

بسم الله الرحمن الرحيم

فصلنامه علمی

مجله حقوق

دوره هشتاد و چهارم / شماره یکصد و دوازدهم / زمستان ۱۳۹۹

این نشریه به موجب مجوز شماره ۳/۱۱۱۹۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ صادره از
«کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری» دارای امتیاز علمی است.

این نشریه در پایگاه‌های استنادی زیر نمایه‌سازی می‌شود:

پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) www.isc.gov.ir
پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID) www.sid.ir
پایگاه اطلاعات نشریات کشور www.magiran.com
پایگاه مجلات تخصصی نور www.noormags.ir
پایگاه جامع علوم انسانی www.ensani.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: ۴۲۰ هزار ریال
صندوق پستی: ۱۱۱۵۵-۳۵۱۵ نشانی پست الکترونیک: law.journal1316@gmail.com

آدرس سامانه مجله: www.jl.jl.ir



صاحب امتیاز: قوه قضائیه
مدیر مسئول: علیرضا امینی
سر دبیر: محمدحسن صادقی مقدم
مدیر اجرایی: رسول احمدزاده

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 الیادرائی 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

مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

جلیل امیدی، رحیم پیلوار، سکینه خانعلی‌پور واجارگاه، عبدالله خدابخشی، منصور رحمدل، جمشید زرگری، رضا زهروی، سیدحمید شاهچراغ، نفسیه شوشی‌نسب، محمد صادقی، مجید صادق‌نژادنائینی، عاطفه عباسی کلیمانی، مریم عباچی، علی عزیزی، مجتبی فرح‌بخش، فرهنگ فقیه‌لاریجانی، مهدی کارچانی، روح‌الدین کردعلیوند، سیددرید موسوی‌مجاب، عباس میرشکاری، مهدی مهدوی‌زاهد، علی حسین نجفی ابرندآبادی، سیدسعید هاشمی، محمد یکرنگی

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

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 هیئت 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 داور 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.

- ۱-۲. **سرعت عمل:** به منظور 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.
- ۳-۲. **بی‌طرفی:** داوران باید به نحو بی‌طرفانه صورت گیرد. برای تأمین این هدف، نظرات داوران باید مستظهر به استدلال‌های ایشان باشد.
- ۴-۲. **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، به عنوان تأمین‌کنندگان اصلی محتوای مجله، اهمیت فراوانی برای مجله حقوقی دادگستری دارد.
- ۱-۳. **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.
- ۲-۳. **اصالت نویسندگان:** ثبت‌کننده مقاله در مجله متعهد می‌شود که تنها نام کسانی را در مقاله به عنوان نویسنده درج کند که مشارکت قابل توجهی در نگارش مقاله داشته است. نام تمامی کسانی که در نگارش مقاله چنین نقشی داشته‌اند، باید در مقاله به عنوان 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 نقل قول‌های گسترده) نویسندگان متعهد هستند که قبلاً رضایت مکتوب و صریح صاحب حق را اخذ کنند و در مقاله خود نیز آن را تصدیق نمایند.
- ۴-۳. **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 به طور 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.
- ۵-۳. **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 چارچوب‌های 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 ده 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. چیستی 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 پرانتز 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 نویسندهٔ 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، شمارهٔ 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 (:)) (دو نقطه (:)) (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 توپر	IRLotus
متن چکیده فارسی	۱۳ نازک	IRLotus
تیتراهای 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	۹ نازک	Garamond
چکیده انگلیسی	۱۰ نازک	Garamond

۴. راهنمای تنظیم فهرست منابع

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

۴-۱. **کتاب:** نام خانوادگی، نام کوچک نویسنده (سال انتشار)، **عنوان کتاب**، شمارهٔ جلد، شمارهٔ چاپ (در صورت تجدید چاپ)، نام شهر محل انتشار: نام مؤسسهٔ 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، شمارهٔ نشریه.

نمونه: خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸)، «موارد و آثار حکم قطعی غیرقابل اجرا»، **مجلهٔ حقوقی دادگستری**، دورهٔ ۸۳، شمارهٔ 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**، پایان نامه 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 ثبت نام 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.)

- تدابیر پیشگیری وضعی از جرایم و تخلفات رانندگی و آسیب شناسی آنها ۱
مهدی آقائی، نسرين مهرا
- اعتبار طریقی یا موضوعی اقرار کیفری در حقوق کشورهای اسلامی با تأکید بر حقوق ایران . ۲۵
روح الله اکرمی
- حق دسترسی به اینترنت؛ مبانی و محتوا ۵۱
باقر انصاری
- گذار از قاعده تقنینی به قاعده گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق
استخدامی ۸۱
محمد حسنونند، مینا اکبری
- ارزیابی مبانی نظری حق بر مجازات نشدن در حقوق کیفری ۱۰۷
سیدحمید حسینی، فیروز محمودی جانکی
- اساسی سازی اصول دادرسی کیفری؛ تحلیل تعارض های قانون آیین دادرسی کیفری مصوب
۱۳۹۲ با قانون اساسی ۱۳۵
ولی رستمی، سینا رستمی، محمدحسن کبگانی
- مصالح عالیّه کودکان و نوجوانان بزهکار در حقوق کیفری ایران؛ با تأکید بر پاسخ های تعزیر مدار
..... ۱۵۷
هادی رستمی، سیدپوریا موسوی
- حق حبس در معاملات اوراق بهادار ۱۷۹
بهرام تقی پور، نرجس صالحی
- پرداخت غرامت غیر مرتبط با تملک ملک در اجرای طرح های عمومی در رویه قضایی انگلیس و
ایران ۲۰۱
امیرحسین علیزاده، محمدباقر پارساپور
- مفهوم قطعیت آرا و اثر آن بر مرور زمان احکام غیابی کیفری ۲۳۹
بهنام غفاری فارسانی، سیدحمید شاهچراغ
- اعتبار قضیه قضاوت شده کیفری در مدنی در حقوق ایران و فرانسه ۲۶۷
علی عسگری توانی، حسن محسنی، محمدعلی مهدوی ثابت، منصور امینی
- کنوانسیون آپوستیل و تأثیر الحاق به آن بر نظام حقوقی ایران ۲۹۱
سیدسعید هاشمی

تدابیر پیشگیری وضعی از جرایم و تخلفات رانندگی و آسیب‌شناسی آن‌ها

مهدی آقائی*، نسرين مهرا**

چکیده

بحرانی بودن آمار مرتبط با حوادث رانندگی بر لزوم توجه روزافزون و اهمیت تدارک تدابیر پیشگیری از وقوع این جرایم افزوده است و این موضوع را به دغدغه اساسی تبدیل کرده و ضرورت اقدامات پیشگیرانه کنشی (غیرکیفری) در رابطه با جرایم و تخلفات رانندگی را آشکار کرده است. پیشگیری وضعی یا موقعیت‌مدار به‌عنوان به‌روزترین و دارای گسترده‌ترین تدابیر الگوی کارآمد پیشگیری غیرکیفری شناخته می‌شود و با نظر به آمارهای نهادهای متولی، تأثیر چشمگیری در کاهش جرایم و تخلفات در کشورهای مختلف دنیا داشته است. امروزه، به تناسب تحولات علمی و فناوری، تدابیر مختلف پیشگیرانه وضعی نیز به‌روز شده‌اند و به‌دلیل هم‌خوانی اغلب آن‌ها می‌توان در جرایم و تخلفات رانندگی نیز از آن‌ها بهره گرفت. در این مقاله، به روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای تلاش شده است از یک‌سو واکاوی تدابیر پیشنهادی در بستر پیشگیری وضعی و از سوی دیگر آسیب‌شناسی سیاست جنایی تقنینی و برخی طرح‌های عملی مرتبط در این نوع از پیشگیری در جرایم و تخلفات رانندگی هدف اساسی قرار گیرد. در قلمرو سیاست جنایی تقنینی ایران، «قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب ۱۳۹۵

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری نویسنده مسئول با عنوان «سیاست جنایی ایران و انگلستان در حوادث رانندگی» با راهنمایی دکتر نسرين مهرا و مشاوره دکتر حسین میرمحمدصادقی و دکتر باقر شاملو در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی است.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
(نویسنده مسئول) mehdiaghvae2008@gmail.com

** دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
n_mehra@sbu.ac.ir

و «قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی» مصوب ۱۳۸۹ مهم‌ترین نصوص قانونی موجود می‌باشند که واکاوی آن‌ها نشان می‌دهد که بسیاری از مؤلفه‌ها و تدابیر اجرایی یا پیش‌بینی نشده‌اند یا فرایند اجرایی آن‌ها حتی در آیین‌نامه‌های اجرایی مرتبط نیز تدوین نشده است یا حتی، در صورت تصویب، از تکنیک‌های وضعی و معیارهای حاکم بر آن‌ها دور می‌باشند. نتیجه تحقیق حاکی از آن است که قانون‌گذار در سیاست جنایی تقنینی خود تنها در موارد معدودی به برخی از جلوه‌های پیشگیری وضعی توجه داشته است و اگرچه همین موضوع نیز شایان توجه است، قابلیت‌های عملی پیشگیری وضعی به ابعادی جزئی و مختصر محدود شده است. به‌علاوه آنکه تضمین توفیق رویکرد پیشگیری وضعی در جامعه نیازمند نظام‌مندسازی تنوع تدابیر وضعی اتخاذی، هماهنگ‌سازی نهادهای کنشگر و وضع مقررات جامع و نظارت مستمر بر اجرای آن‌ها در کنار تقویت زیرساخت‌های جاده‌ای وسایل نقلیه است.

واژگان کلیدی: پیشگیری وضعی، جرایم و تخلفات رانندگی، حوادث جاده‌ای، ایمنی و مدیریت جاده‌ای، سیاست جنایی

مقدمه

در دنیای امروز، موسوم به عصر ماشین و تکنولوژی، واقعیاتی چون فزونی نرخ تصادفات و تخلفات جاده‌ای و شهری و افزایش نرخ مرگ‌ومیرها و صدمات ناشی از این تصادفات نشان می‌دهد که رهاسازی خودروها در متن اجتماع نتایج مخربی داشته و چه‌بسا آن‌ها را در ردیف ابزارهای مخرب و هراسناک قرار داده است. لذا مهار نرخ تلفات جانی و مالی ناشی از واقعیاتی چون تصادفات رانندگی گزاره گران‌سنگی است که بر لزوم ارتقای سطح مهارت‌ها و دانش فنی لازم برای رانندگی و تجهیز شهروندان به آموزه‌های فرهنگی و هنجاری در هم‌راستایی با آن صحه می‌گذارد. آمارهای تکان‌دهنده تصادفات نام ایران را در ردیف ناامن‌ترین کشورهای جهان در شاخص‌های ایمنی ترافیک قرار داده است که آثار سوء اقتصادی، اجتماعی و سیاسی آن ملموس است و کنشگران قضایی و عمدتاً غیرقضایی را به سمت اتخاذ تدابیر مختلف پیشگیرانه سوق داده است. ماهیت نوین جرایم و تخلفات رانندگی و قراردادی بودن بسیاری از قواعد آن مجال بررسی جزء مهمی از پیشگیری کنشی، یعنی پیشگیری وضعی، را دارای اهمیت می‌نماید. به‌علاوه آنکه پیشگیری وضعی، به‌عنوان یکی از تدابیر پیشگیری غیرکیفری، به دلیل تأکید بر وضعیت‌های پیش از وقوع جرم، توانایی بیشتری برای کاهش جرایم و تخلفات رانندگی دارد، زیرا علل ارتکاب جرایم و تخلفات رانندگی در اوضاع و احوالی است که پیش از این جرایم یا هم‌زمان با وقوع آن‌ها وجود دارند (گسن، ۱۳۷۰: ۱۱۷). به‌علاوه، در پیشگیری وضعی از تخلفات و جرایم رانندگی آماج جرم مورد توجه است و با کاهش

فرصت ارتکاب جرم، پیش‌بینی جرم و اعمال روش‌های فیزیکی و تغییر موقعیت‌ها وقوع جرم خنثی شده و سعی در پیشگیری از جرم می‌شود (صفاری، ۱۳۸۱: ۲۸۳). لذا فرض اساسی پیشگیری وضعی هم‌سو با جرایم و تخلفات رانندگی آن است که از رهگذر دشوارسازی مسیر ارتکاب جرم و حمایت و اصلاح وضعیت آماج‌های بالقوه جرایم رانندگی می‌تواند راهبردی مؤثر در این جرایم و تکرار آن‌ها باشد. همچنین با بهره‌گیری از تدابیر پیشگیرانه وضعی از طریق قانون‌گذاری متناسب می‌توان بسیاری از عوامل انسانی و دیگر عوامل مؤثر در تخلفات رانندگی را کاهش داد (سلمانی و دیگران، ۱۳۸۷: ۹۰). همچنین طرفداران پیشگیری وضعی ثابت کرده‌اند که کاهش فرصت می‌تواند در بازدارندگی از جرم کافی و مفید باشد و مدعی هستند که فرصت‌های خنثی‌شده لزوماً منجر به جابه‌جایی جرم نمی‌شود (حسینی، ۱۳۸۹: ۴۱). امکان تغییر موقعیت‌های وضعی تخلف‌زا (مانند خودرو و جاده‌ها) در قالب پیشگیری وضعی می‌تواند الهام‌بخش ضرورت جهت‌گیری و توجه تام به تمام مؤلفه‌های برخاسته از این نوع پیشگیری در بازاندیشی در مقررات مرتبط با رانندگی و اصلاح رویه‌های عملی نهادهای متولی گردد (ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۲۶). با عنایت به اینکه محوریت اعمال تدابیر پیشگیرانه وضعی پلیس راهنمایی و رانندگی (پلیس راهور) است، لذا پلیس می‌تواند با شناخت و آگاهی از تکنیک‌هایی که توسط پایه‌گذاران پیشگیری وضعی عنوان شده است به موفقیت چشمگیری در پیشگیری از جرم نائل آید. پلیس با الزام افراد، گروه‌ها، سازمان‌ها و تولیدکنندگان محصولات خودرویی به اعمال این تکنیک‌ها و به‌کارگیری آن‌ها می‌تواند سطح جرم را در جامعه کنترل کند (حسینی، ۱۳۸۹: ۴۱). در قوانین مختلف در حوزه رانندگی، به برخی تکنیک‌ها و تدابیر پیشگیری وضعی از این تخلفات اشاره شده است. مقاله حاضر با ترسیم گونه‌های مختلف تدابیر پیشگیرانه وضعی از منظر دسته‌بندی‌های مختلف و اشاره به وضعیت قانونی و عملی موجود، در نهایت به آسیب‌شناسی و شناخت جامع دشواری‌های مرتبط پرداخته است و سعی دارد تا در نتیجه‌گیری به راهکارهای جامع برون‌رفت از وضعیت کنونی و بهبود پیاده‌سازی تدابیر وضعی پیشگیرانه بپردازد.

۱. دسته‌بندی تدابیر پیشگیرانه بر اساس تکنیک‌های پنج‌گانه پیشگیری وضعی

برهم‌زدن تفکر و محاسبات اقتصادی بزهکاران، دشوارساختن مسیر ارتکاب جرم و حمایت از آماج‌های بالقوه، بُن‌مایه پیشگیری وضعی را تشکیل می‌دهند. این الگو، در راستای نیل به این مقصود، از راهبردها و تکنیک‌های مختلفی بهره می‌گیرد که هرکدام، از منظر خاصی، کاهش جرم و جلوگیری از تکرار آن را به نظاره نشسته‌اند. این الگو که امروزه جنبه فنی به خود گرفته است سعی دارد عایدات جرم و تخلف را پایین آورد (دهشیری، ۱۳۹۳: ۱۵۵). برای مثال، می‌توان به الزام

شرکت‌های خودروسازی به نصب کمربند ایمنی و کیسه هوا بر روی خودروهای ساخته شده طبق مقررات اشاره کرد که جملگی مهار و حداقلی سازی جرایم و آسیب‌های ناشی از نقض مقررات راهنمایی‌وراندگی را در کانون توجه خود قرار داده‌اند. واکاوی راهبردها و تکنیک‌های این الگو در پی‌ریزی نظام پیشگیرانه فعال در راستای مقابله با جرایم رانندگی نقش مؤثری دارد، لذا در ادامه جزئی‌تر مورد تحلیل قرار خواهند گرفت.

۱-۱. تکنیک‌های مبتنی بر افزایش دشواری ارتکاب جرم

پیشگیری وضعی تأکید بر وضعیت و موقعیت زمان و مکان وقوع جرم دارد؛ به گونه‌ای که ارتکاب جرم برای بزهکار سخت‌تر می‌شود یا فرصت ارتکاب جرم از وی گرفته می‌شود (محمدنسل، ۱۳۸۶: ۲۵)؛ زیرا هرچه زحمت ارتکاب جرم کمتر باشد، عده بیشتری اقدام به آن خواهند کرد و به عکس هرچه زحمت آن بیشتر باشد، افراد بیشتری از ارتکاب جرم منصرف می‌شوند. این تکنیک شامل برنامه‌های سخت کردن آماج جرم، کنترل دسترسی به آماج، غربال خروجی‌ها، منحرف کردن بزهکاران از آماج و کنترل وسایل تسهیل کننده جرم است. از نظارت مستقیم و حضوری پلیس بر رانندگان و اعمال قوانین به صورت مستقیم بر متخلفین به عنوان روشی دیگر در جهت بازدارندگی آن‌ها می‌توان نام برد. هرچه حضور و جدیت کار پلیس بیشتر باشد، تصور ذهنی و عملی رانندگان از اینکه به احتمال زیاد در صورت تخلف به چنگ قانون خواهند افتاد بیشتر شده و رانندگان کمتر مرتکب تخلف می‌شوند. هرچند اعمال قوانین از این طریق اثری مقطعی و محدود دارد، چراکه اماکن اعمال قانون توسط متخلفین شناسایی شده و در خارج از آن محدوده‌ها تخلفات افزایش می‌یابد و جابه‌جایی تخلف که یکی از ایرادات پیشگیری وضعی است صورت می‌گیرد (دهشیری، ۱۳۹۳: ۸). استفاده از دستگاه سیستم تعیین موقعیت جهانی (GPS) نیز به عنوان روشی دیگر می‌تواند از تخلف ردیف ۲۰۱۷ جدول تخلفات رانندگی سال ۱۳۹۰، یعنی رانندگی با وسایل نقلیه عمومی بیش از زمان مجاز، پیشگیری نماید. در صورتی که استفاده از این ابزارها در خودروهای شخصی نیز الزامی شود، حداقل با ثبت اطلاعاتی مانند سرعت خودرو در طول مسیر حرکت می‌تواند برای کاهش تخلفات مفید باشد. مقنن با وضع قواعد در این موارد و دادن راهنمایی‌های لازم بر اساس تکنیک چهارم کلارک، یعنی حذف بهانه‌ها و تکنیک افزایش خطرات پیش‌بینی‌پذیر از جرم توسط رانندگان، بوده تا از تخلفاتی مانند سرعت غیرمجاز جلوگیری کند.

استفاده از سایر سامانه‌های نوین هوشمند اخطاردهنده در خودروهای جدید، مانند سیستم‌های مربوط به اخطار به راننده متخلف در زمان تخلف، نظیر سرعت غیرمجاز و خارج شدن از مسیر اصلی، هشدار لازم را به متخلف می‌دهد تا در موارد مشابه مرتکب تخلف نشود. نمونه دیگر در

چهارراه‌ها، استفاده از چراغ‌های راهنمایی شمارش معکوس و چشم‌ک‌زن برای اخطار به توقف رانندگان می‌باشد. در این سیستم‌ها نیز از طریق تحریک وجدان و کمک به هماهنگی مبتنی بر تکنیک حذف بهانه‌ها، پیشگیری وضعی واقع می‌شود. در این راستا قسمت دو بند الف ماده ۱۰۸ قانون برنامه ششم توسعه با عنوان «ارتقای نظم و ایمنی حمل‌ونقل و عبور و مرور» مقرر داشته است: «کلیه معابر اصلی، میادین و بزرگراه‌ها در مراکز استان‌ها و کلان‌شهرها و همچنین جاده‌های اصلی و آزادراه‌ها با نصب، نگهداری و به‌روزرسانی سامانه‌های کنترلی و مراقبتی هوشمند توسط شهرداری‌ها و وزارت راه و شهرسازی تحت پوشش قرار گرفته و این سامانه‌ها و دسترسی لازم آن در اختیار نیروی انتظامی قرار گیرد.»

در راستای سخت‌کردن تخلف و دشواری در ارتکاب جرایم رانندگی (تکنیک اول کلارک) تدابیر دیگری نیز قابل استفاده می‌باشد؛ مثلاً برای کاهش تخلف سرعت با ایجاد ناهمواری‌ها در معابر (سرعت‌گیر یا سرعت‌کاه) که رویکرد کلاسیک کاهش تخلفات رانندگی است، می‌توان اقدام کرد.

۱-۲. تکنیک‌های مبتنی بر افزایش خطرات ارتکاب جرم

هر اندازه خطر مترتب بر ارتکاب جرم بیشتر باشد، افراد کمتری رغبت به ارتکاب جرم خواهند داشت. این تکنیک که شامل توسعه محافظت، کمک به نظارت طبیعی، کاهش گم‌نامی، استفاده از مدیران محلی و تقویت نظارت رسمی است نقش مؤثری بر خنثی‌سازی نقشه‌های مجرمانه داشته و می‌تواند رخداد جرم را به سطح حداقلی تقلیل دهد.

شیوه مراقبت رسمی توسط پلیس جزء تکنیک دوم پیشگیری وضعی یعنی افزایش خطرات قابل‌پیش‌بینی جرم و محدودکردن فرصت‌های ارتکاب تخلفات رانندگی می‌باشد؛ به‌طوری که در مورد کاهش سرعت و سایر تخلفات رانندگان، نظارت نهاد پلیس راهنمایی و رانندگی، چه به‌صورت آشکار و چه نامحسوس، کنترل اوضاع رانندگی را به راننده یادآوری و آن‌ها را متقاعد می‌کند که در صورت تخلف، شناسایی و دستگیر خواهند شد و باعث انصراف آن‌ها خواهد شد (حسینی، ۱۳۸۹: ۲۴). با دانستن اهمیت کاهش سرعت در تصادفات می‌توان راهکارهایی نیز برای کاهش این تخلف بسیار خطرناک ارائه داد. این راهکارها، غالباً جنبه مراقبتی دارد، مانند حضور پلیس راهنمایی و رانندگی در جاده‌ها، که در جهت افزایش خطر ارتکاب و به‌چنگ قانون افتادن متخلفین است، هرچند شیوه‌ای سنتی در این حوزه می‌باشد، ولی امروزه راهکارهای مدرن این روش غالباً به سامانه‌های کنترل حمل‌ونقل هوشمند در جهت بهبود رفتارهای حرکتی رانندگان در مسیر عبوری خود با فناوری‌های پیشرفته و پیچیده مجهز شده‌اند. استفاده از این سیستم‌ها در عصر جدید برای کاهش تصادفات به‌عنوان هدفی استراتژیک در برنامه‌های کشورها مورد توجه قرار گرفته است،

به طوری که بین سال‌های ۲۰۰۸ تا ۲۰۱۲ عربستان ۳۰ درصد، آمریکا ۲۰ درصد، انگلستان ۴۰ درصد، فرانسه ۵۰ درصد از برنامه‌های ایمنی جاده‌ای خود را به این هدف معطوف کرده‌اند (ضامن، ۱۳۹۰: ۲). کنترل محدودیت سرعت به عنوان یکی از ابزارهای مدیریت پویای ترافیک به منظور کنترل رفتار جمعی رانندگان در راه‌ها و کاهش تخلف از سوی رانندگان به کار گرفته می‌شود. کنترل سرعت یکی از بهترین تکنیک‌های پیشگیری وضعی از جرم است. مراقبت رسمی کنترل سرعت به مراقبت کاملاً آشکار و محسوسی اطلاق می‌شود که هشیاری و مراقبت و کنترل اوضاع را به بزهکاران بالقوه یادآوری کرده و آن‌ها را متقاعد می‌سازد که در صورت ارتکاب جرم شناسایی و دستگیر خواهند شد. افزایش احتمال واکنش فوری پلیس و نیروهای محافظ موجب انصراف بزهکاران بالقوه از ارتکاب جرم می‌شود. از جمله شیوه‌های این روش می‌توان به نصب دوربین‌های سنجش سرعت و ثبت تخلفات در جاده‌ها اشاره کرد (حسینی، ۱۳۸۹: ۴۴). همچنین نصب و استفاده از تکنولوژی و فناوری جدید علمی (نظارت)، مانند دوربین‌های کنترل سرعت بنا به تکنیک دوم کلارک، باعث توسعه محافظت‌ها، افزایش خطرات قابل پیش‌بینی برای دستگیری یا اعمال جرم بر متخلف و انصراف او خواهد شد که به نظر از نظارت مستقیم پلیس، البته در صورت جدیت بیشتر، مؤثرتر خواهد بود. ماده ۳ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی به لزوم استفاده از این تجهیزات اشاره و مقرر کرده است: «تهیه، نصب و نگهداری تجهیزات الکترونیکی از قبیل عکس‌برداری، فیلم‌برداری و سامانه‌های ماهواره‌ای و نظایر آن جهت ثبت تخلف و کنترل عبور و مرور در شهرها به عهده شهرداری‌ها و در خارج از شهرها به عهده وزارت راه و ترابری (سازمان راهداری و حمل و نقل پایانه‌های کشور) می‌باشد که با هماهنگی راهنمایی و رانندگی ملزم به اجراء این ماده می‌باشند.» همچنین تبصره ماده ۲۳ قانون فوق در این خصوص شایان توجه می‌باشد.

۳-۱. تکنیک‌های مبتنی بر کاهش منافع قابل پیش‌بینی از جرم

این تکنیک به مثابه دو تکنیک سابق، مبتنی بر نظریه انتخاب معقول و نظریه اقتصادی جرم است.^۱ مطابق این رهیافت، بزهکار با سنجش میزان سود و زیان حاصله از ارتکاب جرم، زمانی دست به ارتکاب می‌زند که منافع جرم بیشتر از ضررها و خطرات ناشی از انجام آن است. این تکنیک شامل راهبردهایی چون نهان کردن آماج جرم، از دسترس خارج کردن آماج جرم، مشخص کردن اموال،

۱. نظریه‌های گوناگونی در خصوص مبانی نظری پیشگیری از سوی محققان بیان شده است. این نظریه‌ها عبارت‌اند از: نظریه گزینش عقلانی، نظریه شیوه و سبک زندگی، نظریه فعالیت روزمره و فضای قابل دفاع. این نظریه‌ها مبنای برخی یا همه تکنیک‌های کلارک قرار می‌گیرند.

برهم‌زدن بازارهای غیرقانونی و از بین بردن سود می‌باشد. در این راستا می‌توان هزینه‌ها و ضررهای ناشی از جرم را با افزایش میزان جزای نقدی افزون کرد. در این راستا ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی حائز توجه است که مقرر می‌دارد: «میزان جریمه‌های نقدی مقرر در مواد این قانون متناسب با افزایش یا کاهش تورم هر سه سال یک بار بنا به پیشنهاد نیروی انتظامی و تأیید وزارت‌خانه‌های دادگستری، کشور و راه و ترابری و تصویب هیئت وزیران قابل تعدیل است.»

۴-۱. تکنیک‌های مبتنی بر حذف بهانه‌ها

برخی از بزهکاران دارای نیروهای بازدارنده درونی هستند، برای ارتکاب جرم احتیاط بیشتری به خرج می‌دهند و نیازمند وضعیت‌هایی هستند که در آن بتوانند رفتار جنایی خود را در صورت کشف شدن توجیه کنند.^۱ در این مرحله، تکنیک‌هایی مبتنی بر حذف توجیه‌کننده‌ها به تکنیک‌های قبلی اضافه می‌گردد. از نظر کلارک، آخرین گروه از تکنیک‌های پیشگیری وضعی از جرم، از بین بردن بهانه‌هاست. بهانه‌ها در تکوین فرایند تصمیم‌گیری و گذار از مرحله اندیشه به عمل مجرمانه نقش مهمی دارند. لذا حذف و خنثی‌سازی آن‌ها می‌تواند در کاهش نرخ جرایم مؤثر باشد. در این دسته نیز پنج تکنیک اصلی وجود دارد که عبارتند از: وضع قواعد، راهنمایی قبلی، تحریک وجدان، کمک به هماهنگی و کنترل مواد مخدر و الکل (روزنام، ۱۳۸۲: ۴۵). مثلاً نصب تابلوهای پیام متغیر و آشکارساز در نقاط حادثه‌ساز و سایر تابلوهای اخباری مانند استفاده از تابلوهای تعیین سرعت در مسیرهای جاده‌ای در کاهش نرخ تخلفات رانندگی موجب راهنمایی قبلی و حذف بهانه (تکنیک چهارم کلارک) مؤثر است. همچنین تأثیر وضع قوانین و مقررات در کاهش تخلفات رانندگی، الزام رانندگان به داشتن معاینه فنی برای خودروها، تأثیر استفاده از فناوری‌های جدید در خودروها مانند هشدار سرعت غیرمجاز یا سیستم‌های هشدار خروج از خط و...، کنترل سلامت رانندگان حوزه حمل‌ونقل از لحاظ آزمایش‌های تست اعتیاد و الکل، فایده‌مند بوده و تدبیری در جهت پیشگیری وضعی خواهد بود. (وروائی، ۱۳۹۵: ۱۲۴)

۵-۱. تکنیک‌های مبتنی بر کاهش تحریک بزهکاران

برخی بزهکاران بدون اینکه انگیزه قبلی برای ارتکاب جرم داشته باشند، در پاسخ به محرک‌های موجود و پیش‌برنده به آن‌ها واکنش جنایی نشان می‌دهند.^۲ این تکنیک در جهت حذف یا کاهش تحریک‌کننده‌ها برای حذف انگیزش بزهکاران بالقوه استفاده شده و سعی در کاهش ناکامی فشار،

۱. مبنای نظری این تکنیک، نظریه فنون خنثی‌سازی دیوید متزاست.

۲. این تکنیک مبتنی بر نظریه‌پردازی‌های ریچارد ورتلی در مورد بزهکاران تحریک‌شده می‌باشد.

اجتناب از ستیزه، کاهش تحریک هیجانی، خنثی کردن فشار روانی و نهی از تقلید دارد (حسینی، ۱۳۸۹: ۲۹). حضور پلیس و نظارت آن‌ها در ایستگاه‌های ثابت و سیار پلیس و اقدامات علنی در برخورد با متخلفان و علاوه بر کشف تخلفات رانندگی و جلوگیری از آن‌ها، باعث کاهش تحریک بزهکاران به ارتکاب تخلفات شده است (وروایی، ۱۳۹۵: ۱۲۷).

۲. دسته‌بندی موضوع محور در تدابیر پیشگیری وضعی از جرایم و تخلفات جاده‌ای

اصولاً عوامل مرتبط و مؤثر با تصادف در این موارد قابل اشاره هستند: عوامل انسانی، عوامل مربوط به وسیله نقلیه، عوامل محیطی (جاده) و مدیریت و نظارت. ماده ۱۶ قانون بیمه اجباری شخص ثالث به این عوامل اشاره کرده است. لذا توجه به آمار تصادفات ضرورت بررسی دقیق علل حوادث رانندگی، خصوصاً تخلفات حادثه‌ساز، به منظور برنامه‌ریزی دقیق شیوه‌های پیشگیری از تخلفات رانندگی و کاهش حداقلی خسارات جانی و مالی ناشی از این حوادث را توجیه می‌کند (جانی‌پور و معروفی، ۱۳۹۴: ۳). البته در پیشگیری وضعی تمرکز بر روی عامل خودرو و جاده است. مثلاً در خصوص خودرو، استفاده از وسایل و تجهیزات ایمنی فنی کافی در خودروها و به کار رفتن آن‌ها در این خودروها از سوی کارخانه‌های تولیدکننده خودرو و از طرفی استفاده از این وسایل توسط رانندگان مانند بستن کمربند ایمنی ضروری است (اصغری و سرمدی واله، ۱۳۹۱: ۴). گاهی علل تخلفات به دلایل محیطی بستگی دارد؛ مانند عدم وجود شبکه شهری و جاده‌ای مناسب (آزادراه و باندهای تندرو)، نارسایی‌های مربوط به نبود علائم کافی در خیابان‌ها و جاده‌ها و گاه نیز عوامل جوی و نوری باعث ارتکاب تخلف دانسته شده است (عزیزی، ۱۳۸۴: ۲۰۴).

۲-۱. تدابیر وضعی با محوریت ایمنی در جاده‌ها و محل تردد

در خصوص جاده‌ها، نامناسب بودن کیفیت جاده‌ها می‌تواند عواملی برای برخی تخلفات به حساب آید. عوامل جاده‌ای مانند روشنایی کم، عرض کم جاده، موقعیت‌های خطرناک جاده مانند پیچ‌ها و چهارراه‌ها و نداشتن علائم کافی در جاده، ناصافی جاده و نداشتن دید کافی می‌تواند باعث تصادف گردند (معمودی و درویشی متولی، ۱۳۹۰: ۵).

