلسفی، انسان‌شناختی، جامعه‌شناختی و... است و در مجموع مهم‌ترین ویژگی حریم خصوصی نسبی بودن آن است (محسنی، ۱۳۸۹: ۶۳)؛ اما در این مورد به‌طور قطع می‌توان ادعا کرد که در هر فرهنگ و جامعه‌ای غالب افراد، عرفاً و نوعاً تمایل ندارند تا دیگران به پیشینه کیفری آن‌ها دسترسی داشته باشند و این امر در محدوده حریم خصوصی آن‌ها قرار می‌گیرد.

به‌علاوه منع تجسس در زندگی دیگران، اصل مهمی است که هم در دین مبین اسلام و هم در اسناد بین‌المللی مورد تأکید قرار گرفته است. چنان‌که خداوند متعال در قسمتی از آیه شریفه ۱۲ سوره مبارکه حجرات در منع تجسس در زندگی دیگران، می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا». مرحوم صاحب جواهر نیز با استناد به آیه مذکور و البته اخبار صریح دیگر و اجماع مسلمانان، حرمت تجسس را از بدیهیات دین می‌داند (صاحب جواهر، ۱۳/۱۴۰: ۲۹۸). به‌موجب اصل منع تجسس، حریم زندگی شخصی مردم محترم است و جست‌وجو و تحقیق در زندگی آنان امری زشت و ناپسند است. و حتی برای کشف و تعقیب در مورد یک جرم انتسابی به متهم، هیچ‌گاه نمی‌توان بدون دلیل به تفتیش زندگی شخصی او پرداخت و از جزئیات پنهان او اطلاع حاصل کرد (محقق داماد، ۱۳۹۶: ۸) و گفته شده است که «لا تجسسوا» یعنی در جست‌وجوی عیوب مسلمانان نباشید و این نهی در بسیاری روایات دیگر نیز آمده است (اردبیلی، بی‌تا: ۴۱۷).

ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز در این راستا بیان می‌دارد: «هیچ کس نباید مورد مداخلات خودسرانه درباره زندگی خصوصی، امور خانوادگی، اقامتگاه و یا مکاتبات شخصی‌اش قرار بگیرد؛ همچنین نباید اعتبار و شرفش مورد تهاجم واقع شود. هرکسی حق دارد تا در مورد چنین مداخلات

یا تهاجم‌هایی مورد حمایت قانون قرار بگیرد.^۱

بنابراین از طرفی اطلاعات مربوط به پیشینه کیفری اشخاص در زمره اطلاعات داخل در حریم خصوصی شخص محسوب می‌شود و از طرف دیگر اصول متعددی نظیر قاعده احترام، که اموال، حقوق مالی، آبرو و حقوق معنوی اشخاص را مصون از تعرض می‌داند، از حریم خصوصی اشخاص حمایت می‌کند (قنوتی و جاور، ۱۳۹۰: ۳۵) و اصل را بر منع تجسس در زندگی او قرار می‌دهند. فلذا اصل بر عدم دسترسی دیگران به سوابق کیفری اشخاص است، مگر اینکه مقتن با در نظر گرفتن مصالحی، صراحتاً به اشخاص و مقاماتی اجازه دسترسی به آن را داده باشد. که این مصالح، در خصوص درج پیشینه کیفری افراد در کیفرخواست آنان و دسترسی مقام قضایی به آن پیش از اثبات مجرمیت شخص به شدت مورد تردید است.

همچنین شخص مقام قضایی نیز استثنایی بر اصل عدم دسترسی به پیشینه کیفری محسوب نمی‌شود و بلکه این اصل از دو جهت مطلق است؛ یعنی، اولاً اصولاً هیچ‌کس حق دسترسی به این اطلاعات را ندارد و این موضوع مقام قضایی را نیز در برمی‌گیرد. ثانیاً این اصل شامل هرکسی می‌شود، فلذا این امر مشمول اشخاص سابقه‌دار را نیز می‌شود.

رعایت اصل منع تجسس و رعایت حریم خصوصی متهم در خصوص پیشینه کیفری‌اش و عدم استثنا دانستن قاضی برای دسترسی به این اطلاعات، مورد توجه شورای نگهبان نیز بوده است. چنان‌که در ماده ۱۹۳ لایحه قانون آیین دادرسی کیفری، مقتن در بیان اطلاعاتی که باز پرس از متهم می‌پرسد، سابقه کیفری او را نیز به‌طور مطلق مورد پرسش قرار داده بود؛ این ماده از لایحه قانون آیین دادرسی کیفری مورد اشکال شورای نگهبان قرار گرفته و این شورا در بند ۳۵ نظریه مشورتی خود در تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۳ بیان می‌کند: «اتلاق بیان «سابقه کیفری» چون شامل مواردی می‌شود که تحقیق منوط به آن موارد نمی‌باشد، اشکال دارد»^۲؛ بنابراین از نظر شورای نگهبان نیز چنین برمی‌آید که تا زمانی که ضرورت اقتضا نکند و نیازی به اطلاع از پیشینه کیفری متهم وجود نداشته باشد، ورود به حریم خصوصی متهم و تجسس از پیشینه کیفری او ممنوع است. چنان‌که گذشت، در دادگاه و تا پیش از اینکه اتهام متهم با دلایل متقن اثبات شود، دادگاه نیازی به اطلاع از سابقه کیفری متهم

1. No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

۲. قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی سازمان ملل متحد به نشانی www.un.org

۳. قابل دسترسی در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان به نشانی www.nazarat.shora-rc.ir

نخواهد داشت.

۲-۲. ایجاد پیش داوری

پیش داوری در معنای تخصصی‌اش در روان‌شناسی به معنی حکم مقدم بر تجربه است؛ یعنی اساس یا واکنشی است که شخص نسبت به کسی یا چیزی پیش از هرگونه تجربه واقعی دارد (کلاینبرگ، ۱۳۸۶: ۵۸۵). پیش داوری ممکن است مثبت یا منفی باشد. پیش داوری منفی به معنای نگرش منفی درباره گروه‌های دیگر و اعضای آن‌ها است. نگرش پیش‌داورانه منفی نسبت به یک گروه باعث می‌شود، اعضای آن گروه به‌گونه‌ای منفی ارزیابی شوند (محض، ۱۳۹۷: ۸۶).

در مورد سوء پیشینه کیفری نیز قطعاً واکنش اولیه همه افراد جامعه نسبت به کسانی که دارای سوء پیشینه کیفری هستند، نگرشی منفی خواهد بود؛ و از آنجایی که این امر یک مسئله درونی و تا حدودی ناخودآگاه است، مقام قضایی نیز از این امر مستثنا نخواهد بود؛ اطلاع از پیشینه کیفری متهم، با ایجاد پیش داوری منفی در ذهن مقام قضایی می‌تواند با نقض دو اصل مهم، به فرایند رسیدگی عادلانه لطمه بزند. این دو اصل عبارت‌اند از اصل برائت متهم و اصل بی‌طرفی مقام قضایی که در ادامه به‌طور مفصل به آن‌ها می‌پردازیم.

۲-۲-۱. نقض اصل برائت (فرض بی‌گناهی متهم)

اصل برائت (فرض بی‌گناهی) را می‌توان میراث مشترک حقوقی همه ملل متمدنی جهان قلمداد کرد. اگرچه در گذشته‌های دور، این اصل جز در برخی نظام‌های حقوقی، به‌طور کامل مورد پذیرش نبوده است؛ اما با رشد و تکامل ملل و تمدن‌ها در گذر تاریخ و پس از افت‌وخیزهای بسیار و خصوصاً با آغاز عصر روشنگری و نفوذ اندیشه‌های فلاسفه اجتماعی، اصل برائت متهم به‌عنوان حقی فطری برای انسان به رسمیت شناخته شده (اکبری‌رومنی، ۱۳۸۷: ۲۰۸) و به‌این ترتیب اصل مذکور مبدل به یکی از درخشان‌ترین دستاوردهای حقوقی تمدن بشری در طول قرون و اعصار شده است. به‌موجب این اصل، تا هنگامی که جرمی در دادگاه صالح با مدارک و مستندات کافی اثبات نشود و رأی مستدل و مستند به مواد قانونی یا منابع فقهی معتبر پس از طی مراحل قانونی قطعی نشده باشد، اصل بر برائت متهم است و هرکس، در هر مقامی که باشد، حق دارد در پناه قانون از امنیت لازم برخوردار باشد (اسماعیلی، ۱۳۹۰: ۲۵ و ۲۶).

اصل برائت (فرض بی‌گناهی)، یکی از اصول بنیادین دادرسی منصفانه است که معیاری را برای حمایت از افراد در جهت جلوگیری از اشتباه در فرایند رسیدگی بنا می‌کند و میان قدرت و منابع عظیم دولت در مقایسه با وضعیت متهم تعادل ایجاد می‌کند (Ashworth and Horder, 2013: 72). با رعایت این اصل، کرامت انسانی متهم رعایت می‌گردد و وی می‌تواند تا آخرین فرصت قطعی شدن محکومیت

خود از تمامی امکانات دفاعی موجود بهره بگیرد (خالقی، ۱۳۹۹/۲: ۱۹۰).

این اصل که سابقه دیرینه در فقه اسلامی دارد، از اصول نسبتاً اتفاقی (اجماعی) فقهای اسلامی است (محقق داماد، ۱۳۹۶: ۲۴). البته باید توجه داشت که اصل برائت در فقه با اصل برائت در حقوق اروپایی که از آن به فرض بی گناهی تعبیر می شود تفاوت هایی نیز دارند. «اصل برائت» در فقه اسلامی یکی از اصول عملیه است که در مواردی که در حکمی شک داریم، اصل برائت جاری شده و در نتیجه معتقد می شویم که در مقام عمل موظف به آن نیستیم (محمدی، ۱۳۹۵: ۲۹۹). اما «فرض بی گناهی متهم در حقوق اروپایی»^۱ یک اصل بنیادین در حقوق جزا است که به موجب آن شخص به ارتکاب جرم محکوم نمی شود مگر اینکه دولت تقصیر او را بدون هیچ شک معقولی به اثبات برساند؛ بدون اینکه هیچ تکلیفی بر دوش متهم جهت اثبات بی گناهی اش قرار داده شود (Garner, 1999: 1238).

ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز درخصوص فرض بی گناهی متهم بیان می دارد: «هرکس که متهم به جرم است، حق دارد که بی گناه فرض شود تا اینکه جرمش مطابق قانون در دادگاه علنی که در آن تمام تضمین های لازم برای دفاع پیش بینی شده باشد، اثبات شود»^۲. بنابراین این دو اصطلاح با الفاظ مشترک، دارای، مبانی، قلمرو و کارکردهای متفاوتی هستند و اصل برائت در فقه، اصل کلی و عام بوده و دایره شمول آن نسبت به فرض بی گناهی متهم در حقوق کیفری اروپایی گسترده تر است؛ زیرا برخلاف فرض بی گناهی در حقوق کیفری اروپایی که تنها در حوزه جرایم و مجازات ها کاربرد دارد، اصل برائت در فقه، محدود به موارد کیفری نبوده و حوزه وسیع تری را شامل می شود؛ خطاب اصل مذکور در فقه به تمامی افراد است؛ اما خطاب فرض بی گناهی متهم تنها به متهمان است (قربانی و موحدی، ۱۳۹۱: ۸۱). اما در حال قدر متیقن این است که اصل مذکور در هر دو معنایش، شامل حال متهمان می گردد.

به علاوه، یکی از قواعد منصوص در فقه، قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» است؛ این قاعده که علاوه بر اجماع مشهور فقها، برگرفته از خبر مشهوری از پیامبر گرامی اسلام با همین مضمون است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷/۲: ۵۸۸)، در بخش اول خود به صراحت بار اثبات را بر دوش مدعی قرار داده است؛ بنابراین متهم که علیه او ادعایی از جانب دادستان - به نمایندگی از جامعه - یا شاکی خصوصی مطرح شده است، تکلیفی بر رفع اتهام نداشته و بار اثبات دعوا بر دوش

1. Presumption of innocence

2. Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

دادستان یا شاکی خصوصی است. این امر مشابه اصل برائت در حقوق عرفی بوده که متهم را تا زمانی که مدعی، ادعای خود را ثابت نکند، مبرا از اتهام می‌داند.

اما در نهایت همان گونه که از معنای تحت‌اللفظی «Presumption of innocence» برمی‌آید، اصل برائت در حقیقت یک پیش‌فرض ذهنی است که باید در ضمیر قاضی وجود داشته باشد. یعنی هنگامی که مقام قضایی با متهم روبه‌رو می‌گردد، هیچ فرضی نسبت به گناهکار بودن وی در ذهن او مجسم نباشد و تنها دلایل بتوانند بر ذهن او تأثیر بگذارند و او را به اقرار و جلدانی برسانند. اما اطلاع از پیشینه کیفری متهم، با ایجاد پیش‌داوری منفی در ذهن مقام قضایی اصل برائت متهم را که یکی از اصول بنیادین حمایت‌کننده آزادی و امنیت افراد در جامعه است، خدشه‌دار می‌کند. زیرا پیش‌داوری حاصل از اطلاع قاضی از سوابق کیفری متهم، پیش‌فرض او را تحت تأثیر قرار می‌دهد و باعث می‌شود که پیش‌فرض قاضی تهی نبوده و بار معنایی منفی نسبت به متهم در آن وجود داشته باشد. نتیجه چنین پیش‌داوری این خواهد بود که مقام قضایی در دادگاه تمایل بیشتری بر صدور حکم محکومیت بر متهم خواهد داشت و به این ترتیب، متهم یکی از مهم‌ترین حقوق دفاعی خود را از دست خواهد داد.^۱

تحقیقات تجربی نیز، آنچه گفته شد را تأیید می‌کنند. در یک پژوهش، دو گروه از اعضای هیئت منصفه نمادین در معرض آزمون قرار گرفتند. گروه اول با اطلاع از پیشینه کیفری متهم و گروه دوم بدون اطلاع از آن به نوار محاکمه متهم گوش دادند؛ نتیجه پژوهش این بود که گروه اول به میزان بیشتری نسبت به گروه دوم به مجرمیت متهم رأی دادند (Hollin, 2002:164). همچنین، دو مورد مطالعه تحقیقی توسط دانشگاه آکسفورد انجام شده است که یکی از آن‌ها تأثیر اطلاع هیئت منصفه از پیشینه کیفری متهم در جلسه محاکمه و دیگری همین موضوع را در مورد قضات دادگاه بدوی^{۲ و ۳}

۱. حتی در تأثیر پیش‌داوری بر نقض اصل برائت می‌توان گفت علاوه بر مقام قضایی دادگاه، پلیس نیز بدون جمع‌آوری دلایل کافی، همواره تحقیقات خود را از مظنونین همیشگی (که همان افراد دارای سابقه کیفری هستند)، آغاز خواهد کرد (Thomas, 2007: 75) و مقامات قضایی تعقیب و تحقیق نیز تمایل بیشتری به تعقیب او و صدور قرار مجرمیت درباره افراد دارای سوء پیشینه کیفری خواهند داشت.

2. Magistrates

۳. لازم به توضیح است که در نظام حقوقی انگلستان، تمام پرونده‌های کیفری ابتدا در دادگاه بدوی (Magistrates' Court) که توسط قاضی بدوی (Magistrates) اداره می‌شود، مطرح می‌گردند. این دادگاه در مورد جرایمی که رسیدگی و محاکمه آن‌ها به صورت اختصاری صورت می‌پذیرد، رسیدگی کامل انجام می‌دهد و در مورد سایر جرایم نیز پرونده را برای رسیدگی در دادگاه سلطنتی (Crown Court) مهیا می‌کند. دادگاه سلطنتی نیز علاوه بر اینکه مرجع تجدیدنظر

بررسی می‌کنند، که هر دو پژوهش نتیجه مشابهی را نشان می‌دهند. در هر دو مورد اطلاع از پیشینه کیفری متهم، تأثیر منفی در دیدگاه قاضی و هیئت منصفه دارد. بلکه حتی محققین بیان می‌دارند که یافته‌ها هیچ اطمینانی از اینکه قواعد ناظر بر پذیرش محکومیت‌های سابق متهم برای مقام قضایی راحت‌تر از هیئت منصفه قابل پذیرش است، نشان نمی‌دهند. (Thomas, 2007:75) به عبارت دیگر، مقام قضایی مصون از پیش‌داوری و تأثیرات آن نبوده و همانند سایر افراد جامعه، تحت تأثیر این پیش‌داوری‌ها قرار می‌گیرد و تمایل بیشتری بر صدور حکم محکومیت برای متهمی با شرایط مشابه ولی بدون سوءپیشینه کیفری دارد.

در حقیقت به نظر می‌رسد، در مورد افراد دارای سوءپیشینه کیفری، اصل برائت مخدوش شده و پیش‌فرض ذهنی قضات، اصل را بر مجرمیت این اشخاص است؛ حتی نکته مهم و قابل توجه این است که شاید مقامات قضایی در ظاهر، در مورد چنین افرادی نیز طبق اصول حقوقی از اصل برائت سخن بگویند، اما در عمل به گونه مخالف عمل می‌کنند. زیرا پیش‌داوری در مورد این افراد ریشه در مسائل روان‌شناسانه دارد که شاید خود قاضی نیز متوجه آن نباشد.

عدم اطلاع مقام قضایی و هیئت منصفه از پیشینه کیفری متهم تا پیش از اثبات جرم وی یکی از اصول و قواعد مهمی است که در حقوق انگلستان سابقه طولانی دارد. چنان‌که بیان شده است، به منظور حفاظت از «فرض بی‌گناهی متهم تا زمانی که گناهکار شناخته شود»،^۱ سوابق کیفری اصولاً^۲ در طی جلسه محاکمه افشا نمی‌شوند. تأثیر پیش‌داورانه اطلاع از سوابق کیفری افراد به عنوان اصلی در نظام عدالت انگلستان در بخش ۱ قانون دلیل کیفری ۱۸۹۸^۳ نمود یافت. یکی از قضات انگلستان نیز آن را به عنوان یکی از ریشه‌دارترین و محافظت‌شده‌ترین اصول حقوق کیفری انگلستان دانسته است (Thomas, 2007:71).

مارک آنسل نیز این امر را از ویژگی‌های نظام انگلیسی آمریکایی کامن‌لا می‌داند که در مرحله

برای احکام صادره از دادگاه بدوی می‌باشد، محاکمه جرایم مهم را با حضور هیئت منصفه انجام می‌دهد (Hoxley- binns and Martin, 2014: 163).

1. innocent until found guilty

۲. استثنای این قاعده در جایی است که شخص متهم به سرقت یا جرایم جنسی علیه کودکان زیر ۱۶ سال باشد و در مورد او ادعای شخصیت مجرمانه (Bad Character) شده باشد. یعنی ادعا شود که نوع رفتار او در اتهام سابقش دربردارنده وقایع مشابه یا الگوهای رفتاری است که گرایش یا تمایل او را نشان می‌دهد که این موارد مشابه با اتهامی است که اکنون به آن متهم شده است که در این موارد، تحت شرایطی امکان اعلام سابقه مجرمانه شخص در جلسه محاکمه وجود خواهد داشت. (Thomas, 2007: 74 and 75).

3. the Criminal Evidence Act 1898

رسیدگی دادگاه، باید تصمیم مربوط به احراز مجرمیت را از تصمیم راجع به تعیین نوع و میزان ضمانت اجرای کیفری تفکیک کنیم. یعنی در مرحله نخست، قاضی دادگاه، با همان روال سنتی (بدون دسترسی به پیشینه کیفری متهم یا پرونده شخصیت او)، نسبت به وقوع بزه و انتساب آن به متهم اتخاذ تصمیم می کند؛ آنگاه پس از روشن شدن مجرمیت او، قاضی با توجه به نتایج حاصل از رسیدگی ترافعی و شخصیت کسی که مقصر شناخته شده است، نسبت به تعیین ضمانت اجرای کیفری مناسب یا اتخاذ تصمیم دیگری اقدام می کند (آنسل، ۱۳۹۵: ۸۵). هرچند این تقسیم مراحل دادرسی از خصوصیات نظام کامن لا محسوب می گردد، اما در سال های اخیر در موارد متعددی مقنن کشور ما نیز آثار متعدد چنین تقسیم بندی را پذیرفته و از امتیازات آن بهره گرفته است. برای مثال نهادهایی از قبیل حکم به معافیت از کیفر و تعویق صدور حکم مجازات که برای نخستین بار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ وارد حقوق کیفری کشورمان شد (آقای جنت مکان، ۱۳۹۳: ۸۱)، از همین ایده تمایز میان مرحله تعیین تقصیر و مرحله تعیین کیفر نشئت می گیرد؛ چنان که در نهادهای پیش گفته، مقنن مقام قضایی را مکلف کرده است که پس از «احراز تقصیر» می تواند از این نهادها بهره ببرد.

در نهایت ذکر این مطلب نیز ضروری به نظر می رسد که حتی اگر این فرضیه را بپذیریم که عده ای از افراد در جامعه، مجرمین به عادت هستند و مکرراً مرتکب جرم می شوند؛ و نیز بپذیریم که اکثر کسانی که محکوم می شوند، بعد از طی دوران حبس، دوباره مرتکب بزه می شوند (شیری، ۱۳۸۵: ۲۱۴ و ۲۱۵) بازهم این موضوع تأثیری در فرض بی گناهی نسبت به آنان نخواهد داشت و در هر صورت، چه متهم سابقه دار باشد، چه برای اولین بار مورد محاکمه قرار گرفته باشد، مقام قضایی باید با بی طرفی و عدالت کامل، مسئولیت کیفری آنان را به اثبات برساند.

۲-۲-۲. نقض بی طرفی مقام قضایی

یکی از شاخص های دادرسی منصفانه، بی طرفی مقام قضایی است (خالقی، ۱۳۹۸: ۲۹) و دادرسی بی طرفانه تأثیر بسزایی در تعالی بخشیدن به حاکمیت قانون و تأمین امنیت قضایی جامعه و رضایت مندی مردم دارد (امیری و طهماسبی و پاکزاد، ۱۴۰۰: ۲۸). هرچند اقداماتی که در راستای کشف جرم انجام می شود یک اقدام اداری و تخصصی است تا اینکه اقدام قضایی باشد؛ ولی با این وجود باید توجه داشت که حتی نهاد تحقیق جرم نیز بی طرف است و حلقه ارتباط تدافع مقدماتی دادستان، شاکی و مظنون است (افراسیابی، ۱۳۹۵: ۱۰۸ و ۱۰۹). اما این موضوع در مورد دادگاه نمود بیشتری دارد. دادگاه باید مظهر کامل بی طرفی بوده و تنها با استناد به ادله طرفین حکم بدهد.

در طول رسیدگی، قاضی باید در رفتار خود با طرف‌های دعوا بی‌طرفی را حفظ کرده و از رفتارهای شبهه‌انگیز و از اقدامی که برخلاف حق بوده و موجب تقویت وضعیت یک طرف یا تضعیف موقعیت طرف دیگر باشد خودداری کند. اصل بی‌طرفی قاضی، به بی‌طرفی عینی و بی‌طرفی ذهنی تقسیم می‌شود. بی‌طرفی عینی که از آن به بی‌طرفی دادگاه نیز تعبیر می‌شود مرتبط با برابری ساختاری است. درحالی‌که مراد ما از بی‌طرفی معنای ذهنی آن است که بازتاب‌دهنده حالت ذهنی خاصی است که مهم‌ترین بخش بی‌طرفی را تشکیل می‌دهد (ناجی، ۱۳۸۵: ۴۶). بی‌طرفی ذهنی به معنای عدم تمایل مرجع قضایی به یک طرف دعوی است (خالقی، ۱۳۹۸: ۲۹).

حفظ بی‌طرفی مطلق در جریان رسیدگی و صدور حکم امری بسیار دشوار است. هرچند قضات پرورش‌یافته مراجع علمی یا علمی‌دینی هستند و به آن‌ها توصیه شده است که به طرفین دعوا به یک چشم بنگرند و جز اجرای قانون و عدالت به چیز دیگری نیندیشند؛ اما با این‌وجود قاضی یک رایانه نیست که تنها بر مبنای داده‌ها عمل کند. او نیز انسان است و تحت تأثیر احساسات درونی قرار می‌گیرد (ناجی، ۱۳۸۵: ۷۴ و ۷۵). در واقع، درج پیشینه کیفری متهم در کیفرخواست، مانند آن است که متهم تابلویی از محکومیت سابق را بر گردش آویخته باشد و مقام قضایی هر قدر تلاش کند تا آن را نبیند، باز هم موفق نخواهد بود و میان او و متهمی که چنین تابلویی را بر گردن ندارد، تفاوت وجود خواهد داشت. نظریه برچسب‌زنی نیز از چنین تحلیلی حمایت می‌کند، چنان‌که بر مبنای این نظریه، آگاهی یافتن از اینکه فردی برچسب خورده، بر رفتار دیگران نسبت به او تأثیر می‌گذارد (مارش و دیگران، ۱۳۹۳: ۲۰۳). بنابراین اطلاع از پیشینه کیفری متهم، با ایجاد پیش‌داوری در ذهن قاضی، احساسات او را تحت تأثیر قرار می‌دهد و در نتیجه دادرس تمایل پیدا می‌کند که متهم را محکوم اعلام کند. چه بسا که ممکن است این امر را مطابق عدالت بیابد. حتی در بند «پ» ماده ۶ سند امنیت قضایی مصوب ۱۳۹۹ اثر پیش‌داوری بر نقض بی‌طرفی مقام قضایی تأیید شده و بیان می‌دارد: «قاضی باید در نهایت بی‌طرفی به دادرسی بپردازد. هرگونه اعمال تبعیض، تعصب و پیش‌داوری قاضی تحت تأثیر افکار و عقاید شخصی و عوامل درونی یا بیرونی مبنی بر حمایت از یک طرف دعوی، نقض اصل بی‌طرفی محسوب می‌شود و با متخلف طبق قانون برخورد خواهد شد». پس آیا بهتر نیست که قبل از اینکه «دلایل»، ذهن قاضی را تحت تأثیر قرار دهند، تا جایی که ممکن است اجازه ندهیم، «احساسات» در تصمیم او دخیل شوند؟

بنابراین، در نهایت می‌توان گفت، همان‌گونه که جرم‌شناسان آمریکای شمالی (کانادایی) انتقاد کرده‌اند؛ از آنجایی‌که اصل بر برائت متهم است، از نظر حقوق بشر درست نیست که در زندگی شخصی که هنوز وضعیتش مشخص نیست تجسس کنیم. همچنین اطلاع از پیشینه کیفری متهم

ادامه مسیر کیفری را تحت تأثیر قرار می‌دهد و موجب ایجاد پیش‌داوری برای قاضی و نقض اصل برائت خواهد بود و در صورت برائت متهم نیز یک تفحص بیهوده در زندگی فرد و ایجاد زمینه‌ای برای لکه‌دار کردن حیثیت او خواهد بود (نجفی‌ابرنادآبادی، ۱۳۹۱: ۱۴۹).

نتیجه

پیشینه کیفری متهم، نمی‌تواند مبنایی برای درخواست اصل کیفر برای اتهامی باشد که در حال حاضر به آن متهم شده است. بلکه پیشینه کیفری متهم می‌تواند مبنایی برای درخواست تشدید مجازات متهم یا محرومیت او از تخفیف در مجازات و نهادهای ارفاقی باشد؛ اما این امر نیازمند آن است که قبلاً اتهام متهم اثبات شده باشد؛ درحالی‌که در زمان صدور کیفرخواست، هنوز اصل مجرمیت درمورد متهم به اثبات نرسیده است.

به‌علاوه، سوابق کیفری متهم، در زمره اطلاعاتی قرار دارد که افراد جامعه نوعاً و عرفاً تمایل به افشای آن ندارند و بنابراین حریم خصوصی‌شان محسوب می‌شود. همچنین اصل منع تجسس در زندگی دیگران، افراد را از عیب‌جویی و تفحص در زندگی دیگران منع می‌کند. از نظریه شورای نگهبان در ذیل یکی از مواد لایحه آیین دادرسی کیفری نیز به‌خوبی می‌توان فهمید که هم حریم خصوصی متهم نیز همانند سایر افراد جامعه محترم است و اصل بر منع تجسس از زندگی وی است؛ و هم مقام قضایی، بدون دلیل موجه، صالح به دسترسی به این اطلاعات نیست. ورود به حریم خصوصی متهم و کسب اطلاعات مرتبط با پیشینه کیفری او تنها در صورتی ممکن است که ضرورت و نفع عقلایی در آن وجود داشته باشد. قانون‌گذار نه تنها از بیان این ضرورت و نفع عاجز است؛ بلکه با این اقدام خود به فرایند دادرسی منصفانه لطمه می‌زند. زیرا اطلاع مقام قضایی از پیشینه کیفری متهم در او پیش‌داوری منفی نسبت به متهم ایجاد خواهد کرد و این پیش‌داوری به فرض بی‌گناهی متهم تا اثبات شدن گناهش (اصل برائت متهم) و همچنین بی‌طرفی مقام قضایی که این دو اصل، از اصول مهم دادرسی منصفانه است، لطمه خواهد زد. به‌نحوی که تحقیقات نیز چنین تأثیری را تأیید می‌کنند.

پیشنهاد نگارندگان این است که اگر فرایند رسیدگی به‌صورت فیزیکی انجام می‌شود. قانون‌گذار با اصلاح ماده ۲۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری، دادستان را مکلف کند که پس از صدور کیفرخواست، بدون آنکه در متن کیفرخواست به پیشینه کیفری متهم اشاره شده باشد، تمام سوابق کیفری متهم (اعم از مؤثر و غیرمؤثر) را در داخل پاکت بسته‌ای قرار دهد و این پاکت را ضمیمه کیفرخواست کند. مقام قضایی دادگاه، تنها در صورتی مجاز به بازکردن پاکت خواهد بود که طبق ادله موجود در پرونده، متهم را مجرم تشخیص داده و در مقام تعیین مجازات بر او باشد.

اما اگر رسیدگی به صورت رایانه‌ای انجام می‌شود، لازم است مقنن با اصلاح ماده ۲۷۹، بند «ج» را از موارد مندرج در کیفرخواست حذف کند؛ بنابراین اگر مقام قضایی مجرمیت متهم را احراز کرد، در سیستم رسیدگی قضایی، برای مقام قضایی دادگاه، بعد از انتخاب گزینه صدور رأی مجرمیت، پیشینه کیفری متهم از طریق سامانه سجل قضایی برای او ارسال گردد؛ تا بر مبنای آن مجازات مناسب را برای متهم انتخاب کند.

منابع

فارسی

- آشوری، محمد (۱۳۸۳)، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، چاپ چهارم، تهران: سمت.
- آقایی جنت‌مکان، حسین (۱۳۹۳)، حقوق کیفری عمومی، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: جنگل.
- آنسل، مارک (۱۳۹۵)، دفاع اجتماعی، ترجمه: محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، ویراست پنجم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- افراسیابی، علی (۱۳۹۵)، «بازتوزیع اختیارات نهادهای کشف و تحقیق جرم در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه پژوهش‌های دانش انتظامی، سال هجدهم.
- اکبری‌رومنی، فرناز (۱۳۸۷)، «اصل برائت در گذر تاریخ»، مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید، شماره ۶۲-۶۳.
- امیری، علی و جواد طهماسبی و بتول پاکزاد (۱۴۰۰)، «کاربرد مدیریت ارجاع در تضمین دادرسی بی طرفانه کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۴.
- اسماعیلی، محسن (به‌کوشش) (۱۳۹۰)، گفتارهایی در حقوق شهری و شهروندی، جلد اول، چاپ اول، تهران: مؤسسه نشر شهر.
- الهی‌منش، محمدرضا و محمدمهدی رحیمی (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ دوم، تهران: مجد.
- خالقی، علی (۱۳۹۹)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ چهل و یکم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- خالقی، علی (۱۳۹۹)، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ چهل و یکم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- خالقی، علی (۱۳۹۸)، نکته‌ها در آیین دادرسی کیفری، چاپ چهاردهم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷)، لغت‌نامه دهخدا، چاپ دوم، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- شیری، عباس (۱۳۸۵)، «پارادایم‌های عدالت کیفری: عدالت سزادهنده و عدالت ترمیمی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۴.
- قربانی، علی و جعفر موحدی (۱۳۹۱)، «ماهیت برائت در فقه و حقوق»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۰.
- قنواتی، جلیل و حسین جاور (۱۳۹۰)، «مبنای «احترام» در شناسایی و حمایت از حریم خصوصی در حوزه ارتباطات»، حقوق اسلامی، شماره ۲۹، سال هشتم.
- کلاینبرگ، اتو (۱۳۸۶)، روان‌شناسی اجتماعی، مترجم: علی محمد کاردان، چاپ چهاردهم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- مارش، یان و دیگران (۱۳۹۳)، نظریه‌های جرم، ترجمه: حمیدرضا ملک‌محمدی، چاپ دوم، تهران: میزان.
- محسنی، فرید (۱۳۸۹)، حریم خصوصی اطلاعات، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.

- محمص، مرضیه (۱۳۹۷)، «مطالعه تطبیقی نگره اسلامی و غربی به پیش دآوری»، فصلنامه اسلام و مطالعات اجتماعی، سال ششم، شماره دوم.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۶)، قواعد فقه ۴؛ بخش جزایی، چاپ سی و چهارم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۵)، مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)، چاپ پنجاه و هفتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- میرزایی، اقبال علی (۱۴۰۰)، «نقش اصول حقوقی در تفسیر و رفع تعارض قوانین؛ مطالعه موردی قوانین کیفری و مدنی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۳.
- ناجی، مرتضی (۱۳۸۵)، «بی طرفی در دادرسی کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶-۵۷.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۱)، جزوه مباحثی در علوم جنایی، به کوشش: شهرام ابراهیمی، ویراست هفتم.

عربی

- اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا)، زبدة البیان فی احکام القرآن، چاپ اول، تهران: المکتبة الجعفریة للاحیاء الآثار الجعفریة.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر) (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

انگلیسی

- Ashworth, Andrew and Jeremy Horder (2013), **Principles of Criminal Law**, seventh edition, London, Oxford University Press.
- Garner, Bryan A. (1999), **Black's Law Dictionary**, Seventh Edition, West Group.
- Hollin. Clive R. (2002), **Psychology and crime**, E-library edition, Routledge.
- Hoxley-binns, Rebecca and Jacqueline Martin (2014), **unlocking the English legal system**, fourth edition, London, Routledge.
- Thomas, Terry (2007), **Criminal Records: A Database for the Criminal Justice System and Beyond**, first edition, London, Palgrave Macmillan.

بازاندیشی در احکام مربوط به اموال مباح بر مبنای تحول نظریه مالکیت خصوصی^۱

محسن اسماعیلی*، ابوالفضل قوی‌البنیه**

چکیده

قانون مدنی بخش عمده‌ای از ثروت‌های طبیعی و اموال عمومی بدون مالک را تحت عنوان کلی مباحات، توسط افراد جامعه قابل تملک می‌داند. این حکم که در ماده ۲۷ این قانون بیان شده و در مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ این قانون تفصیل یافته است، مبتنی بر نظریه طبیعی است که در قرن هجدهم در دنیا رواج داشته و با ورود به قانون اساسی فرانسه و قانون مدنی این کشور، به سایر نظام‌های حقوقی از جمله حقوق ایران نفوذ یافته است. همچنین احکام مربوط به مباحات در زمان غیبت امام معصوم که در کتب فقهی معتبر که مورد رجوع نویسندگان قانون مدنی بودند، با این نظریه موافقت داشت. اما تغییر شرایط اجتماعی و کاستی‌های نظریه طبیعی مالکیت خصوصی، باعث شد که در حقوق ایران، قوانین متعددی ناهم‌هنگ با احکام قانون مدنی در مورد اموال مباح به تصویب برسد. این تغییرات که به‌ویژه پس از سال‌های جنگ جهانی دوم ایجاد شده بودند، پس از پیروزی انقلاب اسلامی با تغییر نگاه فقهی به واسطه استقرار حکومت اسلامی و نیز تمایل به ملی‌سازی اموال عمومی هم‌سو شده و بیش‌ازپیش به این امر دامن زدند. اصل ۴۵ قانون اساسی، نقطه اوج ناهم‌هنگی احکام قانون مدنی با سایر قوانین در این مورد است. در مقاله حاضر با طرح مباحث فوق و با بررسی تحول احکام مربوط به تملک اموال عمومی در حقوق فرانسه و در فقه امامیه، به بررسی ضرورت اصلاح

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «مطالعه نظریه بنیادین مالکیت خصوصی» با راهنمایی آقای دکتر «محسن اسماعیلی» و مشاوره حجة الاسلام والمسلمین آقای دکتر «محمدحسین بیاتی» در دانشگاه عدالت است.

* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
esmacili1344@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه عدالت، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
abolfazlghavi@gmail.com

احکام مربوط به اموال مباح در قانون مدنی خواهیم پرداخت و پیشنهادهایی برای این اصلاح، ارائه خواهیم نمود.

واژگان کلیدی: مالکیت خصوصی، انفال، ثروت‌های عمومی، اموال مباح، اموال بدون مالک، زمین‌های موات، معادن

مقدمه

قانون مدنی، اولین قانون ماهوی ایران است و مهم‌ترین دستاورد حقوق‌دانان و مجتهدین معاصر در نگارش قانونی با محتوای فقهی و با فرم مدرن در ایران به شمار می‌رود. دقتی که در نگارش متن این قانون و انتخاب کلمات آن صورت گرفته، موقعیت ممتازی به آن داده است، به گونه‌ای که تاکنون بعد از گذشت بیش از ۹۰ سال از تصویب کتاب اول قانون مدنی و با وجود تغییر نظام سیاسی کشور، هنوز بسیاری از مواد آن به همان صورتی که در سال ۱۳۰۷ به تصویب رسیده‌اند، دارای اعتبار بوده و نیازی به اصلاح نداشته‌اند.

با وجود این، با دقت در برخی از مواد قانون مدنی و مقایسه آن‌ها با محتوای برخی قوانین دیگر و مهم‌تر از همه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ناهماهنگی‌هایی را مشاهده می‌کنیم که نیازمند بررسی هستند تا روشن شود که آیا این موارد نشان‌دهنده اختلاف در مبانی این قوانین و تغییر نظریه حقوقی هستند، یا تصویب آن‌ها صرفاً ناشی از بی‌توجهی قانون‌گذار به قوانین سابق بوده است. یکی از نمونه‌های بروز این ناهماهنگی در قوانین، احکام مربوط به تملک اموال مباح در قانون مدنی و سایر قوانین است.

قانون مدنی، در مواد ۲۵ تا ۲۸، اموالی که مالک خاصی ندارند را به چهار دسته تقسیم کرده و احکام متفاوتی را در مورد هریک از این اموال ذکر کرده است. دسته اول اموال عمومی هستند که مورد استفاده عموم بوده و هیچ‌کس نمی‌تواند آن‌ها را تملک کند، دسته دوم اموال دولتی هستند که در تصرف دولت بوده و قابل تملک خصوصی نیستند، سومین دسته اموال مباح هستند که مالک مشخصی ندارند و بر اساس ماده ۲۷ قانون مدنی، اشخاص می‌توانند مطابق قانون آن‌ها را تملک نمایند و آخرین دسته اموال مجهول‌المالک هستند که با اذن حاکم به مصارف فقرا می‌رسند.

همچنین مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی، بخش زیادی از آنچه امروز به نام منابع طبیعی و ثروت‌های عمومی می‌شناسیم را تحت عنوان مباحات قابل تملک توسط اشخاص دانسته و به بیان جزئیات چگونگی این تملک پرداخته است.

با وجود این، در قوانین متعددی که پس از قانون مدنی به تصویب رسیده‌اند، از جمله قانون ملی کردن جنگل‌ها، قانون نوسازی و عمران شهری، قانون آب و نحوه ملی شدن آن، قانون معادن، قانون

زمین شهری و نیز قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، احکامی مغایر با نظام مالکیت موجود در قانون مدنی مشاهده می‌شود.

در این مقاله با پیگیری تحول نظریه حقوقی مالکیت در حقوق ایران پاسخی برای چرایی این ناهماهنگی و مغایرت مطرح کرده و با نگاهی به تحول نظریه حقوقی مالکیت در حقوق فرانسه و فقه امامیه که منابع الهام‌بخش نویسندگان قانون مدنی بوده‌اند، ضرورت اصلاح ماده ۲۷ و مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی را بررسی خواهیم کرد.

۱. نظریه طبیعی مالکیت خصوصی به مثابه مبنای جواز تملک اموال مباح

در قانون مدنی، بخش عظیمی از منابع طبیعی، تحت عنوان اموالی که مالک مشخصی ندارند، توسط اشخاص قابل تملک دانسته شده و این اموال به اصطلاح مباحات نامیده شده‌اند، چراکه اصل کلی در مورد آن‌ها اباحه تملک است و به اختصار ضوابطی برای تملک آن‌ها در این قانون بیان شده است. تملک این اموال در قانون مدنی، از طریق حيازت (عنوان عمومی) و احیا (عنوان مختص زمین) حاصل می‌شود.

نکته حائز اهمیت این است که این طریق کسب مالکیت که در ماده ۱۴۰ قانون مدنی نیز به عنوان نخستین طریق کسب مالکیت در حقوق ایران دانسته شده، مبتنی بر نظریه طبیعی مالکیت خصوصی است و در این میان نظریه‌های مخالفی نیز وجود دارند. در ادامه، به نحو مختصر، اشاره‌ای به نظریه طبیعی مالکیت خصوصی خواهیم داشت.

۱-۱. نظریه طبیعی مالکیت خصوصی در مقابل نظریه اثباتی

برای توجیه مالکیت خصوصی، در سنت اندیشه غربی، تئوری‌های مختلف و بعضاً متعارضی وجود دارد. مهم‌ترین تعارض، مربوط به این است که حق مالکیت را یک حق طبیعی بدانیم یا یک حق اثباتی. بر این اساس دو نظریه متعارض عمده به عنوان مبنای مالکیت خصوصی، می‌توان برشمرد. یکی نظریه طبیعی است و در مقابل آن نظریه اثباتی قرار دارد (getzler, 1996: 641).

نظریه طبیعی^۱، مالکیت را حقی طبیعی مشابه حق حیات می‌داند و باور دارد که این حق، بین همهٔ آحاد بشر فارغ از جنس و نژاد و دین آن‌ها مشترک است. دلالت حقوقی این نظریه، آزادی مالکیت خصوصی است تا جایی که مانع استفادهٔ دیگران از این حق طبیعی نشود. همچنین دلالت دیگر این نظریه، عدم امکان سلب حق مالکیت به جز در موارد بسیار ویژه است، درست مانند حق حیات که سلب آن جز در مورد جنایات عمده ممکن نیست. گروسیوس (گروسیوس، ۱۳۹۵: ۱۷۸-

(۱۹۶)، لاک (لاک، ۱۳۹۱: ۹۴-۹۸)، کانت (کانت، ۱۳۸۰: ۹۶-۸۶)، فیشته (Fichte, 2000: 106) و هگل (هگل، ۱۳۸۷: ۷۱-۷۰) از برجسته‌ترین صاحب‌نظران غربی هستند که به طبیعی بودن مالکیت خصوصی معتقدند. بر اساس این نظریه، مشروعیت حق مالکیت، وابسته به اعتبار آن توسط جامعه نیست، بلکه اساساً جامعه برای حفاظت و تضمین حق مالکیت و آزادی افراد تشکیل می‌شود (لاک، ۱۳۹۱: ۱۴۹). در میان آثار برخی از اندیشمندان مسلمان نیز می‌توان نشانه‌هایی از نظریه طبیعی مالکیت خصوصی را مشاهده نمود (مطهری، ۱۳۸۴: ۴۳۱).

در مقابل، نظریه اثباتی^۱، قائل به مشروعیت مالکیت خصوصی بر مبنای قانون موضوعه است. در این نظریه، حق مالکیت که مشروعیت خود را از قانون بشری می‌گیرد، یا مبتنی بر نفع اقتصادی و اجتماعی است و یا بر اساس قرارداد و توافق اجتماعی ایجاد شده است. دلالت حقوقی نظریه اثباتی این است که مالکیت خصوصی تا جایی مجاز است که در راستای منفعت جامعه باشد و مالکیتی که منفعت عمومی و همگانی را به خطر بیندازد، بر اساس این نظریه مورد حمایت نخواهد بود و قابل سلب است. اعتقاد به چنین نظریه‌ای را در اندیشه ارسطو (ارسطو، ۱۳۷۱: ۵۰-۵۳)، آکویناس (aquinas, 1964: 2a 2ae 66)، هابز (هابز، ۱۳۸۰: ۱۵۸)، بنتام (bentham, 1887: 111-) و بسیاری دیگر از اندیشمندان غربی می‌توان ملاحظه کرد. در آثار برخی از اندیشمندان مسلمان نیز می‌توان رد پایی از این نظریه ملاحظه نمود (صدر، ۱۳۹۷: ۳۸).

۱-۲. استدلال به جواز تملک مباحات بر مبنای نظریه طبیعی

دو استدلال عمده در ذیل نظریه طبیعی، برای جواز تملک مباحات صورت گرفته است. استدلال اول، «اصل اولین تصرف» است. به موجب این اصل هرکس مال بدون مالکی را زودتر از دیگران به قصد تملک تحت تصرف و استیلاي خود درآورد، مالک آن می‌شود و دیگران موظفند مالکیت چنین فردی را به رسمیت بشناسند (پیلوار، ۱۳۹۳: ۱۰۹).

در این استدلال اهمیتی ندارد که فرد متصرف، چه کاری روی مال انجام داده باشد، بلکه تنها کافی است که آن مال، پیش از او مالکی نداشته باشد و او نخستین شخصی باشد که اراده خود را به تملک آن مال معطوف می‌نماید و عمل تصرف را انجام می‌دهد.

دومین استدلال عمده در این حوزه، «اصل کار» است که توسط جان لاک، فیلسوف انگلیسی قرن هفدهم بیان شده است. به اعتقاد جان لاک هرچیزی را که انسان از وضعیت طبیعی آن جدا کند و با کار خود درآمیزد، مالک آن چیز خواهد شد (لاک، ۱۳۹۱: ۹۵). از نظر جان لاک هر کس

مالک خویش است و از این جهت کار وی نیز به خودش تعلق دارد و بنابراین هرگاه فردی با بهره‌گیری از کار خویش عنصری را از طبیعت اخذ و با مهارت آن را به شینی باارزش و کارآمد تبدیل نماید، مالک آن می‌شود (بادینی و بانسی، ۱۴۰۰: ۴۸).

۲. شناسایی مالکیت خصوصی به عنوان یک حق طبیعی بنیادین در قوانین اساسی

قرن هجدهم، در پرتو نظریات فلسفی جان لاک و دیگر فیلسوفان بزرگ این قرن، عصری بود که دفاع‌های قوی از مالکیت خصوصی و اهمیت فراسیاسی ثروت را در خود جای داده بود (کلی، ۱۳۸۸: ۴۳۱). در همین قرن بود که حق مالکیت راه خود را برای نفوذ در نظام‌های مختلف حقوقی باز نمود. این حق، نخستین بار در «اعلامیه حقوق بشر و شهروند»^۱ پس از انقلاب فرانسه، به عنوان یکی از حقوق ذاتی بشر، وارد اسناد حقوقی شد. نکته قابل توجه این است که تنها چند سال پیش از این تاریخ، اعلامیه استقلال آمریکا در ۱۷۷۶ در آمریکا به عنوان یکی از نخستین متون حاوی اعلام حقوق بشر به تصویب رسیده و با وجود ذکر حق حیات، حق آزادی و حق جست‌وجوی خوشبختی، نامی از حق مالکیت در آن برده نشده بود (garnsey, 2007: 221).

ماده دوم اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه بیان می‌کرد: «هدف هر اجتماع سیاسی، حفظ حقوق طبیعی و فناناپذیر بشر است. این حقوق عبارت‌اند از: آزادی، مالکیت، امنیت و مقاومت در برابر تعدی» (زرنگ، ۱۳۸۴: ۲۱۳).

شناسایی مالکیت به عنوان یکی از حقوق بنیادین بشر، اندکی بعد به قوانین اساسی کشورهای مختلف از جمله فرانسه، آمریکا و سایر کشورها وارد شد. در فصل اول قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه، ذیل عنوان مفاد اساسی که قانون اساسی شناسایی می‌کند، آمده است: «قانون اساسی مصونیت از تعرض به اموال یا پرداخت غرامت عادلانه در مواردی که یک ضرورت عمومی قانونی نیازمند فداکاری است را تضمین می‌کند».

در متمم چهارم قانون اساسی آمریکا در ۱۷۹۱ نیز حق مالکیت به عنوان یکی از حقوق اساسی به رسمیت شناخته شد. مطابق متمم چهارم قانون اساسی آمریکا: «حق امنیت جان، مسکن، اوراق و اسناد و مصونیت دارایی‌های مردم در برابر تفتیش و توقیف غیر موجه تضمین می‌شود و هیچ گونه حکم بازداشت اشخاص یا توقیف اموال صادر نمی‌شود، مگر بر پایه یک دلیل محتمل با سوگند یا اعلام رسمی و محل مورد تفتیش و اشخاص یا اموالی که باید توقیف شود دقیقاً باید مشخص شود».

قانون اساسی مشروطه در ایران نیز از این تأثیرات مصون نبود و در متمم قانون اساسی مشروطه

1. Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen

در سال ۱۹۰۶ میلادی (۱۲۸۵ شمسی)، حق مالکیت به عنوان یکی از حقوق بنیادین مورد تأکید قرار گرفت. اصول ۶، ۹، ۱۵، ۱۶ و ۱۷ متمم قانون اساسی مشروطه، به صورت مستقیم به این اصل اشاره داشتند (بهمنی، ۱۳۹۳: ۲۲-۲۳). کنار هم قرار گرفتن مال و جان در اصول قانون اساسی مشروطه، تردیدی باقی نمی گذارد که قانون گذار این دو نوع حق را از یک سنخ می دیده است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز هنوز می توان آثاری از این نگاه را مشاهده کرد، مانند اصل ۲۲ که حیثیت، جان و حقوق اشخاص را از تعرض مصون می دارد و حق مالکیت را نیز در زمره این حقوق دانسته اند (بیدار و عبدی پور فرد، ۱۴۰۰: ۴۹).

۳. تأثیر پذیری قانون مدنی از نظریه طبیعی مالکیت خصوصی

طبق گزارش هایی که از تدوین قانون مدنی صورت گرفته و به شهادت متن خود این قانون، تدوین کنندگان قانون مدنی در نگارش آن، هم به حقوق فرانسه (به ویژه کد ناپلئون) توجه داشته اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۶۵) و هم کتب مشهور فقه امامیه از قبیل شرایع الاسلام، شرح لمعه، جواهر الکلام، مکاسب محرمة و... مورد رجوع آنان بوده است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۳۵). بر اساس تفصیلی که در ادامه خواهیم دید، نظریه موجود در حقوق فرانسه و فقه امامیه، در روزگار تصویب قانون مدنی، هم سو با نظریه طبیعی بوده و تعجب آور نیست که نفوذ این نظریه در قانون مدنی نیز مشهود باشد. همچنین باید توجه داشت که قانون مدنی حدوداً بیست و دو سال بعد از تصویب متمم قانون اساسی مشروطه، نگاشته شده و همان طور که گذشت، در قانون اساسی مشروطه به تبعیت از برخی قوانین اساسی، به خصوص قانون اساسی فرانسه، مالکیت به عنوان یک حق طبیعی انگاشته شده بود؛ بنابراین چنین نگاهی به حق مالکیت، در کنار هم سویی نظریه طبیعی با منابع قانون مدنی زمینه ای برای طراحی نظام مالکیت خصوصی در ایران بر مبنای نظریه طبیعی بود.

قانون مدنی در کتاب دوم از جلد اول، به بیان اسباب تملک می پردازد. ماده ۱۴۰ در این باره می گوید: «تملک حاصل می شود: ۱. به احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه ۲. به وسیله عقود و تعهدات ۳. به وسیله اخذ به شفعه ۴. به ارث» سه مورد از این موارد، مربوط به اموالی هستند که پیش تر مالکی داشته اند و با یکی از این سه سبب، در حقیقت انتقال مالکیت صورت خواهد گرفت؛ اما مورد اول یعنی احیای اراضی موات و حیازت اشیای مباحه، مربوط به اموال بلاصاحب است (امامی، ۱۳۷۱: ۱۲۹).

بر شمردن حیازت اشیای مباحه به عنوان یکی از اسباب تملک اشیاء به تنهایی کافی است تا قانون مدنی را متأثر از نظریه طبیعی تلقی کنیم. تفصیل این رویکرد را می توان در ماده ۲۷ قانون مدنی و نیز مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ این قانون مشاهده نمود.

حکم اولی و عام در قانون مدنی در مورد اموال مباح را می‌توان در ماده ۱۴۳ این قانون در مورد زمین و در ماده ۱۴۷ در مورد سایر مباحات دید. به موجب ماده ۱۴۳ این قانون «هرکس از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملک احیاء کند مالک آن قسمت می‌شود.» همچنین به موجب ماده ۱۴۷ قانون مدنی: «هرکس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوطه به آن حیازت کند مالک آن می‌شود.»

کنار هم قرار دادن این دو ماده و سایر موادی که مفید این معنا هستند، با احکام مندرج در کد ناپلئون و نیز احکام مربوط به مباحات در زمان غیبت امام معصوم در کتب فقهی امامیه که شرح آن به زودی خواهد آمد، کاملاً نشان‌دهنده این مسئله است که حق مالکیت، نزد تدوین‌کنندگان قانون مدنی، یک حق طبیعی بوده و بر این اساس معتقد بوده‌اند که سلب و محدودیت آن باید در موارد استثنایی صورت بگیرد.

با این حال چنان‌که خواهیم دید، تغییر شرایط اجتماعی و نیز تغییر نظریه مالکیت در حقوق ایران هم‌سو با تحول در نظریه مالکیت در حقوق فرانسه و تحول در نگاه فقهی به احکام مربوط اموال مباح، موجب شده تا در قوانین بعد از قانون مدنی، احکام متفاوتی در مورد اموال مباح یافت شود که با احکام قانون مدنی در تعارض است.

۴. نظریه طبیعی مالکیت در حقوق فرانسه و تحول آن در سال‌های اخیر

گفتیم یکی از منابعی که در تدوین قانون مدنی مؤثر بوده، قانون مدنی فرانسه معروف به کد ناپلئون است که در ۱۸۰۴ در فرانسه تصویب شده است. دکتر کاتوزیان در این مورد معتقد است که شیوه تنظیم مواد قانون مدنی، متأثر و الهام گرفته از قانون مدنی فرانسه است که نویسندگان آن، به واسطه اهمیت ویژه‌ای که در سده هجدهم میلادی برای مالکیت خصوصی و احترام به این حق قائل بودند، نظریه اسباب تملک را به نحوی تنظیم کردند که ارث و قواعد عمومی تعهدات و قراردادهای نیز در زمره این اسباب قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۶۵).

دکتر جعفری لنگرودی نیز ماده ۱۴۰ قانون مدنی را ناظر به ماده ۷۱۱ قانون مدنی فرانسه می‌داند. اگرچه ایشان معتقد است که نویسنده قانون مدنی در آن تغییرات زیادی ایجاد کرده تا با قوانین اسلامی سازگار شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۱۳۳).

در ادامه نگاهی به نظریه طبیعی مالکیت خصوصی در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) داشته و سپس تحول در نظریه و نظام مالکیت در قانون مدنی کنونی فرانسه را بررسی خواهیم نمود.

۴-۱. نمود نظریه طبیعی مالکیت خصوصی در کد ناپلئون

در کد ناپلئون، کتاب سوم به اسباب مختلف کسب مالکیت اختصاص دارد. با توجه به قواعد

عمومی آنکه از ماده ۷۱۱ تا ۷۱۷ را شامل می‌شود، می‌توان تأثیرپذیری قانون مدنی ایران از این قانون را به‌وضوح ملاحظه کرد. این قانون اموالی را که بلاصاحب هستند متعلق به ملت (و نه دولت) می‌داند و از طرقی همچون ماهی‌گیری و شکار و یافتن دفينه در کنار قراردادها و تعهدات و توارث و... به‌عنوان اسباب تملک نام می‌برد که شباهت زیادی با قانون مدنی ایران دارد. (Spence, 1827: 194-196). اگرچه تفاوت‌هایی نیز در این مورد وجود دارد، ازجمله این که قانون مدنی فرانسه مرور زمان و تصرف را نیز در زمره اسباب تملک دانسته ولی در قانون مدنی ما این دو مورد در زمره اسباب مالکیت پذیرفته نشده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۶۶).

از نکات قابل‌توجه در مورد کد ناپلئون این است که در دوره مظفرالدین شاه قاجار، حسین‌قلی نوری وزیر فوائد عامه، با ترجمه بخش‌های گزیده‌ای از کد ناپلئون، اقدام به نگارش پیش‌نویسی برای قانون مدنی می‌نماید. این اقدام به گفته خود او در مقدمه کتاب، در سال اول سلطنت مظفرالدین شاه (۱۳۱۴ق) یعنی ده سال پیش از پیروزی انقلاب مشروطه صورت گرفته است (نوری، ۱۳۸۹: ۱۱).

توجه به ترجمه برخی مواد کد ناپلئون که توسط حسین‌قلی نوری در پیش‌نویس قانون مدنی و تجارتی او آمده است، حائز اهمیت است. به‌عنوان مثال او در ماده ۴۴ پیش‌نویس خود که ترجمه مواد ۷۱۱ و ۷۱۲ کد ناپلئون است، در اسباب مالکیت بیان می‌کند: «اكتساب می‌شود ملکیت و حقوق عینت به اسباب آتیه و آن این است: عقود، هبه، میراث و وصیت، وضع ید، اضافه ملحقات به‌جهت ملک، شفعه، گذشتن مدت طویله» (نوری، ۱۳۸۹: ۲۸) همچنین در ماده ۵۶ پیش‌نویس که برداشتی از ماده ۷۱۴ کد ناپلئون است، می‌گوید: «اموال بلا مالک، ملک می‌شود به‌جهت کسی که اول دست تصرف بر او انداخته» (نوری، ۱۳۸۹: ۳۰).

موارد فوق نشانگر آن است که قانون مدنی فرانسه ۱۸۰۴ (کد ناپلئون) تحت تأثیر نظریه مالکیت رایج در آن روزگار نوشته شده و مالکیت در آن حقی طبیعی، بنیادین و مطلق به شمار می‌رود. ایرانیان نیز به‌واسطه کسانی که در فرانسه تحصیل کرده بودند و نیز به‌واسطه متونی همچون متن حسین‌قلی نوری، با این نظریه آشنا بودند و در پیش‌نویس‌هایی که از قانون مدنی تهیه می‌شد، این نظریه بروز داشته است.

۲-۴. تحول در احکام مربوط به تملک اموال عمومی در حقوق فرانسه

پایه اصلی قانون مدنی فرانسه، کد ناپلئون است که در سال ۱۸۰۴ به تصویب رسیده است. برخی از قسمت‌های این قانون در سال‌های گذشته اصلاح و به‌روزرسانی شده‌اند، اما این اتفاق در مورد بخش وسیعی از کتاب دوم این قانون که به حقوق اموال اختصاص دارد، صورت نگرفته است. به اعتقاد برخی از نویسندگان مطرح در حقوق فرانسه، وضعیت قوانین مربوط به حقوق مالکیت

در فرانسه بحرانی است و این قوانین با شرایط اجتماعی ابتدای قرن نوزدهم سازگار بوده و مربوط به یک جهان روستایی و یک جامعه بورژوازی است و این رویکرد برای جهان امروز ما که دو قرن با آن جهان فاصله دارد، جوابگو نیست (Terré and Simler, 2014: 1).

این نویسندگان، محدودیت در حقوق مالکیت به واسطه ملی‌سازی منابع، ورود قواعد مربوط به ارث به ذیل حقوق عمومی، مقررات مربوط به میراث فرهنگی و نیز مطرح نشدن قواعد مربوط به مالکیت‌های فکری در قانون مدنی را از نشانه‌های ناکارآمدی قانون مدنی در حقوق فرانسه به شمار می‌آورند (Terré and Simler, 2014: 1).

تغییرات اجتماعی مذکور در بالا و رواج گرایش‌های سوسیالیستی در فرانسه موجب شده تا با وجود عدم اصلاح جدی در مقررات مربوط به حقوق اموال در قانون مدنی فرانسه، در سال‌های اخیر دو اصلاح مهم و اساسی در قوانین این حوزه صورت بگیرد.

مورد اول مربوط به اصلاح ماده ۵۳۹ قانون مدنی فرانسه است. در نسخه اولیه این ماده در کد ناپلئون، مصوب ۱۸۰۴، آمده بود که: «تمام دارایی‌های بلا تصدی و بدون مالک و نیز دارایی‌های افرادی که بدون وارث می‌میرند، یا املاک آن‌ها متروکه شده، به مالکیت عمومی تعلق دارند.» در اصلاحی که در سال ۲۰۰۴ در مورد قانون مدنی فرانسه صورت گرفت، این ماده به این صورت تغییر کرد: «دارایی‌های افرادی که بدون وارث می‌میرند یا املاک آن‌ها متروکه شده، متعلق به دولت است.»

اصلاح مهم دیگر در قانون مدنی فرانسه مربوط به ماده ۷۱۳ این قانون است. در نسخه اولیه این قانون در سال ۱۸۰۴ آمده بود: «اموالی که هیچ‌کس ندارد، متعلق به ملت هستند.» در اصلاح سال ۲۰۰۴، این ماده به شکل زیر اصلاح شد: «کالاهایی که مالک ندارند متعلق به شهرداری هستند که در قلمرو آن واقع شده‌اند. اگر شهرداری از استفاده از حقوق خود منصرف شود، مالکیت به طور خودکار به دولت منتقل می‌شود.» همین حکم با تفصیل بیشتری در اصلاحات سال‌های ۲۰۱۴ و ۲۰۱۶ نیز باقی مانده است.

موارد مذکور نشان‌دهنده این است که اگرچه قانون‌گذار فرانسه هنوز اصلاح جامعی از مقررات قانون مدنی در بخش حقوق اموال ارائه نکرده، لیکن با به رسمیت شناختن تغییر نظریه مالکیت در این کشور، در دو ماده از مهم‌ترین مواد که نشان‌دهنده نظریه طبیعی بودند، این تغییر را در حقوق خود اعمال نموده است. در هر دو نمونه ذکر شده، تملک دارایی‌های بدون مالک که پیش‌تر توسط عموم مردم مجاز شمرده می‌شد، دیگر ممکن نبوده و این اموال به دولت منتقل شده‌اند. توجه به این اصلاحات و تغییراتی که در نظریه مالکیت در حقوق فرانسه صورت گرفته، با توجه به تأثیر آن در قانون مدنی ایران، باید مورد توجه قانون‌گذار ایران نیز قرار گیرد.

۵. نگرش فقهی به مسئله مالکیت اموال مباح در فقه امامیه

در کنار قانون مدنی فرانسه، فقه امامیه به عنوان مهم ترین منبع محتوای قانون مدنی به شمار می رود و کُتبی همچون شرایع، شرح لمعه، جواهرالکلام، مکاسب و... مورد رجوع هیئت تدوین قانون مدنی بوده اند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۳۵). در ادامه ابتدا نگاهی به وضعیت احکام مربوط به تملک اموال مباح در کتب اصلی فقه امامیه که مورد رجوع هیئت تدوین قانون مدنی بوده اند می اندازیم و سپس تحول در احکام این بخش با توجه به مسائل مربوط به فقه حکومتی را بررسی خواهیم نمود.

۵-۱. جواز تملک اموال مباح در عصر غیبت در فقه امامیه

طرقی که به عنوان طرق کسب مالکیت اولیه در قانون مدنی ذکر شده (احیاء اراضی موات، حیازت مباحات، معدن، اشیاء پیدا شده و حیوانات ضاله، دفینه، شکار) هریک به طور مستقل و مفصل در کتب فقهی بحث شده و قابل دسترسی هستند. در ادامه با رعایت اختصار تنها به دو مورد یعنی احکام مربوط به احیای اراضی موات و تملک معادن در سه کتاب مهم فقهی که مورد رجوع هیئت تدوین قانون مدنی بوده اند، یعنی سه کتاب شرایع الاسلام، جواهرالکلام و شرح لمعه اشاره می کنیم تا روشن شود که احکام فقهی این ابواب در مورد زمان غیبت امام معصوم علیه السلام، با نظریه طبیعی مالکیت خصوصی هم خوانی بیشتری دارد.^۱

در مورد زمین موات، میان فقهای امامیه اختلافی وجود ندارد در این که زمین موات از آن امام علیه السلام است. محقق حلی می نویسد زمین موات متعلق به امام است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۱۵). شهید ثانی بر این قول ادعای اجماع می کند (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۳۶) و صاحب جواهر پس از بیان اینکه اختلافی در این مطلب نیست و بلکه اجماع در این مورد حاصل است، می نویسد: «در این مورد نصوصی داریم که می توان در مورد آن ادعای تواتر کرد» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱). باید توجه داشت که این حکم از زمان شیخ طوسی نیز در میان فقهای امامیه رایج بوده است. ایشان در کتاب مبسوط آورده است: «و اما زمین موات پس کسی مالک آن نمی شود و به طور خاص از آن امام است و اگر احدی از مسلمین آن را احیا کند، نسبت به آن حق اولویت در تصرف می یابد و امام از او مالیات آن را می گیرد...» (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۹).

اما مسئله اصلی مورد بحث ما، این است که حکم احیای اراضی موات در زمان غیبت امام معصوم چگونه است؟ آیا در احیاکننده زمین برای کسب مالکیت، اسلام شرط هست و یا کافر نیز

۱. مقصود این نیست که فقه امامیه به نظریه طبیعی مالکیت خصوصی معتقد است، بلکه احکام فقهی مالکیت در کتب یادشده محملی است تا نظریه ی طبیعی مالکیت خصوصی بتواند در قانون نمود پیدا کند و مخالف شرع نباشد.

می‌تواند به واسطه احیای زمین، مالک آن شود؟

شهید ثانی در این مورد می‌نویسد: «حکم زمین موات آن است که در صورتی که امام غایب باشد، هرکس زمین را احیا کند مالک آن می‌شود هرگاه که قصد تملک آن را نموده باشد، فارغ از این که مسلمان باشد و یا کافر، به دلیل عموم روایت «من احیا ارضاً میته فهی له» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۳۶).

مرحوم نجفی در جواهرالکلام نیز این موضوع را مفصل بحث می‌کند که آیا در محیی، اسلام شرط است یا خیر؟ ایشان معتقد است که در تملک از طریق احیا فرقی میان مسلمان و کافر نیست، در این راستا کلام محقق کرکی در جامع المقاصد را نقل می‌کند که گفته است: «مخفی نماند که اشتراط اذن امام مربوط به زمان ظهور اوست، پس در زمان غیبت این اشتراط وجود ندارد، چراکه احیا منتفی می‌شود» (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۱۱). ایشان پس از بیان سایر استدلال‌ها نتیجه می‌گیرد که تملک با احیا به طور مطلق، فارغ از اسلام یا عدم اسلام محیی، حاصل می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶).

باید توجه داشت که اطلاق تملک از طریق احیا و عدم تمایز میان مسلمان و کافر در این حکم، به نوعی همان نظریه طبیعی را به ذهن متبادر می‌سازد. بر اساس فتوای فقهای امامیه که نمونه‌هایی از آن را ذکر کردیم، در مورد زمین‌های موات در زمان غیبت امام معصوم، آن کس که زودتر به احیای این زمین‌ها بپردازد، مالک آن خواهد شد، فارغ از آنکه مسلمان باشد یا کافر و این همان محتوای نظریه طبیعی در مورد تملک زمین است.

همین حکم را می‌توان در مورد معدن نیز مشاهده نمود. مرحوم محقق حلی در شرایع می‌نویسد: «معدن ظاهره... هرکس زودتر به آن‌ها برسد، به میزان حاجت خود از آن بر می‌دارد... و معدن باطنه با احیاء به تملک در می‌آیند...» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۲). صاحب جواهر در شرح قسمت اول فرموده: «هیچ خلاف و اشکالی در این مطلب نیست» و در مورد معدن باطنه می‌فرماید: «احیاء آن کاری است که به موجب آن امکان استخراج از معدن فراهم شود و اختلافی در این مطلب نیست.» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۰). البته باید توجه داشت که محقق حلی قول مخالفی را نقل کرده که: «برخی از فقهای ما معدن را مختص امام می‌دانند و آن را از انفال می‌دانند و بنابراین تملک معدن ظاهره و باطنه بدون اذن امام ممکن نیست.» لکن خود ایشان و همچنین صاحب جواهر این قول را رد می‌کنند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۲۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۸).

شهید اول در لمعه عبارتی مشابه عبارت محقق حلی ذکر کرده و شهید ثانی در شرح آن می‌نویسد: «معدن ظاهره... هرکس زودتر به آن‌ها برسد، به میزان حاجت خود از آن بر می‌دارد، یا

هرآنچه می‌خواهد از آن برمی‌دارد ولو آنکه از میزان نیاز او بیشتر باشد، به سبب اولویتی که به خاطر پیشی گرفتن از دیگران پیدا کرده است... و معادن باطنه با رسیدن به عمقی که استخراج از آن ممکن باشد به تملک در می‌آید و این همان احیاء آن است» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۱۹۱).

همان‌طور که مشهود است، در مورد معدن نیز فتاوی فقهای امامیه در زمان غیبت امام معصوم، هم‌سو با نظریه طبیعی مالکیت خصوصی است. بر اساس این فتاوی، حق تملک مباحات برای همه افراد جامعه، فارغ از دین‌شان به‌طور یکسان وجود دارد و نیز ملاک برای تملک اموال مشترک این است که فرد زودتر از سایرین به آن دست پیدا کند؛ و این همان موضوعی است که در ذیل نظریه طبیعی مالکیت خصوصی با عنوان اصل اولین تصرف از آن یاد می‌شود.

به‌جهت رعایت اختصار در این بخش از ذکر احکام مربوط به تملک سایر اموال مباح در کتب فقهی خودداری می‌کنیم. آنچه تا اینجا روشن شد، این است که فقهای امامیه در کتب فقهی که مورد رجوع تدوین‌کنندگان قانون مدنی بوده، برای تملک مباحات در زمان غیبت امام معصوم احکامی را ذکر کرده‌اند که با نظریه طبیعی مالکیت خصوصی هم‌خوانی دارد.

۲-۵. تحول در احکام تملک اموال عمومی در فقه امامیه

همان‌طور که در قسمت قبل گفته شد، فتاوی فقها در مورد اطلاق ادله مالکیت احیاکننده زمین، یا حیازت‌کننده مباحات، مربوط به عصر غیبت و عدم وجود حکومت اسلامی هستند. با مطرح شدن مباحث مربوط به حکومت اسلامی، به‌ویژه در طلیعه پیروزی انقلاب اسلامی، شاهد فاصله گرفتن استدلال‌های فقهی از اطلاق این ادله و توجه به نقش حکومت اسلامی در جانشینی امام معصوم هستیم.

به‌عنوان مثال شهید صدر در کتاب اقتصادنا پس از بحثی طولانی در مورد مالکیت زمین، می‌نویسد: «اکنون می‌توان گفت که زمین، سراسر، ملک دولت یا منصبی است که پیامبر یا امام آن را بر عهده دارد و این حکم دارای هیچ استثنائی نیست... بنابراین اصل اولی در مسئله زمین، مالکیت دولت است و در کنار این اصل حق احیا وجود دارد...» (صدر، ۱۳۹۷: ۱۵۰).

به‌عنوان نمونه‌ای دیگر می‌توان به موضع امام خمینی در کتاب بیع اشاره کرد مبنی بر اینکه «در عصر غیبت، فقیه ولی امر و ولی بر همه آن چیزی است که امام علیه السلام متولی آن بوده است و از آن جمله... برای او ولایت بر انفال و فیه نیز هست» (خمینی، ۱۳۸۸: ۶۶۴).

همچنین یکی از فقهای معاصر می‌نویسد: «همان ملاکی که موجب جعل اختیار اموال عمومی به دست پیامبر یا امام معصوم می‌شود، موجب جعل آن تحت اختیار نایبان آن‌ها در عصر غیبت نیز می‌شود، وگرنه اجرای حدود اسلامی و احکام آن و گسترش عدالت اجتماعی و قطع ریشه مخالفان

و دشمنان ممکن نمی شود و حکومت بدون وجود نظام مالی قابل فرض نیست... دلیلی وجود ندارد بر شمول اخبار تحلیل و احیاء بر زمان تشکیل حکومت صالحی که مبسوط الید باشد و امکان قبض و بسط و تصمیم قاطع نسبت به زمین ها و اموال عمومی داشته باشد به نحوی که مصلحت اجتماعی را به بهترین نحو مراعات نماید» (منتظری، ۱۳۷۰: ۱۶۵-۱۶۴).

همان طور که مشاهده می شود، این فقهای معاصر، با نگاه به مسائل مربوط به حکومت اسلامی در زمان غیبت، استدلال های متفاوتی نسبت به فقهای گذشته مطرح نموده و مالکیت امام معصوم بر زمین را مربوط به شأن و جایگاه امام معصوم می دانند، نه شخص او؛ و در این صورت با تشکیل حکومت اسلامی و با حضور ولی فقیه در جایگاه ولایت بر همه آن چیزی که امام معصوم متولی آن بوده است، مالکیت بر زمین نیز در اختیار حکومت اسلامی قرار می گیرد.

پیش از خاتمه این بحث برای نشان دادن تأثیر مسئله تشکیل حکومت در تغییر فتاوی فقها، به عنوان یکی از نمونه های جالب و مهم، می توان به فتوایی از امام خمینی اشاره نمود. ایشان در تحریر الوسیله که پیش از انقلاب اسلامی نوشته شده، حکم معدن را به صورت مطلق ذکر کرده اند که در مورد معادن باطنی همچون نفت، هرکس عمل احیا را نسبت به آن ها انجام دهد، مالک می شود (خمینی، ۱۳۸۵: ۲۳۵).

با وجود این، ایشان در سال ۱۳۶۶ و پس از استقرار حکومت جمهوری اسلامی، در پاسخ به استفتائی در مورد معادن نفت، فرموده اند: «و اما اگر فرض کنیم معادن و نفت و گاز در حدود املاک شخصی است - که فرض بی واقعیت است - این معادن چون ملی است و متعلق به ملت های حال و آینده است که در طول زمان موجود می گردند، از تبعیت املاک شخصیه خارج است؛ و دولت اسلامی می تواند آن ها را استخراج کند، ولی باید قیمت املاک اشخاص و یا اجاره زمین تصرف شده را مانند سایر زمین ها بدون محاسبه معادن در قیمت و یا اجاره پردازد؛ و مالک نمی تواند از این امر جلوگیری نماید» (خمینی، ۱۳۷۸: ۴۰۳-۴۰۲).

بر این اساس مشاهده می شود که مباحث مربوط به حکومت اسلامی و نیز تغییر شرایط اجتماعی بر احکام تملک اموال عمومی در فقه امامیه تأثیر گذاشته و این احکام را متفاوت نموده اند، هرچند که تذکر داده شد که این تغییر به نوعی بازگشت به همان حکم اولیه و تثبیت اختیار حاکم اسلامی بر اموال عمومی بوده است (به نیابت از امام معصوم که مالک اصلی آنهاست). از این روی در حال حاضر و با وجود حکومت اسلامی، دیگر نمی توان نظریه طبیعی را با احکام تملک اموال عمومی در فقه امامیه هم سو دانست.

حال پس از بررسی تحولات صورت گرفته در منابع قانون مدنی (حقوق فرانسه و فقه امامیه)، به

حقوق ایران باز خواهیم گشت و تحول در قوانین مربوط به تملک اموال مباح را در حقوق ایران بررسی خواهیم نمود.

۶. قوانین ناهماهنگ با قانون مدنی در مورد تملک اموال مباح

با گذشت چند سال از تصویب قانون مدنی و با تحولات اجتماعی که از دهه ۱۳۳۰ به بعد در ایران رخ داد، قوانین متعددی در جهت محدودسازی حق تملک اموال مباح که در قانون مدنی ذکر شده بود، به تصویب رسید. تعدد این قوانین و ابتنای آن‌ها بر مصلحت اجتماعی و یا صلاحدید حاکم نشانه‌هایی از این فاصله گرفتن نظام حقوقی ایران از نظریه طبیعی مالکیت خصوصی هستند.

۶-۱. تحدید حق تملک اموال مباح بر اساس مصلحت اجتماعی در قوانین پیش از انقلاب

با رشد جمعیت و افزایش مهاجرت به شهرهای بزرگ همچون تهران که در سال‌های پس از جنگ جهانی دوم صورت گرفته بود، قانون‌گذار ایران به سمت محدود نمودن تملک اموال مباح حرکت کرد و قوانینی را در این راستا به تصویب رساند.

نخستین قانون مخصوص قاعده عام تملک مباحات در قانون مدنی، لایحه قانونی ثبت اراضی موات اطراف تهران بود. یکی از نویسندگان در این خصوص نوشته است: «به منظور حفظ مصالح عمومی و جلوگیری از خرید و فروش غیرعادی زمین‌های موات، به موجب لایحه قانونی ثبت اراضی موات اطراف تهران، مصوب ۱۶ مرداد ۱۳۳۴، تقاضای ثبت اراضی بائر بدون مالک و موات اطراف تهران از تاریخ ۲۸ مرداد ۱۳۳۴ فقط از بانک ساختمانی پذیرفته می‌شود و هیچ‌کس نمی‌تواند به عنوان اخیای اراضی، تقاضا ثبت کند» (کی‌نیا، ۱۳۴۳: ۱۲۵).

در همان سال‌ها قانون مشابهی در مورد معادن نیز به تصویب رسید. قانون معادن ۱۳۳۶، معادن را به سه طبقه تقسیم کرده و مالکیت معادن طبقه سوم^۱ را مطلقاً متعلق به دولت می‌دانست. در مورد معادن طبقه دوم نیز اکتشاف و بهره‌برداری از این معادن در اختیار دولت اما قابل واگذاری به اشخاص و مؤسسات دانسته شده بود و این قانون حکم اولی تملک معادن را تنها در مورد معادن طبقه اول، به شرطی که در ملک اشخاص قرار داشته باشند، جاری می‌دانست.

همین مسئله را در مورد دفینه هم می‌توان مشاهده کرد. بر اساس قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹، کلیه آثار صنعتی و ابنیه و اماکنی که تا اختتام دوره سلسله زندیه در مملکت ایران احداث شده اعم از منقول و غیر منقول جزء آثار ملی ایران محسوب شده و تحت حفاظت و نظارت

۱. کلیه مواد نفتی، قیر، گازهای طبیعی و مواد رادیواکتیو مانند رادیوم، توریم، اورانیوم و کلیه موادی که جهت استفاده نیروی اتمی به کار می‌رود.

دولت قرار داشتند. با این حال در ماده پنج این قانون مالکیت اشخاص خصوصی بر این آثار همچنان باقی مانده بود. ولی با قانون خرید اراضی و ابنیه و تأسیسات برای حفظ آثار تاریخی و باستانی مصوب ۱۳۴۷، این مالکیت متزلزل شد، چراکه طبق این قانون، اگر دولت احتیاج به خرید اراضی و ابنیه و... می‌داشت، می‌توانست آن را با پرداخت بهای آن از مالک بخرد و اگر مالک راضی نبود این امر به حکم دادستان صورت می‌گرفت. در مورد قیمت نیز اگر توافق حاصل نمی‌شد، قیمت در هیئتی مرکب از وزیر کشور و دادستان کل و مدیرکل ثبت یا نمایندگان آن‌ها تعیین می‌شد (صدارت، ۱۳۵۵: ۳۳).

به جز این نمونه‌ها در قوانین دیگری که در سال‌های پیش از انقلاب اسلامی به تصویب رسیدند، بسیاری از مصادیق اموال مباح بر مبنای مصلحت اجتماعی غیرقابل تملک تلقی شدند که از آن میان می‌توان به قانون ملی کردن جنگل‌ها مصوب ۱۳۴۱، «قانون شکار و صید» مصوب ۱۳۴۶، قانون «نوسازی و عمران شهری» مصوب ۱۳۴۷ و قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ اشاره کرد^۱ (موحد، ۱۳۵۲: ۱۶۱-۱۶۰).

۲-۶. تحدید حق تملک اموال مباح پس از تشکیل حکومت اسلامی

در بهمن ۱۳۵۷ و با پیروزی انقلاب اسلامی ایران، به واسطه تحولات اجتماعی و در کنار آن خشم مردم از سلطه و نفوذ فوق‌العاده بیگانگان در دوران پهلوی (غمامی، ۱۳۹۰: ۵۵۴) گرایش به سمت ملی کردن و دولتی‌سازی اقتصاد ایجاد شد و این امر موجب شد تا در قانون اساسی، اقتصاد دولتی پررنگ‌تر از سایر بخش‌ها باشد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۳۰۷، غمامی، ۱۳۹۰: ۵۵۴، مودنی، ۱۳۹۳: ۱۷۰).

همچنین قرائت امام خمینی از نظریه ولایت فقیه نقش پررنگی در گسترش اختیارات حکومت داشت، چراکه بسیاری از احکام اسلامی به‌ویژه در شئون اقتصادی و اجتماعی مختص زمان حضور امام معصوم تلقی می‌شدند و در دوران غیبت معطل مانده بودند، ولی با نظریه ولایت فقیه امام خمینی، همان اختیارات پیامبر و امام معصوم برای تشکیل حکومت و اجرا و تصدی اداره جامعه برای حاکم اسلامی نیز ثابت شد (خمینی، ۱۳۵۷: ۶۶).

در مورد تملک اموال مباح، مهم‌ترین قانونی که در ابتدای انقلاب، توسط شورای انقلاب به

۱. جالب اینجاست که تا پیش از سال ۱۳۴۷، حدود ۴۶ قانون مرتبط با نظام حقوقی آب‌ها تصویب شده است که همگی مالکیت شخصی نسبت به آب را حمایت می‌کردند؛ اما با قانون ۱۳۴۷ امکان تملک آب به عنوان یکی از مباحات از بین می‌رود (قائد امینی، ۱۳۹۸: ۱۶۲).

تصویب رسید، قانون «لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن» مصوب (۱۳۵۸/۴/۵) بود. این قانون دارای یک مقدمه بود که منعکس کننده نظر تصویب کنندگان آن در مورد مسئله امکان تملک زمین‌های موات توسط افراد بود. در این مقدمه آمده بود: «از آنجا که طبق موازین اسلام، زمین موات ملک کسی شناخته نمی‌شود، در اختیار دولت اسلامی است و اسناد مالکیتی که در رژیم سابق نسبت به زمین‌های موات در داخل محدوده شهری یا خارج آن صادر شده برخلاف موازین اسلام و مصلحت مردم بوده است.»

چند ماه پس از این قانون، در آذر ۱۳۵۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در همه‌پرسی به تصویب رسید. بر اساس اصل ۴۵ این قانون: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، دریاها، دریاچه، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌الملک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند.»

از آنجا که برخی از مصادیق ثروت‌های طبیعی مشمول عنوان فقهی انفال قرار ندارند (یا اختلافی هستند) و نیز اینکه برخی از موارد انفال در زمره ثروت‌های طبیعی قرار ندارند و نسبت عموم و خصوص من وجه در مورد آن‌ها برقرار است (فراوانی فرد، ۱۳۸۹: ۷۶)، در این اصل هر دو عنوان ذکر شده تا از این جهت مشکلی به وجود نیاید.

این مهم‌ترین متن قانونی است که تقریباً تمام مصادیق مذکور در مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی را شامل می‌شود و همه این اموال را در اختیار حکومت اسلامی معرفی می‌کند. اینکه آیا با این اصل مواد ذکر شده در قانون مدنی نسخ شده‌اند یا خیر را در ادامه بررسی خواهیم نمود؛ اما باید توجه داشت که به موجب این اصل، انفال و ثروت‌های طبیعی به ملکیت دولت در نمی‌آیند بلکه بدون مالک خصوصی باقی مانده و اختیار تعیین تکلیف آن‌ها به دولت داده شده است. چنان‌که در نمونه‌ای دیگر، شورای نگهبان در نظر شماره ۳۳۵۷ مورخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ در خصوص طرح اراضی شهری مجلس، اعلام کرد که «در تبصره ماده ۴ جمله ملکیت دولت به اختیار دولت اصلاح گردد.» (فتحی، ۱۳۹۴: ۴۸۳).

به هر تقدیر اصل ۴۵ یک اصل کلی و مجمل بوده و نیاز به قوانینی وجود داشت تا این حکم کلی را تفصیل دهند و از اجمال به تفصیل برسانند. از این میان «قانون زمین شهری» مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ و آیین‌نامه اجرایی آن در ۱۳۶۷/۴/۱۵، «قانون توزیع عادلانه آب» مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۶، «قانون معادن» مصوب ۱۳۷۷/۳/۲۳، فصل نهم از کتاب تعزیرات قانون مجازات

اسلامی «در تخریب اموال تاریخی، فرهنگی» مصوب ۱۳۷۵/۳/۲، «قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع» مصوب ۱۳۶۷/۶/۲۹ مهم‌ترین قوانینی بودند که حکم عمومی قانون مدنی در تملک اموال مباح را تخصیص زدند.