۲-۱-۱. تدابیر وضعی با محوریت مدیریت ایمنی جاده‌ای

در بسیاری از کشورها و همچنین حسب ارشادات سازمان بهداشت جهانی، تأکید بر ایمنی جاده‌ای به عنوان راهبرد اساسی مؤثر در کاهش حوادث برخاسته از رانندگی مورد تأکید ویژه بوده است. در ادبیات پیشگیری نیز این رویکرد ایمنی‌بخش به وضعیت جاده‌ها نیز خوانش پیشگیرانه وضعی دارد، زیرا نابسامان یا غیراصولی بودن یک جاده وضعیت پیش‌جنایی ماقبل ارتکاب جرم تلقی می‌گردد. در قالب این امر، بهبود زیرساخت‌های جاده‌ای و برنامه‌ریزی، طراحی، ساخت و

بهره‌برداری از معابر اولویت اساسی دارد. در کنار آن، ایمنی جاده‌ها با ایجاد تناسب کیفیت جاده‌ای به‌ویژه برای گروه‌های آسیب‌پذیر دنبال می‌گردد و با افتراقی‌سازی احداث جاده‌های ایمن در تناسب با شرایط منطقه‌ای و محلی مرتبط به اوج خود می‌رسد. به‌طور جزئی نیز ایجاد خط سرعت در بزرگراه‌ها و همچنین از بین بردن موانع در جهت افزایش دید رانندگان در جاده‌ها از دیگر تدابیر وضعیت محوری است که با تقویت ایمنی در جاده‌ها در کاهش بسیاری از حوادث رانندگی می‌تواند مؤثر واقع شوند. به‌عنوان مثال، در کشور غنا برآمدگی‌های موسوم به ضربات در سرعت بالا، تدبیر کم‌هزینه‌ای در ایمنی جاده‌ای تلقی شده است. استفاده از برجستگی‌های سرعت، به‌صورت نوارهای رامبل و تپش سرعت، در جاده‌های غنا مؤثر بوده است. به‌عنوان مثال نوارهای رامبل در بزرگراه اصلی آکرا-کوماسی تعداد تصادفات جاده‌ای را حدود ۳۵ درصد کاهش داد. در بین ژانویه ۲۰۰۰ تا آوریل ۲۰۰۱، تلفات در حدود ۵۵ درصد و صدمات جدی ۷۶ درصد کاهش یافت. این اقدام با کاهش سرعت موفق به کاهش یا حتی از بین بردن برخی از تصادفات و همچنین بهبود ایمنی عابران پیاده شد. نوارهای رامبل ارزان بوده و نصب آن‌ها آسان است. آن‌ها در مکان‌های بالقوه خطرناک در بزرگراه کیپ ساحل-تاکورادی، بزرگراه بونسو-کوفوریدوا و بزرگراه تما-آکوسومبو تعبیه شده بودند.

۲-۱-۲. مهندسی و به‌سازی جاده‌ای

باتوجه به اینکه عدم مهندسی صحیح جاده‌ای، دوطرفه‌بودن جاده‌ها و وجود نقص زیرساختی آن‌ها ضریب حوادث را بیشتر می‌سازد، ضرورت توجه به این مقوله ایجاب می‌کند که نظارت و بازرسی ایمنی در جاده‌ها از سوی دستگاه‌های ذی‌ربط مانند اداره راهداری و حمل‌ونقل جاده‌ای همواره و به شکل مستمر انجام شود که یکی از وظایف مهم این دستگاه بازسازی و ترمیم جاده‌هاست. هم‌سو با بسیاری از مطالعات و اجرای صحیح مقررات مربوط، مانند آیین‌نامه ایمنی راه‌ها (علائم ایمنی راه) می‌توان بیان داشت که روش‌های اصلاح مهندسی جاده‌ها (تعریض جاده‌ها، لکه‌گیری هندسی با ضخامت قابل قبول و همچنین درزگیری محورهای مختلف در عملیات بازسازی) می‌تواند بیشترین اثربخشی در پیشگیری از تخلفات و کاهش تصادفات را ایفا نماید. توزیع مکانی مسکونی و تجاری، عریض کردن پیاده‌روها، خط‌کشی برای عبور عابرین پیاده، تقاطع‌ها و میدان‌های شهری، ساخت پارکینگ‌ها برای توقف خودروها، عرض خیابان‌ها و کوچه‌ها، میزان مناسب روشنایی و دید معابر شهری با استفاده از دانه‌های شیشه‌ای بازتابنده همگی حکایت از اثر پیشگیرانه وضعی مهندسی صحیح جاده‌ای دارند. تعبیه صحیح دوربرگردان‌ها می‌تواند به‌عنوان یکی از تغییرهای مهندسی جاده‌ای از منظر پیشگیری مؤثر واقع شود. همچنین با استفاده از انواع تابلوهای راهنمایی مانند تعیین سرعت، توقف ممنوع و... بنا به تکنیک چهارم کلارک، مبتنی بر افزایش تلاش

و زحمت ارتکاب جرم و همچنین حذف بهانه‌ها باعث راهنمایی رانندگان و سایر افراد دخیل حوزه ترافیک و تذکر پیشین به آن‌ها و پیشگیری وضعی خواهد بود و باعث افزایش قانون‌گرایی می‌شود (حسینی، ۱۳۸۹: ۴۵). توجه به میزان تردد و برنامه‌ریزی برای آینده طرح‌های مهندسی مانند پارکینگ‌های درون شهری در معابر پُرتردد می‌تواند در قالب این موضوع و راهبرد قرار گیرد.

در این راستا قسمت یک بند الف ماده ۱۰۸ قانون برنامه ششم توسعه با عنوان «ارتقای نظم و ایمنی حمل‌ونقل و عبور و مرور» و به منظور ارتقای نظم و امنیت و توسعه پیشگیری و مقابله با جرایم و همچنین کاهش تخلفات و حوادث رانندگی مقرر داشته است: «دولت مکلف است اقدامات و سازوکار لازم برای کاهش تلفات حوادث رانندگی با تأکید بر تجهیز و تقویت پلیس راهنمایی و رانندگی، ارتقای کیفیت ایمنی وسایط نقلیه، تقویت و تکمیل شبکه‌های امداد رسانی و فوریت‌های پزشکی، اصلاح نقاط حادثه‌خیز جاده‌ای و توسعه فرهنگ صحیح ترافیکی را فراهم نماید، به نحوی که تلفات حوادث رانندگی نسبت به تعداد ده هزار دستگاه خودرو تا پایان اجرای قانون برنامه ۳۱ درصد کاهش یابد.» همچنین ماده ۲۳ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی ۶۰ درصد از کل وجوه حاصل از جریمه‌های رانندگی باید صرف استانداردسازی وسایل و تجهیزات ایمنی راه‌ها، خط‌کشی و نگهداری آن، تهیه و نصب و نگهداری علائم راهنمایی و رانندگی و تجهیزات ایمنی، احداث پل‌های عابر پیاده، احداث توقفگاه‌های عمومی و اصلاح راه‌های روستایی، معابر و نقاط حادثه‌خیز گردد.

۲-۲. تدابیر وضعی با محوریت ایمن‌سازی وسایل نقلیه

بُعد مهم وضعی دیگر در تقسیم تدابیر پیشگیرانه با محوریت اقداماتی است که بر وسایل نقلیه تمرکز دارند و کاهش مؤلفه‌های حادثه‌زا در جرایم و تخلفات رانندگی را مدنظر دارند.

۲-۲-۱. تجهیز وسایل نقلیه و ایمن‌سازی آن‌ها

«اصولاً خودروسازان برای حفظ جان سرنشین در تصادف می‌توانند در دو بخش عمده فعالیت نمایند. یک طراحی و بهبودبخشیدن به سیستم‌های جلوگیری‌کننده از تصادف مانند ترمزهای ضدبلوکه‌شدن چرخ و... دوم طراحی و بهبودبخشیدن به سیستم‌هایی که در حین تصادف سبب می‌شوند سرنشین خودرو آسیب کمتری ببیند و موجب حفظ جان آن‌ها می‌شود، مانند کیسه هوا، سیستم‌های جدید کمربند با پیش‌کشنده و محدودکننده نیرو و... (جانی‌پور و معروفی، ۱۳۹۴: ۱۲۸)؛ مثلاً سازندگان خودرو با استفاده از ترمز ضدبلوکه‌شدن چرخ (ABS) یا سیستم کنترل دینامیک خودرو (VDC)، یا سیستم تشخیص خواب‌آلودگی رانندگان یا کیسه هوا (Airbag) یا کمربند ایمنی و همچنین صندلی‌های مخصوص کودکان و کلاه ایمنی در این راستا اقدام می‌نمایند. از همین رو ماده ۵۶ قانون برنامه ششم توسعه با رویکردی پیشگیرانه مقرر داشته است: «وزارت

صنعت، معدن و تجارت و سازمان ملی استاندارد موظف‌اند بر طراحی و ساخت خودروهای داخلی به نحوی نظارت کنند که ایمنی خودروهای مذکور متناسب با حداکثر سرعت ارتقاء یافته تا در تصادفات جاده‌ای، تلفات به حداقل میانگین جهانی برسد.» همچنین تبصره ۲ ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی بر لزوم مجهز بودن وسایل نقلیه به تجهیزات ضروری که قوانین و مقررات معین کرده‌اند تأکید کرده و مقرر داشته است: «کلیه وسایل نقلیه باید به تجهیزاتی که در قوانین و مقررات معین می‌شود مجهز باشند. در صورت مجهز نبودن وسایل نقلیه به تجهیزات مذکور، راهنمایی و رانندگی از شماره‌گذاری و ارائه خدمات به آن‌ها خودداری می‌نماید راهنمایی و رانندگی موظف است شش ماه قبل از الزام رانندگان و خودروسازان به نصب و همراه داشتن تجهیزات مورد نیاز اقدامی همه‌جانبه برای اطلاع‌رسانی به رانندگان از طریق رسانه‌های عمومی و تابلوهای تبلیغاتی جاده‌ای و شهری به عمل آورد.» همچنین بند الف ماده ۱۰ همان قانون مقرر داشته است که «چنانچه وسیله نقلیه دارای عیب و نقص فنی مؤثر بوده و احتمال ایجاد خطر یا وقوع تصادف وجود داشته باشد، وسیله نقلیه مذکور به تعمیرگاه اعزام می‌گردد». وجود تجهیزات ایمنی در خودرو، علاوه بر تحقق اهداف پیشگیرانه، حسب بند الف ماده ۱۸ قانون بیمه اجباری شخص ثالث، در میزان حق بیمه شخص ثالث تأثیر داشته و باعث تخفیف خواهد شد.

به علاوه می‌توان شاهد بود که برخی از حوادث رانندگی ناشی از نقص تولید در بعضی خودروها هستند؛ مانند نقص در سیستم سوخت‌رسانی بعضی اتومبیل‌ها که منجر به آتش‌سوزی آن‌ها می‌شود یا نقص در پولوس بعضی خودروهای دیگر که به علت نقص در آلیاژ آن در حین رانندگی ناگهان می‌شکند و موجب سانحه رانندگی می‌گردد. در این صورت حسب تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی: «در این گونه حوادث در صورتی که بر اساس نظر کارشناسان تصادفات نقص راه یا وسیله نقلیه مؤثر در علت تصادفات باشد حسب مورد متصدیان ذی‌ربط مسؤول جبران خسارات وارده بوده و با آنان برابر قانون رفتار خواهد شد.» از این رو، به قطع شرکت خودروساز مسؤول و پاسخ‌گوست و بنابراین باید مسئولیت کیفری (ضمان دیه) و مدنی و پرداخت خسارات ناشی از این گونه حوادث از محل درآمدهای شرکت خودروساز ایفا گردد. حال علاوه بر این ضمانت‌اجراها و همچنین پیشگیری کیفری، می‌توان با تقویت نظارت بر خودروهای تولیدی دارای نقص و نیز شناسایی آن‌ها در جاده‌ها از وقوع برخی از سوانح جلوگیری نمود. واحدهای سیار معاینه فنی خودروها می‌تواند در این راستا یک تدبیر پیشگیرانه مناسب باشد. با وجود برخی از تولیدات بی‌کیفیت خودروسازان و تا زمان رفع این معایب تولید مقتضی است که برخی از تدابیر ساده و ارزان بر دارندگان وسایل نقلیه اجرایی گردد. به عنوان مثال در سال‌های ۱۹۹۵ تا ۲۰۰۰ در کشورهای

مالزی و سنگاپور، الزام موتورسواران به روشن کردن چراغ‌ها در روز یا نصب چراغ‌های روزتاب تأثیر ویژه‌ای بر کاهش تصادفات ناشی از فقدان دید نسبت به موتورسواران داشت. چنین تدابیری با فرض پذیرش کیفیت ناقص خودروها، نیروی انتظامی را به تعیین الزاماتی به جای خودروسازان بر اشخاص سوق می‌دهد که از وقوع حوادث جاده‌ای می‌کاهند.

۲-۲-۲. شماره‌گذاری و نصب پلاک

نکته‌ای که راجع به نصب پلاک و پیشگیری قابل عنوان است، مربوط به تکنیک دوم کلارک در پیشگیری وضعی است. کاهش گم‌نامی و سهولت در شناسایی مرتکبان اقدامات بزهکارانه از اقداماتی است که پس از ارتکاب جرم خطر دستگیری را افزایش داده و باعث انصراف بزهکاران از عملیات اجرایی تخلفات رانندگی پیش از ارتکاب می‌شود (جانی‌پور و معروفی، ۱۳۹۴: ۲۴). در سال‌های اخیر، خودروهای سنگین ملزم به نصب پلاک‌هایی با سایز بزرگ شده‌اند تا آنکه از فاصله دور قابل‌رؤیت باشند. این تدبیر از اقدامات هماهنگ با این تکنیک می‌باشد که خطر قابل‌پیش‌بینی از ارتکاب جرم را برای آن‌ها محسوس‌تر و فرار از قانون را مشکل‌تر نموده است. علاوه بر شماره‌گذاری و نصب پلاک، شناسایی هویت مالک خودرو به عنوان مرتکب تخلفات و جرایم رانندگی مهم و مؤثر می‌باشد. در این راستا تبصره ماده ۴۱ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مقرر داشته است: «نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران موظف است هم‌زمان با تعویض پلاک وسیله نقلیه، مشخصات مالک جدید را در «سامانه جامع حوادث رانندگی» درج کند. همچنین سازمان ثبت اسناد و املاک کشور نیز مکلف است اسناد تنظیم‌شده درخصوص وسایل نقلیه مانند نقل و انتقال، وکالت و رهن را در سامانه مذکور درج کند.»

۲-۲-۳. شناسایی نقص فنی و مقابله پیشگیرانه با آن

بند پ از ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۰ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی نقص فنی مؤثر را چنین تعریف می‌کند: «هر نوع نقصان یا تغییر در وضعیت ظاهری، فنی و استاندارد وسیله نقلیه که موجب کاهش ضریب ایمنی در رانندگی یا افزایش بیش از حد مجاز گازهای آلاینده یا آلودگی بیش از حد مجاز صدا و یا باعث خروج آن از حالت اولیه کارخانه و استاندارد گردد و احتمال ایجاد خطر یا وقوع تصادف را افزایش دهد، از قبیل نقص سامانه روشنایی یا تغییر در میزان نور یا رنگ استاندارد چراغ‌ها، نامیزان بودن چرخ‌های جلو و فرمان، نقص در سامانه ترمزها، نداشتن آج مناسب در سطح اتکای لاستیک چرخ، نداشتن برف پاک‌کن و سامانه گرمایشی در مواقع بارندگی و زنجیر چرخ یا لاستیک یخ‌شکن در مواقع یخبندان، دودکردن وسیله نقلیه، شکستگی شیشه جلو که مانع دید راننده باشد و نقص در تجهیزات ایمنی مانند کمربند و کیسه هوا و سامانه ضد قفل ترمزها». همچنین ماده ۲ این آیین‌نامه

مقرر می‌دارد: «مأموران راهنمایی و رانندگی در صورت تشخیص عیب و نقص فنی مؤثر در وسیله نقلیه موظفند نسبت به متوقف کردن آن به منظور رفع نقص به شرح زیر اقدام نمایند:

الف) چنانچه نقص فنی وسیله نقلیه در محل قابل رفع باشد، پس از رفع نقص فنی در محل توسط راننده و تأیید مأمور مربوط قبض جرمیه صادر و حسب مورد ضوابط نمره منفی اعمال و اجازه عبور داده می‌شود؛

ب) در صورتی که نقص فنی قابل رفع در محل نباشد، پلاک وسیله نقلیه فک و با نصب پلاک تعمیری و تعیین زمان جهت رفع نقص به تعمیرگاه اعزام می‌شود؛

پ) در صورتی که وسیله نقلیه معیوب قابل حرکت نباشد، با وسیله نقلیه مناسب تا تعمیرگاه انتقال می‌یابد.»

۳-۲. تدابیر وضعی با محوریت ایمن سازی عابران جاده‌ای و رانندگان

برخی دیگر از تدابیر وضعی شخص محور هستند و با نظر به کاربران جاده‌ای یا در ادبیات جرم‌شناختی، بزه‌کاران و بزه‌دیدگان، جهت‌گیری و تعیین و برنامه‌ریزی می‌شوند. یکی از توصیه‌های هم‌سو با رهیافت‌های پیشگیری وضعی را می‌توان در لزوم استفاده از تدابیر ایمنی برای رانندگان و سرنشینان دانست. به عنوان مثال در این راستا ماده ۷ از آیین‌نامه اجرایی تبصره ۱ ماده ۳۱ و ماده ۳۲ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۹۱ هیئت وزیران مقرر می‌دارد: «رانندگی با وسیله نقلیه عمومی بیش از نه ساعت در یک شبانه‌روز توسط یک راننده ممنوع است. شرکت یا مؤسسه برون شهری مکلف است برای سفرهایی که برنامه سفر به صورت یکسره تنظیم شده و مستلزم رانندگی بیش از نه ساعت با سرعت مجاز در یک شبانه‌روز است، راننده کمکی پیش‌بینی نماید.» در بُعدی دیگر با توجه به اینکه حجم زیادی از حوادث به موتورسواران مربوط می‌گردد، مقتضی است که نسبت به افزایش استفاده از کلاه ایمنی موتورسیکلت تأکید ویژه‌ای گردد. صدمات ناشی از سر سبب اصلی مرگ و میر و آسیب شدید در استفاده‌کنندگان وسایل نقلیه موتوری دو و سه چرخ است. استفاده صحیح کلاه ایمنی می‌تواند منجر به کاهش ۴۲ درصد خطر جراحات کشنده و ۶۹ درصد کاهش خطر آسیب دیدگی در سر شود. به همین ترتیب، استفاده از کلاه ایمنی، یک وسیله فراگیر مهم برای پیشگیری از مرگ و میر در جاده‌هاست. بهترین روش برای قوانین مربوط به کلاه ایمنی موتورسیکلت شامل الزامی کردن پوشیدن کلاه ایمنی در همه جاده‌ها، مشخصات و دستورات لازم برای نحوه ساختن و بستن کلاه ایمنی و مراجعه به استاندارد کلاه ایمنی است. از سال ۲۰۱۴، پنج کشور اصلاحاتی را در قوانین موجود در این خصوص ایجاد کرده‌اند تا آن‌ها را با بهترین روش تراز کند و ۳۹۷ میلیون نفر را تحت پوشش قرار دادند.

۳. دسته‌بندی زمان‌محور در پیشگیری وضعی از جرایم و تخلفات جاده‌ای

با نظر به زمان وقوع جرایم و تخلفات رانندگی و همچنین با تمرکز بر وضعیت‌های این جرایم، می‌توان دریافت که تدابیر پیشگیرانه وضعی را می‌توان بسته به دو زمان اصلی پیش از حوادث و پس از آن دسته‌بندی کرد.

۳-۱. تدابیر پیش از حوادث با محوریت کاهش عوامل خطرزا و مؤثر در تصادفات جاده‌ای

بنا به ماهیت جرایم و تخلفات جاده‌ای، ریسک در ارتکاب آن‌ها جایگاه ویژه‌ای دارد و مقابله وضعی با عوامل خطرآفرین می‌تواند در کاهش وقوع آن‌ها تأثیر بسزایی داشته باشد. در ادامه به برخی از این مصادیق تدابیر پیشگیرانه اشاره می‌شود.

۳-۱-۱. آگاهی‌بخشی جامع از عوامل خطر جاده‌ای

اعلام خطر و هشدار از عوامل پیشگیری وضعی است، زیرا در محل وضعیت‌های مشرف به وقوع جرایم با هشیار نمودن رانندگان و عابران باعث جلب توجه بیشتر آنان می‌گردد. نصب تابلوهای مختلف آگاه‌کننده در قالب هشدار در دو بُعد مهم قابل تبیین است: نخست اینکه برخی از هشدارها رانندگان را از ارتکاب برخی بی‌احتیاطی‌ها برحذر می‌دارد، از قبیل خطر تصادف در سرعت غیرمجاز، خطر واژگونی در سرعت غیرمجاز، خطر پیچ‌های تند و از این قبیل موارد. بدیهی است که در این موارد چنانچه راننده به علامت خطر توجه نکند، اقدامی علیه خویش مرتکب شده است و مسئولیت توابع آن نیز برعهده وی است؛ در بُعد دیگر، برخی از تابلوهای خطر اگرچه هشدار هستند اما خود حکایت از کوتاهی مسئولان راه و شهرسازی در احداث جاده‌های ایمن است. به‌عنوان مثال خطر ریزش سنگ، خطر جاده فاقد شانه می‌باشد و... به نظر می‌رسد که وقوع حادثه‌ای در اثر این مصادیق هشدار مسئولیت کیفری و مدنی مقتضی را از بین نمی‌برد.

۳-۱-۲. کاهش موارد رانندگی خطرناک ناشی از مصرف الکل و مواد مخدر

بر اساس برآوردهای سازمان بهداشت جهانی تخمین زده می‌شود که ۵ الی ۳۵ درصد از کل تلفات جاده‌ای به رانندگان الکلی منسوب است. رانندگی بعد از نوشیدن الکل خطر تصادف و شدت آن تصادف را به میزان چشمگیری افزایش می‌دهد. لذا تمرکز تدابیر بر شناسایی محدودیت غلظت الکل خون (BAC) پیش‌بینی شده در قانون باید محور اصلی تلاش برای مقابله با قسم مهمی از جرایم و تخلفات جاده‌ای تلقی گردد. لذا یک رویکرد یکپارچه برای مداخله باید شامل تبلیغات ترکیبی و اقدامات اجرایی پلیس باشد. بهترین الگو شامل محدودیت ۰/۰۵ گرم در دسی لیتر برای اکثر افراد جامعه و حد ۰/۰۲ گرم در دسی لیتر برای رانندگان جوان یا تازه‌کار است. از سال ۲۰۱۴ پیشرفت‌های درخور ستایشی صورت گرفت که ده کشور دیگر هم اکنون بهترین اقدامات کلی در

اجرای قوانین نوشیدن نوشیدنی‌های الکلی را اعمال می‌کنند. در ایران نیز حسب بند «ب» ماده ۱۰ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، «در مواردی که قرائن و شواهد حاکی از حالت مستی یا استفاده راننده از مواد مخدر و روان‌گردان باشد، مأموران موضوع ماده (۲) این قانون با استفاده از تجهیزات لازم نسبت به تشخیص این حالت اقدام می‌نمایند و در صورت اثبات حالت مستی و بی‌ارادگی حاصل از مصرف مسکرات و مواد مخدر و روان‌گردان از رانندگی فرد موردنظر جلوگیری و ضمن صدور قبض جریمه به مبلغ دو میلیون ریال و ضبط گواهینامه به مدت شش ماه توسط نیروی انتظامی جهت اقدام قانونی به مرجع صالح قضایی معرفی می‌شود».

ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۰ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۹۰ مقرر می‌دارد: «مأموران راهنمایی و رانندگی موظفند در صورت تشخیص حالت مستی و بی‌ارادگی راننده از رانندگی وی جلوگیری و ضمن صدور قبض جریمه به مبلغ دو میلیون ریال و ضبط گواهینامه به مدت شش ماه و ارسال آن به اداره راهنمایی و رانندگی مربوط جهت اعمال نمره منفی، راننده متخلف را به همراه مستندات مربوط به تخلف ارتكابی به واحد انتظامی مربوط جهت سیر مراحل قانونی و اعزام به مرجع قضایی معرفی نمایند. تحویل وسیله نقلیه منوط به دستور مقام قضایی رسیدگی‌کننده است». به موجب تبصره ماده اخیرالذکر «تشخیص حالت مستی و بی‌ارادگی راننده صرفاً با استفاده از تجهیزات تخصصی و توسط مأموران راهنمایی و رانندگی که آموزش‌های لازم را برای به‌کارگیری آن‌ها دیده باشند، انجام می‌شود».

۳-۱-۳. مدیریت سرعت و تعیین صحیح محدوده سرعت

امروزه با توسعه بزرگراه‌ها و پیشرفت فناوری تولید اتومبیل‌های پرسرعت، بحث تعیین سرعت مجاز در شبکه‌های حمل‌ونقل و ایمنی و کاهش تصادفات اهمیت بسیاری یافته است. مطالعات صورت گرفته در ایران نشان می‌دهد حدود ۳۰ درصد تلفات سالانه و ۳۵ تا ۴۰ درصد جراحات ناشی از تصادفات، در اثر تخلف سرعت غیرمجاز رخ می‌دهند (فلاح زواره، ۱۳۸۷: ۸۶). این آمار برای ایران در مقایسه با کشورهای توسعه‌یافته و حتی در حال توسعه رقم بسیار بالایی محسوب می‌شود. با توجه به ضرورت مقابله با اثرات نامطلوب سرعت در راه‌ها، مدیریت سرعت در راه‌ها به کنترل رانندگان و پیشگیری و کاهش تصادفات کمک شایانی خواهد نمود. به کارگیری روش‌های مهندسی، وضع و اعمال قوانین و استفاده از روش‌های آموزشی به منظور تعیین سرعت ایمن در جهت جلوگیری از وقوع تصادفات و ارتقای کیفیت حرکت کاربران جاده‌ای را مدیریت سرعت می‌گویند. سرعتی که وسیله نقلیه در آن حرکت می‌کند به‌طور مستقیم بر خطر تصادف و همچنین شدت جراحات و احتمال مرگ ناشی از آن تصادف تأثیر می‌گذارد. بنابراین، مدیریت مؤثر سرعت در اکثر

استراتژی‌های مداخله ایمنی در جاده‌ها از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. تعیین محدودیت سرعت ملی یک گام مهم در کاهش سرعت است. حداکثر محدودیت سرعت شهری باید مطابق با بهترین معیارها از ۵۰ کیلومتر در ساعت پایین یا مساوی باشد. علاوه بر این، مقامات محلی باید از قدرت قانونی برخوردار باشند تا محدودیت‌های سرعت را بیشتر کاهش دهد، لذا باید به آن‌ها اجازه داد تا با توجه به شرایط محلی از قبیل حضور مدارس، تراکم جمعیت یا آسیب‌پذیر بودن وضعیت جاده‌ها سرعت متناسب را تعیین کنند. نتایج تحقیقات سازمان بهداشت جهانی نشان می‌دهد که تنها قوانین ۴۶ کشور جهان با معیارهای بهترین روش برای تعیین سرعت هم‌خوانی دارند.

۳-۲. تدابیر پس از حوادث

پس از آنکه حوادث رانندگی قابل‌تعریف در قالب جرایم و تخلفات رانندگی رخ می‌دهند، می‌توان با دو جهت‌گیری، بر استمرار به‌کارگیری تدابیر پیشگیرانه وضعی تأکید کرد: یکی با هدف کاهش آسیب بیشتر و دیگر تحقق پیشگیری نسبت به رانندگان خاطی و کاهش تکرار این جرایم و تخلفات از سوی آنان.

۳-۲-۱. با هدف کاهش آسیب ناشی از حوادث نسبت به بزه‌دیدگان احتمالی دیگر

افزایش تعداد پایگاه‌های امداد رسانی ثابت و سیار یا مدیریت صحنه تصادف می‌تواند تدبیر قابل توجهی برای تقویت کارایی پیشگیرانه وضعی و عدم گسترش خسارات نسبت به رانندگان و افراد دیگر تلقی شود. در این راستا تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مقرر می‌دارد: «مراکز فوریت‌های پزشکی و جمعیت هلال احمر و سایر دستگاه‌های ذی‌ربط موظفند طبق درخواست مأموران انتظامی و راهنمایی‌وراندگی نسبت به انتقال مجروحان و جسد حسب مورد به مراکز درمانی و پزشکی قانونی اقدام نمایند.» همچنین تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مقرر می‌دارد: «کارشناسان تصادفات راهنمایی‌وراندگی رسیدگی‌کننده به تصادفات مکلفند پس از پایان رسیدگی و انجام تشریفات قانونی با بهره‌گیری از امکانات مانند عکس‌برداری و وسایل دیگر در اختیار خود یا سایر سازمان‌ها و نهادها نسبت به مدیریت، پاک‌سازی و برقراری ایمنی عبور و مرور در محل وقوع تصادف اقدام نمایند.»

۳-۲-۲. با هدف تحقق پیشگیری نسبت به رانندگان خاطی

درخصوص جرایمی، چون رانندگی با سرعت غیرمجاز، استفاده گسترده از تکنیک‌های پشتیبان از قبیل نمره منفی مطرح می‌شود که به‌موجب آن در صورتی که جمع نمرات منفی به نمره‌ای مشخص برسد گواهینامه شخص، باطل شده یا به حالت تعلیق درمی‌آید. در ماده ۷ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی به‌نحوه اعمال نمره منفی اشاره کاملی شده است. همچنین ماده مذکور دارای آیین‌نامه اجرایی

است که در تاریخ ۱۳۹۰/۶/۲۰ به تصویب وزیران کمیسیون اجتماعی و دولت الکترونیک رسیده است. در جدول ذیل ماده ۷ قانون اشاره شده، تخلفات و میزان نمره منفی متناسب با تخلف تعیین شده است؛ مثلاً برای رانندگی با سرعت بالای ۳۰ کیلومتر از حد مقرر، برای رانندگان خودروهای شخصی ۵ الی ۱۰ و رانندگان خودروهای عمومی ۱۰ الی ۱۵ نمره منفی اعمال خواهد شد.

۴. آسیب‌شناسی رویکرد عملی در پیشگیری وضعی از جرایم و تخلفات رانندگی

پیشگیری وضعی از جرایم رانندگی در قلمرو اجرایی، کنشگران ذی‌صلاح و متولی آن در ایران موقعیت روشن و قابل دفاعی ندارد. به لحاظ تقنینی، مقنن فقط در حوزه‌های محدودی به این الگو نزدیک شده و سعی در نهاده‌سازی تدابیر و تکنیک‌های ناشی از آن دارد. اما تجربیات موجود حکایت از ناکامی محسوس در این عرصه دارد. به رغم مطالعات نظری مناسب و کافی و وجود بسترهای تقویت اثربخشی و گسترش تدابیر مختلف، موانع مختلفی در این راستا مطرح بوده و به شرح زیر قابل اشاره می‌باشند.

۴-۱. سیاست حاکم بر پیشگیری وضعی در قلمرو جرایم و تخلفات رانندگی

بعد اول آن است که در عمل بیش از اندازه بر مبارزه و کنترل تخلفات و جرایم رانندگی از طریق سیاست کیفری تأکید شده است که قبل از قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و بعد از آن (در هر دو دوره قانون‌گذاری) این رویکرد کاملاً مشهود می‌باشد. تدابیر مقنن در برخورد با متخلفان در جهت پیشگیری تا قبل از قانون مذکور بیشتر ناظر بر پیشگیری کیفری و بر مبنای جریمه‌های نقدی سبک معطوف بود که از تناسب و بازدارندگی کافی برخوردار نبودند. در قانون جدید نیز با اقداماتی توسعه طلبانه و تخلف‌انگاری ۱۷۱ عنوان تخلف در جدول مربوط به ماده ۲۱ قانون و همچنین تشدید مجازات‌ها در مواد مختلف این قانون گام بلندی در راستای پیشگیری کیفری برداشته شده است. این درحالی است که تأکید صرف بر واکنش‌های کیفری در کوتاه‌مدت مؤثر بوده ولی در بلندمدت رفتار متخلفین را تغییر خواهد داد (امیدی، ۱۳۸۸: ۵۰). لذا در حال حاضر هرچند در آیین‌نامه‌های مواد مختلف این قانون به تدابیر وضعی توجه شده و آن‌ها پذیرفته شده و توسعه یافته‌اند، اما کماکان سهم اقدامات پیشگیرانه وضعی در آیین‌نامه‌ها بسیار ناچیز است. همچنین پیاده‌سازی و اجرای سیاست پیشگیری وضعی مستلزم گسترش عملکرد نهادهای متولی و صرف هزینه خواهد بود، بی‌آنکه نتایج درآمدزایی بر آن در مقایسه با درآمدهای ناشی از جریمه متخلفان رانندگی قابل توجه باشد. لذا این سیاست با تقویت ایمنی زیست اجتماعی و نه درآمدزایی هم‌سو می‌باشد و متأسفانه از این منظر مورد توجه قرار نمی‌گیرد.

۴-۲. موانع عملی در مسیر اثربخشی تدابیر پیشگیری وضعی از جرایم و تخلفات رانندگی

علاوه بر معضل سیاست‌های فعلی حاکم در جهت‌گیری رویکرد اجرایی در اتخاذ تدابیر پیشگیرانه، که بیشتر بر واکنش و نه اصلاح بسترها و زمینه‌های حادثه‌زای رانندگی متمرکز می‌باشند، می‌توان به‌طور جزئی‌تر موانعی را شناسایی کرد که رفع آن‌ها زمینه‌های اثربخشی بیشتر این رویکرد پیشگیری را فراهم می‌سازد.

۴-۲-۱. عدم پیش‌بینی تدابیر کافی مبتنی بر دشوارسازی ارتکاب جرم

به‌رغم آنکه دشوارسازی مسیر ارتکاب جرم یکی از شایع‌ترین تدابیر پیشگیری وضعی است، متأسفانه در رویکرد قوانین موجود و خصوصاً در ابعاد اجرایی سیاست‌های موجود، هیچ‌گونه رویه و روش درخور اعتنایی در این حوزه دیده نمی‌شود و در عمل اجرای یک‌سری برنامه، نظیر استفاده از نیروی پلیس سیار در شوارع عام و اتوبان‌ها و بهره‌وری از تجهیزاتی چون دوربین‌های مداربسته، مورد عمل قرار گرفته که تاکنون نتوانسته‌اند در کاهش نرخ ارتکاب جرایم و تخلفات راهنمایی‌وراندگی مؤثر واقع شوند.

۴-۲-۲. عدم فراهم‌سازی اعتبارات مالی لازم برای اقدامات پیشگیرانه در جاده‌ها و لزوم

نظارت جامع بر هزینه‌کرد صحیح منابع مالی

با توجه به آنکه بسیاری از تدابیر پیشگیرانه وضعی هزینه‌بر هستند، معضل اساسی مرتبط را می‌توان مشکل اقتصادی دانست. به این ترتیب هزینه‌بر بودن یک اقدام مهندسی جاده‌ای و همچنین هزینه اقتصادی تقویت ایمنی وسایل نقلیه از سوی شرکت‌های خودروساز و ناتوانی آن‌ها می‌تواند معضل بزرگی در اولویت‌دادن عملیاتی به راهکارهای وضعی تلقی شود. از این‌رو لازم است با پیش‌بینی لازم و تخصیص صحیح بودجه در قوانین مادر مانند قوانین برنامه توسعه یا سند چشم‌انداز یا قانون برنامه بودجه سالیانه، منابع مالی لازم در اختیار نهادهای متولی و مرتبط با امور جاده‌ای و خودروبی قرار گیرد و همچنین در صورت تخصیص، باید نظارت کافی بر نحوه صحیح خرج کردن هزینه‌ها پیش‌بینی گردد.

۴-۲-۳. کمبود مقررات تقنینی لازم و شفاف برای حذف فرصت‌های محیطی ارتکاب جرم

یکی از دلایل اصلی ارتکاب و فزونی نرخ جرایم راهنمایی‌وراندگی مشکلات شوارع درون‌شهری و برون‌شهری است. علاوه بر تقصیرهای فاحش فردی، گاهی اوقات واقعاً شرایط نامطلوب جاده‌ها و شوارع سبب می‌شود حداقل تخلفات کوچک هم به حادثه‌ای بزرگ تبدیل شده و بر عمق فجایع و صدمات ناشی از آن‌ها افزوده شود. عدم تسلط کافی بر شوارع، نامتوازن بودن سیاست استفاده از دوربین‌های مداربسته و انفعال رویکردی نیروهای پلیس شهری هم در این راستا قابل استناد و تأمل

است. لذا به نظر می‌رسد که از بین تمامی راهبردها و تکنیک‌های نهاد پیشگیری وضعی از جرم در حوزه جرایم رانندگی می‌توان از تکنیک‌های حداقلی یاد کرد که مقنن رسماً از آن‌ها استقبال و استفاده نموده است. همان‌طور که پیش‌تر گفتیم، یکی از تکنیک‌های مسلم پیشگیری وضعی از جرایم و تخلفات رانندگی تکنیک یا راهبرد «وضع قوانین و مقررات» است که می‌تواند در مسیر ارتکاب جرایم رانندگی نقش بازدارندگی ایفا نماید. در این راستا، در وهله اول قانون‌گذار با وضع مقررات استاندارد ساز فراگیر در حوزه تخلفات و جرایم رانندگی می‌تواند نظام‌مندی شایان توجهی در تدابیر وضعی به وجود آورد. پس از وضع مقررات، در وهله دوم، استانداردها و شیوه و همچنین تدابیر مختلف به‌طور مشخص تعیین می‌شوند و در نهایت، در وهله سوم، می‌توان با وضع ضمانت‌اجراهایی نسبت به تضمین عملکرد پیشگیرانه نهادهای متولی اقدام کرد. با این تفاسیر می‌توان مدعی بود، برعکس پیشگیری کیفری، پیشگیری وضعی غالباً مغفول نظر مقنن واقع شده و می‌توان مدعی بود تدابیر پیشگیری وضعی اساساً وارد ادبیات پیشگیری غیرکیفری حاکم بر حقوق ایران نشده‌اند.

نتیجه

صدمات ناشی از تصادفات معضل سلامت عمومی جامعه و توسعه در سطح جهانی به شمار می‌رود. این صدمات قابل پیشگیری هستند. قانون‌گذار ایران در باب جرایم و تخلفات رانندگی، حتی در قانون مجازات اسلامی، اغلب حربه‌ای بهتر از ابزارهای قهرآمیز و سرکوبگر حقوق کیفری، یعنی مجازات‌ها، نیافته و کمتر در فکر آموزش عمومی فرهنگ صحیح استفاده از وسایل نقلیه و پیشگیری وضعی از وقوع تصادفات رانندگی بوده است. عدم پویایی این سیاست‌گذاری، از آن جهت که هم‌گام با مقتضیات زمان و پیشرفت‌های علمی و فنی روز در این زمینه گام برداشته نشده، مقوله دیگری است که جای بسی تأمل است. گرچه مبرهن است که افزایش میزان تصادفات و تخلفات رانندگی منجر به فوت یا مصدومیت الهام‌بخش چنین سیاستی بوده است، ولی قانون‌گذاران هیچ‌گاه به این فکر نیفتادند که یگانه راه مبارزه با افزایش بزهکاری مجازات و افزایش شدت و میزان جریمه‌ها نیست. هرچند در قانون جدید رسیدگی به تخلفات، نسبت به قوانین سابق، توجه بیشتری به بخش پیشگیری غیرکیفری از تخلفات رانندگی شده، اما همچنان تمرکز و توان قانون‌گذار بر پیشگیری کیفری از تخلفات رانندگی و آن هم در حوزه افزایش شدت جرایم بوده است. با این حال در قانون جدید رسیدگی به تخلفات رانندگی گام‌های خوبی برداشته شده است و قانون‌گذار با علم به تأثیرگذاری پیشگیری غیرکیفری بر بروز جرایم و تخلفات رانندگی بیش از پیشگیری کیفری، نسبت به قوانین و مقررات سابق، توجه بیشتری در زمینه پیشگیری غیرکیفری و مؤلفه‌های مربوط به آن شامل پیشگیری اجتماعی و پیشگیری وضعی شده است. قانون مزبور، با توجه به آمار جرایم و تخلفات

جاده‌ای تأثیر نسبی در کاهش تخلفات داشته است، البته سرمایه‌گذاری روی اقدامات پیشگیرانه ضروری‌تر به نظر می‌رسد.

اقدامات پیشگیرانه را می‌توان با تدابیر پیشگیری وضعی و از طریق تکنیک‌های خاص این پیشگیری از طریق مهندسی جاده و محیط و تجهیزات خودرویی دنبال کرد. این تدابیر امروزه در حد نسبی به موفقیت‌هایی دست یافته ولی توسعه فعالیت‌ها همچنان لازم و مستلزم اقدام و برنامه‌ریزی‌های بیشتری است. هرچند تجربه ثابت کرده است که پیشگیری تک‌عاملی (نهادی) اثربخشی مناسب و مطلوبی ندارد و هیچ نهاد یا رویکردی به‌تنهایی قادر به مبارزه با جرم و کاهش وقوع آن نیست. راهبرد پیشگیرانه از حوادث رانندگی در صورتی اثربخش و مطلوب خواهد بود که رویکردی چندنهادی با واکنشی هماهنگ و متمرکز با ترکیب راهبرد پیشگیرانه وضعیت‌محور، جامعه‌محور و رشد‌محور و توأم با ارائه و اتخاذ برنامه‌ای منسجم و سیاست‌های هم‌سو از حوادث رانندگی و نقض مقررات راهنمایی و رانندگی پیشگیری نمایند. همچنین موفقیت در این مسیر، همکاری و هماهنگی چندجانبه اشخاص و نهادهای دولتی و مردمی را می‌طلبد. به علاوه اینکه صرفاً یک نهاد مانند پلیس راهور، به‌تنهایی، پرچم‌دار تبلیغ، اجرا و نظارت بر اجرای قوانین و همچنین پیشگیری از تخلفات رانندگی و انجام اقدامات ایمنی باشد، چندان موفقیت‌آمیز نخواهد بود.

اینکه تدابیر پیشگیرانه مختلف از قبیل تابلوهای هشداردهنده یا جاده‌های مناسب و به شکل بزرگراه صرفاً در نزدیکی یا مشرف به پایتخت یا شهرهای بزرگ قابل مشاهده باشند نشان می‌دهد که پیشگیری وضعی به شکل موردی و با اهمیت‌بخشی متفاوت به برخی جاده‌ها در جریان است. همچنین تک‌بعدی شدن تدابیر وضعی در امور جاده‌ای و کاهش ابتکارات و طرح‌های نوین اجرایی معضل ویژه‌ای است؛ به‌عنوان مثال، در وضعیت کنونی ایران، تأکید بیش از حد بر حضور پلیس (به شکل مأمور پنهان) و دوربین‌های مختلف نمونه‌ای از تک‌بعدی شدن این تدابیر است، در حالی که می‌توانیم زیرساخت‌های جاده‌ای و بسیاری از طرح‌های متنوع و روز دنیا را عملیاتی نماییم؛ پس پیشگیری وضعی باید در تمام ابعاد ضمن هماهنگی با سایر ابعاد خود پیاده و اجرا شود. در جرایم و تخلفات رانندگی باید با توجه به عوامل و حوزه‌های مختلفی که این جرایم را تحت تأثیر قرار می‌دهند و همچنین مؤلفه‌های جرم‌زای موجود، به همه‌جانبه‌گرایی در تدابیر وضعی اقدام نمود. کنشگران این پیشگیری در جرایم رانندگی نیز مختلف هستند و هم‌سویی عملکرد آن‌ها نیز از الزامات تأثیر پیشگیرانه است. این امر مستلزم تقویت عملکرد اجرایی نهادهای محلی در نظارت، ایجاد و بهینه‌سازی تدابیر مختلف پیشگیرانه وضعی متناسب با شرایط محلی است.

در شرایط کنونی آنچه می‌تواند تأثیر ژرفی در پیشبرد اهداف سیاست پیشگیری داشته باشد، افزایش استفاده از ابزارهای هوشمند مدرن و مجهز است. امروزه سیستم‌های هوشمند حمل‌ونقل نقش بسزایی در زمینه‌های مختلف همچون خدمات، مدیریت و کاهش بروز تخلفات و تسریع در آگاه‌سازی رانندگان نسبت به اعمال ضوابط در خصوص تخلفات ارتكابی از سوی آنان دارند. در این خصوص باید با مطالعات کامل و تهیه نقشه جامع جهت هوشمندسازی راه‌های کشور اقدام گردد. البته این نقشه و طراحی باید مطابق با وضعیت بومی ایران باشد و با معماری سیستم‌های هوشمند حمل‌ونقلی متناسب با اقلیم هر نقطه از کشور با حداکثر بهره‌وری نظارتی و مدیریتی تهیه گردد. به‌طور خاص، در این زمینه باید سازمان راهداری و حمل‌ونقل پایانه‌های کشور و شهرداری‌ها با هماهنگی با وزارت راه و شهرسازی و پلیس راهنمایی و رانندگی نسبت به هوشمندسازی در خصوص نظارت و مدیریت بر ترافیک به وسیله تجهیزات الکترونیکی و خودکار اقدام نمایند.

در پایان امید است پیشگیری وضعی با قطع کردن زنجیره عوامل تکوین و بروز تخلفات رانندگی بتواند باعث افزایش ایمنی و کاهش تصادفات و جرایم رانندگی شود.

منابع

فارسی

- ابراهیمی، شهرام (۱۳۹۱)، جرم شناسی پیشگیری، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- ابراهیمی، شهرام (۱۳۹۱)، مباحثی در علوم جنایی (تقریرات دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی).
- ارسنجان، مهدی، رضا عبدالحسینی و احمد صادقی (۱۳۸۶)، کیسه هوا و تأثیر آن در کاهش تلفات رانندگی، تهران: انتشارات دفتر تحقیقات کاربردی راهور ناجا.
- اصغری، عبدالرضا و علی سرمدی واله (۱۳۹۱)، «پیشگیری اجتماعی از جرم در قانون پنجم برنامه توسعه»، آموزه‌های حقوق کیفری، سال ۲، شماره ۴.
- امیدی، جلیل (۱۳۸۸)، «ارزیابی انتقادی طرح تشدید مجازات جرایم اخلاص در امنیت روانی جامعه» در تازه‌های علوم جنایی، تهران: نشر میزان.
- اوملی، پاتریک (۱۳۹۸)، جرم و ریسک، ترجمه یزدان صیقل و امیر ایرانی، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- بهروز، حجت اله، فرشید باباخانی و علیرضا سرکار (۱۳۸۸)، سامانه‌های مدیریت سرعت در نظام حمل و نقل و ترافیک، تهران: انتشارات شرکت کنترل ترافیک تهران.
- تن زاده، جواد (۱۳۸۷)، طرح هندسی و ایمنی راه، چاپ اول، تهران: انتشارات صانعی.
- جانی پور، کرم و مختار معروفی (۱۳۹۴)، پیشگیری از جرایم و تخلفات رانندگی، تهران: نشر کتاب آوا.
- چیگل، سالم (۱۳۸۹)، «بررسی علل حوادث رانندگی در ایران و مقایسه با سایر کشورها»، فصلنامه تازه‌های جهان بیمه، شماره ۷۳.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۹۰)، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات سمت.
- حسینی، سیدنواب (۱۳۸۹)، «پلیس و پیشگیری از تخلفات راهنمایی و رانندگی و حوادث ناشی از آن»، تعالی حقوق، سال سوم.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۶)، حقوق بیمه و مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- دهشیری، مهدی (۱۳۹۳)، سیاست کیفری ایران در قبال تخلفات رانندگی با تأکید بر شیوه‌های پیشگیری، قم، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد دانشگاه قم.
- رزنبام دنیس، لوریسیو آرتور و داریس روبرت (۱۳۷۹)، «پیشگیری وضعی از جرم»، ترجمه رضا پرویزی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۲.
- روزنبام و همکاران، (۱۳۸۲)، پیشگیری وضعی از جرم، ترجمه محمدرضا حبیبی، تهران: معاونت آموزش ناجا.
- سلمانی، محمد و دیگران (۱۳۸۷)، «بررسی عوامل مؤثر بر تصادفات جاده ای و ارائه راهکارهایی برای کاهش آن، مورد مطالعه: منظومه روستایی جنوب خور و بیابانک»، مجله پژوهش‌های جغرافیایی انسانی، شماره ۶۵.
- سوری، حمید، الهه عینی، کریم خسروی و محمدرضا مهماندار (۱۳۹۱)، «ارزیابی قانون جدید رسیدگی به تخلفات رانندگی کشور از نظر کاربران حوزه ترافیک»، فصلنامه مطالعات راهور، سال ۹، شماره ۱۷.
- صیقل، یزدان (۱۳۹۷)، تحلیل حقوقی و جرم شناختی جرم در جامعه مخاطره‌آمیز، رساله برای دریافت درجه دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

- صفاری، علی (۱۳۸۱)، «انتقادات وارده بر پیشگیری وضعی از جرم»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۵-۳۶.
- صفاری، علی (۱۳۸۰)، «مبانی نظری پیشگیری از وقوع جرم»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۳۳-۳۴.
- طباطبائی، سید عباس و امیراردلان داوودی منجزی (۱۳۸۷)، «تجزیه و تحلیل امکان سنجی استفاده از سیستم‌های هوشمند حمل‌ونقل در کلان شهرها با هدف کاهش بحران‌های ترافیکی»، *فصلنامه علمی-تخصصی راهور*، سال پنجم، شماره ۳.
- عزیزی، حمیدرضا (۱۳۸۴)، «تخلفات راهنمایی‌وراندگی و روش‌های پیشگیری در ایران»، *نخستین کنفرانس بین‌المللی حوادث رانندگی و جاده‌ای*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کوسن، موریس (۱۳۷۶)، «روابط میان پیشگیری وضعی و کنترل بزهکاری»، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۹ و ۲۰.
- گسن، ریموند (۱۳۷۰)، «روابط میان پیشگیری وضعی و کنترل بزهکاری»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، *مجله تحقیقات حقوقی*، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۱۹-۲۰.
- معتمدی، مجید و محمدحسین درویش متولی (۱۳۹۰)، «ارزیابی و رتبه بندی عوامل مؤثر بر کاهش تصادفات جاده‌ای با تکنیک AHP»، *دومین کنفرانس ملی تصادفات جاده‌ای، سوانح ریلی و هوایی*.
- محمدنسل، غلامرضا (بی‌تا)، «اصول و مبانی نظریه فرصت جرم»، *فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۳۷، پاییز، شماره ۳.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۷۹)، «پیشگیری از بزهکاری و پلیس محلی»، *نشریه امنیت*، سال چهارم، شماره ۲۰.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۲)، «پیشگیری از بزه کاری و پلیس محلی»، *مجموعه مقالات پیشگیری از وقوع جرم، معاونت اجتماعی و پیشگیری از وقوع جرم*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات.
- وروایی، اکبر و علی فتاحی (۱۳۹۱)، «سیاست جنایی تقنینی در پیشگیری از تخلفات راهنمایی‌وراندگی»، *فصلنامه مطالعات ترافیک*، شماره ۲۴، بهار.
- وروایی، اکبر، علی فتاحی و وحید یآوری (۱۳۹۴)، «بررسی سیر تحول سیاست تقنینی ایران در کنترل جرایم و تخلفات رانندگی»، *مطالعات پژوهشی راهور*، شماره ۱۲.
- وروایی، اکبر و سمیرا سوری (۱۳۹۵)، «تأثیر تکنیک حذف بهانه‌ها در تخلفات رانندگی»، *فصلنامه مطالعات مدیریت ترافیک*، شماره ۴۲، پاییز.

اسناد الکترونیک

- Global Plan for the DECADE OF ACTION FOR ROAD SAFETY, 2011-2020, Version 3.
- WORLD REPORT ON ROAD TRAFFIC INJURY PREVENTION (2017).
- World Health Organization. Global status report on road safety (2015). Geneva: WHO; 2015.

اعتبار طریقی یا موضوعی اقرار کیفری در حقوق کشورهای اسلامی با تأکید بر حقوق ایران

روح‌الله اکرمی*

چکیده

اقرار در نظام‌های کیفری موقعیت ویژه‌ای در اثبات دعوا دارد، هرچند نسبت به اعتبار آن نگاه هم‌سانی نیست. در سیستم دلایل قانونی، اقرار ارزش ذاتی دارد، به‌گونه‌ای که دادرس باید به‌جهت اعتبار مطلق که حسب قانون دارد به صرف تحقق آن حکم دهد. در حالی که در نظام دلایل معنوی، اقرار به‌خودی‌خود معتبر نیست؛ ارزش آن در حد وسیله‌ای برای حصول اطمینان قضایی است. در اثر حاضر تلاش شده است، با روشی تحلیلی توصیفی، موضوع در قالب مطالعه‌ای تطبیقی میان نظام حقوقی کشورهای اسلامی و بر اساس مبانی فقهی بررسی شود. در برخی نظام‌ها دادرس می‌تواند به مجرد اقرار حکم دهد و متقابلاً، در برخی دیگر، اقرار زمانی می‌تواند مستند رأی باشد که قناعت وجدانی از آن حاصل شود؛ اقناعی که در برخی کشورها می‌تواند بر صرف اقرار مبتنی بوده و در بعضی نیازمند امارات مؤید دیگر است. در قوانین کیفری ۱۳۹۲ مسئله اعتبار اقرار مطرح نظر قرار گرفت. به‌رغم تصریح مواد ۱۶۱ و ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی بر موضوعیت اقرار، ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری به‌گونه‌ای انشا شده است که برخی طریقت اقرار را از مفهوم آن استنتاج کرده‌اند. پژوهش نشان می‌دهد ماده ۳۶۰ صرفاً در مقام بیان مقررات شکلی رسیدگی از این حیث است که دادرس چه زمانی می‌تواند با اقرار متهم محاکمه را خاتمه دهد؛ لذا مفهوم مخالفی ندارد تا با منطوق مواد قانون مجازات تعارض یابد و با فرض تعارض از منظر اصولی نیز تقدم با منطوق است و حتی اگر تعارض را مستقر بدانیم، نتیجه مراجعه به فقه، حسب اصل ۱۶۷ قانون اساسی، تعیین ضابطه موضوعیت است.

واژگان کلیدی: دعوای کیفری، دلیل اثبات دعوا، اقرار، طریقت اقرار، موضوعیت اقرار

مقدمه

در فقه اسلامی اقرار در میان دلایل اثبات دعوا جایگاه ممتازی را به خود اختصاص داده است. فقهای امامیه و اهل سنت^۱ از اقرار به عنوان «قوی ترین اماره یا دلیل» که بالاتر از شهادت و در رتبه بعد از علم قرار دارد یاد کرده اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱۴؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۷۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۱۶؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۳۰؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۴۵۰؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶: ۹۸؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۲۸۵؛ آملی، ۱۳۸۰: ۱۸۶)،^۲ زیرا به حکم منطق عاقل به ضرر خود خبری نخواهد داد و اصل در اقرار صحت و تطابق با واقع است^۳ (کرکی، ۱۴۱۴: ۱۶۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۶۶۵). موقعیت مزبور در حقوق کیفری کشورهای اسلامی نیز مورد توجه مراجع تقنینی و قضایی قرار گرفته است. قانون کیفری شرعی ایالت کلانتان مالزی مصوب ۱۹۹۳ و پیر و آن قانون جرایم کیفری شرعی حدود و قصاص ایالت ترینگانو این کشور مصوب ۲۰۰۲ به ترتیب در مواد ۴۴ و ۴۷ صریحاً بر اینکه اقرار معتبرترین دلیل می باشد تصریح کرده و در بیانی مشابه مقرر داشته اند: «بهترین مدرک برای محکوم نمودن متهم و مسئول نمودن وی به مجازات حد اقرار می باشد.»^۴ رویه قضایی برخی از کشورهای اسلامی نیز بر جایگاه برتر اقرار به عنوان یک دلیل اثباتی تأکید دارند؛ به طور مثال شعبه دوم کیفری دیوان عالی الجزایر در قرار مورخ دوم دسامبر ۱۹۸۰ در تعریف اقرار متهم این گونه بیان داشته است که «گواهی فرد در مورد خود است که متضمن ضرر به خویشتن می باشد و از شهادت قوی تر بوده و بلکه سید ادله محسوب می شود» (بغدادی، ۱۹۹۶: ۱).

۱. در موسوعه فقهی وزارت اوقاف کویت بر اجماع فقهای اهل تسنن بر جایگاه برتر اقرار در میان دلایل اثبات دعوا تأکید شده است. در این اثر آمده است: «الفقهاء مجمعون علی أن الاقرار أقوى الأدله الشرعیه، لانتفاء التهمه فيه غالباً... فقد نص الحنفیه علی أن الاقرار حجه شرعیه فوق الشهاده، ... و نص المالکیه علی أن الاقرار أبلغ من الشهاده، ... و نص الشافعیه علی أن الاقرار أولى بالقبول من الشهاده، و نص الحنابله علی أن المدعی علیه إذا اعترف بالحق لا تسمع علیه الشهاده، و إنما تسمع إذا انکر» (وزاره الاوقاف و الشئون الاسلامیه، ۱۴۱۴: ۳۵).

۲. آیت الله بجنوردی در قواعد الفقهی می فرماید: «حجیه الاقرار، امر مفروغ عنه فیما إذا کان علی ضرره، و علیها بناء العقلا فی مقام القضاء، حتی انهم یرون الاقرار من نفس الجنه، أقوى دلیل علی صدور الجنایه منه» (بجنوردی، ۱۴۱۹/۴: ۳۹۹).

۳. البته در جایی که مقر در معرض تهمت باشد، ظهور اقرار در درستی اخبار متزلزل شده و احتمال کذب و به تبع تردید در طریق به واقع بودن آن قوت می گیرد (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۶۹)؛ از همین روست که در منابع فقهی به طور مثال اعتبار اقرار مفلس در مال متعلق حق طلبکاران یا اقرار مریض مشرف به مرگ به دین و اقرار راهن در مورد تعلق حق دیگری بر مال مرهونه از جهت تهمت مورد مناقشه قرار گرفته است.

4. "The best evidence to convict the accused and make him liable to hudud punishment is his own iqrar".

۱۳). قضات دادگاه تجدیدنظر شرعی ایالت کاتسینا در نیجریه نیز در رأی خود نسبت به یک پرونده متضمن اتهام حد زنا در سال ۲۰۰۳ بر رجحان اقرار بر سایر ادله به استناد برخی منابع فقه مالکی تصریح کرده بودند^۱ (Ostien, 2007: 107).

اعتبار اقرار در دعوای کیفری مسئله‌ای است که در نوشتار حاضر مورد بحث است، که آیا طریقت دارد، یعنی به خودی خود و ذاتاً ارزش اثباتی ندارد و صرفاً همانند سایر دلایل شیوه‌ای برای حصول اطمینان و قناعت وجدانی نزد قاضی می‌باشد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا دادرس می‌تواند علم خود را تنها بر اساس اقرار بنیان نهد یا علاوه بر اقرار، به دلایل و قراین مؤید علی‌حده‌ای نیاز است؟ یا آنکه اساساً اقرار موضوعیت دارد و قانون‌گذار ارزش آن را از قبل معین کرده است، به‌گونه‌ای که با تحقق اقرار، قطع نظر از آنکه دادرس به درستی آن اعتقاد یافته باشد یا خیر، باید به مقتضای آن حکم دهد. در این وضعیت، آیا علم به خلاف واقع بودن اقرار خدشه‌ای در اعتبار این دلیل وارد می‌سازد یا خیر؟

به‌رغم اینکه در فقه اسلامی اقرار دارای موضوعیت است، اغلب نظام‌های حقوقی کشورهای مسلمان برای اقرار طریقت قائل شده‌اند. در مقررات موضوعه کشور ما در شرایطی که قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بر موضوعیت داشتن اقرار تصریح داشته، اما در ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری به‌گونه‌ای در خصوص اقرار سخن به میان آمده است که تداعی‌کننده طریقت این دلیل است.

در هر صورت در نوشتار حاضر کوشش شده است تا ابعاد موضوع مذکور را به شکل مقارن از منظر حقوق کیفری کشورهای مسلمان با تأکید بر حقوق کیفری ایران مورد بررسی قرار دهیم. در این راستا لازم به ذکر است که برخی از کشورهای اسلامی اعتبار اقرار را مقید به اطمینان قضایی کرده‌اند که البته رویکردهای مختلفی در سیستم‌های قائل به این مبنا مشاهده می‌شود که در بخش نخست مورد مطالعه قرار گرفته‌اند. در بخش دوم موضعی که برای اقرار موضوعیت قائل شده و اعتبار مطلق برای آن قائل شده است، بدون آنکه اقتناع وجدانی قاضی در آن مداخلت داشته باشد، به بحث گذاشته شد که در این راستا موضع حقوق کشور ما که در این نظرگاه جای می‌گیرد، به جهت اهمیت آن، به‌طور خاص در قسمت پایانی مطمح نظر قرار گرفته است.

1. "Confession is a better means of proof than evidence, see Mukhtasar chapter on confession: "the confession of a legally responsible person shall be binding on him".

۱. تقیید اعتبار اقرار به حصول اطمینان قضایی

در نظریه تقیید اعتبار اقرار، این دلیل به تنهایی اعتبار ندارد، بلکه ارزش آن منوط به این است که به درستی آن اطمینان حاصل شود. حال در اینکه قید اطمینان باید برخاسته از دلایل دیگر باشد یا خیر، قائلین به دیدگاه کنونی رویکردهای متفاوتی دارند.

۱-۱. ضرورت ابتنای اقرار بر ادله دیگر

برخی اساساً صرف اقرار را مجوز صدور حکم محکومیت نمی دانند و معتقدند که درستی اقرار نزد دادرس باید با دلایل دیگر پرونده تأیید شود (هدایتی، ۱۳۴۲: ۷۶). برخی از نویسندگان حقوقی قرن هجدهم در فرانسه چنین دیدگاهی را داشتند. روسو دولا کمب^۱ با پذیرش چنین رویکردی تصریح کرد اقرار آزادانه و داوطلبانه متهم هرگز تشکیل یک دلیل کامل را بر ضد او نمی دهد. پیر بریسو^۲ نیز صرف اقرار داوطلبانه متهم را چندان جهت صدور حکم محکومیت کافی نمی دانست و بر این عقیده بود که اقرار باید بر دلایل دیگر متکی باشد (پیمانی، ۱۳۵۶: ۳۴ و ۶۶-۶۴). رویکرد مزبور در کنگره بین‌المللی علوم جنایی که در سال ۱۹۰۶ در سن پترزبورگ برگزار شده بود توصیه شده بود (جمال، ۲۰۱۰: ۱۰۵). مقررات برخی از کشورهای اسلامی این موضع را پذیرفته‌اند: بند نهم ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری جمهوری قرقیزستان مصوب ۲۰۱۷ صریحاً بر ممنوعیت صدور حکم محکومیت بر اساس مجرد اقرار متهم تصریح می‌کند. در تکمیل این ضابطه بند دوم ماده ۸۵ همین قانون اقرار متهم به عنوان مستند اتهام را صرفاً در صورتی قابل پذیرش دانسته است که با دیگر دلایل موجود در پرونده تأیید شود؛ ماده ۶-۱۲۶ قانون آیین دادرسی کیفری جمهوری آذربایجان مصوب ۲۰۰۰ نیز بر ضرورت تأیید اقرار با سایر ادله مطرح در پرونده تأکید می‌نماید؛ در کشور ما نیز ظاهر ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ به گونه‌ای بوده که دکترین حقوقی را به پذیرش چنین مبنایی از سوی قانون‌گذار معتقد ساخته است. مطابق این ماده، «هرگاه متهم اقرار به ارتکاب جرمی نماید... و قرائن و امارات نیز مؤید این معنی باشند، دادگاه مبادرت به صدور رأی می‌نماید». مفهوم ماده مزبور مشعر بر این نکته بود که جواز صدور حکم محکومیت به استناد اقرار مستلزم آن است که این دلیل مستظهر بر دلایل دیگری باشد که درستی آن را تأیید نمایند. ممکن است برخی بپندارند که ویژگی مزبور به تنهایی دلیلی بر آن است که با نظام ادله معنوی روبه‌رو هستیم، حال آنکه اتفاقاً این ویژگی با اقتضای نظام دلایل معنوی منافات دارد، زیرا مطابق این نظام، دادرس می‌تواند از هر دلیلی که به درستی آن اطمینان

1. Du Rousseaud de la Combe

2. Jacques Pierre Brissot

کند، قناعت وجدان یافته و بتواند مطابق آن اصدار رأی نماید؛ از این رو محکوم کردن متهم بر اساس اقراری که دادرس به صحت آن باور دارد، هر چند با دلیل و اماره دیگری همراه نباشد جایز است. این در حالی است که در موضع حاضر، آزادی دادرس در اقناع وجدانی محدود شده است. از طرفی این موضع نیز دلیلی بر اینکه با نظام ادله قانونی سروکار داریم نمی باشد، چرا که در این سیستم دلیل، به تنهایی، به ویژه اقرار، می تواند از نظر قانون گذار معتبر شناخته شود و دادرس ملزم به صدور حکم بر اساس آن است و سخن از تقیید اعتبار اقرار به تأیید درستی آن با دلایل دیگر با اقتضای نظام مزبور منافات دارد و به همین جهت است که حقوق دانان فرانسوی قائل به دیدگاه مزبور اتفاقاً به آزادی دادرس در ارزیابی اقرار معتقد بودند.