۷. وضعیت کنونی قانون مدنی و ارائه پیشنهاد

ممکن است تصویب قوانین متعددی که تملک اموال مباح را محدود می‌کنند، این ایده را به ذهن متبادر نماید که به موجب این قوانین، احکام قانون مدنی در این حوزه نسخ شده‌اند و بنابراین نیازی به اصلاح آن‌ها وجود ندارد. در این قسمت ابتدا وضعیت قانون مدنی به لحاظ نسخ شدن یا نشدن را بررسی خواهیم نمود و پس از آن پیشنهادی برای اصلاح قانون مدنی ارائه خواهیم نمود. در ابتدا باید گفت که منظور از نسخ در اینجا، طبیعتاً نسخ ضمنی است، چراکه در هیچ ماده قانونی، صراحتاً صحبت از نسخ مواد مورد نظر در قانون مدنی نشده است. همچنین نسخ تمام مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ از قانون مدنی، مورد نظر حقوق‌دانان نبوده، بلکه به صورت جزئی و در برخی از مصادیق ادعای نسخ شده است.

به عنوان مثال یکی از حقوق‌دانان، احکام مربوط به تملک اراضی موات در قانون مدنی را به موجب اصل ۴۵ قانون اساسی و برخی قوانین پس از آن منسوخ شده می‌داند و اراضی موات را ملک دولت به شمار می‌آورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۳۰).

چنین ادعایی نمی‌تواند درست باشد، چراکه در اصل ۴۵ قانون اساسی صحبتی از مالکیت ثروت‌های عمومی مذکور نشده است. در واقع به موجب این اصل، انفال و ثروت‌های طبیعی به ملکیت حکومت در نمی‌آیند بلکه این امر به این معنی است که حکومت اختیار دارد که در مورد امکان یا عدم امکان تملک این ثروت‌ها و چگونگی این امر، قوانینی وضع کند و در صورت عدم اعمال این اختیار، تملک این ثروت‌ها تابع قواعد عمومی مذکور در قانون مدنی باقی خواهد ماند. چنین دقتی را در نظریه مشورتی شورای نگهبان به شماره ۳۳۵۷ مورخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ در خصوص طرح اراضی شهری مجلس، می‌بینیم که در بخش گذشته ذکر شد (فتحی، ۱۳۹۴: ۴۸۳).

همچنین توجه به تعبیر دقیق‌تر کاتوزیان در این مسئله در مورد قانون زمین شهری می‌تواند برای این بحث راهگشا باشد. ایشان معتقد است که به لحاظ نظری، احکام مندرج در قانون زمین شهری مخصوص زمین‌هایی است که در محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها قرار گرفته‌اند و اگر زمینی خارج از این محدوده قرار داشته باشد، احیای آن تابع قانون مدنی باقی مانده است، هر چند که این تذکر نیز در کلام ایشان موجود است که با گسترش شهرها، بیشتر زمین‌های قابل عمران و با ارزش از شمول حکم عام قانون مدنی خارج شده است. ایشان می‌نویسد: «تخصیصی که با قانون زمین

شهری صورت پذیرفته، بخش مهمی از قانون عام (مدنی) را فراگرفته و دامنه آن رو به فزونی است» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۶۸).

بنابراین باید توجه داشت که حکم عام مندرج در قانون مدنی، همچنان معتبر باقی مانده و قوانین پس از آن، تنها مخصص این حکم بوده و مصادیقی را از دایره شمول آن خارج نموده‌اند، با این حال اگر بتوان مصادیقی را پیدا نمود که به موجب قوانین خاص تخصیص نخورده باشد، باید آن را تابع قانون مدنی دانست.

همچنین طبق قوانین کنونی نیز، بسیاری از مصادیق مباحات، مانند چوب‌های خشک درختان و شکار و صید جزئی (مثلاً گرفتن یک ماهی از آب) قابل تملک خصوصی است و نیز برخی موارد مانند تملک چاه آب در قانون مجاز دانسته شده‌اند (کنعانی، ۱۳۹۲: ۲۰۸-۲۰۷).

بنابراین باید معتقد به این باشیم که احکام قانون مدنی در مورد اموال مباح یعنی ماده ۲۷ و مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی نسخ صریح یا ضمنی نشده‌اند و هنوز معتبر هستند. علی‌رغم این مطلب، تصویب قوانین مذکور و تخصیص‌های وارد شده به حکم عام این قانون که بر اثر تغییر شرایط اجتماعی در ایران صورت گرفته‌اند، نشان‌دهنده تغییر نظریه مالکیت خصوصی در حقوق ایران هستند و این موضوع با توجه به تحول در احکام مربوط به مالکیت اموال عمومی در حقوق فرانسه و فقه امامیه، به عنوان منابع قانون مدنی، ضرورت اصلاح قانون مدنی را گوشزد می‌نماید.

نتیجه

در این مقاله با ذکر نظریه‌های متعارض توجیه مالکیت خصوصی، گفته شد که قانون مدنی با توجه به شرایط اجتماعی زمان تصویب آن و با توجه به آنچه در قانون مدنی فرانسه و نیز کتاب‌های مشهور فقه امامیه همچون شرایع و جواهر و شرح لمعه آمده بود، به نظریه طبیعی در مالکیت خصوصی متمایل شده و احکام مربوط به اموال مباح در قانون مدنی بر همین اساس تنظیم شده بود. لکن تغییر شرایط اجتماعی و مشکلات ناشی از التزام به نظریه طبیعی، موجب شد تا نظام حقوقی به سمت تصویب قوانینی برود که با قانون مدنی در این مورد ناهماهنگ بودند. این روند تا جایی ادامه پیدا کرد که در مورد بسیاری از مصادیق مباحات که در قانون مدنی ذکر شده بودند، قوانین جداگانه‌ای نوشته شد و حکم عمومی قانون مدنی در مورد این اموال در موارد متعددی تخصیص خورد. البته این امر موجب نسخ احکام قانون مدنی نشده و هنوز حکم عمومی قانون مدنی معتبر است و اگر مصادیقی پیدا شود که قانون خاصی برای آن وضع نشده باشد، باید به احکام قانون مدنی در این قسمت مراجعه نمود.

همچنین گفته شد که نظریه مالکیت در منابع قانون مدنی، یعنی حقوق فرانسه و فقه امامیه نیز

دچار تحولاتی شده و امروز در این دو منبع نیز نمی‌توان نظریه طبیعی را پیدا نمود. از مجموع آنچه مفصلاً ذکر شد، ضرورت اصلاح احکام مربوط به اموال مباح در قانون مدنی کاملاً آشکار شده است. بر این اساس و بر مبنای مباحث مطرح شده در این مقاله، موارد زیر برای اصلاح قانون مدنی پیشنهاد می‌شود:

۱. از آنجا که در اصلاح قانون مدنی فرانسه، دارایی‌های بدون مالک ملک دولت دانسته شده‌اند و در فقه امامیه نیز بر مبنای نظریه ولایت فقیه و حکومت اسلامی، این دارایی‌ها تحت اختیار حکومت اسلامی شناخته می‌شوند، لازم است تا حکم کلی اباحه در مورد ثروت‌های عمومی بدون مالک در قانون مدنی تغییر نماید. بر این اساس مناسب است که ماده ۲۷ قانون مدنی، متناسب با اصل ۴۵ قانون اساسی، به این شکل اصلاح شود: «ثروت‌های عمومی که ملک اشخاص نمی‌باشند، از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها و...، در اختیار حکومت اسلامی قرار دارند و افراد مردم نمی‌توانند آن‌ها را تملک کنند یا از آن‌ها استفاده نمایند، مگر به حکم صریح قانون در هر مورد.»

۲. همان طور که پیش‌تر گفته شد، تنظیم کتاب دوم قانون مدنی به شکل کنونی کاملاً مورد انتقاد است. مناسب است تا با الگوگیری از قوانین مدنی مدرن، حقوق قراردادهای و تعهدات، از حقوق اموال جدا شود. بر اساس این تنظیم مجدد، قواعد مربوط به تملک اموال عمومی و ثروت‌های طبیعی که که از نوع تملک اولیه و ایجادکننده حق است، در ذیل حقوق اموال بحث شده و قواعد مربوط به قراردادهای که موجد تملک ثانویه و انتقال مالکیت است، در ذیل حقوق قراردادهای بحث می‌شود. بر این اساس مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی فعلی در همان کتاب اول (در اموال) بحث شده و عنوان کتاب دوم (در اسباب مالکیت) به (در عقود و تعهدات) تغییر خواهد نمود.

۳. پس از دو اصلاح فوق لازم است تا مواد ۱۴۱ تا ۱۸۲ قانون مدنی به کل تغییر نمایند و بر اساس مبنای جدیدی که ارائه شد سازمان‌دهی شوند. نیازی به تفصیل قوانین مربوط به هریک از ثروت‌های عمومی در قانون مدنی نیست، لکن اشاره‌ای به اصناف مختلف این اموال و بیان حکم عمومی هریک از آن‌ها در قانون مدنی ضروری است. به‌عنوان مثال در مقررات کنونی قانون مدنی، هیچ اشاره‌ای به برخی از مصادیق این ثروت‌های عمومی مثل جنگل‌ها نشده است. همچنین موادی از قانون مدنی، مانند ماده ۱۴۷ نیز بر اساس مبانی گفته شده نیازمند تغییر و بازنویسی هستند.

منابع

فارسی

- ارسطو (۱۳۷۱)، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران: شرکت انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- بادینی، حسن، بانسی، مجتبی (۱۴۰۰)، «مبانی حق انسان بر بدن خویش؛ بیان نظریه کار و طرح نظریه بدن برای بدن»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات و قراردادهای با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- بهمنی، محمدمبین (۱۳۹۳)، قانون اساسی ایران از مشروطه تا امروز، تهران، مجد.
- بیدار، زهرا و ابراهیم عبدی پورفرد (۱۴۰۰)، «تأملی بر قلمرو و اهداف اصول حقوق عمومی اقتصادی در پرتو آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- پیلوار، رحیم (۱۳۹۳)، فلسفه حق مالکیت، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۸۵)، ترجمه تحریرالوسیله، جلد دوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۷۸)، صحیفه امام: مجموعه آثار امام خمینی (س) (بیانات، پیام‌ها، مصاحبه‌ها، احکام، اجازات شرعی و نامه‌ها)، جلد بیستم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- زرنگ، محمد (۱۳۸۴)، سرگذشت قانون اساسی در سه کشور ایران، فرانسه و آمریکا، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- صدارت، علی، نراقی، مهدی (۱۳۵۵)، تحول حقوق مالکیت و مالکیت معنوی، تهران: نشر مرکز تحقیقات.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۹۳)، اقتصادنا، جلد ۲، ترجمه سیدابوالقاسم حسینی ژرفا، قم: انتشارات دارالصدر.
- غمامی، سیدمحمد مهدی (۱۳۹۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- فتحی، محمد و کاظم کوهی (۱۳۹۴)، اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان (۱۳۵۹-۱۳۹۴)، جلد اول، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- فراهانی فرد، سعید (۱۳۸۹)، اقتصاد منابع طبیعی از منظر اسلام (اصول و مبانی)، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- قائد امینی، فربرز (۱۳۹۸)، «کاربردهای کنونی مقررات قانون مدنی در حیزت آب‌ها با توجه به قوانین توزیع عادلانه آب»، مطالعات حقوق، سال پنجم، شماره ۲.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان.
- کانت، امانوئل (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق، ترجمه منوچهر صانعی دره‌بیدی، تهران: انتشارات نقش و نگار.
- کنعانی، محمد طاهر (۱۳۸۷)، تملک اموال عمومی و مباحات، تهران: میزان.
- گروسیوس، هوگو (۱۳۹۵)، حقوق جنگ و صلح، تهران: شهردانش.
- لاک، جان (۱۳۹۱)، رساله‌ای درباره حکومت، ترجمه حمید عضدانلو، تهران: نشر نی.

- مطهری، مرتضی (۱۳۸۴)، مجموعه آثار استاد شهید مطهری، ج ۲۰، تهران: انتشارات صدرا.
- موحد، محمدعلی (۱۳۵۲)، مختصر حقوق مدنی، تهران: مدرسه عالی حسابداری و علوم مالی.
- مؤذنی، روح‌الله (۱۳۹۳)، حقوق عمومی اقتصادی، مطالعه تطبیقی ایران و فرانسه، تهران: مجد.
- نوری، حسین قلی (۱۳۸۹)، قانون مدنی و تجارتی: نخستین ترجمه فارسی از قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) اولین پیش‌نویس قانون مدنی در ایران، تصحیح و تحقیق محمد مهدی منتظری، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- هابز، توماس (۱۳۸۰)، لویاتان، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشرنی.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۹۲)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، اصول و مبانی کلی نظام، تهران: میزان.

عربی

- خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۸)، کتاب البیع، جلد دوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۳۵۷)، ولایت فقیه، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- شهید ثانی (۱۴۱۰ ق)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، جلد ۷، قم: کتابفروشی داوری.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق)، المبسوط في فقه الاماميه، تهران: مکتبه المرتضويه.
- محقق حلی (۱۴۰۸ ق)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، جلد ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق کرکی (۱۴۱۴ ق)، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج ۷، قم: مؤسسه آل البيت.
- منتظری، حسینعلی (۱۳۷۰)، دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الاسلاميه، جلد ۴، قم: انتشارات دارالفکر.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۳۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

لاتین

- Aquinas, Thomas (1964–81), *Summa Theologiae*, Latin and English, ed. T. Gilby, 61 vols. London.
- Bentham, Jeremy (1887), *Theory of legislation*, translated by r.hildreth, Trübner & Company.
- Fichte, Johann Gottlieb, and J. G. Fichte (2000), *Foundations of natural right*, Cambridge University Press.
- Garnsey, Peter (2007), *Thinking about property: from antiquity to the age of revolution*, Vol. 90. Cambridge University Press.
- Getzler, Joshua, (1996), *Theories of property and economic development*, The Journal of Interdisciplinary History 26, no. 4.
- Spence, George, (1827), *The Code Napoleon, Or, The French Civil Code*. London, William Benning Law bookseller.
- Terré, François, and Philippe Simler (2014), *Droit civil, Les biens*, 8. Aufl. Paris.

دروغ‌سنجی و حقوق متهم^۱

میررضا سلیمی*، رجب گلدوست جویباری**

چکیده

پیشرفت علوم و تکنولوژی تحولات شگرفی در زمینه ادله اثبات دعوی کیفری ایجاد کرده است به گونه‌ای که به موازات ادله سنتی طیفی از ادله جدید نمایان گردیده که همگی در کشف حقیقت و حصول قناعت (اقتناع وجدانی) مقام قضایی و اتخاذ تصمیمی عادلانه و منصفانه از سوی او تأثیرگذار هستند. در میان این ادله استفاده از پلی‌گرافی (دروغ‌سنجی) در برخی نظام‌های حقوقی رواج یافته که می‌تواند در تشخیص صدق یا کذب گفتار هر یک از کنشگران فرایند دادرسی مؤثر واقع گردد. همگام با تمسک به این تکنیک نظام‌های حقوقی با داعیه حمایت از حقوق متهم به مخالفت با آن پرداخته و به کارگیری آن را در تعارض با برخی حقوق و مبانی توجیه‌کننده آن حقوق پنداشته‌اند. ادعای آنان این است که پلی‌گرافی با حق سکوت متهم، کرامت ذاتی و حریم خصوصی روانی او در تعارض می‌باشد حال آنکه اولاً انجام پلی‌گرافی منوط به اعلام رضایت از سوی متهم است و هیچ‌گاه فرد به اجبار تحت این آزمون قرار نخواهد گرفت. ابراز این رضایت ایراد نادیده گرفتن حق سکوت متهم و دخالت در حریم خصوصی روانی او را مرتفع خواهد کرد. از طرف دیگر همیشه نمی‌توان کارکردی منفی برای پلی‌گرافی نسبت به متهم تصور کرد. پلی‌گرافی خاصیتی دو گانه دارد؛ در عین اینکه می‌تواند راهی برای محکومیت متهم باشد ممکن است طریقی برای اثبات بی‌گناهی او محسوب شود. همچنین لزوم حفظ

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «کاربرد روان‌شناسی جنایی در فرایند دادرسی کیفری» با راهنمایی آقای دکتر رجب گلدوست جویباری و مشاوره خانم دکتر لمیاء رستمی تبریزی و آقای دکتر امیرحسین نیازپور در دانشگاه شهید بهشتی تهران است.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
(نویسنده مسئول) mirrezasalimi@yahoo.com

** دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
rajabgoldoust@gmail.com

حقوق جامعه و زیان دیده از جرم و رجحان منافع عمومی بر منافع خصوصی افراد ایجاب می کند تا با ضابطه مند ساختن پلی گرافی به عنوان یک دلیل علمی متقن و اجرای آن از سوی افراد متخصص به مهم ترین آرمان فرایند دادرسی کیفری که همان برقراری عدالت است، دست یافت.

واژگان کلیدی: دروغ سنجی، پلی گراف، حق سکوت، حریم خصوصی

مقدمه

با گذشت زمان و توسعه فناوری و پیشرفت علوم دلایل مثبت دعاوی کیفری نیز دچار تحولاتی گردیده است به این نحو که نظام های حقوقی در کنار ادله سنتی چون اقرار، شهادت و سوگند به ادله جدیدی که مبتنی بر علوم تجربی یا غیرتجربی است روی آورده اند. از سویی دیگر پیچیدگی شیوه های ارتکاب جرایم که خود عامل پیدایش جرایمی جدید می باشد و دشوار بودن کشف حقیقت در امور کیفری هم مزید بر علت گردیده و سبب شده پاره ای از دلایل جدید پا به عرصه نظام حقوقی کشورها بگذارد. افزون بر این موارد، از آثار مترتب بر تأثیر روان شناسی جنایی در حقوق کیفری به روز نمودن ادله اثبات جرم می باشد. به موازات ایجاد تحول در شیوه های ارتکاب جرم که خود موجب پیدایش جرایمی نو می شود ضرورت بازنگری نسبت به دلایل مصرح در قانون بیش از پیش احساس شده است و برخی دلایل متقن و مورد وثوق در کنار ادله موجود پیش بینی گردیده است. بدیهی است به کارگیری این ادله منوط به این است که با سنجش تمام جوانب امر بسترهای لازم به منظور اعتبار بخشی به آن فراهم گردد. یکی از این ادله پلی گرافی (دروغ سنجی) نام دارد که در برخی از سیستم های حقوقی کشورها به عنوان وسیله ای در جهت کشف جرم یا راستی آزمایی دلایل دیگر مورد توجه واقع شده است. پلی گراف یا دروغ سنج دستگاهی است که به تشخیص دروغ کمک می کند و بر این باور مبتنی است که می توان با در نظر گرفتن پاسخ های افراد به سؤالات طراحی شده در مورد جرم ارتكابی به صداقت یا عدم صداقت گفتاری آنان پی برد. سیستم های پلی گراف سیگنال های فیزیولوژی روانی افراد را ضبط کرده و به بررسی تغییرات آنها می پردازند. در نتیجه قادر خواهند بود مواردی را که در آن فرد دچار استرس خواهد شد که خود منجر به ارائه پاسخ های ناصواب می شود، تشخیص دهند. به کارگیری پلی گرافی برای ارزیابی دلایل ارائه شده از سوی متهم موجهی از نگرانی و مخالفت را در میان افراد ایجاد کرده است. برخی مخالفان با مدنظر قرار دادن حقوق بنیاد متهم و مبانی که این حقوق بر پایه آن استوار گردیده و لزوم رعایت آنها به منظور تحقق یک دادرسی عادلانه ایراداتی را طرح کرده اند. آنان مدعی اند مهم ترین حق شناخته شده که پلی گرافی با آن در تعارض است حق سکوت است و پلی گرافی موجب نادیده گرفتن آن و تضییع حقوق متهم می شود. از سوی دیگر برخورداری از حریم خصوصی به عنوان یک حق مسلم که امکان دسترسی به آن بدون رضایت فرد

غیرممکن است، با این تکنیک نقض خواهد شد. به‌رغم ابتدای پلی‌گرافی بر علوم تجربی و همچنین دانش روان‌شناسی که با هدف تفسیر نتایج حاصله مورد استفاده قرار می‌گیرد و می‌تواند با ایجاد قرائن برای مقام قضایی علم اقناعی ایجاد کند تا بتواند تصمیمی شایسته بگیرد، این دلیل با ایراداتی مواجه شده است که با توجه به نقش برجسته آن در کشف حقیقت لازم است نسبت به رفع ایرادات عمل نمود. هدف عمده از پژوهش حاضر این است که دریابیم آیا قرار گرفتن پلی‌گرافی یا دروغ‌سنجی در زمره یکی از ادله اثبات دعوا یا پذیرش نتایج حاصل از آن توسط مقام قضایی به‌عنوان یک اماره قضایی در جهت ایجاد علم اقناع وجدانی می‌تواند به حقوق بنیادین شخصی که در مظان اتهام قرار گرفته است، خللی وارد کند. در صورت مثبت بودن پاسخ کدام‌یک از این حقوق مربوطه در معرض خطر قرار می‌گیرد و در صورت مخالفت با این گزاره (تعارض پلی‌گرافی با حقوق متهم و مبانی که این حقوق بر آن استوار گردیده است) چه دلایل توجیهی وجود دارد و اساساً با چه استدلالی می‌توان این گزاره را رد نمود و دلایل قانع‌کننده‌ای ارائه کرد تا توسل به پلی‌گرافی توجیه گردد. این مقاله درصدد است تا به بررسی هر یک از چالش‌های موجود پرداخته و پس از تشریح این تعارضات وارد بودن یا نبودن هر کدام از ایرادات را تبیین نماید.

۱. پلی‌گرافی

۱-۱. مفهوم و کاربرد پلی‌گرافی

استفاده از پلی‌گرافی در کشف فریب یکی از موضوعات بحث‌برانگیز است. در جامعه علمی در مورد اثربخشی این فناوری در شناسایی افراد فریب‌کار در خلال تحقیقات جنایی اتفاق نظر وجود ندارد. از این دستگاه در بخش‌های مختلفی چون سازمان‌های مجری قانون، انجمن‌های قانونی برای حمایت از تحقیقات پزشکی قانونی، استخدام افراد در بخش‌های خصوصی استفاده می‌گردد (Reid: 542-547).

پلی‌گرافی یکی از نمونه‌های کاربرد علم روان‌شناسی است که به مطالعه فرایندهای روان‌شناختی به‌وسیله تغییرات قابل‌سنجش در عملکردهای فیزیولوژیکی می‌پردازد. پلی‌گراف یا دروغ‌سنج یک ابزار مکانیکی است که ضبط‌کننده پاسخ‌های فیزیولوژیکی به سؤالات مطرح شده می‌باشد. تکنیک نامبرده می‌تواند به‌عنوان روشی برای غربالگری اشخاصی باشد که ظاهراً درخصوص یک جرم خاص در مظان اتهام قرار گرفته‌اند و نیز می‌تواند در راستای تعقیب فرد یا افراد به‌منظور تعیین جرم خاص صورت گرفته از سوی آنان مورد استفاده قرار گیرد. افزون بر تعیین فرد گناهکار، دروغ‌سنج همچنین می‌تواند در ارزیابی دلایلی که طرفین ارائه می‌کنند به دستگاه عدالت کیفری کمک نماید. مثلاً با کمک این دستگاه می‌توان شاهدانی که به دروغ شهادت می‌دهند یا در ازای دریافت وجه یا امتیازی حقیقت را نادیده گرفته

و به جای جانب‌داری از مظلومان، موضع ظالمان را تقویت می‌کنند، شناسایی کرد. فونکسیون این دستگاه عبارت است از ثبت یا به زبان بهتر، ترسیم فنومن‌های روانی و فیزیولوژیکی بدن انسان به هنگام دروغ گفتن به صورت نمودار، به عبارت دیگر، پلی‌گراف، عکس‌العمل‌های فشار خون، تغییرات تنفس و تغییرات مقاومت الکتریکی پوست را که در اثر فشار ناشی از دروغ ظاهر می‌شود ثبت می‌نماید (David E. Nagle, 1983: 718).

ابزاری که معمولاً برای انجام آزمایش‌های پلی‌گرافی مورد استفاده قرار می‌گیرد شامل یک ضبط‌کننده فیزیولوژیکی است که سه شاخص تحریک (برانگیختگی) ارادی ضربان قلب، فشار خون، تنفس و تغییرات پوستی را مورد ارزیابی قرار می‌دهد که امروزه بیشتر از سیستم‌های ضبط رایانه‌ای استفاده می‌شود. میزان و عمق تنفس توسط پنوموگرافی که در اطراف قفسه سینه فرد قرار گرفته اندازه‌گیری می‌شود (Meiejr, 2008).

فعالیت قلب و عروق توسط دستگاه فشار خون و رسانایی پوست از طریق الکترودهای متصل به نوک انگشتان فرد اندازه‌گیری می‌شود. پنوموگراف (دم‌سنج) که میزان تنفس را اندازه می‌گیرد؛ در نتیجه الگوی تنفسی فرد سوژه را نشان می‌دهد. میزان تنفس از طریق استفاده از دو لوله پنوماتیک اندازه‌گیری می‌شود که در قفسه سینه و شکم قرار می‌گیرد. کاردیواسموگراف که تغییرات ایجاد شده در فشار خون و نبض را به وسیله یک کاف پلاستیکی نشان می‌دهد که اطراف بازو از بالای شریان بازو یا گاهی اوقات در اطراف انگشت شست پا یا مچ پا باد می‌شود. گالوانومتر تغییرات مقاومت پوست در برابر برق را به دلیل فعالیت الکترود درم اندازه‌گیری می‌کند که به وسیله اتصال الکترودهای کوچک به دو انگشت سوژه انجام می‌گیرد. وقتی مقدار کمی جریان الکتریسیته از انگشتان عبور می‌کند، هر تغییر در تعریق اندازه‌گیری می‌شود و بر روی دستگاه رویت می‌شود. فرض بر این است که عدم صداقت یا رفتارهای فریبنده در قالب پاسخ‌های فیزیوژنیک منعکس می‌شود. هنگامی که افراد در معرض این آزمون قرار می‌گیرند دروغ‌گویی یا پنهان کردن حقیقت توسط آنان در قالب پاسخ‌های فیزیکی آشکار می‌شود چراکه صرف‌نظر از توانایی شخص در کنترل کردن صدا و تصویر خویش علائم دیگر چون فشار خون، ضربان قلب و تنفس موقع دروغ گفتن، دروغ فرد را افشا خواهد کرد. اساس پلی‌گرافی عملکرد روان‌شناختی است، هرچند شایع‌ترین و رایج‌ترین روش برای احراز حقیقت تحمیل درد جسمانی به شخص می‌باشد اما وجود ارتباط احتمالی میان زبان بدن و ارتکاب بزه می‌تواند بیانگر حقیقت باشد. این موارد گاهی اوقات با فراز و فرودهایی که نشان‌دهنده تفاوت در تکانه‌های فیزیولوژیکی تشخیص داده شده توسط دستگاه هستند به عنوان خطوط جوهر روی کاغذ ثبت می‌شوند. آزمون پلی‌گرافی پس از تکمیل پرسش‌نامه توسط متقاضی آغاز می‌شود. هرچند

عناوین سؤالات رایج اغلب در حیطه جرایمی نظیر سرقت، قاچاق مواد مخدر، خرید و فروش و مصرف الکل است اما ممکن است درخصوص جرایم دیگر هم به کار برده شود. رایج‌ترین آزمون دروغ‌سنجی مشهور به تکنیک کنترل سؤال یا سؤالات کنترلی (CQT) بر مبنای دو فرض واقع شده است؛ اول اینکه استرس روانی به علت ترس از کشف حقیقت که ایجاد می‌کند پاسخ‌های فیزیکی غیرارادی را که همان تغییرات ایجاد شده در فشار خون، نبض، تنفس و مقاومت شیمیایی پوست می‌باشند، در سیستم عصبی ارادی نمایان می‌سازد و یک آزمون‌گر بر اساس پاسخ‌های ضبط شده می‌تواند به این ترس پی ببرد. به این ترتیب واضح است که این تکنیک نمونه‌ای از موارد کاربرد روان‌شناسی در حوزه حقوق کیفری است (paubert. Paucl: 903).

۲-۱. پیشینه پلی‌گرافی

یکی از اولین دستگاه‌های دروغ‌سنج در سال ۱۹۰۶ توسط جیمز مکنزی متخصص قلب و عروق در انگلیس اختراع شد که نبض شریانی و ورودی را اندازه‌گیری نموده و آن‌ها را به صورت خطوطی روی کاغذ ترسیم می‌کرد. در اوایل سال ۱۸۵۸ فیزیولوژیست فرانسوی اتین ژول ماری تغییرات بدنی را به عنوان واکنشی به عوامل استرس‌زا از جمله حالت تهوع و سر و صدای شدید ثبت کرد.

در دهه ۱۹۸۰ لومبروزو جرم‌شناس ایتالیایی با این اعتقاد که جنایتکاران نژادی متمایز از سایرین دارند، از دستگاه مخصوصی برای اندازه‌گیری فشار خون مظنونان جنایی، هنگام بازجویی استفاده می‌کرد. اولین آزمون علمی به قصد کشف و آشکار کردن دروغ توسط ایشان طراحی گردید. نتایج حاصل از مطالعات وی به این شکل بود که هنگام گفتن دروغ تغییراتی در فشار خون و نبض حاصل می‌شود. در سال‌های منتهی به جنگ جهانی اول هوگو مونستر برگ روان‌شناس دانشگاه هاروارد از ابزارهای مختلفی از جمله پلی‌گراف برای ضبط و تحلیل احساسات ذهنی و درونی افراد استفاده نمود. وی با مشاهده بی‌طرفی علمی و قاطعیت در مورد کاربرد این ماشین در قوانین کیفری استدلال‌هایی ارائه نمود. ویلسون مولتون مارستون به عنوان دانشجوی کارشناسی در آزمایشگاه مونستربرگ کار می‌کرد و مجذوب دیدگاه و بینش او شد. به این ترتیب وی به همراه همسرش یک دستگاه فشار خون اختراع کرد و از آن برای بررسی ارتباط بین علائم حیاتی و احساسات استفاده می‌کرد.

ایده یا پیشنهاد بررسی و کنترل فشارخون به عنوان یکی از علائم دروغ در رسیدگی‌های قانونی توس مارستون در سال ۱۹۱۵ و سپس ماردسن در سال ۱۹۲۱ ارائه شد. پس از آن لارسون و کیلر با اضافه کردن فعالیت‌های تنفسی و رسانایی پوست در طول دهه ۱۹۳۰ کاربردهای نخستین پلی‌گرافی را توسعه دادند (Grubin & Mardsen, 2005: 360). تحقیقات توسط افراد دیگر گسترش یافت تا اینکه در دهه ۱۹۴۰ پیشرفت چشمگیری در دستگاه‌های دروغ‌سنج داده شد. جان رید دریافت که

یک فرد می‌تواند با یک حرکت عضلانی نامرئی نتایج تحقیق را تحریف کند. لذا به منظور جلوگیری از این اختلال وی علاوه بر دستگاه پلی‌گراف استاندارد، دستگاهی برای سنجش این حرکات ابداع کرد تا تغییرات نبض فشار خون و پوست را اندازه بگیرد (Reid, 1947: 542).

در پرونده Fry علیه دولت، تجدیدنظرخواه که از حکم محکومیت به قتل درجه دوم تجدیدنظرخواهی کرده بود استدلال کرد که دادگاه بدوی در رد شهادت یکی از شهود از اندازه‌گیری فشار خون سیستمولیک برای انجام آزمایش بهره گرفته است و در این مورد دچار اشتباه گردیده است. در سال ۱۹۷۵ نیومکزیکو تنها حوزه قضایی بود که نتایج پلی‌گرافی را به طور کامل با قانون شواهد که معیارهای پذیرش را به تفصیل شرح داد، پذیرفت. در پرونده دولت علیه دورسی دادگاه عالی نیومکزیکو سابقه قبلی را که مستلزم مقررات امضا شده به عنوان پیش شرط پذیرش پلی‌گرافی است را لغو کرد و دادگاه سه شرط را تعیین کرد: اول اینکه مصاحبه‌کننده باید از صلاحیت و توانایی بالایی برخوردار باشد. دوم اینکه دستگاه پلی‌گرافی باید از قابلیت اطمینان بالایی برخوردار باشد و در نهایت آزمایش انجام شده در مورد موضوع باید معتبر باشد (Timothy & Henseler, 1997: 1263). علاوه بر نیومکزیکو دو ایالت دیگر نیز سیاست پذیرش پلی‌گرافی را در پیش گرفته‌اند. همچنین دادگاه کالیفرنیا در پرونده ویتسپون علیه دادگاه عالی سعی کرد از پلی‌گرافی به طور مطلق استفاده کند اما در نهایت قانون‌گذار ایالت کالیفرنیا وارد عمل شد و پذیرش پلی‌گرافی را مشروط به این دانست که طرفین (دادستان و متهم) آن را شرط کرده باشند (Witherspoon v. Superior Court, 1982: 135). تجربه کشورها در توسل به پلی‌گرافی به موارد مذکور محدود نمی‌شود و ما در این پژوهش صرفاً به منظور اجتناب از اطاله کلام از تشریح همه آن‌ها خودداری کرده و به موارد مذکور بسنده می‌کنیم.

۳-۱. پلی‌گرافی در رویه قضایی

یکی از برجسته‌ترین موارد استفاده از پلی‌گرافی در رابطه با قتل عمدی بود که در غرب تگزاس رخ داده بود. در این مورد فردی به اتهام مرگ همسر خود که جسدش در محل سکونت متهم کشف گردیده بود تحت بازجویی قرار گرفت. معاینات صورت گرفته بر اثر پلی‌گرافی بیانگر آن بود که مرگ در اثر ضربات متعدد رخ داده است. ابتدا مجموعه‌ای از سؤالات در ارتباط با موضوع مورد نظر از فرد پرسیده شد تا نوع اسلحه مورد استفاده در جنایت معین گردد. انواع مختلفی از اسلحه‌ها در سؤال مطرح می‌شد و هم‌زمان واکنش‌های فرد در آن وضعیت مورد توجه قرار می‌گرفت. نتایج حاصل مسئولیت فرد در قبال مرگ همسرش را تأیید می‌کرد (Glen H. mcLaughlin, 1953: 692).

در سال ۱۹۶۹، متهم جوزف باربارا جونیور، توسط هیئت منصفه به اخاذی از دلورس لازاروس، همسر پیتز لازاروس محکوم شد. ماجرا از این قرار بود که دلورس عنوان کرد زمانی که شوهرش در

زندان به سر می‌برده است متهم به خانه او آمده و با تهدید نسبت به جان شوهر و پسرش به او تجاوز و از او اخاذی کرده است اما وی ترجیح داده است تا زمانی که همسرش از زندان برنگشته است این موضوع را مطرح ننماید. متهم از حکم محکومیت تجدیدنظرخواهی کرد. مبنای درخواست متهم برای محاکمه جدید، ادعای او مبنی بر اظهارات کذب لازاروس بود. برای حمایت از این موضوع، متهم دو شاهد جدید و شواهدی مبنی بر آزمایش‌های پلی‌گراف که توسط خودش و یکی از دو شاهد جدید انجام شده بود ارائه کرد. در نهایت مرجع قضایی به این نتیجه رسید که دقت معاینه پلی‌گرافی در شرایطی که انجام شده است بیش از ۹۹ درصد است و باربارا در مورد تجاوز یا اخاذی گناهکار نیست (Ewout H.Meijer and peterj.vankoppen, 2008: 31).

در برخی دادگاه‌های ایالات متحده نتایج پلی‌گرافی به‌عنوان یک دلیل قانونی پذیرفته شده است. موارد و نمونه‌هایی است که در آنجا دادگاه‌ها تست پلی‌گرافی را به رسمیت شناخته و مورد استفاده قرار می‌دهند تا بتوانند تصمیمی شایسته بگیرند. به‌عنوان نمونه در آوریل ۲۰۱۹، مایکل موریس، معاون کلانتر شهرستان کلی (Clay)، ماشین را دید که با سرعت بالا در حرکت بود. پس از تعقیب وی متوجه شد که ماشین در یک مسیر شخصی تصادف کرده است. زیگلر ژولیده و نامنظم پشت فرمان نشسته بود و همین موجب شد موریس به او مشکوک شده و او را بازداشت نماید. معاون دیگری ماشین را از نظر آسیب‌های وارده بررسی کرد و متوجه قوطی‌های خالی آجیو موجود شد. از طرفی دیگر پس از نزدیک شدن به زیگلر بوی الکل گرفت اما موقع پرسش مظنون ادعا کرد فرصتی برای نوشیدن مشروب نداشته است و در پاسخ به تقاضای مقامات پلیس مبنی بر انجام آزمایش تنفس از انجام آن امتناع کرد ولی رضایت خود را برای انجام پلی‌گرافی اعلام نمود و پس از برگزاری آزمون عدم صحت ادعای متهم محرز گردید. به دنبال آن دادگاه در این پرونده مقرر نمود از آنجا که پلی‌گرافی قادر به ارائه شواهد بسیار اثبات‌کننده در دادگاه است، شایسته است توسط مقامات این حوزه پذیرفته شود؛ البته مشروط بر اینکه توسط معاینه‌گران باتجربه و صحیح استفاده شود (Paul C. Giannelli, 1994: 366).

در پرونده مطروحه علیه شفر دادگاه عالی تصمیم گرفت برای اولین بار قابل قبول بودن شواهد پلی‌گرافی را در نظر بگیرد. دادگاه خلبان شفر را به اتهام عمدی استفاده از مت‌آفتمین در دادگاه نظامی محاکمه کرد. آزمایش وی نشان داد که او این ماده را بلعیده است، اما دفاع او این بود که از بلعیدن مواد اطلاعی نداشته است. وی به شدت این موضوع را انکار می‌کرد و در تلاش بود با استناد به نتایج آزمون دروغ‌سنج که نسبت به وی اجرا شد از ادعای خود حمایت کند. بدین ترتیب او با رضایت تحت این آزمون قرار گرفت و مشخص شد ادعایش کذب بوده و نتایج پلی‌گرافی مؤثر واقع شد. (Forkosoch, M.D, 1939: 225).

همچنین در یکی از دادگاه‌های کالیفرنیا علیه شخصی به نام کاتر که متهم به تجاوز جنسی به شاکی ۱۲ ساله شده بود، دادگاه بدوی به موجب تصمیم هیئت منصفه در اثر نتایج حاصل از پلی‌گرافی او را به خاطر ارتکاب رفتار جنسی جنایی درجه دوم به ۱۵ سال حبس محکوم کرد. همین تصمیم موجب شد چندین دادگاه دیگر هم از این رویه پیروی کرده و به پلی‌گرافی اعتبار و رونق ببخشند (Plaintiff-Appellee v. David Wayne Cutter, 2014: 280).

سوء ظن عمومی در مورد صحت ادعاهای تجاوز جنسی و انگیزه‌های شخصی تشکیل‌دهنده آن مبنایی برای تحصیل دلایل کافی درباره شک به قربانی بوده است که اظهارات گمراه‌کننده و نادرست داده است و در مورد تجاوز جنسی هیچ شاهد عینی وجود ندارد تا با آن بتوان اتهام را اثبات کرد. همچنین یافتن شواهدی که از قربانی حمایت می‌کند، ممکن است دشوار باشند. در نتیجه برخی از بازرسان دادستان‌ها و قربانیان و مدافعان افراد قربانی بر این باورند که تست پلی‌گرافی روشی مفید برای تأیید این موضوع و صحت و سقم اظهارات قربانی است. استفاده از تست‌های پلی‌گرافی اغلب بهترین روش برای استفاده از رویکرد قربانی‌محور در تحقیقات تجاوز جنسی را تضعیف می‌کند. هرچند کارگزاران نظام عدالت کیفری کشور ما امکان بهره‌مندی از شیوه‌های نوین پلی‌گرافی را ندارند، اما با کمی دقت نظر می‌توان رگه‌هایی از شیوه سنتی پلی‌گرافی را در تصمیم‌گیری‌های آنان مشاهده نمود. به عنوان نمونه در یکی از آرای قضایی به شماره دادنامه ۹۹۰۹۹۷۲۶۶۱۱۰۰۴۲۷ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۰۸ در خصوص اتهام وارده بر متهم مبنی بر سوءاستفاده از سفیدامضا و کلاهبرداری از طریق انتقال منافع مال غیر با تأکید بر اصل آزادی تحصیل دلیل در امور کیفری حین انجام تحقیق از متهم تغییرات ظاهری فیزیولوژیکی نظیر برافروختگی، تعرق، تغییر حالات چهره و مردمک چشم مقام قضایی را بر آن داشت تا تصمیم بگیرد متهم در اظهارات خود صداقت ندارد و این امر قرینه‌ای بر صحت ادعای شاکی می‌باشد.

۴-۱. کاربرد پلی‌گرافی در حقوق کیفری

اثبات عنوان انتسابی به متهم پس از اتمام مرحله رسیدگی در محکمه با توجه به ادله موجود در دعوای طرح شده میسر می‌گردد. در امور کیفری مقام قضایی افزون بر تصمیم‌گیری بر اساس دلایل موجود از این اختیار نیز برخوردار است که به منظور اتخاذ یک تصمیم صحیح و صدور رأی عادلانه هر نشانه و قرینه‌ای که بتواند او را به سوی حقیقت رهنمون سازد، مد نظر قرار دهد. چه بسا در پاره‌ای موارد این قرائن بتواند به مقام قضایی کمک کند تا او نادرست و خلاف واقع بودن ادله ابرازی که شاکی برای اثبات مدعای خود و متهم برای دفع اتهام منتسب به وی و رهایی از وادی پردردسر حقوق کیفری به آن متوسل می‌شود، را تشخیص دهد. تکنیک پلی‌گرافی خواه به عنوان یکی از دلایل اثبات

دعوی کیفری پذیرفته شود و خواه به عنوان قرینه‌ای در ابقان وجدان مقام قضایی وارد سیستم حقوقی کشورها گردد، می‌تواند کاربردهای مهمی در پرونده‌های جنایی داشته باشد. کسی که در مظان اتهام قرار می‌گیرد و رفتار مجرمانه به او نسبت داده می‌شود علی‌رغم اینکه در پناه اصل برائت قرار دارد و نیازی به اثبات بی‌گناهی‌اش ندارد، اما باز هم احتمال دارد از این اصل سوءاستفاده شده و از آنجا که ممکن است شاکی برای اثبات ادعای خود دلیلی نداشته باشد یا دلایل وی توسط متهم یا هر عامل دیگری از بین رفته باشد و راهی برای رهایی متهم یافت شود لذا می‌توان از طریق مصاحبه با متهم در قالب تکنیک پلی‌گرافی، طرح پرسش‌های دقیق و سازمان‌یافته مبتنی بر علومی چون روان‌شناسی و روان‌کاوی و به‌کارگیری افراد آموزش‌دیده‌ای که با این علم آشنایی دارند مواردی را که در آن، متهم سعی در گمراهی مقامات قضایی دارد را شناسایی نمود و بدین وسیله می‌توان اطلاعات مفید و ارزشمندی در مورد موضوعات ناخواسته به دست آورد. افزون بر امکان‌سنجی اظهارات شاکی یا شهادت شهود از دیگر کاربردهای پلی‌گرافی می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱. تأیید اظهارات یا مقایسه اظهارات متناقض و احراز صحت و سقم مطالب بیان شده توسط افراد درگیر جریان دادرسی؛

۲. تحصیل طرق تحقیقی اضافی که منجر به آشکار شدن جنبه‌های حقیقی جرایم می‌شود؛

۳. تعیین ابزارهای ارتکاب جرم و تبعات یا آثار جرایم ارتكابی یا محل اختفای اشخاص تحت تعقیب؛

۴. شناسایی سایر افراد مداخله‌کننده در ارتکاب جرم؛

۵. کسب اطلاعاتی باارزش در مورد موضوعات ناخواسته

لذا می‌توان به پلی‌گرافی به عنوان ادله‌ای که به مقام قضایی امکان ارزیابی سایر دلایل را می‌دهد نگریست. با این وصف اقرار یا شهادت به عنوان ادله موضوعی می‌توانند زیر ذره‌بین این دلیل علمی قرار بگیرند و به چالش کشیده شوند، مشروط بر اینکه شرایط لازم برای اجرای این تکنیک فراهم گردد.

۲. چالش‌های پلی‌گرافی با حقوق متهم و مبانی آن

یکی از تکالیف مهم دولت‌ها در جوامع، تضمین امنیت افراد در مقابل هر تعرض غیرقانونی به منظور حفظ حقوق و آزادی‌های آنان می‌باشد، لذا تضمین این گوهر گران‌بها منجر به برقراری تکالیفی چه برای حکومت و چه برای شهروندان می‌شود. به این صورت که افراد مکلفند حقوق مادی و معنوی یکدیگر را مورد احترام قرار دهند و دولت نیز موظف است با وضع این قانون و تأسیس تشکیلات اداری و قضایی برای مردم ایجاد امنیت کند و خود نیز با تسلیم در برابر اصل حاکمیت قانون از دست‌یازی به حقوق و آزادی‌های شهروندان امتناع کند (بشیریه و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۸۰).

در چنین شرایطی مراجع قضایی به عنوان دست‌نشانندگان نهاد حاکمیتی عهده‌دار مقابله با اقدامات هنجارشکنانه افراد می‌باشند. چراکه آزادی افراد در انتخاب‌های خویش مطلق و بی‌قید و شرط نبوده و هر جا اعمال و رفتار افراد اسباب نقض حقوق هم نوعان خویش گردد یا نظم برقرار شده در اجتماع را بر هم زند با واکنش مواجه خواهد شد. انتخاب و تعیین نوع واکنش متناسب با رفتارهای خلاف قانون شهروندان ملازمه و وابستگی زیادی با میزان درجه اهمیت ارزش مورد حمایت نهادینه شده در اجتماع دارد آن گونه که جامعه نادیده انگاشتن و بی‌اعتنایی به برخی ارزش‌ها را حتی در اثر سهل‌انگاری نادیده نمی‌گیرد و با آن مقابله خواهد کرد. اگر این واکنش به علت اطلاق بزه به رفتار خود در قالب مجازات باشد، فرد وارد جریان دادرسی می‌شود چراکه انتخاب کیفر شدیدترین ضمانت اجرای عدول از قواعد حقوقی می‌باشد. فرایند دادرسی خود متشکل از چندین مرحله است. در اولین مرحله جرم کشف می‌شود و پس از آن نوبت به انجام تحقیق پیرامون بزه انتسابی به متهم می‌رسد تا با حصول یقین به مجرمیت فرد او را برای ورود به مرحله بعدی روانه محکمه نماید. مهم‌ترین هدف از هر دادرسی برقراری عدالت و نظم زایل شده در جامعه و جبران ضررهای وارده به شاکی می‌باشد و نیل به این اهداف متعالی در گرو عادلانه بودن دادرسی و رعایت تمامی اصول و مقرراتی است که زمینه‌ساز تحقق این هدف گردند. اقدامات ضابطین و مقامات قضایی باید همگام و همراه با حفظ حقوق متهم و سایر افراد درگیر در فرایند باشد. این موضوع به قدری اهمیت دارد که هم در قوانین داخلی و هم مقررات بین‌المللی مقرر شده است که داشتن یک نظام عدالت کیفری مطلوب و در عین حال راهگشا در گرو وجود تدابیر و تضمینات لازم برای برگزاری دادرسی منصفانه از طریق حفظ حقوق افراد مداخله‌کننده در دادرسی و به‌ویژه متهم می‌باشد؛ چراکه حفظ حقوق بزه‌کار می‌تواند نقشی شایسته در تأمین امنیت قضایی به‌عنوان یکی از جلوه‌های امنیت ایفا کند تا بدین‌سان راه برای هر گونه سوءاستفاده احتمالی بسته شود.

حقوق متهم به معنای حمایت، ارائه راهکار و به کارگیری آن‌ها در برابر شخصی است که ارتکاب جرمی به وی نسبت داده شده است که در نتیجه، تضمین آن موجب کاهش اتهامات بی‌جا می‌شود و مقدمه تضمین حقوق دفاعی متهم می‌باشد. چراکه رسیدن به دادرسی منصفانه و عادلانه مستلزم آن است که طرفین دعوی از حقوق برابر و یکسانی در روند دادرسی برخوردار باشند. (گلدوست جویباری و دیگران، ۱۳۹۷: ۷۹) به تعبیر دیگر این حقوق مجموعه امتیازات و امکاناتی است که در یک دادرسی منصفانه لازم است، متهم از آن برخوردار باشد تا بتواند در مقابل ادعایی که بر خلاف فرض برائت، علیه او مطرح شده، در شرایطی آزاد و انسانی از خود دفاع کند» (امیدی، ۱۳۸۳: ۲۲۵).

استفاده از پلی‌گرافی با فرض پذیرش آن به‌عنوان یکی دیگر از ادله علمی اثبات جرم یا اماره

قضایی در جهت اقناع وجدان مقام قضایی با برخی ایرادات مواجه شده است. مخالفان با توجه به برخی اصول پذیرفته شده و مسلم در حقوق که خود مبنایی برای پیدایش حقوق متهمین در دادرسی است ایراداتی را بر این تکنیک وارد نموده‌اند. برخی با این ادعا که اصل بر برائت است و متهم می‌تواند از حق سکوت خود در دادرسی استفاده نماید به‌کارگیری پلی‌گرافی را مغایر با حق سکوت متهم می‌دانند. عده‌ای دیگر معتقدند تکنیک مذکور کرامت انسان‌ها را خدشه‌دار می‌کند و برخی مخالفان هم، چنان ارزشی برای اصل آزادی در نظر گرفته‌اند که تمسک به پلی‌گرافی را عامل تحدیدکننده آزادی شمرده و به علت تجاوز به حریم خصوصی روانی افراد در معرض آزمون از پذیرش آن سر باز می‌زنند. در این مجال هر یک از این موارد را به تفصیل تشریح خواهیم کرد.

۲-۱. حق سکوت

وجدان هوشیار آدمی از یک سو و سرشت عدالت‌خواه او از سوی دیگر در ادوار مختلف غلیانی در جان وی ایجاد کرده است تا پذیرای اصل بی‌گناهی باشد و سیطره اصل مذکور از قرون باستان تا عصر حاضر هم در تمدن‌های باستانی و هم در آموزه‌های دینی ادیان مختلف چشم‌نواز بوده است تا آنجا که قانون اساسی کشور ما نیز به‌عنوان عالی‌ترین سند حقوقی در اصل ۳۷ آن را مورد تصریح قرار داده است. اصل برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد. فرض برائت استمرار بخشیدن به آثار حفظ کرامت انسانی و مصون بودن افراد جامعه از هر گونه تعرض است (آشوری، ۱۳۹۴: ۲۱۴). به‌موجب ماده ۹ اعلامیه حقوق بشر هر کس بی‌گناه محسوب می‌شود مگر کسی که تقصیر او به اثبات برسد. بنابراین، اگر بازداشت کسی ضروری تشخیص داده شود، برای تضمین سلامت شخصی او باید از هرگونه فشار به او جلوگیری به عمل آید. این اصل به‌منزله ابزاری برای صیانت از متهم در برابر اقتدار قوای حاکم و مراجع قضایی عمل می‌کند و از دل آن حقی برای متهم پدیدار می‌گردد که موسوم به حق سکوت است.

در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، تفهیم حق سکوت به‌موجب قاعده حقوقی موسوم به قاعده «میراندا» در پرونده «میراندا به طرفیت آریزونا» به سال ۱۹۶۶ میلادی، یکی از ۲ حقوق مسلم مظنونان و متهمان به شمار می‌رود. به‌موجب این قاعده، نخستین حقی که باید تفهیم شود، حق سکوت است. به‌موجب قاعده مذکور، پلیس موظف است موارد زیر را به مظنونان یادآوری کند؛ حق سکوت، اینکه اظهارات وی می‌تواند علیه وی مورد استفاده قرار گیرد، حق مشورت و ملاقات با وکیل مدافع و اینکه اگر وی امکان انتخاب وکیل ندارد، یک وکیل برای او معین می‌شود. پس از تفهیم این حق، به محض اینکه متهم، خواستار حضور وکیل شود، بازجویی باید تا حضور وکیل متوقف گردد (نیوبور، دیوید دبلیو، ۱۳۸۹: ۴۶۱). در واقع حق سکوت، عدم الزام فرد به گفتن

مطلبی به ضرر خود است نه اینکه نگفتن مطالبی به ضرر دیگران تا در نهایت حقی پایمال شود (رحمدل، ۱۳۸۵: ۱۸۸). این اهرم دفاعی به منزله یکی از مصادیق حقوق متهمان در اسناد بین‌المللی هم از ارزش و اعتبار ویژه‌ای برخوردار شده است. چنان‌که قسمت ز از بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی با این عبارت که متهم نباید مجبور شود علیه خود شهادت دهد و یا به مجرم بودن خود اعتراف کند، متضمن این است که هرکس متهم به ارتکاب جرمی شود حق دارد با تساوی کامل از این حق برخوردار شود که مجبور نشود علیه خود شهادت دهد و یا به مجرم بودن اعتراف کند. لذا معلوم می‌شود که به‌طور ضمنی حق سکوت را به رسمیت شناخته است یا ماده ۴۰ کنوانسیون حقوق کودک، مواد ۵۵ و ۶۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی و سایر اسناد مشابه بر این امر تصریح دارند که متهم مجبور به ادای شهادت یا اعتراف به مجرمیت نیست و می‌تواند سکوت اختیار کند، بدون اینکه این سکوت دلالت بر مجرمیت یا بی‌گناهی او داشته باشد. اصل ۳۸ قانون اساسی بدون ذکر حق سکوت هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاع را ممنوع نموده است. همچنین طبق ماده ۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری در بازجویی‌ها اجبار یا اکراه متهم، استفاده از کلمات موهن، طرح سؤالات تلقینی یا اغفال‌کننده و سؤالات خارج از موضوع اتهام ممنوع است و اظهارات متهم در پاسخ به چنین سؤالاتی و همچنین اظهاراتی که ناشی از اجبار یا اکراه است، معتبر نیست. همچنین مطابق ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری به این صورت که متهم می‌تواند سکوت اختیار کند. در این صورت مراتب امتناع وی از دادن پاسخ یا امضای اظهارات، در صورت مجلس قید می‌شود، حق سکوت متهم در اثنای بازجویی به‌نحو تلویحی مورد قبول قانون‌گذار است و قضات تحقیق و ضابطان دادگستری مکلف به رعایت این حق خواهند بود. محتوای ماده ذکر شده حکایت از پذیرش آن حق ارزشمند در نظام قضایی ایران دارد.

برخی منتقدین استفاده از تکنیک پلی‌گرافی، با لحاظ نمودن اصل برائت و حق سکوت متهم اظهار داشته‌اند که استفاده از دستگاه دروغ‌سنج به دلیل نداشتن ارزش مطلق علمی و لطمه به شخصیت انسانی و صدمه به حق دفاع متهم با ایراد روبه‌رو و از سوی دیگر مخالف با اصل برائت شناخته می‌شود زیرا به جای اینکه دادسرا درصدد اثبات خلاف فرض بی‌گناهی متهم برآید، متهم به اثبات بی‌گناهی خویش ملزم می‌شود (گلدوزیان، ۱۳۷۵: ۷۵). این مخالفان معتقدند تکنیک نامبرده موجب معیوب شدن اراده متهم می‌شود و اصل برائت را در دادرسی‌ها وارونه خواهد کرد. به عقیده آن‌ها واقعیت موجود نشان می‌دهد که هیچ دولتی در جهان یافت نمی‌شود تا در اثبات محکومیت صرفاً به این دستگاه‌ها اعتماد کند. نگرانی و ترس فرد از عدم کارکرد صحیح دستگاه منجر به تغییر و تحول در بعضی از کارکردهای فیزیولوژیکی او می‌شود که زمینه‌ساز تجاوز و

سوء قصد مادی به حق سکوت متهم یا گواهی ندادن علیه خویش می‌گردد (Barbara Ann Hocking AND Laura Leigh Manvillie, 2011: 350).

در نتیجه به‌کارگیری این تکنیک از مصادیق بارز اعمال زور و فشار مادی و معنوی به حساب می‌آید (سعدون، ۱۹۹۲: ۲۱۳). حال آنکه لازمه برخورداری متهم از حق سکوت به‌منزله یکی از حقوق بنیادین و اساسی این است که از هر گونه شکنجه و آزار و اذیت مصون باشد. لذا حق سکوت متهم با ممنوعیت شکنجه و اذیت وی هم‌سو می‌باشد (طهماسبی، ۱۳۹۴: ۸۷). از طرفی دیگر این دستگاه‌ها با آزادی افراد و سلب آزادی مخالف است، در نتیجه حکومت نمی‌تواند بین سخن متهم یا سلب آزادی شخصی او از طریق این دستگاه انتخاب کند، زیرا انتخاب بین اجرای کیفر سالب آزادی متهم یا ارائه اطلاعات وی در نتیجه همکاری مؤثر با دستگاه عدالت کیفری که متضمن نقض آزادی اوست خلاف اصل سکوت به شمار می‌آید (موحدی، ۱۳۹۳: ۹۸) خلاصه آنکه بها دادن به این تکنیک گران‌بهارترین حق دفاعی متهم که همان حق سکوت است را پایمال خواهد کرد.

۲-۲. کرامت انسانی

کرامت انسان ارزشی برجسته و ممتاز است که جایگزینی را نمی‌توان برای آن یافت. از یک طرف نیروی خرد، آگاهی و عقلانیت در نهاد انسان به ویعه گذاشته شده است و از طرف دیگر مزین به وصف زیبایی انسانیت می‌باشد که اتصال آدمی این شاهکار خلقت به این وصف گران‌مایه سبب می‌شود تا وی از استقلال و خودمختاری و اختیار بهره‌مند شود. بر این اساس خود انسان غایتی است که از شرافت و کرامت برخوردار است و هیچ‌کس نمی‌تواند از او به‌عنوان ابزاری برای دستیابی به اهداف خویش استفاده نماید.

در تبیین مفهوم و اوصاف کرامت انسانی گفته شده است که کرامت عبارت است از حق رعایت عزت نفس آدمی؛ به تعبیر دقیق‌تر کرامت حقی است بنیادین و آمیخته با تکلیف که موضوع آن نفس و ذات آدمی بوده و قابل توقیف، نقل و انتقال و اسقاط نمی‌باشد. موضوع این حق نفس، ذات و سرشت آدمی است. مقصود از حق یا حقوق بنیادین حقوقی است که جنبه جهانی داشته، مبتنی بر اصول اخلاقی الزام‌آور برای تمام ملت‌ها و فرهنگ‌هاست و از آن حیث که با انتفاع و سلب کرامت، وجود، حیات و هستی آدمی نیز لغو و بی‌معنا خواهد بود همواره ملازم و همراه صاحب حق بوده و قابل انفکاک نمی‌باشد و نمی‌توان آن را اسقاط و یا توقیف نمود و یا انتقال داد یا اینکه مورد تعدی و تجاوز قرار داد و حتی پس از مرگ نیز به ورثه منتقل نمی‌گردد و مشمول مرور زمان نیز واقع نمی‌شود (آقایی، ۱۳۷۶: ۱۲۴).

در متن و یا مقدمه اسنادی چون اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و

سیاسی، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی، کنوانسیون رفع تبعیض نژادی، کنوانسیون منع شکنجه، کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان، کنوانسیون حقوق کودک، کنوانسیون چهارگانه ژنو و حقوق بشردوستانه به کرامت انسانی اشاره شده است. بر اساس بند یک از ماده ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی کلیه افرادی که از آزادی خود محروم شده‌اند باید با انسانیت و احترام به حیثیت ذاتی شخص انسان رفتار شود. همچنین طبق بند یک ماده ۱۷ این میثاق شرافت و حیثیت او نباید مورد تعرض غیرقانونی واقع شود. در حقوق بین‌الملل نیز مستند به اعلامیه حقوق بشر که بیان می‌دارد به رسمیت شناختن شخصیت ذاتی و حقوقی برابر و سلب نشدن همه اعضای جامعه بشری، اساس آزادی، عدالت و صلح در جامعه جهانی است، می‌بایست نظام حقوقی و جریان دادرسی نیز همگام با این مسئله حرکت کند و از نادیده گرفتن حقوق افراد و کرامت ذاتی آن‌ها اجتناب نماید. عده‌ای از مخالفین، استفاده از تکنیک پلی‌گرافی را در تعارض با شأن و کرامت متهم پنداشته و با این استدلال که استفاده از پلی‌گراف شأن انسان را تا حد یک وسیله و حیوان آزمایشگاهی پایین می‌آورد و اراده و اختیار انسان را مخدوش می‌نماید، آن را رد کرده‌اند (Timothy B.Henseler, 1997: 1248). از این دیدگاه پلی‌گرافی نه تنها از نظر علمی بلکه به علت تداخل وجدان آگاه و ناخودآگاه انسان فاقد اعتبار است (آشوری: ۲۲۵) نظریه اصالت فرد یا فردگرایی در تکوین اندیشه کرامت انسانی نقشی شایسته و درخور توجه داشته است.

این افراد پایه‌های فکری خود را بر این قاعده استوار کرده‌اند که رعایت کرامت در برخورد با انسان‌ها مستلزم داشتن اراده‌ای آزاد است و هر عاملی که با این وصف در تضاد باشد، مشروعیت نخواهد داشت. هرچند پذیرش اصل تحصیل آزادانه دلیل در امور کیفری موجب می‌شود مقام قضایی نقشی منفعل در دادرسی ایفا نکند و برعکس، علاوه بر دلایل ارائه شده طرفین بتواند در صدور رأی یا اتخاذ تصمیم به دلایل دیگر نیز استناد کند ولی مهم‌تر از همه این است که خود آن دلیل ایجابی یا سلبی نیز به‌نحو قانونی به دست آمده باشد. در حقیقت از دیدگاه آنان فرد بر جامعه اولویت دارد و باید در برابر تهاجمات قوای حاکم از مصونیت برخوردار باشد. نباید با انسان‌ها به مثابه ابزار رفتار کرد بلکه باید آن‌ها را همواره به‌عنوان غایت‌های ذاتی در نظر گرفت (موسی‌زاده، ۱۳۸۶: ۲۵۶). هسته اصلی کرامت انسانی را خودآگاهی و اراده او تشکیل می‌دهد هنگامی که فرد مجبور می‌شود مطلبی را بگوید یا عملی را انجام دهد، خودآگاهی و اراده او خدشه‌دار و با او همانند یک ابزار برخورد می‌شود (رحیمی نژاد، ۱۳۸۷: ۱۸۶).

از زاویه دید این دسته منتقدان نمی‌توان نتایج حاصل از آن را به‌عنوان یکی از ادله علمی محسوب کرد. علاوه بر این، در مواردی هم که پلی‌گرافی مجرای برای کسب دلیل دیگر است، وجهه قانونی

ندارد و بالتبع هر گونه دلیل مستند به آن هم از درجه اعتبار ساقط است. با این وصف، اقرار صورت گرفته در نتیجه پلی‌گرافی با تحدید یا زوال اختیار و آزادی اراده، در تعارض با کرامت انسان است و نمی‌تواند در اقناع وجدان دادرس مثر ثمر باشد.

۳-۲. حق بر حریم خصوصی

از مهم‌ترین حقوقی که ارتباط نزدیکی با کرامت انسان دارد، حق بر حریم خصوصی است. شخصیت انسان و تمامیت مادی و معنوی او به اندازه‌ای اهمیت دارد که موجب شده خلوت افراد مصون از هر گونه تعرض چه از سوی هم‌نوعان‌شان و چه از سوی حکومت و دولت بماند. حریم خصوصی را به معنای حق داشتن زندگی در انزوا تعریف کرده‌اند. حق‌رهایی و دور بودن از شهرت ناخواسته و حق زندگی کردن بدون مداخله ناموجه مردم در اموری که ارتباطی به عامه مردم ندارد (BLACKS Law dictionary, 2004: 1233). می‌توان حریم خصوصی را بخشی از زندگی انسان تعریف کرد که عرفاً و قانوناً هرگونه ورود، نظارت، کنترل و کسب اطلاع راجع به آن جز در موارد مصرح قانونی صرفاً باید با اذن شخص صاحب حق صورت گیرد (فروغی و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۴۵). این حق همچنین حاوی حق فرد است برای اینکه تعیین نماید چگونه، چه زمانی و تحت چه شرایطی اطلاعات مربوط به او به‌ویژه اطلاعات محرمانه و خصوصی او در دسترس دیگران قرار گیرد.

حق بر حریم خصوصی که یکی از مظاهر تخصیص کرامت ذاتی برای بشر می‌باشد هم در حقوق داخلی کشورها و هم در اسناد بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است. افزون بر اشاره تلویحی ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر حق مذکور به‌طور رسمی برای نخستین بار در ماده ۱۲ این سند مورد تأیید و تأکید قرار گرفت که بر اساس آن احدی نباید در زندگی خصوصی، امور خانوادگی، اقامتگاه یا مکاتبات خود، مورد مداخله‌های خودسرانه واقع شده و شرافت و اسم و رسمش، مورد حمله قرار گیرد. هر کس حق دارد در برابر این‌گونه مداخله‌ها و حملات، مورد حمایت قانون قرار گیرد. به رسمیت شناختن حق حریم خصوصی موجب کاهش اختیارات دولت می‌شود. نه تنها دولت از ورود به این حریم ممنوع است بلکه باید از دخالت دیگران در این محدوده هم جلوگیری کند (انصاری، ۱۳۹۳: ۴۵).

در ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری در کنار اصل مهم برائت، به حریم خصوصی اشخاص و حمایت از آن پرداخته است و نقض آن را به‌مثابه نقض کرامت و حیثیت انسانی دانسته است. ماده ۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد ورود به منازل، اماکن تعطیل و بسته و تفتیش آن‌ها همچنین بازرسی اشخاص و اشیا در جرایم غیر مشهود با اجازه موردی مقام قضایی است. هرچند وی اجرای تحقیقات را به‌طور کلی به ضابط ارجاع داده باشد. در ادامه ماده ۵۶ قانون مذکور بیان

داشته است ضابطان مکلفند طبق مجوز صادره عمل نمایند و از بازرسی اشخاص، اشیاء و مکان‌های غیر مرتبط با موضوع خودداری کنند.

برخی مخالفین استفاده از پلی‌گرافی بر این عقیده‌اند که این تکنیک آثار نامطلوبی بر حوزه حریم خصوصی افراد به‌ویژه حریم خصوصی روانی بر جای می‌نهد. مخالفان پلی‌گرافی بیان می‌کنند ترس عمده این است که به‌کارگیری چنین وسایلی باعث پایمال شدن حریم خصوصی افراد شود و اینکه هر کسی با استفاده از این وسیله و آگاهی به عملکرد آن بتواند افکار و احساسات شخصی افراد را مورد کاوش قرار دهد (F, Schauer, 2010: 101). چرا که پرسش و جست‌وجو از اجزای خودآگاه و ناخودآگاه انسان دسترسی به اطلاعاتی از حریم خصوصی فرد را ممکن می‌کند که گاه آدمی در تمام سال‌های زندگی خود در پی کتمان آن بوده است (افشار و نعمتی، ۱۳۸۸ و ۱۳۸۹: ۶۸).

از طرفی دیگر استفاده از دستگاه دروغ‌سنج که به نوعی سرقت در فضای درونی وجود شخص متهم محسوب می‌شود (پورزند مقدم، ۱۳۷۹: ۴۸). می‌تواند با تحمیل اندیشه‌ای خاص به فرد در حریم روانی افراد است، دخالت کند و از این رهگذر موجبات بی‌اعتنایی به این قسم از حریم خصوصی را دامن زند. زمانی که فرد در معرض آزمون پلی‌گرافی قرار می‌گیرد، مصاحبه‌کننده با طرح سؤالاتی از فرد و بررسی نتایج حاصل می‌تواند نشانه‌هایی را در اختیار مقامات قضایی دهد تا با تحلیل آن بتوانند تصمیم درستی اتخاذ کنند. برخی منتقدین پلی‌گرافی بر این عقیده‌اند که استفاده از این تکنیک موجب می‌شود به حریم روانی فرد دست یافت و به این ترتیب ممکن است به‌رغم میل باطنی فرد اطلاعات مخفی شده در لایه‌های عمیق روان وی افشا گردد. درحالی که اگر بپذیریم افراد در جامعه زندگی می‌کنند و از حقوق اجتماعی برخوردارند به این نتیجه خواهیم رسید که آن‌ها از این حق بهره‌مند هستند که اجازه ندهند دیگران از افکار، عقاید، احساسات و اطلاعاتی که تمایلی به اظهار کردن آن ندارند، مطلع گردند.

استفاده از پلی‌گرافی و اندازه‌گیری واکنش‌های فیزیولوژیکی به دور از کنترل ارادی ساختار ذهنی و روانی پنهان متهم را آشکار خواهد کرد و راهکاری است برای کشف اینکه در ذهن ناخودآگاه او چه می‌گذرد. دولت یک تکلیف ایجابی دارد مبنی بر اینکه از کرامت و آزادی اراده بشری محافظت کند لذا این حقوق (رهایی از افشای غیرارادی ذهن ناخودآگاه) از مهم‌ترین نگرانی‌های بشر هستند و باید در برابر اقدامات نقض‌کننده آن‌ها خواه از سوی خود شخص و خواه از طریق اقدامات مقتدرانه حکومت محفوظ باشند (James R. McCall, 1998: 939).

۳. حل تعارض پلی‌گرافی با حقوق متهم و مبانی آن

۳-۱. ضرورت حفظ نظم عمومی و حقوق زیان‌دیده

در مقام پاسخ به ایرادات مخالفان پلی‌گرافی باید به این نکته توجه داشت که لزوم کشف جرم و مقابله با رفتارهای مجرمانه‌ای که یا سبب تعرض به حقوق دیگری می‌شود و یا موجب تعدی به حقوق جامعه می‌شود ایجاب می‌کند تا اندکی از انعطاف‌ناپذیری حق سکوت کاسته شود و شکل منعطفی به خود بگیرد. چراکه ممکن است این حق غالباً از سوی مجرمان حرفه‌ای مورد سوءاستفاده قرار گیرد به‌ویژه زمانی که جرایمی چون جرایم امنیتی یا سازمان یافته به وقوع می‌پیوندد غالباً متهمین برای فرار از مجازات‌های سنگینی که احتمالاً در انتظار آنان است از این اصل به نفع خود استفاده کرده و کار مقامات قضایی را با مشکل مواجه خواهند کرد. اینجاست که ضرورت تسامح نسبت به حق سکوت متهم به وضوح مشاهده می‌شود. لذا به‌عنوان یکی از راهکارهای منعطف‌سازی حق سکوت متهم، می‌توان با تمرکززدایی رسیدگی‌ها و تحقیقات قضایی از نظام ادله اثبات قانونی که محوریت آن اقرار است، جنبه اثباتی آن را کاهش داد و متهمان را در مواجهه با حق سکوت خود محدودتر نمود. بدین نحو که می‌توان با الزام مقام‌های قضایی و شاکی در جمع‌آوری دلایل و مدارک متقن و قوی با استفاده از یافته‌های علم قانونی، نظام بازجویی و تحقیق را مجهز به ادله علمی روزآمد در کشف علمی جرایم نمود و متهم را به نوعی وادار به پاسخ‌گویی ارادی از سوی ناچاری نمود (حبیب‌زاده و صادقی، ۱۳۹۵: ۷۸).

در دادرسی به همان اندازه که متهم مورد بذل عنایت قرار می‌گیرد و سعی می‌شود تا همه حقوق وی به‌عنوان یک شهروند از سوی قوای حاکم مطمح نظر واقع شود، در دو ضلع دیگر مثلث کنشگران فرایند دادرسی، شاکی و نمایندگان جامعه ایستاده‌اند و چه بسا هم‌ردیف با متهم یا حتی بیشتر، از نتایج دادرسی متأثر خواهند شد. پس زمانی می‌توان از عادلانه بودن دادرسی سخن به میان آورد که بتوان میان حقوق هر یک از آنان توازن برقرار کرد. مضاف بر آن درست است که متهم در جهت حفظ منافع خویش به سکوت متوسل می‌شود اما از آنجا که احتمال زیادی وجود دارد این سکوت دال بر بی‌گناهی او نباشد و در پاره‌ای موارد برای انحراف کارگزاران نظام قضایی از مسیر صحیح بازجویی این گزینه را انتخاب نماید، بایسته و شایسته است تا با روی آوردن به دلایل نوپیدا همگام با تعالی علوم و فناوری‌های نوین این حق را به درستی مدیریت کرد.

۳-۲. رضایت فرد؛ اسقاط حق سکوت، توجیه‌کننده مداخله در حریم خصوصی

انسان موجودی است که آزاد و مختار آفریده شده و همین قدرت انتخاب آزادانه اوست که وجهه ممیز او با دیگر مخلوقات تلقی می‌گردد. آدمی میلی به اجبار ندارد و اعمالی را که نشئت گرفته از

رضایت خاطر او نباشد به هیچ وجه بر نمی‌تابد. این آزادی چنان مهم می‌نماید که حتی اگر فردی با اعراض از ارزش‌های مورد حمایت مقنن مرتکب عملی مجرمانه گردد در حالی که اختیار و اراده از وی سلب شده باشد و مجبور به انجام آن عمل شده باشد، مسئولیت کیفری دامن‌گیر او نخواهد شد. حتی در نظام ادله معنوی که اصل آزادی تحصیل دلیل و اقناع وجدانی مقام قضایی از اهمیت فراوانی برخوردار است. ممنوعیت تحصیل هر گونه دلیل از راه‌های نامشروع چون اکراه و اجبار به کارگزاران نظام قضایی تأکید گردیده است. پلی‌گرافی نیز اگر زمانی با فرض تحقق همه شرایط لازم برای اعتباربخشی به آن در زمره ادله علمی به شمار آید یا شیوه‌ای برای امکان‌سنجی سایر دلایل محسوب گردد، از این قاعده مستثنا نیست و رضایت فرد یکی از شرایط لازم برای صحت و اعتبار نتایج حاصل از این تکنیک می‌باشد. در این زمینه بیان کرده‌اند فرد نباید بدون رضایت در معرض این آزمون قرار گیرد، خواه انجام آن توسط مقام قضایی یا ضابطان دادگستری صورت گیرد و این رضایت باید قبل از انجام محاکمه قضایی از شخص مظنون یا متهم اخذ شود.^۱

در هیچ صورتی استفاده اجباری از دروغ‌سنج مورد نظر نمی‌باشد. برخورداری انسان از قوه تعقل و تفکر و آزادی اراده توجیه‌کننده لزوم ابراز رضایت فرد برای قرارگیری در معرض آزمون پلی‌گرافی است. وقتی شخص بدون مداخله هیچ گونه محرک بیرونی و با رضایت خاطر تن به مصاحبه و گفت‌وگو با دیگری می‌دهد به نوعی دایره قلمرو حریم خصوصی خود را مضیق می‌کند. در این صورت نمی‌توان گفت اقدام مصاحبه‌کننده موجب نقض حریم خصوصی افراد می‌شود. همگام با ابراز رضایت آزادانه و آگاهانه فرد دسترسی به فضای حریم خصوصی روانی نیز عملاً ممکن می‌شود و در مواردی که گاهی مصاحبه‌کننده مجبور می‌شود در راستای وقوف بر صحت یا بطلان اظهارات فرد سؤالاتی مطرح نماید که می‌تواند روزه‌ای برای رخنه در روان فرد و دست‌یازی به اطلاعات محرمانه ذهنی او باشد، این ایراد قابل‌پذیرش نیست.

فراتر از آن در این فرض نیز باید به فرد حق دسترسی به وکیل داده شود تا با کمک او بتواند اطلاعات لازم را پیرامون این موضوع کسب نماید. لذا وقتی پای رضایت فرد در میان باشد، دیگر نمی‌توان مدعی شد که این روش با حق سکوت تعارض دارد. همان طور که مشخص است سکوت، حق متهم است و از ویژگی‌های ممتاز حق قابل اسقاط بودن آن می‌باشد و رضایت ابراز شده این‌گونه تفسیر می‌شود که فرد با انتخاب قرار گرفتن در معرض آزمون رغبتی به استفاده از آن ندارد.

1. www.Legislative.com

۳-۳. کارکرد دوگانه پلی گرافی؛ اثبات مجرمیت یا بی گناهی متهم

از دیگر سو باید اذعان کرد با وجود تأکیدات فراوانی که نسبت به حمایت از متهم و حفظ حقوق وی شده است انصاف نیست یک تنه به قضاوت رفت؛ چراکه با پذیرش این ایراد گویا بر این عقیده ایم تا از مجرای پلی گرافی صرفاً درصدد اثبات ارتکاب جرم از سوی متهم و محکومیت وی باشیم. دیدگاهی که این تکنیک را ابزاری برای عناد و ستیز با متهم می داند و کارکردی منفی برای آن در برخورد با متهم قائل است. بدیهی است در این فرض این موضوع از دید منتقدین مغفول مانده است که چه بسا این تکنیک می تواند کارکردی دوگانه داشته باشد یعنی همان گونه که می تواند علیه متهم مورد استفاده قرار گیرد چه بسا در پاره ای موارد بتواند نور امیدی در اعماق جان متهم بی گناهی که هیچ دلیلی برای رهایی خود از غل و زنجیر دستگاه عدالت کیفری در اختیار ندارد، ایجاد کند. همین نتایج پلی گرافی البته به شرط رعایت تمامی اصول علمی و استانداردهای لازم می تواند با تبریئه شخص مظنون یا متهم نجات بخش وی شده (Tomask k. Downs, 1979: 167) و مانع از اعمال تدابیری نسبت به وی گردد که آثار ناخوشایندی هم برای خود او و هم برای اطرافیانش در پی داشته باشد. در اینجا باید از یک زاویه دیگر هم نظاره گر حسن تکنیک پلی گرافی در رابطه با اجتماع باشیم. آنگاه که متقاعد شویم می توان بی گناهی افراد را در همان وهله اول با استعانت از این تکنیک معلوم کرد به طور خودکار به کاهش هزینه های جامعه در مقابله با جرایم نیز کمک خواهد شد. چراکه آنچه در مرحله کشف جرم توسط پلیس مقتدر به عنوان سیاست های کلی مدنظر قرار می گیرد، کشف حقیقت است و لازمه آن، این است که دلایل بی گناهی متهم نیز جمع آوری شود (جهان تاب، ۱۳۸۴: ۱۲۵) لذا ممکن است با این تکنیک بتوان از ورود فرد بی گناه به فرایند دادرسی جلوگیری کرد و از آثار و تبعات ناخوشایندی که محصول نظام عدالت کیفری است جلوگیری به عمل آورد.

۳-۴. ضابطه مند ساختن پلی گرافی

در مقام رفع ایراد تقابل پلی گرافی با کرامت انسانی باید بیان کرد اول اینکه جرایم از درجه اهمیت یکسانی برخوردار نیستند و وقوع پاره ای رفتارهای جرم انگاری شده چنان خدشه ای به حقوق جامعه و زیان دیده وارد می کند که نمی توان از آن اغماض کرد. بدیهی است در این حال می توان استفاده از تکنیک پلی گرافی را ضابطه مند ساخت و توسل به آن را تنها به این دسته از جرایم محدود نمود. پس می توان با برگزاری یک مرحله قبل از آزمون به فرد درباره موضوع آزمون و تشریفات آن و همچنین حقوق قانونی او اطلاعاتی داد و شرایط فیزیولوژیکی لازم را برای انجام تست پلی گرافی ایجاد کرد و نیز عواملی را که می توانند بر پاسخ های ارائه شده از سوی فرد تأثیرگذار باشند شناسایی و کنترل کرد. استفاده از این تکنیک توأم با رعایت تمامی موازین، معیارها و استانداردهای لازم برای افزایش میزان

صحت و اعتبار آن توأم با مد نظر قرار دادن کرامت انسانی فرد می‌تواند شائبه شکل‌گیری این ایراد را در ذهن منتفی نماید. اگر قرار است پلی‌گرافی نقش بسزایی در میان ادله اثبات دعوا خواه به‌عنوان دلیلی مستقل یا ابزار ارزیابی دلایل اصلی ایفا کند، شایسته است مقدمات مورد نیاز برای افزایش کارایی آن نیز موجود باشد. ثانیاً اگر در برخی اقدامات قضایی نگاهی تعمقی داشته باشیم درمی‌یابیم که بسیاری از این اقدامات به ظاهر در تقابل با حق کرامت ذاتی قرار دارند. آنجا که قانون به مقام قضایی این مجوز را می‌دهد که قرار بازداشت موقت یا دستور جلب پیش از احضار را درباره برخی متهمین صادر کند یا در مواردی برای مدت معینی مظنون یا متهم را تحت‌نظر داشته باشد، ظاهراً کرامت انسان نادیده گرفته می‌شود. همچنین مواردی چون دست‌بند زدن به متهم در مراحل مختلف رسیدگی حتی در برابر هیئت منصفه؛ انجام آزمایش‌های پزشکی لازم بر روی متهم، سنجش میزان الکلی موجود در خون متهم؛ گرفتن عکس یا اثرانگشت متهم با هر نوع مدرک مربوط به هویت او و بایگانی کردن آن نیز ظاهراً می‌تواند با کرامت متهم در تعارض باشد حال آنکه لزوم صیانت از برخی ارزش‌های حیاتی مقنن را بر آن واداشته است که در جهت دستیابی به یک سری اهداف از حمایت مطلق مبنی بر رعایت حق مذکور روی‌گردان شده تا بتواند از حقوق جامعه و اعضای متشکله آن در برابر اقدامات ستیزه‌جویانه حفاظت نماید.

انتخاب عده‌ای از افراد مجرب و متخصص در عرصه علم روان‌شناسی که بر تمام جوانب امر احاطه دارند و آموزش‌های لازم در زمینه این تکنیک به آن‌ها داده شده است، راه حل مناسبی برای افزایش کارایی و تأثیر مطلوب این آزمون خواهد بود. همچنین اگر ضوابط ازپیش‌تعیین‌شده‌ای بر جریان آزمون پلی‌گرافی حاکم باشد و برای تحلیل خروجی‌های آن در چهارچوب خاصی قواعد و اصولی پایه‌ریزی شده باشد که مصاحبه‌کننده مکلف به رعایت آن‌ها باشد و نیز استفاده از علوم رایانه‌ای چون الگوریتم‌های رایانه‌ای و هوش مصنوعی در تفسیر نتایج آزمون می‌تواند راه حلی برای برون‌رفت از ایرادات مطرح شده باشد.

۳-۵. رجحان منافع عمومی بر منافع خصوصی

یکی از استدلال‌هایی که در پی توجیه نقض حریم خصوصی افراد آمده این است که اگر با افشای منافع خصوصی بتوان منافع معین عمومی را برآورده ساخت، ورود به حریم افراد توجیه می‌شود. مهم‌ترین مصادیقی که برای روشن شدن مفهوم نفع عمومی ارائه شده می‌توان به مواردی چون کشف و معرفی جرم و جنایت، حفظ سلامت عمومی و جلوگیری از انحراف مردم اشاره کرد (David Archard, 1998: 86-87) طبق بند ۲ ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مقامات دولتی حق هیچ‌گونه مداخله در اعمال حق مذکور را ندارند مگر مطابق با احکام و قوانین روز و در صورتی که

مداخله آن‌ها در چهارچوب جامعه مردم‌سالار برای امنیت ملی، سلامت عمومی یا رفاه اقتصادی کشور، پیشگیری از بی‌نظمی یا جرم، حمایت از بهداشت و اخلاق یا برای حمایت از حقوق و آزادی‌های دیگران ضروری باشد. به اعتقاد مارک روتن حکومت می‌تواند حریم خصوصی را از طریق برنامه‌هایی نظیر دروغ‌سنج از بین ببرد. ویژگی‌های تهدید حکومت علیه حریم خصوصی افراد آن است که به محض استقرار، شهروندان دیگر نمی‌توانند از انجام خواسته‌های حکومت سر باز بزنند و لاجرم باید اطلاعات موردنظر را در اختیار حکومت قرار دهند (نمک‌دوست، ۱۳۸۵: ۲۱۵). مثلاً در مواردی که جرمی علیه امنیت به وقوع می‌پیوندد دستیابی به اطلاعات لازم در این مورد از طریق متهم نمی‌تواند از مصادیق نقض حریم خصوصی افراد باشد یا آنگاه که در فضای مجازی جرمی رخ می‌دهد و ممکن است با منافع ملی و مصلحت عمومی جامعه مغایر باشد و نیازمند اقدامات مداخله‌گرایانه حکومت باشد کسب اطلاعات برای یافتن حقایق درباره رفتار مجرمانه فرد از طریق پلی‌گرافی (دروغ‌سنجی) را نمی‌توان ناقض حریم خصوصی دانست چراکه محدوده این حریم در مواجهه با منفعت عمومی یا مصلحت جامعه مضیق خواهد شد.