۲-۱. عدم ضرورت ابتدای اقرار بر سایر ادله

رویکرد دوم آن است که هر چند اقرار مادام که اطمینان به درستی آن نباشد قابلیت استناد ندارد، لکن مطمئن شدن از صحت اقرار مشروط به دلایل مؤید دیگر نشده است و دادرس می تواند قناعت وجدانی خود را بر صرف اقرار مبتنی سازد. ماده ۱۵۶ قانون آیین دادرسی کیفری کویت مصوب ۱۹۶۰، ماده ۳۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری یمن مصوب ۱۹۹۴، ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری عمان مصوب ۱۹۹۹ و ماده ۱۶۱ نظام نامه اجرائات جزایی عربستان مصوب ۲۰۱۳ و بند ۳ ماده ۲۱۷ با در نظر گرفتن ماده ۲۳۳ و بند ۴ ماده ۱۹ قانون اجرائات جزایی افغانستان مصوب ۲۰۱۴ به دادگاه اجازه داده اند هر زمان که متهم به ارتکاب جرم اقرار کرد، چنانچه به درستی آن اطمینان داشته باشد، مطابق آن رأی صادر نماید و از ادامه رسیدگی و بررسی سایر دلایل خودداری کند. این رویکرد مورد انتقاد بسیاری از حقوق دانان قرار گرفته است، زیرا اقرار دلیلی غیر محسوس است که نمی تواند به طور قطعی محکومیت متهم را به دنبال بیاورد و از همان ابتدا شک برانگیز است، چرا که متهم با اقرار تمایلش را بر تقدیم دلیل گناهکاری خود ابراز می دارد؛ از این رو باید دلایل دیگری وجود داشته باشد تا درستی آن را تقویت و تأیید نمایند (ثروت، ۲۰۰۴: ۴۸۶-۴۸۵). با وجود این، برخی معتقدند نفس اقرار می تواند زمینه حصول علم و اطمینان در قاضی را فراهم سازد (خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۵؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۳۰۲؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۳۳۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۲۷: ۲۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۴۶۴). دیدگاه اخیر از پشتوانه محکم تری برخوردار است، زیرا نوعاً فرد عاقل به ضرر خود خبری را بیان نمی کند که مسئولیت او را به دنبال داشته باشد و از همین

۱. طبق این ماده، «إذا اعترف المتهم في أي وقت بالتهمة المنسوبة إليه، ... فإذا اطمأنت إلى أن الاعتراف صحيح، و رأته أنه لا حاجة إلى أدلة أخرى، فعليها أن تكتفي بذلك و تفصل في القضية ...».

روست که اقرار نوعاً کاشف از واقع بوده و اطمینان‌آور است؛ موضوعی که در فقه اسلامی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است.

۳-۱. رویکرد تفصیل

در دسته سوم از نظام‌های کیفری کشورهای اسلامی که سیستم اقرار و وجدانی را پذیرفته‌اند، در اینکه آیا به صرف اقرار می‌توان حکم محکومیت را صادر کرد یا خیر، میان جرایم قائل به تفصیل شده‌اند.^۱ در جرایم موجب اعدام دادگاه به‌رغم اقرار متهم باید دادرسی را ادامه داده و سایر ادله را نیز مورد رسیدگی قرار دهد، اما در سایر جرایم می‌تواند به اقرار اکتفا نماید.^۲ ماده ۱۸۱ قانون آیین دادرسی کیفری عراق مصوب ۱۹۷۱، ماده ۱۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری امارات متحده عربی مصوب ۱۹۹۲، ماده ۲۲۰ قانون آیین دادرسی کیفری بحرین مصوب ۲۰۰۲ و ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری قطر مصوب ۲۰۰۴ را باید در این بستر مطمح نظر داشت. موضع مزبور یادگار حقوق قدیم فرانسه است که در پذیرش اقرار به‌عنوان یک دلیل کامل که بتواند به‌تنهایی جرایم سنگین را اثبات نماید تردید وجود داشت. مویار دو ووگلان^۳ در این راستا اظهار می‌داشت: «برای اعلام مجازات اعدام، اقرار تنها به هیچ وجه کافی نیست و برای این منظور لازم است که این اقرار با کیفیات و شرایط متعدد دیگری نیز توأم باشد، یعنی مثلاً چند قرینه محکم یا گواهی یک گواه خوب نیز بایستی به اقرار افزوده شود.» چنین طرز فکری در رویه قضایی فرانسه قرن هجدهم پذیرفته شده بود و دادگاه‌ها در جنایات مهم که کیفر اعدام یا حتی یک مجازات تهریبی را به دنبال داشت، مجرد اقرار را مبنای صدور حکم قرار نداده و معتقد بودند که می‌بایست با قرائن و امارات یا گواهی تأیید شود (پیمانی، ۱۳۵۶: ۳۴).

۱. در قانون آیین دادرسی کیفری کانتون واله (canton du Valais) سوییس نیز که سابقاً نظام دلایل قانونی جریان داشت (هدایتی، ۱۳۴۲: ۶۵)؛ در حال حاضر هر چند مطابق ماده ۶۳ اصل بر آن است که نمی‌توان به مجرد اقرار متهم حکم محکومیت را صادر نمود و دادرس باید تلاش خود را جهت کشف حقیقت ادامه دهد، لکن در دادرسی‌های اختصاری چنین اجازه‌ای داده شده است که با اقرار متهم حکم کیفری صادر شود. در این راستا بند (۱) ماده ۲۲۶ مقرر می‌دارد:

"Lorsque la contravention est dûment établie par l'aveu du prévenu, le tribunal de police prononce la peine sans autres formalités".

۲. ماده ۱۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری سودان مصوب ۱۹۹۱ این ضابطه را علاوه بر جرایم مستوجب اعدام به جرایم مستوجب قطع عضو و نیز شلاق بیش از چهل ضربه تسری داده است.

3. Muyart de Vouglans

۲. عدم تقیید اعتبار اقرار به حصول اطمینان قضایی

مطابق نظریه دوم که ویژگی نظام ادله قانونی است، اقرار موضوعیت دارد. به این معنا که چنانچه شخص اقرار نماید، دادگاه باید حسب آن وی را محکوم کند، حتی اگر هیچ دلیل دیگری که مفاد اقرار را تأیید نماید وجود نداشته باشد، اعم از آنکه اقرار دادرس را به اطمینان برساند یا وی را قانع نکند. با وجود این سیستم‌های قائل به موضع مزبور دو برخورد کاملاً متفاوت با آن داشته‌اند.

۲-۱. رویکرد حقوق عرفی

در نظام‌های حقوقی سنتی مانند آنچه در امپراتوری روم و حقوق قدیم فرانسه وجود داشته است، قاضی حتی برخلاف عقیده خود ناگزیر به صدور حکم بر اساس دلایل ارائه‌شده نظیر اقرار بوده است (پیمانی، ۱۳۵۶: ۲۳؛ خالقی، ۱۳۹۶: ۱۹۱)، زیرا در این نظام‌ها ملاک اعتبار دلیل در ارزشی نهفته است که قانون‌گذار به آن داده است و دادرس نقش فرعی داشته و تنها در قالب معادله‌ای ریاضی چنانچه ببیند دلیل ارائه‌شده در قالب قانونی خود اقامه شده است، دیگر نمی‌تواند بر اساس اعتقاد شخصی خود از صدور حکم موافق مقتضای آن دلیل خودداری نماید و به‌عکس چنانچه دلیل شرایط مورد نظر مقنن را نداشته باشد، حتی اگر به گناهکاری متهم اطمینان یافته باشد، اختیار محکوم‌نمودن او را نخواهد داشت (مروان، ۱۹۹۹: ۳۵)، به نوشته اسمین^۱ حقوق‌دان فرانسوی، در این نظام قاضی با قطع نظر از اعتقاد باطنی‌اش ناچار از صدور حکم محکومیت است. او همانند یک صفحه کلیدی است که با زدن دکمه‌های آن به‌طور غیرارادی پاسخ مقتضی را می‌دهد^۲ (Hutson, 2007: 72).

۲-۲. رویکرد فقه اسلامی

در رویکرد دوم که در فقه اسلامی مورد پذیرش قرار گرفته است، هر چند اقرار موضوعیت دارد، لکن اعتبار اقرار از آن جهت که از نظر عقلاً هیچ‌کس به دروغ خبری را به ضرر خویش و به نفع دیگری اظهار نمی‌نماید، جنبه کاشفیت از واقع دارد^۳ و از همین رو ما را نوعاً به علم و اطمینان می‌رساند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۴۳-۲۴۲؛ بجنوردی، ۱۳۸۹: ۳ و ۴۶-۴۵؛ علوی، ۱۴۱۵:

1. Adhémar Esmein

2. "il doit nécessairement condamner; peu importe dans l'une ou l'autre hypothèse sa conviction intime ... Le juge est comme un clavier, qui répond inévitablement lorsqu'on frappe certaines touches".

۳. با وجود این، برخی از فقها در موضعی متفاوت اقرار را به‌منزله اصل و نه اماره کاشف از واقع می‌دانند و از این جهت اعتبار اقرار را متفاوت از گواهی تلقی نموده‌اند (رشتی، ۱۴۰۱: ۱۷۰-۱۶۶؛ اشتهازدی، ۱۴۱۷: ۴۱۳) و بعضی نیز در موضع معتدل‌تری اقرار را واجد هر دو جنبه اصل و اماریت دانسته، گرچه جهت کاشفیت آن را غلبه داده‌اند (موسوی بهبهانی، ۱۴۰۵: ۱۰۶).

۸۲ و ۷۴؛ شبیری زنجان، ۱۴۱۹: ۳۶۲۳-۳۶۱۷ و ۳۶۱۶-۳۶۱۷؛ اسماعیل پور قمشه‌ای، ۱۳۷۹: ۲۲۲). این که گفته شود خبر متعلق اقرار در معرض هر دو گزاره صدق و کذب است، خللی در نفوذ آن وارد نمی‌کند، زیرا مقتضای ادله اقرار نفی احتمال کذب از مقر و ترتب آثار صدق بر آن است (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۲۶۵). در این نگاه فقهی، اقرار به خودی خود معتبر خواهد بود، حتی اگر قرائن دیگری در تأیید آن وجود نداشته و به طور کلی قاضی از آن به اطمینان نرسیده باشد و به مجرد تردید و شبهه نمی‌توان از آن چشم‌پوشی کرد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۶۴۱).^۱ اما بر خلاف رویکرد قبلی چنانچه علم بر نادرستی آن پیدا کنیم، قابلیت اثباتی‌اش را از دست می‌دهد (بجنوردی، ۱۳۹۹: ۳۹۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۲۵۰؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۴۳۷)^۲ و در این موضوع هیچ تفاوتی میان آنکه مورد اقرار مسئله‌ای کیفری یا غیرکیفری باشد وجود ندارد. پاسخ برخی از فقهای معاصر به استفتای زیر این موضع را به‌خوبی مشخص می‌سازد. در این راستا سؤال شده بود: «در خصوص حجیت اقرار بفرمایید: الف) آیا شرط حجیت و نفوذ اقرار علم قاضی به مفاد اقرار است؟ ب) آیا شرط حجیت و نفوذ اقرار اطمینان قاضی به مفاد آن از طریق قرائن و شواهد است؟ ج) آیا شرط حجیت و نفوذ اقرار عدم علم به خلاف مفاد اقرار است؟ د) آیا بین امور کیفری و مدنی در موارد فوق تفاوتی وجود دارد؟». آیت‌الله بهجت (ره) فرموده بودند: «مفاد اقرار تا مقداری که آن عبارت ظهور در معنایی دارد، مثل سایر عبارات و الفاظ، حجت و معتبر است و نافذ هم است، که ظهور نوعی از حجج عقلاییه معتبره است و جزء امارات است و در اعتبار آن حصول علم شخصی یا عدم علم شخصی برخلاف شرط نیست^۳ و این امر در موارد اقرار بر فرق نمی‌کند.» آیت‌الله سیستانی فرموده‌اند:

۱. برخی از فقها در همین راستا اظهار داشته‌اند: «الاقرار، فیه جنبتان: جنبه السببیه و الموضوعیه و جنبه الطریقیه، و العمده فیه الجنبه الاولی و لذا ینفذ إقرار العقلاء علی أنفسهم مطلقاً و لا یعتبر فی نفوذ الوثوق بصدق المقر» (موسوی بهبهانی، ۱۴۰۵: ۱۳۸).

۲. استثنائاً در استفتایی که از آیت‌الله تبریزی (ره) شده بود، ظاهراً ایشان برای اقرار موضوعیتی را قائل شده‌اند که مورد نظر حقوق عرفی نیز می‌باشد، چراکه ایشان در پاسخ به حکم اقرار یا شهادتی که دادرس بر خلاف آن‌ها علم دارد، صرفاً بر سقوط اعتبار شهادت فتوا داده و اقرار را همچنان معتبر دانسته‌اند. سؤال این بوده که «در صورت تعارض علم قاضی با اقرار یا بینة کدام یک مقدم است؟»، ایشان پاسخ داده بودند: «اقرار نزد کسی که منصب قضاوت را شرعاً دارد نافذ است، اگر در حال اختیار و بدون اکراه باشد ولی اگر بداند بینة اشتباه کرده نمی‌تواند طبق آن حکم کند» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: سؤال ۱۲۴).

۳. گفتنی است آیت‌الله بهجت در پاسخ به استفتای دیگری حجیت اقرار را در جایی دانسته‌اند که علم بر خلاف آن حاصل نشود و الا قاضی به علم خودش در مورد حجیت علم عمل می‌نماید (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: سؤال ۱۲۴).

«حجیت اقرار از باب ظهور کلام است و لازم نیست قاضی علم به مفاد اقرار پیدا کند، بلکه همین قدر که کلام مقرر ظاهر باشد به نحوی که در نظر عقلاء حاکی از مراد باشد کافی است و مقرر را مسئول مفاد آن می‌دانند و فرقی بین امور کیفری و مدنی نیست لکن در بعضی موارد تکرار و تعدد اقرار لازم است.» آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز پاسخ داده‌اند: «حجیت اقرار مشروط به علم قاضی به مفاد اقرار یا اطمینان به مفاد از طریق قرائن و شواهد نیست. بلی اگر قاضی جامع شرایط علم به خلاف مفاد اقرار داشته باشد، باید بر طبق علم خود عمل نماید و تفاوتی در این جهت بین امور کیفری و مدنی وجود ندارد.» آیت‌الله موسوی اردبیلی (ره) نیز اظهار داشته بودند: «الف و ب) خیر؛ ج) چنانچه قاضی علم بر خلاف اقرار دارد، نمی‌تواند اقرار را مدرک حکم قرار دهد و یا بر خلاف علم خود حکم صادر کند. د) از این جهت تفاوتی نیست.» آیت‌الله نوری همدانی نیز بیان نموده‌اند: «در حجیت و نفوذ اقرار، عدم علم به خلاف مفاد اقرار کافی است و بین امور کیفری و مدنی فرقی نیست» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: سؤال ۳۶۰).

در استفتای دیگری از آیت‌الله فاضل لنکرانی (ره) سؤال شده بود: «آیا در بینة و اقرار، اطمینان و اقرار وجدانی قاضی لازم است یا به‌طور مطلق آن‌ها دارای اعتبار هستند؟» ایشان پاسخ داده بودند: «اقرار و بینة با وجود شرایط حجت است ولو موجب ظن یا اطمینان قاضی هم نشود» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: سؤال ۶۸۰۶).

در فقه اهل سنت نیز همین رویکرد موضوعیت داشتن اقرار مانند سایر دلایل مستقیم پذیرفته شده است، به نحوی که اگر شرایط و ارکان آن وجود داشته باشد، قاضی مکلف است به موجب آن حکم دهد و نمی‌تواند از دلیلی که شرایط آن جمع بوده و مانعی در بین نباشد به جهت آنکه به فناء وجدانی نرسیده است چشم‌پوشی نماید؛ از این رو حتی اگر احتمال کذب در آن داده شود، همچنان باید مورد حکم قرار گیرد تا زمانی که بر خلاف آن علم حاصل نشده باشد (زحیلی، ۱۹۸۲: ۲۴۶ و ۲۵۵ و ۶۲۶-۶۲۷ و ۶۲۹؛ بیاتی، ۲۰۱۸: ۱۴۵-۱۴۴).

موضع فقهی ناظر بر حجیت اقرار در قوانین کشورهایایی که مبتنی بر فقه اسلامی هستند پذیرفته شده است. در قانون جنایات استان آچه اندونزی مصوب ۲۰۱۴ همین رویکرد موضوعیت داشتن اقرار در مواد ۳۷ به بعد پذیرفته شده است. در مورد جرم اختلاط زن و مرد نامحرم نیز ماده ۲۸ این قانون تنها وظیفه مقام قضایی را احراز تحقق اقرار دانسته است که در این صورت وفق بندهای ۲ و ۴ باید حکم به مجازات صادر شود.

قانون اثبات یمین مصوب ۱۹۹۲ در حالی که در ماده ۸۷ اقرار را به‌عنوان حجتی قاطع نسبت به مقرر توصیف نموده است که سبب محکومیت وی به مورد اقرار می‌شود، در ماده ۸۰ بدون آنکه اعتبار

اقرار را به حصول اطمینان نزد قاضی مشروط نموده باشد، صرفاً این قید را که به لحاظ عقلی یا قانونی علم بر خلاف واقع بودن آن نباشد لازم دانسته است.

در مقررات ناظر بر دلایل در دادگاه‌های شرعی کشور برونی مصوب ۲۰۰۱ نیز همین رویکرد موضوعیت داشتن اقرار پذیرفته شده است. ماده ۲۲ این قانون با بیان ضمنی مبنی بر اینکه استنادپذیری اقرار مشروط به تأیید آن از طریق سایر دلایل نمی‌باشد تصریح می‌کند که اقرار نسبت به مقر به عنوان یک حجت و دلیل قطعی محسوب می‌شود^۱ که بنا بر ماده ۲۱ موجب الزام او حسب مقتضای اقرار می‌شود. قاطع بودن اقرار در فیصله دعوا، بدون آنکه نیازمند دلیل اثباتی دیگر باشد، در ماده ۵۳ همین قانون تأکید شده است. قطعی بودن حکم مبتنی بر اقرار از آثار موقعیت اقرار در این نظام حقوقی است، البته قابلیت تجدیدنظرخواهی از رأی مستند به اقرار استثنائاً در جرایم موجب حد یا قصاص طبق ماده ۲۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های شرعی مصوب ۲۰۱۸ پذیرفته شده است.^۲ ماده ۲۳۱ نیز همین ضابطه را در مراحل بالاتر جاری دانسته است. قانون مجازات اسلامی کشور ما نیز همین نگاه موضوعیت داشتن اقرار را برگزیده است که تفصیل آن را در ادامه کاویده‌ایم.

۳. رویکرد حقوق ایران نسبت به اعتبار اقرار

در حقوق کیفری کشور ما پیش از پیروزی انقلاب اسلامی عقیده دکتین و رویه قضایی بر طریقت داشتن اقرار در قلمروی کیفری بود. به طور نمونه شعبه دوم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۲۰۴ به تاریخ ۱۳۲۴/۷/۲۶ با تأکید بر این نگاه بیان می‌داشت: «در امور جزایی تنها اقرار متهم موضوعیت ندارد و فقط ممکن است طریق علم و استنباط دادگاه در تشخیص تقصیر متهم واقع شود، نه اینکه به طور کلی و قطع نظر از طریقت آن بر ضرر متهم، دلیل و حجت قانونی به شمار رود، بلکه در مقام حکم به ارتکاب فقط دلایل و شواهد اقناع‌کننده حکم مناط اعتبار خواهد بود، جز در مواردی که قانون صراحتاً امر دیگری قرار داده باشد» (مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۶: ۴). نگاه مزبور پس از پیروزی انقلاب اسلامی همچنان در رویه قضایی^۳ و حتی آثار حقوق دانان

1. "An ikrar is a final proof on the person making the ikrar."

2. "When an accused person has made an ikrar of guilt and been convicted of an offence other than an offence punishable with hadd or qisas by a Syar'ie Judge on such ikrar, there shall be no appeal except as to the extent or legality of the sentence".

۳. به طور نمونه رأی شعبه ۱۰۳۷ دادگاه عمومی جزایی تهران در سال ۱۳۹۱ که بیان می‌داشت: «اقرار در امور کیفری، طریقت دارد نه موضوعیت، یعنی باید منطبق با واقعیت باشد و صرف اقرار [متهمان] به اینکه انتقال صورت گرفته، ... موجب اثبات بزه نمی‌شود». رأی مزبور در ۱۳۹۱/۸/۲۰ طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۱۰۸۹ شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شد. قابل دسترس در:

(کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۶۳؛ آخوندی، ۱۳۹۴/۷: ۲۲۵) ادامه داشت، لکن مغایرت‌های چنین نگاهی با فقه اسلامی موجب شد اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریات متعددی دامنه طریقت اقرار را به تعزیرات محدود نموده و آن را از جرایم موجب حد و قصاص منصرف سازد. در نظریه شماره ۷/۱۶۹۲ به تاریخ ۱۳۷۳/۳/۳ آمده است: «در غیر موارد حدود و قصاص که برای اقرار شرایط و اعتبار خاصی مقرر شده است، در سایر امور کیفری اقرار زمانی معتبر است که کاشف از حقیقت باشد، بنابراین صرف اقرار، برای صدور حکم به محکومیت مقرر کافی نیست، زمانی می‌توان اقرار را حجت دانست که با اوضاع و احوال موجود در پرونده و قرائن و امارات و سایر دلایل تطبیق و مقرون به واقع بودن آن احراز شود» (مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۶: ۸). در نظریه دیگری به شماره ۱۸۹۶ به تاریخ ۱۳۸۲/۲/۳۱ نیز چنین آمده است: «میزان و درجه اعتبار اقرار افراد در جرایم تعزیری به نظر قاضی رسیدگی کننده است، به عبارت دیگر برای اثبات جرایم مستوجب تعزیر اقرار موضوعیت ندارد، از این رو چنانچه قاضی با یک بار اقرار متهم علم به ارتکاب جرم حاصل نماید کافی است و اگر به نظر دادگاه، آن اقرار مطابق واقع نباشد به آن ترتیب اثر نمی‌دهد» (تدین، ۱۳۸۸: ۳۳۷-۳۳۸). در نظریه دیگری از اداره حقوقی به شماره ۷/۴۴۵۶ به تاریخ ۱۳۷۷/۸/۲۴ در همین راستا در مورد موقعیت اقرار در جرم موجب تعزیر آمده است: «صرف اقرار به تهیه و توزیع مواد مخدر، بدون اینکه مواد مخدر کشف و ضبط شود و یا متکی به دلایل و مدارک قانع کننده باشد، کافی برای احراز مجرمیت و محکومیت متهم نمی‌باشد» (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۹: ۲۶). نگاه مزبور تأثیرات خود را به مرور در دکترین حقوقی از جهت تمایل به اختیار رویکردی افتراقی در خصوص اعتبار اقرار میان جرایم تعزیری از یک سو و جرایم موجب حد و قصاص و دیه از سوی دیگر بر جانهاد (خالقی، ۱۳۹۶: ۱۹۳؛ تدین، ۱۳۸۸: ۳۳۷؛ گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۳۴۱). نگرش مزبور که میان اعتبار دلیل قائل به تفصیل می‌شود، اعم از تفصیل پیش از انقلاب میان دعوای کیفری و غیرکیفری یا تفصیل پس از انقلاب بین دعوای کیفری متضمن تعزیر و غیرتعزیر، با مبانی فقهی در مغایرت آشکار بود و همین موجب شد تا در سال ۱۳۹۲ قانون‌گذار مجازات اسلامی موضوعیت داشتن اقرار را در مواد ۱۶۱ و ۱۷۱ مورد تصریح قرار دهد. مطابق ماده ۱۶۱ اگر دعوای کیفری با اقرار اثبات شود، قاضی مکلف است به استناد آن رأی صادر کند و قانون‌گذار تنها در یک حالت اجازه داده است که مطابق مقتضای اقرار حکم صادر نشود و آن جایی است که برخلاف اقرار علم پیدا کند. موضع مزبور همانند رویکردی است که قانون مدنی و آیین دادرسی مدنی نسبت به اقرار داشته و علت آن را باید در همان نگاه هم‌سان فقه اسلامی به اعتبار اقرار در دعوای کیفری و غیرکیفری دانست. قانون مدنی نیز در حالی که در ماده ۱۲۷۵ مقرر می‌دارد: «هر کس اقرار به حقی

برای غیر کند، ملزم به اقرار خود خواهد بود» و در این راستا طبق ماده ۲۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی علاوه بر این اقرار «دلیل دیگری برای ثبوت آن لازم نیست». در ماده ۱۲۷۶ قانون مدنی بر بی اعتباری اقرار در صورت حصول علم بر خلاف واقع بودن آن تصریح می نماید که «اگر کذب اقرار نزد حاکم ثابت شود، آن اقرار اثری نخواهد داشت».

در هر صورت از موضع قانون مجازات اسلامی در خصوص اقرار چند نکته قابل اصطیاد است: اولاً بر خلاف نظام ادله معنوی استنادپذیری اقرار مستلزم اطمینان شخص قاضی از درستی آن نیست، چه این اطمینان از خود اقرار حاصل شود و چه از سایر دلایل به دست آید و از همین روست که در ماده ۱۶۱ قانون مجازات اسلامی قانون گذار اشعار می دارد: «هرگاه متهم اقرار به ارتکاب جرم کند، اقرار وی معتبر است و نوبت به ادله دیگر نمی رسد»؛ ثانیاً بر خلاف رویکرد سنتی نظام ادله قانونی اگر دادرس یقین به نادرستی اقرار داشته باشد، باید آن را از اعداد ادله خارج نماید که البته چشم پوشی از اقرار منوط به تحقق علم بر عدم انطباق اقرار با واقعیت است و مجرد شک و شبهه نمی تواند مجوز رفع ید از اقرار باشد، خصوصاً که صدر ماده ۱۷۱ همانند ماده ۱۶۱ اصل را بر اعتبار اقرار گذاشته است. با وجود این به هر حال چون علم قاضی چنانچه بر نادرستی اقرار شکل گیرد، طبق فراز اخیر ماده ۱۶۱ و نیز ماده ۲۱۲ موجب بی اعتباری آن خواهد شد، لذا قانون گذار در ادامه ماده ۱۷۱ ضمن آنکه اصل اعتبار اقرار را مورد تصریح قرار می دهد و دادرس را نیازمند دلیل دیگری برای صدور حکم نمی بیند ولی می افزاید اگر با بررسی قاضی رسیدگی کننده، قرائن و امارات برخلاف مفاد اقرار باشد، «دادگاه، تحقیق و بررسی لازم را انجام می دهد و قرائن و امارات مخالف اقرار را در رأی ذکر می کند». برخی از نویسندگان در آثار خود از این عبارت طریقت داشتن اقرار را نتیجه گرفته اند (عابدی، ۱۳۹۸: ۴۱۶-۴۱۷)، در حالی که چنین استظهاری پذیرفتنی نیست، زیرا اولاً نه اجازه دادرس به صدور حکم محکومیت به مجرد اقرار متهم ملازمه با موضوعیت داشتن اقرار دارد، چه اینکه بیان شد در برخی از نظام های حقوقی قائل به طریقت اقرار، دادرس می توانست به صرف اقرار حکم صادر نموده و از بررسی دیگر ادله خودداری کند؛^۱ ثانیاً نه اجازه تحقیق بیشتر به دادرس پس از اقرار متهم نافی موضوعیت داشتن آن خواهد بود، چه اینکه همان گونه که بیان شد در مفهوم موضوعیتی که در

۱. به طور نمونه، در قانون آیین دادرسی کیفری مصر و لیبی به رغم آنکه به ترتیب در مواد ۳۰۲ و ۲۷۵ بر سیستم اقناع وجدانی تأکید نموده اند، ولی این دو قانون به ترتیب در مواد ۲۷۱ و ۲۴۴ در عبارتی مشابه تصریح می نمایند: «یسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المسند إليه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعتراؤه والحكم عليه بغير سماع الشهود».

فقه اسلامی و به تبع در قانون مجازات اسلامی همانند قانون مدنی پذیرفته شده است، هرچند اقراری که قاضی را از نظر وجدانی قانع نسازد نیز تعبداً معتبر است، لکن علم بر خلاف آن موجب بی‌اعتباری چنین اقراری است و لذا پرواضح است که اگر امارات بر نادرستی اقرار دلالت نمایند، دادرس مکلف به تحقیق خواهد بود و چنانچه چنین اماراتی برای قاضی علم نوعی ایجاد نماید، اقرار اعتبارش را از دست خواهد داد.

با وجود آنچه گفته شد، قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۳۶۰ به‌نحوی مغایر با قانون مجازات اسلامی در مورد اعتبار اثباتی اقرار انشا شده است که ملهم طریقت‌داشتن آن می‌باشد. مطابق این ماده، «هرگاه متهم به‌طور صریح اقرار به ارتکاب جرم کند، به‌طوری که هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در اقرار و نیز تردیدی در صحت و اختیاری بودن آن نباشد، دادگاه به استناد اقرار رأی صادر می‌کند». منطوق این ماده جواز صدور حکم مستند به اقرار را در صورتی دانسته است که درستی اقرار در معرض تردید نباشد؛ ازاین‌رو مفهوم مخالف ماده آن خواهد شد که اگر دادرس در این زمینه شک و شبهه داشته باشد، نمی‌تواند طبق اقرار حکم صادر نماید. مفهومی که جز بر طریقت‌داشتن اقرار قابل انطباق نیست.^۱

حال این سؤال مطرح می‌شود اگر در پرونده‌ای متهم به ارتکاب جرم اقرار کند و دادرس در مورد درستی آن تردید داشته باشد و تحقیقات قضایی درنهایت نه بتواند انطباق آن را با واقعیت محرز کند و نه نادرستی آن را مسجل نماید، تکلیف چیست؟ از یک‌سو مواد ۱۶۱ و ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی چنین اقراری را معتبر دانسته و قاضی را مکلف بر صدور حکم مطابق آن می‌داند تا زمانی که به نادرستی آن یقین شود و از سوی دیگر ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری اجازه محکومیت متهم را بر اساس چنین اقراری نمی‌دهد. ممکن است در این زمینه به مفاد قاعده درأ و ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی استناد شود که مشعر به آن است در صورت شبهه و تردید در وقوع جرم یا مسئولیت کیفری متهم باید بر عدم اثبات رأی داده شود، لذا بگوییم اگر در اقرار نیز دادرس شبهه داشته باشد باید آن را قابل استناد نداند. در پاسخ به این راهکار گفته می‌شود قانون‌گذار در ماده ۱۲۰ بیان داشته اثرگذاری شبهه در سقوط مجازات منوط به آن است که «دلیلی بر نفی آن یافت نشود»؛ ازاین‌رو با وجود اقرار بر ارتکاب جرم، دیگر به مجرد شبهه و احتمال نمی‌توان از محکومیت متهم سر باز زد و

۱. چنانچه نظام تقنینی ما مسئله تدوین شکلی قانون را مطمئن نظر قرار دهد که ناظر بر تجمیع منطقی مقررات مرتبط و قرار دادن آن‌ها در جای مناسب است (آقای طوق، ۱۳۹۸: ۳)، طبیعتاً بسیاری از تعارضات این‌چنینی نیز مرتفع خواهند شد.

اینکه گفته شود اصل چنین اقراری متضمن شبهه است باید گفت کارآیی قاعده درآ در مواردی است که اثرگذاری شبهه پذیرفته شده است، لکن در جایی که مقنن حکم را بر موضوعی، هرچند متضمن شبهه باشد، مترتب نماید، قاعده درآ نمی تواند آن حکم کیفری را بردارد، از همین روست که قاعده درآ و ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی در خصوص حکم محکومیت مبتنی بر قسامه در موارد لوث و نیز بحث حجیت اقرار مانعیتی ایجاد نمی نماید، چه در مورد اخیر نص قانون مجازات اسلامی برای دلایلی چون اقرار و شهادت موضوعیت قائل شده، اعم از آنکه افاده علم نمایند یا خیر، و فقط مقنن در جایی که یقین بر نادرستی اقرار است از آن رفع ید کرده است و لذا در صورت بی اعتبار دانستن اقرار به صرف وجود شبهه، در حقیقت حکم قانونگذار را در چارچوب استثنای موضوع فراز اخیر ماده ۱۶۱ لغو نموده ایم که پذیرفتنی نیست. از نظر فقهی نیز با وجود عمومات و اطلاعات دلایل مقتضی لزوم اقرار و تجویز چشم پوشی از آن، صرفاً در جایی که علم بر خلاف آن حاصل شده است، دیگر مجالی برای شبهه معتبری باقی نمی گذارد که بتوان به قاعده درآ تمسک نمود (خوانساری، ۱۴۰۵: ۸۹)، چه شبهه در مقابل حجت شرعی قابل اعتنا نیست (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۲۹۶). در هر صورت جهت حل مشکل تعارض مواد قانون مجازات اسلامی با ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری از چند روش تفسیری استفاده می شود که در ادامه تبیین خواهند شد.

۳-۱. تفسیر تاریخی و منطقی^۱

پیشینه تاریخی ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به قوانین سلف خود برمی گردد. این ماده در حقیقت جایگزین ماده ۳۲۹ قانون اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۲۹۱ است که در سال ۱۳۱۱ با اصلاحاتی همراه شد و مفاد آن متعاقباً در قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در دو ماده ۱۹۳ و ۱۹۴ تکرار شد و در نهایت در سال ۱۳۹۲ این احکام در قالب مواد ۳۵۹ تا ۳۶۱ قانون آیین دادرسی کیفری بازنویسی شد. در این مواد قانونی، همان گونه که از محل استقرار آنها در قوانین سال های ۱۲۹۱، ۱۳۷۸ و ۱۳۹۲، که ذیل مبحث محاکمه و ترتیب رسیدگی می باشند، مشخص می باشد قانونگذار در مقام بحث از چگونگی دادرسی و مراحل انجام آن است. ماحصل مقررات مزبور آن است که پس از بیان شکایت شاکی یا ادعای مدعی خصوصی و قرائت کیفرخواست از متهم سؤال می شود که آیا اتهام را

۱. منظور از تفسیر تاریخی، توجه به خاستگاه و ریشه ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری بوده که در قانون اصول محاکمات جزایی نهفته است و مراد از تفسیر منطقی ملاحظه محل استقرار ماده و نظم مواد مجاور آن است که در کشف اراده مقنن راهگشا می باشند.

قبول دارد یا خیر؛ مقنن در مقام بیان این نکته است که چه زمانی دیگر نیازی به ادامه رسیدگی نیست و چه زمانی باید وارد مراحل بعدی دادرسی شد. اجمالاً بنا بر مقررات مزبور اگر «متهم به‌طور صریح اقرار به ارتکاب جرم کند، به‌طوری که هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در اقرار و نیز تردیدی در صحت و اختیاری بودن آن نباشد»، دادگاه باید به اصدار رأی مبادرت نموده و نیازی به انجام مراحل بعدی دادرسی نیست، ولی «در صورت انکار یا سکوت متهم یا وجود تردید در صحت اقرار»، دادگاه به بررسی دلایل پرداخته و در این راستا «شروع به تحقیقات از متهم می‌کند و اظهارات شهود، کارشناس و اهل خبره‌ای که دادستان یا شاکی، مدعی خصوصی، متهم و یا وکیل آنان معرفی می‌کنند، استماع می‌نماید». همان‌طور که از پیشینه و نیز محل استقرار این ماده به دست می‌آید قانون‌گذار در مقام بیان ترتیبات شکلی رسیدگی و تعیین تکلیف امکان ختم دادرسی یا تداوم آن، و نه بیان حکم ماهوی اعتبار اقرار، است، به‌نحوی که اگر تا پایان دادرسی دلیل دیگری به دست نیاید، چنین اقرار در معرض شبهه‌ای قابلیت استنادپذیری جهت صدور حکم را دارد یا خیر.^۱ اعتبار چنین اقراری را باید در مواد قانون مجازات اسلامی جست‌وجو کرد، چه اصلاً قانون‌گذار آیین دادرسی کیفری در مقام بیان آن نبوده است. در تأیید این مطلب اشاره به این نکته مفید است که با توجه به اینکه قوانین سابق و کنونی آیین دادرسی کیفری ایران ریشه در قوانین آیین دادرسی کیفری فرانسه از سال ۱۸۰۸ تا ۲۰۰۸ میلادی دارد و در سنت فرانسوی قواعد ماهوی ناظر بر ادله اثبات دعوا در قانون ماهوی و قواعد شکلی دلایل اثبات دعوا در قانون شکلی (آیین دادرسی) بیان می‌شوند،^۲ لذا حتی فصل ناظر بر رسیدگی به ادله قانون آیین دادرسی کیفری به تصریح نخستین ماده از آن، یعنی ماده ۳۱۸، در مقام بیان «تشریفات رسیدگی به ادله» است و ارزش موضوعی دلایل را باید در قانون مجازات اسلامی جست‌وجو کرد، هر چند اساساً ماده ۳۶۰ در این فصل نیز قرار نگرفته است.

در هر صورت از مجموع آنچه گفته شد نتیجه می‌گیریم حقیقتاً ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری در مقام بیان ارزش اثباتی اقرار نیست تا بتوان از آن مفهوم مخالفی را اخذ کرد که در تعارض

۱. گفتنی است همین ملاحظه ناظر بر تنظیم فرایند رسیدگی دادگاه در ماده ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی نیز مطمح نظر مقنن بوده است، لکن در ماده مزبور قانون‌گذار بیان دقیق‌تری داشته که اگر مقررات آیین دادرسی کیفری نیز با این شیوه نگارش می‌یافت، از بروز تعارض‌های ظاهری میان قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری جلوگیری می‌شد.

۲. در قوانین برخی از کشورها مانند آلمان و سوییس مقررات ادله اثبات، اعم از ماهوی و شکلی، در قوانین آیین دادرسی بیان می‌شود و در بعضی از کشورها مانند ایالات متحده و انگلیس در قالب قانون مستقلی مطرح شده‌اند (سنه‌وری، ۱۹۶۸: ۱۷). رویکرد اخیر در کشورهای مسلمان متأثر از کامن‌لا نظیر سودان و برونئی مشاهده می‌شود.

با مواد ۱۶۱ و ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی قرار گیرد. با وجود این حتی اگر در تفسیر مزبور مناقشه شود، می‌توان به تفسیر لفظی در حل این مسئله تمسک جست.

۳-۲. تفسیر لفظی^۱

با تدقیق در مواد ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری از یک سو و ۱۶۱ و ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی از سوی دیگر می‌توان گفت در واقع تعارضی هم اگر قابل تصور باشد، میان منطوق مواد قانون مجازات اسلامی با مفهوم مخالف ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری می‌باشد. به این معنا که مطابق اطلاق منطوق مواد قانون مجازات اسلامی اقرار متهم معتبر است و قاضی باید مطابق آن رأی صادر کند، اعم از اینکه نسبت به درستی آن تردید داشته باشد یا خیر. از طرفی منطوق ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد که اگر متهم اقرار کند، در صورتی که هیچ‌گونه تردید و شک و شبهه‌ای در درستی آن نباشد، دادگاه باید مطابق آن رأی صادر کند؛ و مفهوم مخالف ماده آن است که اگر دادرس در صحت اقرار تردید و شبهه داشته باشد مطابق آن رأی صادر نمی‌کند که این مفهوم با منطوق مواد قانون مجازات اسلامی تعارض ظاهری دارد.

قطع نظر از آنکه در پاسخ به چنین تعارض ظاهری می‌توان با همان راهکار قبلی بیان کرد که ماده ۳۶۰ اساساً مفهوم مخالفی ندارد تا تعارض میان آن‌ها مطرح شود و می‌توان آن‌ها را جمع عرفی کرد، با وجود این چنانچه با وجود پیشینه ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری همچنان بر وجود مفهوم مخالف برای این ماده پافشاری شود باید گفت چون دلالت منطوق اقوی از دلالت مفهوم است لذا باید بر تقدم منطوق مواد قانون مجازات اسلامی حکم کرد. ضابطه مزبور مورد تسالم اصولیون و اندیشمندان شیعی و سنی مذهب است (طباطبایی مجاهد، ۱۲۹۶: ۷۰۲؛ نفراوی ازهری، ۱۴۱۸: ۵۲۳)، چراکه اولاً دلالت لفظی منطوق بر دلالت اعتباری مفهوم تقدم دارد و ثانیاً مفهوم در دلالت خویش نیازمند منطوق است، در حالی که منطوق در دلالتش به مفهوم نیازی ندارد؛ از این رو تقدم همواره با منطوق است (مطروودی، ۲۰۱۸: ۱۸۶) و در نتیجه مفهوم ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری که دلالت بر این دارد که در صورت وجود شبهه نمی‌توان بر اساس اقرار رأی داد، به جهت تعارض با منطوق مواد ۱۶۱ و ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی که مشعر بر اعتبار اقرار حتی در صورت وجود شبهه می‌باشند قابل اخذ نمی‌باشد.

۱. منظور از تفسیر لفظی استفاده از قواعد کلی زبان‌شناختی در تفسیر قانون است؛ قواعدی که در حقوق اسلامی در قالب دانش اصول فقه مطمح نظر قرار گرفته‌اند.

۳-۳. مراجعه به اصل تفسیری حاکم در قانون اساسی

با قطع نظر از استدلال‌های مطرح در قالب روش تفسیر تاریخی و منطقی و حتی با فرض آنکه تقدم منطوق مواد قانون مجازات اسلامی مبنی بر موضوعیت اقرار را نسبت به مفهوم ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری نادیده بگیریم و همچنان این مقررات را معارض هم بدانیم، راهکار بعدی مراجعه به سازوکار رفع تعارضی است که قانون‌گذار اساسی مقرر داشته و محاکم مکلف به تبعیت از آن می‌باشند. ضمن توجه به این نکته که قانون اساسی در اصل چهارم بر ابتدای کلیه مقررات موضوعه بر اساس موازین اسلامی تأکید نموده است و این اصل را بر اطلاق یا عموم همه مقررات حاکم دانسته است، لذا طبعاً در مقام تعارض مقررات باید جانب قانونی را گرفت که با شریعت اسلامی مغایرتی ندارد و حتی اصل ۱۶۷ قانون اساسی تکلیف نموده است که با قطع نظر از اینکه قانونی هم‌سو با شرع باشد یا خیر، قاضی رأساً به منابع اسلامی مراجعه مستقیم نماید. مطابق اصل اخیر، «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». نتیجه مراجعه به مصادر فقهی در راستای اجرای اصل مزبور نیز، همچنان که بیان شد، کماکان تعیین مفاد مواد ۱۶۱ و ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی در موضوعیت داشتن اقرار است.

ممکن است به استدلال فعلی اشکال شود که اصل ۱۶۷ قانون اساسی که در مقام الزام محاکم به اصدار رأی وفق منابع فقهی در حالات چهارگانه سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدون می‌باشد، شامل دعاوی جزایی نبوده و به سایر حوزه‌های حقوقی نظر دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۱۶؛ محقق داماد، ۱۳۸۶: ۳۸؛ هاشمی، ۱۳۸۰: ۴۰۴)؛ مهم‌ترین دلیل حقوقی ایشان تخصیص اصل ۱۶۷ قانون اساسی در اثر تعارض با اصل قانونی بودن مجازات به شرح منعکس در اصل ۳۶ می‌باشد؛ لذا بیان شده که جمع دو اصل بدین گونه است که حکم عام اصل ۱۶۷ در اثر حکم خاص اصل ۳۶ در امور کیفری مخصوص به مواردی شود که دادگاه حکم به مجازات نمی‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۱۶)، چه عمل به عام قبل از تفحص برای مخصص جایز نیست، لذا اصولی مانند اصل ۳۶، اصل ۱۶۷ را از عمومیت خارج کرده و آن را به امور حقوقی اختصاص می‌دهد (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۳۸). اصل ۳۶ نمی‌تواند عموم اصل ۱۶۷ را تخصیص بزند، زیرا از نظر اصولی اصل ۱۶۷ حاکم بر اصل ۳۶ است و رابطه حکومت نافی بروز تعارض است. علاوه بر آنکه دقت در پیشینه تقنینی اصل ۱۶۷ حکایت از اراده قانونگذار اساسی بر الزام قضات به منابع فقهی در حالت فقدان یا نقص قوانین مدون در دعاوی کیفری دارد. توضیح آنکه پیش‌نویس اصل ۱۶۷ بدین صورت تدوین شده بود: «در

مواردی که قاضی بتواند حکم دعاوی حقوق را در قوانین موضوعه بیابد، باید با الهام از قواعد شرع، عرف و عادت مسلم و آنچه عدالت و مصالح عمومی اقتضا دارد حکم قضیه را صادر کند» (اداره تبلیغات و انتشارات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸: ۱۹)، در گروه بررسی اصول، با حذف تنقید دعاوی به وصف حقوقی، اصل به این صورت تغییر و اصلاح گردید که «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را، در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» (اداره تبلیغات و انتشارات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸: ۲۵۷). اصلاحی که حکایت از اراده قانون گذار در تعمیم این اصل قانون اساسی به دعاوی جزایی دارد. به خصوص آنکه در جلسه بررسی اصل ۱۶۷ برخی از اعضا بر تصریح قانون اساسی به اصل قانونی بودن جرم و مجازات و فراخواندن دیگر اعضا به تأمل در این زمینه دعوت نموده بودند و نمایندگان با این توجه به اصل ۱۶۷ رأی موافق دادند (اداره تبلیغات و انتشارات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۳/۱۶۵۱). به علاوه مفاد اصل ۱۶۷ در بسیاری از قوانین عادی ناظر بر امور کیفری نظیر ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری به سال ۱۳۷۸ و بند ۲ ماده واحده قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی به سال ۱۳۸۳ تکرار شده است. مسئله ای که حکایت از اراده قانون گذار بر شمول اصل ۱۶۷ نسبت به امور کیفری دارد. مسئله مزبور از این منظر که اولاً قوانین عادی مزبور توسط شورای نگهبان به تأیید رسیده اند، به آن معناست که مرجع مذکور، به عنوان مفسر قانون اساسی، قائل به تعمیم مفاد اصل ۱۶۷ به حوزه دعاوی جزایی بوده است، به گونه ای که نقل شده در بررسی ماده ۲۸۹ قانون اصلاح مواد از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱، به رغم اعلام نظر برخی از اعضای شورا مبنی بر مغایرت ماده با اصل ۳۶ قانون اساسی، اکثریت اعضای شورا ماده را مغایر قانون اساسی ندانستند (مهرپور، نگاهی به آخرین دور بررسی گزارش ایران در کمیته حقوق بشر، روزنامه اطلاعات، ش ۱۹۹۹۵ - ۱۰/۶/۱۳۷۲، به نقل از: هاشمی، ۱۳۸۰: ۲/۴۰۵). تکرار حکم مزبور در قوانین بعدی نیز مؤید استمرار اتخاذ چنین برداشتی از قانون اساسی توسط شورای نگهبان است. ثانیاً نفس حکم قوانین عادی مزبور، صرف نظر از متمایز بودن واضع آن نسبت به واضع قانون اساسی و اینکه مفاد آن انعکاسی از اصول قانون اساسی باشد یا خیر، الزام آور است.

با قطع نظر از آن چه گفته شد، حتی بر فرض پذیرش مبنای استناد به اصل ۳۶ قانون اساسی به عنوان مخصص اصل ۱۶۷، در نهایت می توان به عدم استنادپذیری فقه در عرصه جرم انگاری نظر داد، نه آنکه به منع نبودن مصادر فقهی در کلیت امور کیفری قائل شد، چون دلیل اخص از مدعاست.

به همین دلیل است برخی از حقوق دانان فتاوی فقهی را در زمره منابع حقوق کیفری دانسته، بدون آنکه تعیین مجازات بر اساس آن‌ها را تجویز نمایند (سپهوند، ۱۳۸۶: ۲۳؛ شامبیاتی، ۱۳۹۳: ۳۳-۳۲). ایشان به استناد اصل ۳۶ منابع فقهی را به عنوان مستند جرم‌انگاری نپذیرفته ولی بیان داشته‌اند: «در مواردی که دادگاه‌های کیفری در یافتن ماهیت بعضی از حقایق شرعی و یا فقهی با نقص قانون مواجه‌اند، می‌توانند با استناد به منابع فقهی و یا فتاوی معتبر این نقص را مرتفع سازند... [در چنین مواردی] یافتن حکم مذکور در منابع فقهی و یا فتاوی معتبر با لزوم قانونی بودن اسباب مانع مسئولیت کیفری منافات ندارد و قاضی می‌تواند در مقام صدور رأی به آن استناد کند» (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۲۰۴-۲۰۳). از جمله مهم‌ترین حوزه‌های کیفری که می‌توان در آن، حتی بر اساس قائل شدن به تخصیص اصل ۱۶۷ با اصل ۳۶ قانون اساسی، فقه را به عنوان مستند قضایی پذیرفت مسائل شکلی نظیر دلایل اثبات دعای کیفری است. موضوعی که سبب شده است برخی از حقوق دانان قلمروی استنادپذیری منابع فقهی را به حقوق جزای شکلی محدود نمایند (آخوندی، ۱/۱۳۸۸: ۱۳۵-۱۳۴). بنابراین مطابق هرکدام از مبانی اختیارشده در دکتترین حقوقی مانعی در تمسک به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جهت رفع تعارض تصویرشده میان مقررات قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری از جهت اعتبار اقرار وجود ندارد.

نتیجه

بررسی اعتبار اقرار در حقوق کیفری کشورهای اسلامی نشان می‌دهد که دو رویکرد بین آن‌ها وجود دارد:

۱. عمده نظام‌های حقوقی کشورهای اسلامی برخلاف رویکرد فقه اسلامی مجرد اقرار را مثبت ادعا ندانسته و اعتبار آن را مشروط به اقناع وجدانی دادرس نموده‌اند. برخی از کشورهای قائل به این مبنا معتقدند قناعت قاضی از درستی اقرار باید با دلایل دیگر مطرح در پرونده مدلل شود، اما بعضی نیز بر آن هستند که اگر دادرس از همان اقرار نیز بتواند اطمینان حاصل کند نباید مانعی در تجویز اصدار حکم از سوی او بر اساس اقرار دیده شود. پاره‌ای از کشورها نیز در این راستا رویکردی تفصیلی را قائل شده‌اند.

۲. دسته دوم از کشورهای اسلامی برای اقرار موضوعیت قائل هستند و همان اعتباری را که اقرار در دعای مدنی دارد در دعای کیفری نیز جاری می‌دانند؛ رویکردی که برخاسته از نگرش فقهی به مسئله می‌باشد. با وجود این در نگاه فقهی برخلاف نظام‌های سنتی دلایل قانونی، چنانچه نادرستی اقرار از سوی دادرس احراز شود، وی دیگر نمی‌تواند بر اساس آن حکم صادر کند؛ موضعی که در مواد ۱۶۱ و ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اختیار شده است.

با وجود موضع صریح قانون مجازات اسلامی در موضوعیت داشتن اقرار، قانون آیین دادرسی کیفری در ماده ۳۶۰ به ظاهر رویکرد طریقت را اختیار نموده است، در جایی که جواز صدور حکم بر اساس اقرار را در حالتی پذیرفته است که هیچ گونه شک و شبهه‌ای در اقرار و نیز تردیدی در صحت آن نباشد.

در این راستا پیشنهاد می شود قانون گذار با توجه به مبانی شرعی با افزودن تبصره‌ای به ماده ۳۶۰ شائبه طریقت داشتن اقرار کیفری را منتفی سازد.

از طرفی با توجه به اینکه التزام به طریقت داشتن اقرار و جاهت شرعی ندارد و قانون گذار در پی احتراز از وضع قانون مغایر شرع است، از این رو مراجع قضایی نیز باید در پی یافتن سازوکاری برای حل این اشکال قانونی در چارچوب شیوه‌های تفسیری و هم سو با موازین اسلامی برآیند. در این راستا می توان چنین راهکارهایی را در مقام تفسیر قانون جهت فائق آمدن بر این مسئله پیشنهاد کرد: ۱. با توجه به پیشینه ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری در مقررات سابق و محل استقرار ماده، می توان گفت مقنن در مقام بیان اعتبار ماهوی اقرار نبوده است بلکه صرفاً در جهت بیان مقررات شکلی رسیدگی تکلیف دادگاه را مشخص نموده است که در چه حالتی می تواند با اقرار متهم ختم دادرسی را اعلام و بدون ورود به رسیدگی به سایر ادله حکم صادر نماید. لذا ماده ۳۶۰ مفهوم مخالفی که متضمن طریقت داشتن اقرار باشد ندارد.

۲. با قطع نظر از آنچه گفته شد، در صورت تصور تعارض میان ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری با مواد ۱۶۱ و ۱۷۱ قانون مجازات اسلامی باید حکم به تقدم مواد اخیر نمود که منطوقاً بر موضوعیت اقرار کیفری دلالت دارند، در حالی که ماده ۳۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری مفهوماً ممکن است ملهم طریقت اقرار باشد و در تعارض منطوق با مفهوم باید جانب دلالت منطوقی را گرفت.

۳. به عنوان آخرین راهکار در جایی که همچنان بر وجود یک تعارض مستقر میان این مواد پافشاری شود، باید به طریق رفع تعارض منصوص در اصل ۱۶۷ قانون اساسی تن دهیم که به منابع و فتاوی معتبر اسلامی مراجعه نماییم که نتیجه چنین ارجاعی تعیین ضابطه موضوعیت داشتن اقرار به شرحی است که در قانون مجازات اسلامی انعکاس یافته است.

منابع

فارسی

- آخوندی، محمود (۱۳۸۸)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
- آخوندی، محمود (۱۳۹۴)، شناسای آیین دادرسی کیفری: اثبات بزهکاری و راهنماهای آن، جلد هفتم، چاپ دوم، تهران: دوران‌دیشان.
- آقایی‌طوق، مسلم (۱۳۹۸)، «تدوین شکلی: حلقه مفقوده نظام تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۰۶.
- اردبیلی، محمد علی (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، جلد اول، چاپ سی و دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- اداره تبلیغات و انتشارات مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۸)، راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- پیمانی، ضیاءالدین (۱۳۵۶)، دلایل قضایی در حقوق انقلابی فرانسه، بی‌جا: چاپخانه خرمی.
- تدین، عباس (۱۳۸۸)، تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، تهران: نشر میزان.
- خالقی، علی (۱۳۹۶)، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، چاپ سی و ششم، تهران: مؤسسه شهر دانش.
- سیهوند، امیرخان (۱۳۸۶)، جرایم علیه اشخاص، چاپ اول، تهران: مجد.
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۹۳)، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- عابدی، احمدرضا (۱۳۹۸)، آیین دادرسی کیفری، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد دوم، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۴)، ادله اثبات دعوا، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۶)، قواعد فقه: بخش جزایی، چاپ هفتم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه (۱۳۹۶)، پیشینه رویه قضایی در ایران در ارتباط با قانون مجازات اسلامی، جلد دوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- معاونت آموزش قوه قضاییه (۱۳۸۹)، نکته‌های کلیدی آیین دادرسی مدنی: اقرار، تحقیق ابراهیم فرامرزی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جاودانه.
- مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا (۱۳۹۰)، نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، نسخه دوم، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۸۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: نشر دادگستر.
- هدایتی، محمد علی (۱۳۴۲)، آیین دادرسی کیفری، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

عربی

- آشتیانی، میرزا محمد حسن (۱۴۲۵ق)، کتاب القضاء، جلد اول، قم: انتشارات زهیر.

- آل بحرالعلوم، سید محمد (۱۴۰۳ق)، بلغه الفقيه، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران: منشورات مكتبه الصادق عليه السلام.
- آملی، محمدتقی (۱۳۸۰ق)، مصباح الهدی فی شرح العروه الوثقی، جلد اول، تهران: نشر مؤلف.
- اراکی، محمدعلی (۱۴۱۵ق)، کتاب البيع، جلد اول، قم: مؤسسه در راه حق.
- ابن ادریس حلی، أبوجعفر محمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد سوم، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اسماعیل پور قمشه ای، محمدعلی (۱۳۷۹)، البراهین الواضحات: دراسات فی القضاء، جلد دوم، قم: انتشارات طهارت.
- اشتهاړدی، علی پناه (۱۴۱۷ق)، مدارک العروه، جلد بیست و هشتم، تهران: دارالاسوه.
- بجنوردی، سید محمد حسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهيہ، جلد سوم و چهارم، قم: نشر الهادی.
- بغدادی، جلالی (۱۹۹۶م)، الاجتهاد القضائي فی المواد الجزائيہ، جلد اول، الجزایر: المؤسسة الوطنية.
- بیاتی، عبدالغفور محمد اسماعیل و احمد عبدالغفور محمد بیاتی (۲۰۱۸م)، القواعد و الضوابط الفقهيہ فی الاثبات القضائي، بیروت: دارالکتب العلمیہ.
- ثروت، جلال (۲۰۰۴م)، نظام الاجرائات الجنائيہ، قاهره: مطابع السعدنی.
- جبعی عاملی [شهید ثانی]، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام، جلد سیزدهم، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیہ.
- جمال، درسی (۲۰۱۰م)، حجیه الاعتراف فی تكوين قناعه القاضي الجزائي، رساله للماجستير، بن عكنون: كليه الحقوق جامعه الجزائر.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامه، جلد پانزدهم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوين، جلد دوم، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- حلی [علامه]، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، مختلف الشيعه، جلد هشتم، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک، جلد هفتم، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۰۱ق)، کتاب القضاء، جلد اول، قم: دار القرآن الکریم.
- زحیلی، محمد مصطفی (۱۹۸۲م)، وسائل الاثبات فی الشریعہ الاسلامیہ فی المعاملات المدنیہ و الاحوال الشخصیہ، دمشق: مکتبه دار البیان.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۶۸م)، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد دوم، قاهره: دارالنهنه العربیہ.
- شبیری زنجان، سید موسی (۱۴۱۹ق)، کتاب نکاح، جلد دهم، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- طباطبائی حکیم، سید محمد سعید (۱۴۲۷ق)، مسائل معاصره فی فقه القضاء، چاپ دوم، نجف اشرف: دارالهلال.
- طباطبائی مجاهد، سید محمد (۱۲۹۶)، مفاتیح الاصول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- طوسی [شیخ الطائفه]، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیہ، جلد هشتم، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریہ علیہ السلام.

- علوی، عادل (۱۴۱۵ق)، **القصاص على ضوء القرآن و السنة**، جلد دوم، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- فاضل اصفهانی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، **كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام**، جلد دهم، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- فخرالمحققین حلی، أبوطالب محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، **ایضاح الفوائد**، جلد چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد**، جلد پنجم، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مروان، محمد (۱۹۹۹م)، **نظام الاثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري**، جلد اول، بن عكنون: ديوان المطبوعات الجامعية.
- مطرودی، علی بن عبدالعزيز (۲۰۱۸م)، «دفع التعارض بين المنطوق و مفهوم المخالفه: دراسه نظريه تطبيقيه»، **مجله الجمعیه الفقهيہ السعودیه**، سال هشتم، شماره ۴۳.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۸ق)، **أنوار الفقاهه: كتاب الحدود و التعزيرات**، جلد اول، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن أبی طالب علیه السلام.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ق)، **فقه الحدود و التعزيرات**، جلد اول، چاپ دوم، قم: انتشارات دانشگاه مفید.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳ق)، **فقه القضاء**، جلد اول، چاپ دوم، قم: انتشارات دانشگاه مفید.
- موسوی بهبهانی، سیدعلی (۱۴۰۵ق)، **القواعد الكلية: الفوائد العلية**، جلد اول، چاپ دوم، اهواز: کتابخانه دارالعلم.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، **التنقيح في شرح العروة الوثقى: الطهارة**، جلد سوم، قم: بی نا.
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۲ق)، **الدر المنضود في أحكام الحدود**، جلد اول، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.
- نفراوی الأزهري، أحمد (۱۴۱۸ق)، **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، جلد اول، بیروت: دار الكتب العلمیه.
- وزارة الاوقاف و الشئون الاسلاميه (۱۴۰۴ق)، **الموسوعة الفقهيه**، جلد اول، کویت: دارالصفوة.
- هاشمی شاهرودی، محمود (۱۴۲۳ق)، **قراءات فقهیه معاصره**، جلد اول، قم: مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی.

انگلیسی

- Hutson, Lorna (2007), *The Invention of Suspicion*, Oxford: Oxford University Press.
- Ostien, Philip (2007), *Sharia Implementation in Northern Nigeria 1999-2006: A source- book*, First published, Ibadan, Spectrum Books.

قوانین و مقررات

- دائره القضاء (۲۰۱۷)، **قانون الإجراءات الجزائية**، چاپ سوم، ابوظبی: دائره القضاء.
- قانون آیین دادرسی کیفری جمهوری آذربایجان (۲۰۰۰)؛ قابل دسترس در:

https://online.zakon.kz/document/?doc_id=30420280#pos=7;-106 (last visited on 5/19/ 2020).

- قانون آیین دادرسی کیفری جمهوری قرقیزستان (٢٠١٧)؛ قابل دسترس در:

<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111530> (last visited on 5/19/ 2020).

- قانون الاثبات الیمنی (١٩٩٢)؛ قابل دسترس در:

https://yemen-nic.info/db/laws_ye/detail.php?ID=11368 (last visited on 3/21/ 2020).

- قانون اجراءات جزایی افغانستان (٢٠١٤)؛ قابل دسترس در:

http://moj.gov.af/Content/files/OfficialGazette/01101/OG_01132.pdf (last visited on 2/19/ 2020).

- قانون الاجراءات الجزائية العماني (١٩٩٩)؛ قابل دسترس در:

<https://data.qanoon.om/ar/rd/1999/1999-097.pdf> (last visited on 3/21/ 2020)

- قانون الاجراءات الجزائية الیمنی (١٩٩٤)؛ قابل دسترس در:

http://menarights.org/sites/default/files/2016-11/YMN_CriminalProcedureCode_AR.pdf (last visited on 3/21/ 2020).

- قانون الاجراءات الجنائية البحرینی (٢٠٠٢)؛ قابل دسترس در:

<https://www.lloc.gov.bh/Media/Publications/Download/016.pdf> (last visited on 3/21/ 2020).

- قانون الاجراءات الجنائية السودانيه (١٩٩١)؛ قابل دسترس در:

<https://www.legal-tools.org/doc/c7af04/pdf/> (last visited on 3/22/ 2020).

- قانون الاجراءات الجنائية القطری (٢٠٠٤)؛ قابل دسترس در:

<https://almeezan.qa/LawPage.aspx?id=3971&language=ar> (last visited on 3/22/ 2020).

- قانون الاجراءات الجنائية الليبي (١٩٥٣)؛ قابل دسترس در:

<https://aladel.gov.ly/home/?p=1348> (last visited on 3/21/ 2020).

- قانون الاجراءات الجنائية المصري (١٩٥٠)؛ قابل دسترس در:

<https://manshurat.org/node/14676> (last visited on 3/21/ 2020).

- قانون الاصول المحاكمات الجزائية العراقي (١٩٧١)؛ قابل دسترس در:

<http://iraqlid.hjc.iq:8080/LoadLawBook.aspx?SC=031220057844749> (last visited on 3/21/ 2020).

- نظام الاجراءات الجزائية السعودي (٢٠١٣)؛ قابل دسترس در:

<https://www.moj.gov.sa/Documents/Regulations/pdf/08.pdf> (last visited on 10/22/ 2020).

- وزارت دادگستری کویت (٢٠١١)، مجموعه التشريعات الكويتية: قانون الإجراءات و المحاكمات الجزائية، جلد دوم، کویت: مطابع الخط.

- Enactment No. 13 of Syariah Criminal Code of Kelantan (1993 - 2015), available at:

http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen2011/Eng_enactment_Ori_lib.nsf/f831ccddd195843f48256fc600141e84/edd5daa1361eaa7d482580140012da26?OpenDocument (last visited on 7/18/ 2020).

- **Enactment No. 4 of Syariah Criminal Offence (Hudud and Qisas) of Terengganu** (2002), available at:
http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen2011/Eng_enactment_Ori_lib.nsf/f831ccddd195843f48256fc600141e84/eb184e29f5fa06884825765f00040fc0?OpenDocument. (last visited on 7/18/ 2020).
- **Qanun Aceh Nomor 6 Hukum Jinayat** (2014), available at:
<https://dsi.acehprov.go.id/wp-content/uploads/2017/02/Qanun-Aceh-Nomor-6-Tahun-2014-Tentang-Hukum-Jinayat.pdf> (last visited on 7/19/ 2020).
- **Syariah Courts Criminal Procedure Code Order** (2018), available at:
<http://www.agc.gov.bn/AGC%20Site%20Pages/SYARIAH%20COURTS%20CRIMINAL%20PROCEDURE%20CODE%20ORDER,%202018%20-%20AMENDMENT.aspx> (last visited on 7/19/ 2020).
- **Syariah Courts Evidence Order** (2001), available at:
[http://www.agc.gov.bn/AGC%20Images/LOB/Order/MNOP/Syariah%20Courts%20Evidence%20Order,%202001%20\(S%2063\).pdf](http://www.agc.gov.bn/AGC%20Images/LOB/Order/MNOP/Syariah%20Courts%20Evidence%20Order,%202001%20(S%2063).pdf) (last visited on 7/18/ 2020).