نتیجه

اهمیت اثبات دعاوی کیفری موجب شده است بسیاری از نظام‌های حقوقی در جهان در راستای توسعه ادله اثبات دعاوی پا را از ادله سنتی فراتر نهاده و به دلایل جدید روی آورده‌اند. در این میان پلی‌گرافی (دروغ‌سنجی) از آن ادله‌ای است که در سال‌های اخیر اهمیت چشمگیری یافته است و کشورهای متعددی آن را وارد نظام حقوقی خود نموده‌اند و بعضاً از آن به‌منظور ارزیابی اقرار متهم، اظهارات ارائه شده شاکیان و شهود استفاده می‌نمایند. هرچند در این نظام‌ها به‌کارگیری پلی‌گرافی خواه به‌عنوان یک دلیلی مستقل برای اثبات دعاوی کیفری و خواه به‌عنوان ملاکی برای اعتبارسنجی دیگر ادله با استقبال مطلوبی مواجه شده است، اما توسل به آن در برخورد با متهم موجب شده است تا سیل عظیمی از انتقادات به راه افتاده و منتقدین آن را در تعارض با برخی حقوق متهم و مبانی که آن حقوق بر پایه آن استوار گردیده‌اند، تلقی کنند. آنان معتقدند حق سکوت متهم که شالوده آن را فرض برائت تشکیل می‌دهد از حقوق بلامنازع و انکارناپذیر متهم است که پلی‌گرافی آن را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد و اصل برائت که متهم در سایه آن تکلیفی به اثبات بی‌گناهی خویش ندارد منقلب می‌نماید. از سوی دیگر کرامت انسانی و حریم خصوصی روانی افراد با قرار گرفتن در معرض پلی‌گرافی خدشه‌دار می‌شود. حال آنکه غایت اصلی دادرسی کیفری به بار نشان دادن عدالت از مجرای کشف حقیقت و نیل به آن می‌باشد. سکوت متهم در همه حال حکایت از بی‌گناهی وی نمی‌کند و بعضاً امکان سوءاستفاده را برای او مهیا می‌کند. در پاره‌ای موارد ممکن است جرایم ارتكابی از چنان

اهمیت و درجه‌ای برخوردار باشند که به منظور مقابله و رفع آثار سوء آن نیاز به تعدیل برخی حقوق پذیرفته شده چون حق سکوت باشد. از طرف دیگر بزه‌دیده که از وقوع جرم متضرر می‌شود، چشم امید خود را به تصمیم مرجع قضایی دوخته و حمایت از حقوق وی ایجاب می‌نماید تا همانند سایر ادله با به‌کارگیری صحیح از پلی‌گرافی به‌عنوان تکنیکی نوظهور و با بررسی تمام جوانب امر به اعاده حقوق از دست رفته وی همت گماشت. از دیگر سو تکنیک پلی‌گرافی دارای کارکردی دوگانه است و همواره به ضرر متهم نمی‌باشد و چه بسا بتواند راه نجاتی برای متهم بی‌گناه باشد و او را از فرایند پرپیچ‌وتاب دادرسی رهایی بخشد.

از طرفی دیگر، هرچند رضایت فرد اولین و مهم‌ترین شرط تمسک به پلی‌گرافی می‌باشد و هیچ‌گونه اجباری در استفاده از آن وجود نخواهد داشت، اما در مواردی هم که فرد رضایتی به این امر ندارد می‌توان با پذیرش حداقلی پلی‌گرافی و محدود کردن آن به جرایم مهم و حتی با فرض استفاده حداکثری از آن به علت ضرورت کشف حقیقت که مهم‌ترین هدف از روند دادرسی می‌باشد احتمال محکومیت افراد بی‌گناه را به حداقل ممکن رساند؛ مشروط بر آنکه زیرساخت‌های مورد نیاز برای افزایش ضریب اطمینان و کاهش درصد خطاپذیری پلی‌گرافی هموار گردد که این امر مستلزم این است که اولاً آزمون با رعایت استانداردهای لازم برگزار گردد؛ ثانیاً طراحی سؤالات بر اساس قواعد و مؤلفه‌های دانش روان‌شناسی و جرم‌شناسی باشد؛ ثالثاً تیم مصاحبه‌گر متشکل از متخصصین حوزه روان‌شناسی جنایی، جرم‌شناسی و حقوق کیفری باشد و در عین اینکه از دانش و تخصص کافی برخوردار می‌باشد، شرایط آزمون، محدودیت‌های حاکم بر آن و شرایط فرد را نیز در نظر بگیرد تا استنادپذیری این تکنیک را تقویت بخشد؛ رابعاً با توجه به غلبه جنبه روان‌شناسی تجزیه و تحلیل نتایج حاصل از پلی‌گرافی می‌بایست در صلاحیت متخصص روان‌شناسی قرار گیرد و سایر اعضای مصاحبه‌گر مساعدت‌های لازم را در این خصوص با ایشان به عمل آورند و در جایی که قاضی رسیدگی‌کننده تصمیم به پذیرش نتایج دروغ‌سنج دارد، مقام تعقیب‌کننده (دادستان) باید به تشخیص قاضی پرونده حق بررسی متقابل آزمایشگر پلی‌گراف از نظر صلاحیت، شرایط آزمایش، تکنیک پلی‌گراف و قابلیت اطمینان ذاتی آن و هر موضوع دیگری را که مربوط به تحقیق است، داشته باشد. پلی‌گرافی به‌عنوان یک روش تجربی ارزیابی ادله سنتی می‌تواند نقش عمده‌ای در پویایی ادله اثبات دعوی کیفری ایفا کند و با توجه به نحوه استفاده و کاربری و ویژه این تکنیک احتمال خطاپذیری داده‌های حاصل به حداقل خواهد رسید.

منابع

فارسی

- آشوری، محمد (۱۳۹۴)، عدالت کیفری، چاپ سوم، تهران: انتشارات دادگستر.
- افشار، نعمتی (۱۳۸۹)، «حریم خصوصی در پژوهش‌های معطوف به انسان بر مبنای آموزه‌های اسلامی». فصلنامه علمی پژوهشی راهبرد فرهنگ، شماره ۹۸، ۷۴-۵۹.
- امیدی، جلیل (۱۳۸۳)، علوم جنایی (مجموعه مقالات)، تهران: نشر سمت.
- انصاری، باقر (۱۳۹۴)، حقوق حریم خصوصی، چاپ چهارم، تهران: انتشارات سمت.
- بشیریه، حسین، محمد آشوری، عبدالمجید یزدی و سیدمحمد هاشمی (۱۳۹۵)، حقوق بشر و مفاهیم مساوات انصاف و عدالت، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.
- پورزند مقدم، پژمان (۱۳۷۹)، مطالعه تئوری تحصیل دلیل در دادرسی کیفری، پایان نامه ارشد، قم: دانشگاه تهران.
- جهان‌تاب، محمد (۱۳۸۴)، «پلیس مقتدر»، پژوهش‌های دانش انتظامی، شماره ۲۵، صفحات ۱۲۵-۱۳۹.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و ولی‌الله صادقی (۱۳۹۵)، «شناسایی و مدیریت حق سکوت متهم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۵.
- رحمدل، منصور (۱۳۸۵)، «حق سکوت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶-۵۷.
- رحیمی نژاد، اسماعیل (۱۳۸۷)، کرامت انسانی در حقوق کیفری، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۷۵)، گفتارهایی در حقوق کیفری، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
- گلدوست جویباری، رجب، علیرضا میرکمالی و ژاله قبلی (۱۳۹۷)، «نوآوری‌های آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ درباره حقوق دفاعی متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی»، دانش و پژوهش حقوقی، شماره ۴.
- طهماسبی، جواد (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، جلد سوم، تهران: انتشارات میزان.
- فروغی، فضل‌الله؛ جواد مصلحی و محمدناصر برجی (۱۳۹۳)، «مبانی ممنوعیت نقض حریم خصوصی در حقوق ایران و آمریکا»، مطالعات حقوقی، شماره ۱۳.
- موحدی، جعفر (۱۳۹۳)، معکوس کردن بار اثبات دلیل در آیین دادرسی کیفری، تهران: انتشارات مجد.
- موسی زاده، محمد (۱۳۸۶)، «کرامت بشری و شبیه‌سازی انسان»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۱.
- نمک دوست، حسن (۱۳۸۵)، «اخلاق حرفه‌ای، حریم خصوصی و حق دسترسی به اطلاعات»، مجله رسانه، شماره ۱۷.
- نیوبور، دیوید دبلیو (۱۳۸۹)، نظام عدالت کیفری و ساختار محاکم در آمریکا، مترجم حمید رضا قراگزلو، چاپ اول، تهران: نشر مجد.

عربی

- عبدالمجید عبدالهادی السعدون (۱۹۹۲)، استجواب المتهم، در: اسسه مقارنه، رساله دکتورا مقدمه الی کلیه القانون بجامعة بغداد.

انگلیسی

- Nagle, D. E. (1983). The polygraph in the workplace. U. Rich. L. Rev., 18, 43.

- Kieran, M. (2002). **Privacy, the public interest and a prurient public.**
- Meiejr, E. H., koppen, P. J. V. (2008). *Lie Detectors and the Law: The use of the polygraph in Europe*, (editors) David Canter-Rita Zukauskiené Burlington.
- Dr.Manuel v Jaudian, LLB. Gemini criminalology. online Review and Training center, p7.
- Hocking, B. A., & Manville, L. L. (2001). What of the right to silence: still supporting the presumption of innocence, or a growing legal fiction?. **Macquarie Law Journal**, 1(1), 51-73.
- Forkosch, M. D. (1938). The lie detector and the courts. **NYULQ Rev**, 16, 202.
- Schauer, F. (2010). Neuroscience, lie-detection, and the law: Contrary to the prevailing view, the suitability of brain-based lie-detection for courtroom or forensic use should be determined according to legal and not scientific standards. **Trends in Cognitive Sciences**, 14(3), 101-103.
- Garner, Bryan A. (2004). **Black Law Dictionary**; Eighth Edition, Thomson West, USA, p. 1233
- McLaughlin, G. H. (1952). The lie detector as an aid in arson and criminal investigation. *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.*, 43, 690.
- Grubin, D., & Madsen, L. (2005). Lie detection and the polygraph: A historical review. **The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology**, 16(2), 357-369.
- McCall, J. R. (1997). **The Personhood Argument against Polygraph Evidence**, Or Even if the Polygraph Really Works, Will Courts Admit the Results. *Hastings LJ*, 49, 925.
- Radek, L. J. (1972). **The Admissibility of Polygraph Results in Criminal Trials: A Case for the Status Quo.** *Loy. U. Chi. LJ*, 3, 289.
- Giannelli, P. C. (1997). Polygraph Evidence: Post-Daubert. *Hastings LJ*, 49, 895.
- Police rely on polygraph test in unsolved cases at www.Legislative.com (visited on date4/12/1014)
- Giannelli, P. C. (1994). **Polygraph Evidence: Part II**, *Western University School of Law*, vol 49.
- Plaintiff – Appellee, v. Joseph R. Ziegler (2021), **United states court of appeals for the fourth circuit**, No. 19.
- Reid, J. E. (1947). A revised questioning technique in lie-detection tests. **Journal of Criminal Law and Criminology** (1931-1951), 37(6), 542-547.
- Henseler, T. B. (1996). **A Critical Look at the Admissibility of Polygraph Evidence in the Wake of Daubert: The Lie Detector Fails the Test.** *Cath. UL Rev.*, 46, 1247.
- Downs, T. K. (1979). **Admission of Polygraph Results: A Due Process Perspective.** *Ind. LJ*, 55, 157.
- Witherspoon v. Superior Court, 183 Cal. Rptr. 615 (Ct. App. 1982); Commonwealth v. A Juvenile, 348 N.E.2d 760 (Mass. 1976).

کارکرد حقوقی امیدنامه در بورس و بازار اوراق بهادار

محمد صادقی*

چکیده

ارتباط امیدنامه با نهادهای متعدد بازار سرمایه؛ از جمله مقام ناظر، بورس‌ها، برخی نهادهای مالی، ناشران اوراق بهادار و سرمایه‌گذاران، مستند مزبور را محمل حقوق و منشأ تکالیف متعددی می‌کند. در نوشتار حاضر کارکردهای امیدنامه برای فعالان مربوط در بورس و بازار اوراق بهادار را بررسی، و اوصاف، ماهیت حقوقی و ارزش اثباتی آن را مورد اشاره قرار می‌دهیم. آنچه در این خصوص حائز اهمیت می‌نماید آن است که چون امیدنامه وصف مشترکی از سند و مقرر را یدک می‌کشد، و در عین حال بخشی از فرایند ثبت و نظارت توسط نهاد ناظر (مترتب بر آن قسم نهادهای مالی که دارای امیدنامه تیپ و استاندارد هستند) واقع می‌شود، به مثابه یکی از مقررات بازار سرمایه تلقی می‌گردد. لذا، متناسب با ماهیت خاص خود منشأ آثار متعدد خصوصی و عمومی خواهد بود که این حقوق و تکالیف، روابط ویژه‌ای را میان فعالان و تابعان شکل می‌دهد. از این رو، به این سبب که امیدنامه امکان گمراه شدن و متضرر گشتن سرمایه‌گذاران را کاهش داده و ریسک سرمایه‌گذار و مسئولیت ارائه‌دهنده خدمات سرمایه‌گذاری یا ناشر و مدیران آن‌ها را پوشش می‌دهد، در عین اینکه می‌توان آن را تالی تلو اساسنامه شرکت یا صندوق دانست، چون نوع تعهد در آن به مثابه التزام و مسئولیت است و ضرورتاً به معنی دین در مفهوم خاص فقهی نیست، باید آن را فراتر از اقرار یا یک رابطه قراردادی صرف در نظر گرفت که اولاً اثرش وفق مندرجات سند و مقررات حاکم بر آن تفسیر می‌شود. ثانیاً در جای خود مسئولیت حقوقی و انتظامی در پی دارد که با فرض تفاوت در شرایط تنظیم انواع امیدنامه‌ها از حیث تابعان (مقتضای پذیرش / نهاد مالی) و از جهت تیپ یا استاندارد بودن یا نبودن مفاد آن، نوع و میزان این مسئولیت بستگی به موضوع و فرایند تنظیم امیدنامه خواهد داشت.

واژگان کلیدی: امیدنامه، اساسنامه، افشای اطلاعات، بورس، صندوق‌های سرمایه‌گذاری، ناشر اوراق بهادار، شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس

مقدمه

فراهم ساختن شرایط رقابتی برای اشخاصی که در بستر بازار سرمایه فعالیت دارند از اهمیت بسزایی برخوردار است تا جایی که تحقق این موقعیت به شفافیت بازار گره خورده و شرکت‌ها و نهادهای فعال در بورس و بازار اوراق بهادار تکالیفی را در تحقق آن برعهده دارند. بر این اساس، با توجه به صبغه عمومی موضوع، ناشران و یا نهادهای مالی بازار اوراق بهادار باید اطلاعات لازم و بااهمیت درباره امور و فعالیت‌های خود را به موقع افشا نمایند تا سایر فعالان بازار؛ ازجمله سرمایه‌گذاران و یا ناظران بتوانند از آن برای اتخاذ طریق در مورد سرمایه‌گذاری و نظارت بر عملکردها و تصمیم‌گیری در مورد وضع مقررات جدید استفاده کنند (Kecskés, & Vendel. 2015: 169-170). بنابراین، در مرحله ثبت و عرضه عمومی، ناشران اوراق بهادار مکلفند اطلاعات مالی و سایر اطلاعات مهم دیگر در مورد اوراق بهادار قابل عرضه را تنظیم و به مقام ناظر ارائه دهند. مقام ناظر نیز به منظور اطمینان از رعایت الزامات حرفه‌ای و حقوقی، این اطلاعات را که در قالب اسنادی مثل امیدنامه ارائه می‌شود، همراه با کلیه لوازم و مقتضیات قانونی و عملیاتی بررسی نموده و پس از طی فرایندهای انتشار و عرضه اوراق بهادار، مراتب نظارت بر عملکرد شرکت بر اساس شرایط مختلفی ازجمله تعهدات مبتنی بر مفاد مقرر در امیدنامه صورت خواهد داد. سند مزبور واجد اطلاعاتی است که ازجمله؛ توصیف کلی شرکت و فعالیت آن، نحوه عرضه اوراق بهادار، سرمایه‌گذاری در شرکت، گزیده اطلاعات مالی، مسائل مدیریتی و تحلیل شرایط مالی و نتایج عملکرد شرکت و فهرست سهام‌داران را شامل می‌شود.

با توجه به اینکه در بازار سرمایه برای فعالیت نهادهایی مثل صندوق‌های سرمایه‌گذاری و شرکت‌هایی که در شرف پذیرش در بورس (به‌عنوان ناشر) هستند، ارائه و تأیید امیدنامه از لوازم ضروری است، این مسئله مهم مطرح است که ماهیت حقوقی و جهات تعهدی امیدنامه چیست و چه نوع آثار و کارکردهایی از حیث حقوقی متوجه این سند و ذی‌نفعان آن خواهد بود؟ حقوق و تکالیف ناشی از این سند برای نهادهای مالی، سرمایه‌گذاران و ناظران بازار سرمایه کدام است، و در یک کلام ماهیت حقوقی تعهد و التزام ناشی از مفاد امیدنامه چیست؟ در این نوشتار در مقام تحلیل کاربرست‌های حقوقی امیدنامه، درصدد پاسخ به مراتب فوق برآمده و با طرح مفهوم و ماهیت امیدنامه، نسبت نهاد مزبور با اساسنامه، مقررات و مصوبات حرفه‌ای بازار سرمایه را مورد بررسی قرار می‌دهیم. متعاقب این تحلیل، حسب مورد نهادهای مرتبط با امیدنامه را مورد مطالعه قرار داده و نهایتاً با لحاظ رویکردهای عملی و رویه‌ای، حقوق و مسئولیت‌های مربوط به موضوع مورد بحث را از جهت وضعیت تعهدی مقوله مدنظر تبیین خواهیم نمود.

۱. مفهوم و مبادی امیدنامه

۱-۱. مفهوم

علاوه بر صندوق‌های سرمایه‌گذاری که بخش مهمی از فعالیت‌های آن‌ها مبتنی بر سرفصل‌های مقرر در امیدنامه است، شرکت‌هایی که درصدد پذیرش و عرضه سهام خود در بازار سرمایه بوده، یا مترصد فعالیت در این بازار هستند وضعیت و راهبردهای مهم خود را در قالبی موسوم به امیدنامه^۱ (که چشم‌انداز مالی شرکت شناخته می‌شود) اعلام و ارائه می‌کنند. سند مذکور که نمودی از افشای سیستماتیک اطلاعات شرکت‌ها به منظور دستیابی بالقوه و مستمر اشخاص ذی‌نفع و ذی‌ربط جهت تصمیم‌گیری است (Kraakman et al., 2017: 34 & 38; Mallin, 2013: 283)، تصویری از دوره سرمایه‌گذاری و آینده آن، و در یک کلام هر آنچه مربوط به وضعیت یا نقشه راه شرکت یا صندوق (گروه نویسندگان، ۱/۱۳۸۹: ۱۵۵؛ چاوشی و صباغیان، ۱۳۸۷: ۸-۱۲) است و در انتخاب سرمایه‌گذاران مؤثر می‌افتد را ترسیم می‌نماید (Kecskés, & Vendel. 2015: 170 & 173; Geddes, 2005: 54 & 125-126). از این منظر، با احتساب ملاک‌های قانونی کشورهای مختلف (ازجمله؛ بند ۱۰ بخش دوم (تعاریف) قانون اوراق بهادار ۱۹۳۳ آمریکا و بخش سوم از قسمت ششم (شق ۲۲۶) قانون بازارها و خدمات سرمایه ۲۰۰۷ مالزی که به‌فراخور اعلام مقررات مربوط به افشای اطلاعات به این عنوان پرداخته)، در فرایند پذیرش شرکت در بازارهای بورس؛ امیدنامه عبارت از مجموعه اطلاعاتی است که متقاضی پذیرش یا ناشر جهت عرضه و انتشار اوراق خود در بازار اوراق بهادار ملزم به ارائه آن به نهاد ناظر و افشا برای سرمایه‌گذاران می‌باشد. روشن است که علت الزام به ارائه این سند به سرمایه‌گذاران، به‌منظور تکمیل اطلاعات ایشان برای تصمیم‌گیری راجع به سرمایه‌گذاری در شرکت می‌باشد (چاوشی و صباغیان، ۱۳۸۷: ۶). دلیل تأیید مقام ناظر نیز از آن روست که فرایند پذیرش اوراق بهادار در بورس به‌نحو دقیق‌تر و مطمئن‌تری محقق شود. این سند برای آنکه قابل استناد شود، باید قبل از انتشار برای عموم به تأیید امین، حسابرس، مدیران و حسب مورد نهاد ناظر برسد. بنابراین، امیدنامه اولاً سندی حقوقی است که شرایط کنونی و نقشه راه متقاضی پذیرش در بورس را نمایان می‌سازد. ثانیاً ساختار، مسائل مالی و کسب‌وکار شرکت را معرفی می‌کند. ثالثاً شامل اطلاعاتی است که یک سرمایه‌گذار قبل از تصمیم‌گیری در مورد سرمایه‌گذاری در شرکت، به آن نیاز دارد؛ در عین حال، در کنار سایر مقررات، ملاکی است برای نظارت مقامات بازار بر عملکرد شرکت. رابعاً اختصاص به شخص حقوقی دارد و این عنوان نیز تخصصاً همان نهادهای

مالی مدنظر در بورس و بازار اوراق بهادار و شرکت‌های متقاضی پذیرش در آن است.

۲-۱. عناصر و مندرجات

بر اساس بند ۷ ماده ۱ دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران، مشاور پذیرش، که به عنوان رابط متقاضی و بورس، تمام یا بخشی از وظایف متقاضی در فرایند پذیرش را به نمایندگی از وی انجام می‌دهد، باید فرم درخواست پذیرش خود را به انضمام مدارک مقرر بر اساس تابلوی مورد نظر بورس ارائه نماید. مطابق بند ۲ ماده ۲۵ دستورالعمل مذکور، یکی از مدارکی که جهت بررسی درخواست پذیرش اوراق بهادار مورد اشاره قرار گرفته، امیدنامه می‌باشد. با احتساب موضوعیت داشتن امیدنامه نسبت به فعالان مختلف بازار سرمایه و همچنین، با لحاظ مقررات حرفه‌ای بازار اوراق بهادار در ارتباط با پذیرش شرکت‌ها در هر یک از بورس‌ها،^۱ مفاد اساسنامه نمونه صندوق‌های سرمایه‌گذاری و قوانین و مقررات کشورهای مختلف که نوعاً از محتوا و دامنه افشای یکسان تبعیت دارند (Kraakman et al., 2017: 249)، یک امیدنامه دست‌کم شامل مواردی از این قبیل است:

۱. مشخصات شرکت، تشریح کسب‌وکار و حوزه فعالیت‌ها، دارایی‌های ثابت، ساختار نیروی انسانی، مشخصات ارکان و شرح وظایف آن‌ها
۲. معرفی طرح‌هایی که شرکت قصد اجرای آن را دارد (به همراه توجیهات اقتصادی، فنی و مالی آن)، پیش‌بینی جریان‌ات نقدی ورودی و خروجی و عوامل ریسک پیش روی
۳. تحلیل بازار محصولات، ظرفیت تولید (اسمی و حقیقی)، مواد اولیه و منابع تأمین مالی، تشریح قراردادهای با اهمیت و عملکرد شرکت طی سال‌های گذشته، صورت‌های مالی شرکت به همراه اظهار نظر حسابرس و بازرس قانونی

۱. نک: ۱- بند ۸ ماده ۱ دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران (مصوب ۸۶/۱۰/۰۱). ۲- بندهای ۱ ماده ۱ و بندهای ۲ ماده ۸ دستورالعمل پذیرش کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا در بورس کالای ایران (مصوب ۸۸/۰۹/۱۰) و دستورالعمل پذیرش کالا و اوراق بهادار قابل معامله در بورس انرژی (مصوب ۹۱/۰۷/۲۹). ۳- بند ۱۳ ماده ۱ و بند ۲ ماده ۲۴ دستورالعمل پذیرش، عرضه و نقل و انتقال اوراق بهادار در فرابورس ایران (مصوب ۸۸/۰۱/۲۵). علاوه بر این، امیدنامه از لوازم حرفه‌ای نهادهای مالی از قبیل صندوق‌های سرمایه‌گذاری نیز می‌باشد. این مهم به موجب مقررات مصوب هیأت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار مثل مواد ۶ و ۷ دستورالعمل تأسیس صندوق‌های سرمایه‌گذاری جسورانه و خصوصی (مصوب ۹۷/۰۶/۱۴)، ماده ۵ دستورالعمل تأسیس صندوق سرمایه‌گذاری پروژه (مصوب ۹۵/۰۴/۰۱)، ماده ۴ دستورالعمل تأسیس صندوق سرمایه‌گذاری زمین و ساختمان (مصوب ۸۸/۰۱/۲۹) نیز مورد تصریح قرار گرفته است.

۴. تشریح اهداف و سیاست سرمایه‌گذاری، محدودیت‌های احتمالی و مشخصات دارایی‌های قابل سرمایه‌گذاری
۵. تعیین زمان‌بندی فعالیت ازجمله دوره پذیره‌نویسی، سرمایه‌گذاری، خروج و تسویه
۶. تعیین سیاست‌ها درخصوص مدیریت موضوع سرمایه‌گذاری
۷. تبیین سازوکار لازم در صورتی که خروج از سرمایه‌گذاری‌ها تا انتهای دوره میسر نگردد
۸. تعیین چگونگی تغییر زمان‌بندی عمر شرکت / صندوق ازجمله تغییر دوره سرمایه‌گذاری یا خروج
۹. تبیین سیاست‌ها در صورتی که فعالیت قبل از پایان دوره خروج پیش‌بینی شده پایان پذیرد
۱۰. پیش‌بینی اقدامات لازم در صورتی که تبدیل دارایی‌ها به وجه نقد در هر یک از مراحل تسویه امکان‌پذیر نشود
۱۱. تشریح سقف و نحوه محاسبه هزینه‌ها و نحوه پرداخت آن‌ها
۱۲. تعیین و تشریح قواعد و محدودیت‌ها در انجام پذیره‌نویسی و تعیین شرایط مورد نیاز برای سرمایه‌گذاران
۱۳. تعیین قواعد و تبیین جزئیات مربوط به فرایند فراخوان سرمایه تعهد شده
۱۴. تعیین جزئیات سیاست‌ها و سازوکار درخصوص وثیقه نمودن و نحوه انتقال سهام یا واحدهای سرمایه‌گذاری
۱۵. تعیین ضمانت‌هایی که ارکان یا مدیران جهت حسن انجام وظایف و تعهدات خود تودیع می‌کنند و ذکر نحوه استفاده از آن‌ها در صورت عدم ایفای وظایف و تعهدات
۱۶. کارمزدها و تعیین اصل، ترتیب و جزئیات نحوه توزیع عواید (به‌نحو کلی و یا در موارد تغییر ارکان به هر دلیل ازجمله فوت، حجر، عزل، استعفا و ورشکستگی)
۱۷. ذکر موارد ذی‌نفعی یا تعارض منافع ارکان و اعضای هیئت مدیره و با شرکای ارکان در رابطه با مواردی غیر از انتفاع ناشی از کارمزد و حق‌الزحمه آنان
۱۸. اظهارنظر مشاور حقوقی مشاور پذیرش درخصوص دعاوی حقوقی له یا علیه شرکت
۱۹. چهارچوب تعیین مصادیق تقلب یا تقصیر عمده مدیر در اجرای وظایف و تعهداتی که بر اساس آن مجمع می‌تواند نسبت به تغییر مدیر اقدام نماید
۲۰. منابع و مأخذ داده‌ها و اطلاعات مورد استفاده در امیدنامه
۲۱. نحوه اطلاع‌رسانی
۲۲. سایر اطلاعات مورد نیاز متناسب با مقررات، اساسنامه، یا به تشخیص مجمع و یا اعلام

نهادهای ذیصلاح بازار در فرایند پذیرش شرکت و نظارت بر ناشران و نهادهای مالی.^۱

۱-۳. ماهیت حقوقی

با امعان نظر به مفهوم و کاربست امیدنامه در بازار سرمایه، در این مقال ماهیت موضوع مورد بحث را از حیث نهادهای حقوقی مرتبط مورد بررسی قرار خواهیم داد تا در ادامه آثار و مسائل مرتبط روشن گردد.

۱-۳-۱. امیدنامه؛ به عنوان سند و در تبعیت با اساسنامه

۱-۳-۱-۱. اتصاف به اوصاف سند قابل استناد

گفتیم که امیدنامه مجموعه اطلاعاتی است که متقاضی پذیرش، ناشر و صندوق سرمایه‌گذاری جهت پذیرش، عرضه و انتشار اوراق و همچنین، فعالیت در بازار سرمایه، ملزم به ارائه به مقامات بازار و سرمایه‌گذاران می‌باشند. به همین جهت، مستند به ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی که در تعریف سند مقرر داشته: «هر نوشته که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد»، امیدنامه نیز سند محسوب می‌شود. از همین روست که بند (و) ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۷ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و اصلاح ماده ۱۱۳ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۸۳/۰۴/۱۷ هیئت دولت) نیز مقرر داشته: امیدنامه «سندی است که اهداف، نرخ بازده مورد انتظار، شرایط و نحوه تبدیل اوراق به سهام (در صورت لزوم) و سایر جزئیات مربوط به طرح توسعه و نوسازی شرکت را شرح می‌دهد و تصویری از آینده سرمایه‌گذاری برای تصمیم‌گیری در اختیار سرمایه‌گذاران (خریداران اوراق مشارکت) قرار می‌دهد. این سند قبل از انتشار عمومی باید به تأیید امین، حسابرس و بورس برسد». در واقع، با توجه به اینکه به دلالت ماده مذکور، این سند قبل از انتشار عمومی باید به تأیید اشخاص مصرح در مقررات (امین، حسابرس، مدیران و نهاد ناظر) برسد، می‌بایست مفاد آن را لازم‌الاتباع دانست. زیرا افزون بر اینکه معیارهای اعلام شده برای یک سند لازم‌الاجرا یا [دست‌کم] در حکم آن از حیث شکل و تشریفات، توان اثبات و امکان انکار و تردید، و نهایتاً قدرت اجرا (نک: کاتوزیان، ۱/۱۳۸۸: ۲۸۱ و ۲۹۵) با امیدنامه قابل انطباق است، امیدنامه از سویی دارای مشخصه‌هایی از اسناد است که به موجب قانون

۱. برای مطالعه جزئی‌تر مندرجات امیدنامه، نک: بخش دهم قانون اوراق بهادار ۱۹۳۳ آمریکا؛ شق ۲۳۶ قانون بازارها و خدمات سرمایه مالزی و مواد مرتبط با آن؛ گروه نویسندگان، ۱/۱۳۸۹: ۱۵۶ و ۲۵۳-۲۷۱. همچنین، نک: دستورالعمل‌های مصوب پارلمان اروپا از قبیل: 2003/71/EC - دستورالعمل 2008/11/EC - دستورالعمل 2010/73/EU و مصوبات و اصلاحات مربوط درخصوص اوراق بهادار پذیرفته شده یا قابل عرضه به عموم در راستای شفافیت ارائه اطلاعات توسط ناشران و حمایت از سرمایه‌گذاران.

مدنی تعیین شده است. همچنین؛ به شرحی که خواهد آمد، چون امیدنامه از سوی مرجع مقررات‌گذار بورس و بازار اوراق بهادار مورد تأیید و تصویب قرار می‌گیرد، می‌توان آن را مصداقی از مقررات بازار سرمایه نیز محسوب نمود که در عین شروط اصلی سند (نوشته بودن، قابل استناد بودن در مقام دفاع یا دعوا و احراز اصالت) را داراست و ملاک ارائه شده در ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی از این حیث نسبت به آن مطابقت خواهد داشت. لذا، با پذیرش این واقعیت که چون صراحت قانونی بر رسمی و لازم‌الاجرا بودن امیدنامه متصور نیست و بالتبع ممکن است در ماهیت عادی یا رسمی بودن امیدنامه معارضه باشد، با احتساب شرایط ماده ۱۲۹۱، حداقل این سند داخل در شمول معنای سند لازم‌الاجرا به معنای عام قرار گرفته (نک: شمس، ۱/۱۳۹۷: ۲۸-۲۹ و ۴۳-۴۰) و مدلول آن بر متعهد تحمیل می‌گردد. چراکه بنا به شرایط حاکم، قدرت استناد یافته و نتیجه آن این است که مفاد آن قابل مطالبه باشد و نیازی به اثبات جهات انتساب (برای احراز محتوا) نداشته باشد (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۸: ۳۱۱؛ شمس، ۳/۱۳۹۲: ۱۴۴-۱۴۳؛ Sher, 2006: 392).

۲-۱-۳-۱. نسبت امیدنامه و اساسنامه

با توجه به اینکه امیدنامه در نهادهای موضوع این نوشتار تالی تلو اساسنامه کاربرد می‌یابد، نخستین احتمال در بیان ماهیت حقوقی امیدنامه چنین است که آن را همسان اساسنامه و یا لااقل مکمل آن محسوب کنیم. این مهم حتی در برخی نهادهای مالی نیز مورد اشاره قرار گرفته و به موجب آن، امیدنامه بخش جدایی‌ناپذیر اساسنامه صندوق محسوب شده و سرمایه‌گذار برای تصمیم‌گیری در مورد سرمایه‌گذاری در صندوق باید علاوه بر مفاد امیدنامه، اساسنامه صندوق و سایر اطلاعات افشاشده آن را نیز مطالعه نماید. در این خصوص برخی نویسندگان برآنند که «از لحاظ حقوقی، مقررات امیدنامه همچون اساسنامه وارد روابط قراردادی اشخاص طرف قرارداد در صندوق می‌شود و منشأ حقوق و تعهدات است» (سلطانی، ۱۳۹۶: ۱۳۱). با وجود صحت اصل این مطلب، کماکان ابهام وجود دارد که آیا باید امیدنامه را هم‌سطح یا معادل اساسنامه دانست؟

شاید از این حیث که موضوع اصلی اساسنامه، چگونگی حیات شخصیت حقوقی شرکت تجاری و طرح مقررات داخلی بین شرکت و اعضا و حقوق صاحبان سهام در مقابل شرکت و تعهدات آن در برابر صاحبان سهام است؛ که از عقد و اجتماع اراده‌ها زاده می‌شود (کاویانی، ۱۳۹۸: ۴۹؛ صقری، ۱/۱۳۹۳: ۸۸-۸۷). از جهاتی بتوان دو سند مذکور را به یک نظر تفسیر کرد اما با توجه به اینکه در مقدمه نمونه امیدنامه‌های مورد تأیید نهاد ناظر (سازمان بورس و اوراق بهادار) این قید که «بعضی از مطالب مهم اساسنامه در امیدنامه تکرار شده است و در صورت برداشت‌های متفاوت از آن دو، همواره مفاد اساسنامه حاکم خواهد بود»، قاطعیت در همسان دانستن اساسنامه و امیدنامه را

با تردیدهایی مواجه می‌سازد. زیرا اگر بنا بر هم‌ردیف بودن این دو باشد، حکومت اساسنامه معنا نخواهد داشت. پس این حکومت نشانه منزلت اساسنامه و تفوق آن از حیث ارزش، اثرگذاری و قابلیت استناد حقوقی است. این برتری افزون بر اینکه دارای محمل مقرراتی است، از جهات مربوط به ابتدای امور شرکت بر اراده جمعی سهام‌داران (درخصوص شرکت‌هایی که در شرف پذیرش در بورس هستند) نیز حائز تمسک و اثبات می‌باشد. چراکه شرکت سهامی بر اساس اساسنامه تشکیل شده و اساسنامه پس از قانون مأخذ کلیه اعمال شرکت در طول دوران حیات است (اسکینی، ۱۳۹۸: ۲/۵۱؛ پاسبان، ۱۳۹۲: ۱۰۵-۱۰۱ و ۱۱۸-۱۱۷). لذا، برخلاف اینکه اساسنامه را مجمع عمومی شرکت تصویب می‌نماید، امیدنامه صرفاً به تأیید مدیران متقاضی پذیرش یا ارکان صندوق (و نه سهام‌داران یا دارندگان واحدهای سرمایه‌گذاری) می‌رسد. به همین سبب ضرورتاً کلیه مفاد آن را تمامی ذی‌نفعان احراز یا تأیید نموده و تنها این مهم با رعایت مفاد اساسنامه برعهده مدیران است. علاوه بر این، با اینکه در تناقض میان مفاد امیدنامه و مقررات مربوط، مقررات ملاک عمل می‌باشد، این نسبت لاجرم راجع به اساسنامه صادق نبوده و جز در قوانین بالادستی و مقرراتی که حاکی از اراده جمیع سهام‌داران باشد، نمی‌توان حکم به ترجیح مقررات مادون قانون و معارض با اراده مشترک بر اساسنامه شرکت صادر کرد مگر اینکه به‌نحوی موافقت اکثریت قانونی شرکا اخذ گردد. بر این اساس، امیدنامه را باید تابع اساسنامه محسوب نمود؛ به‌نحوی که مفاد آن منافاتی با اساسنامه نداشته باشد. همچنین، اینکه امیدنامه بخش جدایی‌ناپذیر اساسنامه صندوق یا شرکت متقاضی پذیرش محسوب شود نیز به این معناست که نهاد ناظر بازار اوراق بهادار تقاضای ثبت و پذیرش که فاقد امیدنامه و اساسنامه به ضمیمه یکدیگر باشد را ترتیب اثر نداده و در هر صورت، تقاضای پذیرش یا ثبت منوط به تقدیم توأمان این دو سند خواهد بود. به عبارت دیگر، از آنجا که اخذ مجوز و فعالیت یک صندوق سرمایه‌گذاری یا متقاضی عرضه و پذیرش در بورس و بازار اوراق بهادار منوط به احراز مراتب حقوقی مبتنی بر اساسنامه و امیدنامه است، قدر متیقن آن است که این دو سند باید به اتفاق مورد استناد قرار گیرد. روشن است؛ با وجود اساسنامه، وجه ضرورت امیدنامه از آن روست که چون اساسنامه ماهیتاً فاقد ظرفیت تقریر همه مسائل و ویژگی‌های مربوط به فعالیت‌های شرکت است و موضوعات مقرر در متن و جزئیات امیدنامه فراتر از گنجایش و ظرفیت شکلی اساسنامه می‌باشد، ناگزیر از تدوین سندی خواهد بود تا مفاد جزئی‌تر و هم‌سو با سازوکار اساسنامه را پوشش دهد. به‌هرحال، با توجه به اتصال محتوایی امیدنامه به اساسنامه، در صورت تغییر مفاد اساسی اساسنامه، امیدنامه نیز عنداللزوم تغییر می‌یابد اما امیدنامه، که معطوف و مفروض به امثال به اساسنامه تنظیم و تأیید می‌گردد، حسب مورد توسط ارکان مدیریتی صندوق (مؤسسين یا رکن مدیر) یا مشاور پذیرش

(در فرایند پذیرش شرکت در بورس) تهیه می‌شود. به عبارت کامل‌تر، در بیان نسبت اساسنامه و امیدنامه، معطوف به همبستگی میان این دو سند و مفروض به تفوق اساسنامه بر امیدنامه:

۱. درخصوص صندوق‌هایی که نزد سازمان بورس و اوراق بهادار ثبت می‌شوند، حائز توجه است که این نهادهای مالی دارای امیدنامه تیپ و متن استاندارد هستند و مفاد امیدنامه و اساسنامه آن‌ها به‌نحوی هماهنگ با هم بوده و به تأیید مقام ناظر می‌رسد.

۲. ناظر به صندوق‌هایی که نزد سازمان بورس و اوراق بهادار به ثبت می‌رسد، مجمع صندوق با حضور اکثریت دارندگان (حداقل نصف به‌علاوه یک از کل) واحدهای سرمایه‌گذاری ممتاز دارای حق رأی صندوق تشکیل شده و رسمیت می‌یابد و دارای اختیاراتی ازجمله تصویب تغییرات لازم در اساسنامه و امیدنامه صندوق پس از تأیید سازمان است. بنابراین، نوعاً در اساسنامه نمونه این صندوق‌ها نیز عنوان می‌گردد که هرگونه تغییرات اساسنامه باید نزد مرجع ثبت شرکت‌ها ثبت شود. سایر تغییرات ازجمله تغییرات امیدنامه پس از تأیید سازمان و گذشت یک ماه از تاریخ انتشار خلاصه آن در روزنامه کثیرالانتشار صندوق یا سامانه کدال، قابل اجرا است؛ مگر اینکه تشریفات دیگری برای انجام تغییراتی خاص در امیدنامه پیش‌بینی شده باشد یا سازمان با اجرایی شدن تغییرات یادشده قبل از گذشت یک ماه، موافقت کند.

۳. در رابطه با آن دسته صندوق‌هایی که فاقد امیدنامه تیپ و استاندارد هستند (از قبیل صندوق‌های خصوصی و جسورانه)، تنظیم مفاد امیدنامه با مؤسسين و رکن مدیر خواهد بود.

۴. در باب متقاضی پذیرش (شرکت در فرایند پذیرش و عرضه در بورس)، اولاً مسئولیت تهیه و تنظیم امیدنامه با مشاور پذیرش است. ثانیاً برخلاف اساسنامه که باید به تصویب مجمع شرکت برسد، تصویب امیدنامه یا انطباق مفاد آن با شرایط اساسنامه برعهده مجمع عمومی نیست. زیرا اساسنامه، حاکی از تصمیم مجمع عمومی صاحبان سهام و اجتماع اراده آن‌هاست و امیدنامه منصرف از این بایسته می‌باشد.

۲-۳-۱. امیدنامه؛ به‌عنوان مصدق از مقررات بازار سرمایه

با این وصف مسلم که مبنای قانونی امیدنامه، صراحت یا دلالت قانون بازار اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۴) یا قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید (مصوب ۱۳۸۸) نیست و صرفاً دستورالعمل‌ها و مقررات اجرایی این قوانین حکایت از الزام مقرراتی در این راستا دارد، بنا به ماهیت امیدنامه و جایگاه حقوقی آن، که منتسب به مقررات مادون قانون است، در اجرای الزامات قانونی و اصول حرفه‌ای بازار سرمایه، مفاد و شرایط سند مورد اشاره حسب مورد می‌تواند توسط مراجع مقررات‌گذار این حوزه (از قبیل شورای عالی بورس، هیئت مدیره سازمان بورس) تغییر یابد. بنابراین، با امعان نظر

به تبعیت امیدنامه از اساسنامه و مرتبط بودن آن با اطلاعات افشاشده شرکت و یا نهاد مالی، مستند به برخی مقررات بازار سرمایه این تحلیل قابل پذیرش است که بتوان امیدنامه را مصداقی از مقررات موجد حق و تکلیف در بورس و بازار اوراق بهادار محسوب نمود. زیرا با این گزاره که امیدنامه در صدد پوشش اهداف مربوط به افشای اطلاعات، به عنوان یکی از الزامات و سرفصل‌های اصلی مقررات اوراق بهادار (باقری، ۱۳۹۰: ۱۹۹)، است، مطابق بند ۱۷ ماده ۱ دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران (۸۷/۱۱/۱۲) و بند ۱۶ دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته شده در فرابورس ایران (۸۸/۰۶/۲۱) مصوب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار، مراد از مقررات، «تمامی مصوباتی است که ناشر ملزم به رعایت آن‌ها می‌باشد؛ اعم از قانون تجارت، قانون مالیات‌های مستقیم، اساسنامه، استانداردهای حسابداری و حسابرسی ملی، مصوبات هیئت وزیران، شورا، سازمان و سایر مراجع در حدود اختیارات تفویض شده به آنان تحت هر عنوان؛ از قبیل آیین‌نامه، دستورالعمل و بخشنامه در خصوص بازار اوراق بهادار و فعالان آن». فارغ از اینکه تعریف بند ۱۲ ماده ۱ دو دستورالعمل معنون و بند ۱۷ ماده ۱ دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران و بند ۱۶ دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته شده در فرابورس ایران، مراد از قانون را صرفاً قانون بازار اوراق بهادار عنوان کرده و قوانین مقرر در بند ۱۷ و بند ۱۶ را مصداق مقررات آورده، اما اطلاق و تمثیل در تعریف مقررات، «امیدنامه» را نیز دربر گرفته و این سند را نیز داخل در شمول مفهوم مذکور قرار می‌دهد. بنابراین، از این جهت که امیدنامه تابع اساسنامه است و در دستورالعمل مزبور باید مفاد راجع به اساسنامه را با ملاحظه مرتبت حقوقی و استنادی امیدنامه، راجع به امیدنامه نیز صادق دانست. وانگهی؛ از حیث تصویب نمونه امیدنامه از سوی سازمان به عنوان شروط استاندارد در جهت تنظیم روابط (نک: طوسی، ۱۳۹۳: ۲۱۴)، در هر صورت صدق مقرر و ترتب عنوان مورد نظر بر آن محرز می‌باشد.

۱-۴. نهادها و فعالیتهای حرفه‌ای مرتبط با امیدنامه

مراد از نهادها و فعالیتهای حرفه‌ای مرتبط با امیدنامه، آن عناوین، موضوعات و فعالیتهای اختصاصی بازار سرمایه است که امیدنامه نسبت به آن‌ها موضوعیت یافته و برای آنان منشأ حق و تکلیف واقع می‌شود.

۱-۴-۱. شرکتهای در شرف پذیرش در بورس (متقاضی پذیرش)

متقاضی پذیرش (شخص حقوقی که تقاضای پذیرش را به بورس ارائه می‌کند)، از مهم‌ترین فعالانی است که مکلف به ارائه امیدنامه مطابق مقررات می‌باشد. به عبارت دیگر، شرکتهایی که قصد دارند به عنوان ناشر وارد رقابت و فعالیت در بورس و بازار اوراق بهادار شوند بدو باید اقدام به

تهیه امیدنامه پذیرش و درج کنند. بنابراین، متقاضی عرضه و پذیرش جهت فراهم شدن امکان معامله اوراق خود در بورس باید ملتزم به این ضوابط باشد و امیدنامه خود را به تأیید مقامات ذیصلاح در بازار سرمایه برساند.

۲-۴-۱. اوراق مشارکت شرکت‌های پذیرفته شده در بورس

به موجب بند (د) و بند (و) ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۷ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و اصلاح ماده ۱۱۳ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۸۳/۰۴/۱۷ هیئت دولت) که گاه به آیین‌نامه اجرایی انتشار اوراق مشارکت شرکت‌های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار نیز تعبیر می‌شود، انتشار عمومی اوراق مشارکت شرکت‌های پذیرفته شده در بورس باید متعاقب رعایت مراتب مارالذکر درخصوص تهیه، تنظیم و تأیید امیدنامه باشد. چراکه از لوازم حرفه‌ای سرمایه‌گذاری فعالان بازار، مرتبط با شفافیت و افشای اطلاعات، قلمداد شده و فقدان آن در ضریب اقبال و احقاق حق سرمایه‌گذاران، خصوصاً سرمایه‌گذاران حقیقی و خرد، اثرگذار است.

۳-۴-۱. صندوق‌های سرمایه‌گذاری

با عنایت به آنچه ذیل بحث از نقش تابع امیدنامه برای اساسنامه مطرح شد، ازجمله نهادهای مالی که با این مقوله ارتباط مستقیم دارد، صندوق‌های سرمایه‌گذاری است. بر همین اساس، آغاز و ادامه عملکرد صندوق‌ها منوط به طی تشریفات مربوط به تنظیم و تأیید امیدنامه تحت نظارت نهاد ناظر و ارائه گزارش‌های مربوط به سرمایه‌گذاران می‌باشد. در واقع، کاربست امیدنامه برای صندوق‌ها از این قرار است که منعکس‌کننده راهبردهای صندوق برای سرمایه‌گذاری باشد تا ضمن اعلام مخارج و مخاطرات سرمایه‌گذاری، درباره چگونگی خرید و فروش واحدهای صندوق اطلاعاتی ارائه شود (کردبچه، ۱۳۹۷/۲: ۸۵۶).

۴-۴-۱. معاملات بورس کالای ایران

مطابق بند ۱۰ ماده ۱ دستورالعمل تسویه و پایاپای معاملات بورس کالای ایران (مصوب ۸۹/۰۸/۲۲ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار) و به موجب بند ۶ ماده ۱ و تبصره ۲ ماده ۱۳ دستورالعمل معاملات کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا در بورس کالای ایران (مصوب ۸۹/۰۷/۰۵ شورای عالی بورس و اوراق بهادار)، و همچنین، بند ۲۴ ماده ۱ و تبصره ۲ ماده ۳۶ دستورالعمل معاملات کالا و اوراق بهادار قابل معامله در بورس انرژی ایران (مصوب ۹۱/۰۷/۱۰ شورای عالی بورس و اوراق بهادار)، اطلاعات عمومی کالا ازجمله خطای مجاز تحویل، استاندارد کالا و هزینه انبارداری باید در قالب امیدنامه که جزء لاینفک اطلاعیه عرضه است، منتشر شود. بنابراین، علاوه بر فرایند

پذیرش کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا در بورس های کالایی، یکی از مجاری مهم کاربرد امیدنامه، معاملات راجع به بورس کالای ایران است. به عبارت دیگر، التزام به ضوابط مترتب بر امیدنامه محدود به بورس های اوراق بهادار (بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران) نبوده و بورس های کالایی (بورس کالای ایران و بورس انرژی) را نیز شامل می شود.

۲. آثار حقوقی ناشی از امیدنامه

امیدنامه شرکت ها می تواند در فرایند بررسی از سوی مشاوران پذیرش مستند شناخت حدود وظایف، اختیارات و مسئولیت شرکت قلمداد شود. چراکه مستندی بر جلب اعتماد اشخاص به شرکت ها و دلالتی بر صدق و درستی محتویات آن است تا بر این اساس به سرمایه گذاری اقدام کنند. از این رو نوعی اقرارنامه و سندی قابل استناد علیه ناشر یا نهادهای مالی مربوط خواهد بود. زیرا فارغ از وصف انشایی و حاوی التزام بودن امیدنامه، ایجاد حق برای غیر در مانحن فیه محرز می نماید لکن عنوان امثال آن تابع نظام ویژه ای دانسته شده که اثر آن در سند نمایان می شود (نک: کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱/۱۹۱-۱۹۲). بنا به مراتب، در بحث پیش روی آثار حقوقی (حقوق و تکالیف) مترتب بر امیدنامه و ارزش اثباتی آن را بیان می کنیم.

۲-۱. حقوق و تکالیف خصوصی

موضوع حقوق و تکالیف خصوصی ناشی از امیدنامه، ناظر به ناشر، نهاد مالی و یا سرمایه گذارانی است که متناسب با محتوای آن، در قبال یکدیگر از تعهدات و الزاماتی برخوردار می شوند. به بیان دیگر، حقوق و تکالیف خصوصی حاصل از مفاد امیدنامه عبارت از التزاماتی است که هر یک از فعالان مرتبط با آن باید نسبت به یکدیگر رعایت کنند. این امتیازات و الزامات را حسب مورد می توان به شرح ذیل احصا نمود:

۲-۱-۱. استناد به مفاد مقرر در امیدنامه و عدم استماع ایرادات

از این حیث که امیدنامه طی فرایند و تشریفات متعدد تنظیم، و مطابق تشریفات به تصویب می رسد و شرکت ذی ربط در مراحل آن حضوری فعال دارد، مفاد آن پس از تصویب نهایی و درج در تارنمای رسمی قابلیت استناد داشته و علیه شرکت مؤثر است. بنابراین، شرکت و ارکان آن نمی توانند به دلایلی مثل جعل، عدم اطلاع از مفاد امیدنامه، عدم اختیار یا خارج از حدود بودن، فقدان اهلیت یا صلاحیت حرفه ای یا مواردی از این قبیل مسئولیت را انکار نموده و یا نسبت به مفاد آن تردید وارد کرده و از آن شانه خالی کنند. زیرا منشأ این التزام علاوه بر مقررات حاکم بر بورس و بازار اوراق بهادار، تعهداتی است که مدیران خود شرکت به موجب سند مورد بحث ایجاد نموده و سرمایه گذاران، سهام داران و دارندگان واحدها را طرف این التزام و مسئولیت قرار داده است. به عبارت دیگر، دلیل

عدم استماع ایرادات در برابر سرمایه‌گذارانی که مستند به امیدنامه در شرکت سرمایه‌گذاری کرده‌اند، التزام به تأدیه و ایفای تعهداتی است که شرکت طبق سند مورد اشاره انشا نموده و از نظر حرفه‌ای نیز مکلف به تبعیت می‌باشد.

۲-۱-۲. امکان طرح دعوا علیه ناشر، صندوق و... در ارتباط با نقض مفاد امیدنامه

به موازات استناد به مفاد مقرر در امیدنامه و عدم استماع ایرادات، از این حیث که امیدنامه تنظیم شده توسط شرکت به مثابه اقرارنامه و سندی علیه آن و ارکان مدیریتی است و در عین حال مدیران شرکت در شرف پذیرش یا ارکان صندوق نیز آن را تأیید می‌نمایند، برای سرمایه‌گذاران و ذی‌نفعان حق مطالبه از شرکت و ادعای نقض مفاد اعلامی یا اقامه دعوی مترتب بر وقوع خسارت از حیث نقض التزامات و تعهدات وجود داشته (Kraakman et al., 2017: 260) و چون امیدنامه در عین اینکه از خصایص یک سند قابل استناد برخوردار است، دارای اوصاف تعهدی نیز قلمداد می‌گردد، برای خواهان و مدعی امکان اثبات مسئولیت و تکالیف مدنظر قوت می‌یابد. البته این امر محدود به ضوابط تعهدی و قراردادی نیست و در دعوی مسئولیت مدنی و کیفری نیز صدق می‌کند. لذا، تفاوت چندانی با سایر مسئولیت‌های ناشی از اداره شرکت (نک: اسکینی، ۱۳۹۸: ۲/۲۲۲-۲۳۳؛ کاویانی، ۱۳۹۸: ۲۵۹-۲۸۰؛ صقری، ۱۳۹۳: ۲/۵۴۰-۵۵۳) ندارد. از جمله مسائلی که در این رابطه حائز اشاره است، اختلاف دارنده واحدهای سرمایه‌گذاری با صندوق یا ارکان آن از حیث هزینه‌های سرمایه‌گذاری در صندوق، عدم افشای صحیح اطلاعات یا اطلاع‌رسانی متقن متناسب با اسناد قانونی شرکت، عدم ایفای تعهدات و مواردی از این قبیل می‌باشد که در بحث از ارزش اثباتی امیدنامه به آن خواهیم پرداخت.

۳-۱-۲. ضرورت پابندی به ریسک‌ها و مخاطرات ناشی از سرمایه‌گذاری

از این جهت که در صدر هر امیدنامه، ریسک‌ها و استراتژی‌های سرمایه‌گذاری در بورس و بازار اوراق بهادار عنوان شده، ریسک خرید سهام شرکت یا صدور واحدهای سرمایه‌گذاری صندوق گوشزد می‌شود، و صراحتاً اعلام می‌گردد که سرمایه‌گذاری در این زمینه همراه با ریسک است، و در عین اینکه سند امیدنامه مسئولیت‌های ناشی از گمراه شدن و متضرر گشتن سرمایه‌گذاران را کاهش می‌دهد (Geddes, 2005: 95-96; Kecskés, & Vendel. 2015: 171)، اما قاعده‌تاً نباید محتویات امیدنامه را صرفاً علیه شرکت قلمداد و سرمایه‌گذاران را مبرا از مسئولیت دانست. زیرا از سویی سود و زیان دوروی سکه خرید یا فروش اوراق بهادار و صدور یا ابطال واحدهای صندوق سرمایه‌گذاری بوده و فارغ از تفاوت در میزان ریسک فعالیت در هر نهاد مالی، اصل ریسک‌پذیری توأم با شفافیت و نظارت از اصول حاکم بر بازار سرمایه است و با توجه به وجود رابطه شراکت میان دارنده اوراق با

ناشر و دارنده واحد سرمایه‌گذاری در سبد اوراق بهادار (نک: عبدی‌پورفرد، ۱۳۹۶: ۱۰۱-۱۱۴ و ۱۵۶)، باید ریسک‌ها و فرصت‌های سرمایه‌گذاری مبتنی بر مفاد امیدنامه را توأمان در نظر داشت. بنابراین، از مقتضیات ریسک‌پذیری است که یک سرمایه‌گذار بالقوه قبل از هرگونه فعالیت، مندرجات اسنادی مانند امیدنامه را مطالعه و با آگاهی کامل از حقایق و واقعیات در صورت سازگاری بین اهداف خود و استراتژی‌های اعلام شده اقدام به سرمایه‌گذاری نماید.^۱ (گروه نویسندگان، ۱/۱۳۸۹: ۱۵۵) پس، عدم قابلیت احاله کلیه مسئولیت‌ها به نهادهای مالی و شرکت‌های فعال در این بازار متناسب با ماهیت هر فعالیت از لوازم مهمی است که درخصوص امیدنامه نیز رعایت می‌گردد. چراکه مقتضیات امیدنامه در حیطه‌های مختلفی تنظیم و اجرا می‌شود که یکی از این موارد پوشش ریسک سرمایه‌گذاری است و فعالان مرتبط باید همه جهات آن را رعایت نمایند. در هر صورت، مسئولیت و تعهد متناسب با میزان حق و تکلیف تعیین شده و فارغ از آن نمی‌باشد. طبعاً؛ این موارد یک‌سویه نبوده و طرفینی است که در جای خود از شخصیت حقوقی شرکت نشئت می‌گیرد. به عبارت دیگر، شخصیت حقوقی شرکت و مبنای اقتصادی آن در جهت تکیه بر صرفه‌جویی هزینه‌های مبادلاتی و شکل‌گرایی مترتب بر آن (طوسی، ۱۳۹۳: ۱۳۰-۱۳۱) سبب می‌شود که جز در چهارچوب قانون و اساسنامه اقدام نشود تا به نوعی متضمن شفافیت و ثبات عملکردها در شرکت باشد (باقری، ۱۳۹۰: ۵۷). وجه و دلالت این مورد آن است که مسئولیت‌ها، وظایف و اختیارات در اساسنامه، امیدنامه و مقررات تعیین شده و همگی توأمان و در سلسله مراتب با یکدیگر مستمسک قرار می‌گیرد.

۲-۲. حقوق و تکالیف عمومی - نظارتی

موضوع حقوق و تکالیف عمومی - نظارتی ناشی از امیدنامه، مربوط به تعهدات و الزامات حرفه‌ای پیش روی ناشر، نهاد مالی و یا سرمایه‌گذارانی است که متناسب با مفاد آن، در مواجهه با مقام ناظر بازار سرمایه، بورس‌ها و... از امتیازات و الزاماتی برخوردار می‌شوند. به بیان دیگر، حقوق و تکالیف عمومی حاصل از مفاد امیدنامه عبارت از التزاماتی است که هر یک از فعالان ناشی از کاربست‌های امیدنامه و ضوابط مرتبط نسبت به نهاد ناظر (به‌عنوان مرجع حاکمیتی و نماینده حقوق عمومی)، و نهاد ناظر در قبال حقوق عامه باید رعایت کنند. شرح این امتیازات و الزامات را حسب مورد می‌توان به قرار ذیل بیان نمود:

۱. برای مطالعه الزامات تقنینی در این خصوص، نک: دستورالعمل ۲۰۰۳/۷۱/EC پارلمان اروپا درخصوص اوراق بهادار پذیرفته شده یا قابل عرضه به عموم در راستای شفافیت ارائه اطلاعات توسط ناشران و حمایت از سرمایه‌گذاران.

۲-۲-۱. شکل‌گرایی مقرراتی در فرایند تنظیم و تأیید امیدنامه

مراد از بحث حاضر آن است که به‌فراخور تشریفات حاکم بر بورس و بازار اوراق بهادار، همانند مراتب و شرایط فعالیت شرکت‌های تجاری (نک: کاویانی، ۱۳۹۸: ۴۸-۱۰۲) قابلیت استناد به امیدنامه منوط به جری شرایط و ضوابط حرفه‌ای و مقرراتی؛ خصوصاً تأیید مراتب آن از سوی ارکان مدیریتی، اخذ مجوز مربوط و ثبت نزد نهاد عمومی ذی‌صلاح (نهاد ناظر) است و امیدنامه بدون مراتب مدنظر سند قابل‌اتکایی نمی‌باشد. بنابراین، مقتضی است مراجع و نهادهای ذی‌صلاح در این فرایند اقدامات و تکالیفی را پیگیری نمایند که حسب مورد حکایت از شأن حاکمیتی آن‌ها دارد.

۲-۲-۱-۱. تکالیف مترتب بر عرضه و انتشار اوراق بهادار

در فرایند پیش روی پذیرش و عرضه اوراق بهادار، علاوه بر متقاضی پذیرش، بورس مربوط، هیئت پذیرش و مشاور پذیرش از نهادهایی هستند که مکلف به انجام کارهایی ازجمله موارد ذیل شده‌اند:

۱. وظایف مشاور پذیرش و الزامات خدمات وی در دستورالعمل‌های پذیرش هر بورس و همچنین، دستورالعمل صدور مجوز و فعالیت مشاور پذیرش (مصوب ۸۷/۱۱/۰۹ هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار) تعیین شده و او عموماً مبادرت به اقداماتی از قبیل تحلیل ریسک‌های پیش روی عرضه شرکت در بورس، اظهارنظر درخصوص دعوی له یا علیه شرکت متقاضی و سایر اطلاعاتی می‌نماید که توسط بورس تعیین می‌گردد. این امور برای احراز و اطمینان از رعایت مقررات پذیرش از سوی متقاضی است و ازجمله، مترتب بر تنظیم امیدنامه قبل از ارسال درخواست پذیرش شرکت مطابق مقررات می‌باشد.

۲. هیئت پذیرش، طبق مفاد هر دستورالعمل، علاوه بر رسیدگی و اظهارنظر درخصوص درخواست‌های پذیرش مطابق فرایند پذیرش در مقررات، وظایف ذیل را برعهده دارد: (۱) برگزاری جلسات درخصوص الزامات پذیرش، حداقل مدارک و مستندات مورد نیاز جهت بررسی توسط بورس و خط‌مشی‌های پذیرش؛ (۲) بررسی صورت‌های مالی ناشران پذیرفته شده‌ای که پذیرش و عرضه شده‌اند و ارائه رهنمودهای لازم به بورس درخصوص گزارش‌دهی ناشر. بنابراین، به‌موجب ماده ۳۳ دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران و ماده ۳۴ دستورالعمل پذیرش، عرضه و نقل و انتقال اوراق بهادار در فرابورس ایران، درج نام اوراق بهادار پذیرفته شده در فهرست نرخ‌های بورس، منوط به احراز موارد تعیین شده توسط هیئت پذیرش و افشای آخرین امیدنامه به‌روز شده در تارنمای رسمی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان است.

۳. بورس مربوط مکلف است پس از پذیرش متقاضی، جهت اطلاع عموم، امیدنامه را در تارنمای مختص به پذیرش بورس منتشر نموده و پس از درج نماد معاملاتی در سامانه رسمی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت شده نزد سازمان، متناسب با مقررات و مصوبات هیئت مدیره مبادرت به انتشار اوراق بهادار شرکت پذیرفته شده (به عنوان ناشر) نماید.

۲-۲-۱-۲. تکالیف مترتب بر فعالیت نهاد مالی

از این منظر که صندوق‌های سرمایه‌گذاری مهم‌ترین نهاد مالی در رابطه با کارکردهای امیدنامه هستند، در این بحث تنظیم و تأیید امیدنامه از مجرای این نهاد مالی را اختصاصاً مدنظر قرار داده و متناسب با آن، تشریفات یا شرایط لازم برای لازم‌الاجرا شدن سند مورد اشاره را اعلام می‌نماییم. اساسنامه نمونه صندوق‌های سرمایه‌گذاری محتویات کلی امیدنامه را تعیین نموده و به همین سبب است که مفاد آن (امیدنامه) را جزء جدایی‌ناپذیر اساسنامه محسوب می‌کنند. بر این اساس، دارایی‌ها و وجوه دریافتی در قبال صدور واحدهای سرمایه‌گذاری صندوق، نحوه و محل اطلاع‌رسانی و اعلام مفاد اساسنامه و امیدنامه، موضوع فعالیت صندوق، جمع‌آوری وجوه از متقاضیان سرمایه‌گذاری در صندوق و نحوه فعالیت مبتنی بر آن، بودجه‌ریزی (حق‌الزحمه و هزینه‌ها) و زمان‌بندی‌های مدنظر برای فعالیت نهاد مالی، عملیات صدور و ابطال واحدهای سرمایه‌گذاری، میزان و نحوه محاسبه کارمزد ارکان صندوق و... عناوین رایجی است که امیدنامه را معطوف به اساسنامه قابل استناد نموده و لازم‌الاجرا می‌سازد. بنابراین، به موازات جهات مقرر در مقررات حرفه‌ای، درج مراتب راجع به امیدنامه در اساسنامه و تأیید آن توسط ارکان مدیریتی متقاضی پذیرش یا نهاد مالی، تأیید مراتب توسط نهاد ناظر (در رابطه با آن قسم نهادهای مالی که دارای امیدنامه تیپ و استاندارد هستند) و نهایتاً ثبت صورت‌جلسات حاوی تصویب اساسنامه، تعیین ارکان صندوق و روزنامه کثیرالانتشار و تغییرات آن‌ها نزد مرجع ثبت شرکت‌ها / سازمان بورس و اوراق بهادار از تشریفات است که منجر به اعتبار حقوقی و قابلیت استناد به امیدنامه می‌گردد. به همین اقتضاء، ملاحظات و الزاماتی از قبیل موارد ذیل دلالت بر اهمیت امیدنامه دارد:

۱. در باب امیدنامه‌های تیپ و استاندارد، مقام ناظر در صورتی تغییرات اساسنامه و امیدنامه را تأیید خواهد کرد که قبول سمت ارکان صندوق را حسب مورد بر اساس اساسنامه و امیدنامه دریافت کرده باشد.

۲. پس از انتخاب اشخاصی از قبیل متولی، مدیر صندوق، ناظر، بازارگردان، متعهد پذیرهنویس و حسابرس و قبولی سمت توسط ایشان، مشخصات آن‌ها باید در امیدنامه صندوق قید شده و ظرف موعد مقرر در مقررات نزد نهاد ناظر ثبت و بلافاصله پس از ثبت در تارنمای صندوق منتشر شود.

۳. تصمیم‌گیری راجع به سرمایه‌گذاری وجوه مازاد صندوق ازجمله تصمیم به خرید یا فروش اوراق بهادار به نام صندوق در چهارچوب مفاد اساسنامه و امیدنامه صندوق و مقررات مصوب، از اختیارات مدیر صندوق است. مدیر صندوق باید در انتخاب ترکیب دارایی‌های صندوق در دوره‌های مختلف فعالیت، نصاب‌های مذکور در امیدنامه و آخرین مقررات مربوط را رعایت کند. در صورت تناقض مفاد امیدنامه با آخرین مقررات، مقررات مزبور ملاک عمل است. همچنین، چنانچه به هر دلیل، نصاب‌های مذکور در امیدنامه نقض گردد، مدیر صندوق باید ضمن اطلاع به متولی و حسابرس، ظرف مهلت مقرر در ضوابط، اقدامات لازم را برای رعایت این نصاب‌ها انجام دهد.
۴. صورت وضعیت‌های تأیید شده پس از کسر کسورات قانونی یا پیش‌بینی شده در اساسنامه و امیدنامه، باید ظرف موعد و با رعایت تشریفات مربوط تسویه شود.
۵. درخصوص پرداخت به‌منظور سرمایه‌گذاری‌ها از محل مانده وجوه صندوق به نام صندوق، متولی باید کنترل نماید که سرمایه‌گذاری مطابق با مفاد اساسنامه و امیدنامه صندوق باشد.
۶. هرگونه تغییر در مفاد امیدنامه باید بلافاصله از طریق مدیر صندوق با رعایت مفاد اساسنامه به‌نحو مقتضی اطلاع‌رسانی شود.
۷. تهیه‌کنندگان امیدنامه (مؤسسين و مدیر صندوق) نباید امیدنامه را به‌گونه‌ای تهیه و ارائه نمایند که مغایر با اساسنامه باشد.

۲-۲-۲. تکلیف مقامات بازار بر پیگرد تکالیف مترتب بر امیدنامه

حسب اقتضانات و عناوین مورد اشاره، علاوه بر کنترل‌ها و نظارت داخلی از طریق ارکان قانونی شرکت یا صندوق (صالح‌آبادی، ۱۳۹۶: ۱۵۰-۱۵۱ و ۱۵۶-۱۵۷)، بورس مربوط و نهاد ناظر بازار سرمایه، مرجع پیگرد و رسیدگی به تخلفات ارکان صندوق‌ها از مقررات، مفاد اساسنامه و امیدنامه است که مراتب آن از طریق وضع مقررات و کنترل و نظارت بر نحوه اجرای آن‌ها محقق می‌شود. (گروه نویسندگان، ۱۳۸۹: ۱۶۷) به دلالت ماده ۳۵ قانون بازار اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۴) و ماده ۱۴ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید (مصوب ۱۳۸۸) این مهم محدود به نهاد مالی نبوده و حسب مورد ناشران و دیگر فعالان تحت نظارت را نیز شامل می‌گردد. مبرهن است تکلیف مورد بحث منحصر در جهات انضباطی نبوده و مشتمل بر پیگیری قضایی و کیفری نیز هست. ماده ۲۱ مکرر ۳ دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران و ماده ۲۳ مکرر ۳ دستورالعمل پذیرش، عرضه و نقل و انتقال اوراق بهادار در فرابورس ایران در تأکید بر این مهم مقرر می‌دارد: «ارائه اطلاعات خلاف واقع درخصوص مستندات از قبیل امیدنامه، صورت‌های مالی و مستندات حقوقی، توسط متقاضی و اعضای تیم پذیرش به سازمان و یا بورس

مطابق ماده ۴۷ قانون بازار اوراق بهادار جرم محسوب می‌شود...». بنابراین، تکلیف صریح مقامات بورس و بازار اوراق بهادار نظارت بر پیشبرد صحیح فرایند فعالیت حرفه‌ای در این بازار و تبعاً امور مترتب بر امیدنامه می‌باشد که در بحث ارزش اثباتی امیدنامه به آن خواهیم پرداخت. به‌هرحال، ضابطه مورد اشاره امری متقن در بازارهای اوراق بهادار محسوب می‌شود؛ به‌نحوی که مقررات بازار سرمایه کشورهای اروپایی در امتداد اصل مسئولیت ارائه‌دهنده خدمات سرمایه‌گذاری یا ناشر و مدیران آن‌ها در تنظیم و اجرای سند امیدنامه، به این دلیل که تنظیم ضوابط و فعالیت در بازارهای مالی اقتضای پذیرش مسئولیت حرفه‌ای مفاد و شکل عملکردها را دارد، این اشخاص مکلفند اعلامیه مسئولیت را جداگانه امضا نمایند (Kecskés, & Vendel. 2015: 181). بخش یازدهم دوازدهم قانون اوراق بهادار ۱۹۳۳ آمریکا نیز بر این مهم صحه گذاشته و ناشر یا هر متعهد دیگری (اعم از مدیران، حسابرس و...) که در فرایند ثبت و انتشار اوراق بهادار اطلاعات خلاف واقع ارائه نموده را به‌نحو مقتضی (منفرداً و یا مشترکاً) مسئول دانسته و مسئولیت مذکور را حسب مورد اعم از مدنی و کیفری قلمداد نموده است. (نک: Hazen, 2009: 93-108) همچنین، مقرراتی از قبیل شق ۱۹۹، ۲۰۰، ۲۱۰ و ۲۱۱ قانون بازارها و خدمات سرمایه‌مالزی همین ضابطه را لحاظ نموده و صلاحیت‌های لازم برای تعقیب و پیگیری مراتب حقوقی، انضباطی و کیفری ناشی از نقض این‌گونه تکالیف را مدنظر قرار داده است.

۲-۳. ماهیت حقوقی تعهد ناشی از امیدنامه و ارزش اثباتی آن

متعاقب حقوق و تکالیف مورد بحث در بحث‌های سابق، از مسائل مهم در این خصوص، ماهیت حقوقی تعهد ناشی از امیدنامه و جنبه اثباتی امیدنامه نزد محاکم و مراجع رسیدگی می‌باشد. بنابراین، بدو ماهیت حقوقی رابطه پایه و منشأ صدور امیدنامه را مورد اشاره قرار داده و پیرو آن، ارزش اثباتی و شأن دادرسی عنوان مدنظر را تحلیل خواهیم نمود.

۲-۳-۱. ماهیت حقوقی تعهد ناشی از امیدنامه

از یک منظر که مفاد امیدنامه همچون اساسنامه وارد روابط حقوقی اشخاص طرف رابطه می‌شود، اهمیت می‌یابد که ماهیت و سرشت این تعهد چیست؟ در این رابطه، به همان اقتضا که التزام اعم از تعهد است و برخلاف تعهد که تأکید بر وجهه قراردادی دارد، دیگر تعهدات حقوقی و قانونی همچون الزامات خارج از قرارداد را نیز در برمی‌گیرد (محقق‌داماد، ۱۳۹۵: ۷۳؛ شهیدی، ۱/۱۳۸۸: ۴۲)، رابطه مزبور به معنایی نیست که دین یا تعهد منشأ صدور امیدنامه صرفاً مأخذ و سبب قراردادی داشته باشد. به عبارتی، علاوه بر دلالت‌های مربوط به نظریه قراردادی بودن ماهیت شرکت که کفایتی بر امر مزبور ندارد (نک: اسکینی، ۱/۱۳۹۸: ۳۱-۳۳؛ پاسبان، ۱۳۹۲: ۶۵؛

صقري، ۱/۱۳۹۳: ۲۴-۳۰)، امیدنامه در عین تعهدات و التزامات حقوقی (به معنای عام) دارای سبب قانونی و مقرراتی، حرفه‌ای و البته مترتب بر ضمان قهری نیز می‌باشد که جمیع این موارد از شخصیت حقوقی شرکت ناشی می‌شود. بنابراین، بیش از حقوق قراردادهای، رابطه حقوقی پایه و منشأ صدور امیدنامه را باید مقررات، ضوابط حرفه‌ای فعالیت در بازار سرمایه و ضمان قهری و مسئولیت مدنی دانست. از همین روست که مطالبه، طرح دعوا و کیفرخواست انضباطی یا کیفری مترتب بر امیدنامه، اغلب مستند به مقررات و فرایند صدور و تصویب امیدنامه بوده و جهات مبتنی بر حقوق تعهدات به تنهایی تمامی ابعاد دادرسی و اثباتی مسئله را پوشش نمی‌دهد. پس، از جهت غلبه و جهت سازمانی شرکت نسبت به جنبه قراردادی آن و در راستای ارتقای کارایی و تخصیص منابع مبتنی بر ماهیت شرکتی (طوسی، ۱۳۹۳: ۸۵، ۱۴۲ و ۲۶۲)، اکتفا به روابط صرفاً قراردادی، فروکاهیدن جهات ماهوی و سرشت حرفه‌ای امیدنامه است. رویکرد مدنظر، ما را به این رهنمون می‌سازد که اگرچه عمل اشخاص در قبال امور مترتب بر تصویب سند مورد اشاره، قبولی سمت و یا پذیرش فعالیت در شرکت (ذیل عناوینی اعم از مدیریت، سهام‌داری، سرمایه‌گذاری و مواردی از این قبیل) به منزله پذیرش تعهد می‌باشد و به تبع آن، رابطه تعهدی در خصوص امیدنامه نیز فراهم می‌شود، اما تعهد در اینجا به معنی التزام و مسئولیت است و ضرورتاً به معنی دین - در مفهوم فقهی یا عقدی بودن در معنای خاص - نیست.

۲-۳-۲. ارزش اثباتی امیدنامه و مسئولیت مترتب بر آن

از جهات مهم در باب موضوع این مقاله، مسئله تضمین حسن اجرای امیدنامه و ضمانت اجرای نقض امیدنامه است. در این خصوص معطوف به آنچه در سطور آتی خواهد آمد، توجه به زمینه تعهدی و ماهیت مقرراتی مترتب بر ماهیت امیدنامه است. از این حیث، تضمین حسن اجرای امیدنامه، هم ماهیت تعهدی بحث شده در مباحث پیشین است، و هم مترتب بر عدم رعایت مقررات حرفه‌ای است که دلالت بر وقوع تخلف انتظامی ناشی از نقض مقررات خواهد داشت. فرع بر این بحث، مسئله دیگر آن است که مترتب بر دعاوی حقوقی و تخلفات انتظامی، امیدنامه تا چه میزان نزد مراجع ذیصلاح قابلیت استناد دارد و با توجه به ماهیت و جنبه‌های حقوقی این عنوان، دامنه تأثیر آن چگونه است؟ در ادامه به جهات مرتبط با این مسائل اشاره می‌کنیم.

۲-۳-۲-۱. ارزش اثباتی امیدنامه نزد هیئت داورى بورس

در امتداد ماهیت حقوقی تعهد ناشی از امیدنامه، به شرحی که در دادنامه شماره ۹۵۱۱۰۰۰۱۸ مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۸ و دادنامه شماره ۹۸۱۱۰۰۰۲۰۵ مورخ ۹۸/۱۰/۰۷ هیئت داورى بورس مبنی بر استناد به مفاد امیدنامه و گزارش پذیرش و درج شرکت آمده (نک: جمالی و صادقی، ۱۳۹۶:

۶۸۴؛ جمالی و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۴۴-۲۴۱)، کاملاً قابل انتظار است که امیدنامه از حیث دادرسی مستند دفاع یا صدور رأی باشد. علاوه بر این، مطابق دادنامه شماره ۹۱۱۱۰۰۰۵۹ مورخ ۹۱/۱۲/۰۲، دادنامه شماره ۹۱۱۱۰۰۰۶۰ مورخ ۹۱/۱۲/۰۷، دادنامه شماره ۹۱۱۱۰۰۰۶۴ مورخ ۹۱/۱۲/۰۹ و دادنامه شماره ۹۱۱۱۰۰۰۶۱ مورخ ۹۱/۱۲/۰۷ هیئت داور، از مواردی که امیدنامه ارزش اثباتی غیرقابل انکاری دارد، فرایند مربوط به تحویل کالا و انبارداری است که مطابق آن، قالب امیدنامه جزء لاینفک اطلاعیه عرضه تلقی می‌گردد.^۱ بنابراین، بر اساس دعاوی حقوقی مستند به امیدنامه، از این حیث که ارزش اثباتی این مهم به چه میزان باشد، آنچه در رویه هیئت داور، بورس نمایان است، پذیرش آن به عنوان یک سند مقارن و تابع اساسنامه یا اطلاعات افشاشده از سوی شرکت می‌باشد که جنبه تعهدی دارد. این مهم خصوصاً نسبت به صندوق سرمایه‌گذاری، در دادنامه شماره ۹۴۱۱۰۰۰۷۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۱، به این نحو استناد شده که «... وظایف و تعهدات صندوق سرمایه‌گذاری علی‌رغم دارا بودن شخصیت حقوقی مستقل برعهده اشخاص حقوقی مستقل است که هر یک مطابق اساسنامه و امیدنامه به تفکیک وظایف مختلفی را برعهده گرفته و در صورت عدم ایفاء تعهدات مسؤول نهایی خسارات حاصل از عمل خود می‌باشند...» (جمالی و صادقی، ۱۳۹۶: ۱۸۰). بنا به مراتب مقرر در آراء و دعاوی مزبور در رویه مرجع رسیدگی به اختلافات حرفه‌ای فعالان بازار بورس و اوراق بهادار نیز مناط حقوقی استناد به امیدنامه محرز شده و هیئت داور، با تأکید بر جنبه اقراری و تعهدی امیدنامه، حسب مورد متعهد دعوا را مورد حکم قرار داده است. در این رابطه، از نظر هیئت داور، دلالت اثباتی امیدنامه مبتنی بر التزاماتی است که از تعهدات نهفته در سند مورد بحث ناشی شده است. لذا، این شق از موضوع به روشنی مؤید حق استناد به مفاد مقرر در امیدنامه و عدم استماع ایرادات مترتب بر مندرجات آن می‌باشد.

۲-۳-۲-۲. ارزش اثباتی امیدنامه نزد مراجع رسیدگی به تخلفات

برخلاف محمل حقوقی اتخاذ شده از سوی هیئت داور، که غلبه بر جهات تعهدی ناشی از التزام به افشای اطلاعات و رعایت مراتب مندرج در سند ذی‌ربط دارد، مراجع رسیدگی به تخلفات بازار سرمایه، اصولاً امیدنامه را در صورتی که تیپ و استاندارد باشد، به عنوان یکی از مصادیق مقررات بازار سرمایه پذیرفته و از این منظر، اشخاص تحت نظارت را دارای مسئولیت انتظامی می‌دانند. چراکه بر اساس مقرراتی از قبیل ماده ۲ دستورالعمل موضوع ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی قانون بازار اوراق بهادار (مصوب ۸۷/۱۲/۲۹ شورای عالی بورس و اوراق بهادار) و بند (ب) و (د) ماده ۱

۱. برای مطالعه متن کامل، نک: جمالی و صادقی، ۱۳۹۶: ۷۲-۶۲.

آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید (مصوب ۹۰/۰۸/۰۱ هیئت وزیران)، فعل یا ترک فعل منجر به نقض قوانین و مقررات حرفه‌ای بازار سرمایه موجب تحقق مسئولیت انتظامی متخلف بوده و باعث می‌شود که او مجازات انضباطی گردد. بنا به مراتب اشاره شده در مبحث امیدنامه؛ به‌عنوان مصداقی از مقررات بازار سرمایه، از این رهگذر که امیدنامه داخل در وصف مزبور می‌شود، ناگزیر از امتثال به مقوله مقررات بوده و مترتب بر این جهت، رجحان صبغه عمومی آن بر جنبه قراردادی و تعهدی‌اش مسلم می‌گردد.

۳-۲-۲. مسئولیت مترتب بر امیدنامه

متعاقب مباحث پیشین، بحث پایانی از این قرار است که در صورت نقض مفاد امیدنامه یا وقوع ضرر ناشی از عدم صحت یا کامل نبودن اطلاعات مندرج در آن، مسئولیت متوجه چه اشخاصی خواهد بود؟ شقوق مربوط به پاسخ اجمالی در این خصوص عبارت است از:

۱. در صدر امیدنامه‌های مربوط به پذیرش و عرضه شرکت در بورس (به‌عنوان ناشر)، عموماً بیانیه مسئولیت و سلب مسئولیت تنظیم شده و به‌موجب آن، اولاً عنوان می‌گردد که امیدنامه با آگاهی از مقررات و ضمانت‌اجراهای حقوقی و کیفری مربوط، توسط هیئت مدیره و مشاور پذیرش شرکت متقاضی پذیرش (و یا کارگزار عرضه‌کننده) تهیه و تأیید شده و ایشان مسئولیت صحت اطلاعات مندرج در آن به‌لحاظ عدم وجود هرگونه خطا یا انحراف بااهمیت را مجتمعاً و منفرداً به‌عهده می‌گیرند. ثانیاً مشاور پذیرش تأیید می‌نماید که امیدنامه افشای درست و کاملی از کلیه واقعیات مربوط به عرضه عمومی را به‌دست می‌دهد. ثالثاً هیئت پذیرش بورس مربوط، پذیرش سهام شرکت در فهرست نرخ‌های بورس را بر مبنای اسناد، مدارک و اطلاعاتی که توسط شرکت و مشاور پذیرش ارائه شده، تصویب نموده و این تصویب به معنای توصیه مشارکت سرمایه‌گذاران در عرضه عمومی نیست. بورس نیز مسئولیتی در قبال صحت و کفایت اطلاعات افشاشده توسط شرکت و محتوای امیدنامه ندارد و درخصوص ضرر و زیان ناشی از اتکا به تمام یا بخشی از مندرجات امیدنامه، از خود سلب مسئولیت می‌نماید.

۲. اصولاً بسته به موقعیت و تأثیر حقوقی نهاد ذی‌ربط در تهیه و تأیید امیدنامه، و حسب شرایط مترتب بر مقام تنظیم‌کننده امیدنامه (از حیث فروضی که در انتهای بحث از نسبت امیدنامه و اساسنامه عنوان گردید)، مسئولیت حقوقی و انتظامی ناشی از وقوع خسارت به‌دلیل عدم افشا یا افشای نادرست اطلاعات عموماً برعهده مؤسسين و رکن مدیر در صندوق‌های سرمایه‌گذاری، مشاور پذیرش شرکت متقاضی پذیرش یا کارگزار عرضه‌کننده و مدیران ارشد ناشر (از قبیل: اعضای هیئت مدیره و مدیرعامل) خواهد بود. بنابراین، تهیه‌کنندگان امیدنامه نباید آن را به‌گونه‌ای تهیه و ارائه

نماید که مغایر با اساسنامه یا قوانین و مقررات باشد. در این صورت، مسئولیت ناشی از عدول از این ضابطه برعهده آنان خواهد بود. چراکه انشای این سند در وهله نخست تکلیف ارائه‌دهنده خدمات سرمایه‌گذاری یا ناشر و مدیران آن‌ها می‌باشد که در فرایند تنظیم آن از مشاور حقوقی و حسابرس نیز یاری می‌جویند (Kecskés, & Vendel. 2015: 171 & 179). بنابراین، عدم اطلاع یا استماع ایرادات در این خصوص و جاهتی ندارد. به عبارت دیگر، به شرح مباحث در بحث‌های سابق تعهد نهاد مالی، شرکت متقاضی پذیرش و ارکان مدیریتی و حتی مشاور پذیرش آن‌ها در این مقال مبتنی بر رژیم و اصل مسئولیت مربوط به افشای صحیح و کامل اطلاعات می‌باشد که خلاف آن می‌بایست احراز گردد (Spindler, 2007: 1194-1199; Sher, 2006: 392-393).