حق دسترسی به اینترنت؛ مبانی و محتوا

باقر انصاری*

چکیده

دسترسی افراد به اینترنت یکی از موضوعات روز در سطح بین‌المللی و ملی است که از زوایای مختلف اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و حقوقی مورد بحث قرار می‌گیرد. از منظر حقوقی، پرسش‌های مطرح در این باره آن است که آیا دسترسی به اینترنت حق افراد است. اگر حق افراد است، چه محتوایی دارد و چگونه قابل تحقق است؟ این مقاله، برای پاسخ به پرسش‌های مذکور، به مطالعه در منابع بین‌المللی و رویه‌های ملی و واکاوی دیدگاه‌های مطرح درباره مبنا و محتوای حق مذکور پرداخته و به این نتیجه رسیده است که دیدگاه غالب این است که دسترسی به اینترنت حق افراد است، ولی در مورد محتوای آن مناقشه وجود دارد. با وجود این، می‌توان حق اتصال به اینترنت، اصل بی‌طرفی، حق بی‌نامی، حق استفاده از فناوری رمزگذاری و حق بر امن و شفاف بودن اینترنت را به عنوان عناصر اصلی این حق شناخت. همچنین این حق، به طور عمده، جنبه شکلی و ساختاری دارد تا ماهوی. یعنی به اصل دسترسی به اینترنت مربوط است، نه به محتوایی که در نتیجه دسترسی مبادله می‌شود.

واژگان کلیدی: دسترسی به اینترنت، فضای مجازی، بی‌طرفی شبکه‌ای، رمزگذاری، بی‌نامی

مقدمه

دسترسی افراد به اینترنت به دلیل پیوند وثیقی که با تحقق حقوق و آزادی‌های افراد و تأمین منافع و نیازهای آنان پیدا کرده است به یکی از موضوعات مهم در حوزه حقوق ارتباطات تبدیل شده است. پرسش‌های گوناگونی در این باره مطرح است از جمله اینکه آیا هر فردی حق دارد به اینترنت دسترسی داشته باشد؟ دسترسی به اینترنت به چه معناست و چگونه محقق می‌شود؟ دولت‌ها چه تکالیفی در زمینه دسترسی افراد به اینترنت دارند؟

در پاسخ به این پرسش‌ها، نظر غالب آن است که دسترسی به اینترنت حق افراد است؛ حقی نسبتاً نوپدید که البته ابعاد مفهومی و مصداقی آن مورد مناقشه است. گاهی از این حق به عنوان لازمه آزادی بیان و سایر حقوق موجود یاد می‌شود و گاهی به عنوان حق نوپدید و مستقل. گاهی بر ابعاد فنی و شکلی آن تمرکز می‌شود و گاهی بر ابعاد محتوایی و ماهوی اش.

برخی کشورها، یا با تصویب قانون یا به ابتکار رویه قضایی، ابعاد مفهومی و مصداقی این حق را تا حد زیادی روشن کرده‌اند و در سطح بین‌المللی نیز برخی مراجع بین‌المللی در مقام تفسیر معاهدات بین‌المللی یا صدور آراء قضایی یا انتشار گزارش‌های ترویجی، مفهوم، محتوا و شأن هنجاری این حق را تا حدی روشن کرده‌اند.

در نظام حقوقی ما وضعیت این حق چندان روشن نیست. چه از نظر سیاست تقنینی و چه از نظر سیاست قضایی، رویه روشن و مشخصی مشاهده نمی‌شود. رویکرد غالب آن است که قواعد ناظر بر وسایل ارتباطی سنتی نظیر مطبوعات و رادیو و تلویزیون بر دسترسی به اینترنت نیز تسری یابد. در حالی که قیاس اینترنت با سایر وسایل ارتباطی به دلایل متعدد درست نیست و سبب می‌شود در برخی از حوزه‌ها قاعده‌ای برای اعمال آن یافت نشود و در برخی حوزه‌ها نیز، به دلیل ماهیت چندرسانه‌ای اینترنت، چندین قاعده قابل اعمال و معارض یافت شود. گاهی نیز قواعد سنتی قابل اعمال با طبع بین‌المللی اینترنت و ماهیت غیرمتمرکز آن سازگاری ندارند، زیرا نرم‌افزار یا مطلب واحدی که در کشورهای مختلف قابل دسترس است ممکن است در یک یا چند کشور قانونی و اخلاقی قلمداد شود ولی در کشورهای دیگر غیرقانونی یا غیراخلاقی.

با توجه به نکات بالا، این مقاله درصدد است تا به پرسش‌های مطرح در ابتدای این مقدمه پاسخ دهد. در انجام این مهم، دستاوردهای مطالعات تطبیقی و موازین بین‌المللی مرتبط به عنوان مبنا و مرجع مورد توجه قرار گرفته، توصیف، دسته‌بندی و تحلیل خواهند شد. بدین منظور، مطالب مقاله در دو بخش تنظیم شده است: نخست، مبانی و ماهیت حق دسترسی به اینترنت و سپس، تبیین و تحلیل محتوای آن.

۱. مبانی و ماهیت حق دسترسی به اینترنت

۱-۱. مبانی حق دسترسی به اینترنت

درباره شناسایی یا عدم شناسایی حق‌های نوپدید همانند حق بر انرژی، برق، آب، غذا، مسکن، صلح، توسعه، تغییر جنسیت، مرگ با کرامت، همواره دو جریان فکری (اعم از اندیشمندان، کنشگران اجتماعی و نهادها) در برابر هم صف‌آرایی می‌کنند: جریانی با رویکرد محافظه‌کارانه که در برابر شناسایی هر حق جدید مخالفت می‌کند، مگر آنکه این شناسایی از فیلتر معیارهای سخت‌گیرانه آن‌ها عبور کند و جریان دیگری با رویکرد تحول‌گرایانه و پویا که در شناسایی حق‌های جدید خود را با محذوریت‌های جدی مواجه نمی‌بیند.

بر همین اساس، در پاسخ به این پرسش که آیا دسترسی به اینترنت را می‌توان حق دانست یا نه، دو دیدگاه وجود دارد (Land, 2013: 397-401): دیدگاهی که معتقد است اینترنت یک فناوری است که ماهیت بسیار پویا و سیال دارد و به تبع نمی‌توان دولت‌ها را به تضمین و تأمین فناوری‌ای ملزم کرد که ممکن است در گذر زمان نفس آن یا ماهیت آن دگرگون شود. اگر چنین حقی را در مورد اینترنت قائل شویم، چرا در مورد دسترسی به سایر فناوری‌ها قائل نشویم؟ برخی دیگر، اینترنت را مصداقی از انواع وسایل ارتباطی و بیان می‌دانند که در حال حاضر دسترسی به آن‌ها حق شناخته شده است. بنابراین، حتی اگر فناوری یا وسیله مذکور در آینده متحول بشود تأثیری در حق شناختن دسترسی به آن نخواهد داشت. در واقع، این حق بر یک فناوری ارتباطی است، با تمام پویایی و تحولاتی که ممکن است در آینده داشته باشد. ازاین‌رو، در شناسایی حق بر فناوری‌ها از جمله «حق بر برق» یا «حق بر انرژی»، که صورت تحول‌یافته آن است، تردیدی ندارند (Löfquist, 2019: 10-11).

در مقام تحلیل این دو دیدگاه، باید گفت که از منظر فلسفه حق، هر ادعایی را نمی‌توان «حق» شناخت. با توجه به اینکه حق‌ها موجد تکلیف بر عهده دیگران هستند و آزادی آن‌ها را محدود می‌کنند برای شناسایی یک ادعا به عنوان حق توجیهات قوی لازم است (Wenar, 2005: 237-251). برخی اندیشمندان که طرفداران نظریه حق-اراده^۱ نامیده می‌شوند بر این باور هستند که یک ادعا زمانی می‌تواند حق شناخته شود که از تعیین سرنوشت، آزادی و استقلال فردی در تصمیم‌گیری‌ها و از شکوفاساختن شخصیت و هویت فردی دفاع کند (Harel, 2002: 6). برای مثال، هارت می‌گوید: حق یعنی یک انتخاب حمایت‌شده. داشتن حق یعنی داشتن نوعی کنترل بر تکلیف ملازم با آن. حق داشتن یعنی بودن در موقعیت برتر برای انتخاب این یا آن (Bayles, 1992: 146). ولمن با تمایز

بین حق‌های اخلاقی و قانونی می‌گوید: حق‌ها اعم از اخلاقی و قانونی متشکل از موقعیت‌های چهارگانه هوفلدی (آزادی، ادعا، قدرت و مصونیت) هستند که به دارنده خود نسبت به موضوع خاص، در مقام معارضه با دیگران، سلطه^۱ و امکان کنترل اعطا می‌کنند (Wellman, 1995: 24). در مقابل، طرفداران نظریه‌های حق-منفعت^۲ معتقدند ادعاهایی را می‌توان حق شناخت که از منافع بنیادی افراد حمایت کنند. نقطه ثقل حق‌ها حمایت از منافع دارنده حق است و او را منتفع از تکالیف حمایت‌شده‌ای قرار می‌دهند که بر عهده دیگران قرار می‌گیرد (Summer, 1989: 47). برای مثال، رز می‌گوید: تنها زمانی می‌توان گفت الف حق دارد که یک جنبه از رفاه (نفع) او، دلیل کافی برای تحمیل یک تکلیف بر عهده شخص دیگر باشد (Raz, 1986: 166).

دسته سوم اندیشمندان معتقدند که به‌طور مطلق نمی‌توان گفت که همه حق‌ها با حمایت از اراده یا منافع افراد پیوند دارند، بلکه حسب مورد، یک حق ممکن است برای حمایت از اراده افراد شناسایی شود و حق دیگری برای حمایت از منافع افراد^۳. محتوای اصلی دسته‌ای از حق‌ها بیان آزادی رفتار است و محتوای دسته‌ای دیگر مصون‌بودن از برخی آسیب‌ها یا دسترسی به برخی خدمات. متناظر با این دسته‌بندی از حق‌ها، تکالیفی درخصوص نحوه رفتار بر عهده دیگران قرار می‌گیرد (Martin, 1993: 45). حقوق مدنی و سیاسی عمدتاً از آزادی افراد و حقوق اقتصادی و اجتماعی عموماً از توانایی یا فرصت‌های افراد حمایت می‌کنند. بنابراین، حق‌ها حالت ایستا ندارند؛ آن‌ها شرایط و فرصت‌هایی هستند که هر زمان ضروری باشد افراد باید داشته باشند.

غالب اندیشمندان اسلامی که درباره مبانی حق صاحب‌نظرند، بر این باور هستند که منشأ اصلی و حقیقی حق و تکلیف تنها خداوند است و سایر حقوق جنبه اعتباری دارند. حق از امور اعتباری است و این اعتبار را می‌توان برای فرد داشت یا برای جمع^۴. حقوق‌دانانی نیز که در این زمینه مطالعه داشته‌اند، عمدتاً بر همان دسته‌بندی دوگانه‌ای که در حقوق غربی مورد توجه است صحه گذاشته و هر دو مبنا یا یکی از آن‌ها را قابل پذیرش دانسته‌اند (برای مثال، نک: قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۲؛ راسخ، ۱۳۸۴). از این‌رو، شناسایی چنین حقی چه از منظر حقوق اسلامی و چه از منظر حقوق‌دانان، بر اساس ارزش‌ها و کارکردهای مرتبط با آن، توجیه‌پذیر خواهد بود.

1. dominion

2. the interest theory

3. the hybrid theory

۴. برای آشنایی با نظرات اندیشمندان اسلامی درباره مفهوم و شرایط حق و تمیز آن از سایر مفاهیم مشابه، نک:

(صرامی، ۱۳۸۵؛ جوادی آملی، ۱۳۸۵؛ نبویان، ۱۳۸۸).

بنابر آنچه در مورد نظریه‌های توجیه‌کننده حق‌ها گفته شد، چنانچه دسترسی به اینترنت برای تحقق آزادی و اراده افراد یا برای تأمین منافع آن‌ها ضرورت اساسی داشته باشد، می‌توان از حق دسترسی به اینترنت سخن گفت. اکنون، برخی اندیشمندان، دولت‌ها و مراجع بین‌المللی چنین ضرورتی را تصدیق کرده‌اند و از حق دسترسی به اینترنت سخن می‌گویند. توجیهات اینان به شرح زیر است.

۱-۱-۱. اینترنت به مثابه ابزار شکوفایی اراده افراد

دسترسی به اینترنت در گسترش قلمرو انتخاب‌های افراد و تعیین هویت برای خود نقش بسیار کلیدی دارد و به تحقق طیف وسیعی از آزادی‌های اشخاص کمک می‌کند. آزادی بیان و مطبوعات، حق دسترسی به اطلاعات، آزادی انجمن‌ها و اجتماعات، آزادی تجارت، حق مشارکت در امور عمومی از جمله در تعیین سرنوشت جامعه خود از آزادی‌هایی هستند که با کمک اینترنت از قابلیت اعمال و تحقق بیشتر برخوردار شده و بسط یافته‌اند (De Hert and Kloza, 2012: 6-8).

اکنون، اینترنت توانایی و انتخاب‌های افراد را در جست‌وجو، دریافت، انتشار و اشاعه اطلاعات و دیدگاه‌ها افزایش داده است. سرعت انتشار، گستردگی قلمرو انتشار، تکرار بیان‌ها و مطالب منتشر شده و هزینه بسیار کم به افراد امکان داده است تا با کنارزدن موانع سنتی، اطلاعات خود را با سهولت بیشتر انتشار داده و امکان دسترسی به اطلاعات و دانشی را که قبلاً در دسترس نبوده است داشته باشند. اینترنت محدودیت‌ها و کنترل‌های پیشینی بر بیان‌ها (اعم از مادی نظیر داشتن سرمایه مشخص و قانونی نظیر اخذ مجوز) را بی‌اثر یا حداقل کم‌اثر کرده است و بر همین اساس، این امکان را برای افراد و گروه‌های کم‌برخوردار فراهم کرده است که به‌نحو بی‌سابقه‌ای نظرها، انتقادات و پیشنهادها را در مورد امور مختلف جامعه بیان کنند و صدایشان شنیده شود. در خصوص دسترسی به اطلاعات نیز اگر این آزادی را دارای دو بعد حق بر آگاه‌شدن^۱ و دانستن و حق بر آگاه‌کردن^۲ بدانیم اینترنت به تحقق هر دو بعد کمک شایانی می‌کند (W. Penney, 2011: 15-20). افراد با دسترسی به اینترنت، دریافت‌کننده و ناظر منفعل اطلاعات نیستند، بلکه در بسیاری از موارد به مثابه پدیدآورنده، روزنامه‌نگار یا ناشر فعال عمل می‌کنند. این امر به نوبه خود به نوآوری و شکوفایی فردی، کشف حقیقت و پیشرفت جامعه کمک می‌کند.

افزون بر این، اینترنت به تحقق آزادی انجمن و اجتماع به‌نحو مؤثری کمک می‌کند. به افراد کمک می‌کند تا با اندیشه‌ها و نظرات و باورهای اشخاص دیگر به‌ویژه هم‌سالان یا هم‌صنفان یا هم‌رشته‌های خود آشنا شوند و نظرات خود را که ممکن بود در عالم واقع جرأت یا فرصت بیان آن‌ها را نداشته

1. Right to know

2. Right to inform

باشند با آن‌ها در میان بگذارند. موجب می‌شود افراد دارای اشتراکات فکری بتوانند در مورد موضوعات مختلف سیاسی، اقتصادی و اجتماعی با یکدیگر تعامل داشته باشند، گروه‌های هم‌فکر تشکیل دهند و در صورت نیاز، با ایجاد پویش یا اعتراض جمعی، نظر خود را درباره امور مختلف بیان کنند. اکنون، شبکه‌های اجتماعی یکی از ابزارهای مهم برای اعمال آزادی تجمع و دنبال کردن منافع مشترک هستند. گزارشگر ویژه سازمان ملل تصریح کرده است که آزادی اجتماعات هم در دنیای مجازی و هم در دنیای واقعی قابلیت اعمال دارد. در نتیجه قوانینی که به‌نحو توجیه‌ناپذیری آزادی بیان و اجتماعات افراد را در اینترنت محدود می‌کنند پذیرفته نیستند، چراکه می‌توانند تأثیر نامطلوب بر توانایی سازماندهی و مطالبه منافع مشترک داشته باشند (Kiai: 2014: 63).

همچنین، اینترنت یکی از ابزارهای مهم مشارکت مدنی و عمومی است و اکنون دموکراتیک‌ترین وسیله ارتباطی جهان و مؤثرترین آن‌ها برای شکل‌گیری جامعه مدنی اطلاعاتی به شمار می‌رود (Lucchi, 2013: 2-3). این فناوری، به جهت قابلیت حفاظت از بی‌نامی افراد، به آن‌ها کمک می‌کند تا در زمینه موضوعاتی که زندگی آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد بدون ترس و وا همه مشارکت و اظهارنظر کنند. دسترسی آسان به اطلاعات عمومی از طریق اینترنت نیز شهروندان را قادر می‌سازد تا به‌طور فعال در فرایندهای تصمیم‌گیری عمومی مشارکت داشته باشند و برای بهتر شدن وضع خود اقدام کنند.

با توجه به قابلیت اینترنت در کمک به شکوفایی اراده‌های افراد و تحقق آزادی‌ها و انتخاب‌های آن‌ها، برخی نویسندگان دسترسی به اینترنت را همانند آب برای انسان حیاتی دانسته که باید همانند دسترسی به آب و برق به‌عنوان حق اصیل و مستقل شناسایی شود (De Hert and Kloza, 2012: 12) و برخی دیگر ضمن اذعان به اهمیت و فواید دسترسی به اینترنت، آن را صرفاً کمک‌کننده به دارندگان حقوق و تسهیل‌کننده تحقق حقوق موجود دانسته‌اند، نه حق مستقل.

۲-۱-۱. اینترنت به مثابه ابزار تأمین منافع

اینترنت تحقق طیف گسترده‌ای از منافع و نیازهای افراد و دسترسی آن‌ها به خدمات مورد نیازشان را نیز میسر ساخته است. اکنون، بخش شایان توجهی از خدمات عمومی از قبیل خدمات قضایی، انتظامی، بانکی، بیمه‌ای، مالیاتی، رفاهی، بازرگانی و آموزشی از طریق اینترنت دسترسی‌پذیر است و دسترسی افراد مختلف جامعه به آموزش، کسب و کار، نوآوری‌ها، خدمات سلامتی، تفریح و سرگرمی، از طریق اینترنت، توسعه یافته است.

برای مثال، اینترنت یک ابزار مهم برای آموزش شده است؛ از یک سو، به‌عنوان یک ابزار امکان آموزش را برای افرادی فراهم آورده است که بدون آن از آموزش محروم بودند. کودکان روستایی و مناطق

محروم، کودکان توان خواه جسمی حرکتی و کودکان کار از این جمله اند. از سوی دیگر، اینترنت، به عنوان محتوا، دسترسی به منابع گسترده دانش را برای همگان به ویژه پژوهشگران فراهم کرده است. این ابزار اشکال سنتی آموزش را تغییر داده و از طریق «دسترسی های باز و رایگان»، منابع پژوهشی و آموزشی مفیدی را برای افراد ساکن در کشورهای در حال توسعه فراهم کرده است (Kiai, 2014: 61-62).

اینترنت بستر مهمی برای کسب و کار و نوآوری و مبادلات تجاری تبدیل شده است، به گونه ای که سازمان بین المللی کار در صدد تدوین ضوابط و معیارهایی خاص برای حمایت از کارگران دیجیتال برآمده است (ILO, 2018: 105-109). بر اساس اصل آزادی تجارت، همگان حق دارند در این فضا به کسب و کار و تجارت اقدام کنند. اکنون، کارگران و کارفرمایان دیجیتال نقش مهمی در بازارهای کنونی جهان بازی می کنند و بر این اساس، دولت ها مکلف هستند تا زیرساخت و شرایط لازم برای توسعه تجارت الکترونیک را فراهم آورند و از جمله نظام بانکی، مالیاتی، گمرکی، بیمه ای، آموزشی، آماری، اداری و قضایی مناسب را برای مبادلات تجاری در فضای مجازی فراهم کنند.

دیوان اروپایی حقوق بشر در دو پرونده به موضوع حق اتصال زندانیان به اینترنت رسیدگی کرده و از وجود چنین حقی دفاع کرده است. در دعوای کالدا علیه استونی، شاکی مدعی بود که مقامات زندان دسترسی وی به سه سایت حاوی مطالب حقوقی را که توسط دولت و شورای اروپا مدیریت می شدند و آن مطالب برای استفاده در رسیدگی های قضایی وی قابل استناد بودند بدون عذر موجه منع کرده و آزادی بیان او را نقض کرده اند. دولت استونی اعلام کرد که به جهت دلایل امنیتی و نیز هزینه ها وی را منع کرده است. دیوان با دو استدلال دولت استونی را ناقض آزادی بیان شناخت: اولاً دسترسی زندانیان به اینترنت تحت نظارت و کنترل مقامات زندان فراهم شده است، پس هزینه آن قبلاً پرداخت شده است و ثانیاً، متقاضی دنبال سایت هایی بوده است که یا توسط دولت استونی اداره می شدند یا توسط شورای اروپا و چنین سایت هایی نمی توانند خطر امنیتی داشته باشند. بنابراین، اقدامات دولت استونی فاقد شرط ضروری بودن در یک جامعه دموکراتیک بوده است.^۱ در دعوای جانکوفسکیس علیه لیتوانی نیز یک زندانی (شاکی) از دسترسی به وبسایتی که توسط وزارت آموزش و علوم اداره می شد محروم شده بود. مسئولان زندان به متقاضی اعلام کردند که قوانین حاکم و جاری به زندانیان اجازه دسترسی به اینترنت را نمی دهد. دیوان در بررسی این پرونده اعلام کرد که منع دسترسی زندانیان به موجب قانون بوده و برای اهداف مشروع. اما با توجه به اینکه شاکی در صدد دسترسی به اطلاعات راجع به برنامه های آموزشی دانشگاه ها بوده و این اطلاعات چه بسا در آینده در

1. Kalda v. Estonia 17429/10 Judgment 19 January 2016, para.49-54, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160270>.

فرایند اصلاح و بازگشت وی به جامعه مؤثر باشد و با توجه به اینکه بعضی اطلاعات صرفاً از طریق اینترنت عرضه می‌شوند دولت لیتوانی باید ضرورت دسترسی برای چنین مواردی را در نظر می‌گرفت و زندانیان را به‌طور مطلق از حق دسترسی به اطلاعات از طریق اینترنت محروم نمی‌کرد. ازاین‌رو، ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نقض شده است.^۱

با توجه به نکات بالا، در روزگار کنونی برای هر فردی که بخواهد زندگی با کیفیت و توأم با کرامت داشته باشد دسترسی به اینترنت ضرورت دارد. در برابر، فراهم‌نبودن امکان دسترسی به اینترنت منجر به بروز تبعیض‌های مختلف و «شکاف دیجیتالی» می‌شود. سطح نابرابر دسترسی کاربران در کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه و کمتر توسعه‌یافته به اینترنت و حتی سطح نابرابر دسترسی افراد مناطق روستایی، گروه‌های محروم مثل افراد توان‌خواه و افراد متعلق به گروه‌های اقلیت به اینترنت به دلیل نبود فناوری‌های دسترسی، هزینه‌های بالای دسترسی، سرعت پایین اینترنت و...، به ظهور انواع نابرابری‌ها در درون کشورها و بین کشورها می‌شود.

دسترسی تبعیض‌آمیز به اینترنت نیز می‌تواند زندگی توأم با کرامت را در معرض خطر قرار دهد. در برخی از مطالعات، از شکل‌گیری رویه‌های تبعیض‌آمیز علیه سالمندان به دلیل نداشتن توانایی‌های لازم برای دسترسی به اینترنت و استفاده از خدماتی که در بستر اینترنت ارائه می‌شود ابراز نگرانی شده است (Australian Human Rights Commission, 2018: 19).

در نظام حقوقی ایران، حمایت از دسترسی به اینترنت عمدتاً از منظر ارتباط این فناوری به ارائه خدمات مفید به مردم مورد توجه قرار گرفته است. در نخستین مصوبه‌ای که در خصوص اینترنت با عنوان «مقررات و ضوابط شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای» از سوی شورای عالی انقلاب فرهنگی تصویب شده است (۱۳۸۰)، از «حق دسترسی آزاد مردم به اطلاعات و دانش» و «ایجاد حداکثر سهولت در ارائه خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت به عموم مردم» به عنوان اهداف این مصوبه نام برده شده است. همین عبارت در سایر مصوبات مرتبط با اینترنت از جمله در آیین‌نامه ساماندهی فعالیت پایگاه‌های اطلاع‌رسانی (سایت‌های) اینترنتی ایرانی مصوب هیئت وزیران (۱۳۸۵) تکرار شده است و مصوبات مرتبط با دولت الکترونیک^۲ و سیاست‌های کلی اصلاح نظام اداری (بند ۵) ابلاغی ۱۳۸۹^۳ تکرار شده است.

1. Jankovskis v. Lithuania, judgment of 17 January 2017, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-11349>.

2. <https://www.aro.gov.ir/Portal/View/Page.aspx?PageId=b3e5568c-0407-49c6-8933-c7001bd5501c>

۳. توسعه نظام اداری الکترونیک و فراهم‌آوردن الزامات آن به منظور ارائه مطلوب خدمات عمومی.

۱-۲. ماهیت حق دسترسی به اینترنت

پس از مطالعه مبانی حق دسترسی به اینترنت، این پرسش مطرح می‌شود که حق مذکور چه ماهیتی دارد؟ چه اشخاصی از آن برخوردار هستند و چه اشخاصی در برابر آن متعهد؟ به همین ترتیب، چه سازکارهای نظارتی و حمایتی در مورد این حق وجود دارد؟

در پاسخ به این پرسش‌ها می‌توان گفت که حق دسترسی به اینترنت در سطح ملی در زمره حقوق اساسی یا بنیادی و گاهی حقوق شهروندی شناخته شده است و در سطح بین‌المللی نیز تاکنون نزدیک به ۵۰ سند مختلف در سطوح جهانی و منطقه‌ای درباره نحوه تنظیم مسائل حقوقی و اخلاقی اینترنت تصویب شده است که در وهله نخست بر نفس دسترسی به اینترنت تأکید کرده‌اند (Weber, 2015: 24-25) و بر ماهیت حقوق بشری آن صحنه گذاشته‌اند.

۱-۲-۱. دسترسی به اینترنت به عنوان حق اساسی

برخی دولت‌ها دسترسی به اینترنت را به عنوان یکی از حقوق مبنایی یا اساسی شناخته و مشمول حمایت قانون اساسی اعلام کرده و برخی دیگر به عنوان یک حق قانونی و شهروندی از آن حمایت کرده‌اند. آفریقای جنوبی، اسپانیا، استونی، فرانسه، فنلاند، کاستاریکا، نیوزلند و یونان از این زمره‌اند (DiploFoundation, 2011: 1-3). برخی از این دولت‌ها حق دسترسی به اینترنت را جزئی از حق دسترسی به اطلاعات و ارتباطات شناخته‌اند و برخی دیگر قوانین خاصی را در مورد دسترسی افراد به اینترنت وضع کرده‌اند.

استونی در زمره نخستین کشورهایی است که با وضع قوانین خاص از جمله «قانون ارتباطات از راه دور» مصوب ۲۰۰۰، «قانون اطلاعات عمومی» مصوب ۲۰۰۰ و «قانون ارتباطات الکترونیک» مصوب ۲۰۰۴ اذعان کرده است که دولت موظف است دسترسی به اطلاعات و خدمات الکترونیک را برای همگان فراهم کند و همگان، صرف‌نظر از موقعیت مکانی و جغرافیایی خود، حق دسترسی به خدمات اینترنت با بهای یکسان را دارند. مفسران این قوانین تردیدی در شناسایی دسترسی به اینترنت به عنوان یک حق بشری در این کشور ندارند.

فنلاند با یک گام به جلو، در سال ۲۰۰۹، با وضع قانون بازار ارتباطات^۱ و پیش‌بینی تعهدات اپراتورهای ارائه‌دهنده خدمات دسترسی جهانی و حقوق مصرف‌کنندگان به طور ضمنی حق دسترسی شهروندان به اینترنت را شناسایی کرد و مقرر نمود که سرعت ارتباط با اینترنت باید در سطح حداقل یک مگابیت در ثانیه (سطح پهن باند) فراهم باشد.

1. Communications Market Act, <http://www.finlex.fi/en>.

در فرانسه حق دسترسی به اینترنت در زمره حقوق اساسی شناخته شده است. در سال ۲۰۰۹ شورای قانون اساسی فرانسه در مقام رسیدگی به مغایرت قانون مصوب کنگره این کشور با آزادی بیان و ارتباطات، که به یک مرجع اداری اجازه می‌داد در صورت احراز نقض حقوق پدیدآورندگان در اینترنت، با ارسال اظهارهایی به شخص ناقض، دسترسی او به اینترنت را قطع کند، اعلام کرد که «دسترسی به خدمات ارتباطات برخط یک حق اساسی است که بدون حکم قضایی نمی‌توان به آن تعرض کرد» و «تصمیم به مسدودکردن دسترسی یک فرد به اینترنت باید پس از برقراری توازن دقیق میان منافع از سوی یک دادگاه صورت گیرد، نه از سوی یک مؤسسه. ازاین‌رو، واگذاری چنین صلاحیتی به یک اداره خلاف قانون اساسی است» (Council Constitutionnel, 2009 : 12). دادگاه قانون اساسی کاستاریکا نیز در سپتامبر ۲۰۱۰ حکم داد تأخیر دولت در بازکردن بازار رقابتی برای ارتباطات از راه دور نقض حقوق اساسی متعددی همچون حق انتخاب مصرف‌کنندگان، حق دسترسی به فناوری‌های جدید اطلاعات و حق برابری و تعهد دولت به کاهش شکاف دیجیتال است (DiploFoundation, 2011: 3).

در نظام حقوقی ایران، تنها سندی که به حق دسترسی به فضای مجازی تصریح کرده است منشور حقوق شهروندی است که یکی از عناوین منشور را به این حق اختصاص داده و تصریح کرده است که «حق شهروندان است که آزادانه و بدون تبعیض از امکان دسترسی و برقراری ارتباط و کسب اطلاعات و دانش در فضای مجازی بهره‌مند شوند. این حق از جمله شامل احترام به تنوع فرهنگی، زبانی، سنت‌ها و باورهای مذهبی و مراعات موازین اخلاقی در فضای مجازی است. ایجاد هرگونه محدودیت (مانند فیلترینگ، پرازیت، کاهش سرعت یا قطعی شبکه) بدون مستند قانونی صریح ممنوع است» (ماده ۳۳). در سایر مصوبات، عمدتاً از تضمین منافع و مزایای دسترسی به اینترنت برای شهروندان سخن به میان رفته است و از زبان حق‌محور استفاده نشده است. همچنین، از محدودیت‌های قانون جرایم رایانه‌ای (مصوب ۱۳۸۸) برای استفاده‌کنندگان از ارتباطات رایانه‌ای و از تسری تضمین‌های قضایی مربوط به تعرض به حقوق اساسی به قلمرو برخی ارتباطات رایانه‌ای می‌توان استنباط کرد که قانون مذکور دسترسی به اینترنت را از حقوق شهروندان دانسته و با آن همانند سایر حقوق و آزادی‌های عمومی رفتار کرده است.

موج حمایت از دسترسی به اینترنت از سوی برخی دولت‌ها و اعمال تدابیر محدودکننده دسترسی به اینترنت از سوی دولت‌های دیگر دسترسی به اینترنت را به یک موضوع بین‌المللی مهم تبدیل کرد و ورود مراجع حقوق بشری و گزارشگران حقوق بشر به این موضوع را موجب شد.

۲-۲-۱. دسترسی به اینترنت به عنوان حق بشری

حق‌هایی در زمره حقوق بشر قرار می‌گیرند که با حمایت از کرامت انسانی در برابر تهدیدهای جدی دولتی ارتباط داشته و از صرف انسان بودن ناشی شده باشند (Donnelly, 1989: 17). در واقع، حقوق بشر در بین انواع هنجارهای حقوقی، هنجارهای اولویت‌دار^۱ و اهم^۲ محسوب می‌شوند که هر حقی قابلیت ورود به این ساحت را ندارد. این حقوق، ارتباط وثیقی با وجود انسان بما هو انسان دارند و از ارزش‌های انسانی بنیادی حمایت می‌کنند (VanderWal, 1990: 88). با این وصف، پرسش این است که آیا دسترسی به اینترنت، با فرض اینکه حق افراد شناخته شود، در زمره حقوق بشر است؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت در سطح بین‌المللی (اعم از منابع الزام‌آور و غیرالزام‌آور حقوق بین‌الملل)، دسترسی به اینترنت و استفاده از آن برای پیگیری اهداف مختلف فردی و اجتماعی دارای اوصاف مذکور و از لوازم زندگی توأم با کرامت بشر امروز قلمداد شده است. در این میان، ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی (حق مشارکت در زندگی فرهنگی و برخورداری از منافع پیشرفت‌های علم) به‌عنوان مهم‌ترین معاهداتی که متضمن حق دسترسی به اینترنت هستند، رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و دیوان آمریکایی حقوق بشر، تفسیرهای عام‌کمیت‌های حقوق بشر، قطعنامه‌های شورای حقوق بشر و گزارش‌های گزارشگران حقوق بشر، برای توجیه اینکه دسترسی به اینترنت در زمره حقوق بشر است مورد استناد و تحلیل و تفسیر قرار گرفته‌اند که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود.