۳. ضمانت اجرای انضباطی نقض امیدنامه از این حیث که مفاد آن تیپ و استاندارد باشد، حسب مورد در دستورالعمل‌های انضباطی مصوب هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار مفروض بر این است که مصداق دستورالعمل انضباطی نهادهای مالی غیرکارگزار (مصوب ۹۲/۰۲/۲۸) یا بند ۱۱ ماده ۲۹ دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران (مصوب ۸۷/۱۱/۱۲ درخصوص عدم رعایت سایر الزامات موجود در اساسنامه ناشر، قانون و مقررات) قرار گیرد. وفق این مقررات، به مرجع رسیدگی به تخلفات اختیار داده شده تا بسته به موضوع و ماهیت، یک یا چند مورد از تنبیهات انضباطی موضوع ماده ۲۱ آن دستورالعمل^۱ را اعمال نماید و یا حسب مورد مبادرت به اعمال جریمه نقدی بر اساس ماده ۱۴ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید (در باب ناشران اوراق بهادار، نهادهای مالی و تشکلهای خودانتظام و نیز اشخاصی که به‌عنوان مدیران آن‌ها انتخاب می‌شوند) و آیین‌نامه اجرایی ماده مزبور (مصوب ۹۰/۰۸/۰۱ هیئت وزیران) نماید.

۱. طبق ماده ۲۱ دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران: «تنبیهات انضباطی شامل موارد زیر است: ۱- تذکر کتبی به ناشر و مدیران ارشد آن ۲- تذکر کتبی به ناشر و مدیران ارشد آن با درج در پرونده ۳- اخطار کتبی به ناشر و مدیران ارشد آن با درج در پرونده ۴- تذکر کتبی به سهامدار/ سهامداران عمده ناشر و مدیران ارشد آن‌ها با درج در پرونده ۵- اخطار کتبی به سهامدار/ سهامداران عمده ناشر و مدیران ارشد آن‌ها با درج در پرونده ۶- محرومیت از انجام بخشی از فعالیت‌ها، تعلیق یا لغو مجوز ناشر و یا سهامدار/ سهامداران عمده ناشر، در صورتی که ناشر یا سهامداران عمده آن نهاد مالی باشند ۷- سلب صلاحیت مدیران ناشر و یا سهامدار/ سهامداران عمده ناشر، در صورتی که ناشر یا سهامداران عمده آن نهاد مالی باشند ۸- توقف موقت معاملات اوراق بهادار ناشر در بورس ۹- تعلیق یا لغو پذیرش اوراق بهادار ناشر در بورس ۱۰- اعلام عمومی آرای انضباطی صادره.»

نتیجه

با توجه به اینکه امیدنامه را باید حاوی استراتژی‌ها، اهداف، ریسک‌ها و زمینه‌های سرمایه‌گذاری در شرکت یا صندوق دانست و با اوصافی از قبیل تشریفاتی بودن تنظیم، تصویب و اجرا، لازم‌الاتباع و واجد ارزش بودن در پرتو اساسنامه، شناخته شدن به عنوان مقررات در رابطه با فعالیت‌های شرکت و مستند تعهد، مطالبه و پیگرد حقوقی، انضباطی و کیفری معرفی نمود، شناسایی جایگاه و ارزش حقوقی آن در رابطه با اعمال اشخاص ذی‌ربط پرسش مهمی است که در این مقاله به آن پرداخته و با تحلیل جهات تعهدی و ماهیت التزامات مترتب بر آن، زمینه‌ها و مجاری کاربردی امیدنامه بیان گردید. در این خصوص، به این سبب که امیدنامه و اساسنامه در ارتباط با برخی نهادهای مالی و مترتب بر متقاضیان پذیرش در بازار اوراق بهادار توأمان مورد استناد و کاربرد قرار می‌گیرد، شبهه مهم در نسبت این دو مستند است که اشاره شد اساسنامه بر امیدنامه تفوق و برتری داشته و این رجحان به سازوکار تنظیم و تأیید اساسنامه بازمی‌گردد. چراکه برخلاف امیدنامه‌های فاقد تیپ استاندارد که توسط مشاور پذیرش شرکت متقاضی پذیرش یا کارگزار عرضه‌کننده و مدیران ارشد شرکت یا رکن مدیر صندوق تهیه می‌شود، اساسنامه، حاکی از تصمیم مجمع عمومی صاحبان سهام و اراده آن‌ها می‌باشد. همچنین، کاربرست حقوقی امیدنامه متأثر از این مبنا که رابطه تعهدی درخصوص آن به معنی التزام و مسئولیت است و ضرورتاً به معنی دین یا عقدی بودن در معنای خاص نیست، روابط اشخاص مختلف در ارتباط با شرکت (اعم از سرمایه‌گذاران و دارندگان سهام یا واحدهای سرمایه‌گذاری، مدیران یا دیگر ارکان شرکت) منشأ تعهد با مأخذ قراردادی، قهری و مبتنی بر مقررات است که حقوق و تکالیف خصوصی، عمومی و حرفه‌ای متعددی (ازجمله قابلیت استناد و حق‌خواهی مبتنی بر سند مزبور، عدم استماع ایرادات راجع به مندرجات در امیدنامه، طرفینی بودن ریسک‌ها و فرصت‌های سرمایه‌گذاری مبتنی بر مفاد امیدنامه، تکلیف نهادهای نظارتی و مقامات بازار بر پیگرد مراتب انضباطی و حقوقی ناظر به نقض ضوابط مربوط به امیدنامه) بر فعالان مربوط جاری می‌سازد. این ماهیت و کاربرد مختص بورس‌ها و بازارهای اوراق بهادار نبوده و درخصوص بورس‌های کالایی نیز موضوعیت دارد. امیدنامه که جزء لاینفک اطلاعیه عرضه در باب تسویه و پایاپای معاملات بورس‌های کالایی نیز هست، حکایت از سندی دارد که بورس کالا بر اساس اطلاعات دریافتی عرضه از کارگزار فروشنده، تنظیم و از طریق سایت رسمی خود و سامانه معاملاتی به عموم و کارگزاران اطلاع‌رسانی می‌نماید. لذا، رابطه تعهدی مورد اشاره در شق اخیر نیز متصور خواهد بود. از حیث رویه دادرسی نیز، با وجود اینکه هیئت داورى بورس صیغه سندیت و تابع اساسنامه بودن امیدنامه و تلقی آن به تعهد مبتنی بر اطلاعات افشاشده از سوی ناشر / نهاد مالی را

در اولویت قرار داده، اما نزد مراجع رسیدگی به تخلفات و به مناسبت ماهیت متفاوت سنخ دعوای حقوقی از تخلف انتظامی و تعقیب انضباطی، غلبه بر وجاهت مقرراتی بوده و نقض امیدنامه به مثابه نقض مقررات حرفه‌ای بازار سرمایه قلمداد می‌شود که با امعان نظر به صلاحیت و صنف این مراجع رسیدگی، هر دو رویکرد به درستی جهتی از کارکرد امیدنامه را بیان می‌دارد. بنابراین، با فرض تفاوت در شرایط تنظیم انواع امیدنامه‌ها از حیث تابعان (متقاضی پذیرش / نهاد مالی) و از جهت تیپ یا استاندارد بودن یا نبودن مفاد آن، جهت احراز مسئولیت مترتب بر این مهم باید به فروض و شقوقی متصور بود و حسب مورد مسئولیت ناشی از نقض مفاد امیدنامه یا وقوع ضرر حاصل از عدم صحت یا کامل نبودن اطلاعات مندرج در آن را شناسایی نمود اما عموماً؛ مسئولیت حقوقی و انتظامی ناشی از وقوع خسارت به دلیل عدم افشا یا افشای نادرست اطلاعات، برعهده مؤسسين و رکن مدیر در صندوق‌های سرمایه‌گذاری، مشاور پذیرش شرکت متقاضی پذیرش یا کارگزار عرضه‌کننده و مدیران ارشد ناشر (از قبیل: اعضای هیئت مدیره و مدیرعامل) خواهد بود.

منابع

فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۸). حقوق تجارت- شرکت‌های تجاری، جلد ۱، ویراست ۳، چاپ بیست و هفتم، تهران: سمت.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۸). حقوق تجارت- شرکت‌های تجاری، جلد ۲، ویراست ۳، چاپ بیست و پنجم، تهران: سمت.
- باقری، محمود (۱۳۹۰). نقش حقوق شرکت‌ها و بازار بورس در موفقیت خصوصی‌سازی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- پاسبان، محمدرضا (۱۳۹۲). حقوق شرکت‌های تجاری، چاپ هشتم، تهران: سمت.
- جمالی، جعفر و محمد صادقی (۱۳۹۶). رویه هیئت داورى بورس و اوراق بهادار (تا پایان سال ۱۳۹۵)، تهران: بورس.
- جمالی، جعفر؛ محمد صادقی و نوید شیدانی آشتیانی (۱۳۹۹). رویه هیئت داورى بورس و اوراق بهادار (دفتر دوم: ۱۳۹۶-۱۳۹۸)، تهران: بورس.
- چاوشی، بهنام و راضیه صباغیان (۱۳۸۷). نگاهی به امیدنامه صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک، تهران: مرکز پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۶). حقوق بازار سرمایه، چاپ چهارم، تهران: سمت.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۲). آیین دادرسی مدنی (پیشرفته)، جلد ۳، چاپ بیست و چهارم، تهران: دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۷). اجرای احکام مدنی، جلد ۱، چاپ دوم، تهران: دراک.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). تشکیل قراردادها و تعهدات (حقوق مدنی، ج ۱)، چاپ هفتم، تهران: مجد.
- صالح‌آبادی، علی (۱۳۹۶). ناگفته‌های بورس ایران، تهران: دنیای اقتصاد.
- صقری، محمد (۱۳۹۳). حقوق بازرگانی شرکت‌ها، جلد ۱ و ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- طوسی، عباس (۱۳۹۳). تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها، تهران: شهر دانش.
- عبدی‌پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۶). مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت، چاپ هفتم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). اثبات و دلیل اثبات، جلد ۱، چاپ ششم، تهران: میزان.
- کاویانی، کوروش (۱۳۹۸). حقوق شرکت‌های تجاری، چاپ ششم، تهران: میزان.
- گروه نویسندگان (۱۳۸۹). نهادهای مالی - راهنمای قانون بازار اوراق بهادار، ج ۱، تهران: شرکت اطلاع‌رسانی و خدمات بورس.
- محقق‌داماد، سید مصطفی (۱۳۹۵). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ چهارم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- میشکین، فردریک و استانیلی ایکینز (۱۳۹۷). بازارها و نهادهای مالی، ترجمه حمید کردبچه، تهران: بورس.

انگلیسی

- Geddes, Ross (2005). *IPOs and Equity Offerings*, Butterworth-Heinemann.
- Hazen, Lee Thomas (2009). *Securities Regulation in a Nutshell*, 10th edition, Nutshell Series.

- Kecskés, András & Halász, Vendel (2015). "The role of prospectus documentation and prospectus liability", **Journal of law and social sciences of the Law Faculty of University J.J.**, Strossmayer in Osijek, p.p. 167-183.
- Kraakman, Reinier et al. (2017). **The anatomy of corporate law: A Comparative and Functional Approach**, Third Edition, Oxford University Press.
- Mallin, christine. A, (2013). **Corporate Governance**, Fourth Edition, Oxford University Press.
- Sher, Noam (2006). "Underwriters' Civil Liability for IPOS: An Economic Analysis", **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Vol. 27, p.p. 389-464.
- Spindler, C. James (2007). "IPO Liability and Entrepreneurial Response", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 155, p.p. 1187-1228.

انتفای عقد به سبب عدم امکان اجرای موضوع آن در حقوق ایران و فرانسه

سیدعباس موسوی*، اکبر اصانلو**

چکیده

هرچند هدف طرفین قرارداد؛ ظهور نتایج آن است و اصول حقوقی، متضمن ثبات و تحقق قرارداد صحیح و معتبر است، اما پس از انعقاد عقد، ممکن است رخدادهای گوناگون خارج از رفتار طرفین یا طبیعت موضوع، موجب عدم امکان اجرای آن گردد. عدم امکان اجرا در فروض گوناگون می‌تواند حادث گردد: تلف مادی موضوع عقد، غیرقانونی شدن آن یا مربوط به از بین رفتن شیء آینده باشد. قانون مدنی ایران و فرانسه در فروض مختلف عدم امکان اجرای قرارداد به‌خاطر از بین رفتن موضوع آن، سرنوشت رابطه حقوقی را به‌نحو روشنی اعلام ننموده‌اند. انفساخ، انتفای قرارداد، بطلان، فسخ قهقرائی و فسخ قضایی اوصاف مختلفی است که در این خصوص مطرح می‌شود. این به‌هم‌ریختگی هم در رویه قضایی و هم نظریات دکترین مشهود است. با روش تحقیق توصیفی و تحلیلی و با مطالعه در رویه قضایی و دکترین، این نتیجه حاصل شد که در بازنگری ۲۰۱۶ حقوق قراردادهای فرانسه نهادی به نام «انتفای عقد» (caducité) وضع شد که می‌تواند این به‌هم‌ریختگی‌ها را سامان بخشد. آن ضمانت اجرای عقدی است که به‌صورت معتبر منعقد شده، و در پی رویدادی لاحق، یکی از «عناصر اساسی» خویش را از دست می‌دهد. یکی از عناصر اساسی در عقد، موضوع آن است که با از بین رفتن آن امکان اجرای عقد غیرممکن می‌گردد، در نتیجه عقد به‌صورت خود به‌خود و عدم قهقرائی منتفی می‌شود. این تجربه می‌تواند برای قانون‌گذار ایران هم الهام‌بخش باشد تا ضمن دسته‌بندی صحیح موجبات عدم امکان اجرای قرارداد به‌خاطر از بین رفتن موضوع آن، رویه قضایی

* دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران جنوب)، تهران، ایران
amousavi50@yahoo.com (نویسنده مسئول)

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، علوم سیاسی و تاریخ، دانشگاه استراسبورگ، استراسبورگ، فرانسه
osanlu24@gmail.com

را در مواجهه با قراردادی که موضوع آن از بین رفته است، دلالت بهتر نماید.
واژگان کلیدی: از بین رفتن موضوع، انتفای عقد، انفساخ، تقصیر، عدم امکان اجرا، مال آینده، وحدت مطلوب

مقدمه

در عمل فراوان اتفاق می‌افتد که پس از تشکیل عقد، به دلیل از بین رفتن موضوع آن، اجرای قرارداد غیرممکن شود. از این رو، برخی از عناصر اساسی که برای تشکیل عقد ضروری هستند، برای بقاء و اجرای آن هم ضرورت دارند. از جمله این عناصر، می‌توان به «موضوع عقد یا تعهد» اشاره نمود. اگر موضوع معامله یا تعهد، پس از تشکیل عقد، بدون تقصیر طرفین و خارج از اراده آن‌ها از بین برود، قرارداد منتفی می‌شود. از نظر برخی نویسندگان «اگرچه وجود رضاء فقط [...] هنگام انعقاد عقد لازم است، اما وجود موضوع در طی تمام مراحل اجراء ضرورت دارد و از بین رفتن آن موجب انتفای عقد می‌شود» (Mousseron et Seube, 1973: 197). بدین سان، موضوع تعهد مهم‌ترین رکن رابطه حقوقی بوده، که با از بین رفتن آن تعهد ساقط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۵: [الف]: ۵۴۲). از آنجا که تلف موضوع می‌تواند یکی از اسباب سقوط تعهدات و انتفای قرارداد باشد، قانون مدنی ما از این جهت ناقص بوده و دکترین اضافه شدن تلف مورد تعهد را به اسباب سقوط تعهدات، پیشنهاد داده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۷: ۱۹).

قانون مدنی فرانسه، سرفصلی را به عدم امکان اجرا اختصاص داده است که شامل مواد ۱۳۵۱ و ۱۳۵۱-۱ است.^۱ ماده اخیر مقرر می‌دارد «در صورتی که عدم امکان اجراء ناشی از تلف شیء مورد تعهد باشد، اگر متعهد ثابت کند که، چنانچه تعهد اجراء هم شده بود، تلف رخ می‌داد، [...]، بری می‌شود». قانون مدنی ایران، مبحثی را به عدم امکان اجرای عقد یا تلف موضوع تعهد اختصاص نداده است. با این حال، مواد پراکنده‌ای در قانون مدنی ایران و فرانسه و همچنین خارج از آن می‌توان یافت که به تلف موضوع اشاره نموده‌اند که این تلف به عدم امکان اجرای قرارداد منتهی می‌گردد. بدین شکل، اگر حین عقد امکان اجرای آن وجود نداشته باشد، ضمانت اجرای آن بطلان معامله است (Planiol et Ripert et Esmein, 1931: 646)، که از موضوع این پژوهش خارج می‌باشد. آنچه در عمل بیشتر مبتلا به است، پس از انعقاد عقد، به خاطر از بین رفتن موضوع آن و همچنین در موردی که تعهد نسبت به مال آینده باشد، اجرای عقد غیرممکن گردد که در این وضعیت اخیر، سرنوشت

۱. ماده ۱۳۵۱-۱ جدید در بازنگری ۱۰ فوریه ۲۰۱۶ جایگزین مواد ۱۳۰۲ و ۱۳۰۳ شد که به تلف مورد تعهد پرداخته بودند.

عقد مشخص نشده است.

آنچه که در این تحقیق حائز اهمیت است، یافتن ضمانت اجرای مناسبی است که بتواند همه فروض عدم امکان اجرای قرارداد را، پس از انعقاد آن، انتظام بخشد. چرا که سرنوشت قرارداد، در صورت عدم امکان اجرا، در حقوق ما گاهی با انفساخ، گاهی بطلان و حتی گاهی هم فسخ ضمانت اجرا شده است و اتفاق نظری در میان نویسندگان مشاهده نمی شود. به رغم اینکه در قوانین فرانسه هم وضعیت مشابهی حاکم است ولی، قریب به اتفاق دکترین معتقدند که «انتفا» در مقایسه با سایر ضمانت اجراها، برای اعمال عدم امکان اجرای عقد و صیانت از حقوق طرفین مناسب است. با وجود اینکه، در حقوق فرانسه موضوع این پژوهش مورد توجه نویسندگان بوده و دارای اهمیت عملی و نظری فراوان است؛ ولی در حقوق ما، تحقیق مستقلی راجع به سرنوشت عقد، در صورت عدم امکان اجرای آن صورت نگرفته است و دکترین ما، در لابه لای مباحث کتب حقوقی، به صورت پراکنده به این مسئله و آثار آن پرداخته اند. بدین ترتیب، در صورت عدم امکان اجرای تعهد، به خاطر زوال موضوع معامله، یا مورد تعهد برخی نقاط تاریک و مبهم در مورد سرنوشت عقد وجود دارد که بعضاً منتج به راه حل های متناقضی نیز شده است. پژوهش حاضر در صدد آن است که در ابتدا، فروض مختلف عدم امکان اجرای عقد، پس از تشکیل آن، را بررسی و سپس آثار حقوقی و پیامدهای این عدم اجرا تشریح شود.

لازم به یادآوری است در حالت کلی، اسباب انتفای قرارداد را می توان شامل از بین رفتن موضوع عقد، از بین رفتن سبب، فوت یا زوال یکی از اوصاف در تعهدات قائم به شخص و عدم حصول معلق علیه در شرط تعلیقی دانست که حدوث هریک از فروض اخیر ممکن است به انتفای عقد بیانجامد. برای انسجام تحقیق حاضر، صرفاً به از بین رفتن موضوع عقد پرداخته خواهد شد. سایر فرضیات انتفاء از مبحث پژوهش حاضر خارج هستند.

۱. مفهوم و مبانی انتفا در صورت عدم امکان اجرا

برای ورود به بحث اصلی ایجاب می کند که به تعریف مفاهیم مهم این تحقیق مشتمل بر عدم امکان و انتفا پرداخته شود. «عدم امکان» از نظر لغوی به معنای محال بودن و ممکن نبودن آمده است (دهخدا، جلد ۲۲، عدم امکان). از نظر حقوقی هم از معنای لغوی خود دور نیفتاده است. عدم امکان^۱ خصیصه چیزی است که غیر ممکن است. فرهنگ حقوقی گرنو صفت غیر ممکن را این گونه توصیف می کند: «چیزی که نمی تواند به دلایل مادی (تلف، توقف ساخت، توفان) یا قانونی

1. Impossibilité

(ممنوعیت، سلب مالکیت، مصادره) با خصیصه نوعی (نه به سبب ضعف متعهد) و غیرقابل دفع (به طور مطلق)، محقق یا اجتناب شود، خواه اینکه عدم امکان هنگام تعهد وجود داشته باشد (عقد در این صورت به خاطر اینکه موضوع آن غیرممکن است، باطل است) یا اینکه عدم امکان بعداً حادث می‌شود» (Cornu, 2022, v° impossible). مثل رومی هم می‌گوید «هیچ کس به غیرممکن موظف نیست»^۱ (Roland, 2016 : 143). برخی نویسندگان کشورمان هم در این مفهوم از آن به عنوان «تعذر اجرای عقد» یاد می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۴۰).

انتفا نهدی است که به کمک آن می‌توان فرضیات گوناگون عدم امکان اجرای عقد را به خاطر تلف موضوع آن، در حقوق ایران و فرانسه، سازماندهی و توجیه‌پذیر نمود. هر چند ممکن است، مبانی، کارکردها و حتی آثار آن در نظام‌های حقوقی یکسان نباشد، ولی برای انسجام در بررسی آن، برابری که در سایر سیستم‌های حقوق در نظر گرفته شده، که شناخت آن‌ها در بررسی حقوق تطبیقی قطعاً می‌تواند سودمند واقع شود، آورده می‌شود. برابری که برای انتفای فرانسوی در صورت عدم امکان اجرا، به کار رفته است عبارتند از: برخی، واژه لپس^۲ (Deman, et. Julian, 2015 : 449) و بعضی دیگر (Ancel et Fauvarque-Cosson, 2019 : n° 408) (Séjan, 2020 : art.1186) کلمه کدوسیتی^۳ در زبان انگلیسی را معادل فرانسوی آن دانسته‌اند؛ در حقوق ایتالیا (*caducità*)؛ در حقوق اسپانیا (*caducidad*) و در حقوق آلمان (*Wegfall*) ترجمه شده است (Catala, 2011: art.1131). معادل آن در ماده ۱۰۹۰ قانون مدنی جدید آرژانتین (*frustración de la finalidad*) می‌باشد (Deshayes et al., 2018 : 397). در زبان عربی معادل الانعدام (Séjan, 2020, art.1186) دارد. به نظر نزدیک‌ترین مفهوم معادل انتفای حقوق فرانسه، فراستریشن^۴ در حقوق انگلیس است.

قبل از بازنگری ۲۰۱۶ حقوق قراردادهای فرانسه، یافتن گزینه قانونی مناسب که همه فروض زوال موضوع را وحدت ببخشد، با خلأ قانونی مواجه بود؛ هر چند که رویه قضایی تا حدودی این خلأ را پر نموده بود ولی کافی نبود. در بازنگری ۱۰ فوریه ۲۰۱۶ در ماده ۱۱۸۶ قانون مدنی نهاد انتفا تثبیت شد. بند ۱ ماده اخیر، انتفا را این گونه تعریف می‌کند: «عقدی که بصورت معتبر منعقد شده، اگر یکی از عناصر اساسی آن از بین برود، منتفی می‌شود [...]»^۵. برای اینکه بتوان از بین رفتن موضوع

1. Impossibilium nulla obligatio

2. lapse

3. Caducity

4. Frustration

5. “Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît(...)”.

عقد را با انتفا توجیه نمود، ضرورت دارد که عقد پس از تشکیل آن، یکی از «عناصر اساسی»^۱ خود را از دست بدهد. مادهٔ اخیر، عنصر اساسی را تعریف ننموده^۲ و مصادیق آن را بیان نکرده است و این مسئله مورد انتقاد دکتربین بوده است.

مادهٔ ۱۱۲۸ قانون مدنی فرانسه که برای انعقاد عقد سه شرط را ضروری می‌داند: رضای طرفین؛ اهلیت آن‌ها و محتوای مشروع و معین. وجود رضا و اهلیت تنها برای انعقاد قرارداد ضروری هستند و زوال آن‌ها پس از تشکیل قرارداد خدشه‌ای به آن وارد نمی‌کند؛ بنابراین، این دو شرط اخیر از موضوع بحث کنار گذاشته می‌شوند. آنچه باقی می‌ماند بند ۳ است که «محتوای»^۴ عقد را بیان می‌دارد. واژه‌نامهٔ حقوقی کُرنو، محتوا را اینگونه توصیف می‌کند: محتوا در زمینهٔ قراردادی، ماهیت عقد را تعیین می‌کند که به طور مرسوم، شامل موضوع و سبب عقد است (Cornu, 2022: 225). بدین‌شکل، وجود موضوع نه تنها هنگام انعقاد قرارداد ضروری است، بلکه بقای آن، پس از تشکیل قرارداد تا اجرای کامل آن ضرورت دارد و در صورت از بین رفتن بعدی آن، اجرای قرارداد را غیرممکن و در نتیجه عقد منتفی می‌شود. بنابراین، در صورت عدم امکان اجرای قرارداد، تنها می‌توان فرضیهٔ توسل

۱. برخی عناصر اساسی را عناصری دانسته‌اند که بعد از انعقاد عقد، مستعد از بین رفتن هستند یا زوال یک عنصر از محتوای اقتصادی عقد و به ویژه سبب تعهد وقتی که سبب مذکور به طور مداوم مورد نیاز باشد (Mignot, 2017: 7). به زعم بعض دیگر، عنصر اساسی کم‌وبیش می‌تواند به هر عنصر تعیین‌کننده (déterminant) در انعقاد و اجرای قرارداد اشاره داشته باشد، امری که به‌گونه‌ای نسنجیده به گسترش دامنهٔ اعمال انتفا منتهی می‌شود (Houtcieff, 2020: 413). به طور خلاصه عناصر اساسی را می‌توان این‌گونه تعریف نمود: عناصری هستند که از نظر متعاقدين یا قانون از لحظهٔ انعقاد عقد تا اجرای آن، بر وجود و استمرار آن تأکید می‌شود، خواه این عناصر از محتوای عقد ناشی شود، خواه یک عنصر خارجی.

۲. مادهٔ ۱۱۸۶ قانون مدنی فرانسه «عنصر اساسی» را تعریف ننموده است که انتقادات دکتربین را در پی داشته داشته است. «حداقل‌ترین چیزهایی که مصوبه بایستی به طور شفاف بیان می‌کرد این است که کدامین عناصری مهم هستند و از چنان ماهیتی ویژه‌ای برخوردارند که، به طور کلی، یعنی برای هر عقدی، نه تنها شرایط انعقاد آن بلکه حتی شرایط بقاء آن را نیز تعیین می‌کنند. بدون انجام چنین کاری، بند ۱ مادهٔ ۱۱۸۶ جز پرسشی ساده که نیازمند پاسخ است، و حتی می‌توان گفت نوعی سهل‌انگاری قانون‌گذارانه، نیست» (Deshayes et al., 2018 : 394).

۳. عدم مشروعیت (غیرقانونی) موضوع یا هدف قرارداد، از بین رفتن عوض در عقود معوض یا جهت یا داعی در عقود غیر معوض، را از مصادیق عناصر اساسی دانسته‌اند که زوال آن‌ها، انتفای عمل حقوقی را توجیه می‌کنند (Terré et al., 2018 : n°591). موادی از قانون مدنی که نسبی هستند و امکان‌پذیری موضوع را مطرح می‌کنند (مواد ۱۱۶۳ الی ۱۱۶۷) و مشروع بودن هدف قراردادی (مادهٔ ۱۱۶۲) و منفعتی که یک متعاقد را به تعهد وارد نموده است از عناصر اساسی تلقی می‌شوند.

به انتفای عقد را پروراند که می‌تواند فرضیات مختلفی را در برگیرد. در حقوق ما نهاد مناسبی که بتوان در همه فروض عدم امکان اجرای تعهد اعمال نمود، پیش‌بینی نشده است. برخی، عقدی که به صورت صحیح واقع شده و به جهت وقوع علت خارجی، اجرای تعهد کلاً یا جزئاً متعذر شده را تعذر اجرای عقد نامیده‌اند (لنگرودی، ۱۳۸۸، ۷۴۰) و بعضی دیگر، حکم ناممکن شدن اجرای تعهد پس از تشکیل قرارداد را «انفساخ» دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۹۵: ۱۲۲) هر چند که در این خصوص نیز اتفاق نظر وجود ندارد.

رساله‌هایی هم که در حقوق فرانسه به بررسی انتفا پرداخته‌اند، از بین رفتن مادی مورد تعهد و عدم امکان اجرا به لحاظ قانونی، زوال ثمن و از بین رفتن مال آینده را با نهاد انتفا قابل توجیه دانسته‌اند (Garron, 2000: 105 et s; Pelletier, 2004: 69 et s; Chaaban, 2006: 33 et s) و جایگاهی برای فورس ماژور در این موضوع قائل نشده‌اند که ممکن است موجب خلط بین دو نهاد فورس ماژور و انتفا گردد. برای اینکه فورس ماژور از موضوع پژوهش حاضر کنار گذاشته شود و عدم امکان اجرای قرارداد، به خاطر از بین رفتن مورد موضوع، با انتفا توجیه شود قبل از همه، شایسته است که شباهت‌های بین این دو نهاد روشن شود و سپس به تفاوت‌های آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۲. تمیز انتفا از فورس ماژور

یکی از دلایلی که سبب شده تا از پرداختن به انتفا در حقوق ما غفلت شده باشد، وجود نهاد فورس ماژور^۱ بوده است و به نظر می‌رسد که در اغلب موارد حقوق‌دانان ما «فورس ماژور» و «انتفا» را یکی دانسته‌اند و به همین خاطر در آثار آن‌ها به بررسی انتفا توجه نشده است. دلیل دیگری هم که می‌توان ذکر کرد، این است که در قانون مدنی فرانسه جایگاهی برای انتفا اختصاص نیافته بود. مصوبه ۱۰ فوریه ۲۰۱۶ که سپس به عنوان قانون شماره ۲۷۸-۲۰۱۸، ۲۰ آوریل ۲۰۱۸ تصویب شد، در ماده ۱۱۸۶ انتفا در زمینه قراردادها را تثبیت نمود. برای کنار گذاشتن فورس ماژور در صورت عدم امکان اجرای تعهد در وهله اول، ایجاب می‌کند که شباهت این دو نهاد مشخص گردد سپس به تفاوت‌های آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۲-۱. شباهت انتفا و فورس ماژور

هر دو مورد باعث انحلال قهری قرارداد می‌شوند؛ در صورت عدم تقصیر طرفین، تعهدات آن‌ها

۱. بند اول ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی فرانسه تصریح می‌کند: در قراردادها، وقتی که یک رویداد خارج از کنترل متعهد باشد، که در زمان انعقاد قرارداد به طور معقول امکان پیش‌بینی آن وجود نداشته است و مدیون نمی‌توانسته از آثار آن به وسیله تدابیر مناسب احتراز نماید، به گونه‌ای که وقایع مانع از اجرای تعهد توسط مدیون گردد، فورس ماژور وجود دارد.

ساقط و زیان دیده نمی تواند مطالبه خسارت نماید.^۱ با این حال، برخی معتقدند که در اثر فورس ماژور تعهدات قراردادی طرفین ساقط نمی گردد و صرفاً پرداخت خسارت ساقط می شود (نیکبخت، ۱۳۷۶: ۱۰۸). به نظر می رسد که این نظر قابل پذیرش نیست چرا که اولاً، اگر بر اثر قوه قاهره یکی از طرفین قادر به انجام تعهد خویش نباشد با توجه به پذیرش نتیجه اصل همبستگی تعهدات، تعهد طرف دیگر نیز ساقط خواهد شد (صفایی، ۱۳۹۷: ۳۸) ثانیاً، بند ۲ ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی فرانسه نیز به صراحت اعلام می کند: اگر مانعی که از فورس ماژور به وجود می آید دائمی باشد قرارداد به صورت قهری (résolution de plein droit)^۲ پایان می پذیرد و طرفین از تعهداتشان بری می شوند. علاوه بر این، ماده ۱۱۸۷ قانون اخیر، در ضمانت اجرای انتفا مقرر می دارد که: انتفا به قرارداد خاتمه^۳ می دهد. بنابراین، می توان نتیجه گرفت که ضمانت اجرای فورس ماژور و انتفا، انحلال خودکار قرارداد می باشد. علیرغم، شباهت هایی که بین فورس ماژور و انتفا بیان شد؛ تفاوت هایی نیز بین آن ها وجود دارد که به برخی از آن ها اشاره می گردد.

۲-۲. تفاوت انتفا و فورس ماژور

۲-۲-۱. تفاوت در عنصر و دامنه اعمال

به طور مرسوم، برای تحقق فورس ماژور شروط سه گانه غیر قابل پیش بینی^۴، غیر قابل اجتناب^۵ و خارجی بودن^۶ رویداد را ذکر می کنند. صرف بیان این ویژگی ها، نشان می دهد که شرایط فورس ماژور محدودتر از شرایطی است که بر مبنای آن ها زوال یکی از عناصر اساسی در اجرای عمل حقوقی موجب اعمال انتفا می گردد. علاوه بر این، می توان گفت، هنگامی که فورس ماژور موجب عدم امکان مطلق و دائمی اجرای تعهد می شود، در این صورت «بنابراین فورس ماژور به طریق اولی یک سبب انتفا است» (pelletier, 2004: 66). بدین ترتیب، شروط سه گانه فورس ماژور برای کاربست انتفا ضروری نیستند. بدین شکل، اولین تفاوت بین انتفا و فورس ماژور در شرایط تحقق آن ها می باشد. تحقق فورس

۱. بند ۲ ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی فرانسه مقرر می دارد: «در صورتی که مانع اجرای تعهد دائمی باشد، قرارداد بطور قهریایی پایان می پذیرد و طرفین از تعهدات خویش بری می شوند [...]».

۲. در فرض عدم امکان قطعی اجرا و فقدان شرط فاسخ صریح، با وجود اصل فسخ قضایی (résolution judiciaire)، قرارداد به صورت خودکار منحل می گردد (Tirel, 2018: 204). همان گونه که شعبه تجاری دیوان عالی در رأی شماره ۸۰-۱۶۶۷۸، ۲۸ آوریل ۱۹۸۲ این مسئله را تایید کرده است که «درخواست فسخ قضایی در فرض عدم امکان اجرای قطعی ضروری نمی باشد».

3. met fin à

4. imprévisible

5. irrésistible

6. extériorité

ماژور که مانع از عدم امکان اجرای عقد توسط متعهد می‌گردد، از یک رویداد خارجی مانند آتش‌سوزی، جنگ، زلزله، سیل، ناشی می‌شود که اجرای تعهدات را غیرممکن می‌سازد. در حالی که، انتفا، زوال یک عنصر داخلی^۱ را اقتضا می‌کند که لزوماً اجرای آن را غیرممکن نمی‌سازد (Seube, 2017: 14). به نظر می‌رسد که مشروط دانستن انتفا به زوال یک عنصر داخلی صحیح نباشد، چرا که در برخی از موارد بروز یک رویداد خارجی نیز می‌تواند انتفای قرارداد را در پی داشته باشد، مانند از بین رفتن عین مستأجره در پی حوادث غیرمترقبه. همچنین ممکن است زوال عناصر اساسی قرارداد، هیچ ارتباطی به حادثه خارجی با شرایط فورس ماژور نداشته باشد، مثل عدم تحقق معلق‌علیه در شرط تعلیقی یا فوت و زوال ویژگی‌های مورد نظر در شخص متعهد در تعهداتی که قائم به شخص هستند. بدین‌سان، دامنه انتفا وسیع‌تر از فورس ماژور می‌باشد. با کمی مسامحه می‌توان گفت که رابطه آن‌ها عموم و خصوص مطلق است. حقوق‌دانانی هم که فورس ماژور را با فراسترشین در حقوق انگلستان بررسی نموده‌اند، چنین دیدگاهی را مطرح نموده‌اند که دامنه انتفا عام‌تر از فورس ماژور می‌باشد (صفایی، ۱۳۹۵: ۳۹۷؛ صادقی مقدم، ۱۳۹۰: ۱۹۸). هرچند که این دیدگاه صحیح می‌باشد، ولی حقوق‌دانان ما در معادل دانستن فورس ماژور با فراسترشین در حقوق انگلستان به خطا رفته‌اند، چرا که، معادل دقیق‌تر «فراسترشین» در حقوق انگلستان، «انتفا» در حقوق فرانسه می‌باشد نه فورس ماژور.

۲-۲-۲. عدم تحقق فورس ماژور در قراردادهای مرتبط

یکی دیگر از تفاوت‌های برجسته نهاد فورس ماژور با انتفا، در «انتفای قراردادهای مرتبط»^۲ است. بند دوم ماده ۱۱۸۶ قانون مدنی فرانسه در تعریف عقود اخیر بیان می‌دارد: «هنگامی که اجرای چند قرارداد در انجام عملیات واحد ضروری است و یکی از آن‌ها از بین برود، قراردادهایی که اجرای آنها بخاطر این زوال غیرممکن شده [...]، منتفی هستند». بنابراین، در قراردادهای مرتبط از بین رفتن یکی از قراردادهای می‌تواند انتفای سایر قراردادها را در پی داشته باشد. صرف‌نظر از اینکه قرارداد اولی باطل یا فسخ یا منفسخ شده باشد، قراردادهای مرتبط منتفی می‌شوند. در حالی که، در فورس ماژور چنین قاعده‌ای رعایت نمی‌شود و از بین رفتن، یک قرارداد به علت وجود فورس ماژور، الزاماً تأثیری بر سایر قراردادهایی که به آن وابسته‌اند، ندارد.

۲-۲-۳. تعلیق ناپذیری انتفا

در اثر فورس ماژور ممکن است که اجرای قرارداد با مانع موقت روبه‌رو شود. در صورتی که، عدم اجرا به طور موقت باشد، اجرای تعهد به حالت تعلیق در می‌آید و اجرای تعهد با تأخیر صورت

1. interne

2. contrats interdépendants

می‌گیرد. ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی فرانسه بیان می‌دارد: «[...] در صورت فورس ماژور/ وقتی که عدم اجر موقتی باشد، اجرای تعهد تعلیق می‌شود». در عوض، حتی اگر انتفای «جزئی»^۱ به رسمیت شناخته شود^۲ و مورد تعهد به صورت جزئی از بین برود و در نتیجه آن، اجرای قرارداد غیرممکن شود، قرارداد به صورت خوکار از بین خواهد رفت و تعلیق در انتفا راه ندارد.

۳. وضعیت‌های گوناگون عدم امکان اجرای قرارداد

عدم امکان اجرای موضوع می‌تواند، به صورت مادی یا قانونی، اتفاق بیافتد. قانون مدنی فرانسه و کشورمان ب صورت محدودی صرفاً از بین رفتن مادی موضوع عقد را پیش‌بینی کرده‌اند مانند، تلف عین مستأجره در عقد اجاره. بدین شکل، برای توجیه قراردادی که به لحاظ قانونی غیرممکن شده یا نسبت به مال آینده که مورد تعهد بوده است، ناکارآمد هستند که، اقتضا می‌کند به این فروض مهم که عدم امکان اجرا را تشکیل می‌دهند پرداخته شود.

۳-۱. از بین رفتن مادی موضوع عقد

هر قراردادی می‌بایستی دارای موضوع تعهد بوده که مربوط به حال یا آینده باشد و این موضوع باید امکان‌پذیر، معین و قابل تعیین باشد (ماده ۱۱۶۳ قانون مدنی فرانسه). از بین رفتن مادی کل

1. Partielle

۲. درخصوص تلف جزئی، دکترین فرانسوی، به کاربرد ماده ۱۷۲۲ قانون مدنی فرانسه اشاره می‌کنند، زیرا، این ماده به صراحت به زوال جزئی موضوع می‌پردازد. «از این رو، ویژگی جزئی تلف عین مستأجره را باید، قبل از همه، در رابطه با قصد قراردادی ارزیابی کرد. در نتیجه، قصد مشترک طرفین، به عنوان معیار ارزیابی این تلف به کار می‌رود. از آن نتیجه می‌شود، شیء که در حقیقت، هیچ گونه تلف مادی را متحمل نشده است را می‌توان، در معنای ماده ۱۷۲۲، به عنوان «تلف شده» در نظر گرفت، وقتی که در پی رویدادی، مستأجر امکان انتفاع از عین مستأجره و استفاده از آن، مطابق با مقصود خود را از دست می‌دهد. از یک طرف، این مراجعه به قصد طرفین به نفع فسخ برای آتیه‌ای (résiliation) محدود می‌شود. یعنی انتفا - یا حفظ قرارداد، به محض اینکه تلف واقعی اما صرفاً جزئی عین مستأجره، استعمال مال غیر منقول را مطابق با مقصود غیرممکن می‌کند یا خیر» (Garron, 2000 : 122 et 123). قانون مدنی ما هم در ماده ۴۸۶ تلف جزئی، را پیش‌بینی کرده است و به مستأجر این امکان را داده که اجاره را برای بقیه مدت فسخ یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره بنماید. اگر موضوع تعهد تجزیه‌ناپذیر باشد، و تلف بخشی از آن موجب از مالیت افتادن همه آن شود، در این صورت، تلف بخشی از موضوع تعهد در حکم تلف تمام آن است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۵۴۴). انتفای جزئی مورد مخالفت برخی قرار گرفته است با این استدلال که تلف جزئی نمی‌تواند سقوط عمل حقوقی را به شکلی خودکار در پی داشته باشد، چرا که بخشی از عمل حقوقی همچنان قابل اجراست (Pelletier, 2004 : 64). به عبارت دیگر، تلف جزئی با قهری بودن انتفا سازگاری ندارد، چرا که ماده ۱۷۲۲ قانون مدنی فرانسه و ماده ۴۸۳ قانون مدنی کشورمان در صورت تلف بعض عین مستأجره، این اختیار را به مستأجر می‌دهد که اجاره را نسبت به بقیه فسخ یا مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره نماید، که با طبیعت خودکاری بودن انتفا منطبق نیست.

موضوع معامله، اولین سبب عدم امکان اجرا است که منتهی به انتفا می‌گردد. به عبارت دیگر، انتفا، منشأ خود را در عدم امکان اجرای مربوط به موضوع قرارداد می‌یابد (Mousseron et al, 2010: 527). تلف مادی موضوع قرارداد را می‌توان رایج‌ترین نوع انتفا نامید. مواد ۱۳۰۲ و ۱۳۰۳ قانون مدنی سابق فرانسه احکام و آثار تلف مورد تعهد را مقرر کرده بودند که در بازنگری ۲۰۱۶، ماده ۱۳۵۱-۱ جایگزین مواد سابق شد. ماده اخیر مقرر می‌دارد: «در صورتی که عدم امکان اجرا ناشی از تلف شیء مورد تعهد باشد، اگر متعهد ثابت کند، چنانچه تعهد اجراء هم شده بود، تلف رخ می‌داد [...]، بری می‌شود». در قانون مدنی ایران و فرانسه مواد پراکنده‌ای را می‌توان یافت که در آن‌ها از بین رفتن موضوع قرارداد، موجب انتفای آن می‌شود. برجسته‌ترین و ملموس‌ترین نمونه‌ای که در حقوق دو کشور در این زمینه می‌توان یافت و بدان استناد نمود، مواد ۱۷۲۲ قانون مدنی فرانسه و ۴۸۳ قانون مدنی ایران است. طبق ماده ۱۷۲۲ قانون مدنی فرانسه: اگر در مدت اجاره، عین مستأجره به واسطه حادثه غیر مترقبه کلاً از بین برود عقد اجاره به صورت قهری منفسخ می‌شود^۱. ماده اخیر نمونه‌ای کامل از انتفا در حقوق فرانسه است (Bénabent, 2021: 283; Seube, 2017, n° 20; Terré et al: 664; Malinvaud et Mekki, et Seube, 2021: 412) که مقررات مربوط به تلف عین مستأجره را بیان کرده است (Picod, 2019: n° 21) که در پی زوال یک عنصر اساسی در بقای عقد، در این مورد، موضوع آن (بند ۱ ماده ۱۱۸۶ قانون مدنی فرانسه) را تشریح می‌کند (Puig, 2019: 605; Raynard et Seube, 2019: 333). به زعم برخی هم، «از مواد ۱۷۲۲ و ۱۷۴۴ قانون مدنی (تلف عین مستأجره) اصلی استنباط می‌شود که به موجب آن اگر در جریان عقد شیء از بین برود، قرارداد نیز پیش از موعد و به طور خودکار از بین می‌رود: اگرچه به گونه دیگری بیان شده‌اند، فروض بیان شده در مواد ۱۷۲۲ و ۱۷۴۱ نمونه‌هایی از انتفا تلقی می‌شوند» (Mousseron et al, 2010: 527).

از دیگر موارد عدم امکان اجرا می‌توان به ماده ۱۳۵۱-۱ قانون مدنی فرانسه اشاره داشت که تلف مورد تعهد را سبب سقوط تعهد دانسته است: «هرگاه عدم امکان اجرا، ناشی از تلف موضوع تعهد باشد، مستنکف از انجام تعهد در صورتی بری می‌شود که، ثابت نماید که حتی اگر تعهد اجرا شده بود هم باز تلف محقق می‌شد»^۲. برخی از حقوق‌دانان ما هم از بین رفتن موضوع را به عنوان تعذر

۱. ماده ۱۷۲۲ قانون مدنی فرانسه اصطلاح «résilié de plein droit» را برای انفساخ عقد اجاره به کار بسته است که بیشتر به معنی «فسخ آتی‌ای» است. بیشتر نویسندگان فرانسوی عبارت اخیر و مفهوم ماده را منطبق با «انتفا» دانسته‌اند (Tirel, 2018 : 202).

2. «Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée».

اجرای مطلق و دائمی قلمداد نموده‌اند که در نتیجه تحقق آن تعهد ساقط و قرارداد منحل می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۷: ۲۲۱؛ صفایی، ۱۳۹۷: ۳۱۸). قانون مدنی ما، تلف موضوع تعهد را از اسباب سقوط تعهدات نیاورده است، ولی نمونه‌هایی از تلف موضوع قرارداد در قانون مدنی ما هم یافت می‌شود. ماده ۴۸۳ قانون مدنی در عقد اجاره، تلف عین مستأجره را موجب انفساخ آن می‌داند؛ تلف موضوع حق انتفاع (بند ۲ ماده ۵۱)؛ در عقد مزارعه به خاطر فقدان آب یا سایر عوامل، زمین قابلیت انتفاع را دست دهد، عقد منفسخ می‌شود (ماده ۵۲۷)؛ همین حکم را به عقد مساقات هم می‌توان تعمیم داد؛ در صورت از بین رفتن تمام سرمایه و ربح (بند ۴ ماده ۵۵۱) در عقد مضاربه؛ به نظر تلف موضوع قرض نیز از موارد انتفای عقد است هر چند که ماده ۶۴۹ قانون مدنی به صراحت به این موضوع اشاره‌ای نداشته اما می‌توان از آن چنین مفهومی را استنباط نمود؛ تلف تمام مال شرکت (بند ۲ ماده ۵۸۷)؛ همچنین، ماده ۸۰۲ در خصوص عقد هبه بیان کرده که «اگر قبل از قبض و اهب یا متهب فوت کند هبه باطل می‌شود.» این گونه به نظر می‌رسد که مقنن بطلان را در معنای عام خود به کار برده است، چرا که بطلان ضمانت اجرای عقدی است که هنگام تشکیل عمل حقوقی فاقد یکی از شرایط اساسی برای انعقاد عقد بوده است، در اینجا عقد هبه به صورت صحیح منعقد شده است و فوت یکی از طرفین را باید از موارد انتفای عقد تلقی نمود. در عقد وکالت هم اگر مطابق ماده ۶۸۳ «هرگاه متعلق وکالت از بین برود [...] وکالت منفسخ می‌شود.» مأموریت محوله به وکیل اگر بدون موضوع شود (Bénabent, 2021: 188). پس نمونه‌های فراوانی را در قانون مدنی ما می‌توان یافت که از بین رفتن موضوع عقد را می‌توان از موارد انحلال بیان نمود. با این وجود، هرچند در این موارد نیز، در خصوص باطل بودن یا منحل شدن قرارداد از حین زوال موضوع اختلاف نظر وجود دارد؛ کما اینکه در تعبیر به «بطلان قرارداد» در ماده ۴۸۱ قانون مدنی اختلاف نظر به وجود آمده است و برخی آن را صحیح (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۳۵-۴۳۴؛ شهیدی، ۱۳۹۳: ۵۰)، برخی دیگر حمل بر مسامحه قانون‌گذار کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۳۰۱) و بعض دیگر بطلان موضوع ماده اخیر را نزدیک به مفهوم انفساخ دانسته‌اند (صفایی، ۱۳۹۷: ۴۰).^۱ مرحوم استاد کاتوزیان، در مقام تفسیر ماده ۴۸۳ قانون مدنی مرقوم داشته‌اند که «مبانی تاریخی قانون مدنی نشان می‌دهد که دو ماده ۳۸۷ در بیع و

۱. رویه قضایی ایران هم در این فروض متمایل به انفساخ است. «از مواد ۴۷۱، ۴۸۱ و ۴۹۶ قانون مدنی و مواد دیگری که در نظایر اجاره، مزارعه و غیره استنباط می‌شود که عین مستأجره باید به قابلیت انتفاع باقی باشد و در صورتی که از ابتداء قابل انتفاع بوده و در اثناء مدت از قابلیت انتفاء خارج شود، از آن زمان به بعد اجاره منفسخ می‌شود» (رای شماره ۶۴۴-۱۳۱۷/۳/۱۱، متین دفتری، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، ص ۱۵).

۴۸۳ در اجاره دو مصداق از یک قاعده و سبب مشترک داد». در ادامه استدلال می‌کنند که در عقد اجاره تا وقتی که عین موجود است منفعت همراه آن وجود دارد و تلف عین بیانگر این است که «منفعت نسبت به بقیه مدت از آغاز موجود نبوده است»، نویسنده اخیر، استعمال واژه «انفساخ» را صحیح نمی‌داند و بیان داشته‌اند که «اجاره نسبت به مدت باقی مانده باطل می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۹۶).^۱ به نظر می‌رسد که این استدلال قابل بحث باشد و از مبانی حقوقی قوی برخوردار نباشد. آنجا که ایشان مرقوم داشته‌اند، در صورت تلف عین فرض شود که منفعت نسبت به بقیه از آغاز موجود نبوده است. همان گونه که قبلاً هم اشاره شد، عقد با وجود همه عناصر اساسی که برای انعقاد آن ضروری هستند، تشکیل شده است پس اولاً برای باطل شمردن این عقد، باید از یک مبنای حقوق قوی برخوردار باشد که در مانحن فیه مشاهده نمی‌شود. ثانیاً با اصل لزوم و صحت قراردادها هم تعارض دارد، چگونه می‌توان عقدی که به صورت صحیح شکل یافته را باطل فرض کرد. برای حل این مسئله با کنار گذاشتن بطلان می‌توان پیشنهاد داد که عقد اجاره تا زمان تلف عین مستأجره، معتبر و آثار آن جاری و ساری بوده است و پس از تلف برای آینده متوقف و در نتیجه عقد منتفی می‌شود.

خارج از مقررات قانون مدنی، قوانین دیگری نیز، انتفای قرارداد را در صورت تلف موضوع بیان کرده‌اند. ماده ۵۳ قانون اراضی ۱۲۵۳-۶۷، ۳۰ دسامبر ۱۶۹۷ فرانسه راجع به این مورد مقرر کرده: «اگر در طی دوره امتیاز بهره‌برداری [از معدن]، مال غیر منقول بر اثر حادثه‌ای غیر مترقبه، کلاً تلف شود، امتیاز بهره‌بردار بصورت قهری منفسخ می‌شود^۲». نمونه دیگری از انتفا، مربوط به تلف موضوع بیمه‌نامه است؛ ماده ۹-۱۲۱ مجموعه قوانین بیمه‌ای فرانسه تصریح می‌کند: «در صورت تلف کل موضوع بیمه، که ناشی از یک رویداد پیش‌بینی نشده، برای شرکت بیمه باشد، بیمه‌نامه بصورت قهری پایان می‌یابد». مقررات بیمه‌ای ما در این خصوص ساکت است اما منعی برای اعمال همین قاعده در مقررات بیمه‌ای ما وجود ندارد و از بین رفتن موضوع بیمه می‌تواند موجب انفساخ قرارداد بیمه شود (برادران، ۱۳۸۵: ۷۴). در نتیجه نمونه‌ای که تعداد آن‌ها کم هم نیستند نشان می‌دهد که قانون‌گذار در اغلب موارد، موضوع عقد را جزء عناصر اساسی عقد تلقی و در نتیجه، از بین رفتن

۱. روان‌شاد دکتر کاتوزیان در مقام تفسیر ماده ۴۹۶ که به تلف عین مستأجره اشاره کرده است، کاربست واژه «بطلان» را با طبیعت اجاره سازگارتر دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۳۴)؛ از نظر برخی دیگر، عبارت «باطل می‌شود» در ماده ۴۹۶ که به دنبال عبارت «از تاریخ تلف» آمده است، بیانگر آن است که مقنن بطلان را در معنای اخص آن به کار نبرده است و از عبارات ماده اخیر، استنباط می‌شود که منظور انفساخ قهری عقد از زمان تلف می‌باشد (نهرینی، ۱۳۹۵: ۲۹۴).

۲. در این مورد هم مقنن اصطلاح «résilié de plein droit» را استعمال کرده است از آن به انتفا تعبیر می‌شود.

آن پس از انعقاد عقد و در حین اجرای آن را موجب انتفای عقد می‌داند.

۲-۳. از بین رفتن قانونی موضوع عقد

پس از تشکیل عقد، تحت تأثیر برخی از اوضاع و احوال، بی‌آنکه موضوع تعهد یا عقد به صورت مادی از بین برود، ممکن است اجرای آن از نظر قانونی غیرممکن گردد. این فرض اخیر را هم باید از موارد عدم امکان اجرا محسوب نمود که می‌تواند به تلف حکمی تعبیر شود.^۱ به عنوان مثال، قراردادی برای واردات قطعات خودرو، بین یک شرکت خودروساز داخلی با یک قطعه‌ساز خارجی منعقد می‌گردد، دولت به خاطر حمایت از صنعت داخلی واردات قطعات خارجی را ممنوع اعلام می‌کند یا اینکه مورد تعهد حمل کالا بوده که پس از انعقاد قرارداد، قانون جابه‌جایی آن را ممنوع اعلام می‌نماید (شهیدی، ۱۳۹۷: ۲۲۱) یا ممکن است برخی موانع قانونی از طرف دولت ایجاد شود یا مرجع قضایی کامیونی را که به حمل کالا اختصاص دارد مصادره کند و امکان فراهم کردن وسیله جایگزین هم وجود نداشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵/۴: ۱۹۰) یا قرارداد حمل و نقل یا تحویل به‌خاطر ممنوعیت‌های دولتی یا اداری غیرممکن گردد (Bénabent, 2021: 283). لغو مجوز فعالیت یا پروانه نیز از مصادیق انتفا می‌باشد. مثلاً اگر وکیل دادگستری با موکل خویش قرارداد وکالت منعقد نماید و سپس پروانه وی لغو شود، قرارداد وکالت نیز به تبع آن منتفی می‌شود (شیروی، ۱۴۰۰: ۳۰۷). بنابراین، پس از انعقاد عقد، اگر قانون، دستورالعمل، بخشنامه، موضوع تعهد که توسط متعهد بر عهده گرفته شده را، نامشروع اعلام کند، تعهد ساقط می‌شود و این سقوط اغلب «بطلان» نامیده می‌شود (Ripert et Boulanger, 1957: 699). حتی خود نویسندگان اخیر هم در ادامه اذعان می‌دارند که واژه بطلان از نظر حقوقی خالی از ایراد نیست. برخی مقررات تجاری نیز از «انتفای» قرارداد الهام گرفته‌اند، بدین ترتیب، ماده ۱۲ آیین‌نامه شماره ۶۶-۱۰۷۸ مورخ ۳۱ دسامبر ۱۹۶۶ فرانسه، مربوط به کرایه کشتی، هرگونه اقدام دولت یا هر رویداد فورس ماژور که قبل از حرکت کشتی روی دهد و اجرای سفر را غیرممکن سازد، انتفا تلقی می‌کند. علاوه بر این، ماده ۶۹ آیین‌نامه اخیر نیز، همان راه‌حل را در چهارچوب قرارداد حمل و نقل مسافر پذیرفته است (Garron, 2000: 117). ماده ۱۳۱ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ کشورمان نیز، مقررات مشابهی را وضع کرده است؛ هرگاه کشتی به علت ممنوع بودن تجارت با بندر مقصد نتواند حرکت کند، قرارداد مسافرت کان‌لم‌یکن می‌شود. ماده ۱۰۴ قانون اخیراً ممنوع بودن تجارت با کشور

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص تلف حکمی به مقاله «مفهوم و قلمرو تلف حکمی موضوع عقد با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان» مراجعه شود (آقاخانی، ۱۴۰۱).

۲. ماده ۱۰۴ قانون دریایی کشورمان که مقتبس از ماده ۱۲ آیین‌نامه قراردادهای کرایه کشتی و حمل و نقل دریایی،

مقصد کالا را از موارد فسخ تلقی می‌کند. ضمانت اجرای پیش‌بینی شده در این ماده، علاوه بر آنکه با ضمانت اجرای ماده ۱۳۱ آن قانون در تعارض است که «کان‌لم‌یکن» بودن را مقرر کرده است، بلکه حکایت از عدم وجود تدبیری مناسب برای موقعیت‌های مورد بحث دارد؛ اصولاً کان‌لم‌یکن بودن قرارداد، بیش از هر نهاد دیگری با بطلان قرارداد انطباق دارد، درحالی‌که از میان رفتن ظرفیت قانونی اجرای عقد پس از انعقاد آن نباید باعث بطلان قرارداد صحیح منعقد گردد، همچنان‌که پیش‌بینی فسخ برای چنین موردی، با فلسفه وجودی فسخ و مصادیق آن در قوانین موجود انطباق ندارد. بنابراین، آنچه منطقی است در این موارد اعمال گردد، انتفای قرارداد است که آثار و نتایج پیش و پس از انتفای قرارداد را هم به خوبی توجیه کرده و وحدت می‌بخشد.

۳-۳. عدم امکان اجرای تعهد به صورت وحدت مطلوب

تحت برخی شرایط، نه موضوع قرارداد به صورت مادی از بین می‌رود و نه از لحاظ قانونی اجرای آن غیرممکن می‌گردد، اما انجام تعهد مقید به موعد خاصی می‌باشد، به عنوان مثال، شخصی تالار پذیرایی را برای مراسم ازدواج خود به تاریخ مشخصی تدارک می‌بیند، ولی به علت تشدید پاندمی و ویروس کرونا در تاریخ مقرر، امکان پذیرایی از مهمان توسط تالار وجود نداشته باشد در نتیجه اجرای تعهد غیرممکن می‌گردد. در مثال یادشده چون انجام تعهد مقید به موعد معین بوده و پس از آن مطلوبیت خود را از دست می‌دهد، مانند این است که برای همیشه غیرممکن شده است. دکترین ما به ناممکن شدن اجرای تعهد که به صورت وحدت مطلوب بوده توجه داشته‌اند. نمونه‌ای دیگر آژانس هواپیمایی تعهد حمل هوایی شرکت‌کنندگان در کنفرانسی را برعهده گرفته باشد که در تاریخ‌های معین کنفرانس برگزار می‌گردد، و در تاریخ‌های مقرر، به علت بسته شدن خطوط هوایی، اجرای تعهد ناممکن شود (شهیدی، ۱۳۹۷: ۲۲۲). از آنجا که انجام تعهد خارج از موعد مقرر، موضوع قرارداد نمی‌باشد، در این صورت با گذشتن موعد مقرر تعهد ساقط می‌گردد (امامی، ۱۳۹۵: ۲۸۸) و موجب انفساخ عقد است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۴: ۲۸۱). از نظر بعضی، در صورتی که اجرای تعهد به صورت وحدت مطلوب باشد، با گذشتن موعد، آیا تعهد به صورت خودکار از بین می‌رود یا متعهدله می‌تواند آن را فسخ کند، بر این عقیده هستند که باید به اراده مشترک طرفین مراجعه کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴/۱۴۷). اما کشف اراده حقیقی طرفین در این فرض هم چندان آسان نیست. به‌زعم برخی، اگر اجرای عقد به صورت وحدت مطلوب مورد نظر متعاملین باشد و مورد معامله برای آن زمان، غیرمقدور گردد، معامله به لحاظ «فقدان موضوع» باطل خواهد بود (شهیدی،

۱۳۹۵ [الف]: ۲۹۴). از نظر ما استعمال اصطلاح «باطل بودن» هر چند در معنای عام آن باشد صحیح نمی‌باشد، قراردادی که با شرایط اساسی برای صحت معامله منعقد شده، سپس اجرای آن غیرممکن شده است را نمی‌توان باطل دانست و در این فرض قرارداد را باید منتفی قلمداد نمود.

۳-۴. عدم امکان اجرا نسبت به تعهد آینده

توسعه اقتصادی، تحولات حقوقی را هم به دنبال داشته است. به همین خاطر در حقوق معاصر پذیرفته شده که، موضوع تعهد، می‌تواند برای شیء آینده باشد و ضرورتی ندارد که مورد تعهد هنگام انعقاد قرارداد وجود داشته باشد چرا که در عمل، در بسیاری از موارد موضوع تعهد قراردادهای ملی و بین‌المللی مربوط به شیء آینده است. ساختمانی که ساخته خواهد شد؛ فروش وسیله نقلیه که در چند ماه آینده تحویل داده خواهد شد و هنوز تولید نشده است. مطابق بند ۱ ماده ۱۱۶۳ قانون مدنی فرانسه موضوع تعهد می‌تواند برای مال آینده باشد. پس، ضرورت ندارد که موضوع تعهد در لحظه تشکیل قرارداد وجود داشته باشد. کافی است که ماهیت آن به گونه‌ای باشد که گویا روزی وجود خواهد داشت. رومیان بیع مال آینده را «خرید شیء مورد انتظار»^۱ می‌نامیدند. بدین‌سان، ملاحظه می‌شود که قانون مدنی فرانسه در بخش قراردادهای تعهد برای موضوعات آینده را به صراحت پذیرفته است.^۲ از نظر برخی، اصطلاح اموال آینده در ماده اخیر باید در معنی موسعی در نظر گرفته شود. شیء آینده نه تنها در برگیرنده اشیای مادی است، بلکه همچنین حقوق را هم شامل می‌شود (Terré 404: 2018). همچنین، واگذاری منافع آینده یک طلب یا واگذاری طلب حق الزحمه‌های معمار برای کارهایی که توسط شهرداری سفارش داده شده است در حالی که تصمیم شورای شهر هنوز تصویب نشده است (Mouial-Bassilana et Racile, 2018: n°24) بدین‌طریق، هنگامی که قراردادی راجع به «شیء آینده» است، متعهد باید از قبل به نحوی عمل کند تا تعهدی که به او مربوط می‌شود، فی الواقع بتواند اجرا گردد. این امر مستلزم آن است که این موضوع، برای متعهد وجودی

1. Emptio rei speratat

۲. همچنین ماده ال. ۱-۲۱۷ قانون مصرف، مصوبه ۱۷ فوریه ۲۰۰۵ قابل اعمال در «قراردادهایی تأمین اموال منقول برای ساخت یا تولید» در آینده.

۳. با این حال، قراردادهای مربوط به اموال آینده بی‌خطر هم نیستند، زیرا متعاقد ممکن است برای سنجیدن ارزش آن مشکل پیدا کند. به همین خاطر برخی از مقررات، تعهد برای آینده را ممنوع کرده‌اند. از جمله: واگذاری حقوق تالیفی راجع به آثار آینده (ماده ال. ۱-۱۳۱ و ال. ۴-۱۳۲ قانون مالکیت فکری). همچنین باید به مسئله پیمان‌های مدنی همبستگی (pacte) راجع به ارث آینده اشاره کرد که مطابق بند ۲ ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی سابق فرانسه ممنوع بوده، البته این اصل با استثنائات قانونی زیادی هم مواجه بوده است.

حقوقی یا مادی داشته باشد. به عبارتی دیگر، باید این موضوع، برای او، از حالت «شیء آینده» به «شیء حال» بدل شود (Garron, 2000: 119). به عنوان مثال، شرکتی متعهد می‌شود که ۱۰۰ دستگاه تلویزیون با اوصاف معین، ظرف مدت زمان مشخصی، تولید و به خریدار تحویل نماید، ولی پس از انعقاد قرارداد در اثر آتش‌سوزی، ماشین‌آلات کارخانه به کلی از بین می‌روند و امکان اجرای تعهد غیرممکن می‌شود. در این قراردادها، وقتی که شیء آینده که مورد تعهد بوده است، اگر موضوع پس از تشکیل قرارداد، بدون تقصیر طرفین به وجود نیاید سه حالت دیدگاه راجع به سرنوشت عقد وجود دارد: در دیدگاه اول، یک گرایش قوی‌ترین معتقد به انتفاء قرارداد هستند، در صورتی که موضوع تعهد، پس از تشکیل عقد به وجود نیاید چرا که در بیع چیزی که ساخته خواهد شد، خریدار فقط در صورتی ثمن را پرداخت خواهد کرد که مورد سفارش انجام شده باشد. در غیر این فرض، در صورت عدم تقصیر طرفین قرارداد منتفی خواهد شد (Terré et al, 2018: 404; Bénabent, 2021: n° 161 ; Garron, 2000: 118-121; Pelletier, 2004: 79).

دیدگاه دوم: شیء که هنوز موجود نیست، حتی قطعی هم نیست که روزی به وجود خواهد آمد. در صورت زوال شیء آینده، عمل حقوقی به خاطر فقدان موضوع می‌بایستی کان‌لم‌یکن^۱ (باطل) گردد (Carbonnier, 2000: n°54; Starck et al. 1998: 214). به‌زعم برخی دیگر، هر چند که در بازنگری ۲۰۱۶ «سبب» از شرایط اساسی صحت معاملات حذف شده است، بی‌تردید، مفهوم جدید «عوض مورد توافق»^۲ که نباید غیرواقعی یا ناکافی باشد کم‌وبیش می‌تواند کارکردهای سبب تعهد را از سر بگیرد. بنابراین، می‌توان برای باطل کردن قرارداد که در آن فورس‌ماژور مانع از وجود شیء آینده شده، استفاده کرد. با این حال، چندان هم رضایت‌بخش نیست دادرس باید دست به ابتکار بزند و شاید به ماده ۱۱۶۳ بسنده کند که در چنین فرضی بطلان را اعلام کند حتی اگر به صراحت پیش‌بینی نشده باشد (Mouial-Bassilana et Racile, 2018: n°23). اما باطل دانستن تعهد مربوط به مال آینده نمی‌تواند درست باشد. اولاً قانون مدنی فرانسه، صراحتاً تعهد برای مال آینده را پیش‌بینی کرده است (بند ۱ ماده ۱۱۶۳) ثانیاً، در صورتی که مال آینده پس از تشکیل قرارداد موجودیت نیابد، در صحت انعقاد معامله خللی وارد نمی‌سازد، زیرا عدم تحویل تعهد مربوط به مال آینده اجرای آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد نه تشکیل آن را بنابراین در این صورت صرفاً می‌توان نهاد انتفا را اعمال کرد (Pelletier, 2004 : 80). قانون مدنی ما، در خصوص تعهد برای مال آینده ساکت است و بسیاری از فقها آن را باطل دانسته‌اند. در عوض، برخی نویسندگان صحت نفوذ بیعی که در

1. non avenu

2. contrepartie convenue

آینده ساخته می‌شود را ترجیح داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۷: ۳۰۱). چرا که حق مالکیت پس از ایجاد منتقل می‌شود و هرگز بر معدوم استوار نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۷۵). از آنجا که نسبت به نظریه بطلان در مورد مال آینده انتقادات جدی و بحقی وارد شده است، گروه سوم برای حل و فصل مسئله با کنار گذاشتن بطلان، در جست‌وجوی راه‌حل دیگری برای توجیه موضوع بوده و ضمانت‌اجرای فسخ را مطرح نموده‌اند.

از نظر گروه سوم، کاربست بطلان نسبت به مال آینده صحیح نبوده چرا که بیع دارای موضوع بوده، و فروشنده متعهد به تحویل این شیء آینده است (Mazeaud et al. 1987: 123). زوال موضوع مربوط به شیء آینده موجب فسخ قهقرایی^۱ یا فسخ آتی^۲ قرارداد است. در نتیجه، چنانچه مال آینده به وجود نیاید، به خاطر اشتباهات فروشنده که به تعهد خود عمل نکرده است، به جز در صورت فورس ماژور، خریدار می‌تواند فسخ بیع را تحصیل نماید (cadiet et leborgne, 2016: n°22). همچنین که کاربست بطلان برای زوال موضوع مال آینده دارای اشکالاتی بود، اعمال فسخ هم با اشکالاتی مواجه است چرا که از یک طرف، وقتی می‌توان قرارداد را فسخ نمود که شخص تعهد را انجام ندهد یا ناقص انجام داده باشد (بند ۴ ماده ۱۲۱۷) از طرف دیگر، فسخ ناشی از رفتار یکی از متعاقدين است که معمولاً با تقصیر همراه است، در حالی که انتفا مستقل از رفتار طرفین و به طور خودکار روی می‌دهد. بنابراین، سزاوار است که در این فرضیات انتفا لحاظ گردد.

۴. فرضیه تقصیر در صورت عدم امکان اجرای تعهد

برای توجیه عدم امکان اجرای قرارداد، با نهاد انتفا، در مورد «تقصیرآمیز» بودن یا «عدم تقصیرآمیز» بودن آن اختلاف‌نظرهایی مشاهده می‌شود. از نظر عده‌ای عدم امکان نبایستی ناشی از تقصیر طرفین باشد. زوال یک عنصر اساسی در عدم امکان اجرا باید مستقل از اراده متعاقدين روی دهد (Malaurie et al., 2020: n°393; Terré et al, 2018: 170; Ghestin et al. 2013: 767). خنثی بودن انتفا آن را از سایر عدم نفوذهای متمایز می‌کند. همچنین با فسخ متفاوت است چرا که این آخری مستلزم تقصیر متعهدي است (Dissaux et Jamin, 2015: 88) که به تعهد خود عمل نکرده است (Larroumet et Bros, 2018: 455) علاوه بر فسخ^۳، در اجرای قهری، ایراد به عدم اجرا و مسئولیت

1. résolution

2. résiliation

۳. ماده ۱۲۱۷ برای عدم انجام تعهد یا متعاقدي که تعهد را به صورت ناقص انجام داده است فسخ را پیش‌بینی کرده است. پس اگر انتقای تقصیرآمیز را به رسمیت بشناسیم، تردیدی وجود ندارد را در برخی موارد با فسخ خلط خواهند شد و مشکلات جدیدی را به وجود خواهند آورد.

قراردادی، مجموعه مواردی را تشکیل می‌دهند، وقتی اعمال قابل اعمال هستند که در اجرای قراردادی تقصیر صورت گرفته شده باشد (Pelletier, 2004: 62). از نظر بعضی، تلف شیء مورد ودیعه، نه تنها در صورت فورس ماژور به عقد ودیعه پایان می‌بخشد، بلکه در صورت تلف تقصیری نیز چنین است (Foriers, 1998: 27). بعضی دیگر، با این استدلال که مقنن عموماً شروط سقوط تعهدات را منوط به عدم تقصیر کرده است و همچنین ماده ۱۳۰۲ قانون مدنی سابق فرانسه که مقرر می‌داشت: «اگر شیء، بدون تقصیر متعهد و پیش از تحقق تاخیر تلف یا مفقود گردد تعهد ساقط می‌شود». این موضوع همچنین از مفاد ماده ۱۷۲۲ نتیجه می‌شود که در این باره تأکید می‌کند که: «اگر، در طی مدت اجاره، عین مستأجره در اثر حادثه‌ای غیر مترقبه کاملاً تلف شود اجاره منفسخ می‌گردد».

واضح و مبرهن است که این مواد قانونی با شرایط تلف منطبق هستند و انحلال قهری قرارداد را پیش‌بینی می‌کنند. با این حال، این مواد به ما این امکان را نمی‌دهند که از بین رفتن اجتناب‌ناپذیر عقد، وقتی که تلف موضوع ناشی از تقصیر متعهد است، را در نظر بگیریم. در نتیجه، از این جنبه، در مواد مذکور نوعی نارسایی نامعقول دیده می‌شود و این محدودیت عقلایی نیست. دیگر اهمیت چندانی ندارد که عمل موجب انتفای منشأ آن تقصیر یکی از طرفین باشد یا خیر، همین که سبب زوال یکی از عناصر اساسی اجرای قرارداد شود، کافی است (Garron, 2000: n°90). مبنای این انتفای تقصیرآمیز را نویسندگان از رأی دیوان^۱ استنباط نموده است که بر طبق آن «عقد اجاره با تلف کل عین مستأجره بر اثر حدوث حادثه غیر مترقبه "یا تقصیر" یکی از طرفین به صورت غیرارادی پایان می‌یابد»^۲. عدم امکان می‌تواند ناشی از قصور یکی از متعاقدين باشد و تصور اینکه قرارداد در این مورد منتفی باشد، دشوار است (Deshayes et al., 2018: 395) و انتفای تقصیرآمیز را محکوم می‌کنند. خانم شابان می‌نویسند: «اگر انتفای تقصیرآمیز به رسمیت شناخته شود، تنها کافی است به حفر قبری پردازیم که فسخ قضایی ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی [سابق] برای همیشه در آن به خاک سپرده خواهد شد»^۳ (Chaaban, 2006: n°46). بعد از بازنگری ۲۰۱۶ و گنجاندن انتفا در قانون مدنی فرانسه نیز بر غیرتقصیرآمیز بودن آن تأکید شده است (Epstein, 2018: 168). در حقوق ایران، در

1. civ. 3e, 22 janvier, 1997, n° 17, p.10.

2. "le bail prend fin de plein droit par la perte totale de la chose survenue par cas fortuit ou même par la faute de l'une des parties sauf les dommages-intérêts pouvant être mis à la charge de celle des parties déclarée responsable de cette perte".

۳. استاد جستز هم در این باره، در مقدمه رساله خانم پلتیر می‌نویسد «به نظر می‌رسد تمایل شدیدی به پیدا کردن یک مقصر به هر قیمتی و اخلاقی کردن جهان وجود دارد، حتی اگر این تمایل نادانسته باشد» (Jestaz, préf. à la thèse) (Pelletier, 2004, IV).

صورت عدم امکان اجرای قرارداد و نقش تقصیر در آن مباحث زیادی صورت نگرفته است. با این حال، در صورتی که تعذر مطلق و دائمی باشد گفته شده که تعهد ساقط و قرارداد منحل می‌شود و تفاوتی نمی‌کند که تعذر ناشی از تقصیر متعهد باشد یا ناشی از حادثه خارجی که قابل انتساب به وی نیست حتی تقصیر از فعل شخص ثالث نشأت گرفته باشد که موجب تعذر عقد گردد (صفایی، ۱۳۹۷: ۳۱۸). همان گونه که نویسنده اخیر هم اشاره کرده‌اند، قانون مدنی ما در ماده ۳۸۷ قاعده دیگری را در پیش گرفته است و آن هم این است که «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ می‌گردد». با توجه به ملاک ماده اخیر، برخی از حقوق دانان ما، در خصوص تعذر مطلق اجرای تعهدی که غیرممکن شده، در خصوص تقصیر دو دیدگاه مطرح کرده‌اند. نخست، اگر تعذر اجرای قرارداد ناشی از تقصیر شخص ثالث باشد، قائل به انفساخ قرارداد شده‌اند. دوم، اگر تعذر ناشی از تقصیر متعهد باشد، عقد منفسخ نمی‌شود و متعهد باید بدل مورد تعهد را به متعهدله بپردازد (صفایی، ۱۳۹۷: ۳۱۹). به نظر می‌رسد که به دیدگاه دوم این ایراد را می‌توان وارد نمود که در صورت تعذر ناشی از تقصیر متعهد، سرنوشت را مشخص ننموده و گفته است: عقد منفسخ نمی‌شود و صرفاً به پرداخت بدل از طرف متعهد به متعهدله اکتفا می‌شود. به عبارت دیگر، برای پرداخت بدل باید سرنوشت عقد معلوم گردد که پرداخت بدل ضمانت اجرای کدام نهاد حقوقی است. روانشاد استاد کاتوزیان هم در تفسیر ماده ۳۸۷ در صورت تلف «بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع» با استناد «تعذر تسلیم» به حق فسخ نظر دارند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴/۱۱۰). این نظر هم قابل مناقشه است چرا که حقوق فسخ در صورت عدم اجرای تقصیرآمیز اعطا می‌شود و در فسخ همواره تقصیر مستتر است. به علاوه به رسمیت شناختن انتفای تقصیرآمیز موجب خلط آن به شرط فاسخ^۱ می‌شود، چرا که شرط فاسخ هم منوط به ارتکاب تقصیر بوده، عدم انجام تعهد یا انجام دادن کار ارادی است. مانند این که شرط شود تأخیر در پرداخت هر یک از اقسام اجاره‌بها سبب انفساخ است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۵/۳۴۵) که تخلف خریدار زمینه‌ساز آن بوده است (امینی، ۱۳۸۹: ۳۸). همچنین ماده ۳۸۷ قانون مدنی که به تلف مبیع قبل از قبض اشاره می‌کند فرض عدم تقصیر بایع برای انفساخ عقد را پیش‌بینی نموده است. علاوه بر این، گفته شده است که تقصیر متعهد با فورس ماژور قابل جمع نیست. تقصیر فورس ماژور را نفی می‌کند (صفایی، ۱۳۹۵: ۴۰۶). پس می‌توان استنباط کرد که به طریق اولی تقصیر با انتفا هم قابل جمع نیست. قریب به اتفاق دکترین در حقوق فرانسه و ایران بر جنبه غیرتقصیری انتفا تأکید کرده‌اند. برخی مواد قانون مدنی

1. clause résolutoire

ایران هم به صراحت به مسئله غیرتقصیری انتفا اشاره کرده‌اند. قانون مدنی سابق فرانسه نیز در ماده ۱۳۰۲ به این موضوع اشاره صریح‌تری داشت. بدین ترتیب، می‌توان گفت که تقصیر یک وصله‌ای است که به تن انتفا نمی‌چسبد و هرگز نمی‌تواند تقصیر را در خود هضم کند.

۵. نظام عدم امکان اجرای قرارداد

عدم امکان اجرای قرارداد به خاطر از بین رفتن موضوع پیامدهایی را به دنبال دارد. این عدم امکان اجرا از یک طرف، دارای اثر حقوقی است و از طرف دیگر، دارای نتایج مادی است که می‌تواند به استرداد منتهی شود.

۵-۱. آثار حقوقی عدم امکان اجرای قرارداد

۵-۱-۱. غیر ارادی بودن^۱: عدم امکان اجرای قرارداد

در صورتی که پس از تشکیل عقد، موضوع معامله یا مورد تعهد، بدون تقصیر طرفین، از بین برود، تعهد ساقط می‌شود به شرط اینکه عدم امکان اجرا مطلق و دائمی باشد (شهیدی، ۱۳۹۷: ۲۲۱؛ صفایی، ۱۳۹۷: ۳۱۸) در این صورت، قرارداد به صورت خودبه‌خود منتهی می‌شود. غیرارادی بودن انتفا اقتضا می‌کند که عمل حقوقی فارغ از هرگونه ابراز اراده طرفین یا ثالثی ساقط گردد (Pelletier, 327 : 2004). البته، برخی غیرارادی بودن انتفا را به شدت مورد انتقاد قرار داده‌اند؛ «از این جهت که هر عدم نفوذی که به عمل حقوقی خلل وارد می‌کند، انتفای مداخله مؤثر قاضی را ایجاب می‌کند» (Chaaban, 2006: n° 509 et s). به‌زعم برخی دیگر، انتفا به صورت قهری روی می‌دهد (Foliers, 1998 : 53) و نیازی به تصمیم و اعلام آن از طرف قاضی نیست و خودبه‌خود است (Bros, 776 : 2016; Ghestin et al.: 975). منطقاً، هر شخص ذی‌نفع می‌تواند برای برخورداری از مزایای انتفا اقدام نماید^۲. غیرارادی بودن انتقاء که مورد استقبال اکثریت حقوق‌دانان فرانسه قرار گرفته، به لحاظ ثبوتی نقش قاضی را در انتفای قرارداد از بین می‌برد. با این همه، طبیعی است که چنانچه انتفا محل مناقشه باشد، چاره‌ای جز مراجعه به دادگاه نیست و طبعاً در این حالت نیز، رأی صادره اعلامی^۳ خواهد بود. همان گونه که در تلف موضوع اشاره شد، مواد فراوانی در قانون مدنی ما وجود دارد که به انحلال قهری عقد در صورت عدم اجرای قرارداد اشاره می‌کنند. نویسندگان ما هم قهری بودن بودن آن را پذیرفته‌اند. «قهری بودن انحلال در تمام مواردی که واژه «انفساخ» به کار برده می‌شود به

1. automaticité

۲. با این وجود، رأی شعبه سوم دیوان عالی فرانسه (Cass.3e civ., 12 févr. 2013, n° 11-22453) حکم کرد که «انتفای وعده بیع که ناشی از سپری شدن مهلتی که در آن، تمدید آن توسط سند رسمی پیش‌بینی شده، نمی‌تواند توسط ثالث مورد استناد قرار گیرد که حق این اقدام را نداشته است».

3. déclaratif

این معنی است که عقد، بدون اینکه نیاز به عمل حقوقی اضافی باشد، خودبه‌خود از بین می‌رود» (کاتوزیان: ۵/۱۳۹۵: ۳۴۲) بنابراین، انتفای قرارداد، برخلاف فسخ قرارداد، نیازمند اعمال اراده طرفین قرارداد یا یکی از آن‌ها نیست و انتفا همچون انفساخ در مباحث حقوق داخلی، با تحقق شرایط لازم، به‌صورت خودبه‌خود به انحلال قرارداد می‌انجامد.

۲-۱-۵. عدم قهقرایی^۱: عدم امکان اجرای قرارداد

با فرض اینکه نتیجه عدم امکان اجرای قرارداد، پس از انعقاد آن، با انتفا توجیه گردد، در قانون مدنی ایران و فرانسه نص صریحی در خصوص قهقرایی یا عدم قهقرایی بودن انتفا مشاهده نمی‌شود. با این حال، مدت زمان مدیدی دکتترین فرانسه تلاش می‌کردند، اثبات نمایند که انتفا اثر قهقرایی ندارد (Buffelan-Lanore, 1963: 161; Pelletier, 2004: 14; Garron, 2000, n° 221 et s) عقود مستمر، انتفا را ضمانت اجرای عدم امکان اجرای قرارداد و برای آینده دانسته‌اند که آثار گذشته عقد زیر سؤال برده نمی‌شود (Bénabent, 2021: 303). اما گرایشی نیز بر اثر قهقرایی انتفا وجود دارد (Seube, 2017, n° 79; Terré, et al, 2018: 170). اگر عدم امکان اجرا با انتفا توجیه شود، ماده ۱۱۸۷ که آثار انتفا را بیان می‌کند نیز مشکلات را برطرف نمی‌کند؛ ماده اخیر نیز مبهم است و ابهام از اینجا ناشی می‌شود که بند اول ماده بیان می‌کند «انتفا به عقد خاتمه می‌دهد»، آنچه از آن استنتاج می‌گردد قهقرایی بودن را از دامنه شمول خود خارج نموده است، و برای آینده منتفی می‌شود (Andreu et Thomassin, 2021: 178) ولی بند ۲ که در صورت انتفای عقد استرداد را تجویز نموده است، «انتفا ممکن است وفق شرایط مقرر در مواد ۱۳۵۲ تا ۹-۱۳۵۲ منتهی به استرداد گردد»، می‌تواند دلالت بر قهقرایی بودن داشته باشد. در این خصوص اگر به گزارش ارائه شده به رییس جمهور مربوط به مصوبه قانونی توجه شود مقرر می‌دارد: «با توجه به وضعیت‌های گوناگونی که در آن‌ها انتفا مورد استفاده قرار می‌گیرد، آثار می‌توانند در عمل برحسب تاریخی که در آن عنصر اساسی از بین می‌رود یا یا برحسب نوع قرارداد متفاوت باشند. پس مصوبه قانونی پیش‌بینی می‌کند که انتفا به عقد خاتمه می‌دهد، اما، در یک دغدغه خاطر عملی، مسئله قهقرایی بودن را حل و فصل نمی‌کند: در برخی از فروض قهقرایی را نفی نمی‌کند چون که انتفا می‌تواند به استرداد منتهی گردد. لذا این دادرس است که متناسب با اوضاع و احوال هر مورد خاص باید مناسب بودن عطف به‌ماسبق را ارزیابی کند».

قانون مدنی ما هم در خصوص قهقرایی یا عدم قهقرایی عدم امکان اجرای قرارداد ساکت است ولی نویسندگان به درستی اذعان نموده‌اند که اثر انحلال قرارداد ناظر به آینده است (کاتوزیان،

۱۳۹۵/۵: ۱۲). به دلایل عقلی و با استمداد از دکترین، می‌توان به نتایجی دست یافت؛ اولاً آثار عقدی را که به صورت معتبر منعقد شده و دارای اثر حقوقی کامل بوده و متعاقدين در عدم امکان اجرای آن قصوری مرتکب نشده‌اند و به‌صورت خودکار منتفی شده است، نمی‌توان به گذشته سرایت داد و همان گونه که برخی از استادان بیان نموده‌اند «اثر انحلال قرارداد در گذشته امری است خلاف ظاهر و استثنایی» (کاتوزیان، ۱۳۹۵/۵: ۳۴۸). ثانیاً، از یک طرف، قهقرایی بودن عدم امکان اجرای قرارداد با طبیعت قراردادهای مستمر که در حال اجرا هستند، سازگاری ندارد و از طرف دیگر، قهقرایی دانستن عدم امکان اجرا می‌تواند زمینه را برای آسیب رساندن به حقوق اشخاص ثالث فراهم سازد و با اصل لزوم قراردادها هم ناسازگار به نظر می‌رسد. بدین ترتیب، هیچ دلیلی وجود ندارد، عقدی که به‌صورت معتبر منعقد شده است آثارش به گذشته سرایت کند^۱. با این حال، رویه قضایی به طور استثنایی پذیرفته است که انتفا ممکن است در فروضی که در آن، به نحوی، آثار گذشته و آینده عقد تجزیه‌ناپذیر باشند، عطف بماسبق گردد (Houtcieff, 2020: n° 596).

۲-۵. اثر مادی عدم امکان اجرای قرارداد

در صورتی که موضوع تعهد پس از تشکیل عقد از بین برود، به ویژه در موردی که موضوع تعهد مربوط به آینده است؛ اگر متعهدله تمام یا بخشی از ثمن یا برای مورد معامله را یا مبلغی به عنوان بیعانه به متعهد پرداخت کرده باشد، در صورت عدم امکان اجرای تعهد به خاطر از بین رفتن موضوع، سرنوشت مبالغ پرداختی باید روشن گردد. در صورت عدم امکان اجرای قرارداد، بدون تقصیر طرفین، تعهد ساقط می‌شود از یک سو، مطابق قواعد عمومی و مواد ۳۰۱ و ۳۰۲ قانون مدنی استرداد آن را مطالبه نماید (مقدم، ۱۴۰۰: ۲۷۰) و از طرف دیگر، از آنجا که سبب پرداخت وجود تعهد بوده است و تعهد از بین رفته است ایفای ناروا بوده است، باید مسترد شود. رویه قضایی فرانسه، قبل از بازنگری ۲۰۱۶ پذیرفته بود که انتفای قراردادی که اجرا شده، موجب تعهد استرداد می‌شود^۲. مبنای این استردادها مبهم مانده بود، که بازنگری به در بند ماده ۱۱۸۷ به آن مبنای قانونی بخشید (Epstein, 2018: 169). که مطابق بند اخیر، انتفای عقد می‌تواند منتهی به استرداد مطابق مقررات مقرر در مواد ۱۳۵۲ تا ۱۳۵۲-۹ گردد. علیرغم اینکه اثر انتفا برای آینده است و خدشه‌ای به اعمال حقوقی گذشته وارد نمی‌کند. با این وجود، اتفاق می‌افتد که آن منتهی به استردادها به صورت عطف بماسبقی گردد (Fages, 2021: 195) ممکن است که یکی از قراردادهای از قبل اجرا شده باشد برای نمونه، اگر کل

1. Cass. com, 2 juillet 1974, n° 73-11.530, Bull., IV, n°212 ; Cass. 3e civ. 24 mai 1989, n°87- 18.919, Bull., III, n° 119.

2. Cass. com., 15 nov. 2005, n° 04- 16416: Bull. civ. IV, n° 227, p. 246; Cass. Com., 5 juin 2007, n° 04- 20380: Bull. civ. IV, n° 156; Cass. 1er civ., 19 sep. 2007, n° 06-10884.

اجاره‌بها برای کل مدت عقد اجاره از قبل پرداخت شده باشد، در صورت که در حین عقد اجاره، موضوع آن به صورت کلی از بین برود، مطابق بند اخیر ماده ۱۱۸۷ می‌توان برای بقیه مدت که عقد اجاره منتفی شده، مبالغ پرداختی را مسترد کرد.

۶. تلاش‌های قانون‌گذار در حفظ قرارداد

مراقبت از قرارداد شکل‌یافته و حقوق برآمده از آن هم برای متعاقدين و هم اشخاص ثالث ضروری است که مقنن به آن توجه داشته است. بر پایه اصل لزوم و توافقات خصوصی، اصل صحت، اصل لزوم وفای به عهد هم مقنن فرانسوی و هم مقنن ایرانی تلاش لازم در حفظ قرارداد و مراقبت از آن در برابر رخداد‌های ناگوار نمودند (مواد ۲۲۰، ۲۱۹ و ۱۰ قانون مدنی ایران). منتفی شدن قرارداد و بازگشت آثار آن استثنا بر اصل است و از این رو نباید به صرف رخداد پیش‌بینی نشده یا هر حادثه‌ای رابطه شکل‌یافته را برهم زد و پیامدهای ناگوار را بر اطراف قرارداد و حتی دیگران وارد ساخت.

۶-۱. وضع نهاد خسارت و جبران زیان متعهدله

یک گزینه مطلوب برای حفظ قرارداد و ادامه آثار آن اختیار دریافت خسارت از سوی متعهدله است. قانون‌گذار ایران تلاش کرده بدین‌وسیله از منتفی شدن قرارداد و زیان بیشتر طرفی که با حسن‌نیت در پی ایفای تعهد خویش و ثمربخشی قرارداد است، جلوگیری کند. ماده ۲۲۱ قانون مدنی با توجه به خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد، ماده ۲۳۰ قانون مدنی با شناسایی و مشروعیت‌بخشی ضمانت‌اجرای قراردادی و ماده ۳۸۴ قانون مدنی با دو گزینه اعمال فسخ و مطالبه مابه‌التفاوت قیمت موجود مبیع با قیمت مقدار فروخته‌شده آن برای مشتری، از جمله این تکاپو برای صیانت از قرارداد است.

۶-۲. تغییر وضع در موضوع تعهد و اطراف آن

مبحث تبدیل تعهد و پیشنهاد گزینه‌هایی چون: تبدیل تعهد جایگزین به جای تعهد اصلی (بند ۱ ماده ۲۹۲ قانون مدنی)، تبدیل مدیون و دخالت ثالث برای ایفای تعهد مدیون اصلی (بند ۲ ماده ۲۹۲ قانون مدنی) و انتقال نتایج تعهد از سوی متعهدله به شخص ثالث (بند ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی) تلاش‌های دیگری است که قانون‌گذار در مسیر مراقبت از قرارداد اصلی و صیانت از آن در برابر انتفا برگزیده است. در موارد دیگری تعهد از نوع: تبدیل دین، تبدیل داین و مدیون، فقط نتایج اصلی دچار دگرگونی می‌شود و تبعات تعهد در گونه تضمینات سابق انتقال نمی‌یابد و انتقال آن منوط به توافق صریح و دوباره طرفین است.

۶-۳. حضور ثالث در قلمروی اجرا برای جبران حکم و تعهد

هنگامی که قرارداد و رابطه حقوقی معتبر به دخالت قضایی می‌شود، حکمی پیرامون آن صادر

می‌گردد، در این مقام توجیه نتیجه‌بخش آن اهمیت دوچندانی می‌یابد. هم قرارداد صحیح و معتبر و حقوق خصوصی اطراف آن در گرو حمایت و لزوم اجرای قرارداد قرار دارد و هم تصمیم قضایی که واجد ارزش است و اعتبار والای آن مستلزم ظهور خارجی است.

قانون‌گذار پایش بین ساز مخالف متعهد (و محکوم) یا عدم امکان اجرای آن از ناحیه محکوم‌علیه به دلایل غیر از استتکاف و میل شخصی، راه ورود ثالث برای اجرا را فراهم ساخته است تا بدین وسیله اهتمام خود در تحقق یک قرارداد مشروع و معتبر را نشان دهد. ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی در این باره متذکر می‌شود: «هرگاه محکوم به انجام عمل معین باشد و محکوم‌علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل به توسط شخص دیگری ممکن باشد محکوم‌له می‌تواند تحت نظر دادورز (مامور اجرا) آن عمل را بوسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند یا بدون انجام عمل هزینه لازم را به وسیله قسمت اجرا از محکوم‌علیه مطالبه نماید. در هر یک از موارد مذکور دادگاه با تحقیقات لازم و در صورت ضرورت با جلب نظر کارشناس میزان هزینه را معین می‌نماید. وصول هزینه مذکور و حق الزحمه کارشناس از محکوم‌علیه به ترتیبی است که برای وصول محکوم‌به نقدی مقرر است. تبصره: در صورتی که انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن نباشد مطابق ماده ۷۲۹ (قانون) آیین دادرسی مدنی انجام خواهد شد»^۱.

نتیجه

پس از انعقاد عقد، ممکن است، به دلیل تلف مادی موضوع آن یا بلحاظ غیرقانونی شدن آن، یا در مواردی که تعهد مربوط به مال آینده باشد امکان اجرای آن از بین برود. در همه این فروض، اجرای قرارداد غیرممکن می‌شود. مصوبه ۲۰۱۶ که در ماده ۱۱۸۶ به انتفاء عقد بخاطر زوال یک «عنصر اساسی» تاکید کرده، از این پس می‌تواند به فرضیات گوناگون «عدم امکان اجرای موضوع قرارداد» که یکی از عناصر اساسی از عقد است، انتظام بخشد و قراردادهایی که اجرای آن‌ها به خاطر از بین رفتن موضوع غیرممکن شده را منتفی کند.

سرنوشت عقد در صورت عدم امکان اجرای موضوع آن در حقوق ما هم روشن نیست، در عقود مستمر، بطلان و انفساخ؛ در عقود آنی مانند بیع فسخ و منفسخ شدن مطرح شده است. اما آنچه از بررسی مواد و متون قانونی، نظریات دکترین و رویه قضایی استنباط می‌شود، صرف‌نظر از اصطلاحات و واژه‌هایی که در قانون مدنی هر دو کشور به کار رفته است، همه فروض حول محور

۱. ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق تأسیس بسیار مطلوبی بود که در قانون جدید نیامده و نسخ گردیده است. این تأسیس می‌توانست با پیش‌بینی ضرر و زیان اجرای احکام مدنی را به نتیجه لازم برساند.

انتفا هستند که انتفا امکان یکنواخت نمودن راه حل های ناهمگون پیشین را فراهم می سازد. پذیرش یک نظریه منسجم در حقوق ما هم ضروری است.

تعهد به مال آینده به صراحت در قانون فرانسه پیش بینی شده است. در صورت از بین رفتن موضوع تعهد نسبت به مال آینده، ضمانت اجرای های بطلان، فسخ و انتفا مطرح شده است. در قانون مدنی ما، بیع مال آینده تصریح نشده است ولی دکترین به پذیرش آن تمایل دارند و رگه های از پذیرش آن در مقررات ما هم مشاهده می شود. در صورت عدم امکان اجرای موضوع تعهد در مال آینده، انتفا در مقایسه با بطلان و فسخ می تواند ضمانت اجرای مناسبی برای سازماندهی آن باشد.

در صورتی که عدم امکان اجرای قرارداد به صورت مطلق و دائمی باشد، قرارداد، به صورت خودکار و عدم عطف به ماسبقی منتفی می شود. از آنجا که قرارداد به صورت خودکار منتفی می شود، متعاقدين نیازی برای مراجعه به دادگاه ندارند و در صورت بروز اختلاف لاجرم باید مراجعه نماید. قاضی صرفاً می تواند انتفا را تأیید نماید و حق تعدیل قرارداد را ندارد و رأی صادره اعلامی خواهد بود.

در فرض عدم امکان اجرای قرارداد، ممکن است که مسئله استرداد های احتمالی مطرح شود. در این خصوص ایجاب می کند که بین فرضیات گوناگون تفکیک صورت گیرد. در صورتی که تلف مورد معامله در عقود مستمر رخ دهد، اجرای قرارداد برای آینده متوقف می شود و مشکلی از این بابت پیش نخواهد آمد. اگر مورد تعهد مال آینده باشد و طلبکار بیعانه یا بخشی از ثمن را پرداخت نموده باشد، در صورت عدم امکان اجرای قرارداد متعهد موظف به استرداد مبالغ پرداختی می باشد. این استرداد های احتمالی خدشه ای به عدم قهقرایی اثر انتفا وارد نمی کند.

برای رفع برخی ابهامات در صورت عدم امکان اجرای قرارداد و توجیه آن با انتفا پیشنهاد می شود مقنن ما، در بازنگری قانون مدنی، مبحثی را به انتفا اختصاص دهد که ضمن تعریف انتفا، نظام حقوقی و مادی آن را هم مشخص کند. همین طور، در اندیشه های حقوقی عناوینی چون؛ تلف موضوع قرارداد، نقص و عیب مهم موضوع تعهد، رخداد اثرگذار چون فوت واهب و متهب و ... در یک چهارچوب مشخص به نام «انتفای قرارداد» انتظام یابد. این بحث سازماندهی شده می تواند برای قضات راهگشا بوده و رویه قضایی را هم به سوی کمال به نحو بهتر هدایت کند.

منابع

فارسی

- آقاخانی، ابوالفضل (۱۴۰۰)، «مفهوم و قلمرو تلف حکمی موضوع عقد با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۶.
- امامی، سیدحسن (۱۳۹۵)، *حقوق مدنی*، ج اول، چ ۳۷، تهران: اسلامیه.
- امینی، منصور (۱۳۸۹)، «نابرابری موقعیت اقتصادی فروشنده و خریدار در عقد بیع»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۳، شماره ۵۲.
- برادران، لیلا (۱۳۸۵)، «موارد انحلال قرارداد بیمه»، *پژوهشنامه بیمه*، سال ۲۱، شماره ۱.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۴)، *کلیات عقود و قراردادها*، چ ۳، تهران: میزان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵)، *مجموعه محشی قانون مدنی*، چ ۵، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، ج ۱، تهران: گنج دانش.
- دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه دهخدا*، وب سایت www.Ghaemiyeh.com، ناشر دیجیتالی، مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۵ [الف])، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، ج ۱، چ ۱۲، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۵ [ب])، *آثار قراردادها و تعهدات*، ج ۳، چ ۷، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۳)، *اصول قراردادها و تعهدات*، ج ۲، چ ۶، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۷)، *سقوط تعهدات*، ج ۵، چ ۱۲، تهران: مجد.
- شیروی، عبدالحسین (۱۴۰۰)، *حقوق قراردادها*، چ ۴، تهران: سمت.
- صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۹۰)، *تغییر در شرایط قرارداد*، چ ۳، تهران: میزان.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۷)، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، چاپ چ ۲۹، تهران: میزان.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۵)، *حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، *حقوق مدنی: اعمال حقوقی*، چ ۷، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵ [الف])، *نظریه عمومی تعهدات*، چ ۸، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، چ ۱۰، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، چ ۱۰، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی: دوره عقود معین*، ج ۱، چ ۷، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷)، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، چ ۵۷، تهران: میزان.
- مقدم، عیسی (۱۴۰۰)، «جایگاه داراشدن ناعادلانه یا استفاده بدون جهت در حقوق تجارت با تاکید بر رویه قضایی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- نهرینی، فریدون (۱۳۹۵)، *فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی*، پنجم، تهران: گنج دانش.
- نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۷۶)، «آثار قوه قاهره و انتفاء قرارداد»، *مجله حقوقی بین المللی*، دوره ۱۵، شماره ۲۱.

فرانسه

- Ancel, F et Fauvarque-Cosson B. (2019), Le nouveau droit des contrats, Guide bilingue à l'usage des praticiens, L.G.D.J.
- Andrue, L et Thomassin, N. (2021), Cours de droit des obligations, 6e éd., Lextenso.
- Bénabent, A. (2021), Droit des obligations, 19e éd., L.G.D.J.
- Bros, S. (2016), « Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016 », La semaine juridique – édition général, p. 975.
- Buffelan-Lanore Y. (1963), Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, thèse (préf. Hébraud (P.)), L.G.D.J.
- Cadiet, L et Leborgne, F. (2016), Art. 1598 - Fasc. unique : vente. – Choses pouvant être vendues. – Généralités, JurisClasseur Civil Code.
- Catala, P. (2011), L'art de la traduction l'accueil international de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, éd., Panthéon-Assas : sous la direction de Pierre Catala L.G.D.J.
- Chaaban, R. (2006), La caducité des actes juridiques, étude en droit civil, thèse, L.G.D.J.
- Carbonnier, J. (2000), Droit civil, t. 4. Les obligations, 22e éd., P.U.F.
- Cornu, G. (2022), Vocabulaire juridique, 14e éd, P.U.F.
- Deman, M et Julian, M. (2019), Guide de l'anglais des contrats d'affaires, 2e éd., LexisNexis.
- Deshayes, O et Genicon, T et Y.-M. Laithier, Y.-M. (2018), Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Dalloz.
- Dissaux, N et Jamin, CH (2015), Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Dalloz.
- Epstein, A.-S. (2018), « La caducité », La réforme du droit des contrats-Commentaire article par article, (dir.) DOUVILLET, 2e éd. Gualino.
- Fages, B. (2021), Droit des obligations, 11e éd., L.G.D.J.
- Foriers, P.-A. (1998), La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation .De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi, thèse, , Bruylant.
- Garron, F. (2000), La caducité du contrat (étude de droit privé), thèse, d'Aix-Marseille.
- Ghestin, J et Loiseau, G et , Serinet Y.- M. (2013), La formation du contrat, t. 2., 4e éd., L.G.D.J.
- Houtcieff, D.(2020), Droit des obligations, 5e éd., Bruylant Bruxelles.
- Larroumet, C et Bros, S. (2018), Traité de droit civil., les obligations, t. 3, le contrat, 9e éd., Economica.
- Malaurie, PH et Aynès, L et Stoffel-Munck, PH (2020). Droit des obligations, 11e éd, L.G.D.J.
- Malinvaud, Ph et Mekki, M et Seube J.-B. (2021), Droits des obligations, 16e éd. Lexis Nexis.
- Mazeaud (H., L. et J.) et Chabas, F. (1987), Leçons de droit civil, t.3, 2e vol., principaux contrats : vente et échange, par M. de Juglart, 7e éd., Montchrestien.
- Mignot, M (2017). « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », Les petites affiches, 22 mars.
- Mouial Bassilana, E et Racine, J.-B. (2018), Contrat. – Contenu du contrat : objet du

contrat, JurisClasseur Civil Code > Art. 1162 à 1171.

- Mousseron, J.- M. et Mousseron, P. et ,Raynard, J. et Seube, J.-B.(2010), Technique contractuelle, 4e éd, , Francis Lefebvre.
- Mousseron, J.-M, et. Seube, J.-B (1973), «A propos des contrats d'assistance et fourniture », Dalloz, p.197.
- Puig, P. (2019), Contrats spéciaux, 8e éd., Dalloz.
- Pelletier, C. (2004), La caducité des actes juridiques en droit privé français, thèse, L'Harmattan.
- Picod, Y. (2019), Nullité, Répertoire de droit civil.
- Planiol, M et Ripert, G (1931), Obligations, t. 7, par Esmein, P, 2e éd., L.G.D.J.
- Raynard, J et Seube, J.-B. (2019), Droits des contrats spéciaux, 10e éd., LexisNexis.
- Ripert, G et Boulanger, J.(1957), Traité de droit civil, t. 2, obligations, L.G.D.J.
- Roland, H (2016), Lexique des expressions latines, 7e éd. LexisNexis.
- Séjean, M. (2020), French civil code, Code civil français, english-french-arabic, éd., LexisNexis.
- Seube, J.-B. (2017), Art.1186 et 1187- Fasc. unique : « Contrat.- caducité du contrat », 20 février, JurisClasseur Code civil.
- Starck, B et Roland, H et Boyer, L. (1998), Droit civil- Obligations, t. 2, contrat, 6e éd., Litec.
- Terré, F. et Simler, PH. et Lequette, Y. et Chenede, F. (2018), Les obligations, 12e éd., Dalloz.
- Tirel, M. (2018), L'effet de plein droit, thèse, Dalloz.

بررسی جایگاه و نقش اصل حسن نیت در حقوق کیفری

سیددُرید موسوی مجاب*

چکیده

حسن نیت به عنوان یک اصل کلی حقوقی، در همه شاخه‌های علم حقوق از موقعیت ممتاز و ویژه‌ای برخوردار است. امروزه در قوانین بسیاری از کشورها به شکل صریح یا ضمنی به این اصل پایه اشاره شده است. البته در حقوق کیفری، برخلاف دیگر حوزه‌های حقوقی و به ویژه حقوق خصوصی، حسن نیت مفهومی کمتر شناخته شده و در عمل مغفول برای بسیاری از نویسندگان و پژوهشگران بوده است. در ادبیات حقوق کیفری ایران و در مقایسه با کشورهای غربی و عربی، اصل حسن نیت به درستی تبیین نشده است. اگرچه قانون‌گذار به طور ضمنی در برخی حوزه‌ها از جمله معاذیر قانونی، کیفیات مخففه و اسباب اباحه رفتار ارتكابی به حسن نیت توجه داشته، اما به صراحت به این مفهوم اشاره‌ای نداشته است؛ ضمن آنکه ضوابط شناسایی حسن نیت و سنجه‌های تشخیص آن نیز روشن نگردیده است. تنها بر اساس دکترین حقوقی، برخی از مقام‌های قضایی ضمن انشای رأی و در مقام توجیه چرایی تعدیل یا تبدیل عنوان اتهامی و نیز تغییر نوع و میزان واکنش کیفری به حسن نیت مرتکب توجه می‌کنند. در نظریه عمومی جرم، حسن نیت حول محور قصد مرتکب معنا می‌یابد و به طور خاص در ارتباط با تقصیر جزایی، اثر خود را آشکار می‌سازد؛ به گونه‌ای که با اثبات نبود سوء نیت، حسن نیت شخص در مقام اجرا یا استعمال حق مورد دفاع واقع می‌شود. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی-تحلیلی و در عین حال تطبیقی است و از ابزار کتابخانه برای گردآوری مطالب استفاده شده است.

واژگان کلیدی: اصل حسن نیت، حقوق کیفری، دکترین حقوقی، قصد، تقصیر جزایی

* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
d.mojab@modares.ac.ir

مقدمه

اصطلاح «حسن نیت»^۱ در قوانین و مقررات موضوعه بسیاری از کشورهای غربی و عربی به کار رفته است؛ لیکن در هیچ یک از آن‌ها به شکل صریح و روشن تعریف نشده است.^۲ در این ارتباط تنها نیت به مثابه اراده ارتکاب جرم، حسب تعریف قانونی مورد توجه واقع شده است.^۳ حسن نیت در زمره آن دسته از مفاهیم اخلاقی است که به عرصه حقوق وارد شده است. البته در مقایسه با حقوق دانان، منطق دانان و فلاسفه، بسیار پیش تر با مفهوم حسن نیت به مثابه اماره سروکار داشته‌اند و بینش ایشان نسبت به این موضوع، گران بهاست. از آنجا که اغلب مفاهیم به حوزه منطق ارتباط می‌یابند و ارتباط منطق با فلسفه نیز از دیرگاه غیرقابل کتمان بوده است، می‌توان اذعان داشت که پژوهش‌های آغازین در زمینه مفهوم و مدل‌های حسن نیت به یونان قدیم بازمی‌گردد. برابر نهاد کنونی حسن نیت در زبان یونانی^۴، در بادی نظر^۵ است. اصولاً آنچه در نگاه اول به ذهن خطور می‌کند، نیکی و درستی است. مفهوم حسن نیت، در آثار بسیاری از فلاسفه برجسته یونان قدیم از جمله ارسطو پدیدار بوده است؛ برای نمونه، ارسطو استدلال می‌کند که اطلاعات حاصله از رهگذر حواس پنج‌گانه، در بادی نظر (در نگاه آغازین) صحیح است؛ اما با آشکار شدن این حقیقت که ذهن به گونه‌ای نادرست یا بد اطلاعات را دریافته، این صحت می‌تواند رد شود (Nils Herlitz, 1994: 391). بعدها اصطلاح حسن نیت، در آثار پژوهشگران رومی و قرون وسطایی پدیدار شد. این اصطلاح در آثار مذکور نیز ابتدا در معنای تحت‌اللفظی «در بادی نظر» استعمال می‌شد؛ تعبیر دیژستس^۶ در این زمینه شایان توجه است: «آنگاه که در بادی نظر شیء متعلق به دیگری است، انسان صادقانه بر اساس صحت ظن خود متقاعد می‌شود که این تعلق، برخاسته از یک تعهد است» (Nils Herlitz, 1994: 392). کم‌کم، معنای نیک‌انگاری یا خوش‌پنداری مصطلح شد.

حسن نیت با آنکه در شاخه‌های مختلف حقوقی از جمله حقوق بین‌المللی، حقوق قراردادها، حقوق تجارت و به‌ویژه حقوق مدنی از جایگاه شناخته‌شده‌ای برخوردار است، لیکن در ادبیات

1. Prima facie

۲. برخی معتقدند علت عدم ارائه تعریف صریح و روشن از حسن نیت، قصور قانون‌گذار یا دکتین نیست؛ بلکه برخی مفاهیم، بی‌نیاز از تعریف‌اند (انصاری، ۱۳۸۴: ۱۹).

۳. در این زمینه نک: مواد ۱۸۸ و ۱۸۷ قانون مجازات کشور لبنان و سوریه (النیه، اراده ارتکاب الجرمه علی ما عرفها القانون).

4. ex προτηξ οψεως

5. on/at viewing

6. Digests

حقوق کیفری برخی کشورها همچون ایران مورد توجه بایسته قرار نگرفته است. با آنکه نقش حسن نیت به مثابه یک اصل کلی حقوقی^۱ در نظام دادرسی کیفری بر کسی پوشیده نیست، اما کم توجهی قانون گذار به این اصل پایه موجب شده که در روند رسیدگی های کیفری، مقام های قضایی به نحو مقتضی به اصل یاد شده التفات نمایند. از این حیث، قصور قانون گذار کیفری در اهتمام به مفهوم حسن نیت، غیر قابل توجیه به نظر می رسد. در دکتترین حقوق کیفری و در چهارچوب نظریه عمومی جرم (در ارتباط با ارکان سه گانه جرم)، حسن نیت به شکل مناسب، مجال طرح نیافته است. آنچه در ابتدا از حسن نیت و معنای کلی آن به ذهن متبادر می شود، مقوله ای کیفی و نفسانی است که حاکی از نیک پنداری، باور به صحت عمل، خواست خیر خواهانه و نبود هرگونه بداندیشی یا طرحی برای اغوا یا اغفال دیگری از سوی متهم یا مجرم است. در حقوق کیفری، حسن نیت شخص بر روند دادرسی و در نتیجه نوع و شیوه واکنش کیفری اثرگذار است. اگرچه نقطه مقابل حسن نیت، یعنی سوء نیت (دهخدا، ۱۳۷۶/۶: ۷۸۶۷) یا به تعبیری عزم ناروای فعلی یا غایی شخص در جهت مغایر با خواست قانون گذار در قلمرو رکن روانی جرایم و به ویژه جرایم عمدی مطمح نظر واقع می شود، لیکن حسن نیت، به گواهی آثار موجود، از موقعیت مشخصی در گستره ادبیات حقوق کیفری برخوردار نیست. با کمی بررسی می توان دریافت در هیچ یک از کتاب های حقوق کیفری، مجال مستقل و معینی به طرح بایسته موضوع اختصاص نیافته است. با این وجود، نقش و اثر حسن نیت فرد در حوزه های متعددی از جمله علل موجهه رفتار ارتكابی، معاذیر قانونی و کیفیات مخففه نباید نادیده انگاشته شود. مقام قضایی نیز در جریان اخذ تصمیم، چه در خصوص صدور قرار یا صدور حکم، باید بدون پیش انگاشت یا پیش داشت فکری و به واقع بر اساس حسن نیت اقدام نماید.

امروزه، اصل حسن نیت در روند رسیدگی های حقوقی از جایگاه مهمی برخوردار شده و از یک فضیلت اخلاقی، به یک ضرورت حقوقی مبدل شده است. رعایت اصل حسن نیت زمانی اهمیت می یابد که در رسیدگی به برخی جرایم، همچون جرایم اقتصادی و امنیتی، دیدگاه های خاص و فراقانونی حاکم باشد. در اینجا است که انتظار می رود مقام قضایی بر پایه اصل حسن نیت در مسیر اجتهاد قضایی گام بردارد.

حسن نیت یکی از اصول دادرسی مشترک در نظام حقوق دادرسی تلقی می شود. حسن نیت، هم

1. Good Faith as a general legal principle/les généraux du droit

۲. اصول کلی حقوقی در معنای اصطلاحی احکامی فراگیر، دائمی و الزامی اند که مبنای حقوق موضوعه و از مستقلات عقلی اند. اصول یاد شده، به منظور تضمین حقوق بنیادی و سعادت انسان ها ضروری اند و نقش هدایتگرانه ای در قانون گذاری و دادرسی دارند (حیاتی، ۱۳۹۷: ۲۳-۱۹).

مبنای بسیاری از اصول و قواعد دادرسی است و هم اینکه ابزاری برای اخلاقی کردن قوانین موجود است. در حقوق دادرسی که اصول بنیادین متعددی در طول هم قرار دارند، می‌توان گفت بسیاری از اصول و قواعد در حسن نیت ریشه دارند. بسیاری از حقوق دفاعی متهم نیز محصول فرض بی‌گناهی و حسن نیت اوست.

شناسایی موقعیت اصل حسن نیت در فرایند دادرسی کیفری و حاکمیت فرض برانته بر جریان دادرسی و پایبندی مقام‌های قضایی به اصول دادرسی منصفانه می‌تواند پیامدهای مثبتی در پی داشته باشد که از آن جمله می‌توان به کاهش حجم پرونده‌های قضایی، کاهش جمعیت محکومان و زندانیان و نیز کاهش بار اقتصادی در نظام عدالت کیفری اشاره نمود.

آنگاه که دادگاه ویژه‌ای با سازوکار خاصی تشکیل و در آن از یک‌سری قواعد و ضوابط عمومی عدول می‌شود، مقام قضایی - که تحت تأثیر تفکر کلیشه‌ای قرار دارد - هنگامی که با متهم مواجه می‌شود، ممکن است بدون توجه به واقعیت‌های پرونده و تنها بر اساس ذهنیت و باور کلیشه‌ای خود، اعمال متهم را واجد خصیصه سوء و مجرمانه تشخیص دهد و به قضاوت بنشیند. این در حالی است که بی‌طرفی مقام قاضی، مستلزم عدم پیش‌داوری و سوگیری است. مقام قضایی نباید به خود اجازه دهد که تحت تأثیر متغیرهای فراقانونی همچون احساسات عمومی، موج تبلیغات رسانه‌ای و حتی گرایش‌های درونی همچون تمایلات عاطفی، تعلقات خانوادگی، قومی، نژادی، عقیدتی و غیر آن قرار گیرد؛ بلکه ضروری است نظر و رأی خود را با حسن نیت و بر مبنای استدلال حقوقی استوار سازد. نص‌گرایی یا نص‌بستگی نیز که ناظر به نوعی روش معطوف به تحصیل معرفت با تکیه بر اعتبار و حجیت نصوص و ممانعت از برداشت‌های عقلی است (الماسی و واعظی، ۱۴۰۱: ۲)، با غفلت از اصل حسن نیت، به چالشی در مسیر اجتهاد قضایی بدل می‌شود. نادیده‌انگاری اصل حسن نیت در جریان دادرسی کیفری، به استبداد، خودسری و دوری مقام قضایی از موضع عدالت و انصاف می‌انجامد. در جنب فضیلت‌های قضایی و اخلاقی - از جمله بهره‌مندی از دانش حقوقی، شجاعت حقوقی، خوشتن‌داری، استقلال، بی‌طرفی و شفقت‌ورزی - پایبندی به این اصل را می‌توان به‌منزله یک فضیلت فکری و شاخص شایستگی تصدی منصب قضا انگاشت.

از ویژگی‌های بارز قاضی فضیلت‌مند^۱، تقید و تعهد وی به اصل حسن نیت است. این اصل، در جریان ارزیابی دلایل و تعیین کفایت آن‌ها، شیوه تحصیل آن‌ها، در تفسیر قانون و نیز آزادی عمل در تعیین مجازات در دامنه متغیر قانونی نقش مهمی ایفا می‌کند. باور فکری مقام قضایی باید پایبندی

به اصل حسن نیت باشد. بی جهت نیست که گفته می شود «کیستی قاضی» از «چیستی قانون» کم اهمیت تر نیست. اگر قدرت قضایی به دست قاضی فضیلت مند بیافتد، محتمل تر است که وی به سمت عدالت و انصاف جهت بگیرد (سمایی و همکاران، ۱۴۰۱: ۵۱ و ۵۵).

نگاه سیستمی^۱ به فرایند کیفری و تأکید بر مدیریت گرایی^۲ صرف در این زمینه، جایی برای رویکرد ترحم مآبانه، مهرورزانه و مبتنی بر شفقت^۳ در جریان دادرسی کیفری قائل نمی شود. رویکرد قضایی شفقت محور به عنوان رویکردی که به احساس بزه دیده/بزه کار و سواد هیجانی مقام قضایی بی توجه نیست، نافی نگاه بدبینانه، سخت گیرانه و سرکوبگر است. اقتضای چنین رویکردی قبل از هر چیز، حسن نیت مقام قضایی و تلاش وی در کاربست نهادهای ارفاقی یا سایر راهبردهای غیرکیفری است. رویکرد شفقت محور که در حال حاضر در گفتمان قانونی و قضایی بسیاری از کشورها و به ویژه در ارتباط با دادگاه های حل مسئله^۴ با تأکید بر پارادایم عدالت ترمیمی رایج است، از رهگذر توجه به افکار، دغدغه ها و نیازهای طرف های دعوی، آرمان اصلاح و درمان یا شرمساری بازپذیرنده را دنبال می کند (Knight & Others, 2014: 45-47).

در ایران، کاربرد حسن نیت در حقوق کیفری، کم رنگ است. در آثار موجود در عرصه علوم جنایی حقوقی (هنجاری)، خواه شکلی یا ماهوی، سرفصل مشخصی تحت عنوان اصل حسن نیت یا حسن نیت به چشم نمی خورد. گویی آنچه در حقوق کیفری و حول محور کنش و واکنش روانی نقش محوری یافته، سوءنیت فعلی یا غایی (سوءنیت عام در عموم جرایم و سوءنیت خاص در جرایم عمدی) است. شاید بتوان دلیل عمده این کم رنگی را در این حقیقت جست و جو کرد که بنیان مفهوم حسن نیت در حقوق خصوصی است. در حقوق کیفری، حسن نیت فاقد همتای هنجاری در نظریه عمومی جرم است؛ لذا ممکن نیست بتوان حسن نیت را شکل متبلور رکن روانی جرم انگاشت. ضمن آنکه، حسن نیت را نمی توان بدیل قصد انگاشت؛ زیرا قصد، اراده جهت یافته مرتکب به سوی هدف

۱. در رویکرد مدیریت گرایی، عملکرد نهادهای متولی رسیدگی به جرم از کشف جرم تا اجرای احکام کیفری، این نظام را به یک سیستم متشکل از اجزای به هم پیوسته و روابط بین اجزا تقلیل می دهد. چنین سیستمی از ورودی ها، خروجی ها، فرایند، بازخورد و محیط سیستم تشکیل می شود و تمامی مراحل و افراد دخیل در این فرایند به مثابه ورودی و خروجی در نظر گرفته می شوند که تحت مدیریت کنشگران نظام عدالت کیفری از ابتدا تا انتهای فرایند را به مثابه نوعی کارخانه یا ماشین طی می کنند و از سیستم خارج می شوند، فارغ از اینکه جنبه انسانی و وجودی آنها از جمله افکار، شناخت ها، هیجانات و احساسات در نظر گرفته شود (قاسمی کهریزکی، ۱۳۹۴: ۴۵).

2. Managerialism

3. Compassion based Approach

4. Problem Solving Courts (PSC)

عینی یا مطلوب است و بدیهی است که معنا و کارکرد متمایزی از مفهوم حسن نیت دارد. همچنان که حسن نیت مفهومی متمایز از انگیزه است. انگیزه عبارت است از داعی (دعوت کننده) یا هدف غایی یا نهای از ارتکاب جرم که از حیث وجود ذهنی در ابتدای فرایند محرمانه است.

به هر رو حسن نیت، معمولاً یک مفهوم مهجور در دانشنامه‌های حقوق کیفری است. لزوم بررسی مفهوم حسن نیت از منظر حقوق کیفری، عمدتاً در نتیجه آرای مشخصی از سوی دادگاه‌های عالی است که شامل مدلول حسن نیت است. البته استفاده از کلیدواژه حسن نیت به جای واژه قصد در برخی تصمیم‌های قضایی، در عمل از وجود یک معضل اصطلاح‌شناختی حکایت دارد. اینکه آیا مفهوم حسن نیت در حقوق کیفری دارای کارکرد معینی است یا خیر، موضوع مهمی تلقی می‌شود. دو اصل قانونمندی و تفسیر مضیق نصوص در حقوق کیفری واجد اعتبار می‌باشند و از این حیث، قواعد تفسیر در جهت اثبات حسن نیت به سختی اعمال می‌شوند؛ با این وجود در جریان برخی دادرسی‌های کیفری در مرحله فرجام‌خواهی، استنباط می‌شود که در جای‌دهی مفهوم حسن نیت در چهارچوب نظریه عمومی جرم و شناسایی کارکرد آن تلاش می‌شود (Yaşar & İçer, 2019: 255-256). بر این پایه و به منظور شناخت ماهیت، اهمیت و نیز نهادینه‌سازی موقعیت حسن نیت در گفتمان قانونی و قضایی، ابتدا چهارچوب مفهومی موضوع تبیین می‌شود.

۱. چهارچوب مفهومی و نظری پژوهش

حُسْن در زبان عربی، ضِدُّ قُبْح و نقیض آن است^۱. احسان ضِدُّ إِسَاءَة است و حَسَنه، ضِدُّ سَیِّئه و مَحاسن - جمع حُسن - نیز ضِدُّ مَسَاوِئ (معایب) است؛ چنانچه گفته شود «مَسَاوِئُهُ كَثِيرَةٌ» به این معنی است که معایب و نقایص او بسیار است. حُسْن در لغت به معنای زیبایی است (ابن منظور، ۱۹۶۸: ۱۱۴). اگر گفته شود «حَسَنَ الشَّيْءِ تَحْسِينًا» به این معنی است که شیء را به بهترین شکل زینت بخشید یا نیکو گرداند (غالب، ۲۰۰۳: ۵۳۳). نیت - از ریشه نَوَى، یَنوَى - اشتقاق یافته و به معنی قصد و عزم بر انجام کاری است و ناظر بر جهت‌دهی نفس به انجام رفتار است. نیت، همچنین به معنی روح عمل آمده است. به اعتبار صحت نیت، رفتار صحیح و با فساد آن، فاسد است. به این دلیل پیامبر اکرم (ص) فرموده‌اند: «هَمَانَا صَحْتُ أَعْمَالُ بِه نِيَّاتُ اسْتِ وَ هَر كَس بِه اَعْتَبَارُ أُنْجَهِ قَصْدُ نَمُودَه، نَتِیْجَه مِی‌گِیَرد» (المجلسی، ۲۰۰۳: ۲۱۱).

حُسْن نیت - در قالب ترکیب اضافی - مقوله‌ای نامحسوس و انتزاعی است و بدون معنای

۱. واژه «حُسْن» و مشتقات آن علاوه بر سَنَت شریفه نبوی، در آیات متعددی از سوره‌های قرآن کریم آمده است که از آن جمله: الْأَنْبِیَاء: ۱۰۱، الْأَنْعَام: ۱۶۰، الْإِسْرَاء: ۷ و الْبَقَره: ۲۲۵.

اصطلاحی یا تعریف قانونی، شامل باور درست و صادقانه، فقد طرح فریب یا دنبال نمودن یک امتیاز مغایر با وجدان یا نامشروع است. البته این مفهوم، مربوط به عالم ذهن و کیفیتی معرفت‌النفسی است و قطعاً فقط با مدعیات شخص آشکار نمی‌گردد. در رویه قضایی، حسن نیت مبین حالت ذهنی دلالت‌کننده بر وفاداری نسبت به وظیفه یا تعهد در یک شخص است (Campbell Black, 1990: 353). به طور کلی، حسن نیت فقط یک حالت فکری (صداقت) را تبیین نمی‌کند؛ بلکه تحقق آن مستلزم یک رفتار فعال و مثبت است. مجلس اعیان انگلستان، حسن نیت را یک رفتار منصفانه، آشکار و بدون هرگونه پنهان‌کاری توصیف کرده است (Treitel, 2003: 273).

حسن نیت به عنوان مفهومی که ریشه در حقوق رومن دارد، در اصطلاح حقوقی ناظر بر باور درست و اراده در پایبندی به هنجارهای قانونی است (لطیف مطهر الزبیدی، ۲۰۰۹: ۴۰۸). حسن نیت از حیث لغوی، به واژه رومی "*bona fides*" بازمی‌گردد^۱ و بیش از آنکه واجد مدلول حقوقی باشد، دارای مفهوم دینی و اخلاقی است (عبدالمیر مظلوم الخزرچی، ۲۰۱۴: ۱۷۵). فردی که دارای حسن نیت است، از قانون‌شکنی پرهیز می‌کند (کورتو، ۱۹۹۸: ۶۸۳).

برخی حقوق‌دانان، حسن نیت را به منتفی بودن قصد مجرمانه تعریف کرده‌اند؛ چه آنکه، قصد مجرمانه به اراده جهت‌یافته به مخالفت با قانون از رهگذر تعدی یا تجاوز به حقوق مورد حمایت قانون‌گذار تعبیر می‌شود؛ بنابراین هر فردی که چنین اراده‌ای نداشته باشد، یعنی قصد مخالفت با قانون یا تجاوز به حقی نداشته باشد، فاقد سوءنیت است و در حقیقت، دارای حسن نیت است^۲ (نجیب حسنی، ۱۹۶۲: ۹۰). شاید بتوان گفت اصل حسن نیت در حقوق کیفری، ناظر بر قصد پایبندی به جوانب مشخص شده‌ای است که قانون‌گذار رعایت آن‌ها را ضروری دانسته است.

در حقوق کیفری، بنیادی‌ترین عنصر مقوم جرم عمدی، سوءنیت - بر دو وجه عام و خاص - است؛ فقدان سوءنیت^۳، دلیل عمده عدم مسئولیت افراد در قبال افعال و اقوال است. با نبود سوءنیت، جرم محقق نمی‌شود. در جرایم عمدی، رکن روانی (فعل و انفعال ذهنی مرتکب) متضمن اجزا و عناصر متعددی است که جمع بودن همه آن‌ها «حسب مورد» در هر جرم، ضروری است؛ یکی از

۱. حسن نیت در حقوق آلمان تحت عنوان "Treu und Glauben" و در ایتالیا با نام "buona fede" و در نظام حقوقی کشورهای انگلیسی‌زبان تحت عنوان "Good faith" شناخته می‌شود.

۲. نقدی که به این نظر وارد است آنکه نبود سوءنیت، لزوماً به معنای وجود حسن نیت نیست؛ چه، شخص ممکن است لاقضاء نسبت به خصیصه حسن و سوء «نیت»، اقدامی را صورت دهد. ضمن آنکه چنین تمایزی جز در سایه تفکیک مفهوم انگیزه از نیت، صحیح نمی‌نماید.

3. Malice

عناصر در تحلیل رکن روانی، سوءنیت یا اندیشه خلاف قانون است (آزمایش، ۸۱-۱۳۸۰: ۱۱-۱۰). سوءنیت یا ناظر بر نفس عمل ارتكابی است که اصطلاحاً از آن به سوءنیت عام تعبیر می‌شود و در عموم جرایم، خواه عمدی یا غیرعمدی، مشترک است؛ یا اینکه بر عنصر نتیجه از رکن مادی جرم تعلق می‌گیرد که در اصطلاح سوءنیت خاص خوانده می‌شود. به هر رو، با فقدان این عنصر اساسی و خلل به رکن روانی، جرم محقق نمی‌شود. با توجه به این مطلب، ماده ۴۱ قانون مطبوعات فرانسه^۱، علاوه بر اینکه در بند اول خود سخنرانی‌ها، گزارش‌ها و بحث‌های انجام گرفته در صحن مجلس شورای ملی یا مجلس سنا را مشمول اقدامات قضایی نمی‌داند، در بند دوم به صراحت مقرر می‌دارد: «ارائه گزارش جلسات عمومی مجالس قانون‌گذاری ... برای چاپ در روزنامه‌ها که با حسن نیت انجام پذیرفته است، باعث هیچ شکایت و تعقیبی نخواهد شد»^۲. در ایران نیز در آرای مختلف محاکم و نظریه‌های مشورتی در مورد جرایم گفتاری، قصد مجرمانه یا سوءنیت از عناصر اساسی رکن روانی شناخته شده است (مصلاهی، ۱۳۷۹: ۴۰۰).

در قلمرو حقوق کیفری، حسن نیت در حوزه‌های مختلفی مجال شرح و بسط می‌یابد که از آن جمله معاذیر قانونی، اسباب اباحه رفتار ارتكابی و موجبات تخفیف مجازات است. به صورت موردی و در قالب مثال می‌توان گفت نیت نماینده مجلس در اظهار نظری که حسب ظاهر شاید متضمن افترا، نشر اکاذیب یا تشویش اذهان عمومی تلقی شود، اصولاً خیرخواهانه و برای اصلاح ساختار اجرایی است و لذا قانون‌گذار با قبول پیش‌فرض حسن نیت در مورد اظهارات نمایندگان و ممانعت از کاهش صراحت اظهار نظر ایشان، تحقق این گونه جرایم را منتفی می‌داند؛ همچنان‌که در سایر کشورها این اعتقاد، وجود دارد (جنتی، بی تا: ۷۳). اصل حسن نیت در رسیدگی کیفری به اتهامات نمایندگان مجلس، بعضاً از سوی مقام‌های قضایی مورد توجه واقع می‌شود؛ برای نمونه، در دادنامه‌ای به شماره ۹۸۰۹۹۷۰۲۳۰۹۰۱۰۹۱ و در جریان رسیدگی به اتهامات آقای م. ص.، نماینده سابق تهران، ری، شمیرانات، اسلامشهر و پردیس در دهمین دوره مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۱۳۹۸/۱۱/۲۷ در شعبه ۱۰۵۷ دادگاه کیفری دو مجتمع قضایی کارکنان دولت در تهران برگزار گردید، در خصوص بخشی از اتهامات وارده به مشارالیه (نشر اکاذیب متعدد و توهین به یک مقام قضایی) چنین نظر داده شد که «دادگاه من حیث المجموع، سوءنیت مجرمانه متهم را در بیان مطالب انتسابی احراز ننموده، فلذا به استناد اصل ۳۷ ق. ا. [اصل برائت] و ماده ۱۲۰ ق. م. ا.

۱. مصوب ۲۹ ژوئیه ۱۸۸۱، اصلاحیه ۱۹۵۸.

2. Le nouveau code pénal de France, Reforme en 1992.

مَصَّوب ۱۳۹۲ [عروض شبهه دارئه] و ماده ۴ ق. ا. د. ک. [اصل برائت و لزوم احترام به کرامت و حیثیت اشخاص] حکم به برائت ایشان صادر و اعلام می نماید» (موسوی مجاب، ۱۳۹۹: ۱۱۹). لزوم اثبات محکومیت شخص بر اساس دلایل قطعی و نیز تأکید بر فرض بی گناهی متهم در جریان محاکمات کیفری تا جایی است که در کشورهای تابع نظام کامن لو، هرگونه تردید در زمینه مظنون بودن فرد در جریان دادرسی، اثبات واقعیت را با مانع روبه رو می سازد؛ به دیگر سخن، فرض بی گناهی متهم در مواجهه مقام قضایی، دایره مدار حسن نیت یا عدم احراز سوء نیت است.

طبق اسناد موجود، دادگاه های کامن لو معنای قضایی حسن نیت را گسترش داده اند و تلاش خود را صرف انطباق حکم با جوانب انصاف و اقتناع وجدان کرده اند. در این راستا و در جریان دادرسی، از گذشته اثبات موضوع اتهام بدون هیچ شک و شبهه معقول در کانون توجه واقع می شده است. دادگاه رسیدگی کننده به حقیقت باید بدون شک معقول، متقاعد شود که متهم خطاکار است؛ لذا هر دادگاه یا دادرسی که این قاعده را کنار گذارد یا تلاش کند که آن را زیر پا نهد، خطر قابل ملاحظه ای در زمینه نقض حکم یا تجدیدنظر فراهم می سازد. در نظام های کامن لو، به ویژه در کشورهایی همچون انگلستان و آمریکا، اثبات اتهام شخص پیش از صدور حکم محکومیت «بدون هیچ شک معقول»^۱ ضروری است؛ این موضوع به این معنی است که خطاکاری متهم باید بر اساس دلایل و واقعیت ها به طور منطقی، متعارف و با «اطمینان مطلق»^۲ از سوی مقام تعقیب یا هیأت منصفه به اثبات برسد. در فرضی که دادرس یا هیأت منصفه تردیدی در مورد خطاکاری متهم نداشته یا چنانچه شک آنها غیرمنطقی باشد، خطای متهم «ورای شک معقول»^۳ ثابت شده و شخص باید مجرم شناخته شود. بر این پایه می توان گفت شک به معنای مصطلح در نظام حقوقی غرب، به مفهوم شبهه در اصطلاح فقهی نزدیک است (موسوی مجاب و همکاران، ۱۳۹۷: ۶۳-۶۲).

لزوم اثبات خطاکاری بدون شک معقول^۴، از اواخر سده هیجدهم و به حکم دادگاه عالی جنایی به سال ۱۷۹۸م. در انگلستان به مثابه یک قاعده حقوقی و اخلاقی، شناخته شد و به عنوان معیار استاندارد در جریان رسیدگی کیفری معرفی گردید (Whitman, 2005: 2-6). بر خلاف محاکمات مدنی، هرگونه شک و شبهه در جریان محاکمات کیفری به اعتبار مخاطرات غیرقابل جبران و ناشی از اعمال کیفر سخت همچون مرگ، به نفع متهم تفسیر می شود. حتی در فرض توازن احتمالات

1. Without any reasonable doubt
2. Absolut certainty
3. Beyond any reasonable doubt

۴. قاعده یاد شده، از جهاتی با قاعده درآشابهت هایی دارد.

مبنی بر براءت و مجرمیت، متهم باید تبرئه شود. به هر رو، شرط محکومیت در یک داری کیفری، وجود دلیل کافی مبنی بر مجرمیت - و نه حدس و گمان - است؛ در غیر این صورت، فرض بی‌گناهی^۱ حاکم است (Woods, 2008: 60-70).

در نظام حقوقی کشور ما نص صریحی در مورد حسن نیت و معیار سنجش آن وجود ندارد. از یک منظر و بر اساس قواعد کلی همچون احسان، ظهور و صحت می‌توان گفت اصل بر حسن نیت است. به همین دلیل است که بسیاری از فقها قول مدعی را حمل بر صحت کرده‌اند و در صورت عدم حضور مدعی علیه، صدور حکم غیابی را جایز دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۲۵: ۱۷۷ و ۱۷۸). دادرسی بر اساس مقدمات رفتار فاعل، وضعیت روان‌شناختی وی، جنبه‌های عینی رفتار (اخلاقی و اجتماعی) و نیز حسن فعلی و فاعلی می‌تواند حسن نیت را در شخص شناسایی کند. از باب تقریب مطلب به ذهن می‌توان سنجه‌های تشخیص یا شناسایی حسن نیت متهم را بر اساس ضابطه شخصی یا عینی^۲ در فرایند دادرسی - ضمن تأکید بر نقش مهم و کلیدی دادرسی - در قالب مصادیق پیش‌رو برشمرد: عدم غرض‌ورزی و تلاش برای اطاله دادرسی، عدم تلاش برای طرح دعوای ایدایی، صداقت و اجتناب از خدعه، پرهیز از تقلب و تزویر یا تلاش به منظور فریب یا گمراه‌ساختن قاضی، خودداری از ارائه اسناد مزور یا دلایل واهی و نیز عدم تهدید یا آزار طرف دعوی، و یا تطمیع مقام قضایی یا کارکنان دستگاه قضایی.

در مجموع، حسن نیت دارای سه عنصر صحت، صداقت و عدم خیانت است؛ به این اعتبار کسی که بر اساس حسن نیت اقدام می‌کند، سرزنش‌پذیر نیست. در این زمینه، ضمن مباحث آتی بیشتر به این موضوع اشاره خواهد شد.

۲. گذری بر ماهیت حقوقی و پیشینه اصل حسن نیت در نظام‌های کهن قانون‌گذاری

اصل حسن نیت، از اصول مهم حاکم بر قانون موضوعه است. این اصل، گستره وسیعی از شاخه‌های حقوق ماهوی و شکلی را دربرمی‌گیرد و نقش متفاوتی در هر حوزه ایفا می‌کند. اصل حسن نیت به اعتبار نقش متفاوتی که در عرصه‌های مختلف می‌یابد، از حیث موقعیت و موضوع، برتر از آن است که به گستره معینی محدود شود. در چهارچوب حقوق کیفری ماهوی با رکن روانی جرم و به شکل معین با قصد مرتکب پیوند معناداری می‌یابد. کسی که حسن نیت او ثابت گردد، سوءنیت او منعدم می‌شود. ارتباط اصل حسن نیت با معاذیر قانونی، کیفیات مخففه و اسباب اباحه بر محوریت نظریه استعمال حق غیرقابل اغماض است (لطیف مطهر الزبیدی، ۱۹۹۷: ۳۸۸).

1. Presumption of Innocence
2. Subjective or Objective Test

در قلمرو حقوق شکلی و در جریان دادرسی، حسن نیت به مثابه وسیله تضمین دادرسی منصفانه و مانعی در برابر تضییع حقوق متهمان یا سوء استفاده فرصت طلبان تلقی می شود. در اغلب نظام های اروپایی، حسن نیت در حقوق دادرسی سه کارکرد به شرح زیر دارد:

نخست، کارکرد تفسیری و اصولی که بر بسیاری از اصول و قواعد دادرسی از جمله اصل تناظر دعوی متداعیین سایه افکنده و به آنها جهت می بخشد؛ دوم، کارکرد تصحیحی، در جهت اصلاح و تعدیل قوانین و مقررات غیر قابل انعطاف؛ سوم، کارکرد تکمیلی به منظور شناسایی حق از باطل توسط دادرس متخصص و باتجربه در فرض سکوت، نقص یا ابهام حکم قانون گذار (انصاری و دهقانی، ۱۳۹۶: ۱۳۰-۱۲۲).

به هر رو، اصل حسن نیت از اصول کلی حقوقی مورد اذعان در نظام های مترقی حقوقی است و اصلی پذیرفته شده و جدایی ناپذیر از پیکره نظام دادرسی آنها تلقی می شود^۱ و در قوانین داخلی و بین المللی مورد تصریح واقع شده است. از نظر دیوان اروپایی حقوق بشر، دادرسی عادلانه شامل کلیه مراحل دادرسی از کشف تا اجرای حکم می شود و در نتیجه رعایت اصل حسن نیت نه تنها مرحله محاکمه در دادگاه را شامل می شود، بلکه رعایت آن در مراحل پیش از رسیدگی اصلی در دادگاه یعنی مرحله کشف جرم و تحقیقات مقدماتی نیز ضروری است. بر این اساس، هر مرجعی که دارای کارکرد و نقش قضایی باشد، مکلف است در رسیدگی های خود تضمینات دادرسی عادلانه را که رعایت اصل حسن نیت از ضروریات آن است اجرا نماید.

اصل مذکور، از اصول مهمی است که مشروعیت رفتار متوقف بر آن است؛ از این جهت، اجل اعمال معتبره در نگاه شرع آن دسته اعمالی است که در پس آنها نیت حسنه باشد. به این اعتبار، حسن نیت، شرط صحت رفتار به شمار می رود؛ زیرا مقیاس رفتار انسان است و حتی به مقامی برتر از خود عمل می رسد. بر این پایه، پیامبر اکرم (ص) فرموده اند: «نِيَّةُ الْمُؤْمِنِ خَيْرٌ مِنْ عَمَلِهِ» (المجلسی، ۱۴۰۳/۶۷: ۱۶۹).

در قوانین برخی کشورها از جمله عراق، قانون گذار اصل حسن نیت را در قانون مجازات این کشور^۲ در مواضع متعدد مورد تصریح قرار داده است؛ هرچند میزان صراحت و شفافیت حکم

۱. برابر ماده ۲۲۶۸ قانون مدنی فرانسه: «فرض، همواره بر حسن نیت است و کسی که به سوء نیت استناد می کند باید آن را ثابت کند». ماده ۵۲ قانون آیین دادرسی مدنی سوئیس نیز مقرر می دارد: «همه کسانی که در دادرسی شرکت می کنند، باید بر اساس حسن نیت رفتار کنند».

۲. قانون العقوبات العراقي، رقم ۱۱۱، سنة ۱۹۶۹ المعدل.

قانون‌گذار در همه موارد یکسان نیست. ضمن آنکه در مورد اصل مذکور، از سوی قانون‌گذار تعریفی به دست داده نشده است.

در ارتباط با ریشه تاریخی اصل حسن‌نیت در برخی نظام‌های قانون‌گذاری کهن نیز می‌توان به شواهد خوبی اشاره داشت که از آن جمله سرزمین میان‌رودان (بین‌النهرین) است. این سرزمین که از آن به عنوان گاهواره تمدن یاد می‌شود و ریشه تمدن آن به عصر حجر می‌رسد، در قانون‌نامه‌های مختلف خویش از جمله قانون اورنمو^۱ بر ضرورت و اهمیت پایبندی به حسن‌نیت و صدق در پیشگاه قضا تأکید داشته است. این مهم حتی در جریان تمسک به داوری ایزدی (اوردالی) و در فرض نبود دلیل، به منظور اثبات بی‌گناهی متهم لحاظ می‌شد (فوزی، ۱۹۷۸: ۳۳). در قانون لیپیت ایشتار (عشتار)^۲ به ضرورت صداقت، امانت و حسن‌نیت در تعامل با دیگران اشاره شده است. چنانچه برای مقام قضایی خلاف آن ثابت می‌شد، شخص متحمل مسئولیت کیفری و حقوقی می‌شد؛ برای نمونه چنانچه شخصی، دیگری را متهم می‌نمود و در عین حال توان اثبات آن اتهام را نداشت، شخص یاد شده فاقد حسن‌نیت تلقی می‌شد و به دلیل وهن ساحت متهم - غیر از اینکه وقت دستگاه قضایی را ضایع کرده و دعوای واهی مطرح ساخته بود - محکوم شناخته می‌شد. در ماده ۱۷ قانون لیپیت ایشتار آمده است: «چنانچه فردی در جریان دعوا، دیگری را متهم کند و شخص اخیر از این اتهام ناآگاه باشد و مدعی توان اثبات مدعا را نداشته باشد، بر اوست که هر کیفری را بر این اساس متحمل شود؛ چون فاقد حسن‌نیت است». در ماده ۳۹ این قانون نیز چنین مقرر شده است: «اگر شخصی ادعا کند که دختر مرد آزادی که ازدواج نکرده با مردی مضاجعه داشته است، حال آنکه براثت دختر ثابت شود، بر مدعی واجب می‌آید به میزان ده شیکل نقره به دلیل نداشتن حسن‌نیت پرداد» (سلیمان، ۱۹۸۷: ۲۰۴-۲۰۳). در قانون‌نامه حمورابی^۳ که در مقایسه با قانون پیش‌گفته به دلیل

۱. این قانون از مهم‌ترین قوانین کشف شده است که به فرمان اورنمو یا اور-ناما، پادشاه سومری شهر اور در سده‌های بیست و دوم و بیست و یکم پیش از میلاد وضع شد. قانون اورنمو در سال ۱۹۴۷ م. در شهر نمر بر لوح گلی یافت شد و از سی ماده و یک مقدمه و بخش پایانی شکل یافته است (عبدالحسینی، خالد موسی، ۲۰۰۲: ۵۲).

۲. قانون یاد شده به دست پادشاه بلالاما حاکم سرزمین اشنونا شکل یافت و بالغ بر ۵۰ ماده و شامل یک مقدمه و بخش پایانی - در شئون مختلف زندگی - است (لجنة من الباحثين العراقيين، ۱۹۸۵: ۷۵).

۳. این قانون از نخستین قانون‌نوشته‌های جهان و از مهم‌ترین اکتشافات بشری در تمدن بین‌النهرین به‌شمار می‌رود؛ زیرا اولین قانون کامل و شامل حوزه‌های مختلف حیات بشری است و به دست کاوشگران به شکلی کامل (بدون حذف یا تعدیل) به دست رسید. قانون حمورابی بر روی یک ستون سنگی حک شده و در یک مکان عمومی قرار داده شده بود تا همه بتوانند آن را ببینند (بورث، بی‌تا: ۱).

تمایل حمورابی به بسط قدرت خویش بر سرزمین‌های اطراف سختگیرانه‌تر و صیغه کیفری بارزتری داشته است، در ماده ۲ چنین آمده است: «اگر فردی، دیگری را قذف نماید و قاذف جانب حق را رعایت نکرده باشد، مقذوف به نهر مقدس رفته و در آن غوطه‌ور می‌شود. چنانچه رود وی را فروکشد، خانه او گرفته می‌شود؛ اما چنانچه در امان بماند، مبری است و قاذف کشته می‌شود». در ماده ۳ این قانون نیز چنین آمده است: «اگر فردی در دعوای دروغین شهادت دهد و صحت شهادت وی نزد دادگاه ثابت نشود و موضوع به حیات انسان تعلق یابد، دروغگو به مرگ محکوم می‌شود». از احکام پیش‌گفته آشکار می‌شود که طلب بدی برای دیگری با سوءنیت، محکومیت به عقوبت همان بدی است که خواسته شده است (لطیف مطشر الزبیدی، ۱۹۹۷: ۴۰۲).

در سرزمین مصر یا وادی نیل با تمدنی کهن و عدالت‌محور، مردم بر اساس نیت خویش مورد محاسبه واقع می‌شدند، و نه بر اساس میزان دارایی خویش (محمّد عبدالحلیم، ۱۹۹۷: ۲۵۹). در روم، توجه به مقتضیات عدالت، حسن نیت و پرهیز از اغراض دروغین مورد تأکید بوده است و سوءنیت محکومیت به دنبال داشته است (وهیب و حافظ، ۱۹۸۹: ۲۰۲-۱۹۶). در شرایع آسمانی و به‌ویژه در شریعت موسوی (حضرت موسی علیه‌السلام)، بر ضرورت بهره‌مندی از نیات حسنه نسبت به دیگران، عدم احساس حقد و بغض نسبت به دیگران و نیز حبّ ایشان تأکید شده است (عبدالفتاح الطباره، بی‌تا: ۶۵). در شریعت مسیح علیه‌السلام نیز نیک‌پنداری، تسامح و رحمت مورد تأکید بوده است (شحاته، ۱۹۸۴: ۱۰). در شریعت اسلام و در قرآن کریم، سنت محموده نبوی و آموزه‌های اسلامی به شکل‌های مختلف بر حسن ظن به خدای متعال، حسن ظن به نظام آفرینش و آفریده‌های حق تعالی، حسن ظن به خود و دیگران، و در یک سخن، ضرورت وجود حسن نیت، مقدّم بر هر امری تأکید شده و خداوند، آگاه به اسرار و نیات بندگان معرفی شده است و به تعبیر زیبای قرآن کریم: «اگر آنچه در دل دارید آشکار و یا مخفی کنید، همه را خداوند در محاسبه شما خواهد آورد...»^۱.

در سایه نگاه شرایع آسمانی به اصل حسن نیت و با عنایت به پشتوانه عظیم فکری و دینی در این زمینه، امروزه نقش حسن نیت در نظام‌های مختلف حقوقی و به‌ویژه در قلمرو حقوق کیفری، بیش از پیش آشکار شده است.

۳. حسن نیت در گستره حقوق کیفری و نظریه عمومی جرم

پیش‌تر و حسب اقتضا به موقعیت اصل حسن نیت در امور کیفری اشاره شد. در این مبحث با نگاهی متمرکز و روشن، نقش حسن نیت در حقوق کیفری و گستره طرح بحث در نظریه عمومی جرم

تبیین می‌شود.

آنگاه که مفهوم اصطلاحی حسن‌نیت در حقوق کیفری مورد کنکاش واقع می‌شود، عموماً این مفهوم در چهارچوب نظریه عمومی جرم حول محور قصد مجرمانه و در ارتباط با رکن روانی جرم بررسی می‌شود. رکن روانی یا - به تعبیر حقوق‌دانان عرب - رکن نفسانی، در کنار دو رکن قانونی و مادی، ناظر بر پیوند معناداری است که بین مجرم و جرم ارتكابی در نتیجه خودآگاهی و اراده ممیزه برقرار می‌شود (بهنام، ۱۹۷۸: ۱۱ و ۱۲). آگاهی، حالت نفسانی و مرتبط با روان آدمی است و جوهره آن خرد و دانایی نسبت به حقیقت اجزای رکن مادی است. این حالت آن گونه که توصیف می‌شود، در نتیجه فعل و انفعال‌های ذهنی متعدد و مرتبط حاصل می‌شود (عبدالمنعم عبدالله، ۲۰۰۱: ۱۵۰-۱۴۹). از یک نگاه، می‌توان گفت آگاهی به منزله پیوند بین دو واقعه است که یکی (رفتار مجرمانه) در زمان حال و دیگری (نتیجه مجرمانه) در زمان آینده واقع می‌شود. این در حالی است که اراده، پدیده یا کیفیت نفسانی و نیرویی مرکب از اجزای چهارگانه (درک، تدبیر، خواست درونی و اجرا) است که انسان به مدد آن در مقام تأثیر بر محیط اطراف برمی‌آید. از این حیث، اراده از نظر مفهومی ناظر بر عملکرد نفسانی انسان از دو بُعد داخلی و خارجی است. اراده، بدون آگاهی معنا نمی‌یابد و به تعبیری اراده، مرحله تالی آگاهی^۱ است (نجیب حسنی، ۱۹۷۴: ۶۶-۶۵). در این میان، حسن‌نیت در ارتباط با قصد مرتکب و اراده ارتكاب رفتار (اقدام ارادی مبتنی بر حسن‌نیت)، موقعیت ویژه‌ای می‌یابد. در نظریه عمومی جرم، قصد دائر مدار حسن‌نیت یا نقطه مقابل آن، یعنی سوءنیت است. جوهره رکن روانی جرایم عمدی در شکل غالب، تقصیر است و در شکل استثنایی و در ارتباط با جرایم غیرعمدی، قصور^۲ مجال طرح می‌یابد^۳. در تشریح مفهوم تقصیر ممکن نیست به مفهوم

۱. در ادبیات حقوقی کشورهای عرب‌زبان، اصولاً واژه «وَعْي» به معنای بینش یا دانایی، به جای علم (آگاهی) مطرح می‌شود که تفصیل مطلب در این زمینه مقتضی بحث مستقلی است.

۲. در تعریف اصطلاحی این واژه می‌توان گفت قصور، ادراک یک رفتار نه از رهگذر پیش‌بینی نتایج معینه حسب تعریف قانونی جرم، که در نتیجه نقض تعهد در مراقبت و توجه است. از یک منظر، قصور به دو قسم التفاتی و غیرالتفاتی تقسیم می‌شود که تفصیل بحث در این مجال نمی‌گنجد.

۳. در بررسی تطبیقی موضوع، مشاهده می‌شود که دو مفهوم پایه تقصیر و قصور جزایی به عنوان جوهره رکن روانی جرایم عمدی و غیرعمدی در قوانین کیفری بسیاری از کشورها به تصریح یا به تلویح مورد اشاره واقع شده است. همچون ترکیه، در قانون مجازات آلمان، انگلستان، ایالات متحده آمریکا، ایتالیا، چین، اسپانیا، هلند، پرتغال و بلژیک، شکل غالب رفتار ارتكابی بر محوریت تقصیر معنا می‌یابد و شکل استثنایی آن تحت عنوان قصور پذیرفته شده است. در قوانین کیفری، حسن‌نیت در زمره عناصر رکن روانی جرم نیست و حتی در دکتترین حقوقی نیز این مفهوم ذیل عناصر

حسن نیت برخورد؛ ضمن آنکه این مفهوم، فاقد یک همتای هنجاری در نظریه عمومی جرم است (Yaşar & İçer, 2019: 262-263). با این وجود، به رغم موضع غیر صریح قانون گذار در قبال مفهوم حسن نیت، از تأثیر آن بر تغییر وصف مجرمانه یا تغییر نوع و میزان کیفر رفتار ارتكابی نباید غافل بود. از زاویه دید دیگر، این تأثیر می تواند ناشی از شک در وجود سوء نیت باشد. در این زمینه در قوانین کیفری برخی کشورها از جمله ترکیه مقررات متعددی وجود دارد؛ برای نمونه، اشتباه مرتکب در عناصر عینی جرم (اجزای رکن مادی) و اثبات اشتباه وی در این خصوص به رغم ضرورت توجه و مراقبت کافی حسب وظیفه، امکان محاکمه فرد را حسب شرایط مربوط بر اساس «قصور جزایی» و نه تقصیر فراهم می سازد. مثال شایان ذکر در این زمینه، اقدام یک شکارچی مبنی بر شلیک به یک انسان به تصور هدف قرار دادن یک خرگوش در پس بوته هاست. در فرضی که شکارچی باتجربه تصور می نموده خرگوشی را شکار کرده، حال آنکه انسان بی گناهی را کشته است، اگرچه گفته می شود که وی تا زمانی که اطمینان نیافته بوده که هدف او یک حیوان بوده نمی بایست اقدام به شلیک می کرده است و در هر حال می بایست دقت، مراقبت و توجه می داشته، اما این قصور و اشتباه در هدف نشان نمی دهد که وی عامدانه یا قاصدانه برای قتل اقدام نموده است. بر این اساس، شکارچی در چهارچوب ماده ۳۰/۱ قانون مجازات ترکیه، از خطا و اشتباه خویش (پندار نادرست) برای رهایی از اتهام قتل عمدی بهره می گیرد و به موجب حکم مقرر در ماده ۸۱ قانون یاد شده، به کیفر قتل خطئی (مبتنی بر قصور و غفلت) محکوم می شود (Yaşar & İçer, 2019: 265). حسن نیت به مثابه یک سازوکار دفاعی در مقام استدلال در پیشگاه مقام قضایی مبنی بر نبود قصد تعدی یا تجاوز از هنجارهای قانونی از سوی مرتکب، امروزه نقش اثرگذاری در فرایند دادرسی کیفری ایفا می کند.

در قانون مجازات ترکیه، حسن نیت نه تنها در زمینه تعدیل مجازات یا تغییر وصف رفتار ارتكابی مؤثر است، بلکه در زمینه کاربرست تدابیر تأمینی^۱ و در مقام حکم به مصادره اموال و ضبط دارایی اشخاص مورد توجه دادرس واقع می شود. برابر بند ۱ ماده ۵۴ قانون مجازات ترکیه «...اموال آماده شده به منظور استفاده جهت ارتكاب جرم چنانچه نسبت به امنیت یا سلامت عمومی یا اخلاق عمومی مخاطره آمیز باشند، ضبط خواهند شد...». حکم قانونی یاد شده، بازتأکیدی بر ضرورت ملاحظات مقام قضایی در صیانت از حقوق عامه و اقدام بر اساس اصل حسن نیت است.

تحقق اصل حسن نیت، منوط به شرایطی است که از مهم ترین آن ها بُعد اخلاقی و کیفری است.

یاد شده لحاظ نمی شود (Yaşar & İçer, 2019: 263).

از منظر اخلاقی، نیک‌انگاری و وفای به عهد، دوری از انحراف در استعمال حق، پابندی به اصل صداقت و احسان، از جمله شرایط تحقق اصل حسن‌نیت است. از منظر حقوقی و به‌ویژه از بُعد کیفری، شرط ضروری تحقق حسن‌نیت، فقدان سوءنیت است؛ به این معنی که شخص، خواست درونی در مخالفت با حکم قانون‌گذار نداشته باشد (محمّد صفوت، ۱۹۸۶: ۶۵). رکن روانی برای دو جرم عمدی و غیرعمدی ضروری است؛ حسن‌نیت شخص نیز علت زوال وصف مجرمانه از رفتار ارتكابی است؛ ضمن آنکه به تبع تغییر وصف رفتار از عمدی به غیرعمدی، واکنش مربوط تغییر می‌یابد (حسین خلف، بی‌تا: ۳۵۰).

از حیث ماهیت قانونی و گستره طرح بحث در حقوق کیفری ماهوی، به طور مشخص می‌توان گفت اصل حسن‌نیت در سه حوزه به شرح زیر مطمح نظر واقع می‌شود:

۳-۱. توجیه‌پذیری معاذیر قانونی در سایه اصل حسن‌نیت

معاذیر قانونی، خواه معاف‌کننده از کیفر باشند^۱ یا تخفیف‌دهنده کیفر^۲ باشند، جز در فرضی که قانون‌گذار در شرایط خاصی آن‌ها را تعیین می‌کند، عذر تلقی نمی‌شوند. دادگاه به حکم صریح قانون‌گذار باید با بررسی اوضاع و احوال در موارد خاص اقدام نماید. معاذیر معاف‌کننده از کیفر، اسباب و موجباتی هستند که قانون‌گذار نسبت به آن‌ها به صراحت حکم نموده و به اعتبار آن‌ها، مجرم از کیفر مقرر برای جرم به حکم دادگاه و به رغم تحقق جرم و حصول شرایط مسئولیت کیفری معاف می‌شود (البغال، ۱۹۸۲: ۱۱). در نظر قانون‌گذار، اساس این معافیت در منفعتی است که از حیث اجتماعی تحقق یافته و بر جنبه سزادهی فائق است (عبدالرزاق الحدیثی، ۱۹۹۲: ۴۵۱). فرض کلی این است که منفعت اجتماعی، بنیانی است که حق در مجازات به آن مستند می‌شود؛ لیکن این منفعت در شکل ارائه خدمتی است که مجرم به جامعه ارائه می‌دهد و مؤثر در کشف جرم یا شرکای جرم است که مجرم آن‌ها را معرفی می‌کند یا فرایند دستگیری آن‌ها از سوی ضابطان را آسان می‌کند. به این اعتبار، این خدمت نسبت به مخاطره ناشی از جرم مهم‌تر می‌نماید^۳. در اینجا است که معافیت از کیفر شکل تشویق و ترغیب مجرم در عدم تداوم فرایند مجرمانه می‌یابد و به منظور حمایت از جامعه - در برابر زیانی که به واسطه جرم و از سوی مجرم وارد می‌شد و اکنون بیم و مخاطره ناشی از

۱. الأعدار المعفیة

۲. الأعدار المخففة للعقاب

۳. بنگرید به: قانون مجازات عراق، مواد ۵۹، ۱۸۷، ۲۱۸، ۳۰۳ و ۳۱۱، همچنین مواد ۲۷۲، ۳۳۵، ۳۵۴، ۴۵۲ و ۶۵۴ قانون مجازات لبنان و نیز مواد ۲۶۲، ۴۴۲، ۴۶۱، ۴۸۳ و ۵۲۱ قانون مجازات سوریه و مواد ۴۸، ۱۰۷ و ۲۰۵ قانون مجازات مصر.

آن کم اثر شده است - مورد لحاظ واقع می‌شود.^۱ این شکل از معافیت، شخصی است و اثری بر مسئولیت شریک یا شرکای مجرم ندارد.

معاذیر مخففه کیفر، آن دسته از شرایط و اوضاع و احوال قانونی خاصی است که از خطرناکی جرم می‌کاهد و میزان مخاطره مرتکب را که مشمول حکم قانونی خاص است کاهش می‌دهد؛ به گونه‌ای که مرتکب بنا به تشخیص دادرس، استحقاق تخفیف مجازات به میزانی کمتر از حداقل قانونی مقرر را می‌یابد (عبدالرزاق الحیدثی، ۱۹۷۹: ۱۰۴). معاذیر (عذرهای) تخفیف‌دهنده مجازات بر دو گونه‌اند:

الف) معاذیر مخففه عمومی که شامل همه گونه‌های جرایم یا اغلب آن‌ها می‌شود؛ از جمله انگیزه شرافتمندانه^۲ و ابتدای رفتار بزه‌دیده بر حالت برانگیختگی مخاطره‌آمیز به شکلی غیر محققانه. در سایه انگیزه شرافتمندانه، نیت مرتکب خیر است؛ اگرچه مرتکب از حیث وسیله به خطا افتاده است. لذا جرم واقع شده است، اما حسب نظر قانون‌گذار، مرتکب استحقاق کاهش کیفر را می‌یابد.^۳ در کنار انگیزه شرافتمندانه، «استفزاز» یا چیرگی حالت خشم شکل‌یافته در نفس آدمی در نتیجه رفتار مخاطره‌آمیز مجنی‌علیه - آن هم بدون حق - موجب کاهش مجازات مجرم می‌شود. حالت مذکور موجب عدم سلطه مجرم بر نفس خویش می‌شود و اراده وی ضعیف می‌شود. در کنار انگیزه شرافتمندانه و غلبان غضب ناشی از برآشفستگی روحی، نقص یا ضعف توان ارادی یا ادراکی نیز به عنوان عذر از سوی قانونگذار عراق و ضمن ماده ۶۰ قانون مجازات این کشور مورد تصریح قرار گرفته است.

ب) معاذیر مخففه خاص، ناظر بر آن دسته از معاذیری است که قانون‌گذار آن‌ها را در جرایم محدود و مشخصی مقرر کرده است؛ به گونه‌ای که اثر خود را جز در مورد این جرایم آشکار نمی‌سازند (زکی أبو عامر، ۱۹۸۶: ۵۶۱). از جمله این معاذیر در برخی کشورها همچون عراق می‌توان به رجوع شاهد از شهادت زور یا دروغ (ماده ۲۵۶ قانون مجازات عراق) و نیز آگاه‌سازی نهادهای اداری یا قضایی نسبت به ارتکاب جرم رشاء از سوی راشی یا واسطه تا پیش از پایان فرایند دادرسی کیفری (ماده ۳۱۱ قانون مجازات عراق). شایان ذکر است در اینجا تخفیف مجازات اصلی، اثری بر مجازات تبعی و

۱. برای نمونه، به مواد ۱۰۰ و ۲۱۰ قانون مجازات مصر و نیز ماده ۲۵۸ قانون مجازات عراق، مواد ۳۱۰، ۳۴۷ و ۴۰۹ قانون مجازات لبنان و همچنین ماده ۵۰۳ قانون مجازات سوریه بنگرید.

۲. «الباعث الشریف» که در برابر «الباعث الدنی» یا انگیزه پست قرار می‌گیرد.

۳. نک: ماده ۱۲۸/۱ قانون مجازات عراق.

تکمیلی نخواهد داشت و این موضوع بر خلاف معاذیر معافیتی است که مانع حکم به هرگونه کیفری - خواه اصلی، تبعی یا تکمیلی - می‌شوند (عبدالرزاق الحدیثی، ۱۹۹۲: ۴۶۱).

۳-۲. توجیه‌پذیری کیفیات مخففه در سایه اصل حسن نیت

اعطای اختیار قضایی از سوی قانون‌گذار به دادرس در مقام توزین مجازات، از جمله اموری است که امکان صرف‌نظر از آن در قوانین کیفری وجود ندارد. از یک‌سو، قانون‌گذار هرچقدر تلاش نماید، نمی‌تواند به همهٔ فروض و جنبه‌های مخاطره‌آمیز اقدام مرتکب جرم احاطه یابد. از دیگر سو، گاه اقتناع وجدان قضایی در سایهٔ اختیار میزان متناسب و متوازی از مجازات در یک دامنهٔ متغیر حاصل می‌شود؛ به گونه‌ای که قاضی در تنسيق مصالح اجتماعی و فردی، و به منظور تحقق اهداف بایستهٔ نظام سزادهی، اسباب مخففه را در حق مجرم لحاظ می‌کند. در یک تعریف، ظرف‌ها یا کیفیات مخففه آن گونه حالت‌های شخصی همراه با جرم یا مجرم است که در اثر وجود آن‌ها دادگاه استنباط می‌کند که می‌تواند در حق مرتکب جرم، کیفر عادلانه و مناسبی اختیار کند (البرزکان، ۱۹۹۰: ۴۴)؛ به دیگر سخن، گاه قانون‌گذار درمی‌یابد که اعمال برخی مجازات‌ها از جمله حبس با وضعیت و شرایط مجرم همگون یا متناسب نیست. در این زمینه، دادگاه سلطهٔ تقدیری یا به تعبیری سلطهٔ تشخیصی دارد.

بنا بر یک تعریف، ظروف یا جهات تخفیف، اسبابی است که به اعتبار آن‌ها دادرس می‌تواند به مجازاتی خفیف‌تر از نوع مقرر یا کمتر از کف تعیین‌شدهٔ قانونی حکم نماید. گاه اسباب تخفیف وجوبی (اجباری) به شکل احصاشدهٔ قانونی در قالب «معاذیر قانونی» مجال طرح می‌یابد؛ گاه اسباب تخفیف تجویزی (اختیاری) حسب تشخیص و صلاحدید دادرس تحت عنوان «جهات مخففه» مطرح می‌شود (عالیه، ۱۹۹۶: ۴۵۵).

از موجبات یا کیفیات تخفیف‌دهندهٔ مجازات کبر سن، ارتکاب جرم برای نخستین‌بار، روابط خانوادگی، شرایط خاص فردی مجرم (زودباوری، سادگی و خوش‌قلبی)، فقدان سابقه، گذشت بزه‌دیده از حقوق شخصی خویش، رضایت بزه‌دیده از مرتکب جرم و درخواست رواداری رأفت قضایی در حق وی است (لطیف مطشّر الزبیدی، ۱۹۹۷: ۴۲۰-۴۱۹).

از میان جهات مخففه، آنچه به طور مشخص پیوند حسن نیت و اقدام مرتکب جرم را به ذهن تداعی می‌کند، اسبابی همچون «همکاری مؤثر متهم در شناسایی شرکا یا معاونان، تحصیل ادله یا کشف اموال و اشیای حاصله از جرم یا به کار رفته برای ارتکاب آن»، «وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم»، «اعلام متهم قبل از تعقیب یا اقرار مؤثر وی در حین تحقیق و رسیدگی» و نیز

«کوشش متهم به منظور تخفیف آثار جرم یا اقدام وی برای جبران زیان ناشی از آن» است.^۱

۳-۳. توجیه‌پذیری اسباب اباحه رفتار ارتكابی در سایه اصل حسن نیت

اسباب تبریر (اباحه) یا به تعبیری علل موجهه رفتار ارتكابی، آن دسته از موجبات عینی است که به حکم قانون‌گذار و حسب فراهم شدن شرایط قانونی، شخص را از انتساب عنوان مجرمانه تحت لوای استعمال حق مبری می‌سازد. اقدام به دفاع مشروع، اجرای دستور قانونی آمر قانونی و یا اجرای قانون اهم از سوی مأمور، حق تأدیب از سوی ولی یا مربی، حق بر درمان و جراحی ضروری، عملیات ورزشی متعارف و مشروع، بالجمله در پرتو اصل حسن نیت و بدون انحراف یا تجاوز از حدود مقرر قانونی در زمان استفاده از حق، موجب معافیت مرتکب از بار مسئولیت کیفری در قبال رفتار ارتكابی می‌شوند (ممدوح، ۲۰۰۰: ۸۷ به بعد).

آنچه سبب توجیه رفتار مرتکب در پرتو موجبات یاد شده می‌شود، حسن نیت وی در انجام وظیفه است؛ ضمن آنکه از نگاه قانون‌گذار، شخص در چهارچوب استعمال حق خویش اقدام نموده و این حق ریشه در حقوق فطری و طبیعی هر انسانی دارد. اینکه هر حقی در نهایت واجد غایت اجتماعی است و در پرتو مصلحتی توجیه می‌پذیرد، سخن قابل دفاعی است که به طور خاص در گستره اسباب اباحه و در ارتباط با حسن نیت مرتکب در زمان استفاده از حق قابل طرح است (عبدالستار، ۲۰۰۶: ۲۲۶).