کمیت‌های ناظر بر معاهدات حقوق بشر به‌ویژه کمیت‌های حقوق بشر، حقوق کودک و رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان (Szozkiewicz, 2018: 57-58) دیوان اروپایی حقوق بشر و گزارشگران ویژه حقوق بشر، حق دسترسی به اینترنت را به دو اعتبار مستحق برخورداری از حمایت‌های نظام بین‌المللی حقوق بشر دانسته‌اند. به یک اعتبار، آن را عنصری از عناصر آزادی بیان دانسته‌اند و به اعتبار دیگر، آن را ابزار و بستری برای اعمال و اجرای سایر حقوق بشر شناخته و اذعان کرده‌اند که دسترسی به اینترنت در بطن حقوق دیگری نظیر آزادی مذهب، رهایی از تبعیض، حق آموزش، حق بر سلامتی، حق کار، حق بر تفریح، حق مشارکت در زندگی اجتماعی و حق توسعه قرار دارد و جزئی از آن‌ها است. به همین دلیل، حق دسترسی به اینترنت، کم‌کم به‌عنوان یک حق چتری، حیثیت مستقلی پیدا کرده و به‌عنوان حق مستقل^۳، شناسایی می‌شود (Botero Marino, 2013: 17).

1. high-priority norms
2. matters of paramount importance
3. primary or specific human right

از نظر گزارشگر ویژه آزادی بیان (شورای حقوق بشر)، اینترنت، وسیله و مجرای است که حق آزادی بیان از طریق آن اعمال می‌شود و به همین دلیل، حق دسترسی به اینترنت، به‌عنوان یکی از حقوق فرعی و مشتق^۱، مشمول حمایت‌های مقرر برای آزادی بیان است. ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر می‌گوید: «هر کسی حق آزادی نظر و بیان دارد و حق مزبور شامل آن است که در داشتن نظرات و در جست‌وجو، دریافت و اشاعه اطلاعات و اندیشه‌ها، با هر وسیله و صرف‌نظر از مرزها، آزاد باشد». ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی از «هر وسیله» نیز تصریح می‌کند که: «... ۲. هر کس حق آزادی بیان دارد. این حق شامل آزادی جست‌وجو، دریافت و اشاعه اطلاعات و اندیشه‌ها از هر قبیل بدون توجه به مرزها خواه شفاهاً یا به‌صورت مکتوب یا به‌صورت هنری یا به هر وسیله دیگری به انتخاب خود می‌باشد». گزارشگر ویژه متذکر می‌شود که اینترنت، شبیه هیچ‌یک از ابزارهای ارتباطی دیگر نیست. این ابزار، تأثیر چشمگیری بر روزنامه‌نگاری، به اشتراک‌گذاری و دسترسی به اطلاعات و اندیشه‌ها داشته است (La Rue, 2011: 20-23).

دیوان اروپایی حقوق بشر نیز با مرتبط شناختن دسترسی به اینترنت با حق دسترسی به اطلاعات اعلام کرده است که: «حق دسترسی به اینترنت از حق دسترسی به اطلاعات و ارتباطات که در بسیاری از قوانین اساسی حمایت شده است تفکیک ناپذیر است و حق هر فرد به مشارکت در جامعه اطلاعاتی و الزام دولت‌ها به تضمین دسترسی به اینترنت برای شهروندان را دربر می‌گیرد. در نتیجه، از مجموع تضمین‌هایی که در مورد آزادی بیان وجود دارد می‌توان برداشت کرد که دسترسی بدون مانع به اینترنت نیز باید به‌عنوان حق شناخته شود.»^۲ کمیسیون آمریکایی حقوق بشر نیز حق دسترسی به اینترنت را از عناصر آزادی بیان و آزادی اطلاعات دانسته و مشمول حمایت‌های ماده ۱۳ کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر شناخته است (Lanza, 2017: 80-81).

شناسایی حق دسترسی به اینترنت در زمره حقوق بشر، بسیار مهم است، زیرا آن را از حمایت‌های نظام بین‌المللی حقوق بشر برخوردار می‌کند. مجموعی از تعهدات منفی و مثبت بر عهده دولت‌ها قرار می‌دهد. از یک سو، آن‌ها را از نفی و تحدید خودسرانه این حق منع می‌کند و از سوی دیگر، به تأمین زیرساخت‌ها و لوازم دسترسی افراد به اینترنت ملزم می‌سازد. این امر، دولت‌ها را ملزم می‌سازد تا در گزارش‌های ادواری خود به کمیته حقوق بشر یا سایر کمیته‌های ناظر بر معاهدات حقوق بشر، وضعیت این حق را نیز گزارش کنند و بر رعایت این حق در هر کشور دیگر نظارت کنند. به افراد

1. Derived or auxiliary human rights

2. Yildirim v. Turkey, Application no. 3111/10, 18 December 2012, Para. 31.

اجازه می‌دهد در صورت نقض این حق، بتوانند به سازکارهای نظارتی نظام بین‌المللی حقوق بشر از جمله شکایت علیه دولت‌های ناقض این حق متوسل شوند. همچنین، هر گونه تحدید این حق از جمله فیلترینگ آن را تابع اصل دموکراسی می‌شود. بدین معنا که محدودیت‌ها باید در قوانین و به‌طور روشن پیش‌بینی شوند، برای اهداف مشروع و قابل توجیه باشند و باید به گونه‌ای اعمال شوند که فقط بر دسترسی به محتوای غیرقانونی اثر بگذارد نه سایر مطالب و محتواهای قانونی. بر این اساس، مسدود کردن یا تعلیق کل وب سایت‌ها، سیستم عامل‌ها، کانال‌ها، آدرس‌های آی پی، نام دامنه‌ها، پورت‌ها، پروتکل‌های شبکه و یا هر نوع نرم‌افزار دیگر، همچنین اقدامات در نظر گرفته شده برای از بین بردن لینک‌ها، اطلاعات و وب سایت‌ها از سرورهایی که بر روی آن‌ها ذخیره می‌شوند و سایر محدودیت‌ها، فقط به صورت استثنایی مجاز شمرده می‌شوند و باید با رعایت اصل دموکراسی صورت گیرند (Botero Marino, 2013: 36-37).

۲. محتوای حق دسترسی به اینترنت

حق دسترسی به اینترنت متضمن عناصری است که با ابعاد و اشکال مختلف دسترسی به اینترنت ارتباط دارند. این عناصر را از نظر ماهیت می‌توان حقوق و آزادی‌های فرعی دانست که عمدتاً بر نفس دسترسی تمرکز دارند، نه بر محتوایی که در نتیجه دسترسی مبادله می‌شود.

۲-۱. آزادی اتصال به اینترنت^۱

آزادی اتصال به اینترنت به این معنا است که زیرساخت‌های لازم، ابزارها، امکانات و فناوری‌های مورد نیاز برای برقراری ارتباط اینترنتی و تبادل اطلاعات مانند کابل‌افزارها، مودم‌ها، رایانه‌ها و نرم‌افزارهای ضروری برای اتصال به اینترنت به عنوان یک وسیله ارتباط جهانی در دسترس افراد باشد. همچنین، اتصال به اینترنت و استفاده از خدمات مرتبط باید به صورت همگانی و بدون تبعیض، امن، ارزان و پایدار باشد (Lanza, 2017: 20-22).

محروم بودن افراد از اتصال به اینترنت ممکن است در نتیجه نبود وسایل ارتباطی باشد یا در نتیجه نامناسب بودن وسایل ارتباطی موجود یا قیمت بالا و به صرفه نبودن استفاده از وسایل ارتباطی موجود. از این رو، برای تحقق حق اتصال به اینترنت، دولت‌ها باید از یک سو زیرساخت‌ها، ابزارها و امکانات دسترسی را در کشور فراهم و موجود کنند و از سوی دیگر، دسترسی بدون تبعیض و با کیفیت به آن‌ها را برای همگان تضمین کنند. تبعیض‌های فیزیکی، اقتصادی، جنسیتی، ناتوانی‌های جسمی و فقر اطلاعاتی می‌تواند به بروز شکاف دیجیتال بین اقشار مختلف جامعه و نواحی مختلف شهری و

روستایی منجر شود. از این رو، دولت‌ها باید برنامه‌هایی را برای مقابله با شکاف دیجیتال اتخاذ کنند (Lanza, 2017: 27-28). گاهی نیز خود دولت (مراجع قضایی یا اداری) نسبت به انسداد دسترسی افراد به اینترنت اقدام کرده و مطلق دسترسی به اینترنت^۱ یا دسترسی به سایت‌ها، برنامه‌ها یا مطالب خاصی را مسدود می‌کند (Criqui-Barthalaïs, 2018: 91-92). به همین جهت باید گفت که اتصال به اینترنت متضمن پایدار بودن اتصال نیز می‌باشد. منظور از پایدار بودن آن است که قطع دسترسی به اینترنت^۲ و محدود کردن دسترسی به آن از طریق فناوری‌های پالایش^۳ جز در موارد استثنایی و برای تحقق اهداف مشروع و به میزان ضرورت مجاز نیست. به جهت وابستگی انجام امور مختلف مردم به اینترنت، برآوردهایی که از قطع اینترنت در هند، پاکستان، نیجریه، کامرون، صحرای جنوبی، عراق و اتیوپی صورت گرفته نشان می‌دهد که قطع اینترنت ضررهای زیاد مادی و معنوی به مردم این کشورها از جمله در زمینه کسب و کار، آموزش و سلامت وارد کرده است و گاهی جان برخی افراد، از جمله قربانیان حمله بوکرام در سال ۲۰۱۳ را که به جهت قطع اینترنت یا تلفن همراه و برای رفع نیازهای خود مجبور به مسافرت به مناطق دارای ارتباط شده‌اند، به خطر انداخته است. قطع مستمر اینترنت در برخی شهرها و مناطق منجر به بروز نوعی از مسافرت یا مهاجرت شده است که از آن با عنوان پدیده مهاجران اینترنت^۴ یاد می‌شود (Rydzak, 2017: 13-17).

شورای اروپا در مصوبات متعددی بر حق دسترسی به اینترنت تصریح کرده است. از جمله در «اعلامیه اصول آزادی ارتباطات در اینترنت» (۲۰۰۳) می‌گوید: «دولت‌های عضو باید دسترسی همگان به تمام خدمات ارتباطی و اطلاعاتی اینترنتی را به گونه‌ای غیر تبعیض آمیز و با بهایی منطقی، فراهم کنند...». در توصیه‌نامه مورخ ۲۰۱۱ خود نیز بر فراهم کردن نهایت دسترسی به اینترنت برای قادر کردن افراد به اعمال حقوق و آزادی‌هایشان تصریح کرده است.^۵ اعلامیه «اصول آزادی بیان و اینترنت» صادر شده از سوی گزارشگران ویژه حقوق بشر (۲۰۱۱) نیز در این باره می‌گوید: «باید برای همه مردم فرصت‌های برابر به منظور دریافت، جست‌وجو و انتقال اطلاعات توسط هر وسیله ارتباطی بدون هیچ گونه تبعیض بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقاید سیاسی یا سایر عقاید، منشأ

1. Internet shutdown
2. Network shutdowns
3. Filtering/disruption technologies
4. Internet refugees or digital refugees
5. Declaration on Freedom of Communication on the Internet, 28 May 2003, Principle 4
6. Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet , 21 September 2011.

ملی یا اجتماعی، مالکیت، وضعیت تولد یا هر وضعیت دیگر، فراهم شود» (اصل ۲).^۱ گزارشگر ویژه آزادی بیان می‌گوید که تفسیر این اصل در حوزه اینترنت بدین گونه است که نه تنها باید با ایجاد زیرساخت‌ها برای ارتقای دسترسی همگان به اینترنت اقدام شود، بلکه باید فناوری لازم برای استفاده از آن و همچنین بیشترین حد ممکن برای دسترسی به اطلاعات در اینترنت نیز فراهم شود. به همین دلیل دولت‌ها تعهد دارند تا ضمن عدم ایجاد مانع برای دسترسی عمومی به اینترنت (تعهد منفی)، زمینه اتصال و دسترسی به زیرساخت‌های اینترنت و سایر خدمات فناوری اطلاعات و ارتباطات را به صورت جهانی، منصفانه، مقرون به صرفه در سراسر کشور فراهم کنند (تعهد مثبت)؛ یعنی با تدابیری که برای توسعه زیرساخت‌ها اتخاذ می‌کنند دسترسی به اینترنت را از ابعاد مختلف از جمله کاهش هزینه دسترسی، ارتقای امنیت، کیفیت مناسب و افزایش سرعت تقویت کنند. بر این اساس، از بین بردن موانع خودسرانه و دل‌خواهی در دسترسی به زیرساخت‌ها، فناوری و اطلاعات آنلاین باید مورد توجه دولت‌ها قرار گیرد و برای استفاده مؤثر افراد یا گروه‌هایی که به حاشیه رانده شده‌اند یا با تبعیض‌های تاریخی مواجه‌اند باید اقدامات مثبت (تبعیض مثبت) در نظر گرفته شود.

با توجه به اینکه تحقق بخش چشمگیری از دسترسی به اینترنت به همکاری واسطه‌های اینترنتی منوط است، دولت‌ها باید نقش و مسئولیت شرکت‌های واسطه مانند ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی، خدمات میزبانی، موتور جست‌وجوها و پیام‌رسان‌های اجتماعی در دسترسی به اینترنت را مورد توجه و نظارت قرار دهند، زیرا چند و چون اتصال به اینترنت تا اندازه زیادی به عملکرد شرکت‌های مذکور وابسته است. از یک سو، دسترسی غیرتبعیض‌آمیز آنان به شبکه‌های ملی و بین‌المللی ارتباطات از راه دور را تضمین کنند و از سوی دیگر، مسئولیت‌های کیفری یا مدنی ناشی از فعالیت‌های آن‌ها را به گونه‌ای تنظیم کنند که آن‌ها را در قبال محتوایی که از آن آگاهی ندارند مسئول قرار ندهند (Botero, 2013: 39-41).

دسترسی به اینترنت تنها با اتصال به شبکه‌ها و زیرساخت‌ها قابل تحقق نیست، بلکه برای داشتن ارتباط با کیفیت، افراد باید اطلاعات و دانش لازم را داشته باشند تا بتوانند از این ابزار استفاده کنند و از آن بهره‌مند شوند. بدین منظور، لازم است که دولت‌ها «سواد اینترنت» و استفاده از فناوری‌های مرتبط^۲ را برای همه افراد بدون تبعیض فراهم کنند (Dutton et al., 2012: 39). سواد اینترنت به عنوان مجموعه‌ای از دانش‌ها، مهارت‌ها و نگرش‌های مورد نیاز یک فرد برای توسعه عملکرد در

1. Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet, 1 June 2011.

2. Égalité d'accès aux compétences et aux technologies

جامعه اطلاعاتی تعریف شده و هدف آن این است که مردم با کسب دانش و مهارت استفاده از فناوری، فرصت‌های اجتماعی و مالی جدیدی را برای خود ایجاد کنند (Lanza, 2017: 23).

در نظام حقوقی ایران، حق اتصال به اینترنت در «سند راهبردی نظام جامع فناوری اطلاعات جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۸۷/۲/۸ هیئت وزیران مورد توجه قرار گرفته و «ایجاد شبکه ملی اینترنت برای دسترسی با کیفیت، امن و پایدار در سراسر کشور در هر زمان و هر مکان برای هر کس» از راهبردهای توسعه فناوری اطلاعات قلمداد شده است (بند و-۴-۷). با وجود این، این سند از شبکه ملی اینترنت سخن گفته است که می‌تواند با اصل جهانی بودن اینترنت مغایرت داشته باشد. همچنین، قطع سراسری یا محلی یا بخشی اینترنت به استناد مصوبات مراجع امنیتی یا مقامات قضایی دسترسی پایدار به اینترنت در کشور را با مشکل مواجه کرده است. به همین منظور در سال ۱۳۹۸ طرحی از سوی نمایندگان به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده است که بر تضمین دسترسی به خدمات اینترنت تمرکز دارد.^۱ این طرح در فرایند تصویب قرار دارد.

۲-۲. اصل بی طرفی شبکه‌ای

«بی طرفی شبکه‌ای»^۲ اصطلاحی است که نخستین بار در سال ۲۰۰۰ از سوی کمیسیون فدرال ارتباطات آمریکا در مورد بی طرفی نسبت به داده‌های در حال جریان به کار رفت و سپس با توسعه مفهومی، به کل زنجیره ارزش در اینترنت^۳، تسری یافت (Rapport du Gouvernement au Parlement, 2010: 6). به موجب این اصل باید با بسته‌های داده به نحو برابر و بدون تبعیض بر اساس نوع برنامه کاربردی، محتوا و مقصد آن‌ها رفتار شود به گونه‌ای که کاربران اینترنت حق جست‌وجو و گردش در شبکه^۴ و انتخاب وبسایت‌ها، برنامه و خدمات اینترنتی و بیشترین امکان دسترسی به محتوای اینترنت محور را داشته باشند. اصل بی طرفی اعمال اصلی کلی منع تبعیض در ارتباطات اینترنتی را دنبال می‌کند. طبق این اصل، کاربران باید بتوانند هر نوع فناوری و برنامه کاربردی را به کار گیرند و به سرویس‌های مورد نظر خود دسترسی داشته باشند، بدون آنکه ترافیک مربوط به آن برنامه یا خدمات از سوی اپراتورهای شبکه، موتورهای جست‌وجو و دیگر بازیگران اینترنت جهت‌دهی یا اولویت‌بندی شود. همچنین، ترافیک اینترنتی نباید به طور تبعیض آمیز مسدود شود، مگر اینکه برای حفظ امنیت شبکه لازم و متناسب باشد (Botero Marino, 2013: 11-14).

۱. طرح الزام دسترسی به خدمات اینترنت مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۶، قابل مشاهده در:

https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/1385405

2. Net neutrality/ la neutralité d'un reseau

3. La neutralité de l'internet

4. la liberté de naviguer sur le réseau

تبعیض در دسترسی به اینترنت ممکن است به دلایل و توجیهات فنی (نبود پهنای باند و زیرساخت‌های فنی لازم برای اینترنت جهانی و پرسرعت)، اقتصادی (عدم تنظیم قواعد رقابت بین ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی)، اجتماعی (عدم احترام به ترجیحات و انتخاب‌های مصرف‌کنندگان اینترنت و مواجهه کردن آن‌ها با انبوه اطلاعات خواسته و ناخواسته) و حقوقی (مدیریت قراردادهای ارائه خدمات و نبود حمایت‌های لازم از کاربران در برابر شروط اجحاف‌آمیز) صورت گیرد. بر این اساس، اصل بی‌طرفی آثار و مزایای زیادی بر کاربران اینترنت دارد؛ از جمله اینکه به تحقق شفافیت، تنوع و تکثر در اینترنت (در برابر تمرکز و انحصار) کمک می‌کند، از سانسورهای ساختاری و سیستماتیک آزادی بیان و اطلاعات پیشگیری کرده و انگیزه‌های لازم برای خلاقیت، نوآوری و رقابت را فراهم می‌کند (Botero Marino, 2013: 12). شورای ملی دیجیتال فرانسه، در حمایت از این اصل، آن را تضمین‌کننده دسترسی به اطلاعات و ابزارهای بیان با شرایط غیرتبعیض‌آمیز، منصفانه و شفاف از طریق شبکه‌های ارتباطی، زیرساخت‌ها و خدمات دسترسی و ارتباطات عمومی دانسته است.^۱

برخی از حقوقی که مصرف‌کنندگان اینترنت به موجب این اصل به دست می‌آورند و تعهداتی که متناظر با این حقوق برای دولت و ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی ایجاد می‌شود در مصوبات اتحادیه اروپا درباره اصل بی‌طرفی اینترنت (مانند مقررات اینترنت باز مصوب ۲۰۱۵)^۲ و گزارش اعمال آن در دولت‌های عضو اتحادیه (European Union, 2019: 143-150)، گزارش‌های گزارشگران آزادی بیان، قواعد کمیسیون فدرال ارتباطات آمریکا^۳ و مصوبات شورای ملی دیجیتال فرانسه به صورت زیر آمده است:

۱. حق دسترسی به محتوای قانونی اینترنت انتخابی خود و ارسال هرگونه محتوای قانونی به انتخاب خود؛

۲. حق انتخاب و اجرای هرگونه نرم‌افزارهای کاربردی و استفاده از سرویس‌های صوتی و ویدئویی به انتخاب خود؛

۳. حق دسترسی به هرگونه موتور جست‌وجو به انتخاب خود؛

1. CNN, Avis du Conseil national du numérique sur la Net Neutralité n°2013-1 du 1er mars 2013.

2. Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015.

3. FCC, Preserving the Open Internet; Final Rule, 2011: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2011-09-23/pdf/2011-24259.pdf>.

۴. حق اتصال دستگاه‌های انتخابی غیر آسیب‌رسان به شبکه؛
 ۵. حق برخورداری از رقابت در بین ارائه‌دهندگان شبکه، ارائه‌دهندگان سرویس و نرم‌افزارهای کاربردی و ارائه‌دهندگان محتوا؛
 ۶. حق دریافت اطلاعات واضح و آشکار به زبان ساده در مورد سرعت، قابلیت‌ها، محدودیت‌ها و قیمت‌گذاری تقریبی هرگونه سرویس عمومی اینترنت.
- در برابر، از جمله تعهداتی که اپراتورها یا شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات اینترنت به‌عنوان رعایت‌کنندگان اصل یا حق بی‌طرفی باید رعایت کنند عبارتند از:
۱. در مدیریت ترافیک اینترنتی به‌صورت شفاف عمل کنند؛
 ۲. ارائه محتوا، نرم‌افزارهای کاربردی یا سرویس‌ها به‌گونه‌ای باشد که حداقل سرعت و کیفیت این سرویس‌ها با سرعت و کیفیت پیشنهادی و در دسترس اپراتور برابر باشد؛ ضمناً این موارد باید بدون اخذ اضافه‌بها باشد؛
 ۳. با کل داده‌های عبوری طی مراحل برقراری ارتباط رفتاری یکسان و بدون تبعیض داشته باشند و در مواردی که ذکر می‌شود به نفع خود یا هیچ فرد دیگری از جمله وابستگان یا شرکت‌هایی که با آن‌ها رابطه تجاری دارند تبعیض قائل نشوند: تخصیص پهنای باند، ارسال محتوا یا نرم‌افزارهای کاربردی یا سرویس‌ها از مشترکین یا ارسال به آن‌ها. همچنین نباید از ارائه‌دهندگان سرویس یا نرم‌افزارهای کاربردی به ازای ترافیک ارائه‌شده به آن‌ها هزینه‌ای اضافی دریافت کنند؛
 ۴. امکان ارائه یا پست محتوا، نرم‌افزار کاربردی یا سرویس در اینترنت را با این شرایط فراهم کنند: از لحاظ کیفیت سرویس، دسترسی، سرعت و پهنای باند، معقول و بدون تبعیض باشند؛ میزان دسترسی، سرعت، کیفیت سرویس و پهنای باند در این موارد حداقل معادل موارد متعلق به خود شرکت ارائه‌دهنده شبکه پهن‌بند باشند؛ به‌ازای نوع خاصی از محتوا، نرم‌افزار کاربردی یا سرویس هزینه اضافی دریافت نکنند؛
 ۵. محتواها، نرم‌افزارهای کاربردی یا سرویس‌های قابل دسترس توسط کاربران را تنها بر اساس نوع و سطح سرویس خریداری‌شده توسط کاربر اولویت‌بندی کنند و هزینه اضافه‌ای برای این کار دریافت نکنند.
- مسئولیت اصلی تحقق بی‌طرفی شبکه با دولت است که باید علاوه بر تصویب و انتشار عمومی ضوابط مربوط به این موضوع، گزارش اقدامات مرتبط با آن را نیز به‌صورت عمومی منتشر کند. این امر یکی از زمینه‌های اصلی شفاف‌سازی و رانت‌ستیزی در حوزه ارتباطات اینترنتی است که اگر

محقق شود، می‌تواند بر تنظیم‌گری درست در زمینهٔ ارائه یا دسترسی به خدمات ارتباطات اینترنت محور که روزبه‌روز بر اهمیت آن‌ها افزوده می‌شود مؤثر واقع شود.

در نظام حقوقی ایران، مفاد مصوبهٔ شورای عالی فضای مجازی با عنوان «سیاست‌ها و اقدامات ساماندهی پیام‌رسان‌های اجتماعی» مصوب ۱۳۹۶ حاکی از عدم پذیرش اصل بی‌طرفی شبکه‌ای است. هم در اهداف این مصوبه و هم در متن آن حمایت‌های مالی و معنوی دولت از تولید محتوای داخلی و ارتباطات سالم اجتماعی و اقتصادی بر اساس نیازمندی‌های داخلی و ارزش‌های اسلامی ایرانی و پیام‌رسان‌های اجتماعی داخلی پیش‌بینی شده است. البته این تبعیض در مورد پیام‌رسان‌های ملی در مقایسه با خارجی است. ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی نیز بهای استفاده از ترافیک داخلی را کمتر از ترافیک خارجی محاسبه می‌کنند. همچنین، حذف اصل بی‌طرفی از متن نهایی و مصوب منشور حاکی از این است که دولت چنین اصلی را قبول ندارد (در متن اولیه منشور به این اصل تصریح شده بود). با وجود این، بر اساس منع کلی مقرر در بند ۹ اصل سوم قانون اساسی می‌توان گفت که تبعیض ناروا در دسترسی به اینترنت بین کنشگران داخلی این ارتباطات باید منع شود.

۲-۳. حق بی‌نامی

حق بی‌نامی^۱ عبارت است از حق بر ناشناخته ماندن در برابر اشخاص ثالث یا معرفی خود با هویت دلخواه به اشخاص ثالث. مبانی شناسایی این حق آن است که از افراد در برابر آزارها و تهدیدهای ناشی از معلوم بودن هویتشان حمایت شود. کودکان، منتقدان و مخالفان، افشاگران فساد، اشخاصی که نام یا جنسیت خود را تغییر داده‌اند و آن‌هایی که قربانی خشونت به‌ویژه خشونت‌های جنسی شده‌اند، بیش از سایرین به عدم افشای هویت خود یا استفاده از نام مستعار نیازمند هستند (Electronic Frontier Foundation, 2015: 4-6).

حق بی‌نامی در اینترنت از فروعات حق کلی بر بی‌نامی و از حقوق کلیدی مرتبط با دسترسی به اینترنت است. منظور از این حق عبارت است از حق بر محفوظ ماندن داده‌های کاربران^۲ اعم از داده‌های هویتی و فنی (نظیر نام و هویت کاربران اینترنت و مکان، زمان و طول مدت ارتباط، مشخصات وسیله ارتباطی و فرکانس ارتباطی آن‌ها) و داده‌های ترافیک^۳ یا محتوایی آن‌ها (نظیر داده‌هایی که کاربران در قالب نوشته، عکس، فیلم، صدا یا ترکیبی از این‌ها مبادله کرده‌اند) و عدم افشای این داده‌ها و هر نوع داده دیگری که از داده‌های مذکور به دست می‌آید به اشخاص ثالث بدون اذن کاربران.

1. Anonymity

2. Users data

3. Traffic data

این حق در سطح بین‌المللی به‌عنوان جزئی از آزادی بیان و حریم خصوصی شناسایی شده است. توجیه اساسی آن است که امکان و احتمال ردیابی آنچه افراد می‌گویند، می‌خوانند، می‌بینند، می‌نویسند یا گوش می‌دهند از سوی دولت‌ها ممکن است آزادی بیان و اطلاعات را قویاً تحت تأثیر قرار دهد و افراد را از نشر و دریافت اطلاعات، خرید کتاب یا روزنامه و سخن‌گفتن درباره هر آنچه دولتمردان دوست ندارند بترساند. در نبود این حق، افراد ممکن است در نتیجه هراس از سرکوب سخن‌نگویند و در نتیجه، به‌جای آزادی بیان، ترس و سانسور در جامعه حاکم شود. بر این اساس، گزارشگر ویژه آزادی بیان (منصوب از سوی شورای حقوق بشر) ضمن تأکید بر پیوند میان حریم خصوصی و آزادی بیان، حق حریم خصوصی را متضمن حق بر معرفی خود از جمله حق بی‌نام‌ماندن دانسته است. گزارشگر ویژه آزادی بیان منصوب از سوی کمیسیون بین‌المللی آمریکایی حقوق بشر که گزارش خاصی درباره آزادی بیان و اینترنت تهیه کرده است، ضمن اذعان به وجود حق بی‌نامی برای کاربران اینترنت، توضیح داده است که این حق مشارکت بی‌نام در مباحثه‌های عمومی را که یکی از ویژگی‌های دموکراسی‌های مدرن است میسر ساخته و ذیل حق بر زندگی شخصی قرار می‌گیرد (Botero Marino, 2013: 59).

در سطح ملی، حق بی‌نامی در بیشتر کشورهای جهان به‌صورت‌های قوی یا ضعیف^۱ شناسایی شده است.^۲ دیوان عالی آمریکا این حق را سپر حفاظت از افراد در برابر استبداد اکثریت دانسته است که از افراد دگراندیش در برابر انتقام اکثریت کم‌تحمل حمایت می‌کند. تعدادی از کشورها نیز حق مذکور را به‌عنوان جزئی از آزادی بیان (مانند سوئد و نروژ) و برخی دیگر به‌عنوان یکی از حقوق معنوی ناشی از مالکیت‌های فکری (از عناصر حق ولایت بر اثر یا حق انتساب اثر) شناسایی کرده‌اند. آلمان، فرانسه، ایالات متحده آمریکا، کانادا، مکزیک و برزیل از جمله این کشورها هستند (Electronic Frontier Foundation, 2015: 23-33).

کره جنوبی در سال ۲۰۰۷ با تصویب قانون شبکه ارتباطات و اطلاعات، واسطه‌های اینترنتی را که روزانه بیش از ۱۰۰ هزار کاربر داشتند ملزم کرد تا پست‌های کاربرانی را بپذیرند که هویتشان معلوم باشد. هدف قانون‌گذار این بود که با ردیابی هویت پست‌کنندگان از فعالیت‌های غیرقانونی پیشگیری کند. با وجود این، به دودلیل مهم این قانون لغو شد. یکی اینکه در اواسط سال ۲۰۱۱ بزرگ‌ترین سرقت

۱. قوی یعنی مجازنبودن افشا حتی به حکم مقامات قضایی. ضعیف یعنی قابل افشا به درخواست مقامات قضایی.

۲. قانون اساسی برزیل در حکمی تعجب‌برانگیز تصریح کرده است که آزادی بیان مورد حمایت است و بی‌نامی ممنوع است (بند ۴ از اصل ۵).

اطلاعات شخصی شهروندان جمهوری کره انجام شد. شرکت ارتباطاتی SK اعلام کرد که اطلاعات شخصی ۳۵ میلیون مشتری هک شده است. اطلاعات شخصی شامل نام‌های کاربری، گذرواژه‌ها، شماره‌های امنیت ملی، شماره‌های اقامت، شماره‌های تلفن همراه، آدرس‌های ایمیل و عکس‌های شخصی بود. تا قبل از این حمله دولت کره، با اعمال سیاست «نام واقعی»، از کاربران می‌خواست تا با نام واقعی خود در آن‌ها عضو شوند و شماره امنیتی اجتماعی خود را برای تعیین هویت در سایت استفاده کنند، اما بعد از این حمله، دولت تغییر این سیاست را اعلام کرد. دوم آنکه ارزیابی‌های بعدی نشان داد که وضع این قانون تأثیری بر کاهش فعالیت‌های مجرمانه نداشته است و در نتیجه، دادگاه قانون اساسی کره، در سال ۲۰۱۲، این مصوبه را خلاف قانون اساسی اعلام کرد. از نظر این دادگاه، بیان بی‌نام در اینترنت به مردم اجازه می‌دهد تا فارغ از طبقه و موقعیت اجتماعی، نژاد و جنسیت خود در شکل‌گیری افکار عمومی مشارکت کنند (Mendel et al., 2013: 34-35).