۴. تحلیل گونه‌شناختی و سنجه‌شناختی حسن نیت

نظر به ضرورت گونه‌شناسی حسن نیت و نیز سنجه‌های مربوط به آن در مورد استدلال یا توجیه عدم وجود سوءنیت در ارتكاب رفتار، در ذیل و به اختصار به این دو محور مهم اشاره می‌شود.

۴-۱. گونه‌شناسی حسن نیت

حسن نیت در دکرین حقوقی اصولاً تحت لوای دو عنوان، یعنی حسن نیت ذهنی^۲ و حسن نیت عینی^۳ بررسی می‌شود. در تعریف حسن نیت ذهنی گفته می‌شود: «وجود حالت یا وضعیتی در شخص که استفاده از حق خاصی را موجب می‌شود یا آنکه در اثر نبود عناصر بایسته تقصیر، مانع اثبات وجود اندیشه شروانه در وی می‌گردد. گاه سطحی از ناآگاهی یا بدآگاهی می‌تواند در خصوص تعدر شخص توجیه شود و نیک‌پنداری یا خوش‌نیتی وی به بی‌قاعدگی قانونی^۴، ناآگاهی حقوقی فرد^۵ و یا قابلیت پذیرش قانونی جهل یا بدآگاه شدگی^۶ معطوف شود» (Yaşar & İçer,)

۱. نک: بندهای «ب»، «پ»، «ت» و «ج» ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی

2. Subjective good faith

3. Objective

4. The absence of rule/legal irregularity

5. The absence of the legal awareness of the person

6. Legally acceptability of ignorance or to be have misinformed

257: 2019). بنابراین، حسن نیت ذهنی (وابسته به طرز فکر شخص)، شرط لازم برای تحصیل حق از سوی یک شخص یا مانع اکتساب حق ناموجه توسط دیگری می‌شود. قاعدتاً «پیش فرض حسن نیت»^۱ در نظام‌های حقوقی نهادینه شده است. نتیجه پذیرش این فرض آن است که اصل بر حسن نیت شخص است و ادعای وجود سوءنیت باید ثابت شود. فرض یادشده مطلق نیست؛ این فرض اگرچه واجد بُعد حمایتی است، اما در مواردی - حتی نسبت به فرد ناآگاه به وجود اشتباه در سند ثبت شده و در فرض ارائه یا تکیه بر آن با حسن نیت، از سوی مدعی عدم وجود حق واقعی^۲ - می‌تواند رد شود (Hatemi, 2017: 187).

اما حسن نیت عینی، راجع به تحصیل حق نیست؛ بلکه در مقام اثبات حق و حسب ظواهر امر، در جهت اعمال حق مکتسب مورد لحاظ واقع می‌شود. از این منظر، حسن نیت در پرتو قاعده صداقت^۳ این گونه تبیین می‌شود که اشخاص ملزم‌اند به گونه‌ای رفتار کنند که رفتار ایشان موافق معیارهای منطقی، معقول و مورد انتظار از یک فرد درستکار و اخلاقمند (در حدود متعارف اجتماعی) و در سایه اهداف قانونی در روابط حقوقی مشابه باشد. در تعیین این موضوع که آیا این رفتار منطبق بر قاعده صداقت است یا خیر، معیارهای اخلاقی غالب در جامعه و نیز عملکرد عرفی و معمول ملحوظ می‌شود. نقض قاعده یادشده، سوءاستفاده آشکار از حق تلقی می‌شود و شخص مورد حمایت قانون‌گذار نخواهد بود^۴ (Yaşar & Içer, 2019: 258-259). به نظر می‌رسد توجه به وضعیت فکری و روان‌شناختی شخص و نیز جنبه‌های عینی و متظاهر رفتار وی (حسن فعلی و حسن فاعلی) در چهارچوب ضابطه ذهنی و عینی، ضروری است.

۲-۴. سنجه‌های حسن نیت

تردیدی نیست چنانچه در زمان استعمال حق، از حدود تعریف شده تجاوزی صورت پذیرد، حسن نیت ملحوظ از سوی شارع مقدس یا شارع عرفی در جعل حکم راجع به معافیت کیفری برخی از افراد در قالب اسباب اباحه رفتار به چالش کشیده می‌شود؛ برای نمونه در جریان انجام عملیات ورزشی، خروج ورزشکار از حدود متعارف و ایراد ضربه به منظور انتقام یا فرونشاندن خشم ناشی از رقیب یا خروج مربی از حدود تربیتی، حسن نیت فرد را به سوءنیت مبدل می‌نماید (نجیب حسنی، ۱۹۶۲: ۹۰). در نمونه‌های یاد شده، معیار یا سنجه مصلحت مشروع در زمان استعمال حق از سوی

1. Presumption of good faith

2. Real Right

3. The Rule of Honesty

۴. در این زمینه بنگرید به ماده ۲ قانون مدنی ترکیه.

مرتکب، قابل استناد یا استدلال نخواهد بود (حسین الخلف، بی تا: ۲۵۹).

طرح سنجۀ غایت اجتماعی نیز به دلیل نقد وارد بر سنجۀ مصلحت مشروع مطرح گردیده است. طرفداران این سنجۀ معتقدند حق ها بالجمله غایی اند و قانون گذار به منظور تحقق غایتی معین آن ها را جعل کرده است؛ حسن نیت یا سوء نیت به نحوۀ اندیشه فرد نسبت به رفتار مباح و مورد ارادۀ قانون گذار باز می گردد. چنانچه آشکار شود غایت مطلوب فرد چیزی جز آنچه مطلوب و منظور قانون گذار بوده است، در این صورت شخص فاقد حسن نیت و در نتیجۀ واجد سوء نیت شناخته می شود. بی توجهی به غایت اجتماعی، بی توجهی به غایت قانون گذار را در پی دارد (فخری عبدالرزاق الحدیثی، ۲۰۰۵: ۶۱)؛ برای نمونه، تجویز تربیت فرزند از سوی والدین یا معلم نسبت به دانش آموز، در پرتو غایت رشد اخلاقی و تهذیب نفس شکل یافته است و چنانچه به منظور تحقیر، ترذیل یا توهین انجام شود، رفتار وصف مجرمانه به خود می گیرد. البته از سوی مخالفان، نقدهای زیادی بر سنجۀ اخیر وارد شده است؛ از آن جمله اینکه دامنه این سنجۀ گسترده و در عین حال تفسیرپذیر است. ضمن آنکه این سنجۀ قواعد ثابت و روشنی ندارد و در مجموع دقیق نیست (لطیف مطشّر الزبیدی، ۱۹۹۷: ۱۸). بدیهی است شرح بیشتر این مطلب و پاسخ طرفداران در جای خود قابل توجه است، ولی تفصیل بحث در این پژوهش نمی گنجد.

نتیجۀ

برخلاف حوزه هایی همچون حقوق خصوصی و تجارت بین المللی، حسن نیت مقوله ای کمتر شناخته شده در ادبیات حقوق کیفری است. با آنکه بنیان دادرسی کیفری و آغاز فرایند مربوط بر محوریت اصل حسن نیت شکل می پذیرد، اما موقعیت این اصل و نقش سازنده آن در جریان دادرسی و حفظ حقوق اتهامی به درستی شناخته نشده است.

حسن نیت هم در اندیشه متهمان و هم در نگاه کنشگران نظام عدالت کیفری به ویژه مقام های قضایی به قضایا از نقش اثرگذاری برخوردار است. تبریۀ بسیاری از متهمان و معافیت کلی یا نسبی از کیفر بسیاری از کسانی که تحت لوای عناوین مجرمانه محکومیت می یابند، با اثبات حسن نیت ایشان امکان پذیر می شود؛ چه، حسن نیت نقطه مقابل سوء نیت و دایر مدار انتقای قصد مجرمانه است. توجیه چرایی تعدیل یا تغییر بار مسئولیت در حوزه های مختلفی از حقوق کیفری از جمله اسباب اباحه، کیفیات مخفّفه و معاذیر قانونی عمدتاً در پرتو اصل حسن نیت شکل می پذیرد. توجیه چرایی صدور قرارهای تأمینی ثقیل یا فراروی از مجازات حداقلی و اختیار مجازات حداکثری، اصولاً با لحاظ حسن نیت مقام قضایی در رسیدگی به پرونده معنا می یابد. به این اعتبار، موقعیت حسن نیت در جریان دادرسی کیفری را هم در ارتباط با متهم و هم دادرس می توان مورد کنکاش قرار داد.

اگرچه حسن نیت فاقد همتای هنجاری در قوانین کیفری است، با این وجود و به رغم عدم تصریح قانون‌گذار کیفری به آن در ایران، بر اساس دکترین حقوقی موقعیت خود را در دادرسی‌های کیفری تا حدی حفظ کرده است. توجه مقام قضایی به اصل حسن نیت در هر مرحله از فرایند کیفری، نقش مهمی در سرنوشت پرونده خواهد داشت. تصمیم قضایی در قالب صدور قرار یا صدور حکم، در سایه اصل حسن نیت شکل متمایزی می‌یابد.

امروزه، مدیریت‌گرایی کیفری صرف و نگاه سیستمی به فرایند کیفری مورد انتقاد واقع شده است. به چالش کشیده شدن فرض برائت و اصل حسن نیت در برخی حوزه‌ها از جمله جرایم ضد امنیت ملی تحت لوای دکترین حقوق کیفری دشمن‌مدار، از دغدغه‌های جدی حاضر است. تأثیر کلیشه‌های ذهنی بر اندیشه مقام قضایی، عوام‌گرایی کیفری، بازنمایی‌های رسانه‌ای و اعمال نفوذ قضایی، از موانع پیش‌روی شناسایی موقعیت اصل حسن نیت در جریان دادرسی است. حتی کاربرست نهادهای ارفاقی در حق متهمان، منوط به نیک‌انگاری دادرس در تعیین مجازات است.

در مجموع باید گفت کوتاهی قانون‌گذار در شناسایی و تصدیق موقعیت اصل حسن نیت در قوانین و مقررات کیفری و همچنین عدم اشاره به سنجه‌های تشخیص یا احراز حسن نیت موجب شده که عمده توجهات به سوء نیت و تلاش در اثبات آن معطوف شود. با کمی تدقیق در ادله تفصیلی و متون اسلامی، به منابع و مطالب ژرفی در خصوص اصل حسن نیت می‌توان دست یافت که از حیث دیرینگی و جامعیت، قابل مقایسه با داشته‌ها و یافته‌های کشورهای غربی نیستند؛ لذا علاوه بر غیرقابل‌پذیرش بودن قصور قانون‌گذار، عقب‌ماندگی ادبیات حقوق کیفری کشور ما از بسیاری کشورها در زمینه بحث حاضر نیز توجیه‌پذیر نیست.

منابع

فارسی

- آزمایش، علی (نیم سال دوم تحصیلی ۸۱-۱۳۸۰)، *تقریرات حقوق کیفری بین المللی*، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- الماسی، مسعود و احمد واعظی (۱۴۰۱)، «پوزیتیویسم حقوقی در نظام قضایی ایران؛ برابند تعاملی فرمالیسم حقوقی و نص گرایی قانونی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۶، ش ۱۱۷.
- انصاری، علی (۱۳۸۴)، *حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه*، رساله دوره دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی.
- انصاری، علی و حسین دهقانی (۱۳۹۶)، «حسن نیت در حقوق دادرسی»، *دوفصلنامه حقوق اداری*، سال چهارم، ش ۱۲.
- جنتی، حمید (بی تا)، «مصونیت پارلمانی»، *مجله کانون وکلای دادگستری مرکز*، دوره جدید، شماره ۶، شماره پیاپی ۱۷.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۷)، *مفهوم «اصل حقوقی» و مقایسه آن با «قاعده حقوقی» (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)*، *دوفصلنامه دانش حقوق مدنی*، دوره ۷، ش ۲.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۶)، *لغتنامه*، ج ۶، تهران: دانشگاه تهران.
- سمائی، مهدی و محمدجعفر حبیبزاده و رحیم نوبهار (۱۴۰۱)، «قاضی فضیلت مند؛ سهم فضیلت گرایی در نظریه قضاوت»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۶، ش ۱۱۸.
- قاسمی کهریزسنگی، راضیه (۱۳۹۴)، *مدیریت گرایی در فرایند کیفری ایران: بسترهای ظهور، پیامدها و چالش ها*، رساله دوره دکتری رشته حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشگاه تربیت مدرس.
- قانون مجازات اسلامی در آرای دیوان عالی کشور (۱۳۷۹)، گردآورنده: مصلاحی، علیرضا، ج ۱، تهران: نشر دبستان.
- موسوی مجاب، سیددرد و محمدجعفر حبیبزاده (۱۳۹۹)، *بررسی تحلیلی و تطبیقی مصونیت پارلمانی از منظر حقوق کیفری*، چاپ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس.
- موسوی مجاب، سیددرد و محمدجعفر حبیبزاده و عرفان خرمی عراقی (۱۳۷۹)، «کاوشی در بایسته های اعمال قاعده در اجرای مجازات از منظر فقه جزایی و حقوق موضوعه»، *فصلنامه پژوهش های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۲، ش ۳.

عربی

- ابن منظور، جمال الدین محمدبن مکرم (۱۹۶۸)، *معجم لسان العرب*، ج ۱۳، بیروت: دار صادر للطباعة.
- البرزکان، عبدالستار (۱۹۹۰)، «العدر القانوني والظرف القضائي»، *مجلة القضاء*، العراق: تصدرها نقابة المحامين، العدد ۱، ۱۹۹۰.
- البغال، السيد حسن (۱۹۸۲)، *الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات فقهاً وقضاءاً*، القاهرة: دار الفكر العربي.
- بورث، دیلا (بدون سنة طبع)، *بلاد ما بين النهرين الحضارتان البابلية والآشورية*، ترجمة محرم کمال، مصر:

دارالثقافة العامة.

- بهنام، رمسيس (١٩٧٨)، النظرية العامة للقانون الجنائي، دون رقم طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية.
- حسين الخلف، على وعبدالقادر الشاوي، سلطان (بدون سنة طبع)، المبادئ العامة في قانون العقوبات، بغداد: المكتبة الوطنية.
- رشيد، فوزي (١٩٨٧)، الشرائع العراقية القديمة، ط٣، بغداد: دار الشؤون الثقافية العامة.
- زكي أبو عامر، محمّد (١٩٨٦)، قانون العقوبات: القسم العام، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- سليمان، عامر (١٩٨٧)، القانون في العراق القديم، ط٢، بغداد: دار الثقافة للشؤون العامة.
- شحاتة، جورج (١٩٨٤)، المسيحية والحضارة العربية، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر.
- عالية، سمير (١٩٩٦)، أصول قانون العقوبات (القسم العام)، دراسة مقارنة، ط١، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- عبدالحسيني، خالد موسى (٢٠٠٢)، القانون وإدارة الدولة في وادي الرافدين، أطروحة الدكتوراه مقدّمة إلى كلية الآداب بجامعة بغداد.
- عبدالرزاق الحديثي، فخرى (١٩٩٢)، شرح قانون العقوبات: القسم العام، بغداد: المكتبة القانونية.
- عبدالرزاق الحديثي، فخرى (١٩٧٩)، الأعداء القانونية المخفّفة للعقوبة، بغداد: المكتبة الوطنية.
- عبدالفتاح الطيارة، عفيف (بدون سنة طبع)، اليهود في القرآن، ط١، إيران: مطبعة الأمير.
- عبدالأمير مظلوم الخزرجي، رغد (٢٠١٤)، «مبدأ حُسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية»، عراق: مجلة الديالي، العدد الرابع والستون.
- عبدالستار، فوزية (٢٠٠٦)، القانون الجنائي العام، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية.
- عبدالمنعم عبداللّه، فراس (٢٠٠١)، القصد الجنائي الإجمالي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدّمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد.
- عزمي، ممدوح (٢٠٠٠)، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، القاهرة: دار الفكر الجامعي.
- غالب، حنا (٢٠٠٣)، كنز اللغة العربية، ط٢، مكتبة لبنان: بيروت.
- فخرى عبدالرزاق الحديثي، عمر (٢٠٠٥)، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، أطروحة الدكتوراه، مقدّمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد.
- كورتو، جيرار (١٩٩٨)، مُعجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، ط١، بيروت: المؤسسة الجامعية.
- لجنة من الباحثين العراقيين (١٩٨٥)، حضارة العراق، ج٢، بغداد: دار الحرية للطباعة.
- لطيف مطشّر الزبيدي، دلال (٢٠٠٩)، مبدأ حُسن النية وأثره في العقاب: دراسة مقارنة، رسالة مقدّمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل وهي جزء من متطلّبات درجة الماجستير في القانون العام، بإشراف الدكتور محمّدعلي سالم، جمهورية العراق: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بابل، كلية القانون.
- لطيف مطشّر الزبيدي، دلال (١٩٩٧)، «الطبيعية القانونية لمبدأ حسن النية في نصوص قانون العقوبات، دراسة مقارنة»، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، العدد ٥٠، الجزء ٢.
- المجلسي، محمّدباقر (٢٠٠٣)، بحار الأنوار، الجزء السابع والستون، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

- محمد عبدالحلیم، نبیلة (۱۹۹۷)، *معالم التاريخ المصرى والحضارى فى مصر الفرعونية*، الإسكندرية: مطبعة منشأة المعارف.
- محمد صفوت، صفیه (۱۹۸۶)، *القصد الجنائى والمسؤولية المطلقة*، ط ۱، بیروت: مطبعة دارین الزیدون.
- النجفی، محمدحسن (۱۴۲۵هـ)، *جواهر الکلام فى شرح شرائع الإسلام*، المجلد الرابع، الإصدار الثانى، قم: البرمجيّات الفقهيّة «المُعجم».
- وهيب، آدم وحافظ، هاشم (۱۹۸۹)، *تاريخ القانون*، ط ۱، بغداد: المكتبة الوطنية.
- نجيب حسنى، محمود (۱۹۷۴)، *النظرية العامة للقصد الجنائى*، ط ۲، القاهرة: دون اسم المطبعة.
- نجيب حسنى، محمود (۱۹۶۲)، *أسباب الإباحة فى التشريعات العربية*، القاهرة: دون اسم المطبعة.

انگلیسی

- Knight, Charlotte, Phillips, Jake and Chapman, Tim (2016), "Bringing the feelings back: Returning Emotions to Criminal Justice Practice", **British Journal of Community Justice**, 14 (1).
- Nils Herlitz, Georg (1994), "The Meaning of the Term Prima Facie", **Louisiana Law Review**, Vol. 55, No. 2.
- Treitel, Guenter Heinz (2003), **The Law of Contract**, 3th ed., London: Sweet & Maxwell.
- Yaşar, Yusuf and Zafer, İçer (2019), "The Concept of *Good Faith* in Criminal Law", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology**, Istanbul University Press, Vol. 7, No. 2.
- Campbell Black, Henry (1990), **Black's Law Dictionary**, 6th ed., U.S.A, West Publishing Co.
- Hatemi, Hüseyin (2017), **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Whitman, James Q.; *the Origins of "Reasonable Doubt"*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 3-1, 2003.
- Woods, John (2008), "Beyond Reasonable Doubt: An Abductive Dilemma in Criminal Law", **Informal Logic**, Vol. 28, No. 1.

چالش‌های آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی با تأکید بر آرای دیوان عدالت اداری

آیت مولائی*، فاطمه میراحمدی**

چکیده

حمایت از تولید و کسب‌وکار مستلزم شناسایی چالش‌ها و موانع موجود در عرصه‌های مختلف است. یکی از مهم‌ترین این عرصه‌ها، اخذ حق بیمه قراردادهای پیمانکاری است که در رویه فعلی سازمان تأمین اجتماعی و هیئت‌های تشخیص مطالبات این سازمان، معیار دقیق و منطقی‌ای جهت محاسبه حق بیمه قراردادهای پیمانکاری وجود ندارد و با چالش‌های بسیاری روبه‌رو است. این وضعیت، تبدیل به یکی از موضوعات پرشکایت در شعب دیوان عدالت اداری شده است و آرای بسیاری از هیئت‌های تشخیص مطالبات به علل مختلف شکلی و ماهوی نقض می‌گردد که نیازمند توجه جدی است. بنابراین در این نوشتار به این سؤال پاسخ داده شده است که مهم‌ترین چالش‌ها و علل نقض آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات با تأکید بر آرای صادره از شعب دیوان عدالت اداری چیست. در پاسخ به این سؤال، با استفاده از روش تحقیق توصیفی - تحلیلی، مهم‌ترین نتایج به‌دست‌آمده از این قرار است: اولاً چالش‌های گوناگونی، همچون چگونگی محاسبه و اخذ حق بیمه، ترکیب هیئت‌های تشخیص مطالبات و تعیین حق بیمه بر مبنای حسابرسی از دفاتر مالی وجود دارد؛ ثانیاً وجود چنین چالش‌هایی گویای نقصان در شاخص‌ها، اصول و شرایط حاکم بر اخذ حق بیمه در اسناد قانونی مربوطه است که نیازمند اصلاح است.

واژگان کلیدی: هیئت‌های تشخیص مطالبات، قراردادهای پیمانکاری، سازمان تأمین اجتماعی، حق بیمه، دیوان عدالت اداری

* استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول)
amulace@tabrizu.ac.ir

** دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران
mirahmadi.fatemeh67@gmail.com

مقدمه

بر اساس اقتضائات حقوق عمومی، رسیدگی به اعتراضات کارفرمایان نسبت به حق بیمه و خسارات تعیین شده از طرف سازمان تأمین اجتماعی و به صورت کلی، اختلاف میان کارفرما و سازمان در این رابطه در دادگاه‌های عمومی رسیدگی نمی‌شود بلکه قانون‌گذار در ماده ۴۲ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴، مرجعی خاص را با عنوان «هیأت‌های تشخیص مطالبات» پیش‌بینی کرده است که این‌گونه مراجع، در دسته مراجع «شبه قضایی» تلقی می‌شوند (استوارسنگری، ۱۳۹۵: ۱۴۶) و به موجب مواد ۱۰ و ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ آرای قطعی این‌گونه هیئت‌ها، قابل شکایت در دیوان عدالت اداری است. این هیئت‌ها در دو مرحله بدوی و تجدیدنظر و هم‌سو با اصل رسیدگی دو درجه‌ای و نیز حق بر تجدیدنظرخواهی استقرار یافته‌اند. ماده ۴۳ قانون تأمین اجتماعی در مقام بیان اعضای هیئت‌های بدوی تشخیص برآمده و ماده ۴۴ نیز درباره اعضای هیئت‌های تجدیدنظر تشخیص مطالبات است (رضایی‌زاده و رئیس، ۱۴۰۰: ۱۴۶). مطابق آمار اخذشده از اداره آمار و بودجه دیوان عدالت اداری در مهرماه ۱۴۰۰، فراوانی ورودی پرونده‌های مربوط به اعتراض به رأی قطعی هیئت تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی در دیوان عدالت اداری، ۱۲۸۶ پرونده در شش ماهه نخست سال ۱۳۹۹ بوده و با نرخ رشد صعودی ۶۸ درصدی، ۲۱۶۳ پرونده در شش ماهه نخست سال ۱۴۰۰ ثبت شده است که رقم قابل توجهی، ذیل موضوعات تأمین اجتماعی و جزء موضوعات پُر شکایت در دیوان عدالت اداری محسوب می‌شود. در نگاه نخست، چنین افزایشی در حجم ورودی پرونده‌های این‌چنینی، گویای وجود مشکل در سامانه مربوط به رسیدگی به اختلافات میان کارفرمایان و سازمان تأمین اجتماعی است که شایسته بحث و فحص است. از همین جاست که اهمیت این تحقیق روشن می‌شود.

یکی از جدی‌ترین موارد اختلافی در آرای قطعی هیئت‌های تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی که میان فعالان اقتصادی و سازمان در جریان است، اختلاف بر سر نحوه محاسبه حق بیمه فعالیت‌های مقاطعه‌کاری (پیمانکاری) می‌باشد. قانون‌گذار به موجب ماده ۴۱ قانون تأمین اجتماعی مقرر کرده است: در مواردی که نوع کار ایجاب کند سازمان می‌تواند نسبت مزد را به کل کار انجام‌شده تعیین و حق بیمه متعلق را به همان نسبت محاسبه، مطالبه و وصول کند. با این حال، رفتار سازمان به نحوی بوده است که گویی، شایع‌ترین و شاید مصداق منحصر این ماده، مقاطعه‌کاری‌ها بوده است که در آن‌ها حق بیمه، کسری از کل مبلغ پیمان (ناخالص) تعیین و مطالبه می‌شود. این روش محاسبه حق بیمه، اگرچه مورد توجه جدی و اصرار مسئولین سازمان بوده است اما در طی ۳ دهه گذشته، همواره محل اختلاف میان سازمان و پیمانکاران بوده است؛ به گونه‌ای که شکایات

متعددی را در عمل نزد مراجع قانونی موجب شده است. تاکنون آرای زیادی در این خصوص از شعب و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و حتی مرجع حل اختلاف میان دستگاه‌های دولتی (مستقر در معاونت حقوقی رئیس جمهور) صادر شده است. لذا مشاهده می‌شود دولت و قوه قضائیه در این خصوص درگیر بوده‌اند.

مزید بر این در طول سال‌های گذشته، مجلس شورای اسلامی نیز درگیر موضوع شده و با تصویب مصوباتی درصدد برطرف کردن مشکلات پیش‌رو برآمده‌اند. برای نمونه در سال‌های اخیر، قوانینی همچون «قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی» مصوب ۱۳۸۷، «قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی» مصوب ۱۳۹۱ و «قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر» مصوب اردیبهشت ۱۳۹۴ به تصویب رسیده‌اند. این اسناد همگی درصدد بوده‌اند حق بیمه فعالیت‌های پیمانکاری را مورد بازبینی قرار داده و کفه موازنه را به نفع پیمانکاران متعادل نمایند (طوسی و کاشانی، ۱۳۹۶: ۳۱-۳۲) که ظاهراً در عمل چنین اتفاقی نیافتاده است و افزایش حجم ورودی پرونده‌ها به دیوان عدالت اداری در سال ۱۴۰۰ به نسبت سال ۱۳۹۹ شاهی بر این مدعاست.

در خصوص پیشینه پژوهش متذکر می‌گردد؛ درباره چالش‌ها و علل نقض آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی در دیوان عدالت اداری تاکنون، پژوهش مستقلی که به‌صورت موردی دربرگیرنده رویه شعب درخصوص چالش‌های پیش‌رو باشد انجام نشده است و صرفاً در کتاب «حقوق تأمین اجتماعی در قراردادهای پیمانکاری» (نعیمی و پرتو، ۱۳۹۳) و همچنین مقاله «تحلیل حقوقی - اقتصادی حق بیمه‌های پیمانکاری‌ها» (طوسی و کاشانی، ۱۳۹۶) عمدتاً مطالبی درخصوص مبنا و نحوه محاسبه حق بیمه قراردادهای پیمانکاری ذکر شده است. بر این اساس، در این پژوهش به مهم‌ترین چالش‌ها و ایرادات قانونی و علل نقض آرای تشخیص مطالبات در شعب دیوان عدالت اداری پرداخته می‌شود و به این سؤال پاسخ داده خواهد شد که مهم‌ترین چالش‌ها و ایرادات قانونی و علل نقض آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات در شعب دیوان عدالت اداری چیست. در پاسخ به این سؤال، با استفاده از روش تحقیق: توصیفی - تحلیلی، به آسیب‌شناسی سازوکار رسیدگی به مطالبات در هیئت‌های تشخیص با تأکید بر آرای شعب دیوان عدالت اداری پرداخته می‌شود. بنابراین چالش‌ها ذیل چهار موضوع چالش تقنینی، چالش اجرایی، چالش نظارتی و ایراد ساختاری هیئت‌ها به بحث گذاشته می‌شوند. در این راستا، نخست، مهم‌ترین چالش‌های قانونی هیئت‌های تشخیص مطالبات به بحث گذاشته می‌شود. سپس با در نظر گرفتن چالش‌های اجرایی، شایع‌ترین موارد کنترل هیئت‌ها از طریق آرای شعب دیوان عدالت اداری، تبیین و تحلیل می‌گردد. در ادامه معضلات کنترل از طریق قوه قضائیه به بحث گذاشته می‌شود. در پایان به بررسی

چالش‌های ساختاری پرداخته می‌شود.

۱. مهم‌ترین چالش‌های تقنینی هیئت‌های تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی

از دیدگاه پوزیتیویستی، چالش قانونی ریشه در قانون‌گذاری «بد» دارد و به نظر می‌رسد برای شروع آسیب‌شناسی دروازه مهم ورود به بحث باشد. در عالم نظر، چنین به نظر می‌رسد که اسناد قانونی مرتبط با چگونگی اخذ بیمه از کارفرمایان، با معضلات نظری روبه‌رو هستند که در اینجا به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود.

۱-۱. چالش تورم اسناد قانونی: تنوع و تعدد مقررات؛ بخشنامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها

اگرچه امر قانون‌گذاری، فرایندی در جهت حل و فصل مسائل گوناگون (انگ، ۱۳۸۶: ۱۹۵) و تعیین تکالیف و حقوق اشخاص جامعه است اما چگونگی ترسیم چنین وضعیتی می‌تواند در تورم قانون‌گذاری مؤثر باشد. این قاعده می‌تواند در مورد سازمان تأمین اجتماعی نیز صادق باشد. گفته می‌شود این سازمان یک ارگان بخشنامه‌محور است. تنوع و تعدد مقررات؛ بخشنامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها موجب شده است در موارد بسیاری نه تنها کارفرمایان بلکه مجریان و قضات نیز از آن بی‌اطلاع باشند. لذا تنقیح مقررات و بخشنامه‌های داخلی سازمان تأمین اجتماعی و همچنین اطلاع‌رسانی و آموزش کارفرمایان و مأموران و مجریان قانون و آشنا کردن آنان با مقررات و قوانین به منظور اجرای صحیح و منطقی و اتخاذ روشی یکسان در تصمیمات خود ضروری است. خوشبختانه بخشنامه تنقیح و تلخیص ضوابط بیمه‌ای مقاطعه‌کاران مصوب ۱۳۹۹/۱۲/۲۰ گام مثبتی در این خصوص تلقی می‌گردد، اما به نظر می‌رسد تا گذار از مرحله تورم اسناد قانونی و رسیدن به گام مطلوب در این خصوص، فاصله معنادار وجود دارد.

۱-۲. چالش پیش‌بینی صلاحیت اختیاری سازمان راجع به چگونگی محاسبه و اخذ حق بیمه بر اساس ماده ۴۱ قانون تأمین اجتماعی

گاهی ممکن است قانون‌گذار به نحوی به انشای ماده قانونی بپردازد که زمینه سوءبرداشت یا اختلاف نظر راجع به قلمروی اختیارات پیش بیاید. به نظر می‌رسد ماده ۴۱ مذکور از چنین چالشی رنج می‌برد. برابر ماده ۲۸ قانون تأمین اجتماعی و تبصره‌های آن، رایج‌ترین روش تعیین و دریافت حق بیمه آن است که کارفرما ۳۰ درصد از مزد یا حقوق مستمر کارگر (۲۰ درصد به علاوه ۳ درصد بیمه بیکاری، سهم کارفرما و ۷ درصد سهم کارگر) را به عنوان حق بیمه پرداخت کند. این روش در محاسبه و وصول حق بیمه یک اصل محسوب می‌شود و گرایش کلی قانون تأمین اجتماعی به این سمت بوده است که حق بیمه‌ها تا حد امکان بر مبنای اعداد و ارقام واقعی محاسبه و دریافت شود

(طوسی، کاشانی، ۱۳۹۶: ۳۵-۳۴). ولی، واقعیت این است که استفاده از این قاعده ساده، همیشه برای محاسبه و وصول حق بیمه از تمام صنوف به آسانی امکان‌پذیر نمی‌باشد، لذا در ماده ۴۱ مقرر شده است: در مواردی که نوع کار ایجاب کند سازمان می‌تواند نسبت مزد را به کل کار انجام شده تعیین و حق بیمه متعلق را به همان نسبت محاسبه، مطالبه و وصول کند و «به‌نظر می‌رسد چالش اصلی مربوط به قانون مذکور، از همین ماده آغاز می‌شود. چراکه سازمان تأمین اجتماعی از معجز موجود در ماده ۴۱ به گسترده‌ترین صورت ممکن، بهره‌برداری کرده و با تفسیر موسع از صلاحیت گزینشی‌اش، فضا را به سمت تحمیل اراده‌های یک‌جانبه‌اش به کارفرمایان پیش برده است و در نتیجه تا به امروز، دیوان عدالت اداری ظرفیت شایسته‌ای در باب کنترل صلاحیت‌های اختیاری دستگاه‌های اجرایی پیدا نکرده است. این درحالی است که این مرجع به راحتی می‌توانست با تکیه بر اصول پیشرفته حقوق اداری، به کنترل صلاحیت اختیاری سازمان اقدام ورزد و آن را به موجه‌سازی تصمیمات مربوط به صلاحیت‌های اختیاری‌اش مکلف سازد» (مولائی، ۱۳۹۳: ۱۲). برای مثال دیوان می‌توانست با تکیه بر اصول حقوقی، همچون «اصل الزام به بیان دلایل تصمیم»، مقامات اجرایی سازمان را مکلف به رعایت محدوده‌های قانونی پیش‌بینی شده در قانون نماید. در سایه فقدان چنین ظرفیتی توسط دیوان عدالت اداری، این سازمان در عمل توانسته است دیوان عدالت اداری را در باب صحت عمل خود متقاعد کند. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۲۲۳-۲۲۱ ضمن تأیید بخشنامه ۱۴۹ در واقع به اقدامات سازمان جنبه قانونی بخشیده بود. چنین رأیی نمونه بارزی بر نزدیکی نگاه دیوان با سازمان است. با این حال، پیمانکاران که رأی دیوان را قانع کننده نمی‌دانستند با طرح پیامدهای منفی ناشی از عملکرد سازمان، نزد مراجع قانون‌گذار توانستند از سال ۱۳۸۴ به بعد قوانینی را به منظور اصلاح عملکرد سازمان به تصویب برسانند. دولت با ارائه لایحه‌ای به مجلس و تصویب قوانینی در آن، همچون «قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی» مصوب ۱۳۸۷، «قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی» مصوب ۱۳۹۱، درصدد بوده است حق بیمه فعالیت‌های پیمانکاری را مورد بازبینی قرار داده و کفه موازنه را به نفع پیمانکاران متعادل نمایند؛ به‌صورتی که در آن‌ها سازمان تأمین اجتماعی مکلف به دریافت حق بیمه بر مبنای فهرست ارائه شده توسط پیمانکاران و خودداری از رویه اعمال ضریب گردیده است. با این حال سازمان با طرح برخی شبهات حقوقی، همچنان بر موضع قبلی خود اصرار ورزیده و در عمل، به‌طور کلی، بر سیاق سابق عمل کرده است. در هر حال به نظر می‌رسد تکلیف سازمان در کنار گذاشتن رویه اعمال ضریب که مستند به قوانین سال‌های ۱۳۸۷ و ۱۳۹۱ می‌باشد کماکان به قوت خود باقی است (طوسی و کاشانی، ۱۳۹۶: ۵۷). باقی بودن شبهات سازمان نسبت به صلاحیت قانونی‌اش را

باید نمود بارزی از شکاف‌هایی دانست که در نوع قانون‌نویسی و انتخاب واژگان توسط قانون‌گذار نمود پیدا کرده است. به نظر می‌رسد در راستای برداشت صحیح از ماده ۴۱ قانون تأمین اجتماعی و قلمرو آن، باید مصادیق ماده مذکور را احصا نمود. بدین منظور باید ۴ نکته را مدنظر داشت:

۱. اگرچه ماده ۴۱ قانون تأمین اجتماعی به صورت کلی، حکم به تعیین نسبت مزد را به کل کار انجام یافته مقرر کرده است اما این وضعیت صرفاً در خصوص قراردادهای پیمانکاری است؛ ۲. ماده ۴۱ قانون تأمین اجتماعی مواردی را شامل می‌شود که امکان بازرسی از کارگاه وجود نداشته باشد؛ ۳. پیمانکار کارگاه غیرثابت دارد و کار توسط نیروی غیرثابت انجام می‌شود؛ ۴. مصادیقی از قراردادهای پیمانکاری که مشمول لیست بر اساس ماده ۳۶ و ۴۷ قانون تأمین اجتماعی نمی‌باشد، مشمول ماده ۴۱ قانون تأمین اجتماعی است.

مهم‌ترین چالش برای دستیابی به مصادیق ماده ۴۱، تعریف «کارگاه ثابت» می‌باشد که محل اختلاف نظر بین سازمان و دیوان عدالت اداری بوده است. هرچند که نظر به جایگاه دیوان، به نظر می‌رسد دیوان می‌تواند با اصدار رأی شایسته، رهنمود قضایی لازم‌الاجرا برای سازمان صادر کند و مسیر اقدامات سازمان را در راستای اصل توازن منافع، مشخص سازد (مولائی، ۱۳۹۳: ۱۲). در کنار این، برای تعریف مفهوم «کارگاه ثابت»، بررسی قوانین و دستورالعمل‌های مربوطه ضروری بوده و ماده ۴۰ «قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای مالی کشور» مصوب ۱۳۹۴/۲/۱ با الحاق تبصره‌ای به ماده (۳۸) قانون تأمین اجتماعی، «مبنای مطالبه حق بیمه»^۱ را در این خصوص اصلاح نموده است. به صراحت ماده ۴۰ قانون فوق و سایر قوانین مرتبط، کارگاه ثابت، محلی است که علاوه بر امکان ادامه فعالیت، به رغم خاتمه یک قرارداد مقاطعه‌کاری، دارای مجوز فعالیت از مراجع ذیصلاح بوده و اجرای قراردادهای متعدد مقاطعه در آن محل میسر باشد که این موضوع در دادنامه‌های شماره ۱۰۰۵۱ مورخ ۱۳۹۸/۲/۲۹ و ۱۰۳۰۹ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۸ هیئت تخصصی کار، بیمه و تأمین اجتماعی دیوان عدالت اداری تأیید گردیده است و در بند ۱۳ بخشنامه تنقیح و تلخیص ضوابط بیمه‌ای مقاطعه‌کاران، مصوب ۱۳۹۹/۱۲/۲۰ تبیین شده است.

با جمع‌بندی کلی از بخشنامه‌های سازمان تأمین اجتماعی و رویه دیوان عدالت اداری،

۱. مبنای مطالبه حق بیمه در مورد پیمان‌هایی که دارای کارگاه‌های صنعتی و خدمات تولیدی یا فنی مهندسی ثابت می‌باشند و موضوع اجرای پیمان توسط افراد شاغل در همان کارگاه انجام می‌شود، بر اساس فهرست ارسالی و بازرسی کارگاه است و از اعمال ضریب حق بیمه جهت قرارداد پیمان معاف می‌باشند و سازمان تأمین اجتماعی باید مفصاحساب این گونه قراردادهای پیمان را صادر کند.

ملاک‌های کارگاه ثابت بدین شرح است:

۱. منحصرأً به منظور اجرای عملیات موضوع پیمان تأسیس نگردیده باشد و پس از خاتمه قرارداد، برچیده، جمع‌آوری و تعطیل نمی‌گردد؛ ۲. از زمان انعقاد قرارداد، دارای فعالیت مرتبط و منطبق با موضوع عملیات پیمان و پرونده کارگاهی فعال در واحد اجرایی سازمان باشند؛ ۳. مجوز ماده ۳۷ قانون تأمین اجتماعی، گواهی سازمان مبنی بر نداشتن بدهی معوق بابت حق بیمه و متفرعات آن را داشته باشد؛ ۴. دارای مجوز فعالیت صنعتی، خدماتی، تولیدی و یا فنی مهندسی از مراجع ذیصلاح باشد؛ ۵. پیمانکار با استفاده از امکانات موجود و افراد شاغل در همان کارگاه نسبت به اجرای عملیات موضوع قرارداد منعقد با واگذارنده اقدام نماید؛ ۶. امکان انجام عملیات بازرسی در آن کارگاه وجود داشته باشد.

بر مبنای توضیحات بالا، به نظر می‌رسد معضل اساسی مربوط به «لایه تقنینی» درخصوص چگونگی اخذ حق بیمه از کارفرمایان، ناشی از «تورم اسناد قانونی» و پیش‌بینی «صلاحیت اختیاری» برای سازمان در بخشی از موضوع باشد که بدین وسیله، سازمان این صلاحیت اختیاری‌اش را به نحو دلبخواهانه مورد بهره‌برداری قرار می‌دهد؛ این در حالی است که در حقوق مدرن، صلاحیت اختیاری مقامات در چهارچوب اصول حقوقی پیشرفته، مثل اصل موجه بودن و اصل تناسب قابل اعمال است. این مسئله در ادامه با معضل «اجرا» پیوند خورده است و در واقع، معضل اساسی دیگر، مربوط به برداشت عملی سازمان از صلاحیت قانونی‌اش می‌باشد. «یکی از راه‌ها، فرهنگ‌سازی حقوقی در سازمان است و اینکه به سازمان تفهیم گردد، از دیدگاه اصل بیلان هزینه و فایده، در درازمدت، به نفع سازمان است که صلاحیت‌های اختیاری‌اش را به سمت اصل رعایت منافع متوازن طرفین اداره و ارباب رجوع پیش ببرد. چراکه سازمان مذکور در یک سطح نماینده منافع اعضای سازمان بوده و در سطح دیگر، نماینده منافع عمومی بوده و شایسته است چنین نماینده‌ای از چشم‌انداز راهبردی به موضوعات و مسائل مرتبط با سازمان بنگرد» (مولائی، ۱۳۹۳: ۱۴).

آرای متعددی از هیئت‌های تشخیص صادر گردیده است که اساساً بر مبنای برداشت ناصحیح از ماده ۴۱ قانون تأمین اجتماعی صادر گردیده و بدین وسیله منجر به نقض آن‌ها در شعب دیوان عدالت اداری گردیده است. عمده موارد نقض نیز مربوط به محاسبه حق بیمه و اعمال ضریب است که در ادامه بحث، شایع‌ترین موارد مطروحه در شعب دیوان به بحث گذاشته خواهد شد.

۲. چالش‌های اجرایی؛ کنترل صلاحیت‌های اجرایی از طریق شعب دیوان عدالت اداری

اگرچه مقامات اجرایی سازمان واجد اختیار استفاده از صلاحیت‌های قانونی هستند اما مطابق اصل سلسله‌مراتب هنجار حقوقی، چنین اختیاراتی ذیل اصل کنترل قضایی قرار داشته و بدین وسیله

شعب دیوان عدالت اداری، شایع‌ترین مرجع کنترلی و به چالش کشاندن اختیارات سازمان و نقض آرای صادره از هیئت‌ها می‌باشد. به نظر می‌رسد در رویه دیوان عدالت اداری، رایج‌ترین پرونده‌های مطروحه در شعب دیوان از این قرار است:

۲-۱. محاسبه حق بیمه

محاسبه حق بیمه، نمود بارز صلاحیت‌های اداری و اجرایی سازمان را تشکیل می‌دهد که ممکن است به دلایل مختلفی، چنین صلاحیتی از مدار قانون خارج گردد. با در نظر گرفتن رویه شعب دیوان عدالت اداری، شایع‌ترین مصادیق در این خصوص از این قرار است:

۱-۱-۲. اخذ حق بیمه از قراردادهای تک نفره

سازمان تأمین اجتماعی به استناد کلمه مقاطعه‌کاری، قراردادهایی را که افراد منفرداً با شرکت‌ها برای ارائه برخی خدمات منعقد می‌کنند، مشمول مقررات حق بیمه پیمانکاری می‌داند؛ در حالی که پیمانکارانی که مفاد قرارداد یا پیمان را شخصاً و به تنهایی و به حساب خود انجام می‌دهند و از کارگر استفاده نمی‌کنند، از شمول ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی خارج هستند. قراردادهای مشاوره حقوقی وکلا، نگهداری از آسانسور، حسابرسی انفرادی و مانند این‌ها از این دسته‌اند. مطابق آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۱۸۱۵ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۶ و ۵۸ مورخ ۱۳۷۶/۵/۲۵ اخذ حق بیمه از قراردادهای پیمانکاری تک نفره را به درستی، مغایر قانون اعلام کرده است. در این راستا، در دادنامه شماره ۵۷۸۱۷۹، شعبه ۲۰ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری چنین آمده است: «با مدافه در اوراق پرونده و ملاحظه مستندات ابرازی طرفین و با عنایت به اینکه از ناحیه سازمان تأمین اجتماعی گزارش بازرسی از کارگاه مبنی بر احراز اشتغال کارگران دیگر در اجرای قرارداد پیمان و در راستای مواد ۴۷ و ۱۰۲ قانون تأمین اجتماعی یا دادنامه صادره از مراجع حل اختلاف کار دایر بر احراز اشتغال و تکلیف کارفرما به پرداخت حق بیمه برابر ماده ۱۴۸ قانون کار ارائه نشده است و از آن‌جا که وفق دادنامه شماره ۵۸ مورخ ۲۵/۵/۷۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، کسر حق بیمه از قرارداد پیمانکاری تک نفره مجاز شناخته نشده است، ادعای مطروحه را مقرون به واقع دانسته و... حکم به ورود شکایت تجدیدنظرخواه و اعاده موضوع به هیئت مربوطه جهت رسیدگی مجدد با لحاظ قرار دادن مفاد این دادنامه صادر و اعلام می‌گردد. این رأی قطعی است». همچنین در دادنامه شماره ۲۳۷۲، شعبه ۲۰ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری آمده است: «... پیمانکارانی که مفاد قرارداد را برای انجام مفاد پیمان شخصاً و به تنهایی انجام می‌دهند و از کارگر استفاده نمی‌کنند از شمول ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی خارج هستند».

بدیهی است که در قراردادهای تک‌نفره، آن‌سان که عنوان قرارداد معرف محتوایش است منطقاً نباید

سازمان در این گونه پرونده‌ها اقدام به اخذ حق بیمه نماید و آرای متعدد صادره از دیوان نیز به درستی مؤید این امر است. این در حالی است که سازمان به لحاظ اینکه نقض صلاحیت‌های قانونی‌اش برایش هزینه‌بر نیست لذا به راحتی قانون را نقض می‌کند بدون اینکه هزینه‌ای برای سازمان داشته باشد.

۲-۱-۲. عدم محاسبه صحیح حق بیمه

از جمله موارد مربوط به نقض پرونده‌ها در دیوان عدالت اداری، محاسبه غلط حق بیمه‌ها است که در پرونده‌های مختلفی، موضوع حکم دیوان قرار گرفته است. در این خصوص، برای نمونه، می‌توان به دادنامه شماره ۴۹۸۲، شعبه ۵۴ دیوان عدالت اداری اشاره داشت که در آن مقرر گردیده است: «... با عنایت به مدارک و اسناد ارایه شده از سوی شاکی، حق بیمه کارگران مذکور پرداخت گردیده و مطالبه مجدد حق بیمه همان دوره، حق بیمه مضاعف محسوب می‌شود و... موجبی برای مطالبه حق بیمه مجدد همان کارگاه نمی‌باشد... و سازمان تأمین اجتماعی مکلف است منطبق با واقع تعیین حق بیمه نموده و محاسبه حق بیمه مازاد برخلاف مقررات و موجب تضییع حق شاکی می‌گردد... فلذا... حکم به ورود شکایت... صادر و اعلام می‌گردد»^۱. در دادنامه شماره ۷۱۹۶۱۵، شعبه ۱۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری به نوع دیگری به موضوع اشاره شده و چنین آمده است از آنجایی که «... وفق بخشنامه‌های سازمان قراردادهایی که در اجرای آن‌ها تهیه مصالح به عهده و به هزینه پیمانکار می‌باشد میزان حق بیمه معادل ۷٪ ناخالص کل کارکرد می‌باشد و در لایحه‌های سازمان تصریح شده که به مأخذ ۱۵ درصد مطالبه شده است لذا... حکم به ورود شکایت... صادر و اعلام می‌گردد» در دادنامه شماره ۳۴۲۵، شعبه ۶۱ دیوان عدالت اداری آمده است از آنجایی که حق بیمه از «... ۲۰ درصد اجرا ۸۵ درصد مکانیکی و ۱۵ درصد غیر مکانیکی می‌باشد و حق بیمه نیز می‌بایست بر همین اساس تعیین و محاسبه گردد لذا حکم به ورود شکایت... صادر و اعلام می‌گردد».

۲-۱-۳. عدم تعیین دقیق میزان انجام کار به صورت مکانیکی و دستی و تعیین حق بیمه بر اساس آن

در مواردی که موضوع قرارداد، ارائه خدمات بوده و نوع کار ایجاب نماید قسمتی از عملیات به صورت مکانیکی (با وسایل و ماشین‌آلات مکانیکی متعلق به پیمانکار) و قسمتی به صورت دستی انجام گیرد؛ در این حالت حق بیمه بخش مکانیکی به مأخذ ۷/۷۷ درصد و حق بیمه بخش دستی

۱. در دادنامه‌های دیگری به این موضوع اشاره شده است. برای نمونه نک: دادنامه شماره ۲۷۵۸، شعبه ۱۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۲۷۳۷ صادره از شعبه ۱۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۷۲۲۸۵۵ صادره از شعبه ۲۰ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری و دادنامه شماره ۴۰۵۹۹۸ صادره از شعبه ۲۰ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

به مآخذ ۱۶/۶۷ درصد محاسبه می‌شود. اما در مواردی، در آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات حق بیمه بخش مکانیکی و دستی به‌نحو صحیح محاسبه نمی‌شود که منجر به نقض رأی در شعب دیوان عدالت اداری می‌گردد. آرای فراوانی از شعب دیوان در این خصوص صادر شده و به درستی به لزوم رعایت شاخص‌های بالا تصریح شده است. ازجمله آرای صادره از شعب دیوان در این خصوص به این شرح است: در دادنامه شماره ۴۸۳۵ صادره از شعبه ۵۱ دیوان عدالت اداری چنین مقرر شده است: «... توجهاً به اینکه حسب اعلام واگذارنده کار ۴۰ درصد قرارداد مکانیکی و ۶۰ درصد غیر مکانیکی بوده که سازمان با ۷۰٪ غیر مکانیکی و ۳۰٪ مکانیکی لحاظ و مبنای حق بیمه را بر آن اساس محاسبه و مطالبه نموده است. علیهذا شکایت شاکی را مقرون به صحت تشخیص می‌دهد.» رویکرد مطرح در رأی مذکور، در سایر آرای شعب دیوان نیز رعایت شده است.^۱

توضیحات بالا گویای آن است که عدم دقت سازمان در تفکیک بخش مکانیکی از غیر مکانیکی که البته بر میزان حق بیمه کارفرما تأثیر مستقیم دارد از موجبات نقض آرای مراجع تالی بوده که به درستی توسط دیوان نقض می‌شود.

۴-۲. اخذ حق بیمه از قرارداد در حال اجرا

مطابق ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی، در پرونده‌هایی که در آن‌ها، موضوع قرارداد به اتمام نرسیده است اخذ حق بیمه فاقد وجهت است. این موضوع در متن قانون آشکارا ذکر شده است. با این حال در مواردی سازمان، منطوق قانون را نیز نادیده می‌گیرد. این موضوع در آرای دیوان تصریح شده است. برای مثال در دادنامه شماره ۳۵۵۴، شعبه ۴۸ دیوان عدالت اداری به این موضوع پرداخته شده است و مقرر گردیده است: «درخصوص دادخواست شاکی به طرفیت خوانده... با توجه به متن واگذارنده کار مبنی بر تمدید اجرای پیمان ۳۵-۹۴-۸۹۷-۹۵/۵/۴ تا پایان سال ۱۳۹۹ (صفحه ۷ پرونده) و عدم وجهت مطالبه حق بیمه قراردادی که پایان نیافته است (ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی) دعوی شاکی را وارد دانسته و به استناد مواد ۱۰ و ۶۳ و ۶۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی

۱. از جمله آرای صادره می‌توان به این موارد اشاره داشت: دادنامه شماره ۳۶۵۴ صادره از شعبه ۶۱ دیوان عدالت اداری که در جهت نقض رأی شماره ۰۱/۶۲۸/۰۶۸۰۹۸۰ مورخ ۲۰/۸/۹۸ هیأت تجدیدنظر تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی صادر شده است؛ دادنامه شماره ۳۵۹۳ صادره از شعبه ۴۸ دیوان عدالت اداری که در نقض رأی هیأت تجدیدنظر تشخیص مطالبات صادر شده است؛ دادنامه شماره ۲۳۶۳ صادره از شعبه ۲۰ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری که در اعتراض به دادنامه شماره ۱۲۶۵ مورخ ۴/۴/۹۹ صادره از شعبه ۴۸ بدوی دیوان عدالت اداری صادر شده است؛ دادنامه شماره ۲۶۲۸ صادره از شعبه ۱۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری که در اعتراض به دادنامه شماره ۲۱۸۵ - ۹۶/۱۰/۰۳ شعبه ۶۶ بدوی دیوان عدالت اداری صادر شده است.

دیوان عدالت اداری حکم به ورود شکایت و نقض رأی معترض عنه جهت طرح در هیئت تشخیص مطالبات صادر و اعلام می‌نماید...».

۵-۲. تعیین حق بیمه نسبت به قراردادهای خرید کالا و ساخت تجهیزات

مطابق قانون، سازمان تأمین اجتماعی ملزم گردیده است حق بیمه را فقط بر اساس قرارداد دارای نیروی انسانی، اخذ نماید و لذا کسر حق بیمه باید تابعی از دستمزد باشد. در این راستا، قراردادهای خرید کالا و اقلام مصرفی بدون وجود کارگر از شمول پرداخت حق بیمه معاف می‌باشند. بنابراین در این‌گونه قراردادها، می‌بایست هزینه اجرا از هزینه تجهیزات تفکیک و صرفاً بر اساس هزینه اجرا حق بیمه مطالبه شود. رأی وحدت‌رویه شماره ۱۸۴۷ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۱۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مؤید این موضوع است و بر اساس آن، قراردادهای خرید و فروش تجهیزات مشمول کسر حق بیمه نیست. اما در موارد بسیار زیادی، هیئت‌های تشخیص مطالبات قراردادهای خرید کالا و ساخت تجهیزات را مشمول کسر حق بیمه تلقی می‌کنند که منجر به نقض رأی در شعب دیوان عدالت اداری می‌گردد. نمونه‌ای از رأی شعب در این خصوص به شرح ذیل است: در دادنامه شماره ۱۴۴۰، شعبه ۱۹ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، به موضوع بالا تصریح شده و مقرر شده است: «... مطابق اعلام واگذارنده پیمان مذکور به جهت فقدان ویژگی‌های قراردادهای عمرانی به لحاظ عدم تعیین فهرست بها در مبلغ و محاسبه آن بر اساس قیمت مقطوع و عدم شماره طرح از موضوع قراردادهای عمرانی خارج بوده و مشمول قراردادهای غیرعمرانی با مصالح و دارای بخش‌های مختلف خرید حمل و نصب بوده که به لحاظ خروج بخش خرید مصالح از شمول کسر حق بیمه به جهت عدم به کارگیری نیروی انسانی در این بخش... محاسبه آن در مطالبات بیمه‌ای و اعمال ضریب فاقد وجاهت قانونی است...»^۱.

۶-۲. ضرورت تکیه سازمان بر اطلاعات مبتنی بر ماده ۴۷ در تعیین حق بیمه

مطابق ماده ۴۷ قانون تأمین اجتماعی، بازرسان سازمان حق دارند کارگاه‌های مشمول قانون را مورد بازرسی قرار دهند و بر مبنای اختیار مذکور دفاتر و اسناد مالی را نیز مورد بازرسی قرار می‌دهند و بر اساس آن حق بیمه تعیین می‌نمایند. سازمان تأمین اجتماعی نیز در این خصوص بخشنامه‌های ۱۱ الی ۱۱/۳ جدید درآمد را جهت بازرسی از دفاتر قانونی تصویب نموده است. اما باید توجه داشت

۱. در دادنامه‌های دیگری این موضوع مورد توجه قرار گرفته است. برای نمونه، نک: دادنامه شماره ۶۴۶ شعبه ۱۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۵۹۳۳۱۲ شعبه ۵۱ دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۲۵۳۵ شعبه ۱۷ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۳۴۷۶ شعبه ۶۱ دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۴۰۶۳ شعبه ۲۰ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۳۶۴۴ شعبه ۴۸ دیوان عدالت اداری و دادنامه شماره ۳۵۹۵ شعبه ۴۸ دیوان عدالت اداری و دادنامه شماره ۲۸۷۷ شعبه ۱۹ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

تعیین حق بیمه یک دوره مالی بر اساس گزارش انجام بازرسی ماده ۴۷ جهت احراز به کارگیری نیروی انسانی و اشتغال کارگر می باشد که در قالب بازرسی از محل کارگاه و یا بازرسی از دفاتر قانونی شرکت یا کارگاه امکان پذیر است. دادنامه شماره ۴۱۲ مورخ ۱۳۸۷/۶/۱۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز چنین حکم قانونی را مورد تأیید و تأکید دوباره داده است. این وضعیت در دادنامه شماره ۱۸۳۲ صادره از شعبه ۶۱ دیوان عدالت اداری نیز به نوع دیگری مورد توجه قرار گرفته است. در همین راستا تعیین حق بیمه بر مبنای حسابرسی از دفاتر مالی، نظیر اسناد افتتاحیه و خرید تجهیزات و ارقام مصرفی که بر اساس اصول حسابداری تهیه شده است؛ منوط به وجود مدارک مکفی دال بر استفاده از نیروی انسانی و فعالیت کارگر است و صرف وجود سند مالی مندرج در دفاتر مالی مثبت استفاده از کارگر نیست. لذا ابزار کامل و دقیقی جهت تعیین حق بیمه قراردادهای پیمانکاری نمی باشد و منجر به تعیین حق بیمه بر مبنای مأخذ نادرست می گردد. در پرونده کلاسه ۱۴۰۰۱۳۵۵/۴۷ صادره از شعبه ۴۷ دیوان عدالت اداری، «... با عنایت به اینکه در حسابرسی از شرکت شاکی پرداختی های مستمر و غیر مستمر به کارمندان شرکت مزبور تفکیک نشده و تمامی آن ها مشمول حق بیمه قرار گرفته است، به استناد مواد ۱۰ و ۱۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، حکم به ورود شکایت شاکی ...» صادر شده است.

۲-۲. چالش مربوط به فقر اطلاعات کارفرمایان از زمان مند بودن حق اعتراض نسبت به آرای هیئت ها

هرچند جهل به قانون رافع مسئولیت نیست، اما چنین جهلی در پرونده های مطروحه در هیئت ها منجر به خسارت به کارفرمایان می شود. مطابق تبصره ۲ ماده ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مهلت طرح شکایت از آرای مراجع شبه قضایی برای اشخاص داخل کشور ۳ ماه و برای افراد مقیم خارج از کشور ۶ ماه از تاریخ ابلاغ رأی یا تصمیم قطعی مرجع مربوط است. با وجود چنین تصریحی، در مواردی اشخاص بدون رعایت مهلت های قانونی، نسبت به آرای هیئت های تشخیص در دیوان عدالت اداری طرح شکایت می کنند که منجر به رد شکایت می گردد. به عنوان نمونه در دادنامه شماره ۶۳۲۶۵۳، شعبه ۱۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، با استناد به مدلول ماده مذکور چنین آورده است: «خواسته مذکور در خارج از مهلت مقرر قانونی طرح شده ... است»^۱.
برابر رأی بالا و آرای ذکر شده در پاورقی، باید گفت که در مواردی نظر به فقر دانش حقوقی

۱. آرای زیادی در این خصوص وجود دارد که از جمله آن ها می توان به دادنامه شماره ۱۷۷۶، شعبه ۱۸ تجدیدنظر و دادنامه شماره ۶۳۲۶۵۳، شعبه ۱۸ تجدیدنظر اشاره داشت.

ذی‌نفعان پرونده، در موعد مقرر شکایت از آرای هیئت‌ها انجام نشده است. ناگفته پیداست که اقتضای اصالت شکل در حقوق عمومی، توجه به الزامات شکلی و آیینی توسط طرفین دعوا است و در صورت غفلت هر کدام از آن‌ها، حق قانونی آن‌ها منتفی خواهد شد. یکی از راه‌های برون‌رفت از چنین فضایی، گنجاندن برنامه‌های آموزشی در چهارچوب برنامه ملی افزایش اطلاعات از حقوق شهروندی است.

۳-۲. عدم استثنای برخی از قراردادهای از شمول بخشنامه شماره ۱۴ درآمد / اعمال ضریب در موارد پرداخت حق بیمه بر اساس لیست

بر اساس بند «ج» ماده ۱۱ قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی، سازمان مکلف است حق بیمه قراردادهای پیمانکاری را حداکثر برابر لیست‌های بیمه پیمانکاران دریافت نماید. آرای زیادی در این خصوص صادر شده است که همگی در یک خط سیر فکری قرار دارند که در اینجا به ذکر نمونه‌ای بسنده می‌شود. برای مثال، دادنامه شماره ۷۸۳-۷۸۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مؤید دیدگاه بالا است. با وجود چنین تصریحی، سازمان اما کماکان با اعمال ضریب ۷/۷ یا ۱۶/۶۷ یا ضربی بین دو عدد فوق دریافت می‌نماید که منجر به نقض آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات در شعب دیوان عدالت اداری می‌گردد. نگاهی به آرای صادره از دیوان، گویای استمرار این وضعیت در سازمان بوده است و در پرونده‌های گوناگون عدول از حکم مذکور اتفاق افتاده است.^۱ برای مثال در دادنامه شماره ۲۲۱۸ صادره از شعبه ۱۹ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری چنین مقرر شده است: «... سازمان تأمین اجتماعی مکلف به محاسبه حق بیمه... کارکنان قراردادهای ارائه خدمات اجتماعی پیمانکاران طرح‌های عمرانی و غیرعمرانی با مصالح یا بدون مصالح بر مبنای فهرست ارائه شده و لیست پیمانکار بوده نه اعمال ضریب، بنابراین محاسبه و وصول حق بیمه پیمان شماره ۷۹۰۶۹۸ مورخ ۱۸۲/۹۰ مغایر مقررات قانونی فوق‌الذکر

۱. از جمله شایع‌ترین چنین آرای می‌توان به این موارد اشاره داشت: در دادنامه شماره ۶۵۸ صادره از شعبه ۱۹ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری که در اعتراض به دادنامه شماره ۳۴۴۷ مورخ ۹۸/۱۱/۲۰ صادره از شعبه ۵۵ بدوی دیوان صادر گردیده است اعتراض شاکی وارد تشخیص داده شده است. در دادنامه شماره ۲۳۸۳ صادره از شعبه ۱۵ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری با خواسته اعمال ماده ۷۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۹۲ نسبت به دادنامه شماره ۲۴۸۲ مورخ ۹۷/۱۲/۰۸ صادره از شعبه محترم ۱۶ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، نیز «... وفق ماده ۴۰ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقاء نظام مالی کشور و تبصره الحاقی به ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی خواسته معترض وارد تشخیص داده شده است».

محسوب لذا... حکم به پذیرش تجدیدنظرخواهی و نقض رأی معترض عنه صادر می گردد».

۲-۴. چالش مربوط به عدم ابلاغ درست برگه پرداخت حق بیمه

نظر به اهمیت مقوله ابلاغ در فرایند حق های شکلی، عموماً قانون گذار به چگونگی ابلاغ و ضرورت ابلاغ درست توجه دوچندان می کند. به نظر حقوق دانان مقررات ابلاغ قانون آیین دادرسی مدنی جز در موارد استثنایی، برای ابلاغ اوراق رسمی لازم الرعایه است (شمس، ۱۳۸۳: ۸۷ و حیاتی، ۱۳۸۴: ۱۳۳). در چهارچوب الزامات تشریفات مربوط به چگونگی ابلاغ برگه های قانونی، به نظر می رسد رعایت فرایند صحیح ابلاغ برگه پرداخت حق بیمه لازم باشد. در مواردی ممکن است با عدم رعایت چنین الزاماتی، زمینه برای نقض رأی صادره از هیئت ها فراهم باشد. نگاهی به آرای دیوان، مؤید آن است که در برخی پرونده ها چنین الزام ساده شکلی مورد غفلت هیئت ها قرار گرفته است. در این خصوص می توان برای نمونه به دادنامه شماره ۱۰۴۲ صادره از شعبه ۱۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری اشاره کرد. در این رأی چنین آمده است: «نظر به اینکه قانون گذار در مواد ۴۲ الی ۴۴ قانون تأمین اجتماعی نحوه رسیدگی به اعتراض بدهی اعلامی توسط تأمین اجتماعی تبیین نموده و با توجه به اینکه لازمه استفاده از حق اعتراض قانونی، ابلاغ و اطلاع اشخاص از بدهی اعلامی است و نظریه اینکه شاکی ادعای عدم ابلاغ و عدم اطلاع از میزان بدهی اعلامی را نموده و با توجه به اینکه از سوی تأمین اجتماعی دلیل و مدرک متقنی که مبین اطلاع شخص از بدهی تعیینی را نماید ابراز و اقامه نگردیده و نظریه اینکه به دلالت ماده ۸۳ قانون آیین دادرسی مدنی ابلاغ به غیر مخاطب در صورتی معتبر است که اطلاع شخص مخاطب محرز گردد که در مانحن فیه این امر مفقود بوده لذا تجدیدنظرخواهی... موجه تشخیص داده می شود». مدلول این رأی در سایر دادنامه ها نیز تکرار شده است که از جمله آن ها می توان به دادنامه شماره ۹۹۳، شعبه ۱۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری اشاره داشت.

بی تردید یکی از مصادیق بارز حق های آیینی طرفین دعوی، رعایت ترتیبات قانونی مربوط به چگونگی ابلاغ اوراق قانونی به ذی نفع است؛ امری که عدم رعایت آن، موجب به محاق رفتن حقوق آیینی ذی نفع خواهد شد.

۲-۵. چالش در احراز رابطه کارگری و کارفرمایی

در مواردی هیئت های تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی بدون احراز رابطه کارگری و کارفرمایی اقدام به اخذ حق بیمه می نماید. نمونه هایی از رأی شعب دیوان عدالت اداری که در آن رأی هیئت تشخیص را بدین لحاظ نقض نموده است به این شرح است: در دادنامه شماره ۳۶۴۵، شعبه ۴۸ دیوان عدالت اداری، رأی هیئت تجدیدنظر تشخیص مطالبات به خاطر عدم توجه به مقوله مذکور نقض شده است چراکه شاکی در کارگاه مذکور، کارفرما نبوده است. در دادنامه شماره ۷۶۵۱۲۲، شعبه

۵۴ دیوان عدالت اداری چنین آمده است: «نظر به این که... خواهان... هیچگونه رابطه کارگری و کارفرمایی با این مرکز ندارند... بنابراین... حکم به ورود شکایت مبنی بر نقض رأی معترض عنه و اعاده موضوع به همان هیئت جهت رسیدگی مجدد با رعایت مفاد این دادنامه صادر و اعلام می‌گردد». در دادنامه شماره ۲۹۰، شعبه ۱۶ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری چنین آمده است: «نظر به اینکه حضور خانم... را به عنوان مراجعه کننده به کارگاه (مطب) شاکی احراز نمود که این امر اماره بر عدم اشتغال مشارالیه در بازه زمانی ۸/۱۳۹۶ الی ۱۳۹۶/۸/۲۳ در کارگاه می‌باشد و این اماره ایجاب می‌نماید سازمان مدارک شاکی و مستندات مربوطه را ملاحظه و مجدداً رأی صادر نماید...»

پرونده‌های بالا به درستی گویای آن هستند که یکی از شرایط پرداخت حق بیمه کارگر، وجود رابطه کارگری و کارفرمایی میان طرفین قرارداد است و نبود چنین شرطی، اماره‌ای بر عدم الزام کارفرما جهت پرداخت حق بیمه کارگر است و هر شخصی که چنین ادعایی داشته باشد اثبات چنین ادعایی بر عهده مدعی است.

۳. چالش در نظارت

هرچند که در مقام اجرای قانون، «دادگاه» بهترین مرجع و فصل الخطاب نهایی برای حل اختلاف است اما ممکن است با غلبه دیدگاه خاص بر دادگاه یا وجود یا حدوث موانعی، موجب گردد که خود دادگاه به «بخشی از معضل» تبدیل گردد یا ظرفیت قانونی کافی برای کنترل داشته باشد. نگاهی به آرای صادره از دیوان عدالت اداری در مقام نظارت بر آرای هیئت‌های تشخیص گویای آن است که این مرجع در سطوح چندگانه با معضل نظارت کارآمد قضایی مواجه است که رئوس آن‌ها را می‌توان به این قرار ذکر کرد:

۳-۱. هزینه بر نبودن تخلف از قانون برای سازمان تأمین اجتماعی

یکی از وظایف ذاتی قوه قضائیه، نظارت بر حسن اجرای قوانین است و به این موضوع در اصل ۱۵۶ قانون اساسی تصریح شده است (رشیدی، ۱۴۰۱: ۸۷). یک تفسیر از این عبارت این است که چنین نظارتی نه تنها باید بر جنبه «کمی» بلکه معطوف به جنبه «کیفی» نیز باشد. یکی از دروازه‌های اساسی بحران کیفی در حسن اجرای قانون، مربوط به زمانی است که خاطیان از قانون، سود بیشتری در برابر هزینه‌های تخلف از قانون را کسب کنند. چنین به نظر می‌رسد که این سازمان در رویه به درستی متوجه هزینه بر نبودن تخلف از قانون برای این سازمان گردیده است. این درحالی است که اقتضای اداره خوب آن است که در مقام حکمرانی، رفتار رضایت‌مندانه‌ای را برای شهروندان در پی داشته باشد. گو اینکه سازمان با تکیه بر شاخص: هزینه - فایده، کارفرمایان را درگیر بازی نفس‌گیر دادرسی شبه قضایی و قضایی در این گونه پرونده‌ها ساخته است و از آنجایی که چنین درگیری برای

سازمان هزینه زیادی را نداشته است در نتیجه قبح شکستن قانون توسط سازمان ریخته است. در چنین فضایی کارفرمایان نیز هرچند در موارد حق بیمه‌های ناچیز، ناگزیر از تمکین شرایط غیرقانونی سازمان هستند اما آرای بالا به درستی نشان می‌دهد در مواردی که شکایتی از کارفرما در دیوان ثبت شده است به حق، رأی به نفع وی صادر شده است و البته شایسته است قانون‌گذار راهکاری را برای برون‌رفت از چنین وضعیتی بیندیشد (مولائی، ۱۳۹۳: ۱۹).

۲-۳. بحران در حاکمیت دیدگاه حقوق عمومی در مورد پرونده‌های سازمان تأمین اجتماعی

آن‌سان که به درستی در تقسیمات آکادمیک ایران آمده است حقوق تأمین اجتماعی ذیل دانش حقوق عمومی قرار داشته و متخصصین این دانش به موضوعات مختلف حقوقی مرتبط با سازمان پرداخته‌اند. علی‌رغم چنین وضعیت آشکاری، باید گفت که نه‌تنها در ترکیب اعضای مراجع شبه‌قضایی و قضایی به این مهم توجه نمی‌شود بلکه در اثر سیطره نگاه فقه خصوصی، مجالی برای توجه اقتضانات حقوق عمومی در این‌گونه پرونده‌ها فراهم نشده است. البته این وضعیت ریشه تاریخی داشته است آن‌چنان‌که مرحوم متین دفتری در مراسم جلسه افتتاح شورای دولتی به این معضل اشاره داشته است (نک: صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۴۰-۳۷). باید توجه داشت که در حقوق عمومی نظام‌های حقوقی توسعه‌یافته، اصول پیشرفته‌ای همچون: «اصل سه‌جانبه دادرسی شبه‌قضایی» بر امور مربوط به حقوق عمومی حکم‌فرماست تا از این طریق، عدالت در این مرحله از مراحل دادرسی به محاق نرود. این در حالی است که اصل مذکور در ترکیب هیئت‌ها به شکل مطلوبی رعایت نمی‌شود. اگرچه در ترکیب قضات دیوان عدالت اداری نیز الزام مربوط به تخصص حقوق عمومی قضات دیوان دیده نمی‌شود (مولائی، ۱۳۹۳: ۲۰).

۳-۳. امور کنترل‌ناپذیر قضایی در ارتباط با سازمان تأمین اجتماعی در وصول مطالبات بابت حق بیمه

قوی‌ترین ضمانت‌اجرای دریافت حق بیمه مطابق ماده ۵۰ قانون تأمین اجتماعی صدور اجراییه است و سازمان تأمین اجتماعی از جمله مؤسساتی است که برای وصول مطالبات خود مربوط به حق بیمه و جرایم و خسارات نیازی به مراجعه به محاکم دادگستری ندارد (استوار سنگری، ۱۳۹۵: ۱۵۲) و بر اساس ماده مذکور و آیین‌نامه اجرایی آن، مطالبات خود را به‌وسیله مأمور اجرا وصول می‌کند و اگر کارفرما ظرف ۴۸ ساعت از تاریخ دریافت اخطاریه کتبی، مطالبات قطعی‌شده سازمان را نپردازد و یا ترتیب پرداخت آن را ندهد، سازمان تأمین اجتماعی می‌تواند علیه وی اجراییه صادر کند و با بازداشت اموال منقول و غیرمنقول کارفرما و ارزیابی و سپس فروش آن، مطالبات خود را وصول نماید. این نحوه عمل سازمان، کارفرمایانی که در شرایط بد مالی هستند را با

مشکلات فراوانی مواجه می‌کند و موجب تعطیل شدن بسیاری از شرکت‌ها و جلوگیری از رونق اقتصادی می‌شود. نکته مهم‌تر این است که این دسته از صلاحیت سازمان در دسته امور کنترل‌ناپذیر دیوان قرار دارد یا دست‌کم کنترل دیوان بسیار ناچیز است. از این نظر، سازمان در استفاده از صلاحیت‌هایش فعال مایشاء است. در واقع پیوند سازمان با حلقه‌های حکومت، برای آن، جایگاه بسیار فراتر را نسبت به کارفرما تعیین کرده است و این وضعیت، موجب مشتبه شدن شأن و کارکرد این مرجع در ارتباط با صلاحیت‌هایش شده است و البته دلایل گوناگون حقوقی، سیاسی، تاریخی و ساختاری دارد (برای مطالعه بیشتر نک: جاوید و یزدان‌پناه، ۱۴۰۰: ۴۰۸-۳۹۸).

۴. چالش‌های ساختاری هیئت‌های تشخیص مطالبات

یکی از معضلات شایع در ارتباط با سازمان و هیئت‌ها، مربوط به نقصان نظری یا عملی راجع به دادرسی عادلانه است که در ادامه به ذکر موارد مهم پرداخته می‌شود.

۴-۱. چالش در ترکیب هیئت‌های تشخیص مطالبات

مطابق ماده ۴۳ قانون تأمین اجتماعی، اعضای هیئت بدوی عبارتند از: نماینده وزارت رفاه، تعاون، کار و امور اجتماعی، یک نفر به‌عنوان نماینده کارفرما به انتخاب اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، یک نفر به انتخاب شورای عالی تأمین اجتماعی و نماینده کارگران است. در هیئت‌های بدوی تشخیص مطالبات، برای انتخاب اعضا، حقوق کارفرمایان رعایت نمی‌شود، چراکه انتخاب نمایندگان کارفرمایان و کارگران باید به‌وسیله تشکلات و سازمان‌های کارگری و کارفرمایی انجام پذیرد. از این دیدگاه، به نوعی «اصل برابری سلاح‌ها» (نک: توسلی نائینی، خسروشاهی و نصراللهی، ۱۳۹۵: ۷۱-۹۴) در اینجا در محاق قرار دارد. تعداد اعضای هیئت زوج است و رسیدن به رأی اکثریت در بسیاری موارد غیرممکن خواهد بود و در عمل مدیر یا فردی دیگر از سازمان تأمین اجتماعی حکم قاضی را بازی خواهد کرد و کارفرما مجبور به دادخواهی در دادگاهی است که شاکی و قاضی یک نفر می‌باشد. ملاحظه می‌شود که در این هیئت اصل سه‌جانبه‌گرایی رعایت نشده و دو نفر از سازمان تعیین شده و در واقع نماینده کارفرمایان در اقلیت است و امکان عدم رعایت حقوق کارفرما در چنین هیئتی وجود دارد؛ زیرا سه کرسی از چهار کرسی هیئتی که کارفرما به‌عنوان مرجع رسیدگی به شکایتش به آنجا رجوع می‌کند در اختیار متشاکی است. هیئت تجدیدنظر تشخیص مطالبات مطابق ماده ۴۴ قانون تأمین اجتماعی نیز از نمایندگان وزارت رفاه، شورای عالی تأمین اجتماعی، سازمان تأمین اجتماعی، یک نفر از قضات دادگستری و یک نفر نماینده کارفرمایان به انتخاب اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران تشکیل شده است. مشکل اساسی این است که از پنج نفر اعضای این هیئت، سه نفر از سوی دولت یا نمایندگان آن انتخاب می‌شوند. نماینده کارفرمایان

نیز که باید از سوی تشکل کارفرمایی انتخاب شود، توسط اتاق بازرگانی معرفی می‌شود. به طوری که ملاحظه می‌شود در این هیئت نیز اصل سه‌جانبه‌گرایی رعایت نشده و اکثر نمایندگان از دولت هستند، از سوی دیگر نماینده کارگر نیز در هیئت موجود نیست. به همین لحاظ ترکیب هیئت‌های رسیدگی همواره مورد اعتراض کارشناسان و کارفرمایان بوده است. البته چنین چیدمانی ناقض «دادرسی منصفانه» (نک: رفیعی، ۱۳۹۱: ۲۲۰-۱۸۸) است که در اسناد مختلف بین‌المللی به لزوم رعایت دادرسی منصفانه در اشکال تصریحی یا مفروضی پرداخته شده است (برای دیدن لیست این اسناد نک: رستمی، آقایی طوق و لطفی، ۱۳۸۸: ۱۳-۱۲).

۴-۲. مستند و مستدل نبودن آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات

اصل مستند و مستدل بودن رأی یا تصمیم از جمله اصول پذیرفته شده در حقوق اداری است (نک: مولائی، ۱۴۰۰: ۱۹۳-۱۹۲ و هداوند، ۱۳۸۹: ۵۸۰). از جمله موارد شایع مربوط به نقض آرای هیئت‌های مذکور، فقدان استدلال و استناد در آرای آن‌ها است. در موارد بسیاری، آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات فاقد توضیح و استدلال و ارائه مستندات قانونی است که منجر به نقض در شعب دیوان عدالت اداری می‌گردد. نمونه‌های شایع از آرای شعب دیوان عدالت اداری که در آن‌ها آرای هیئت تشخیص مطالبات به علت مستند و مستدل نبودن نقض گردیده است از این قرار است: در دادنامه شماره ۴۴۱۸ صادره از شعبه ۵۴ دیوان عدالت اداری، مقرر شده است: «... رأی مذکور فاقد بیان توضیح در موضوع خواسته و استدلال و مستندات قانونی... اصدار یافته و مبنا و مأخذ حق بیمه مشخص...» نمی‌باشد. در دادنامه شماره ۲۹۶۶ صادره از شعبه ۱۴ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری نیز چنین آمده است: «... بنا به مراتب فوق چون تصمیم شماره ۲۹۸۰/۹۳-۰۱/۵۵۶ هیئت تجدیدنظر تشخیص مطالبات متکی به مقررات قانونی نبوده و از اتقان و استدلال لازم برخوردار نمی‌باشد...»^۱.

آرای بالا نشان‌دهنده این هستند که «اصل مستند و مستدل بودن آرا» در برخی از شعب بدوی دیوان و شعب هیئت‌های تشخیص رعایت نشده است و بر این مبنا به درستی، دیوان عدالت اداری در مقام نقض رأی صادره از شعب برآمده و جهت رسیدگی دوباره به شعب مربوطه اعاده داده‌اند. وجود چنین شرایطی را در آرای این چنینی باید ناشی از ضعف دانش حقوقی دانست و البته لزوم توجه

۱. این گونه آرا از حیث فراوانی زیادند که از جمله آن‌ها می‌توان به دادنامه شماره ۴۳۷۶ صادره از شعبه ۱۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۱۰۹۱ صادره از شعبه ۲۰ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری و دادنامه شماره ۵۱۳۰۰۰ صادره از شعبه ۱۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری اشاره کرد.

به رعایت الزامات شکلی پایه در این‌گونه مراجع ضرورت دارد.

۳-۴. عدم رعایت مهلت منطقی جهت رسیدگی و صدور رأی در هیئت‌های تشخیص مطالبات

ازجمله موارد دادرسی منصفانه و حق بر دادرسی عادلانه، رعایت مهلت منطقی و معقول در دادرسی است. یکی از مواردی که در آیین‌نامه هیئت تشخیص مطالبات مورد توجه قرار نگرفته است، توجه به مهلت و زمان معقول رسیدگی به پرونده‌های تشخیص مطالبات است. عدم تعیین مهلت و زمان معقول اعم از رسیدگی، ختم رسیدگی و صدور رأی است. هرچند ممکن است این امور موجب تشریفاتی شدن شود؛ اما تعیین مهلت‌ها و چهارچوب‌های منطقی منجر به تسریع دادرسی و رسیدگی در مهلت معقول و منطقی می‌شود. حق بر رسیدگی در زمان معقول، تضمین اساسی برای حمایت از همه طرفین در برابر تأخیرهای رویه‌ای بیش از حد است که ممکن است هم به اثربخشی و هم به اعتبار دادگاه‌ها لطمه بزند (خسروی، ۱۳۹۲: ۲۴۵). در آیین‌نامه اجرایی هیئت‌های تشخیص مطالبات، درخصوص زمان معقول جهت رسیدگی و صدور رأی پس از استماع اظهارات طرفین، قیدی بیان نشده است و صرفاً در ماده ۷ آیین‌نامه، ذکر شده است که هیئت بدوی با توجه به اعتراض کارفرما و بررسی و مطالعه محتویات پرونده و در صورت حضور کارفرما پس از استماع توضیحات وی مبادرت به صدور رأی می‌کند. بنابراین، تکلیف زمانی برای صدور رأی پیش‌بینی نشده است. این در حالی است که رعایت زمان معقول در رسیدگی علاوه بر اینکه شامل رسیدگی به اصل پرونده در زمان معقول است، شامل زمان معقول برای صدور رأی نیز می‌باشد و در مجموع قید مهلت‌ها در قانون یا آیین‌نامه اجرایی بر رعایت حق بر دادرسی در یک زمان معقول صحه خواهد گذاشت. در بند ۳ این ماده، نیز ذکر شده است: «شعبه یا نمایندگی موظف است حداکثر ظرف یک ماه با توجه به قرار صادره به پرونده رسیدگی و نتیجه امر را کتباً به همراه پرونده به هیئت بدوی ارسال نماید». سیاق عبارات به کار رفته در این بند، به گونه‌ای است که این امر را به ذهن متبادر می‌کند که رسیدگی در شعبه یا نمایندگی صورت می‌گیرد در حالی که به نظر می‌رسد، مراد نحوه اجرای قرار صادره است (رضایی‌زاده و رئیس، ۱۴۰۰: ۱۵۳).

نتیجه

نوشتاری که از نظر گذشت درصدد بود چالش‌ها و بحران‌های مربوط به فرایند اخذ حق بیمه از کارفرمایان را البته عمدتاً با تکیه بر آرای صادره از شعب دیوان به بحث بگذارد و نشان دهد که عمده موارد مربوط به نقض آرای صادره از هیئت‌های تشخیص سازمان تأمین اجتماعی مربوط به کدام موارد است تا از این طریق، گوشه‌ای از معضلات مرتبط با سازمان تأمین اجتماعی را در آینه آرای قضایی دیوان در ایران به نمایش بگذارد؛ تا از این طریق، در چهارچوب یک مقاله، کلیتی از رئوس

معضلات مرتبط با آرای هیئت‌های تشخیص ارائه گردد. بدیهی است که هرکدام از تیتراهای اصلی متن، ظرفیت نگارش مقاله مستقل را در نوشته‌های بعدی دارند.

مشاهده گردید که علت به وجود آمدن این چالش‌ها در یک زنجیره‌ای قرار دارد که همه قوای زمامداری را درگیر کرده و هر کدام از آن‌ها به سهم خود نقشی در آن دارند. بنابراین نه تنها ضوابط و شرایط حاکم بر اخذ حق بیمه در قراردادهای پیمانکاری در قانون تأمین اجتماعی ناقص است و موافقت‌نامه شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان اشارات گنگ و مبهمی به بحث حق بیمه قراردادهای پیمانکاری دارد که نیازمند توجه و بازنگری است بلکه در قلمروی اجرایی و نظارتی نیز چالش‌هایی وجود دارد که مهم‌ترین علل نقض آرای هیئت‌های تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی در شعب دیوان عدالت اداری نیز به علل شکلی و ماهوی‌ای که در این نوشتار، شرح آن‌ها گذشت؛ می‌باشد.

اگر بتوان ضرورت و اهمیت «تخصص» را در جهان کنونی اثبات کرد و به ضرورت رعایت آن در مراجع قانونی باور داشت در این صورت، دفاع از شکل‌گیری مراجع تخصصی رسیدگی به شکایات اشخاص، از جمله در مورد امر مربوط به وصول حق بیمه‌ها، آسان‌تر خواهد بود. در نوشتار حاضر مشاهده شد که چنین اهمیتی را قانون‌گذار ایرانی درک کرده است. اما صرف وجود مرجع نظارتی کافی نیست بلکه ضرورت «قانون‌گذاری خوب» در خصوص موضوع مذکور اهمیت بیشتری دارد که نوشتار بالا نشان داد تا چه اندازه سازوکارهای کنترلی هیئت‌های تشخیص و شعب دیوان عدالت اداری در مورد اقدامات سازمان در برابر کارفرمایان از فقدان کارآمدی رنج می‌برند.

در سطح اجرایی، چنین به نظر می‌رسد با توجه به فنی و تخصصی بودن موضوع مربوط به چگونگی اخذ حق بیمه از کارفرمایان توسط سازمان تأمین اجتماعی، ضرورت دارد میان سازمان تأمین اجتماعی و دیوان عدالت اداری، همکاری و تعامل حقوقی - فنی ایجاد گردد. بدیهی است که چنین همکاری، زمینه‌ساز کاهش ورودی در پرونده‌ها می‌شود. این وضعیت از ورود دادخواست‌های پرتکرار علیه سازمان تأمین اجتماعی پیشگیری کرده و می‌تواند زمینه اصلاح و بازنگری قوانین و مقررات فعلی با توجه به موانعی که در متن مقاله مورد بحث قرار گرفت را به همراه داشته باشد.

منابع

- استوارسنگری، کورش (۱۳۹۵)، حقوق تأمین اجتماعی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات میزان.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۳)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، چاپ ۵، تهران: انتشارات دراک.
- انگ، سوین (۱۳۸۶)، «تورم قانون‌گذاری و کیفیت قانون»، ترجمه حسن وکیلان، مجلس و پژوهش، شماره ۵۴.
- توسلی نائینی، منوچهر، قدرت‌الله خسروشاهی و زهره نصراللهی (۱۳۹۵)، «اصل برابری سلاح‌ها در مرحله تحقیقات مقدماتی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتم، شماره ۹۴.
- جاوید، محمدجواد و زین‌العابدین یزدان‌پناه (۱۴۰۰)، «عدم تحقق مطلوب نظارت بر اعمال حکومت در چهارچوب حقوق عمومی ایران به مثابه نوعی هستی اجتماعی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۶.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۸۴)، شرح قانون آیین دادرسی مدنی، تهران: انتشارات سلسبیل.
- خسروی، احمد (۱۳۹۲)، آسیب‌شناسی حقوقی مراجع اختصاصی اداری در ایران و ارائه آیین دادرسی اداره واحد (مطالعه تطبیقی با حقوق انگلیس)، پایان‌نامه دوره دکتری حقوق عمومی، قم: پردیس فارابی دانشگاه تهران.
- رضایی زاده، محمدجواد و محمد رئیسی (۱۴۰۰)، «آسیب‌شناسی دادرسی اداری در هیئت‌های تشخیص مطالبات»، فصلنامه تعالی حقوق، سال دوازدهم، شماره ۱.
- رستمی، ولی، مسلم آقایی طوق و حسن لطفی (۱۳۸۸)، دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران، تهران: نشر گرایش.
- رفیعی، احمد (۱۳۹۱)، حقوق کار، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- رشیدی، مهناز (۱۴۰۱)، «نقش قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران در تضمین حق بر آب»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۷.
- صدرالحفاظی، سید نصرالله (۱۳۷۲)، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: نشر شهریار.
- طوسی، عباس، کاشانی، جواد (۱۳۹۶)، «تحلیل حقوقی - اقتصادی حق بیمه‌های پیمانکاری‌ها؛ نقدی بر رویه سازمان تأمین اجتماعی و دیوان عدالت اداری»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۵.
- مولائی، آیت (۱۳۹۳)، «جزوه حقوق کار»، مقطع کارشناسی ارشد حقوق عمومی، همدان: دانشگاه بوعلی سینا.
- مولائی، آیت (۱۴۰۰)، «جایگاه اصول پیشرفته حقوق اداری و اصول دادرسی منصفانه اداری در ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم و پیامدهای اقتصادی آن»، نشریه علمی مطالعات حقوقی معاصر، سال ۱۲، شماره ۲۲.
- هداوند، مهدی (۱۳۸۹)، حقوق اداری تطبیقی، جلد دوم، تهران: سمت.

شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی^۱

محمد نجفی کلیانی^{*}، مهدی هداوند^{**}، علی محمد فلاح‌زاده^{***}

چکیده

یکی از مناقشه‌برانگیزترین مباحث حقوقی و سیاسی در چند دهه اخیر - به خصوص از دهه ۱۹۹۰ به بعد - شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی کشورهای مختلف و نحوه شناسایی آن‌ها است. هرچند به ظاهر اغلب قوانین اساسی مبادرت به شناسایی این حق‌ها کرده‌اند، اما وضعیت حق‌های مزبور در قوانین اساسی از الگوی واحدی پیروی نمی‌کند و برخلاف حق‌های نسل اول، اصل وجودی این حق‌ها با تردیدهای بسیار جدی‌ای مواجه است. با وجود کم‌رنگ شدن چالش‌های مربوط به وضعیت این حق‌ها در سطح بین‌المللی، اختلاف نظرها در سطح داخلی کماکان ادامه داشته و حق‌های مورد اشاره همچنان از سوی اندیشمندان مختلف، به خصوص اندیشمندان راست مورد انتقاداند. همین موضوع موجب شناسایی ناهمگون این حق‌ها در قوانین اساسی کشورهای مختلف گشته است. در این مقاله در پی بررسی مدل‌های شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی هستیم. با توجه به تأثیر گسترده نظریات اندیشمندان مختلف بر وضعیت کنونی این حق‌ها، بررسی ایرادات وارده به آن‌ها ناگزیر است. نتیجه تحقیقات انجام شده نشان می‌دهد که اصل کلی در شناسایی حق‌های مزبور، پذیرش آن‌ها به عنوان «اهدافی آرمانی» در قوانین اساسی است و شناسایی

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری تخصصی نویسنده اول تحت عنوان «حمایت قضایی از حق‌های رفاهی با نگاهی به رویه دیوان عدالت اداری» است که با راهنمایی دو نویسنده دیگر در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی در حال نگارش است.

* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
mohammadnajafi874@gmail.com

** استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
mehdihadavandd@gmail.com

*** دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
amfallahzadeh2002@gmail.com

آن‌ها به صورت «حق قابل دادخواهی»، استثنا محسوب می‌شود.

واژگان کلیدی: حق، حق رفاهی، قانون اساسی، اهداف آرمانی، قابل دادخواهی

مقدمه

حق‌های رفاهی^۱ ایده جدیدی محسوب نمی‌شوند. نمونه‌هایی از شناسایی قانونی این حق‌ها در دهه‌های انتهایی قرن نوزدهم وجود دارد. شناسایی این حق‌ها در قوانین اساسی به دوره میان دو جنگ جهانی برمی‌گردد، اولین مثال‌ها در این زمینه مربوط به قانون اساسی ۱۹۱۷ مکزیک، قانون اساسی ۱۹۱۹ آلمان و قانون اساسی ۱۹۳۱ اسپانیا است (Curtis, 2009: 380). از زمان تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸، بخشی از گفتمان حقوق بشر بین‌الملل به این حق‌ها اختصاص یافته است. البته، شاید شناسایی این حق‌ها در حقوق بین‌الملل به زمان تصویب اساسنامه سازمان بین‌المللی کار و منشور جامعه ملل^۲ برگردد. با وجود این، در مقایسه با حق‌های مدنی و سیاسی، توجه کمتری به لزوم ایجاد چهارچوب مفهومی جهت توسعه محتوای این حق‌ها و مکانیزم‌های حمایتی برای اجرای آن‌ها مبذول شده است. حق‌های مزبور برای مدتی طولانی به عنوان خویشاوندان فقیر حق‌های سیاسی و مدنی تلقی می‌شدند. مخالفت‌ها با شناسایی حق‌های مزبور در قانون اساسی همیشگی و مداوم بوده است. شک و تردیدهای مطرح شده ناشی از دغدغه‌های نظری در مورد توسعه مفهوم و محدوده حق‌های بنیادین (Cranston, 1973: 40)، مقاومت در برابر مداخله در بازار آزاد (Kelley, 1998: 30)، عدم قطعیت در مورد امکان دادخواهی این حق‌ها (Vierdag, 1978: 69) و دغدغه‌های دموکراتیک و سازمانی در مورد مداخله دادگاه‌ها در سیاست‌گذاری عمومی (Waldron, 2006: 115; Fuller, 1978: 353) بوده است.

از سوی دیگر، در حاشیه قرار گرفتن این حق‌ها تا حد زیادی ناشی از دوگانگی ایجادشده میان حق‌های رفاهی که به «حق‌های ادعایی / مطالبه‌ای»^۳ نیز مشهورند و حق‌های سیاسی و مدنی یا «حق‌های مبتنی بر آزادی»^۴ در حقوق بشر بین‌الملل است. معماری حق‌ها در دوره پساجنگ جهانی دوم به اجرای حق‌های نسل دوم توجه چندانی ننموده است. علی‌رغم اینکه مطابق اعلامیه جهانی

۱. Welfare rights: علاوه بر اصطلاح حق‌های رفاهی، این حق‌ها تحت عنوان «حق‌های اقتصادی و اجتماعی» (Socio-economic rights)، «حق‌های معیشتی» (Subsistence rights)، «حق‌های مثبت» (Positive rights)، «حق‌های نسل دوم» (second generation rights) و «حق‌های اجتماعی» (Social rights) نیز شناخته می‌شوند.

2. Charter of the League of Nations

3. claim-rights

4. liberty-rights

حقوق بشر حق‌های رفاهی و حق‌های مدنی و سیاسی، حق‌های برابر و غیرقابل تفکیک تلقی شده‌اند اما تحت حمایت قضایی نابرابر و برخورد قانونی متفاوت قرار گرفته‌اند (Nolan & others, 2009: 7). در مقدمه میثاق بین‌المللی حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی چنین آمده است: «ایده‌آل انسان‌های آزاد جهت بهره‌مندی از آزادی از ترس و فقر تنها در صورتی محقق می‌شود که شرایط لازم برای برخورداری همه انسان‌ها از حق‌های رفاهی مانند حق‌های مدنی - سیاسی فراهم شود». متن بالا، ساختار حمایت بین‌المللی از حقوق بشر را که با تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر در تاریخ ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ آغاز شده و با تصویب اجماعی میثاق بین‌المللی حق‌های مدنی و سیاسی در ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ ادامه پیدا کرده بود، را تکمیل نمود. علاوه بر این، میثاق جدید به منظور رفع انتقادات مارکسیستی به حقوق بشر که تصویب حق‌های نسل اول را در شرایط نابرابری‌های عمیق اجتماعی به «نظاھر/ دورویی»^۱ در بیان واقعیت متهم می‌کرد، تصویب شد.

با وجود تشابهات هنجاری، متن دو میثاق دارای خصایص متفاوتی است؛ تعهدات مشترکی که بر مبنای میثاق حق‌های مدنی و سیاسی بر عهده کشورهای متعهد بار می‌شود از نوع تعهدات فوری است، در حالی که ادبیات میثاق حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی متضمن «تحقق تدریجی» حق‌های مربوطه «در محدوده منابع موجود»^۲ است. تفسیر محدوده تعهدات دولت‌های عضو در تضمین حق‌های مندرج در میثاق باید در چهارچوب همین دو عبارت صورت پذیرد. مفهوم تحقق تدریجی رکن اصلی میثاق است (ابراهیم گل، ۱۳۸۷: ۲۲۸) و کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی سازمان ملل متحد نیز در اعلامیه شماره ۳^۳ خود بر این موضوع تأکید کرده است. علاوه بر این، برخلاف میثاق حق‌های نسل اول که مبادرت به پیش‌بینی نهادی تحت عنوان کمیته حقوق بشر نموده چنین نهادی در میثاق حق‌های نسل دوم وجود ندارد.^۴ همچنین، پروتکل اختیاری‌ای که

1. hypocrisy

۲. ماده ۲ (۱) میثاق حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تعهدات کشورهای عضو را این گونه تعیین نموده است: «کشورهای طرف این میثاق، چه با سعی و اهتمام فردی و چه در قالب همکاری و تعاون بین‌المللی ... در حد منابع موجود خود، متعهد به اتخاذ تدابیر لازم جهت تحقق تدریجی حق‌های مندرج در این میثاق هستند.» در مقابل، میثاق حقوق مدنی و سیاسی کشورهای عضو را ملزم به «احترام و تضمین فوری حق‌های مندرج در میثاق برای اتباع خود» نموده است (ماده ۲-۱). تفاوت متنی دو میثاق، بر حق محسوب نشدن هنجارهای مورد اشاره در میثاق حق‌های نسل دوم دامن زده است. برای مشاهده بحث تفصیلی در خصوص این مفهوم رجوع کنید به (Boyle, 2018: 7).

3. The Nature of State Parties Obligations (Art 2. Para. 1) General Comment No. 3, (fifth session 1990) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, para. 1.

۴. کمیته حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در سال ۱۹۸۵ توسط شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل

به منظور ارائه مکانیزمی جهت امکان طرح دعاوی فردی در میثاق حق‌های نسل اول تعبیه شده در میثاق دوم پیش‌بینی نشده است (Samboan, 2014: 139). تلاش‌های بین‌المللی جهت ایجاد توازن در این خصوص پس از نیم قرن بالاخره در ۵ می ۲۰۱۳ یعنی زمان لازم‌الاجرا شدن پروتکل اختیاری امکان طرح دعاوی مربوط به نقض حق‌های نسل دوم در سطح بین‌المللی، به نتیجه رسید.^۱

تمایز صورت گرفته میان دو مجموعه حقوق بشر، در قوانین اساسی کشورهای اروپای غربی، قوانین اساسی برخی از کشورهای آمریکای لاتین و بسیاری از قوانین اساسی کشورهای رها شده از استعمار در آفریقا و آسیا نیز تبلور یافت. حتی در صورت درج حق‌های نسل دوم در قوانین اساسی این کشورها، این حق‌ها به اصول راهنما تنزل پیدا کردند و خبری از شناسایی آن‌ها به عنوان حق‌های قابل دادخواهی^۲ نبود. در نوشته‌های حقوقی نویسندگان آمریکایی پس از تصویب قوانین اساسی جدید در اروپای اروپای شرقی و مرکزی، اجماعی در خصوص نادرست بودن این اقدام وجود داشت. کس سانستین، درج حق‌های اجتماعی و اقتصادی قوانین اساسی را «اشتباهی بزرگ و فاجعه‌آمیز» توصیف نمود (Sunstein, 1996: 37) و فرانک کراس نیز درج حق‌های مثبت در این قوانین را طرحی گمراه‌کننده می‌دانست (Cross, 2001: 858).

با این حال، انتقادات مطرح شده با پاسخ موافقین این حق‌ها مواجه شده و اندیشمندان مختلف با استناد به اصولی چون برابری، منع تبعیض، کرامت انسانی، حق حیات، غیرقابل تجزیه بودن حق‌ها^۳ (Whelan, 2010: 35)، اشتباه بودن تفکیک حق‌ها به «حق‌های مثبت»^۴ و «حق‌های منفی»^۵ (Holmes & Sunstein, 1999: 35-48) و قابل دادخواهی بودن حق‌های رفاهی (Addo, 1988: 1425-) سعی در توجیه درج حق‌های رفاهی در قوانین اساسی نمودند. از سوی دیگر، رشد اندیشه‌های کینزی و خلاصه کردن حل مشکلات به لزوم دخالت دولت، موج استقرار دموکراسی^۶ و مشروطه‌خواهی^۷ پس از جنگ سرد را در جهت دیگری قرار داد و منجر به فهرست‌بندی بسیاری از حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی قابل نظارت قضایی در بسیاری از

تأسیس شده و در میثاق صحبتی در خصوص آن به میان نیامده است.

۱. پروتکل اختیاری میثاق حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در ۱۰ دسامبر ۲۰۱۰ در شصت و سومین نشست مجمع عمومی سازمان ملل تصویب و در تاریخ ۵ می ۲۰۱۳ لازم‌الاجرا شد.

2. Justiciable

3. The indivisibility of human rights

4. Positive rights

5. Negative rights

6. Democratization

7. Constitutionalisation

قوانین اساسی شد. در برخی کشورها نیز حق بر طرح دعاوی دسته‌جمعی از طریق سازمان‌هایی که نماینده منافع عمومی محسوب می‌شوند، موجب توسعه صلاحیت قضایی در کشورهایی مانند آفریقای جنوبی، آرژانتین و ونزوئلا شد (Langford, 2009: 7). به تدریج، مباحث مربوط به ماهیت این حق‌ها بر محدوده صلاحیت دادگاه‌ها نیز تأثیر گذاشته و رویه قضایی موجود موجب تغییر نظر نویسندگان مخالفی چون سانس‌تین شد. «ویژگی متمایز رویکرد دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی، احترام به اختیارات دموکراتیک و ماهیت محدود منابع عمومی و در عین حال توجه ویژه به افرادی است که نیازهای حداقلی آن‌ها تأمین نشده است. رویکرد دادگاه واکنشی جدی به کسانی است که مخالف درج حق‌های نسل دوم در قوانین اساسی‌اند» (Sunstein, 2001: 231). تقریباً همه دموکراسی‌های جدید و بسیاری از دموکراسی‌های از قبل تأسیس شده، برخی از حق‌های رفاهی را در قوانین اساسی خود پیش‌بینی نموده‌اند و حداقل به شکل ظاهری دولت خود را مکلف به تضمین استانداردهای حداقلی رفاه اجتماعی کرده‌اند.

علی‌رغم این موضوع و شناسایی بیش‌ازپیش حق‌های رفاهی در قوانین اساسی کشورهای مختلف، همچنان تردیدهای بسیار جدی‌ای درخصوص ماهیت این حق‌ها و امکان یا عدم امکان شناسایی آن‌ها در قوانین اساسی وجود دارد. تجربه چند دهه اخیر کشورهای مختلف نیز حاکی از آن است که شناسایی این حق‌ها بیشتر به صورت «اهدافی آرمانی» صورت گرفته و قوانین اساسی از شناسایی آن‌ها به عنوان حق‌های قابل دادخواهی الزام‌آور خودداری نموده‌اند. همچنین، در بسیاری از موارد، شناسایی آن‌ها در قانون اساسی جنبه صوری داشته و در عمل هیچ الزام قضایی‌ای نسبت به آن‌ها صورت نگرفته است. به این موضوع باید بحران‌های اقتصادی دهه ۱۹۷۰ میلادی که اکثر کشورهای غربی را درگیر نمود نیز اضافه کرد. تحولات سیاسی و اجتماعی صورت گرفته در این دهه موجب افول نظریه کینز^۱ و ظهور اندیشه‌های جدید درباره الگوی دولت در قالب دولت‌های نئولیبرال با ساختاری حداقلی شد. نتیجه این وضعیت محدود کردن دایره حق‌های رفاهی بود (آقامحمدآقایی و خالق پرست: ۱۴۰۰: ۱۳۴).

با طرح این مقدمه، در این مقاله به دنبال پاسخ به این سؤالات هستیم که انتقادات وارده به حق‌های رفاهی چیست؟ شناسایی این حق‌ها در قوانین اساسی کشورهای مختلف چگونه صورت پذیرفته؟ و آیا وضعیت حق‌های رفاهی شناسایی شده از الگوی واحدی پیروی می‌کند؟ الگوهای شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی نشان می‌دهد که شیوه رایج دسته‌بندی این حق‌ها در یک طبقه واحد

تحت عنوان حق‌های نسل دوم یا حق‌های مثبت بسیار کلی است. به همین دلیل، این حق‌ها را به چهار دسته تقسیم می‌کنیم: حق‌های اقتصادی،^۱ حق‌های اجتماعی استاندارد،^۲ حق‌های اجتماعی غیراستاندارد^۳ و حق‌های مربوط به محیط‌زیست.^۴ بنابراین، در این نوشتار پس از تشریح مختصر روش‌شناسی کار (۱)، انتقادات وارده به حق‌های مزبور را بررسی کرده (۲)، مدل‌های شناسایی این حق‌ها در قوانین اساسی را شرح داده (۳) و سپس به نحوه شناسایی آن‌ها می‌پردازیم (۴).

۱. روش‌شناسی

داده‌های مورد استفاده در این مقاله برگرفته از داده‌های گروه ابتکاری حق‌های اقتصادی و اجتماعی تورنتو^۵ است که به بررسی وضعیت حق‌های مزبور در قوانین اساسی کشورهای مختلف پرداخته است. داده‌های این گروه مبتنی بر قوانین اساسی و اسناد در حکم قانون اساسی (مانند قانون حقوق بشر انگلستان) است که به صورت قانونی و رسمی^۶ یا غیررسمی^۷ به عنوان عالی‌ترین قانون یک کشور مورد استفاده قرار می‌گیرند. ۱۹۵ قانون اساسی‌ای که در مجموعه داده‌ها مورد اشاره قرار گرفته‌اند، شمایی از مدل‌های شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی معاصر در ۱ ژانویه ۲۰۱۳ را ارائه می‌کنند. اگرچه صرف شناسایی یک حق در متن قانون اساسی ضامن اجرای واقعی آن نیست، اما متون قانون اساسی

۱. Economic rights: این حق‌ها بر اساس وضعیت شغلی به افراد تعلق می‌گیرند و تنها تا زمانی ادامه پیدا می‌کنند که فرد همچنان شاغل باشد یا به نحوی به شغل خود مرتبط باشد. حق‌های اقتصادی شامل «حق بر تشکیل یا پیوستن به اتحادیه‌های کارگری»، «اعتصاب»، «اوقات فراغت از کار»، «درآمد عادلانه»، «محیط کاری سالم و بهداشتی» و «مزایای تأمین اجتماعی ناشی از شغل» است.

۲. Standard social rights: حق‌های اجتماعی استاندارد ذیل دسته‌بندی کلی حق‌های اجتماعی قرار می‌گیرند اما به دلیل فراوانی در قوانین اساسی و تأکید بر حمایت از آن‌ها در مجامع بین‌المللی‌ای همچون کنفرانس واشنگتن ۱۹۹۰، تحت عنوان حق‌های اجتماعی استاندارد طبقه‌بندی شده‌اند. این گروه شامل «حق بر آموزش»، «حق بر مراقبت‌های بهداشتی»، «حق بر تأمین اجتماعی» و «مراقبت از کودکان» است.

۳. Non-standard social rights: دلیل نام‌گذاری این حق‌ها به حق‌های اجتماعی غیراستاندارد، کمیاب بودنشان در قوانین اساسی و «پارانه» تلقی شدن آن‌ها از سوی بسیاری از اندیشمندان و مجامع بین‌المللی‌ای همانند کنفرانس واشنگتن است. «حق بر توسعه»، «زمین»، «مسکن»، «آب و غذا» به عنوان حق‌های اجتماعی غیراستاندارد طبقه‌بندی شده‌اند.

۴. Environmental rights: هرچند حق بر محیط‌زیست بیشتر به عنوان حقی جمعی شناخته می‌شود و متمایز از حق‌های اجتماعی و اقتصادی به نظر می‌رسد، اما با توجه به تأثیر مستقیم این حق بر زندگی اجتماعی مردم می‌توان آن را در دسته‌بندی کلی جزء حق‌های اجتماعی در نظر گرفت و در این تقسیم‌بندی جای داد. «حق بر محیط‌زیست سالم» و «حفاظت از محیط‌زیست» در این دسته جای می‌گیرند.

5. Toronto Initiative for Economic and Social Rights (TIESR)

6. de jure

7. de facto

سرنخ‌هایی در مورد وضعیت نسبی حق‌ها، محدوده مسئولیت دولت و نقش قانون‌گذار ارائه می‌دهند.

۲. انتقادات وارد بر حق‌های رفاهی

در اعلامیه جهانی حقوق بشر اگرچه نامی از حق‌های رفاهی برده نشد، اما مصادیق آن به‌صراحت در موادی مانند ماده ۲۵^۱ ذکر گردید. هرچند اعلامیه مزبور حق‌های رفاهی را بدون تمایز از حق‌های مدنی و سیاسی مورد شناسایی قرار داد، اما تفکیک و تمایز میان این دو گروه از حق‌ها به‌صورت گسترده از سوی قضات، محققان و سیاستمداران مورد پذیرش قرار گرفته است. اختلاف‌نظرها درخصوص درج حق‌های رفاهی در اعلامیه، در زمان تدوین آن به اوج خود رسید. تأکید دولت‌های کمونیستی بر اولویت داشتن این حق‌ها بود اما ایالات متحده هر استدلالی مبنی بر واجد آثار حقوقی بودن آن‌ها را رد می‌کرد.^۲ تمایز و تفکیک پیش‌گفته صرفاً نمادین نبود و در عمل نیز خود را نشان داد. نتیجه عملی این وضعیت، تدوین و تصویب دو میثاق متمایز با سازوکار و ادبیات مختلف بود که بر تمایز میان دو گروه از حق‌های مزبور دامن زد. تمایز صورت گرفته به نظام بین‌المللی محدود نشد و قوانین اساسی بسیاری از کشورها نیز حق‌های رفاهی را در درجه دوم اهمیت قرار دادند. بنابراین، علی‌رغم وضعیت یکسان حق‌های مزبور در اعلامیه جهانی، حق‌های رفاهی چه در سطح بین‌المللی و چه در قوانین داخلی بسیاری از کشورها به حاشیه رانده شدند.

این وضعیت منجر به طرح انتقادات شدید شد و منتقدان استدلال کردند که مفهوم حق‌های مدنی که مربوط به دموکراسی‌های لیبرال غربی است، وضعیت اسفناکی که اکثر مردم دنیا در آن به سر می‌برند را نادیده گرفته و حق آزادی بیان یا مذهب را به عدم دسترسی به مسکن، غذا، پوشاک، مراقبت‌های پزشکی و سایر ملزومات اولیه زندگی ترجیح می‌دهند. گفتمان حقوق بشر بین‌الملل این انتقادات را تا حدی پذیرفته و امروزه این درک گسترده وجود دارد که حق‌های رفاهی به اندازه حق‌های مدنی و سیاسی دارای اهمیت‌اند و در اغلب مواقع پیش‌شرط لازم برای تحقق آن‌ها محسوب می‌شوند. از دهه ۱۹۹۰ ایده وابستگی متقابل^۳ و تجزیه‌ناپذیری^۴ انواع مختلف حقوق بشر به‌صورت گسترده به رسمیت شناخته

۱. هر کس حق دارد سطح زندگانی، سلامتی و رفاه خود و خانواده‌اش را از حیث خوراک و مسکن و مراقبت‌های پزشکی و خدمات الزم اجتماعی تأمین کند و همچنین حق دارد در مواقع بیکاری، بیماری، نقص عضو، بیوگی، پیری یا در تمام موارد دیگری که به علل خارج از اراده انسان وسائل امرار معاش از دست رفته باشد از شرایط آبرومندانه زندگی برخوردار شود.

۲. اجماع جهانی برای درج حق‌های رفاهی در اعلامیه تا حد زیادی به موفقیت انا النور روزولت (همسر فرانکلین روزولت) در قانع کردن وزارت امور خارجه آمریکا که مخالف درج حق‌های مزبور در اعلامیه بود، برمی‌گردد.

3. interdependence

4. indivisibility

شد.^۱ حمایت از حق‌های رفاهی بیشتر حول محور این استدلال می‌چرخد که همانند حق‌های نسل اول، تضمین این حق‌ها باید به صورت فوری و کافی صورت پذیرد. این رویکرد ابتدا از سوی هنری شو مطرح شد (Shue, 1980: 5). این افراد بر این موضوع تأکید می‌کنند که تمایز میان تعهدات ناشی از حق‌های نسل اول و دوم اغراق‌آمیز است و همه حق‌ها - چه حق‌های نسل اول و چه حق‌های نسل دوم - موجب تعهدات مثبت و منفی یکسانی هستند (Wesson, 2012: 223). مطابق این دیدگاه، تمام حق‌ها موجب سه تعهد به احترام،^۲ حمایت^۳ و ایفاء^۴ هستند.

اعلامیه‌ای که در دومین کنگره جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۹۳ در وین به تصویب رسید (معاهده وین) به هر دو میثاق بین‌المللی اشاره کرد و هر دو گروه حق‌ها را «جهان‌شمول»، «تجزیه‌ناپذیر»، «دارای وابستگی متقابل» و «مرتبط» اعلام نمود.^۵ با وجود این، این موضوع به معنای پایان اختلاف‌نظرها در مورد حق‌های رفاهی نیست؛ زیرا بسیاری از متفکران همچنان معتقدند که این گروه از حق‌ها وابسته به تخصیص منابع اند و نمی‌توان آن‌ها را حق به معنای واقعی کلمه در نظر گرفت. این موضوع به خصوص در سطح ملی نمود بسیار زیادی دارد و اغلب کشورهای دنیا قائل به ارزش یکسان حق‌های رفاهی با حق‌های نسل اول نیستند. به طور کلی، ایرادات وارد بر حق‌های رفاهی در سه بعد سیاسی (انکار حق‌های رفاهی)، دموکراتیک (دغدغه مربوط به تخصیص منابع و مداخله نهادهای غیردموکراتیک در تخصیص آن‌ها) و قضایی (غیرقابل نظارت قضایی بودن حق‌های رفاهی) قابل تقسیم‌اند. عمده دلایل مخالفین این حق‌ها را در ذیل مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۱. پوچ یا بی‌معنا شدن مفهوم حق

برخی از نویسندگان معتقدند که استفاده بیش از حد از مفهوم حق به ادعاهای افراطی و بی‌پایه زیر این عنوان می‌انجامد و در نتیجه منجر به بی‌اعتباری مفهوم و نهاد حق و ازدیاد حق‌ها خواهد شد.^۶ این گروه بر اساس دلایل ماهوی فلسفی معتقدند که ادعاهای مذکور به جریان حاکم حق لطمه می‌زنند (والدرون، ۱۳۹۳: ۱۶۳). استدلال ایشان بر این مبنا استوار است که نهاد و مفهوم حق صرفاً در مورد «ادعاهای قابل‌پذیرشی» که نقض آن‌ها کرامت انسانی و فاعلیت انسان را خدشه‌دار

1. see, e.g. (Chekwe & Flood, 2001: 45)

2. Obligation to respect

3. Obligation to protect

4. Obligation to fulfilment

5. Vienna Declaration and Programme of Action (adopted 25 June 1993 by World Congress on Human Rights) para 5.

۶. برای مشاهده استدلال طرفداران این دیدگاه رجوع شود به: راسخ، ۱۳۹۳: ۲۸۶-۲۷۱، همچنین بنگرید به James,

2003:140; Wellman, 1999, ch7.

می‌کند، مصداق دارد و از آنجا که حق‌های رفاهی «ادعاهای مناقشه‌بردار» و بعضاً «ناپذیرفتنی‌ای» هستند، نمی‌توان آن‌ها را تحت عنوان حق مورد پذیرش و شناسایی قرار داد. از دید این گروه، مفهوم حق صرفاً قابل اعمال بر هنجارهایی است که توسط قانون اساسی مورد شناسایی قرار گرفته و از لحاظ قضایی نیز قابل اجرا و الزام باشد (Cross, 2001: 858). به همین دلیل آنان مدعی‌اند مزایایی که دولت تحت عنوان کمک به فقرا اختصاص می‌دهد را نمی‌توان حق تلقی نمود و فقرا را در استفاده از آن‌ها محق دانست (Cross, 2001: 858).

۲-۲. غیرقابل دادخواهی بودن حق‌های رفاهی

استدلال علیه شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی با این پیشنهاد آغاز می‌شود که حق‌های مندرج در قانون اساسی باید از لحاظ قضایی قابل اجرا باشند (همتی، ۱۳۸۸: ۷). دیدگاه غالب این است که حق‌های رفاهی مندرج در قانون اساسی فاقد معنا و ارزش‌اند، زیرا امکان الزام قضایی آن‌ها از طریق دادگاه‌ها وجود ندارد (Tushnet, 2004: 1895). کراس به‌عنوان یکی از جدی‌ترین مخالفان این حق‌ها مدعی است که شناسایی آن‌ها در قانون اساسی امری نمادین است و آن‌ها را به حق‌هایی روی کاغذ تبدیل خواهد نمود که امکان ایفای آن‌ها از سوی هیچ‌یک از قوا وجود ندارد (Cross, 2001: 909). از سوی دیگر، وی مدعی است که انجام چنین کاری قطعاً دارای آثار منفی است و عملکرد قوا در سایر حوزه‌ها و تضمین حق‌های دیگر با مشکل مواجه خواهد شد (Cross, 2001: 909). پاسکال به‌عنوان یکی از موافقان حق‌های موصوف نیز درج این حق‌ها در قوانین اساسی برخی از ایالات آمریکا را فاقد ارزش قانونی مستقل می‌داند و اثبات می‌کند که دادگاه‌های این ایالات اقدامی جهت الزام و اجرای آن‌ها انجام نداده‌اند (Pascal, 2008: 873). برخی دیگر از اندیشمندان بنا به دلایلی حق‌های رفاهی را غیرقابل دادخواهی می‌دانند. استدلال این گروه بر دو وجه استوار است. اول اینکه قوه قضائیه صلاحیت و شایستگی لازم جهت دخالت در حیطه صلاحیت‌های پارلمان یعنی قوه‌ای که توزیع بودجه و تخصیص منابع با اوست را ندارد (ایراد دموکراتیک) (Hogan, 2001: 8; Walzer, 1981: 391-392; Feldman, 1993: 1057). دوم آنکه قضات به واسطه تخصص و اختیارات خود (اجرا و تفسیر قانون) قادر به ارائه راهکاری دقیق جهت حل موضوعاتی که نیازمند تخصص فنی، اقتصادی و اجتماعی است، را ندارند (ایراد فنی).^۱ مورنیک بر این باور است که قضات تخصص کافی جهت دخالت در این حوزه را ندارند و امکان نظارت قضایی بر حق‌های رفاهی را مغایر تخصص و جایگاه آن‌ها می‌داند (Mureinik, 1992: 465). در دموکراسی‌های غربی این

1. See (Samboan, 2014, 141)

استدلال مطرح است که به دلیل سیاسی بودن حق‌های اقتصادی - اجتماعی و از آنجا که یکی از موضوعات اصلی قانون‌گذاری مسائل مربوط به توزیع منابع است، نظارت قضایی بر تصمیمات تقنینی یا اجرایی مربوط به اجرا و اعمال آن‌ها دخالت نامشروع در امور قوای انتخابی حکومت بوده و ناقض دکترین سنتی تفکیک قوا است (Hogan, 2001: 180).

۲-۳. مبهم و غیرقابل تعیین بودن حق‌های رفاهی

ایراد دیگر مربوط به مبهم و غیرقابل تعیین بودن حق‌های رفاهی است. اسکات و ماکلم بر این عقیده‌اند که «حق‌های رفاهی فاقد دقت و تعیین کافی‌اند» (Scott & Macklem, 1992: 69). برخی از نویسندگان معتقدند که حق‌های رفاهی نمونه بارز حق‌های مبهم‌اند که بدون وجود هرگونه معیاری دادگاه را مجبور به انتخاب میان ارزش‌های متعارض می‌کنند (Hershkoff, 1999: 1180). وی دلیل این امر را در نتیجه‌گرا بودن حق‌های مزبور جست‌وجو می‌کند و مدعی است که برخلاف حق‌های نسل اول، اجرای این حق‌ها مستلزم اقداماتی مثبت از سوی قوه قضائیه است (Hershkoff, 1999: 1184-1186). کراس مدعی است که نامتعیین بودن حق‌های رفاهی به ماهیت آن‌ها محدود نمی‌شود، بلکه مطالبات، اقدام قضایی دادگاه، معیارهای به کار گرفته شده از سوی دادگاه و در نتیجه تضمین آن‌ها را نیز شامل می‌شود (Cross, 2001: 902).

۳. مدل‌های شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی

به‌طور کلی، شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی به دو صورت انجام می‌شود^۱: شناسایی به‌مثابه اهداف آرمانی^۲ یا اصول راهنما^۳ که به‌منظور تعیین سیاست دولت یا فراهم آوردن راهنمای تفسیری، مشخص می‌شوند (۱-۳)؛ و شناسایی به‌عنوان تضمینات/حق‌های قابل دادخواهی‌ای که در صورت نقض، امکان دادخواهی و جبران خسارات وارده وجود خواهد داشت (۲-۳). از آنجا که حق‌های رفاهی برای مدت زمانی طولانی فرع بر حق‌های مدنی کلاسیک تلقی شده‌اند، شناسایی آن‌ها در قانون اساسی می‌تواند اطلاعات بیشتری در مورد وضعیت نسبی آن‌ها به ما بدهد. حق‌های

۱. در قوانین اساسی کشورهایی مانند هند، آلمان، پاکستان، نپال، کانادا و ... هیچ حق رفاهی قابل دادخواهی‌ای پیش-بینی نشده است، اما دادگاه قانون اساسی یا دادگاه عالی این کشورها با استفاده از اصولی مانند «منع تبعیض»، «کرامت انسانی» و یا حق‌هایی مانند «حق حیات» و «حق بر برابری» که در قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته، به شناسایی و تضمین «قضایی» این حق‌ها پرداخته و دولت را ملزم به اتخاذ سیاست‌های رفاهی نموده‌اند. با توجه به اینکه این نوع شناسایی فرع بر قانون اساسی است و در رویه قضایی دادگاه‌ها شکل گرفته، در این مقاله به شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی بسنده کرده و در مقاله دیگری به وضعیت رویه قضایی در این خصوص خواهیم پرداخت.

2. aspirational

3. Directive/guidance principle

رفاهی در بسیاری از قوانین اساسی معاصر مورد شناسایی قرار گرفته‌اند. از ۱۹۵ قانون اساسی، بیش از ۹۰ درصد آن‌ها حداقل متضمن یک حق رفاهی هستند. در تعیین میزان «قوام»^۱ یک حق رفاهی مندرج در قانون اساسی، شناسایی آن حق به‌عنوان اهداف آرمانی فرض گرفته می‌شود و تلقی آن به‌عنوان حق قابل دادخواهی، منوط به وجود شواهد و قرائن صریح یا ضمنی است (Langford & Rosevear, 2020: 3). هرچند برخی از حق‌های رفاهی مندرج در قوانین اساسی دارای ابهاماتی هستند و به راحتی نمی‌توان وضعیت آن‌ها از حیث قابل دادخواهی یا اهداف آرمانی بودن را تشخیص داد، اما سه معیار برای تشخیص این موضوع وجود دارد. اول، قانون اساسی باید شامل مکانیزمی برای نظارت قضایی بر یک حق باشد، تا بتوان آن را قابل دادخواهی تلقی نمود. دوم، قانون اساسی باید به‌صورت صریح یا ضمنی بر حق افراد برای دادخواهی تأکید نماید. سوم، ممکن است قانون اساسی میان حق‌های قابل دادخواهی و اهداف آرمانی تمایز قائل شود (Jung & others, 2015: 1047). اغلب قوانین اساسی برخی از حق‌ها را بنیادین و قابل دادخواهی تلقی نموده و یا حق‌ها را در بخش‌های مختلف قانون اساسی قرار می‌دهند و برخی از بخش‌ها را قابل دادخواهی و برخی دیگر را اهدافی آرمانی در نظر می‌گیرند. برای اینکه یک حق قابل دادخواهی تلقی شود باید یکی از سه معیار فوق را برآورده کند. جدول زیر معیار استفاده‌شده برای شناسایی حق‌ها را نشان می‌دهد.

جدول شماره ۱- معیارهای تشخیص «قابل دادخواهی» یا «هدف آرمانی» بودن حق‌های رفاهی

ارزش	برچسب	معیار
۲	قابل دادخواهی	- امکان احضار دولت به دادگاه به‌دلیل عدم تضمین حق‌های رفاهی مندرج در قانون اساسی؛ - امکان طرح دعوا از سوی شهروندان علیه دولت به‌دلیل نقض حق‌های رفاهی آنها؛ معمولاً مکانیزمی برای نظارت قضایی در قانون اساسی تعبیه می‌شود.
۱	اهداف آرمانی یا اصول راهنمای سیاست دولت	- برشمردن حق‌ها در قانون اساسی برای تعیین سیاست دولت و بیان ایده‌آل‌ها، بدون ایجاد الزام حقوقی؛ راهنمای دولت در هنگام سیاست‌گذاری برای مدنظر قرار دادن رفاه اجتماعی، بدون ایجاد هیچ تعهدی؛ - عدم امکان طرح دعوا از سوی شهروندان در دادگاه برای احقاق حق؛ - عدم تلقی حق‌های رفاهی به‌عنوان حق‌های بنیادین.
۰	عدم شناسایی	حق‌های رفاهی چه به‌عنوان حق‌های قابل دادخواهی و چه به‌عنوان اهداف آرمانی و اصول راهنما در قانون اساسی شناسایی نشده‌اند.

1. strength

مطابق داده‌های گروه تورنتو، عواملی مانند منطقه جغرافیایی^۱ و سنت حقوقی^۲ نقش مهمی در تعیین نوع حق‌های رفاهی مندرج در قوانین اساسی ایفا می‌کنند. یافته‌های این گروه حاکی از آن است که میانگین شناسایی حق‌های رفاهی در کشورهای واقع در منطقه آمریکای لاتین^۳ بیش از سایر نقاط دنیا است (۱۲/۹ حق) و متوسط حق‌های رفاهی قابل دادخواهی در این منطقه ۱۱/۸ حق به ازای هر قانون اساسی است. کشورهای واقع در منطقه آسیا^۴ بیشترین میزان شناسایی حق‌های رفاهی غیرقابل دادخواهی را به خود اختصاص داده‌اند. متوسط شناسایی حق‌های رفاهی به‌عنوان اهداف آرمانی در قوانین اساسی کشورهای این منطقه، ۴/۷ حق از شانزده حق رفاهی مورد اشاره است (Langford & Rosevear, 2020: 4). نکته جالب توجه این است که تمام کشورهای واقع در منطقه آمریکای لاتین و کشورهای پساکمونیستی به استثنای بلیز، که بیشترین میزان شناسایی حق‌های رفاهی را به خود اختصاص داده‌اند، جزء نظام‌های دارای سنت حقوق موضوعه به شمار می‌روند. بنابراین، در کنار عواملی همچون سابقه کمونیسم در کشورهای پساکمونیستی و تاریخ پوپولیسمی، قدرت تاریخی اتحادیه‌های کارگری و تأثیر قانون اساسی مکزیک در منطقه آمریکای لاتین، عوامل منطقه‌ای و سنت حقوقی در این موضوع نقش قابل توجهی ایفا می‌کند.

از ۱۵۸ قانون اساسی‌ای که حداقل یک حق رفاهی را مورد شناسایی قرار داده‌اند، تقریباً دو سوم آن‌ها به همه حق‌های رفاهی قدرت/ وضعیت یکسانی - چه قابل دادخواهی (۶۷ مورد) و چه اهداف آرمانی (۳۰ مورد) - اعطا نموده‌اند. یک سوم باقی‌مانده شامل ترکیبی از حق‌های رفاهی قابل دادخواهی و اهداف آرمانی است. این مشاهده تجربی متضمن دو گزاره است. اول، مؤید

۱. تحقیقات گروه ابتکاری حق‌های اقتصادی و اجتماعی تورنتو (TIESR) کشورهای جهان را به هفت منطقه عمده تقسیم کرده است: خاورمیانه و شمال آفریقا (۲۳ کشور)، کشورهای پساکمونیستی (۲۹ کشور)، آمریکای لاتین (۱۸ کشور)، کشورهای حوزه صحرای آفریقا (۴۰ کشور)، اروپای غربی و آمریکای شمالی (۲۷ کشور)، جزایر کشورهای جزیره‌ای در حال توسعه (۳۵ کشور) و آسیا (۲۳ کشور).

۲. گروه تورنتو در تحقیقات خود شش سنت حقوقی را از هم تفکیک نموده است: سنت حقوق عرفی محض، سنت حقوق موضوعه محض، سنت حقوق مختلط (عرفی و موضوعه)، سنت حقوق اسلامی، سنت حقوق مبتنی بر سنت و سنت حقوقی مختلط (عرفی یا موضوعه + اسلامی یا سنتی).

۳. این منطقه کشورهای آرژانتین، بلیز، بولیوی، برزیل، شیلی، کلمبیا، کاستاریکا، اکوادور، السالوادور، گواتمالا، هندوراس، مکزیک، نیکاراگوئه، پاناما، پاراگوئه، پرو، اروگوئه و ونزوئلا را در برمی‌گیرد.

۴. کشورهای افغانستان، بنگلادش، بوتان، برونی، کامبوج، چین، هند، اندونزی، ژاپن، کره شمالی، کره جنوبی، لائوس، مالزی، مغولستان، میانمار، نپال، پاکستان، فیلیپین، سنگاپور، سریلانکا، تایوان، تایلند و ویتنام در این منطقه قرار دارند.

یافته‌های جدیدی است که توسط داده‌های گروه ابتکاری تورنتو ثبت شده است: همه حق‌های رفاهی با وضعیت یکسانی مورد شناسایی قرار نگرفته‌اند. دوم اینکه، بر اساس تمایز قابل دادخواهی - اهداف آرمانی، سه الگوی متفاوت شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی قابل شناسایی است: قابل دادخواهی صرف، اهداف آرمانی صرف و مختلط. این دسته‌بندی سه‌گانه می‌تواند در تعیین اینکه آیا وضعیت حق‌ها در قانون اساسی تأثیری بر نظارت قضایی یا امکان طرح دعوا از سوی افراد در جهت احقاق حق خود دارد یا خیر، کمک‌کننده باشد. فرض اولیه این است که تفسیر قضایی و روش‌های متفاوت اجرای قانون، نسبت به متن قانون اساسی از اهمیت بیشتری برخوردارند. یک نمونه مرتبط در تأیید این پیش‌فرض، تفسیر متفاوت واژه‌های تقریباً یکسان در قوانین اساسی هند و کانادا است (Hirschl & Rosevear, 2011: 213). ماده ۲۱ قانون اساسی هند بیان می‌دارد: «هیچ شخصی نباید از زندگی یا آزادی شخصی خود محروم شود، مگر مطابق فرایند پیش‌بینی شده در قانون.»^۱ بخش ۷ قانون اساسی کانادا نیز تصریح داشته است: «هر کسی از حق حیات، آزادی و امنیت شخصی برخوردار است؛ این حق فقط طبق اصول عدالت بنیادین خدشه‌پذیر است.»^۲ در هند حق حیات و آزادی به‌گونه‌ای تفسیر شده است که تعهدات مثبتی را در قبال تأمین مایحتاج ضروری مادی افراد فقیر بر دولت تحمیل می‌کند،^۳ در حالی که در کانادا این حق‌ها به‌طور مداوم به‌عنوان اعمال محدودیت بر اقدامات دولت تفسیر شده‌اند.^۴ با استنباط از نتایج مشابه متنی، اندیشمندان علوم سیاسی استدلال می‌کنند که تفسیر متن قانون اساسی منوط به چشم‌انداز ایده‌آل، ترجیحات سیاسی، موقعیت نهادی و انتخاب استراتژیک دادگاه‌ها، سیاست‌مداران و سیاست‌گذاران است (Epstein & Jacobi, 2010: 349).

دلایل محکمی برای تقویت این دیدگاه‌ها وجود دارد. در بسیاری از نظام‌ها قوه قضائیه مستقل یا کارآمدی وجود ندارد که بتواند موضوعات مربوط به قانون اساسی را مورد رسیدگی قرار دهد، حتی اگر قانون اساسی شامل همه حق‌ها به‌صورت کامل باشد. به‌ویژه عدم تمایل قضات برای رسیدگی به پرونده‌های مربوط به حق‌های رفاهی امری محتمل است، زیرا ممکن است اختیارات قوه مجریه یا مقننه در تخصیص بودجه را تحت تأثیر قرار دهند. متقابلاً قضات می‌توانند در قبال حق‌های رفاهی موضوعی فعالانه اتخاذ کنند و اصول آرمانی را به تضمیناتی قابل دادخواهی تبدیل کنند. هر یک از این

۱. قانون اساسی هند (Constitution of India) ۱۹۴۹.

۲. قانون اساسی کانادا (Constitution of Canada) ۱۸۶۷، اصلاحی ۱۹۸۲.

3. See, e.g. *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*

4. See, e.g. *Gosselin v. Quebec Attorney General*, 2002, 2 S.C.R. 429

احتمالات هم از لحاظ نظری قابل قبول است و هم از نظر تجربی قابل مشاهده است (Jung & others, 2015: 1049). در ضمن، اگر این فرضیه درست باشد که کشورهای که قوانین اساسی شان متضمن حق‌های رفاهی قابل دادخواهی بیشتری هستند، حجم بیشتری از رویه قضایی مربوط به این حق‌ها را به خود اختصاص می‌دهند، می‌توان به این نتیجه رسید که بین شناسایی این حق‌ها در قانون اساسی و نظارت قضایی واقعی به آن‌ها رابطه مستقیمی وجود دارد. ادبیات موجود و داده‌های به دست آمده از رویه قضایی^۱ نشان می‌دهد که چنین ارتباطی میان حق‌های قابل دادخواهی در قانون اساسی و نظارت قضایی بر آن‌ها در عالم واقع وجود دارد.

۳-۱. شناسایی به عنوان اصول راهنما یا اهداف آرمانی

برخی از قوانین اساسی حق‌های رفاهی را به عنوان اهداف آرمانی یا اصول کلی مورد شناسایی قرار داده‌اند و از شناسایی آن‌ها به مثابه حق‌های بنیادین قابل دادخواهی خودداری کرده‌اند.^۲ شناسایی این چنینی حق‌های مزبور ناشی از تمایز میان حق‌های نسل اول و دوم و به دلیل غلبه رویکردهای سیاسی و اقتصادی مخالف این حق‌ها است. در این قوانین حق‌های رفاهی به اهدافی آرمانی و اصولی کلی تنزل پیدا کرده و حداقل از نظر قانون اساسی، امکان دادخواهی آن‌ها وجود ندارد. در این خصوص می‌توان به کشورهایمانند عمان، چین، کره جنوبی و کره شمالی اشاره کرد که حق‌های رفاهی بسیاری در قوانین اساسی خود شناسایی نموده‌اند اما همه آن‌ها را اهدافی آرمانی تلقی کرده‌اند. برای مثال، قانون بنیادین عمان حاوی مقرراتی در خصوص چهار حق رفاهی درآمد منصفانه، تأمین اجتماعی، بهداشت و آموزش است. این حق‌ها در فصل دوم قانون اساسی تحت عنوان «اصول راهنمای سیاست دولت»^۳ قرار دارند. برخی از کشورها نیز راهی میانه در پیش گرفته و برخی از حق‌های رفاهی را قابل دادخواهی و برخی را غیرقابل دادخواهی تعیین کرده‌اند. برای مثال، ماده ۱۵ قانون اساسی بنگلادش بیان می‌دارد: «تأمین ملزومات زندگی مانند غذا، لباس، سرپناه، آموزش و مراقبت‌های بهداشتی یکی از وظایف اصلی دولت است.»^۴ ماده ۳۸ آن نیز مقرر داشته است: «همه

1. ESCR-Net Case Law Database: A Database of Economic, Social and Cultural Rights Related Jurisprudence, Cases and Other Decisions, International Network for Economic, Social & Cultural Rights
<http://www.escrnet.org/case-law/>.

۲. قانون اساسی ۱۹۲۲ ایرلند نخستین قانون اساسی‌ای است که مجموعه‌ای از حق‌های رفاهی غیرقابل دادخواهی (=اصول راهنمای سیاست دولت) را در خود جای داد و این الگو در بسیاری از کشورهای ره‌اشده از استعمار در آسیا و آفریقا مورد پذیرش واقع شد.

۳. قانون بنیادین عمان (The Basic Statute of the State) ۱۹۹۶، اصلاحی ۱۹ اکتبر ۲۰۱۱.

۴. قانون اساسی جمهوری خلق بنگلادش (Constitution of the People's Republic of Bangladesh) ۱۹۷۲.

شهروندان از حق بر تشکیل انجمن یا اتحادیه در حد محدودیت‌های قانونی مربوط به اخلاق و یا نظم عمومی، برخوردارند». مواد مورد اشاره متضمن چند حق رفاهی در قانون اساسی‌اند. با وجود این، مطابق ماده ۱۰۲ قانون اساسی این کشور، دادگاه‌ها صرفاً صلاحیت نظارت قضایی بر حق‌هایی را دارند که در فصل ۳ قانون اساسی شناسایی شده‌اند. به همین دلیل حق بر تشکیل انجمن یا اتحادیه کارگری به دلیل اینکه در فصل سوم قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته، قابل نظارت قضایی است. در مقابل، از آنجا که حق‌های رفاهی متعددی در فصل دوم ذکر شده‌اند، امکان نظارت قضایی بر آن‌ها وجود ندارد. این تمایز در بند ۲ ماده ۸ مشخص شده که بیان می‌دارد حق‌های مندرج در فصل دوم به مثابه «اصول کلی» بوده و امکان الزام قضایی آن‌ها وجود ندارد. همچنین، تأکید شده که این حق‌ها باید در «تصویب قوانین از سوی دولت مورد استفاده قرار گیرند»، «راهنمای تفسیر قوانین باشند» و «بنیان کار دولت و شهروندان را تشکیل دهند». فصل سیزدهم قانون اساسی ایرلند تحت عنوان «اصول راهنمای سیاست اجتماعی» بیان می‌دارد که «اصول سیاست اجتماعی مندرج در این ماده برای راهنمایی کلی [پارلمان] در نظر گرفته شده است. اعمال این اصول منوط به تصویب قانون و در انحصار [پارلمان] خواهد بود و طبق هیچ‌یک از مواد این قانون توسط هیچ دادگاهی قابل اجرا نخواهد بود.»^۱ رویکرد برخی از قوانین اساسی کشورهای پساکمونستی اروپایی در شناسایی حق‌های رفاهی به مثابه اهداف و آرمان‌های دولتی تعجب‌برانگیز است. صرف‌نظر از ناتوانی بسیاری از این دولت‌ها در ایفای تعهدات مربوط به حق‌های مثبت، به نظر می‌رسید که قوانین اساسی این کشورها موجد حق‌های عینی گسترده‌ای در زمینه امور رفاهی باشند (Sadurski, 2002: 225). تجربه این کشورها نشان می‌دهد که میان تعداد حق‌های رفاهی مندرج در قانون اساسی، تمایل دادگاه‌های قانون اساسی برای اجرای آن‌ها و میزان تأمین رفاه اجتماعی ارتباط مستقیمی وجود ندارد (Sadurski, 2002: 229). با وجود این تصور رایج که دولت‌های رفاهی بهترین مکان برای تضمین حق‌های رفاهی‌اند (قاری سید فاطمی، ۱۳۹۳: ۳۲۴)، بسیاری از قوانین اساسی کشورهای اروپایی حق‌های رفاهی را به مثابه اهداف دولتی یا حق‌های آرمانی مورد شناسایی قرار داده‌اند که اجرای آن‌ها مستلزم اقدام قانونی است و فاقد ضمانت اجرای قضایی لازم‌اند. لذا هیچ قانون اساسی‌ای ارزشی برابر با حق‌های سیاسی و مدنی برای آن‌ها قائل نشده است (Glendon, 1992: 520). این امر منعکس‌کننده مدل رفاهی سنتی در کشورهای اسکاندیناوی است که به جای اتخاذ رویکرد حق‌محور مبتنی بر حق فردی بر معیشت، بر نقش دولت برای تأمین مزایای رفاهی تأکید می‌کند (Drzewicki & Rosas, 1994: 13-16).

۱. ماده ۴۵ قانون اساسی ایرلند (Constitution of Ireland) ۱۹۳۷

۲-۳. شناسایی به مثابه حق های قابل دادخواهی

برخی از قوانین اساسی نیز حق های رفاهی را به عنوان حق های بنیادین قابل دادخواهی مورد شناسایی قرار داده اند و بعضاً مکانیزم هایی نیز جهت نظارت قضایی بر آن ها پیش بینی کرده اند. حدود ۷۰ درصد قوانین اساسی فعلی متضمن حداقل یک حق رفاهی قابل دادخواهی اند و تقریباً یک چهارم آن ها دارای ده حق رفاهی قابل دادخواهی و حتی بیشتر هستند (Jung & others, 2015: 8). قوانین اساسی کشورهای مانند آفریقای جنوبی، ژاپن، هنگ کنگ، اندونزی، فیلیپین، مغولستان، شیلی و ایران مجموعه ای از حق های رفاهی قابل نظارت قضایی را پیش بینی نموده اند. برای مثال، مطابق ماده ۲۰ قانون اساسی شیلی، حق بر درآمد منصفانه، تشکیل اتحادیه کارگری، محیط زیست سالم و بهداشتی و حفاظت از محیط زیست جزء حق های رفاهی قابل دادخواهی مورد شناسایی قرار گرفته اند.^۱

البته ذکر این نکته ضروری است که امکان یا امتناع دادخواهی حق های رفاهی، یعنی امکان الزام قضایی آن ها از طریق دادگاه های داخلی و تعیین ضمانت اجرا برای آن ها تا حدی به عوامل فراتر از قانون اساسی بستگی دارد (Gauri & Brinks, 2008: 33). با وجود این، متن قوانین اساسی معمولاً وضعیت رسمی حق های رفاهی و تعهدات دولت برای بهزیستی مردم را مشخص می کند. حتی اگر در قانون اساسی صرفاً قابل دادخواهی بودن حق ها تصریح شده باشد و ضمانت اجرای حقوقی لازم برای آن ها پیش بینی نشده باشد، معمولاً بدین معناست که حق های رفاهی وضعیت برابری با سایر حق ها و آزادی های قابل دادخواهی مندرج در قانون اساسی دارند. نمونه این موضوع را می توان در قانون اساسی ۱۹۹۲ استونی یافت: «هر شخصی که حق یا آزادی های مشروعش نقض شده، می تواند نزد دادگاه دادخواهی نماید.... دادگاه ها باید قانون اساسی را رعایت نموده و هر قانون، مقرر و تصمیمی که مغایر حق و آزادی های مندرج در قانون اساسی است و یا به هر نحو دیگری مغایر قانون اساسی است، را نقض نمایند.»^۲

در مقایسه با سایر نقاط جهان، قوانین اساسی کشورهای آمریکای لاتین متضمن حق های رفاهی و همچنین حق های رفاهی قابل دادخواهی بیشتری هستند. در این منطقه تعهد دیرینه ای به شناسایی حق های رفاهی وجود دارد، اما شناسایی آن ها به عنوان حق های قابل دادخواهی در موج تصویب قوانین اساسی در طول دو دهه اخیر اتفاق افتاده است. دلیل این امر تا حدی به خاطر این است که اغلب کشورهای آمریکای لاتین دارای مکانیزمی حمایتی اند^۳ که به شهروندان اجازه می دهد در

۱. قانون اساسی شیلی (Political Constitution of the Republic of Chile) ۱۹۸۰

۲. قانون اساسی جمهوری استونی (Constitution of Estonia) ۱۹۹۲، اصلاحی ۱۳ آگوست ۲۰۱۵

3. amparo or amparo-like mechanisms (e.g. Colombia's acción de tutela)

مقابل نقض حقوق خود مستقیماً در دادگاه طرح شکایت کنند. برای مثال، در سال ۲۰۱۲ حدود ۴۲۴۰۰۰ شکایت در کلمبیا مطرح شده که بیش از یک چهارم آن مربوط به حق بر بهداشت بوده است. دادگاه قانون اساسی این کشور دعاوی طرح شده در دادگاه‌های مادون در خصوص آیین tutela را مورد بررسی قرار می‌دهد و احکام بسیار زیادی در رابطه با حق‌های رفاهی صادر می‌کند. اگرچه میزان آرای صادره از دادگاه برزیل در این حد نیست، اما آرای بسیار مهمی در زمینه حق بر بهداشت صادر نموده که در سطح بین‌المللی شناخته شده‌اند (Gauri, 2004: 470).

آفریقای جنوبی نیز تعهدی رسمی برای قابلیت دادخواهی حق‌های رفاهی دارد که با رویه قضایی قابل توجه در این کشور همراه شده است. بسیاری از تصمیماتی که موجد فهم ما در مورد حق‌های رفاهی است^۱ مانند پرونده سوبرامونی، گروتبوم، کمپین اقدام درمانی، خوسا و موارد دیگر، از سوی دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی اصدار یافته‌اند (Liebenberg, 2009: 105). از بسیاری جهات، دعاوی مربوط به حق‌های مثبت در آفریقای جنوبی استثنا بر اصل بوده‌اند. قانون اساسی آفریقای جنوبی دولت را ملزم به «احترام، حمایت، ترویج و ایفای حق‌های مندرج در اعلامیه حق‌ها»^۲ نموده است. این امر بیانگر این موضوع است که تمام حق‌های مندرج در اعلامیه حق‌ها، ترکیبی از تعهدات منفی و مثبت را بر دولت تحمیل می‌کنند. بنابراین، قانون اساسی به مقابله با استعاره‌های عمدتاً دفاعی‌ای برمی‌خیزد که به‌طور سنتی با حقوق بشر مرتبط‌اند (Liebenberg, 2009: 77). فهرست متنوعی از حق‌های اقتصادی - اجتماعی در مواد ۲۶ و ۲۷ قانون اساسی آفریقای جنوبی مورد شناسایی قرار گرفته است. بند ۱ ماده ۲۶ بر حق هر کس به دسترسی به مسکن مناسب تأکید نموده و بند ۱ ماده ۲۷ نیز متضمن دسترسی به (۱) خدمات بهداشتی مناسب؛ (۲) آب و غذای کافی؛ و (۳) تأمین اجتماعی است. در ادامه این قسمت قید شده «دولت باید اقدامات عقلانی قانونی و سایر اقدامات لازم جهت تحقق تدریجی این حق‌ها را در محدوده منابع موجود خود به کار گیرد». بند ۳ ماده ۲۶ نیز مربوط به حمایت از مردم در مقابل تبعید / محروم شدن از محل زندگی خود و تخریب منازل مسکونی آن‌ها است. بند ۳ ماده ۲۷ نیز مقرر می‌دارد: «هیچ کس رانمی‌توان از اقدامات درمانی فوری محروم کرد.»

علاوه بر این، قانون اساسی متضمن حق‌های اقتصادی، اجتماعی دیگری مانند حقوق رفاهی

۱. برای مشاهده بحث تفصیلی در خصوص رویه دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی در این زمینه، رجوع کنید به: اسلامی و نامه، ۱۳۹۱: ۴۰۲-۳۵۹.

۲. بند ۲ ماده ۷ قانون اساسی آفریقای جنوبی.

کودکان،^۱ حق بر آموزش^۲ و حقوق اقتصادی - اجتماعی افراد بازداشت شده^۳ نیز هست. بند مربوط به حق مالکیت نیز دولت را ملزم به تسهیل دسترسی مردم به زمین کرده است. در نهایت، اعلامیه حق‌ها از حقوق کارگران^۴ و حق‌های مربوط به محیط زیست^۵ نیز حمایت نموده است. هرچند قانون اساسی این کشور صراحتاً حق بر آب، غذا، مسکن، بهداشت و تأمین اجتماعی را تضمین نموده،^۶ اما با بیان این موضوع که دولت «مکلف است در حد منابع موجود، اقداماتی معقول جهت تحقق تدریجی هر کدام از این حق‌ها انجام دهد» به تضعیف آن‌ها دامن زده است. اگرچه چنین ادبیاتی در کشورهای دیگر حق‌های رفاهی را به اهدافی آرمانی تبدیل خواهد کرد، اما دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی در الزام و اجرای این حق‌ها فعالانه‌تر عمل کرده است (Kende, 2004: 617; Sunstein, 2000: 123). علاوه بر این، آفریقای جنوبی یکی از معدود کشورهایی است که اجازه طرح دعاوی فردی به دلیل نقض حق‌های رفاهی را به شهروندان خود می‌دهد.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به‌طور صریح چندین حق اقتصادی - اجتماعی را در خود جای داده است. اصل بیست و هشتم (حق بر شغل)، اصل بیست و نهم (حق بر تأمین اجتماعی و مراقبت‌های بهداشتی - درمانی)، اصل سی‌ام (حق بر آموزش) و اصل سی و یکم (حق بر مسکن) از جمله مهم‌ترین اصولی‌اند که متضمن حق‌های رفاهی هستند. با توجه به اینکه اولاً حق‌های رفاهی در فصل سوم قانون اساسی و در کنار حق‌های مدنی - سیاسی مورد شناسایی قرار گرفته‌اند و ثانیاً در اصل سی و چهارم به‌طور مطلق بر حق دادخواهی تمام افراد تأکید شده و در این زمینه تمایزی میان حق‌های نسل اول و نسل دوم صورت نگرفته و در اصول دیگر نیز چنین موضوعی پیش‌بینی نشده، لذا مشخص است که حق‌های رفاهی از منظر قانون اساسی حق‌های بنیادین قابل دادخواهی تلقی می‌شوند و اراده قانون‌گذار اساسی بر ترویج و حمایت از آن‌ها بوده است. البته، ذکر این موضوع ضروری است که وضعیت این حق‌ها در عمل متفاوت از قانون اساسی است و رویه نهادهای قضایی به‌خصوص دیوان عدالت اداری در این خصوص واجد تفاوت‌های قابل توجهی است که در این مقال نمی‌گنجد. بررسی رویه قضایی دیوان عدالت اداری در تضمین و حمایت از حق‌های مورد بحث

۱. قسمت «ج» بند ۱ ماده ۲۸ قانون اساسی آفریقای جنوبی

۲. ماده ۲۹ قانون اساسی آفریقای جنوبی

۳. بند ۲ ماده ۳۵ قانون اساسی آفریقای جنوبی

۴. ماده ۲۳ قانون اساسی آفریقای جنوبی

۵. ماده ۲۴ قانون اساسی آفریقای جنوبی

۶. مواد ۲۶ و ۲۷ قانون اساسی ۱۹۹۶ آفریقای جنوبی

نیازمند نوشتار دیگری است که در آینده بدان خواهیم پرداخت.

۴. فراوانی حق‌های رفاهی

به‌طور کلی، حق‌های رفاهی در بسیاری از قوانین اساسی معاصر مورد شناسایی قرار گرفته‌اند. همان گونه که گفته شد، از ۱۹۵ قانون اساسی، بیش از ۹۰ درصد آن‌ها حداقل متضمن یک حق رفاهی هستند.^۱ نکته قابل توجه این است که حدود ۷۰ درصد قوانین اساسی فعلی متضمن حداقل یک حق رفاهی قابل دادخواهی‌اند و تقریباً یک‌چهارم آن‌ها دارای ده حق رفاهی قابل دادخواهی و حتی بیشتر هستند. با وجود این، تنوع قابل توجهی در رواج برخی حق‌ها وجود دارد (جدول شماره ۲). شناسایی برخی از آن‌ها در قوانین اساسی بسیار رایج است اما شناسایی برخی دیگر نسبتاً نادر است. حق بر آموزش رایج‌ترین حق است که در بیش از سه چهارم قوانین اساسی فعلی مورد شناسایی قرار گرفته است. حق بر تشکیل یا پیوستن به اتحادیه کارگری در جایگاه دوم قرار دارد و حق بر مراقبت‌های بهداشتی، تأمین اجتماعی، مراقبت از کودکان و حفاظت از محیط‌زیست به ترتیب در رتبه‌های بعدی جای دارند. این شش حق در بیش از نیمی از قوانین اساسی درج شده‌اند. حق بر تشکیل یا پیوستن به اتحادیه‌های کارگری از لحاظ «قابلیت دادخواهی» رایج‌ترین حق است که در حدود دو سوم قوانین اساسی بر آن تأکید شده است. حق بر آموزش، حمایت از کودکان، مراقبت‌های بهداشتی، تأمین اجتماعی و حق بر اعتصاب حداقل در یک‌سوم قوانین اساسی قابل دادخواهی تلقی شده‌اند. در انتهای طیف، حق بر زمین قرار دارد که کمترین میزان شناسایی در قوانین اساسی را به خود اختصاص داده و از جهت قابلیت دادخواهی نیز کمترین میزان را در به خود اختصاص داده است. حق بر توسعه نیز در نوزده کشور قابل دادخواهی است^۲ و در دوازده کشور دیگر^۳ جزء اهداف آرمانی ذکر شده است. هرچند حق‌های رفاهی در میثاق‌ها و اعلامیه‌های بین‌المللی و همچنین ادبیات آکادمیک دارای وضعیت یکسانی هستند و در ذیل یک دسته طبقه‌بندی شده‌اند، اما نحوه مواجهه بسیاری از قوانین اساسی با حق‌های مختلف متفاوت است. در جدول زیر درصد فراوانی ۱۶ حق رفاهی مورد

۱. در قوانین اساسی شانزده کشور استرالیا، برونئی، کانادا، فرانسه، اسرائیل، کیریباس (کیریباتی)، لبنان، لیختن‌اشتاین، مالزی، ایالت فدرال میکرونزی، نیوزیلند، سنگاپور، تونگا، ترینیداد و توباگو، ایالات متحده آمریکا و جمهوری وانواتو هیچ حق رفاهی‌ای پیش‌بینی نشده است.

۲. قوانین اساسی کشورهای بلژیک، جمهوری دموکراتیک کنگو، جمهوری دومینکن، اتیوپی، فنلاند، گرجستان، آلمان، یونان، گینه، ایتالیا، قرقیزستان، ماداگاسکار، مالاوی، مولداوی، نیکاراگوئه، نیجر، پرو و اوکراین.

۳. آندورا، بلغارستان، کامرون، کیپ ورد، ساحل عاج، کره شمالی، مونته‌نگرو، مراکش، گینه نو، سومالی، ترکمنستان و اوگاندا.

بحث به تصویر کشیده شده است.

جدول شماره ۲- درصد شناسایی حق‌های رفاهی

شناسایی به صورت کلی		قابل دادخواهی		اهداف آرمانی	
آموزش	۸۰٪	اتحادیه کارگری	۶۳٪	مراقبت‌های بهداشتی	۲۸٪
اتحادیه کارگری	۷۴٪	آموزش	۵۵٪	حفاظت از محیط‌زیست	۲۷٪
مراقبت‌های بهداشتی	۶۹٪	حفاظت از کودکان	۴۷٪	تأمین اجتماعی	۲۷٪
تأمین اجتماعی	۶۷٪	اعتصاب	۴۱٪	آموزش	۲۵٪
حفاظت از کودکان	۶۵٪	مراقبت‌های بهداشتی	۴۱٪	حفاظت از کودکان	۱۹٪
حفاظت از محیط‌زیست	۵۵٪	تأمین اجتماعی	۴۱٪	مسکن	۱۶٪
اعتصاب	۴۹٪	محیط‌زیست سالم	۳۲٪	تأمین اجتماعی (مربوط به شغل)	۱۵٪
محیط‌زیست سالم	۴۸٪	دستمزد عادلانه	۳۲٪	محیط کاری سالم	۱۵٪
تأمین اجتماعی (مربوط به شغل)	۴۷٪	تأمین اجتماعی (مربوط به شغل)	۳۱٪	اوقات فراغت	۱۳٪
دستمزد عادلانه	۴۳٪	اوقات فراغت	۲۹٪	محیط کار سالم	۱۵٪
اوقات فراغت	۴۲٪	حفاظت از محیط‌زیست	۲۸٪	دستمزد عادلانه	۱۲٪
مسکن	۴۱٪	محیط کار سالم	۲۶٪	اتحادیه کارگری	۱۱٪
محیط کار سالم	۳۸٪	مسکن	۲۵٪	اعتصاب	۹٪
آب و غذا	۲۲٪	آب و غذا	۱۳٪	آب و غذا	۹٪
توسعه	۱۶٪	توسعه	۱۰٪	زمین	۸٪
زمین	۱۵٪	زمین	۸٪	توسعه	۶٪

اطلاعات جدید نشان می‌دهد که روند شناسایی حق‌های رفاهی که همگام با موج سوم دموکراسی در دهه‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ آغاز شده، در هزاره جدید نیز ادامه پیدا کرده است. میزان شناسایی این حق‌ها و احتمال شناسایی آن‌ها به عنوان حق‌های قابل دادخواهی، در حال حاضر بیش از سال ۲۰۰۰ است. تنها چهار قانون اساسی قزاقستان، میانمار، سیرالئون و تایلند در سال ۲۰۱۶

دارای حق‌های رفاهی کمتری نسبت به سال ۲۰۰۰ هستند در حالی که میزان آن در ۵۱ قانون اساسی بیشتر است.^۱ اطلاعات جدید حکایت از این دارد که میزان شناسایی حق‌های رفاهی و حق‌های رفاهی قابل دادخواهی در قوانین اساسی در سال ۲۰۱۶ نسبت به سال ۲۰۰۰ افزایش پیدا کرده و بر قوام حق‌های مزبور افزوده شده است (Rosevear & others, 2020: 46). نکته قابل توجه، افزایش قابل توجه قابلیت دادخواهی حق‌های اجتماعی استاندارد است که در حال حاضر در بیش از دو سوم قوانین اساسی شناسایی شده که در بیش از دو پنجم آن‌ها قابل دادخواهی تلقی شده‌اند. در زمینه حق‌های مربوط به محیط زیست نیز این افزایش نمود دارد، به نحوی که میزان آن‌ها در این مدت ۱۲/۵ درصد افزایش پیدا کرده است (Rosevear & others, 2020: 46).

جدول شماره ۳ - میزان شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی سال‌های ۲۰۰۰ و ۲۰۱۶

سال	سن قانون اساسی	شناسایی حق‌های رفاهی (کلی)	قابل دادخواهی	اهداف آرمانی
۲۰۰۰	۲۴	۷	۴/۴	۲/۵
۲۰۱۶	۳۴	۷/۹	۵/۶	۲/۳
میزان تغییر	۹/۹	۰/۹	۱/۲	-۰/۲

نتیجه

با وجود انتقادات گسترده‌ای که نسبت به حق‌های رفاهی در چند دهه اخیر صورت گرفته، شناسایی این حق‌ها در قوانین اساسی از دهه ۱۹۹۰ به بعد سرعت گرفته و همچنان رو به افزایش است. بررسی قوانین اساسی کشورهای مختلف نشان می‌دهد که تمایل کلی، شناسایی حق‌های مزبور به عنوان اهداف آرمانی بوده و بسیاری از قوانین اساسی جایگاه و ارزش این حق‌ها را متفاوت از حق‌های نسل اول و فرع بر آن‌ها در نظر گرفته‌اند. در تحلیل ادعاهای موافق و مخالف شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی به ذکر چند نکته بسنده می‌کنیم. اول اینکه، برخلاف ادعاهای مطرح‌شده، تعهدات مثبت ناشی از حق‌های نسل اول و دوم یکسان نبوده و برای مثال، تعهدات مثبت دولت در زمینه تضمین حق بر آزادی بیان به هیچ وجه با تعهدات ناشی از حق بر آموزش یکسان نیست. هرچند این گزاره که تمام حق‌ها، چه رفاهی و چه مدنی - سیاسی، موجد تعهدات منفی و

۱. تعداد حق‌های رفاهی قابل دادخواهی در قوانین اساسی شش کشور افغانستان، آنگولا، قرقیزستان، لتونی، میانمار و تایلند، نسبت به سال ۲۰۰۰ کمتر است.

مثبت برای دولت‌اند درست به نظر می‌رسد، اما به‌طور قطع محدوده تعهدات دولت در ایفای آن‌ها یکسان نخواهد بود. به همین دلیل در میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بر «وابسته به منابع بودن» حق‌های نسل دوم و «تحقق تدریجی» آن‌ها تأکید شده است. نکته دوم اینکه، در صورت درج حق‌های نسل دوم در قوانین اساسی باید به حق‌های مهمی مانند حق بر آموزش و بهداشت بسنده نمود و از درج فهرست بلند بالایی از این حق‌ها مانند حق بر مسکن، زمین، غذا، آب و غیره خودداری کرد. بدون تردید شناسایی گسترده این حق‌ها در قانون اساسی نتیجه‌ای جز افزایش تعهدات و اختیارات دولت و مداخله روزافزون آن در زندگی شهروندان (= شکل‌گیری دولت فراگیر و حداکثری) در پی نخواهد داشت. از سوی دیگر، در صورت درج این حق‌ها در قانون اساسی، تعهدات دولت باید منوط به در دسترس بودن منابع شود. نکته سوم اینکه، هرچند ادعاهای مربوط به غیرقابل‌دادخواهی بودن حق‌های رفاهی در پرتو تصمیمات قضایی دادگاه‌های مختلف در بسیاری از کشورها رنگ باخته، اما در نظارت قضایی بر حق‌های مورد اشاره باید از همان رویکردی استفاده شود که توسط دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی به کار گرفته شده و به معیار «عقلانی بودن»^۱ مشهور است.^۲ دادگاه مذکور در رسیدگی به پرونده‌های مربوط به نقض حق‌های رفاهی در عین توجه به معیارهای دموکراتیک و محدودیت منابع دولتی، به گروه‌های خاصی از جامعه که در حاشیه قرار دارند و نیازهای اساسی‌شان تأمین نشده توجه خاصی مبذول می‌دارد. رویه دادگاه حاکی از آن است که دادگاه از تصمیم‌گیری به‌جای دولت و جانشین کردن خود به‌جای آن خودداری می‌کند و ضمن صدور احکام اعلامی^۳ یا الزامی^۴ دولت را در تدوین برنامه و تعیین سیاست‌های خود برای تحقق تدریجی حق نقض شده آزاد می‌گذارد.

در این مقاله ادعای یکسان بودن وضعیت قوانین اساسی در خصوص حق‌های اقتصادی و اجتماعی مورد بررسی قرار گرفت. با استفاده از یک مجموعه داده جدید و منحصر به فرد که وضعیت شانزده حق اقتصادی و اجتماعی متمایز را در قوانین اساسی (۱۹۵ قانون اساسی) مشخص می‌کند، چهار استدلال ارائه شد: اول، هرچند حق‌های رفاهی به‌طور فزاینده‌ای در قوانین اساسی کشورها مورد شناسایی قرار گرفته‌اند، اما میزان شناسایی آن‌ها در قوانین اساسی مختلف برابر نیست. در حالی

1. Reasonableness approach

۲. بررسی رویکردهای به کار گرفته شده از سوی کشورهای مختلف در نظارت قضایی بر حق‌های رفاهی مستلزم بحثی مفصل است که در مقاله‌ای دیگر بدان خواهیم پرداخت.

3. Declaratory orders

4. Mandatory orders

که برخی از حق‌ها مانند حق بر آموزش به حدی رایج است که می‌توان آن را جهان‌شمول دانست، حق‌هایی مانند حق بر غذا و آب همچنان کمیاب‌اند. دوم، وضعیت حق‌های رفاهی در قوانین اساسی متفاوت است. تقریباً یک سوم کشورها همه حق‌های مزبور را قابل دادخواهی می‌دانند، یک سوم دیگر آن‌ها را آرمان‌هایی صرف تلقی نموده‌اند و یک سوم باقی‌مانده نیز برخی از آن‌ها را قابل نظارت قضایی و برخی را نیز اهدافی آرمانی معرفی کرده‌اند. سوم، سنت حقوقی - خواه یک کشور دارای سنت حقوق موضوعه باشد، خواه نظامی کامن‌لا باشد و خواه اسلامی یا مبتنی بر عرف - عامل مهمی در شناسایی حق‌های مزبور در قوانین اساسی و تعیین آن‌ها به عنوان حق‌های قابل دادخواهی است. در صورت برابر بودن سایر شرایط، تحلیل‌های ما نشان می‌دهد که کشورهای مبتنی بر سنت نوشته، بیش از چهار برابر نظام‌های کامن‌لا حق‌های رفاهی را در در قوانین اساسی خود شناسایی کرده‌اند که این میزان در مورد قابلیت دادخواهی این حق‌ها، حدود پنج برابر است. چهارم، تفاوت‌های منطقه‌ای تا حدی قدرت تعیین‌کننده سنت‌های حقوقی را مخدوش می‌کند؛ زیرا کشورهای دو منطقه آمریکای لاتین و پساکمونیزم که بیشترین میزان شناسایی حق‌های رفاهی را به خود اختصاص داده‌اند، به جز کشور بلژیک، جزء نظام‌های حقوق نوشته به شمار می‌روند. نتیجه‌گیری ما این است که علی‌رغم شناسایی حق‌های رفاهی در قوانین اساسی، همچنان تفاوت قابل توجهی از نظر وضعیت رسمی، محدوده و ماهیت این حق‌ها وجود دارد.

منابع

فارسی

- آقامحمدآقایی، احسان و حسین خالقی‌پرست (۱۴۰۰)، مقدمه‌ای بر حقوق تأمین اجتماعی (مبانی و سیاست‌های رفاه اجتماعی: از دولت رفاه به دوران پسارفاه)، تهران: نشر دادگستر، چاپ اول.
- راسخ، محمد (۱۳۹۳)، «نظریه حق» در حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، جلد دوم، تهران: نشر نی، چاپ سوم.
- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد (۱۳۹۳)، حقوق بشر در جهان معاصر: جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها، دفتر دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ سوم.
- مقالات:
- ابراهیم‌گل، علیرضا (۱۳۸۷)، «حق بر غذا: پیش شرط تحقق سایر حقوق، مجله حقوقی بین‌المللی»، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، سال بیست و پنجم، شماره ۳۹.
- اسلامی، رضا و فیروزه نامه (۱۳۹۱)، «احراز «معیار معقولیت» در قابلیت دادخواهی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۱۱، صص ۳۵۹-۴۰۲.
- همتی، مجتبی (۱۳۸۸)، «حقوق رفاه اجتماعی و اشکال کنترل قضایی»، نشریه راهبرد، شماره پنجاه، سال هجدهم، صص ۴۱-۵.
- والدرون، جرمی (۱۳۹۳)، «فلسفه حق»، در حق و مصلحت، مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، ترجمه محمد راسخ، جلد اول، چاپ پنجم، تهران: طرح نو.

انگلیسی

Books

- Cranston, Maurice, (1973), **What are Human Rights?** British: Bodley Head.
- Holmes, Stephen & Sunstein, Cass R., (1999), **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes.**
- Kelley, David, (1998), **A Life of One's Own: Individual Rights and the Welfare State**, Washington, D.C: Cato Institute.
- Shue, Henry, (1980), **Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy**, First Edition, Princeton NJ: Princeton University Press.
- Whelan, Daniel J, (2010), **The Indivisibility of Human Rights, A History**, University of Pennsylvania Press.

Articles

- Addo, Michael K, (1988), "The justiciability of economic, social and cultural rights" **Commonwealth Law Bulletin**, 14(4), 1425-1432
- Boyle Katie, (2018) "Models of Incorporation and Justiciability for Economic, Social and Cultural Rights", Scottish Human Rights Commission.
- Courtis, Christian, (2009), "Standards to Make ESC Rights Justiciable: A Summary Exploration", **Erasmus Law Review**, Volume 02, Issue 04, pp 379-395.
- Craig, Scott & Macklem, Patrick, (1992), "Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 141, No. 1, pp1-148.
- Cross, Frank. B, (2001), "The Error of Positive Rights", **UCLA Law Review**, 48(4),

857-924.

- Drzewicki, Krzysztof and Rosas, Allan, (1994), 'Social Rights in a United Europe', in Drzewicki, Krzysztof; Krause, Caterina & Rosas, Allan (eds), *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*, Finland: Institute for Human Rights, Åbo Akademi University.
- Epstein Lee & Jacobi, Tonja, (2010), 'The Strategic Analysis of Judicial Decisions', **Annual Review of Law and Social Science**, Vol. 6, 341-358.
- Feldman, Jonathan, (1993), 'Separation of Powers and Judicial Review of Positive Rights Claims: The Role of State Courts in an Era of Positive Government', **Rutgers Law Journal**, Vol. 24, Issue 4, 1057-1100.
- Fuller, Lon L & Winston, Kenneth I, (1978), 'The Form and Limits of Adjudication' **Harvard Law Review**, vol.92, no.2, pp353-409
- Gauri, Varun & Brinks, Daniel, (2008), 'Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights', in **Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**, Cambridge: Cambridge University Press, 1 – 37.
- Gauri, Varun, (2004), 'Social Rights and Economics: Claims to Health Care and Education in Developing Countries', **World Development**, 32(3), 465-477.
- Glendon, Mary Ann. (1992), 'Interdisciplinary Approaches: Rights in Twentieth-Century Constitutions', **The University of Chicago Law Review**, Vol.59, No.1, 519-538.
- Hershkoff, Helen. (1999), 'Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review', **Harvard law Review**, Vol. 112, No. 6, 1131-1196.
- Hirschl, Ran & Rosevear, Evan, (2011), 'Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-Economic Rights and Political Realities', in **The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays**, Oxford: Oxford University Press, 207–228.
- Hogan, Gerard, (2001), 'Judicial Review and Social and economic Rights' in Binchy, William, (ed.), **Human Rights, the Citizen and the State: South African and Irish Approaches**, Round Hall.
- James, Susan, (2003), 'Rights as Enforceable Claims', **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, Vol. 103, 133-147.
- Kende, Mark S, (2004), 'The South African Constitutional Court's Construction of Socio-Economic Rights: A Response to Critics', **Connecticut Journal of International Law**, 19(3), 617-630.
- Langford, Malcolm and Rosevear, Evan, (2020), 'Economic and Social Rights', **Oxford Handbook of Constitutional Law in Asia: Oxford university Press**, Ch.48, 1-19.
- Langford, Malcolm, (2009), 'The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory' in **Social Rights Jurisprudence; Emerging Trends in International and Comparative Law**, Cambridge University Press, 1-45.
- Liebenberg, Sandra, (2009), 'South Africa: Adjudicating Social Rights Under a Transformative Constitution', in Langford, Malcolm (editor), **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, Cambridge: Cambridge University Press, pp 75-101.
- Mureinik, Etienne, (1992), 'Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution', **South African Journal on Human Rights**, 8(4), 464-474.
- Nolan, Aoife, Porter, Bruce & Langford, Malcolm, (2009), 'The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal', **CHRGJ Working Paper**, No. 15
- Pascal, Elizabeth, (2008), 'Welfare rights in state constitutions', **Rutgers Law**

Journal, 39(4), 863-902.

- Puta-Chekwe, Chisanga & Flood, Nora (2001), 'From Division to Integration: Economic, Social and Cultural Rights as Basic Human Rights', in Merali, Isfahan and Oosterveld, Valerie, (editors), **Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights**, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 39-51.
- Rosevear, Evan, Hirschl, Ran & Jung Courtney, (2019), 'Justiciable and Aspirational Economic and Social Rights in National Constitutions', in **The Future of Economic and Social Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 1-39.
- Sadurski, Wojciech. (2002), 'Post-Communist Charters of Rights in Europe and the US. Bill of Rights', **Law and Contemporary Problems**, Vol. 65, No.2, 224-250
- Samboan, Cristina, (2014), 'Considerations regarding the European system for the protection of economic, social and cultural rights, Acta Juridica Hungarica, 55(2), pp135-149.
- Sunstein, Cass R, (1993), "Against Positive Rights Feature", **East European Constitutional Review**, 35.
- Sunstein, Cass R, (2001), 'Social and economic rights? Lessons from South Africa', John M. Olin Program in L. & Econ, **Working Paper**, No. 124, 1-23.
- Tushnet, Mark, (2004), 'Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review', **Texas Law Review**, Vol. 82, Issue 7, 1895-1920.
- Vierdag, E.W, (1978), 'The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', **Netherlands Yearbook of International Law**, Vol. 9, 69-105.
- Waldron, Jeremy (2006), 'The Core of the Case Against Judicial Review' Yale Law Journal, 115, 1348-1406.
- Walzer, Michael (1981), 'Philosophy and Democracy', **Political Theory**, Vol. 9, No.3, 379-399.
- Wellman, Carl, (1999), "The Proliferation of Rights: Moral Progress or Empty Rhetoric?" Boulder, CO: Westview.
- Wesson, Murray, (2012), 'Disagreement and the constitutionalisation of social rights', Human Rights Law Review, 12(2)- pp 221-254.

Reports

- ESCR-Net Case Law Database: A Database of Economic, Social and Cultural Rights Related Jurisprudence, Cases and Other Decisions, International Network for Economic, Social & Cultural Rights.
- The Nature of State Parties Obligations (Art 2. Para. 1) General Comment No. 3, (fifth session 1990) Committee on Economic, Social and Cultural Rights.
- Vienna Declaration and Programme of Action (adopted 25 June 1993 by World Congress on Human Rights).

Constitutions

- Constitution of Canada, 1867 (amendment 1982).
- Constitution of Estonia, 1992 (amendment 1992).
- Constitution of India, 1949.
- Constitution of Ireland, 1937.
- Constitution of South Africa, 1996.
- Constitution of the People's Republic of Bangladesh, 1972.
- Political Constitution of the Republic of Chile, 1980.
- The Basic Statute of the Oman State, 1996 (amendment 2011).

جستاری در کشف ماهیت فقهی - حقوقی قراردادهای التزام با بررسی انتقادی دکترین‌های موجود

روح‌اله اکرمی*، مجتبی یاسینی نسب**

چکیده

از جمله قراردادهای اعدادی، قرار تأمین کیفری می‌باشد که انواع آن در ماده ۲۱۷ آیین دادرسی کیفری احصا شده است. مطابق بندهای الف تا ج این ماده، مقام تحقیق توافقی با متهم مبتنی بر التزام وی به حضور یا عدم ترک محل تعیین شده یا معرفی نوبه‌ای انجام می‌دهد. محدود کردن متهمی که هنوز مجرمیتش محرز نشده برخلاف اصول برائت و عدم ولایت و قاعده فقهی سلطنت است. خروج از اصول یادشده محتاج مجوزی با عناوین خاص فقهی - حقوقی بوده و وقوع آن به وسیله قراردادهای التزام، کشف ماهیت آن‌ها را ضروری می‌سازد. صاحب‌نظران در تفسیر ماهیت این قرارها دکترین‌های مختلفی نظیر عقد نامعین، عمل قضایی و تعهد غیرعقدی ارائه داده‌اند. وجود ابهاماتی در این دکترین‌ها موجب طرح احتمالات نوینی نظیر اعلان خسارات و مصالحه شده است. نتیجه این تحقیق که به روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای صورت گرفته حاکی از آن است که ماهیت قراردادهای التزام به اعتبار سلسله‌مراتب در نصب مقامات، حکمی ولایی و وجه التزام مترتب بر آن تعزیری از جانب حاکم اسلامی است که بر متهم متخلف از این حکم تحمیل می‌شود.

واژگان کلیدی: التزام، حکم ولایی، قرار تأمین کیفری، وجه التزام

* دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران r.akrami@qom.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)
M.Yasininasab@gmail.com

مقدمه

قرارهای تأمین کیفری به عنوان یکی از مهم ترین قرارهای اعدادی نقش مهمی در تمهید پرونده قضایی دارند که در چهارچوب آن مقام تحقیق موظف است پس از بررسی لازم و تفهیم اتهام، در صورت وجود دلایل کافی به منظور دسترسی به متهم، حضور به موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه دیده برای جبران ضرر و زیان وی، متهم را به پذیرش یکی از این قرارها ملزم نماید. مقنن در ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری با گرده برداری از ماده ۱۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه این قرارها را احصا نموده است. این قرارهای ده گانه با توجه به نوع تعهد ایجاد شده بر متهم به طبقات چهارگانه تقسیم پذیرند: ۱. قرارهای التزام، ۲. قرار اخذ کفیل، ۳. قرار اخذ وثیقه و ۴. قرار بازداشت موقت. در طبقه نخست طیفی از قرارهای هم سنخ با محوریت التزام متهم به انجام و ترک دستوراتی خاص جای می گیرند که به ترتیب عبارت اند از: الف) التزام به حضور با قول شرف، ب) التزام به حضور با تعیین وجه التزام، پ) التزام به عدم خروج از حوزه قضایی با قول شرف، ت) التزام به عدم خروج از حوزه قضایی با تعیین وجه التزام، ث) التزام به معرفی نوبه ای خود به صورت هفتگی یا ماهانه به مرجع قضایی یا انتظامی با تعیین وجه التزام، ج) التزام مستخدمان رسمی کشوری یا نیروهای مسلح به حضور با تعیین وجه التزام با موافقت متهم و پس از اخذ تعهد پرداخت از محل حقوق آنان از سوی سازمان مربوط و چ) التزام به عدم خروج از منزل یا محل اقامت تعیین شده با موافقت متهم با تعیین وجه التزام از طریق نظارت با تجهیزات الکترونیکی یا بدون نظارت با این تجهیزات.^۱ چنین اقداماتی از سوی مقام تحقیق در حالی است که شخص در مظان توجه اتهام بوده و هنوز مجرمیتش ثابت نشده است و چه بسا پس از بررسی قضایی از اتهام انتسابی تبرئه شده و در نتیجه جبران خسارات وارد بر متهم حاصل از این التزامات صعب یا غیر ممکن شود؛ در حالی که اصل برائت ایجاب می کند که شهروندان از هرگونه بزه انتسابی مبرا بوده و قبل از اثبات بزه کاری نباید مورد تعرض قرار گرفته و مکلف به پذیرش محدودیت ها و تکالیف خاص شوند. قاعده اولیه ای که با نگاهی فراقانونی، در تقابل با وضع قانون اصدار قرارهای التزام می باشد. علاوه بر اصل مذکور، اصول دیگری از قبیل اصل عدم ولایت و قاعده سلطنت نیز در نگاه اول در تنافی با قرارهای التزام است. پرسشی که نسبت به این قرارها وجود دارد این است که مقنن مجوز عدول مقام

۱. افزون بر موارد مذکور، بنابر ماده ۲۴۷ آیین دادرسی کیفری مقام تحقیق مجاز است که علاوه بر التزامات مذکور، متهم را مکلف به معرفی نوبه ای خود به مراکز یا نهادهای تعیین شده توسط بازپرس یا اینکه وی را از رانندگی با وسایل نقلیه موتوری، اشتغال به فعالیت های مرتبط با جرم ارتكابی، نگهداری سلاح دارای مجوز و خروج از کشور منع نماید.

قضایی از اصول اولیه مذکور را در چه قالب قانونی و با چه مجوز فقهی - حقوقی اعطا نموده تا متهم را مکلف به انجام دستورات خلاف قاعده کند. سؤالی که پاسخ آن را باید با کنکاش در ماهیت قراردادهای التزام کیفری و یافتن وصف فقهی - حقوقی این اقدامات به روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای جست‌وجو کرد و نمی‌توان صرفاً به علت قانونی بودن این قراردادها با «تأمین کیفری» خواندن آن‌ها از کشف ماهیت فقهی - حقوقی و مبنای مشروعیت آن‌ها چشم پوشید و یا اینکه مانند قانون برخی از کشورها با توسل به قید «ضرورت‌های تحقیق و تدابیر امنیتی» (تدین، ۱۳۹۱: ۱۳۳) به آن مشروعیت بخشید؛ امری که با اعطای اختیار به متهم در پذیرش قراردادها در تنافی است و اساساً بنای نظام حقوقی مبتنی بر احکام الهی با آن سازگاری نداشته و وجود مجوز شرعی را می‌طلبد.

از آنجا که اکثر قراردادهای التزام کیفری واجد ضمانت اجرا بوده و متخلف از دستورات، مکلف به پرداخت وجه التزام می‌شود، پرسش تبعی دیگر در خصوص قراردادهای تأمین کیفری دارای وجه التزام، ناظر بر توجیه فقهی - حقوقی انتقال مالکیت ملتزم به به خزانه دولت و دکترین‌های مرتبط با تبیین ادله مربوط می‌باشد؛ زیرا از منظر حقوقی، منشأ ایجاد حق با یکی از اسباب پنج‌گانه عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم و قانون به وجود می‌آید (امامی، ۱۳۹۵: ۱۶۶-۱۶۵). از نظرگاه فقهی نیز اخراج مال از ملکیت یک نفر و داخل شدن آن در مالکیت شخص دیگر حتماً باید مستظهر بر ناقل معتبر باشد که در غیر این صورت مصداق اکل مال به باطل بوده و جایز نیست (انصاری، ۱۴۳۱: ۵: ۲۰). این در حالی است که در قراردادهای التزام به صرف تخلف متهم از مفاد قراردادها حتی در صورت عدم اثبات جرم پس از بررسی اتهام، وجه التزام اخذ می‌شود؛ امری که ضرورت تحقیق در کشف ماهیت قراردادهای التزام همراه با تفسیر و تحلیل ماهیت وجه التزام را دوچندان کرده است.

۱. مفاهیم

۱-۱. قرار تأمین کیفری

تصمیمات قضایی که از مقام صالح در طول تحقیقات مقدماتی و در موارد استثنایی در جریان محاکمه و دادرسی دادگاه صادر می‌شود که ممکن است ناظر به متهم، اشخاص دیگر و یا اشیاء و اموال باشد قرار می‌گویند (آشوری، ۱۳۸۴: ۶۷). قرار اگر قاطع دعوا بوده و اظهارنظر در مورد اتهام متهم و دلایل آن و لزوم یا عدم لزوم ارسال پرونده به دادگاه جهت محاکمه متهم باشد مانند جلب به دادرسی یا منع و موقوفی تعقیب، قرار نهایی است (خالقی، ۱۳۹۶: ۱: ۲۶۶)؛ اما اگر به منظور رسیدگی به دلایل یا کشف حقیقت و به طور کلی برای آماده کردن پرونده و مهیا نمودن امر جهت اتخاذ تصمیم نهایی صادر شود، اعدادی می‌باشد (کریمی، ۱۳۸۹: ۴۰۷). یکی از قراردادهای اعدادی قرار تأمین است. تأمین در لغت مصدر باب تفعیل از ریشه «امن» به معنی امن گردانیدن، فراهم

کردن، مهیا کردن آمده است (فرهنگ معین و عمید، ذیل واژه امن). قرار تأمین کیفری در اصطلاح به معنی قید محدودکننده آزادی که مطابق ترتیبات قانونی و برای امکان دسترسی به متهم درباره وی اعمال شده می‌باشد (تقی‌زاده، ۱۳۹۶: ۳۴). اضافه شدن پسوند «کیفری» به این سنخ از قرارها نه به معنی مجازات بودن آن‌ها، چراکه هنوز بزهکاری فرد اثبات نشده و وی در مظان اتهام است؛ بلکه به آن سبب است که این قرارها در بستر دعوای عمومی کاربرد دارد تا تمایز آن از قرار تأمین خواسته که ناظر بر بعد مدنی دعوا است، آشکار شود.

۱-۲. التزام

التزام مصدر باب افتعال و از ریشه «لزم» به معنی دست به گردن زدن، دربرگرفتن، اعتناق، ملازم چیزی شدن، سپردن، متعهد شدن و برعهده گرفتن آمده است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۴۲۸). مفاهیم مذکور همگی برگرفته از مفهوم همراهی و ملازمت دو موضوع با هم می‌باشند. حتی معنی متعهد شدن نیز برگشت به این معنا دارد؛ زیرا کسی که کاری را بر گردن می‌گیرد بدین معناست که خود را با آن کار همراه و ملازم می‌کند. در فقه به هر تصرفی که متضمن انشای حق یا انتقال، تعدیل یا پایان دادن به آن باشد التزام گفته شده است (انصاری، ۱۴۳۱: ۴۲۹-۴۲۸). در حقوق به رابطه بین دو شخص که به موجب آن شخصی دیگری را به موجب قرارداد یا به موجب قانون و بدون قرارداد و یا به علت مخالفت با قانون ملزم به پرداخت مبلغی پول یا انتقال چیزی یا انجام دادن کاری یا ترک فعلی یا اسقاط اثر حقوقی کند التزام یا تعهد گفته می‌شود (جعفری، ۱۳۸۸: ۷۵۹). به نظر می‌آید تعریف حقوقی تصویر صحیحی از این معنا ارائه می‌کند زیرا تصرفات منشأ التزامات هستند و التزامات نفس روابط بین افراد است و همین معنی مراد از التزام در قرارهای تأمین کیفری می‌باشد.

۱-۳. وجه التزام

وجه التزام مبلغی است که متعاقدين به عنوان میزان خسارت محتمل الوقوع ناشی از عدم اجرای تعهد و یا ناشی از تأخیر یا سوء اجرای تعهد طی توافق خواه ضمن همان قرارداد اصلی، خواه به موجب موافقت مستقل که در این صورت باید پیش از بروز تخلف متعهد از تعهد باشد، پیش‌بینی می‌کنند (جعفری، ۱۳۸۱: ۵/۳۷۴۹). از لحاظ حقوقی اختلافی در قانونی بودن وجه التزام وجود ندارد و ماده ۲۳۰ قانون مدنی بالخصوص و ماده ۱۰ قانون مذکور بالعموم دلالت بر صحت چنین شرطی دارد. البته مشروط بر آنکه واجد عناصر زیر باشد:

۱. قصد انشاء؛ پس امثال اقرار و شهادت که اخبار هستند التزام نیستند و التزامات بدون قصد مانند وضع ید جاهلانه بر مال غیر فقط جنبه فقهی دارد؛ ۲. عهد علیه ملتزم باشد نه به نفع او؛ پس امثال حیازت التزام نیست؛ ۳. قصدکننده خود را پایبند کند (جعفری، ۱۳۸۸: ۳۶۱/۱).

وانگهی از منظر فقه برخی از فقها به دلیل اکل مال به باطل بودن وجه التزام قائل به بطلان آن شده‌اند (جعفری، ۱۳۸۱/۵: ۳۷۴۹) لکن طبق نظر مشهور فقها وجود چنین شرطی ضمن عقد صحیح می‌باشد. صاحب عروه به استفتایی که از ایشان در خصوص شرط ضمن عقد و وجه التزام صورت گرفته پاسخ داده‌اند: «ظاهراً صحت شرط مذکور است» (محقق داماد، ۱۳۷۶: ۱۶۷). نه تنها عموماً مانی مانند «المؤمنون عند شروطهم» و «الناس مسلطون علی اموالهم» موافق قول مشهور است بلکه روایات متعددی دال بر مشروعیت وجه التزام می‌باشد.^۱

۲. مشروعیت التزام قبل از اثبات اتهام

مطابق اصل برائت همان طور در بند دوم ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و صیانت از حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳/۲/۱۶ بدان تصریح شده تا جرم در دادگاه صالح اثبات نشود و رأی مستدل و مستند به مواد قانونی و یا منابع فقهی معتبر (در صورت فقدان قانون) قطعی نگردیده باشد، اصل بر برائت متهم بوده و هر کس حق دارد در پناه قانون از امنیت لازم برخوردار باشد. افزون بر اصل مذکور، اصول و قواعدی دیگر مانند اصل عدم ولایت و قاعده سلطنت عدم جواز تعرض به متهمین و تحمیل تکالیف و محدودیت‌ها بر آنها را بیش از پیش تقویت می‌کند (فخار طوسی، ۱۳۹۱: ۳۰۰). در همین راستا بنیان‌گذار انقلاب اسلامی در فرمان هشت ماده‌ای معروف خود در بیانی قاطع می‌فرمایند: «هیچ کس حق ندارد کسی را بدون حکم قاضی که باید از روی موازین شرعیه باشد، توقیف کند یا احضار نماید، هر چند مدت توقیف کم باشد. توقیف یا احضار به عنف جرم است و موجب تعزیر شرعی است». در ادامه می‌افزایند: «هیچ کس حق ندارد کسی را جلب کند یا به نام کشف جرم یا ارتکاب گناه تعقیب و مراقبت نماید» (موسوی خمینی، ۱۳۷۸/۱۷: ۱۴۲-۱۳۹). لذا اعمال هرگونه محدودیت بر متهم قبل از اثبات اتهام روا نمی‌باشد و محدودیت‌های مترتب بر قرارهای تأمین کیفری در تنافی با این اصول و فرامین است.

برخی از اندیشمندان منکر تنافی این قرارها با اصل برائت شده‌اند، بدین بیان که «غیر از قرار بازداشت موقت که ماهیت مجازاتی دارد، ماهیت سایر قرارها مجازات شخص متهم نیست بلکه صرفاً اعمال نوعی حصر است که به حکم حاکم مقرر می‌شود» (فخار طوسی، ۱۳۹۱: ۷۶). در جواب این اظهارات باید گفت اعمال حصر بر کسی که محجوریتی ندارد، موجه نبوده و آزادی از حقوق اولیه انسان‌هاست. گرچه حبس خانگی یا در حوزه قضایی یا در حدود مرزهای کشور از صبغه مجازاتی کمتری در مقایسه با حبس در زندان برخوردار است وانگهی اعمال هرگونه محدودیت

۱. برای مشاهده روایات به کتاب مبسوط در ترمینولوژی، جلد پنجم، صفحه ۳۷۴۹ مراجعه شود.

غیرقانونی ناروا و واجد جنبه مجازاتی است (موسوی بجنوردی و یوسفی، ۱۳۹۵: ۴۹-۴۴). در شریعت نیز دلیلی خاص بر جواز چنین محدودیت‌هایی علیه متهم که قابلیت تخصیص عمومات را داشته باشد یافت نمی‌شود. در راستای ادعا بر وجود دلیل خاص نمی‌توان به مسئله حبس مدعی علیه جهت احضار شاهد یا حبس مدعی علیه که نه اقرار می‌کند نه انکار استدلال کرد. زیرا نه تنها اصل چنین فتاوایی برخلاف نظر مشهور فقهای امامیه بوده (مفید، ۱۴۱۳: ۷۳۳؛ نجفی، ۴۰/۱۳۶۲: ۲۰۵؛ شهید ثانی، ۱/۱۴۱۲: ۲۴۳؛ محقق حلی، ۴/۱۴۰۹: ۸۷۵؛ علامه حلی، ۳/۱۴۱۹: ۴۴۲) بلکه دلیل اخص از مدعاست؛ زیرا حبس مدعی علیه که نه اقرار می‌کند نه انکار مخصوص غرامات است؛ خصوصاً که قرار التزام منحصر در متهمی که سکوت می‌کند نبوده و شامل متهمی که اقرار یا انکار می‌کند نیز می‌شود. روایاتی که محدودیت شش‌روزه بر متهم قبل از ثبوت اتهام را مجاز می‌شمارد (کلینی، ۱۴/۱۳۸۷: ۵۳۴) نیز در تخصیص عمومات جهت موجه کردن قرارهای التزام کارساز نمی‌باشد؛ زیرا به‌رغم فتاوی برخی از فقها طبق این روایات (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۴۴؛ ابن براج، ۲/۱۴۰۶: ۵۰۳؛ علامه حلی، بی‌تا/۲: ۲۵۴؛ شهید اول، بی‌تا/۲: ۱۹۳؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۳: ۴۹۹) محدثان و فقهای بزرگی بر ضعف این اسناد تصریح داشته و با آن مخالف می‌باشند (مجلسی، ۲۴/۱۴۰۴: ۲۰۳؛ محقق حلی، ۴/۱۴۰۹: ۱۱۰۱؛ نجفی، ۴۲/۱۳۶۲: ۲۷۷؛ شهید ثانی، بی‌تا/۱۵: ۲۲۳؛ فیض کاشانی، ۲/۱۴۰۱: ۱۲۴). گذشته از آنکه بر فرض پذیرش، به استناد این روایات تنها بازداشت موقت شش‌روزه در جرم قتل ثابت می‌شود و نمی‌توان جرایم دیگر که منجر به قرارهای التزام می‌شود را با آن قیاس کرد. از این‌رو با توجه به فقدان دلیل خاص باید به قاعده اولیه رجوع کرد که لزوم تساوی برخورد دستگاه قضایی اسلامی با متهمین و سایر شهروندان و عدم مشروعیت محدودیت‌های مذکور در ماده ۲۱۷ آیین دادرسی بر متهم را اقتضا دارد. در راستای موجه ساختن این اقدامات و خروج از قاعده اولیه، حقوق‌دانان درخصوص ماهیت این قرارها نظرات متفاوتی را ارائه کرده‌اند.

۳. دکترین‌ها نسبت به ماهیت قرار التزام

۳-۱. دکترین عقد نامعین

شهیدی حقوق‌دان برجسته و مفسر آیین دادرسی معتقد است قرارهای التزام به مثابه عقد بین مقام قضایی و متهم است که متعهدله آن خزانه دولت است. قراردادی دوجانبه که متهم متعهد می‌شود دستورات لازم را رعایت کند و مقام قضایی در قبال این تعهد آزادی متهم را فراهم می‌سازد و در صورت سرپیچی باید وجهی را به خزانه دولت واریز نماید (آخوندی، ۲/۱۳۸۲: ۱۴۶؛ زراعت و مهاجری، ۱/۱۳۷۸: ۳۴۷). چنین عقدی با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی و عدم مخالفت صریح قانونی نافذ است. اولاً در بین عقود معین، عقدی که مفاد آن آزادی فرد در قبال التزام به حضور یا عدم خروج از

منزل و حوزه قضایی یا معرفی نوبه‌ای باشد وجود ندارد. عقود نامعین نیز باید تابع قواعد عمومی قراردادها باشد و یکی از این قواعد عمومی دارا بودن عوض و معوض قابل قبول است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۸۲) درحالی‌که در قراردادهای التزام عوض و معوض قابل قبولی وجود ندارد. زیرا اگر قرار التزام را یک عقد تملیکی محسوب کنیم تعهد به حضور (یا دیگر التزامات) و آزادی متهم کالایی نیستند تا در مقام معاوضه به تملیک طرف مقابل درآیند؛ درحالی‌که مطابق ماده ۲۱۵ قانون مدنی اولین شرط از شرایط عوضین در عقود تملیکی مالیت است. تملیک وجه التزام نیز مشروط بر تخلف بوده و تعهدی تبعی است که نمی‌تواند عوض و معوض معامله محسوب شود. اگر قرار التزام را یک عقد غیرتملیکی به حساب آوریم، با توجه به اینکه مطابق ادله عقلی و نقلی از قبیل روایت الناس کلهم احرار^۱ (کلینی، ۱۴/۱۳۸۷: ۶۷۱) آزادی بالاصاله حق هر شهروند می‌باشد، عوض و معوض یعنی تعهد به حضور و آزادی متهم هر دو از جانب متهم بوده و مقام تعقیب به‌عنوان یکی از طرفین عقد هیچ عمل یا مالی را متعهد نمی‌شود؛ امری که برخلاف مقتضای عقد است.

ثانیاً مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی قصد طرفین و رضای آن‌ها از شرایط اساسی صحت معاملات می‌باشد. اگر کسی با اکراه دیگری را به معامله متقاعد کند چنین معامله‌ای شرعاً و قانوناً نافذ نیست (امامی، ۱/۱۳۹۵: ۲۲۳؛ انصاری، ۳/۱۴۳۱: ۳۰۷). عقد انگاشتن قرار التزام به معنی این است که هر یک از طرفین عقد می‌تواند از انعقاد قرارداد امتناع ورزد بدون اینکه در صورت امتناع مکلف به دادن تعهد دیگر باشد درحالی‌که در قرار تأمین کیفری، مقام قضایی متهم را وادار به پذیرش التزام پیشنهادی یا پذیرش قرار شدیدتر می‌کند.

۲-۳. دکترین عمل قضایی^۲

هرگونه اعمال اداری دادگاه برای فصل خصومت و اعمالی که باید با رعایت برخی از تشریفات قانونی با حضور قاضی صورت گیرد مانند احضار و ابلاغ اوراق دعوا به وسیله دفتر دادگاه عمل قضایی نام دارد (جعفری، ۴/۱۳۸۱: ۲۶۶۰). طبق دیدگاه دیگر ماهیت قراردادهای التزام یک عمل قضایی است. مقام تحقیق آمرانه تصمیم می‌گیرد و متهم مجبور به تمکین است. لذا تصمیم متهم مدخلیتی در تحقق آن ندارد و لزوم ابلاغ قرار به متهم نیز صرفاً جهت آگاهی وی بوده نه این‌که به معنی اختیار متهم در رد یا پذیرش قرار مذکور باشد (آخوندی، ۲/۱۳۸۲: ۱۴۷؛ مصدق، ۱۳۹۵: ۲۷).

اولاً عمل قضایی یک وصف اعم است و تحلیل قرار التزام صرفاً به یک عمل قضایی کشف

۱. مردم همگی آزاد هستند.

2. judicial act

کاملی از ماهیت چنین رفتاری به دست نمی‌دهد؛ زیرا قرارهای التزام کیفری در عین حال که یک عمل قضایی هستند می‌توانند متصف به یکی از عناوین فقهی - حقوقی شده و اصولاً این دو با هم قابل جمع هستند. شاهد بر این ادعا قول برخی از حقوق‌دانان است که با تلفیقی بین این دیدگاه و دیدگاه سابق معتقدند قرار التزام از جهت آمرانه بودن و عدم حق اظهارنظر برای متهم یک عمل قضایی و از جهت انعقاد قرارداد بین مقام قضایی و متهم یک عقد است (آشوری، ۱۳۸۴/۲: ۲۲۶؛ الهی منش، ۱۳۹۵: ۴۲۸). بنابراین آنچه اهمیت دارد این است که دقیقاً روشن شود از لحاظ فقهی و حقوقی ملتزم کردن یک نفر به کاری و دریافت وجه در برابر سرپیچی او چه ماهیتی دارد. ثانیاً در هر قرار تأمین کیفری دو قرار متباین از هم صادر می‌شود؛ قرار اول تصمیم مقام قضایی نسبت به اتخاذ روش متناسب جهت دسترسی به متهم و حضور به موقع وی است که بدان قرار اخذ می‌گویند. این قرار آمرانه بوده و متهم هیچ حقی در تعیین آن ندارد. پس از اینکه پیشنهاد صادر شده توسط مقام تحقیق در قرار اول به اطلاع متهم رسید، بین وی (یا کفیل و وثیقه‌گذار) و مقام قضایی قرار دومی منعقد می‌شود که به آن قرار قبول گویند (رستمی، ۱۳۹۷: ۲۲۷؛ منصورآبادی و فروغی، ۱۳۹۶: ۲۴۹-۲۴۸). اگر مقصود از عمل قضایی بودن، قرار اخذ است که در آن شکی نیست؛ لکن مقصود از بررسی ماهیت قرار التزام، قرار قبول است و عمل قضایی نامیدن این قرار به اعتبار قرار اخذ تحلیل یک اقدام به وسیله یک رفتار متباین از آن می‌باشد. اما اگر مقصود از عمل قضایی بودن، قرار قبول است چنین ادعایی صحیح نمی‌باشد زیرا متهم به عنوان یکی از طرفین قرارداد نقش تأثیرگذار داشته و اوست که با قبول و امضای خویش موجب انعقاد قرار پیشنهادی می‌شود؛ تا جایی که طبق تبصره اول ماده ۲۱۷ آیین دادرسی کیفری و ماده ۲۵ شیوه اجرای قرارهای نظارت و تأمین قضایی وی حق دارد از پیشنهاد داده شده توسط مقام تحقیق امتناع ورزد. این در حالی است که طبق تعریف عمل قضایی و خصیصه آمرانه بودن آن، نباید اراده متهم در این اعمال تأثیر داشته باشد.

۳-۳. دکترین تعهد اخلاقی - وجدانی

طیفی از حقوق‌دانان قرارهای التزام را یک تعهد قلمداد کرده و معتقدند در قرارهای التزام، توافقی میان متهم و مرجع تحقیق شکل می‌گیرد و مرجع تحقیق از متهم می‌خواهد که متعهد شود که به مفاد قرارها عمل کند (خالقی، ۱۳۹۶/۱: ۲۳۲). تفاوت این دیدگاه با قول اول در غیرعقدی بودن این تعهد است؛ زیرا گرچه هر عقدی یک تعهد است اما هر تعهدی عقد نیست. بدین بیان که تعهد در معنای عام به هر آنچه قانون یا اخلاق به انسان دستور می‌دهد اعم از هرگونه تکالیف در قبال دیگران مثل تعهد زوجین به حسن معاشرت و تعهد پدر و مادر به حضانت طفل گفته می‌شود (جعفری، ۱۳۸۸/۱: ۷۵۷). از این رو، طبق این دکترین قرار التزام صرفاً یک تعهد اخلاقی - وجدانی و قول کتبی

به شمار می‌رود که بالنسبه به انواع مختلف قرارهای تأمین کیفری قیود و شروط و ضمانت‌اجراهای این تعهد اخلاقی متفاوت می‌شود. در قرار التزام با قول شرف متهم وجدان و حیثیت خود را در مقابل مقام قضایی به ودیعه می‌گذارد و مقام قضایی با اعتماد و اطمینان به متهم این تعهد را می‌پذیرد. اما در قرار التزام همراه با وجه التزام، متهم اخلاقاً قول می‌دهد در صورت تخلف وجه معین را به خزانه دولت پرداخت کند (رحمدل، ۲/۱۳۹۴: ۹۸؛ منصورآبادی و فروغی، ۱۳۹۶: ۲۴۸). رنگ اخلاقی تعهد همراه با وجه التزام نسبت به تعهد بدون وجه التزام کم‌رنگ‌تر است.

اولاً تعهدات اخلاقی، تعهد وعده است. تعهد وعده از سنخ مقاوله بوده، عناصر تعهد را نداشته و ایجاد مسئولیت و التزام نمی‌کند (جعفری، ۲/۱۳۸۱: ۱۳۵۵). طبق مواد ۲۲۲، ۲۳۰ و ۲۳۷ قانون مدنی فقط درخصوص تعهدات ناشی از قراردادهای به متعهدله اجازه داده شده که برای گرفتن حق خود به دادگاه مراجعه کرده و عمل به تعهد را از دادگاه بخواهد. چنین تعهداتی هرچند در ماده ۲۶۶ قانون مدنی تعهد شمرده شده لکن عرفاً آن را تعهد نمی‌دانند، زیرا یک در هزار ممکن است که چنین متعهدی به تعهد خود عمل کند (جعفری، ۱/۱۳۸۸: ۷۶۳). ثانیاً وجه التزام ویژه قراردادهاست درحالی‌که تعهدات اخلاقی از نوع تعهدات طبیعی بوده و فاقد ضمانت‌اجراست (جعفری، ۱/۱۳۸۸: ۸۵۹-۸۲۵). صحیح نیست ادعا شود که اصل تعهد، اخلاقی باشد اما وجه التزام متفرع بر آن الزامی باشد. شعبه نهم دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۹/۳۰۳ مورخ ۱۳۷۱/۶/۳۱ به صراحت اعلام کرده وجه التزام اگر از شروط ابتدایی باشد، لازم‌الوفاء نیست. لذا طبق این فرض اخذ وجه التزام مترتب بر تخلف متهم در قرارهای التزام کیفری وجهی نخواهد داشت.

۴. ارزیابی و نظریه‌پردازی

بی‌تردید آنچه اولاً و بالذات مطلوب قرارهای التزامی است، انجام دادن دستورات می‌باشد. در دل این التزام، یک التزام تبعی به مال نیز وجود دارد که فعلیت آن موکول بر تخلف آتی متهم از دستورات مقام تحقیق و مفاد قرار است. کشف ماهیت این التزام تبعی می‌تواند در کشف ماهیت التزام اصلی (قرار التزام) کارساز واقع شود. ازاین‌رو در راستای کشف ماهیت نفس قرار التزام می‌توان با بررسی وجه التزام و کشف ماهیت آنکه محصور در موارد خاص است به حقیقت قرار التزام دست یافت. تعهدات مالی بر پنج قسم است: ۱. تعهد مدنی مثل عقود و ایقاعات و وقایع خارجی مثل اتلاف، ۲. تعهد مالیاتی که بر عهده مؤدیان آن می‌باشد، ۳. تعهد اخلاقی مثل چک کشیدن برای مؤسسه خیریه، ۴. تعهد کیفری مثل جزای نقدی و ۵. تعهد انتظامی مثل جرایم رانندگی (جعفری، ۲/۱۳۸۱: ۱۳۰۷). بی‌تردید ماهیت وجه التزام نمی‌تواند تعهد مالیاتی یا انتظامی باشد و تعهد اخلاقی نیز مورد بحث و انتقاد قرار گرفت. تعهد کیفری و تعهد مدنی (با تحلیل‌هایی غیر از

تحلیل‌های مذکور در نظریات سابق) تنها فروض ممکن در تحلیل ضمانت‌اجراهای قراردادی التزام است. بر این اساس اگر حقیقت وجه التزام تعهد مدنی باشد محتمل است که نفس قرار التزام اعلان خسارات وارده ناشی از تخلف احتمالی متهم به وی یا عقد صلح به عنوان یکی از عقود معین اسلامی باشد. اما اگر حقیقت وجه التزام تعهد کیفری باشد باید قرار التزام را تحت بحث حکم ولایی مورد بررسی قرار داد.

۴-۱. اعلان خسارت

یکی از تعهدات مدنی جبران خسارت است. مطابق ماده ۲۲۱ قانون مدنی: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر این که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد». بی شک تخلف متهم از دستورات مقام قضایی خسارات و ضررهای متعددی را به دستگاه قضایی وارد می‌سازد. انکار ایراد خسارت بر دستگاه قضایی توسط متهم متخلف (رنجبر و سالاری‌پور، ۱۳۹۰: ۲۲) مسموع نیست زیرا تبصره ماده ۲۳۰ آیین دادرسی کیفری و محاسبه هزینه‌های مربوط به اجرای دستور به روشنی نشان از آن دارد که جبران این گونه خسارت‌ها مدنظر مقنن بوده است. بی شک یافتن دوباره متهم فراری توسط گروه تجسس و احیاناً برهم زدن نظم و امنیت عمومی توسط وی یا ارتباط با شهود و امحای ادله و در نتیجه مخدوش شدن حیثیت دستگاه قضایی، موجب هزینه فراوان و تبلیغات گسترده در آینده است. بر این اساس حقیقت وجه دریافتی مبتنی بر قراردادی التزام جبران خسارت‌های وارده توسط متخلف بر دستگاه قضایی بوده و قرار التزام در مرحله ایجاب، تفهیم متهم به خسارات مبتنی بر تخلف احتمالی وی در آینده و در مرحله قبول تأیید تفهیم صورت گرفته و پذیرش جبران آن‌ها توسط متهم است و در صورت وجود معاذیر مذکور در ماده ۱۷۸ آیین دادرسی کیفری ورود چنین خساراتی منتفی بوده لذا مقنن در بند پ ماده ۲۳۵ آیین دادرسی کیفری در چنین حالاتی اخذ وجه التزام از متهم را قابل اعتراض دانسته است.

اولاً طبق قاعده کلی تخلف از دستورات به خودی خود ایجاد مسئولیت نمی‌کند و تنها مقتضی آن را فراهم می‌آورد و اگر زیانی به طلبکار نرسیده باشد خسارتی از بدکار گرفته نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۴). گاهی بر اثر تخلف متهم اصلاً خسارتی به دستگاه وارد نمی‌شود مثل تخلف از حضور با اثبات بی‌گناهی متهم نزد دادرس به گونه‌ای که نیازی به تعقیب و دستگیری مجدد وی نباشد؛ گاهی خسارت وارد می‌شود اما مطابق مفاد قرار مانند بند الف و پ ماده ۲۱۷ آیین دادرسی کیفری که به قول شرف بوده اصلاً وجهی بابت خسارت اخذ نمی‌شود. در برخی موارد نیز، خسارتی بیشتر یا کمتر از مقدار وجه التزام مقرر در قرار التزام عارض می‌شود. اگر وجه التزام مقرر در قراردادی

التزام از باب جبران خسارت است باید لزوم پرداخت وجه التزام منوط به اثبات اصل خسارت و میزان آن مطابق با میزان خسارت وارده باشد؛ درحالی که در قراردادهای تأمین کیفری بدون نیاز به اثبات اصل خسارت و تعیین مقدار، وجه التزام مقرر قبلی مطالبه و اخذ شده و در قراردادهای التزام به قول شرف حتی اگر خسارتی بر دستگاه وارد آید وجهی اخذ نمی شود. ثانیاً قراردادهای التزام که ممکن است طبق ماده ۲۴۷ آیین دادرسی کیفری همراه با ممنوعیت از اشتغال به فعالیت های مرتبط با جرم ارتكابی، رانندگی با وسایل نقلیه موتوری، سفرهای خارجی و... شده باشد می تواند انواع خسارات مادی و معنوی را بر متهم وارد سازد. اگر ورود خسارت نباید بدون جبران باقی بماند، چرا چنین امری یک طرفه تقنین شده و صورت ورود خسارت بر متهم مورد توجه قرار نگرفته است. ثالثاً جبران خسارت نیاز به قبول از طرف شخص ضرر زننده ندارد، بلکه نوعی تعهد قهری بوده که به صرف ایجاد ضرر بر غیر توسط عمومات خود به خود ثابت می شود. درحالی که در قراردادهای التزام تا متهم با امضای خویش قرار پیشنهادی و وجه التزام در ضمن آن را نپذیرد چنین خسارتی قابل مطالبه نیست.

۲-۴. صلح

مطابق ماده ۳۳ قانون ثبت اسناد و املاک هدف هایی از قبیل وجه التزام به صورت عقد صلح تأمین می شود؛ احتمال دیگر بر اساس تعهد مدنی بودن وجه التزام این است که قراردادهای التزام عقد صلح بین مقام قضایی و متهم باشد؛ تعهدی که در فقه امامیه به سید العقود (آقای قراردادهای) معروف بوده و برای تعیین وجه التزام در موردی که موضوع عقد وجه نقد نباشد به آن متوسل می شوند (جعفری، ۱۳۷۸: ۱۰۲ و ۱۲۲)؛ عقدی لازم به معنای تراضی، تسالم و توافق بر ایجاد یا انتفای یک یا چند اثر حقوقی (جعفری، ۱۳۷۸ [ب]: ۱۳۵ و ۱۹۸) که به اعتقاد مشهور فقهای امامیه مستقل از سایر عقود بوده و احکام خاص معامله مشابه را ندارد هر چند در نتیجه شبیه معامله مشابه باشد (امامی، ۱۳۹۵: ۲/۴۴۰-۴۳۹). اشکالات ناظر بر دکترین سابق به این نظریه متوجه نیست زیرا در این عقد نه تنها عوض و معوض محدود نبوده و اعم از مال، منفعت، حق و غیره می باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۲: ۱/۳۷۳) بلکه اساساً می تواند بدون عوض منعقد شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۰۹-۳۰۸). تشکیک به اینکه هنوز نزاعی صورت نگرفته تا صلحی منعقد شود قابل اعتنا نمی باشد؛ زیرا مطابق ماده ۷۵۲ قانون مدنی این عقد جهت رفع خصومت محتمل الوقوع نیز منعقد می شود. درخصوص محدود بودن متهم در انتخاب راهکارهای مرتفع کننده خصومت محتمل الوقوع نیز باید گفت همیشه در هر صلحی به میزان نزاع فی مابین از وسعت اختیارات طرفین کاسته می شود. در قرار التزام نیز تضییق قدرت انتخاب متهم از جانب مقام تحقیق نبوده بلکه محدودیت ایجاد شده به پذیرش یکی از قرارها، لازمه طبیعی وضعیت موجود و محدودیت های مبتنی بر آن بوده و متهم با رضایت مفاد قرار تأمین کیفری را تعهد می دهد

درحالی که می تواند اصلاً انعقاد چنین قراردادی را نپذیرد و به قرار شدیدتر تن دهد. با توجه به نصوص موجود در فقه و قانون مدنی صلح قلمداد کردن هرگونه تراضی در خارج از عقود معینه دشوار به نظر می رسد و همان طور که بعضی از فقها گفته اند معلوم نیست هر تراضی به هر صورت که باشد صلح محسوب شود (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸/۱: ۱۸۵). وجود برخی قرائن و شواهد بر عدم تطابق قواعد صلح با قواعد التزام، از قوت این دیدگاه می کاهد؛ زیرا اولاً مطابق ماده ۷۶۰ قانون مدنی امکان فسخ صلح با خیاراتی غیر از خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع هستند (امامی، ۱۳۹۵/۲: ۴۴۲) وجود دارد درحالی که چنین چیزی در قراردادهای التزام وجهه قانونی ندارد. ثانیاً تعهدات در ضمن عقود، به ورثه منتقل می شوند درحالی که قرار التزام با فوت متهم پایان می پذیرد. ثالثاً طبق ماده ۷۶۳ قانون مدنی و قواعد عمومی معاملات، صلح اکراهی نافذ نیست.

۳-۴. حکم ولایی

اصل عدم ولایت است. مطابق مفاد این اصل، قاعده اولیه عدم تولیت و سلطه اشخاص بر یکدیگر است مگر در مواردی که دلیلی خاص بر ولایت وجود داشته باشد که فقط به مقدار مدلول دلیل ولایت اثبات می شود (نراقی، ۱۴۰۸: ۱۸۶؛ انصاری، ۱۴۳۱/۳: ۵۴۶). با توجه به اینکه التزامات و محدودیت های ناشی از قرار تأمین کیفری تولیتی از جانب مقام تحقیق بر متهم بوده و همان طور که مذکور افتاد دلیل خاصی در شرع بر جواز اصدار این قرارها وجود ندارد به حکم اولی اصدار این قرارها خلاف شرع تلقی می شود. وانگهی از منظر تعالیم اسلامی و ادله ولایت فقیه اختیاراتی به حاکم اسلامی جهت مدیریت جامعه اسلامی تفویض شده است. وی با تصمیماتی که در سایه قوانین شریعت و رعایت موافقت آنها به حسب مصلحت وقت گرفته مقرراتی وضع نموده و به اجرا درمی آورد. قوانین نامبرده لازم الاجرا و مانند شریعت دارای اعتبار می باشند (کلانتری، ۱۳۷۸: ۱۰۸). ازاین رو و با توجه به اینکه کارگزاران جامعه اسلامی ازجمله مراجع تحقیق به حسب سلسله مراتب در نصب مقامات با حکم حکومتی بر مردم گمارده شده اند باید گفت فرامین داخل در چهارچوب آنها ازجمله قراردادهای التزام به اعتبار تفویض این امر از ناحیه حاکم اسلامی به مثابه یک حکم ولایی بوده و اطاعت از آن بر محکوم علیه لازم است. جریان خصائص احکام ولایی در قراردادهای التزام بر صحت این تحلیل از ماهیت قراردادهای التزام تأکید دارد. به عنوان نمونه همان طور که احکام ولایی دائرمدار مصلحت و تقدیم مصلحت اهم بر مهم می باشد (موسوی خمینی، ۱۳۹۲/۲: ۶۶۸)، رویه قضایی نیز بر اصدار قراردادهای التزام با مراعات مصلحت جامعه و فرد جاری است؛ مقام تحقیق در عین حال که

جهت حفظ نظم و امنیت عمومی با تقدیم مصلحت اجتماعی بر مصلحت فردی اقدام به اصدار قرار تأمین کیفری می‌کند، مصلحت متهم را نیز در نظر داشته و متناسب با اوصاف وی و اتهام موجود قرار خفیف‌تر و تنها در صورت امتناع وی به اصدار قرار شدیدتر مبادرت می‌ورزد. در راستای تأکید بر این نظریه باید افزود مراجع قضایی اقبال‌چندانی به اصدار این قرارها نداشته و برخی از این قرارها به ندرت صادر می‌شود (مصدق، ۱۳۹۵: ۲۴). برخی از حقوق‌دانان این رویه قضایی را معلول اختصاص این قرارها به جرایم ساده و افراد خاص از قبیل اشخاصی که دارای منزلت اجتماعی هستند دانسته‌اند (طهماسبی، ۱۳۹۵: ۱۲۶-۱۲۱)؛ برخی دیگر ضمانت‌اجراهای ضعیف یا ناکارآمد این قرارها یعنی قول شرف یا وجه التزام بالنسبه به ثروتمندان را علت این امر معرفی کرده‌اند (آخوندی، ۱۳۸۴: ۱۴۵)؛ قابلیت تخلف از مفاد برخی از این قرارها نظیر بند چ ماده ۲۱۷ آیین دادرسی کیفری که نظارت بدون تجهیزات الکترونیکی را مجاز دانسته و یا بند ت و پ ماده مذکور که با توجه به وسایل حمل‌ونقل پیشرفته امروزی و امکان جابه‌جایی در کمترین زمان به راحتی قابل‌تمرد است، از دیگر علل شمرده شده در این زمینه است (ونکی و حسینی، ۱۳۹۵: ۱۹۱)؛ وانگهی باید گفت در کنار این علل موجه، اصل ماهیت این قرارها در شکل‌گیری این رویه قضایی و اصدار حداقلی این قرارها مؤثر بوده است. زیرا استفاده از اختیارات فوق‌العاده ولی فقیه و اصدار حکم ولایی امری است که باید به مقدار ضرورت اکتفا شود. همان‌طور که در استفاده از حکم ولایی که دست‌یازی به حقوق دیگران را در پی دارد باید رعایت مراتب نیز بشود؛ لذا در صورت امکان اصدار قرار تأمین خفیف‌تر جهت رسیدن به خواسته مدنظر جایز نیست که مقام تحقیق به قرار شدیدتر متوسل شود و باید به نظر متهم در اصدار این قرارها توجه کرده و تنها در صورت امتناع وی به قرار شدیدتر مبادرت ورزد. با توجه به مطلب مذکور یکی دیگر از همسویی‌های خصائص قرار التزام با ویژگی‌های حکم ولایی که عبارت باشد از بها دادن به نظر متهم در انتخاب نوع قرار تأمین نمایان می‌شود؛ امری که طبق برخی از نظریات با اشکال مواجه شد. در پایان و در عداد قرائن و شواهد بر مدعای مذکور باید افزود اخذ وجه التزام که بنابر سایر آرا مورد نقد قرار گرفت طبق این نظریه خالی از عیب و ایراد می‌گردد؛ زیرا طبق ادله ولایت فقیه متهم شرعاً موظف به اتیان دستورات حاکم اسلامی بوده، تخلف از آن‌ها گناه محسوب شده (صرامی، ۱۳۸۰: ۲۶۹-۲۷۰) و طبق قاعده عمومی «کل من اتی معصیه لایجب بها الحد فانه یعزر» (طوسی، ۱۳۸۷: ۸/۶۹) حاکم مجاز به تعزیر وی می‌باشد و از آنجا که جزای نقدی مجازاتی برای فرد خاطی می‌باشد و به ورثه او سرایت داده نمی‌شود (اردبیلی، ۱۳۹۷: ۳/۹۰) نظر مقنن بر عدم انتقال تعهدات مالی ناشی از قرارهای التزام به ورثه متهم (که از اشکالات وارد بر نظریه تعهدات بود) انطباق وجه التزام با قواعد تعزیر را در پی داشته که این نیز اماره‌ای دیگر بر انتقان نظریه مختار در کشف ماهیت قرار التزام است.

نتیجه

قاعده اولیه مبتنی بر اصول برائت، عدم ولایت و قاعده سلطنت عدم جواز احضار، معرفی نوبه‌ای، حبس خانگی و محدودیت در حوزه قضایی بر متهم می‌باشد. دلیل خاص شرعی بر خروج قرارهای التزام از قاعده اولیه یافت نشد. عناوین عامی وجود دارد که با تطبیق آن‌ها بر قرارهای التزام می‌توان به این مهم دست یافت. در این راستا حقوق‌دانان و مفسرین آیین دادرسی نظرات گوناگونی ارائه کرده‌اند. دکترین عقد نامعین یکی از بارزترین نظرات موجود است که به علت وجود عنصر اکراه در قرار التزام و عدم رعایت برخی قواعد عمومی قراردادها با مشکل مواجه شد. تفسیر قرارهای التزامی به تعهدی اخلاقی - وجدانی نیز تفسیر صحیحی از این اقدامات تأمینی ارائه نمی‌دهد. زیرا در تعهدات خارج از عقد الزامی شرعی و قانونی بر لزوم وفا و ضمانت اجرای مترتب بر آن وجود ندارد. عمل قضایی انگاشتن آن نیز نه تنها تحلیل به امر اعم می‌باشد، بلکه با توجه به نقش آفرینی متهم در انعقاد این قرارها با خصیصه عمل قضایی که عبارت از آمرانه بودن و عدم دخالت افرادی غیر از مقام قضایی در این گونه اقدامات است منافات دارد.

ماهیت وجه التزام به ماهیت جبران خسارت نزدیک می‌باشد، اما قرار التزام نمی‌تواند بر این پایه تحلیل شود؛ زیرا در این قرارها اصل وجود خسارت و مقدار آن در اخذ وجه التزام و میزان آن رعایت نمی‌شود و فراتر آنکه در برخی مواقع اساساً این متهم است که پس از ختم بررسی قضایی و اثبات بی‌گناهی وی، بر اثر رعایت دستورات متحمل خسارت می‌شود. در راستای توجیه وجه التزام به عنوان یک تعهد مدنی به عقد صلح روی آورده شد و انگهی عدم تطابق برخی قواعد صلح با آثار و ویژگی‌های قرار التزام مانع معرفی این نظریه به عنوان نظری صائب شد.

نتیجه این تحقیق حاکی از این است که تخصیص قاعده اولیه به وسیله قرارهای التزام توسط حکم ولایی قابل تبیین است. توضیح این که گرچه اصل عدم ولایت است، اما پس از اثبات ولایت مرجع تحقیق به عنوان یکی از منصوبین از طرف حاکم اسلامی، وجوب اطاعت از اوامر و نواهی وی از قبیل قرارهای التزام ثابت می‌شود. تخلف از قرارهای التزام به مثابه تخلف از یک حکم ولایی و ارتکاب حرام شرعی محسوب شده و طبق قاعده عمومی، تعزیراتی از قبیل جزای نقدی یا تحمیل قرار شدیدتر را به دنبال دارد. بر این پایه باید گفت تسمیه ضمانت اجرای این قرارها به وجه التزام که از اصطلاحات مخصوص قراردادها و تعهدات می‌باشد تسامحی بوده و پیشنهاد می‌شود از اصطلاح مجرمانه یا عناوین عامی نظیر ضمانت اجرا استفاده شود. همچنین با توجه به اینکه طبق فصل‌های چهارم تا ششم از بخش دوم قانون مجازات اسلامی مجازات‌های تعزیری قابل تخفیف، تعویق و تعلیق هستند شایسته است قانوناً وجه التزام مترتب بر قرارهای التزام نیز مشمول چنین نهادهایی قرار گیرد.

منابع

فارسی

- آخوندی، محمود (۱۳۸۲)، آیین دادرسی کیفری، چاپ هفتم، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- آخوندی، محمود (۱۳۸۴)، آیین دادرسی کیفری کاربردی، چاپ اول، تهران: مجد.
- آشوری، محمد (۱۳۸۴)، آیین دادرسی کیفری، چاپ ششم، تهران: سمت.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۷)، حقوق جزای عمومی، چاپ هجدهم، تهران: میزان.
- الهی منش، محمدرضا (۱۳۹۵)، قرار بازداشت موقت و جایگزین‌های آن (در حقوق ایران و فرانسه)، چاپ سوم، تهران: مجد.
- امامی، سیدحسن (۱۳۹۵)، حقوق مدنی، چاپ سی و هفتم، تهران: اسلامیه.
- انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: محراب فکر.
- تدین، عباس (۱۳۹۱)، قانون آیین دادرسی کیفری فرانسه، چاپ اول، تهران: خرسندی.
- تقی‌زاده، محرم (۱۳۹۶)، قرار تأمین و نظارت قضایی در نظام کیفری ایران، چاپ اول، تهران: خرسندی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات، چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، رهن و صلح، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- خالقی، علی (۱۳۹۶)، آیین دادرسی کیفری، چاپ سی و چهارم، تهران: شهر دانش.
- خالقی، علی (۱۳۹۵)، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ هشتم، تهران: شهر دانش.
- رحمدل، منصور (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، تهران: دادگستر.
- رستمی، هادی (۱۳۹۷)، آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران: میزان.
- رنجبر، رضا و اسماعیل سالاری‌پور (۱۳۹۰)، «بررسی ماهیت و مبانی فقهی حقوقی وجه التزام»، فصلنامه پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ۸ و ۹.
- زراعت، عباس و علی مهاجری (۱۳۷۸)، شرح آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، چاپ اول، تهران: فیض.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران: مجد.
- صرامی، سیف‌الله (۱۳۸۰)، احکام حکومتی و مصلحت، چاپ اول، تهران: نشر عبیر.
- طهماسبی، جواد (۱۳۹۵)، آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، تهران: میزان.
- فخار طوسی، جواد (۱۳۹۱)، حقوق متهمان، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، حقوق مدنی، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
- کریمی، حسین (۱۳۸۹)، فرهنگ دادرسی، چاپ دوم، تهران: نگاه بینه.
- کلانتری، علی‌اکبر (۱۳۷۸)، حکم ثانوی در تشریع اسلامی، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۶)، سؤال و جواب آرا و استفتائات فقیه کبیر سیدمحمدکاظم یزدی، چاپ

- اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مصدق، محمد (۱۳۹۵)، *قراره‌های تأمین کیفری نظارت قضایی و قراره‌های نهایی*، چاپ دوم، تهران: جنگل جاودانه.
 - منصورآبادی، عباس و فضل‌الله فروغی (۱۳۹۶)، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوم، تهران: میزان.
 - موسوی بجنوردی، سیدمحمد و زهرا یوسفی (۱۳۹۵)، «بررسی اصل اولیه بازداشت موقت در فقه و اسناد بین‌المللی با رویکردی بر نظر امام خمینی»، پژوهش‌نامه متین، سال هجدهم، شماره ۷۱.
 - موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۸)، *صحیفه امام*، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
 - مومن قمی، محمد (۱۳۸۴)، *جایگاه احکام حکومتی و اختیارات ولی فقیه*، قم: صبح میثاق.
 - موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲)، *تحریرالوسیله*، چاپ اول، تهران: مؤسسه عروج.
 - ونکی، احمدرضا و منصوره حسینی (۱۳۹۵)، *محتشای قانون آیین دادرسی کیفری*، چاپ اول، تهران: خرسندی.
 - یوسفی، ایمان (۱۳۹۵)، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوم، تهران: میزان.

عربی

- ابن ابی جمهور، محمد بن زین‌الدین (۱۴۰۵ق)، *عوالی اللثالی العزیزة فی الاحادیث الدینیة*، محقق: مجتبی عراقی، قم: دار سیدالشهدا للنشر.
- انصاری، مرتضی (۱۴۳۱ق)، *مکاسب*، چاپ یازدهم، قم: مجمع‌الفکر الاسلامی.
- شهید اول/عاملی، محمد بن مکی (بی‌تا)، *القواعد و الفوائد*، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- شهید ثانی/عاملی، زین‌الدین (بی‌تا)، *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة.
- شهید ثانی/عاملی، زین‌الدین (۱۴۱۲ق)، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- طرابلسی/قاضی، ابن براج عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، *المهذب*، قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، *النهایه*، چاپ دوم، بیروت: دارالکتب العربی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، *المبسوط فی فقه الامامیة*، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۹ق)، *قواعد الاحکام*، چاپ اول، قم: جامعه مدرسن.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (بی‌تا)، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*، چاپ اول، مشهد: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- فاضل حلی، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۳ق)، *نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة*، محقق: سیدعبداللطیف حسینی کوه‌کمری، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- فیض کاشانی، محسن (۱۴۰۱ق)، *مفاتیح الشرائع*، تحقیق: سیدمهدی رجانی، قم: بی‌نا.
- کلینی، محمدبن یعقوب (۱۳۸۷)، *الکافی*، چاپ اول، قم: دارالحديث.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق)، *مرآة العقول*، چاپ دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، تهران: استقلال.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳ق)، المقنعة، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۶۲ش)، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نجفی خوانساری، موسی (۱۴۱۸ق)، منیه الطالب (تقریر بحث میرزائینی)، چاپ اول، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- نراقی، ملا احمد (۱۴۰۸ق)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، چاپ سوم، قم: مکتبه بصیرتی.

An Inquiry to Identify The Jurisprudential-Legal Nature of Orders of Release on Own recognizance Through a Critical Review of The Existing Doctrines

Roholah Akrami

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

Mojtabi Yasininaseb*

Doctoral student of criminal law and criminology, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran

Abstract

One of the interlocutory orders is the criminal bail writ with various types specified in Article 217 of the Criminal Procedure Code. According to paragraphs “a” to “g” of this article, the investigating judge shall make an agreement with the accused, obliging him/her to attend in or not to leave the designated place or to appear there periodically. Restricting an accused person who has not yet been proven guilty is against the Principle of Innocence, the Lack of Guardianship Principle (the principle that no person has any naturally vested power over any other person) and the Rule of Domination. Any violation of the mentioned principles requires a permit with special jurisprudential-legal titles, and their occurrence through orders for own recognizance (OR) release necessitates identifying their nature. To interpret the nature of these orders, theorists have put forward various doctrines such as indefinite contract, judicial action and non-contractual obligations. The existence of ambiguities in these doctrines led to the emergence of new possibilities such as declaration of damages, and compromise. The result of this desk-based descriptive-analytical study indicates that the orders for OR release are, by nature, the guardianship ordinance considering the hierarchy in the appointment of officials, and the penalty clause for them is ta'ziri (at the discretion of the judge), imposed by the Islamic ruler on the accused person who violates the ordinance.

Keywords

Release on Own Recognizance, Guardianship Ordinance, Criminal Bail writ, Penalty Clause

* Email: M.Yasininasab@gmail.com

Challenges & Models of Identification of Welfare Rights in The Constitutions

Mohammad Najafi Kalyani

Doctoral student of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Mehdi Hadavand*

Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Ali mohammad Fallahzadeh

Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Abstract

One of the most controversial legal and political issues in recent decades - especially since the 1990s - is the recognition of welfare rights in the constitutions of different countries and how to recognize them. Although it seems that most constitutions have recognized these rights, the status of them in the constitutions does not follow a single pattern, and unlike the first generation of rights, the very existence of these rights is seriously questionable. Despite the diminishing challenges at the international level, internal disagreements persist, and these rights continue to be criticized by various thinkers, especially right-wing thinkers. This issue has led to the inconsistent recognition of these rights in the constitutions of different countries. In this article, we seek to examine the models for identifying welfare rights in constitutions. Given the wide impact of the theories of various thinkers on the current state of these rights, it is necessary to examine the objections to them. The results of the research show that the general principle in identifying these rights is their acceptance as "aspirational goals" in the constitution, and their recognition as a "justiciable right" is an exception.

Keywords

Right, Welfare Rights, Constitution, Aspirational Goals, Justiciability

* Email: mehdiHadavandd@gmail.com

Challenges of The Votes of The Claims' Assessment Boards of The Social Security Organization With Emphasis on The Votes of The Court of Administrative Justice

Ayat Moulayi*

*Assistant Professor, Department of Law, School of Law and Social Sciences,
Tabriz University, Tabriz, Iran*

Fatemeh Mirahmadi

*PhD in Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University,
Tabriz, Iran*

Abstract

Supporting production and business requires identifying challenges and barriers in various areas. One of the most important of these areas is obtaining contract insurance, especially contracting contracts in the current practice of the Social Security Organization and the claims' assessment boards of this organization there is no precise and logical criterion for calculating the contract premiums. This situation has become one of the most contentious issues in the branches of the Administrative Court of Justice and the votes of many claims assessment boards are violated for various formal and substantive reasons, which require serious attention. So, this question has been answered: What are the most important challenges and causes of violation of claims in the branches of the Court of Administrative Justice? In answer to this question, using the research method: descriptive-analytical, the most important results are as follows: First, there are various challenges, such as how to calculate and obtain premiums, the composition of claims assessment boards, and the determination of premiums based on audits of financial offices. Secondly, these challenges indicate a lack of indicators, principles and conditions governing the receipt of premiums in the relevant legal documents that need to be corrected.

Keywords

Claims Assessment Boards, Contracts, Social Security Organization, Insurance, Administrative Court of Justice

* Email: amulaee@tabrizu.ac.ir

Studying The Position & Role of Good Faith Principle In Criminal Law

Seyyed Doraid Mousavi Mojab*

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Abstract

Good faith, as a general legal principle, enjoys a privileged and special position in all branches of law. This basic principle is explicitly or implicitly mentioned in many countries' statutes today. Of course, in criminal law, unlike other areas of law, especially private law, good faith is a less recognized concept and in practice neglected by many writers and researchers. In the literature of Iranian criminal law and in comparison, with Western and Arab countries, the principle of good faith is not properly explained. Although the legislature has implicitly noted goodwill in some areas, including legal excuses, mitigating circumstances, and justifiable causes of committed acts, he does not explicitly refer to this concept; In addition, the criteria for identifying good faith and the criteria for recognizing it have not been clarified. According to the legal doctrine, some judicial officials pay attention to the perpetrator's good faith while writing the verdict and are in the position of justifying the reason for modifying or changing the title of the accusation and also changing the type and amount of criminal response. In the general theory of crime, good faith finds meaning around the perpetrator's intent and reveals its effect specifically in relation to criminal guilt; in such a way that by proving the absence of malice, the person's good faith in the status of execution or exercise of the right is defended. The research method in this article is descriptive-analytical and at the same time comparative and library tools have been used to collect subjects.

Keywords

Principle of Good Faith, Criminal Law, Legal Doctrine, Intention, Criminal Guilt

* Email: d.mojab@modares.ac.ir

Lapse of The Contract Due to The Impossibility of its Execution in Iran & France Legal Systems

Seyyed Abbas Mousavi*

PhD in Private Law, School of Law and Political Science, Islamic Azad University (South Tehran Branch), Tehran, Iran

Akbar Osanlu

PhD Student in Private Law, Faculty of Law, Political Science and History, University of Strasbourg, Strasbourg, France

Abstract

The purpose of the parties to a contract is the emergence of its results and effects and legal principles guarantee the stability, validity and reliability of contracts. However, the nature of the object of the contract and various events beyond the parties' control may lead to the impossibility of the execution of the contract. Different situations can lead to the lapse of contract; for example, physical destruction, and the loss of a future object or illegality. The Iranian and French laws do not expressly declare the legal status of the legal relationship in various cases of lapse of contract. Dissolution, lapse, nullity, retroactive and judicial termination are among the descriptions mentioned in this regard. This inconsistency is seen both in case law and doctrinal theories. But in 2016 revision of the French contract law, through study of the case law and doctrine in a descriptive and analytical method, caducite was introduced, which could resolve the mess; It is the sanction for a contract validly concluded, but lacking an essential element following a subsequent event. One of the essential elements in a contract is the object, the loss of which leads to the automatic and non-retroactive lapse. This experience can inspire Iranian lawmakers to better lead the case law on the loss of the object of contracts, by categorizing the causes of the impossibility of the execution of contract due to the loss of its object.

Keywords

Loss of Object, Lapse of Contract, Dissolution of Contract, Impossibility of Execution, Non-retroactivity, Future Object

* Email: amousavi50@yahoo.com

Legal Analysis of Prospectus in Securities & Exchange Market

Mohammad Sadeghi*

PhD in Private Law, Department of Law, Mofid University, Qom, Iran

Abstract

The prospectus is an important document for the securities and exchange market activities that have several functions. It should be considered as a complementary document of the corporate statute and as well as one of the stock and exchange market regulations that were approved by both the stock exchanges organization and financial market supervisory. Financial market supervisory, Bourse, some financial institutions, issuers, and investors make the prospectus the source of numerous rights and duties that give it a special nature that is coming because of the relation between prospectus and those other organizations of the stock exchange market. In this article, the legal functions of the prospectus regarding the securities and exchange market actors will be reviewed. In the view of above, the nature of this issue, its legal status, its features and its value-added are to be mentioned. The prospectus has the joint features of the document (deed) and regulation, so it led to some effects in terms of public and private law that these rights and commitments form a variety of relations between actors. The prospectus reduces the possibility of investors being misled and harmed and covers the investor's risk and the responsibility of the investment service provider or issuers and their managers. While the prospectus can be considered as a consequence of the corporation's statute because the type of commitment in it is an obligation and responsibility, not a debt — in a specific concept that is in the Islamic jurisprudence or contract law. Thus, it is necessary for the other features to be considered for it and to be interpreted beyond a contractual relation. First, its effect will be determined by the contents and rules governing it. Second, it has legal responsibility and liability disciplinary that the kind of these responsibilities depends on the subject and process of setting the prospectus.

Keywords

Prospectus, Statute, Disclosure, Securities & Exchange Market, Listed Firms & Securities, Investment Funds, Issuer

* Email: sadeqi67@gmail.com

Polygraphy & The Rights of Accused, Challenges & Solutions

Mirreza Salimi*

Judge, PhD student of criminal law and criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Rajab Goldost Joibari

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

Advances in science and technology have created amazing developments in the field of evidence to prove criminal cases so that in parallel with the traditional evidence, a range of new evidence has emerged, all of which are effective in discovering the truth and obtaining the satisfaction of the judicial authority and making a fair and just decision on his part. Among these arguments, the use of polygraphy has become common in some legal systems, which can be effective in determining the truth or falsity of the speech of each of the actors in the litigation process. Relying on this technique, the legal systems have opposed it by claiming to protect the rights of the accused and have considered its use in conflict with some rights and the principles justifying those rights. They claim that polygraphy conflicts with the defendant's right to silence, inherent dignity and psychological privacy, while first of all, performing polygraphy is subject to the consent of the accused and the person will never be forced to undergo this test. Expressing this consent will remove the objection of ignoring the right of the accused to remain silent and interfering with his psychological privacy. On the other hand, it is not always possible to imagine a negative function for polygraphy towards the accused. Polygraphy has a dual nature; while it may be a way of convicting the accused, it may be a way of proving his innocence. Also, the need to protect the rights of society and victims of crime and the preference of public interests over the private interests of individuals requires that by standardizing polygraphy as a sound scientific reason and its implementation by experts to the most important goal of the criminal process is the establishment Justice is achieved.

Keywords

Polygraphy, Right of Silence, Privacy, Accused Rights

* Email: mirrezasalimi@yahoo.com

Examining The Necessity of Amending The Provisions Related to Permissible Property in Civil Law

Mohsen Esmaili

Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Abolfazl Qavi al-Baniyyah*

Doctoral student of private law, Adalat University, Tehran, Iran

Abstract

The Civil Code recognizes that most of the natural wealth and public property without an owner can be owned by members of society under the general title of permissibility. This sentence, which is stated in Article 27 of this law and is detailed in Articles 141 to 182 of it, is based on the natural theory that was prevalent in the world in the eighteenth century. With the entry of the theory into the French constitution and civil law, other Legal systems, including Iranian law, have been infiltrated. However, changes in social conditions and shortcomings in the natural theory of private property led to the passage of several laws in Iranian law that were inconsistent with the provisions of civil law on permissible property. After the victory of the Islamic Revolution, these changes, which took place, especially after the years of World War II, were accompanied by a change in the jurisprudential view due to the establishment of the Islamic government and the tendency to nationalize public property and further encouraged this. Article 45 of the Constitution is the culmination of the incompatibility of the provisions of the Civil Code with other laws in this regard. In the present article, by discussing the above issues and examining the evolution of rulings related to the possession of public property in French law and in Imami jurisprudence, we will examine the need to amend the rulings related to permissible property in civil law and provide suggestions for this amendment.

Keywords

Private property, Anfal, Public Wealth, Permissible Property, Ownerless Property, Wasteland, Mines

* Email: abolfazlghavi@gmail.com

A Criticism of The Inserting Accused Criminal Record in The Indictment (The Subject of Clause "c" of Article 279 of The Code of Criminal Procedure 2013)

Payam Faruzandeh*

Judiciary intern, PhD student in criminal law and criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Farid Mohseni

Professor of Criminal Law and criminology, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

Abstract

After the completion of the preliminary investigation, if the investigator deems that the accused is in charge of that crime, he orders a summons to the trial against him. If the prosecutor agrees with that, he issues an indictment against the accused in order to send the case to court. Article 279 of the Code of Criminal Procedure sets out the items that should be inserted in the indictment. Clause "c" of this article states the accused criminal record as one of the items of indictment. However, the judge of the court will need the accused criminal record when he finds him guilty and wants to determine the appropriate punishment for him. While the accused may be acquitted in court and there is no need to determine a punishment for him at all. In this article, with a descriptive method, while reviewing the possible foundations of the mentioned legislative sentence, it will be explained that because there is no need to inform the judge about the accused criminal record before proving his guilt, inserting that in the indictment and consequently informing the judge from that is contrary to the principle of prohibition of espionage and may violate his privacy. In addition, the judge's knowledge of the accused criminal record before he or she is found guilty also damages the fair trial process and creates a negative prejudice in the mind of the judge, which can violate the presumption of innocence and the judge's mental impartiality. At the end, we will provide some suggestions for fixing these problems.

Keywords

Criminal Record, Fair Trial, Privacy, Prejudice, Presumption of Innocence, Impartiality

* Email: forouzandehpayam@gmail.com

Differential Criminal Policy Against Organized Smuggling of Goods & Currency

Omid Rostami Ghazani*

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Sciences, Ahl al-Bayt International University (AS), Tehran, Iran

Mohsen Rahmanifard

Judge of Justice, Ph.D. in Criminal Law and Criminology, Adalat University, Tehran, Iran

Abstract

Given the importance of the offence of smuggling of goods and currency, the legislature has taken a strictly differential approach to this offence, but in some cases, the legislature has taken a more differential approach to some instances of this offence. Organized smuggling of goods and currency is one of them. With a descriptive and analytical approach, this article seeks to identify the concept of organized smuggling and then the measures taken by the legislature to combat it and the challenges in front. In the Law of Combat Against Smuggling of Goods and Currency, for the first time, the legislator introduced the concept of organized smuggling of goods and currency to the Iranian legal literature and, with the aim of a strict response, envisaged differential substantive and formal measures, such as: Absolute criminalization of this behavior, intensification of punishment of organized members and leaders of the organized group, the anticipation of jurisdiction for the Revolutionary Court, identification of special discoverer organizations and provision of special powers and duties for them. Despite the large volume of smuggling in the country for reasons such as the narrow interpretation of the offence of smuggling of goods and currency from the Supreme Court, the lack of familiarity with the characteristics and criteria for detecting organized smuggling and the haste of attending authorities of smuggling of goods and currency, in practice, many detected smuggling cases are considered normally.

Keywords

Differential Criminal Policy, Smuggling Goods & Currency, Organized Crime, Organized Group, Organized Smuggling

* Email: o.rostamighazani@gmail.com

Criteria For Exactitude of Judge's Verdict Based on International Documents (With Emphasis on Family Litigation)

Atefeh Zabihi*

Researcher of Judiciary Research Institute, Tehran, Iran

Abstract

One of the elements of a fair and efficient judicial system is the exactitude and integrity of verdicts issued by the courts of this system at different levels of the judicial structure. To obtain this feature in the verdicts, judges should observe and consider some criteria. In this regard, the judges are obliged to explain the reasons and causes of their judgment in detail when they are writing the justifiable reasons in the verdict. In some cases, human rights documents may be cited as the reason for the verdict at the discretion of the judge. So judges must observe some special formal and substantive principles. Because the hierarchy of norms in the legal system is different in the domestic legal system, and the type of document (and how to approve anyone) affects on binding of each document, the present study seeks (by using a descriptive-analytical method) to identify and explain the criteria for the validity and Impeccability of the verdicts issued by family courts in this matter (by using the opinions and experiences of judges). Finally, the author has expressed these indicators in the form of general rules of composition of the verdict and special requirements of criteria for exactitude and integrity of judges' verdicts based on International Documents in family litigation.

Keywords

Universal Human Rights Instruments, Judicial System, Family Court, Validity of Verdict, Domestic Court Decisions

* Email: a.zabihi1001@gmail.com

Compensation of Damages Resulted From Driverless Cars in Iran's Legal System

Shirzad Heydari Shahbaz*

*PhD student in private law, Faculty of Law, Theology and Political Sciences,
Science and Research Unit. Islamic Azad University, Tehran, Iran*

Mohsen Mohebi

*Assistant Professor, Department of Public and International Law, School of
Law, Theology and Political Sciences, Science and Research Unit. Islamic Azad
University, Tehran, Iran*

Gholamali Seifi Zeinab

*Assistant Professor, Department of Private Law, School of Law, Shahid
Beheshti University, Tehran, Iran*

Abstract

Driverless cars have made the jump from fantasy to the physical realm and their use is increasing day after day. In their most advanced form, a driving system is replaced with a human driver which takes control of the vehicle when driving. Regardless of the conventional issues of civil liability, what draws attention in the first place is the mechanism of compensation for accidents caused by these driverless vehicles. Therefore, the main question that we seek to answer in this article is: If the responsibility of the insurer is based on social cooperation, can the system of compensation for damages caused by automobile accidents that currently prevails in Iran's legal system be responsible for the compensation of damages caused by such automobile accidents? Relying on the descriptive-analytical method of research and the use of library resources, this article has reached the conclusion that the compensation system outlined in the Compulsory Insurance Law of 2016 which is based on social cooperation can handle this important issue, although it needs to be developed.

Keywords

Compensation, Car accidents, Owner's Enterprise Responsibility, Enterprise Compensation, Mechanism, Driverless Cars, Doctrine of Social Cooperation

* Email: shirzad.heidari51@gmail.com

Criminal Responsibility of Municipality For Physical Injuries Caused by Air Pollution

Mostafa Jafari*

PhD student in criminal law and criminology, Faculty of Law, Islamic Azad University (South Tehran Branch), Tehran, Iran

Hassan Alipour

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, School of Law, University of Tehran (Farabi University), Qom, Iran

Abstract

The municipality, as a prominent item of the public law legal person, sometimes on one hand violates the provisions of urban planning by granting licenses, causes the structure of high buildings and the stabilization of air pollution, and on the other hand, as one of the institutions that is obliged to prevent air pollution, with Failure to perform its legal duties will cause and intensify air pollution. Air pollution is one of the main causes of physical injuries (crimes) in Iran. The position of the municipality as a responsible and punishable perpetrator of air pollution crimes depends on establishing a longitudinal link between the conduct of the crime, criminal liability, and ultimately the penal punishment. The municipality, both as a representative and as an activity, shows its behavior in its act and omission form in the perpetration and causation figure in creating air pollution and for this reason, there is no difference between the behavior of a municipality as a legal entity and the behavior of a natural person. However, knowing the municipality as a criminal has two conditions: First, creating a reference relationship between crime and air pollution and then air pollution with municipal action. Second, the existence of elements of criminal responsibility of legal entities. In the absence of any of these two conditions, the behavior of the municipality has no responsibility. Using library sources and descriptive analytical method, this article has come to the conclusion that the criminal responsibility of the municipality for crimes caused by air pollution is possible with the sum of the two aforementioned conditions in Iran's criminal system. The judicial procedure should take a fundamental and innovative approach in order to hold the municipality responsible for its actions within the scope of the municipality's powers and duties.

Keywords

Municipality, Air Pollution, Crimes Caused by Air pollution, Criminal Liability

* Email: st_m_jafari@azad.ac.ir

Detention of Debtor's Conditions & Exceptions In Executing Financial Convictions

Mustafa Elsan*

Associate Professor, Department of International Trade Law and Intellectual Property Law and Cyberspace, School of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Mohammadreza Manouchehri

Judge, PhD in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Sajjad Mazlumi

Judge of Justice, Ph.D. in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University (Science and Research Unit), Tehran, Iran

Abstract

Detention of a convicted person in a civil case is considered an exceptional subject. In the Iranian legal system, it is applied as a last resort for a situation where the convict is not willing to execute the convictions in any way and no property is found from him. The jurists - and following them the Iranian legal system - have always been cautious in this regard and the legislator is under different assumptions such as filing a petition for insolvency or finding property of the convict, and denies his/her detention. In this paper, we examine the conditions and challenges to the detention of a convicted person in civil matters and we will discuss the legal and practical problems of the issue. Rare cases in which the possibility of detaining a convicted person is not explicitly stated by law, including arbitral awards, foreign awards, restoration of executive operations and the impossibility of enforcing an objective award, are examined in this article, relying on judicial procedure and practical problems.

Keywords

Winning Party, Financially Conviction, Execution of Sentences, Law of Executing Financial Convictions, Arrestment

* Email: m_elsan@sbu.ac.ir

The Theory of Joint Liability of Insurer & Causer in The law of “Compulsory Insurance (Act 2016)”

Hamid Afkar*

*Judge, PhD in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Ferdowsi
University of Mashhad, Mashhad, Iran*

Abdullah Khodabakhshi

*Assistant Professor, Department of Private Law, School of Law and Political
Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran*

Abstract

Being the litigant of the insurer together with the responsible for the accident is legally and economically justifiable for the injured party, but explaining the responsibility of multiple defendants to pay a single debt is one of the problems of the judge in issuing a verdict; In such a way that in some cases the subject of litigation to one of the defendants is silenced or the litigation is completely rejected. The purpose of this study is to explain the position of the insurer and the person who caused the accident in the lawsuit with descriptive and analytical methods, in addition to recognizing the need to decide on each of them, to explain their responsibility in the sentence and to provide logical theories for compensation. The inference of the independent or collective liability of the insured and the insurer is based on various reasons. Sharing liability between the insured and the insurer has no logical or legal basis, and the liability of the insurer's collateral does not serve the purpose of better compensating the injured party. The court's waiting for invoking the injured party to the insurance contract also does not solve the problem of explaining the liability of multiple defendants, and differences in the type and amount of liability remain. Recognition of joint and several liability of the insured and the insurer in the Compulsory Insurance Law adopted in 2016 is compatible with the aim of better guaranteeing the injured party, and some law bases and legal justifications justify the need for the theory of joint and several liability of the insurer and person who caused the accident.

Keywords

Direct Action, Insurer, Collateral Liability, Joint & Several Liability

* Email: hamidafkar@mail.um.ac.ir

Deleting The Public Aspect of The Crime of “Insulting Officials” in The Law of: “Reducing The Punishment of Imprisonment (Act 2020)”

Hossein Aghababai*

Associate Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Human Sciences, Gilan University, Rasht, Iran

Abstract

In Iranian criminal law, in addition to criminalizing insults to persons, which are interpreted as simple insults In Iranian criminal law and have a private and forgivable aspect, there are several instances of insults with a general description of aggravated criminal insults. While they have more severe punishments, their most important and common feature is that they have a public and unforgivable aspect, and because of this feature, regardless of the real victim's complaint, the public prosecutor, assuming he is aware of the crime or its report, is obliged to prosecute the offender and bring him to justice. According to Article 11 of the Law on Reduction of Imprisonment, approved in 2020, one of the cases of aggravated insult, i.e. insulting officials and employees while serving, is excluded from the category of unforgivable crimes and the general aspect of this crime has been removed. This legal change and the subsequent judicial procedure, from the perspective of structural coordination and efficiency of criminal policy regarding the crime of insulting the authorities, have created questions and challenges that have been addressed in this study through analytical and interpretive methods. In this study, by examining the challenges arising from the deprivation of the public aspect of the crime of insulting the authorities, it is proposed to amend the law or provide a favourable judicial interpretation to resolve the problems.

Keywords

Insult, Insult to Government Officials, General Aspect of Crime, Legal Representative, Judicial Assistance, Forgivable Crimes

* Email: aghababaei@guilan.ac.ir

Challenges of The Votes of The Claims' Assessment Boards of The Social Security Organization with Emphasis on The Votes of The Court of Administrative Justice **N**

Ayat Moulayi, Fatemeh Mirahmadi

Challenges & Models of Identification of Welfare Rights in The Constitutions **O**

Mohammad Najafi Kalyani, Mehdi Hadavand, Ali Mohammad Fallahzadeh

An Inquiry to Identify the Jurisprudential-Legal Nature of Orders of Release on Own recognizance Through a Critical Review of The Existing Doctrines **P**

Roholah Akrami, Mojtabi Yasininaseb

Contents

Deleting The Public Aspect of The Crime of “Insulting Officials” in The Law of: “Reducing The Punishment of Imprisonment (Act 2020)”	A
Hossein Aghababai	
The Theory of Joint Liability of Insurer & Causer in The law of “Compulsory Insurance (Act 2016)”	B
Hamid Afkar, Abdullah Khodabakhshi	
Detention of Debtor’s Conditions & Exceptions In Executing Financial Convictions	C
Mustafa Elsan, Mohammadreza Manouchehri, Sajjad Mazloumi	
Criminal Responsibility of Municipality For Physical Injuries Caused by Air Pollution	D
Mostafa Jafari, Hassan Alipour	
Compensation of Damages Resulted From Driverless Cars in Iran’s Legal System	E
Shirzad Heydari Shahbaz, Mohsen Mohebi, Gholamali Seifi Zeinab	
Criteria For Exactitude of Judge’s Verdict Based on International Documents (With Emphasis on Family Litigation)	F
Atefeh Zabihi	
Differential Criminal Policy Against Organized Smuggling of Goods & Currency	G
Omid Rostami Ghazani, Mohsen Rahmanifard	
A Criticism of The Inserting Accused Criminal Record in The Indictment (The Subject of Clause "c" of Article 279 of The Code of Criminal Procedure 2013)	H
Payam Faruzandeh, Farid Mohseni	
Examining The Necessity of Amending the Provisions Related to Permissible Property in Civil Law	I
Mohsen Esmaili, Abolfazl Qavi al-Baniyyah	
Polygraphy & The Rights of Accused, Challenges & Solutions	J
Mirreza Salimi, Rajab Goldost Joibari	
Legal Analysis of Prospectus in Securities & Exchange Market	K
Mohammad Sadeghi	
Lapse of The Contract Due to The Impossibility of its Execution in Iran & France Legal Systems	L
Seyyed Abbas Mousavi, Akbar Osanlu	
Studying The Position & Role of Good Faith Principle In Criminal Law	M
Seyyed Doraid Mousavi Mojab	



The Judiciary's Law Journal

Volume 86 / Issue 120 / 2023 Winter
(Scientific Quarterly)

Concessionary: The Judiciary

Director-in-charge: Alireza Amini

Editor-in-Chief: Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam

Executive Director: Rasool Ahmadzadeh

Editorial Board (in Alphabetical Order):

Rabiaa Eskini, Gholamhosseyn Elham, Kheirollah Parvin,
Mohammad Javad Javid, Vali Rostami, Jafar Kousha, Hasan
Rahpeyk, Mohammad Hadi Sadeghi, MohammadHasan Sadeghi
Moghadam, Abbas Ali Kadkhodae, Fazlolah Mousavi, Hossein
MirmohammadSadeghi

Senior Editor: Zahra Mashayekhi

English Text Editor: Mahdi Ebrahimi

Price: 4.000.000 Rials

Print ISSN: 1735-4358

Online ISSN: 2676-7198

Tel-Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: Law.journal1316@gmail.com