در حقوق ایران، حق بی‌نامی در هیچ متن قانونی پیش‌بینی نشده است. در عین حال، منع صریحی نیز وجود دارد. با وجود این، قوانین موجود به‌نحو ضمنی توسل به چنین حقی را نفی کرده‌اند. در قوانین مربوط به انتشار کتاب و مطبوعات، شرط صدور مجوز انتشار معلوم‌بودن هویت نویسنده است و در قانون جرایم رایانه‌ای (مصوب ۱۳۸۸) نیز احکامی وجود دارد که بر نفی حق بی‌نامی دلالت دارند. به‌موجب مواد ۳۲ و ۳۳ این قانون، ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی و خدمات میزبانی داخلی موظف‌اند اطلاعات کاربران را که مشتمل بر هرگونه اطلاعات راجع به کاربر از قبیل نوع خدمات، امکانات فنی مورد استفاده و مدت زمان آن، هویت، آدرس جغرافیایی یا پستی یا پروتکل اینترنتی (IP)، شماره تلفن و سایر مشخصات فردی اوست حداقل تا شش ماه پس از خاتمه اشتراک نگهداری کنند. ماده ۴ آئین‌نامه جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی نیز، که در اجرای ماده ۵۴ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸/۳/۵ تصویب شده است، عرضه‌کنندگان خدمات دسترسی حضوری اینترنت (کافی‌نت‌ها) را موظف کرده است تا مشخصات هویتی، آدرس، ساعت شروع و خاتمه کار کاربر و نشانی اینترنتی (IP) تخصیصی را در دفتر روزانه ثبت نمایند.

گفتنی است حق بی‌نامی همانند سایر حقوق محدودی دارد و نمی‌تواند بستری برای ارتکاب جرایم و فرار از مسئولیت قرار گیرد. به همین جهت، در کشورهایی که این حق را شناسایی کرده‌اند حدود و استثنای آن نیز پیش‌بینی شده است.

۴-۲. حق استفاده از رمزگذاری^۱

یکی دیگر از حقوق مرتبط با دسترسی به اینترنت آن است که اشخاص بتوانند بر محتوای ارتباط خود کنترل داشته و آن را با کیفیت دلخواه مبادله کنند. فناوری‌های رمزگذاری این امکان را برای افراد فراهم می‌سازد. در نبود فناوری رمزگذاری و با فرض شناسایی حق بر بی‌نامی، دولت‌ها و انواع واسطه‌های اینترنتی، حتی اگر هویت برقرارکنندگان ارتباط معلوم نباشد، می‌توانند پیام‌های آن‌ها را ذخیره کرده، بخوانند و آن‌ها را در دسترس اشخاص ثالث قرار دهند. فناوری رمزگذاری از امنیت، تمامیت و حریم خصوصی پیام‌ها یا محتوای ارتباطات حمایت می‌کند و مانع از این رهگیری می‌شود. از نظر فنی، رمزگذاری یک فرایند ریاضی مبتنی بر تبدیل پیام‌ها، اطلاعات یا داده‌ها به یک قالب غیرقابل خواندن توسط هر کسی، جز گیرنده، و محافظت از محرمانگی و تمامیت محتوا در برابر دسترسی یا دستکاری اشخاص ثالث است. این فناوری زمانی منحصراً در اختیار سرویس‌های اطلاعاتی و دستگاه‌های نظامی بود، اما امروزه به‌طور عمومی قابل دسترسی است و اغلب به‌صورت رایگان برای ایمن‌سازی ایمیل‌ها، ارتباطات صوتی، تصاویر، سخت‌افزارهای ذخیره اطلاعات و مرورگرهای اینترنتی استفاده می‌شود. با استفاده از سیستم رمزگذاری کلید عمومی^۲، فرستنده پیام قفل‌شده خود را ارسال کرده و شخص گیرنده از کلید خصوصی خود برای رمزگشایی آن استفاده می‌کند. این فناوری برای ایجاد امضاهای دیجیتال و حصول اطمینان از اینکه یک سند و فرستنده آن معتبر هستند، برای تأیید هویت یک سرور و محافظت از تمامیت ارتباطات بین مشتریان و همچنین در برابر دستکاری ترافیک توسط اشخاص ثالث استفاده می‌شود (La Rue, 2011: 4).

رمزگذاری به دو صورت به حقوق و آزادی‌های عمومی ارتباط جدی پیدا می‌کند و از این‌رو از حمایت بین‌المللی برخوردار است: از یک سو، ارتباطات اشخاصی همانند روزنامه‌نگاران، منابع خبری، پناهندگان، مهاجران، افشاگران، شهود و فعالان حقوق بشر بدون استفاده از این فناوری در معرض تهدید، پیگرد و سرکوب قرار گرفته و قویاً محدود می‌شود و از سوی دیگر، بیان نظر و اطلاعات در قالب رمز و کد یکی از گونه‌های بیان است (همانند نوشته و صدا) که جز به حکم قانون نمی‌توان استفاده از آن‌ها را منع کرد. با توجه به نبود دلایل و شواهد کافی برای تأثیر منفی استفاده از این فناوری برای ارتکاب جرایم و سایر دغدغه‌های عمومی، از ۱۹۹۵ به تدریج استفاده از این فناوری در کشورهای مختلف جهان مجاز شناخته شد (Electronic Frontier Foundation, 2015: 35-37).

1. encryption technology
2. public-key cryptography

برخی کشورهای جهان از دسترسی افراد به فناوری‌های رمزگذاری به‌طور رسمی و قویاً حمایت کرده و تلاش کرده‌اند تا مقررات‌گذاری لازم را در مورد آن صورت دهند. اتحادیه اروپا رمزگذاری را به‌عنوان ابزار حیاتی برای حمایت از داده‌های شخصی و حقوق بنیادی همچون آزادی بیان و حریم خصوصی شناخته و در عین حال، پیشگیری از استفاده از این فناوری را برای فعالیت تروستی، سوءاستفاده از کودکان، ارتکاب فساد و جرایم سازمان‌یافته لازم دانسته است (Koomen, 2019: 1-2). در میان کشورهای در حال توسعه، برزیل با وضع قوانین متعدد درباره اینترنت، مانند قانون منشور حقوق در اینترنت و قانون حمایت از داده‌های شخصی، استفاده از رمزگذاری را در برخی از فعالیت‌های مالی الزامی کرده است و در سایر حوزه‌ها نیز ارتباطات افراد در فضای مجازی را مصون از تعرض شناخته است که تنها در موارد استثنایی و با مجوز قضایی قابل تحدید است.

در مقابل، برخی دولت‌ها تلاش می‌کنند تا با وضع مقررات ناظر بر واردات یا صادرات یا تولیدات استفاده از فناوری‌های رمزگذاری را ممنوع یا تضعیف کنند. برای مثال، عربستان سعودی، امارات متحده عربی و هند شرکت بلک بری کانادا را برای در دسترس قرار دادن فناوری قوی رمزگذاری به‌شدت تحت فشار قرار داده و به تحریم محصولات این شرکت تهدید کردند. شرکت نیز مجبور به مصالحه و پذیرش شرایط آن‌ها (فراهم‌آوردن امکان رهگیری و جاسوسی) شد (Electronic Frontier Foundation, 2015: 40-41). دولت هند استفاده از فناوری رمزگذاری در ارتباطات اینترنتی را منوط به اخذ مجوز کرده است. در این کشور، نخست، استفاده از کدهایی با ظرفیت کمتر از ۴۰ بیت برای رمزگذاری منوط به اخذ مجوز از دولت مجاز شد. این محدودیت با تحولات فناورانه، منسوخ شده ولی اکنون نظام صدور مجوز برای ممنوعیت استفاده از رمزگذاری انبوه^۱ توسط شرکت‌هایی که خدمات اینترنتی به کاربران ارائه می‌کنند به کار می‌رود و ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی موظف هستند در صورت نیاز، امکان پایش ارتباطات از سوی مقامات امنیتی را فراهم کنند (Mohanty, 2019: 3-4).

در حقوق ایران، استفاده از رمزگذاری برای ارتباطات اینترنتی با منع قانونی صریحی مواجه نیست. اما در صورتی که مقامات قضایی یا سایر مراجع مجاز به داده‌های رمزگذاری شده نیاز داشته باشند، باید امکان دسترس آن‌ها فراهم شود. به‌موجب ماده ۴۸ قانون جرایم رایانه‌ای، شنود محتوای در حال انتقال ارتباطات غیرعمومی در سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی مطابق مقررات راجع به شنود مکالمات تلفنی خواهد بود. یعنی مستلزم مجوز قضایی است. ماده ۴۱ همین قانون نیز، در مقام تعریف تفتیش داده‌ها،

«دستیابی به داده‌های حذف یا رمزنگاری شده» را مجاز دانسته است. در واقع، تعرض به داده‌های رمزگذاری شده را مستلزم مجوز قضایی دانسته است؛ یعنی اصل آن را به رسمیت شناخته است.

۵-۲. حق بر امن و شفاف بودن اینترنت

دسترسی به اینترنت باید امن باشد بدین معنا که در نتیجه دسترسی به اینترنت نباید تهدیدی متوجه افراد شود. بدین منظور، دولت‌ها علاوه بر اینکه باید حق بی‌نامی و استفاده از رمزگذاری را به رسمیت بشناسند، مکلف هستند با اتخاذ تدابیر لازم، اعم از فنی و قانونی، ارتکاب برخی اعمال از طریق اینترنت را منع و کنترل کنند. برای مثال، از داده‌های شخصی افرادی که به اینترنت متصل می‌شوند در برابر سوءاستفاده‌های احتمالی حفاظت کنند. اکنون، داده‌های مختلف راجع به اشخاص، از صوت و تصویر گرفته تا داده‌های مربوط به رفتارها و عادت‌های ارتباطی، از سوی برخی شرکت‌ها جمع‌آوری، پردازش و استفاده می‌شود. دولت‌ها باید فرایند جمع‌آوری، پردازش و استفاده از داده‌های مذکور را قانون‌مند کنند. برخی دولت‌ها، همانند دولت‌های عضو اتحادیه اروپایی، عمده‌تاً با وضع قواعد خاص^۱ این هدف را دنبال کرده‌اند و برخی دیگر، همانند دولت آمریکا، با وضع قوانین متعدد^۲ به این سمت رفته‌اند.

در نظام حقوقی ما هنوز حمایت‌های قانونی مشخصی در این باره وجود ندارد. تنها می‌توان از ماده ۱۵ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷ یاد کرد که دسترسی به «اطلاعات شخصی» دیگران را به رضایت صریح و مکتوب آن‌ها منوط کرده است. برای رفع این خلأ قانونی، پیش‌نویس لایحه‌ای با عنوان «لایحه صیانت از داده‌های شخصی» در حال بررسی در دولت است. حمایت از کاربران در برابر پیام‌ها و تبلیغات ناخواسته، خشونت، حمله‌های اینترنتی، جرایم سازمان‌یافته، تهدید و سایر جرایم مرتبط با دسترسی به اینترنت از وظایف دولت‌هاست.

امن بودن اینترنت ایجاب می‌کند که دولت‌ها از کودکان در برابر آسیب‌های ناشی از دسترسی به اینترنت حفاظت کنند. دسترسی کودکان به اینترنت را نظام‌مند کنند، ارتکاب خشونت و آزار علیه آن‌ها را جرم‌انگاری کرده و از کودکان در برابر مطالب غیرسالم و زیان‌بار حفاظت کنند. اروپا در این زمینه کنوانسیون خاصی را تصویب کرده است.^۳ آمریکا نیز قانون خاصی تصویب کرده است.^۴

1 General Data Protection Regulation, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016.

2. See: Electronic Communications Privacy Act of 1986; Video Privacy Protection Act, 1988

3. Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, 2007.

4. The Children's Online Privacy Protection Act, 1998

در کشور ما حمایت‌های قانونی مشخصی در مورد حمایت از کودکان در برابر آسیب‌های ناشی از دسترسی به اینترنت وجود ندارد. در این زمینه صرفاً می‌توان به «ضوابط صیانت از کودکان و نوجوانان در خدمات تلفن همراه باند پهن» مصوب کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات (۱۳۹۳/۹/۲) اشاره کرد که وظایفی را در زمینه حفاظت از کودکان به‌عهده اپراتورها و مشترکان قرار داده است. با وجود این، مصوبه مذکور با توجه به جایگاه مادونی که در سلسله‌مراتب قواعد حقوقی دارد، کارایی لازم را برای حمایت از کودکان نداشته است.

امن بودن ارتباط با اینترنت با شفاف بودن نیز ملازمه دارد. امروزه، به مدد شکل‌گیری کلان داده‌ها، بسیاری از تصمیماتی که در مقام اجرای دستورات و خواسته‌های افراد در اینترنت گرفته می‌شود توسط ماشین صورت می‌گیرد و نه انسان. چه بخش عمومی و چه بخش خصوصی، از الگوریتم‌های خاص برای پردازش داده‌های کاربران خود استفاده می‌کنند که در کشورهای توسعه‌یافته، افزون بر آنچه در جهت رعایت اصل بی‌طرفی عمل می‌شود، تلاش‌های زیادی برای شفاف کردن نحوه طراحی و کارکرد این الگوریتم‌ها و اعتمادپذیر شدن آن‌ها صورت می‌گیرد (Brauneis & Goodman, 2018: 118-121). در حقوق ایران هنوز مصوبه خاصی در زمینه شفافیت دسترسی به اینترنت وجود ندارد و صرفاً بر اساس دستورهای مدیریتی، گزارش‌هایی نامنظم درباره میزان سرعت اینترنت و بهای خدمات ارائه می‌شود.

نتیجه

دسترسی به اینترنت، به جهت نقش اساسی که در زندگی امروز بشر برای تحقق حقوق و آزادی‌های فردی و عمومی و رفع نیازهای مختلف مادی و معنوی اشخاص دارد، ارتباط وثیقی با زندگی توأم با احترام و آزادی در دنیای کنونی پیدا کرده است. از این رو، در سطح ملی، کشورهای زیادی، با وضع قانون خاص یا از طریق تفسیر قانون اساسی خود، از آن به‌عنوان حق شهروندی یا حق بنیادی یا حق اساسی حمایت کرده‌اند. در سطح بین‌المللی نیز این حق یا از طریق تفسیر حقوق بین‌الملل موجود از جمله تفسیر ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی در زمره حقوق بشر شناخته شده است یا از طریق رویه قضایی. قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل و شورای حقوق بشر و نیز گزارش‌های گزارشگران ویژه آزادی بیان نیز با عبارت‌های مختلف بر وجود این حق به‌عنوان یک حق فرعی و مشتق اذعان کرده‌اند و گاهی از آن به‌عنوان حق مستقل نیز نام برده‌اند.

محتوای حق دسترسی به اینترنت با توجه به ماهیت این فناوری تعیین شده است. اینترنت فناوری نوینی است، دارای ساختار غیر متمرکز و با کاربردهای گوناگون فردی و اجتماعی. از این رو، بر ابعاد مختلف آن ممکن است قواعد متفاوتی قابل اعمال باشد، اعم از قواعد ملی و بین‌المللی و اعم از قواعد

ناظر بر وسایل ارتباطی سنتی از راه دور (تلفن و پست) و جمعی (مطبوعات، رادیو و تلویزیون). حق دسترسی به اینترنت، از نظر ماهیت، یک حق ساختاری است که بر تضمین اتصال به اینترنت به اشکال دلخواه افراد تمرکز دارد و نه بر پیام و محتوایی که در نتیجه ارتباط ممکن است مبادله شود. بر این اساس، اینترنت را فناوری ارتباطی جدیدی می‌دانند که در عین تأثیرپذیرفتن از قواعد حقوقی سنتی، مستلزم شناسایی اصول و قواعد خاصی است. هدف این اصول و قواعد جدید آن است که در نتیجه منابع و قواعد حقوقی گوناگون قابل اعمال بر اینترنت، دسترسی به اینترنت لطمه نبیند.

بنابراین، حق دسترسی به اینترنت با محتوایی که برای آن گفته شد (حق اتصال، اصل بی‌طرفی و...) حداقل‌هایی را برای تضمین دسترسی بدون تبعیض، جهانی، امن، پایدار و ارزان به این فناوری ارتباطی مقرر می‌کند.

در نظام حقوقی ما، از جمله در سیاست‌ها، قوانین و مقررات مصوب درباره اینترنت تردیدی در شناسایی حق دسترسی به اینترنت مشاهده نمی‌شود، اما در مورد محتوای آن، به جهت ارجاع بیشتر آن‌ها به قوانین و مقررات حاکم بر رسانه‌های سنتی (همانند مطبوعات و رادیو و تلویزیون) محتوای این حق، آن‌طور که در کشورهای توسعه‌یافته و در سطح بین‌المللی شناسایی شده است، شناسایی و تضمین نشده است.

منابع

فارسی

- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۵)، *حق و تکلیف در اسلام*، قم: انتشارات مؤسسه اسراء.
- راسخ، محمد (۱۳۸۴)، «تئوری حق و حقوق بشر بین الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۱.
- صرامی، سیف الله (۱۳۸۵)، *حق، حکم و تکلیف*، گفت‌وگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- قاری سیدفاطمی، سیدمحمد (۱۳۸۲)، *حقوق بشر در جهان معاصر*، جلد اول، تهران: نشر شهر دانش.
- نبویان، سیدمحمود (۱۳۸۸)، *حق و چهار پرسش بنیادین*، قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.

انگلیسی

- Bayles, Michael D. (1992), *Hart's legal Philosophy: an examination*, Kluwer Academic Publishers.
- Brauneis, Robert & Ellen P. Goodman (2018), "Algorithmic Transparency for the Smart City", *The Yale Journal of Law & Technology*, Vol. 20.
- De Hert, Paul and Dariusz Kloza (2012), "Internet (access) as a new fundamental right. Inflating the current rights framework?", *European Journal of Law and Technology*, Vol. 3. No. 3.
- Donnelly, Jack (1989), *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press.
- Economides, Nicholas (2008), "Net Neutrality, Non-Discrimination and Digital Distribution of Content Through the Internet", *Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol.4:2.
- Harel, Alen, (2002) "Theories of Rights", in: *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*: <http://SSRN.Com/abstract=459960>, pdf.
- Koo, VanderWal (1990), *Collective Human Rights: a Western View*, In: *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, London.
- Land, Molly (2013), "Toward an International Law of the Internet", *Harvard International Law Journal*, Vol. 54, Number 2, Summer 2013.
- Löfquist, Lars (2019), "Is there a universal human right to electricity?", *The International Journal of Human Rights*, see: https://www.researchgate.net/publication/336220359_Is_there_a_universal_human_right_to_electricity.
- Raz, Joseph (1986), *The morality of freedom*, Oxford University Press.
- Rex, Martin (1993), *A System of Rights*, Oxford University Press.
- Szoszkiewicz, Łukasz (2018), "Internet Access as a New Human Right? State of the Art on the Threshold of 2020", *Adam Mickiewicz University Law Review*, see: <http://ppuam.amu.edu.pl/uploads/PPUAM%20vol.%208/03%20Szoszkiewicz.pdf>
- Summer, L.W. (1989), *The Moral Foundations of Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- Wellman, Carl (1995), *Real rights*, Oxford University Press.
- Wenar, Leif, (2003), "The Nature of Rights", *Philosophy and Public Affairs*; Summer 2005, Vol.33, Issue 3.
- W. Penney, Jonathon (2011), *Internet Access Rights: A Brief History and Intellectual Origins*, *William Mitchell Law Review*, Vol. 38, Iss. 1, see: <http://open.mitchellhamline.edu/wmlr/vol38/iss1/11>.

گزارش

- Australian Human Rights Commission (2018), **Human Rights and Technology Issues Paper**, July 2018, <https://www.humanrights.gov.au>.
- Botero Marino, Catalina (2013), **Freedom of Expression on the Internet**, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression Inter-American Commission on Human Rights, <http://www.cidh.org/relatoria>
- DiploFoundation (2011), **Right to Access the Internet: The Countries and The Laws that Proclaim It**, <https://www.diplomacy.edu/blog/right-access-internet-countries-and-laws-proclaim-it>.
- Electronic Frontier Foundation (2015), **Anonymity and Encryption**, comments submitted to the United Nations Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, February 10, 2015, <https://eff.org/>
- European Union (2019), **Study on the implementation of the open internet provisions of the Telecoms Single Market Regulation**, Final Report, 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market>.
- Frank La Rue (2011), **Report of Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression**, <https://www.ohchr.org>.
- ILO, (2018), **Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world**, International Labour Office, Geneva <https://www.ilo.org/global/publications>.
- Kiai, Maina (2014), **Report of the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association**, <https://www.ohchr.org>.
- Koomen, Maria (2019), **The Encryption Debate in the European Union**, Carnegie Endowment for International Peace, <https://carnegieendowment.org/2019/05/30/>.
- Lanza, Edison, (2017), **Inter-American Commission on Human Rights, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, Standards for a Free, Open and Inclusive Internet**, <http://www.oas.org>.
- Lucchi, Nicola (2013), **The Role of Internet Access in Enabling Individual's Rights and Freedoms**, EUI Working Paper, <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle>.
- Mohanty, Bedavyasa (2019), **The Encryption Debate in India**, Carnegie Endowment for International Peace, 2019. <https://carnegieendowment.org/2019/05/30>.
- Rydzak, Jan (2017), **Disconnected: A Human Rights-Based Approach to Network Disruptions**, <https://globalnetworkinitiative.org>.

فرانسوی

- Criqui-Barthais, Géraldine (2018), **La protection des libertés individuelles sur le réseau internet**, Thèse de doctorat en droit, Université Paris II- Panthéon-Assas école doctorale de Droit privé, 2018.
- Dutton, William H., Anna Dopatka, Ginette Law, Victoria Nash (2012), **Liberté de connexion, liberté d'expression: écologie dynamique des lois et règlements qui façonnent l'internet**, UNESCO, <https://unesdoc.unesco.org>.
- Mendel, Toby, Andrew Puddephatt, Ben Wagner, Dixie Hawtin et Natalia Torres (2013), **Étude mondiale sur le respect de la vie privée sur l'Internet et la liberté d'expression**, UNESCO, <https://unesdoc.unesco.org>.
- Rapport du Gouvernement au Parlement (2010), **La neutralité de l'Internet, Un atout pour le développement de l'économie numérique**, https://www.laquadrature.net/files/Rapport_Net_Neutralite.pdf.
- Souter, David (2019), **Indicateurs de l'UNESCO sur l'universalité de l'Internet: cadre pour évaluer le développement de l'Internet**, UNESCO, <https://unesdoc.unesco.org>.

- Weber, Rolf H. (2015), Principes de la gouvernance de l'Internet: analyse comparative, UNESCO.
- Turner, Mark (2005), **Liberté d'Expression Censure et Intégrité sur L'internet dans Les Droits de L'homme dans le Cyberspace**, UNESCO, <https://unesdoc.unesco.org>.
- Zwolinska, Monika (2015), **Sécurité et libertés fondamentales des communications électroniques en droit français, européen et international**, Thèse en vue de l'obtention du Doctorat en Droit, Université Nice Sophia Antipolis.

گذار از قاعده تقنینی به قاعده گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی

محمد حسنونند*، مینا اکبری**

چکیده

جایگاه برتر قانون نوشته در نظام حقوقی ایران به مثابه امری بدیهی و خدشه ناپذیر در آرای اندیشمندان حقوق تجلی یافته است. با این حال در حقوق اداری، به ویژه در حقوق استخدامی، سیاست زدگی نظام تقنینی و عدم تبعیت از نظرات علمی و کارشناسی و تغییرات مکرر قوانین اداری سبب بی ثباتی، پراکندگی، تعارض و تورم قوانین در این حوزه شده که در نهایت به «ناکارآمدی قوانین» منجر شده است. قانون در ایفای نقش ذاتی خود به مثابه منبعی قاطع، تنظیم کننده و پیش بینی پذیر کم توان بوده و رویه مشتت مراجع اداری و شعب دیوان عدالت اداری را به دنبال داشته است. در این میان، قضات دیوان عدالت اداری در جایگاه دادرس اداری، در جهت تکلیف دادرسی خود و حل و فصل دعاوی، این توانایی را دارند تا در جایگاه قاضی شعبه و نیز عضو هیئت های تخصصی و هیئت عمومی به رفع این ناکارآمدی پردازند. در پژوهش حاضر و با هدف اثبات ادعای فوق ابتدا به توصیف و ذکر مصادیقی از این گونه قوانین پرداخته شده و سپس با تحلیل قوانین و آراء دیوان عدالت اداری این نتیجه حاصل شده است که ناکارآمدی نظام تقنین در این حوزه و صدور آرای قضایی در دیوان عدالت اداری موجب شناسایی ضمنی نقش عرفی قاعده گذاری قضایی برای دیوان عدالت اداری و تاحدی مشابه جایگاه دادگاه های عالی در نظام حقوق کامن لا و موجب ارتقای جایگاه رویه قضایی به مثابه منبع اصلی در نظام حقوق اداری ایران به مانند نظام حقوق عرفی شده است. با این حال همچنان قانون منبع اول حقوق اداری در ایران است.

واژگان کلیدی: قاعده گذاری، رویه قضایی، دادرسی اداری، دیوان عدالت اداری، ناکارآمدی قوانین

* قاضی دادگستری، دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
md.hasanvand@gmail.com
minaakbari@ut.ac.ir

** پژوهشگر پژوهشکده قوه قضائیه، تهران، ایران

مقدمه

هر دانشجوی حقوق در بدو ورودش به دانشگاه می‌آموزد که چهار منبع حقوق داریم: قانون، عرف، رویه قضایی و نظریه عالمان حقوق (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۴). پس از چهار سال تحصیل البته او درمی‌یابد که آنچه در دانشکده‌های حقوق، منبع حقوق و بلکه عین حقوق است قانون است و آن منبع دیگر را شاید برای تعارف و خالی نبودن عریضه همچون منبع معرفی می‌کردند؛ هم‌آن‌ان که حقوق را همیشه به مجموعه قوانین و مقررات تعریف می‌کنند و قانون‌گذار برای آنان همیشه حکیم است (جعفری‌تبار، ۱۳۹۵: ۲۳). زیرا در کشورهای خانواده نظام حقوقی رومی‌ژرمن نظر بر این است که بهترین روش برای رسیدن به راه‌حل‌های عادلانه حقوقی استناد حقوق دانان به قانون است. در حالی که کشورهای عضو خانواده کامن‌لا، برای حل مسائل حقوقی خود به دنبال انطباق رویه‌های مستخرج از آراء پیشین بر مصداق کنونی‌اند و مایلند هر قضیه را با حکمی تطبیق دهند که پیش از آن صادر شده است. با این حال زمانی که حقوق جامعه عمل به تن می‌پوشد و پا در عرصه واقعیات جامعه می‌گذارد دادرس یا وکیل درمی‌یابد که قانون نوشته به‌تنهایی برای بازکردن گره از کار متداعین کفایت نمی‌کند یا نتیجه حاصل شده از متن قانون گاه با عدالت و انصاف موافق نمی‌نماید. در این وضعیت دادرس ناگزیر از اعمال تفسیر از قانون است. تفسیر قضایی جزء جدایی‌ناپذیر فرایند دادرسی است که از طریق آن دادرس در هنگام خلأ، ابهام، اجمال و تعارض قوانین به اعمال تفسیر خود از قانون می‌پردازد. این مهم حتی در کشورهای تابع نظام قانون نوشته نیز امری بدیهی است. نظام حقوق اداری ایران به دلایل مختلفی از جمله نوپا بودن، سیاست‌زدگی و عدم التزام به اسناد بالادستی بیش از هر بخش دیگری از حقوق درگیر تورم قوانین و تعارض و تناقض آن‌ها با یکدیگر است. تغییرات مکرر قوانین در مجالس مختلف، عدم نسخ صریح قوانین پیشین، نقصان قوانین جدید، شتاب‌زدگی در تقنین و وجود نظام‌های استخدامی متعدد بیش از هر چیزی به این امر دامن زده است، به‌نحوی که قانون نه به‌دلیل فقدان قانون نوشته بلکه به‌دلیل افراط در تقنین و فقدان کیفیت قوانین، نظام حقوق اداری و استخدامی را دچار ناکارآمدی کرده و قاضی را در فرایند دادرسی با دشواری فراوان روبه‌رو نموده است. در این وضعیت است که نقش تفسیر قضایی در دیوان عدالت اداری برجسته‌تر شده و گاه جایگاه قاعده‌آفرین به خود می‌بیند. حال مسئله‌ای که به ذهن خطور می‌کند این است که با توجه به اینکه نظام حقوقی ایران در خانواده رومی‌ژرمن جای می‌گیرد و در تمامی شاخه‌های حقوق نخستین منبع قانون است، در نظم حقوق اداری و استخدامی جمهوری اسلامی ایران آیا از اساس، عمل قضایی را می‌توان منبع حقوق دانست، همان‌گونه که قانون را منبع

حقوق می‌دانند؟ و یا اگر بخواهیم دقیق‌تر بگوییم، پرسش این است که دیوان عدالت اداری در قاعده‌گذاری حقوق اداری و استخدامی و خلق قواعد حقوقی چه جایگاهی دارد؟

همان‌طور که می‌دانیم حقوق عمومی و به‌خصوص حقوق اداری در مقایسه با حقوق خصوصی از رشته‌های جوان و نوپا در کشور ما محسوب می‌شود و با وجود تلاش‌های وافر که تاکنون صورت گرفته است، با خلأ قانون‌گذاری در برخی حوزه‌های حقوق اداری مواجه هستیم و از سوی دیگر به‌دلیل تغییر در نیازها و متعددبودن موضوعات با قوانین پراکنده و متعددی نیز روبه‌رو هستیم.

با توجه به مقدمات پیش‌گفته، فرضیهٔ مقاله حاضر این است که نظام دادرسی اداری کشور به‌دلیل ناکارآمدی قوانین و خلأهای موجود، از پیش‌فرض‌های رایج استقرار نظام حقوق‌نویسته در ایران فاصله گرفته و نقش قاعده‌گذاری قضایی در آن در حال تقویت است و تأکید را بر حوزهٔ حقوق استخدامی قرار داده‌ایم. لذا به‌منظور اثبات این فرضیه، تلاش شده است تا با توصیف وضعیت قوانین در حوزهٔ حقوق استخدامی از طریق ذکر مصادیقی که قانون‌گذار کشور در آن‌ها دچار ابهام، تشتت، پراکندگی، بی‌ثباتی و در نهایت ناکارآمدی شده است، همراه با ذکر مصادیقی از آراء صادرشده از دیوان عدالت اداری، به تحلیل نقش این مرجع در وضع قواعد لازم‌الاجرا در این حوزه بپردازیم؛ بنابراین از روش توصیفی و تحلیلی برای انجام پژوهش استفاده خواهد شد و ابزار گردآوری اطلاعات از نوع کتابخانه‌ای خواهد بود. بدین ترتیب قسمت نخست پژوهش را به تحلیل نقش دادگاه‌ها در قاعده‌گذاری اختصاص داده‌ایم. در قسمت دوم مصادیقی از ناکارآمدی قوانین اداری را شرح داده و در قسمت آخر به آرای دیوان عدالت اداری اشاره می‌نماییم که امروزه به‌مثابهٔ یک منبع اصلی در نظم حقوق اداری کشور تبدیل شده‌اند.

ذکر این نکته خالی از فایده نیست که این پژوهش به‌دنبال طرح مسئله‌ای نو در حوزهٔ حقوق اداری کشور است و با وجود پژوهش‌های مرتبطی که در این حوزه انجام شده است و سعی شده تا در متن مقاله از آن‌ها استفاده شود، تاکنون پژوهشی که به‌تمامی به بررسی این مسئله پرداخته باشد انجام نشده است.

۱. شناسایی نقش قاعده‌گذاری دادرسان

یکی از آموزه‌های مشهور حقوقی بر اساس نظریهٔ تفکیک قوا این است که ایجاد قانون کارویژهٔ قوهٔ مقننه، تفسیر آن وظیفهٔ قوهٔ قضائیه و اجرای آن از تکالیف اصلی قوهٔ مجریه است. مونتسکیو^۱ یکی از طراحان این نظریه می‌نویسد: «ممکن است گاهی پیش آید که قانون در بعضی موارد زیاد سخت

باشد، زیرا قانون در عین حالی که واضح است، مبهم نیز هست. قضات نمی‌توانند شدت یا سختی قانون را تعدیل کنند. آنان فقط زبان قانون هستند. در چنین صورتی برای تعدیل قانون مداخله هیئت تقنینیه لازم است؛ چه آنکه اختیار تفسیر قانون و یا تعدیل آن مختص قوه مقننه [است]» (منتسکیو، ۱۳۷۰: ۴۰۴). او نقش قانون‌گذار و قاضی را به‌نحو قاطع از یکدیگر تفکیک می‌کند و قاضی را فقط زبانی برای بیان قانون وضع‌شده می‌انگارد.

مبنای اصلی قانون‌گذاری توسط قوه مقننه مشروعیت دموکراتیک چنین روشی است. قانون‌گذاری وقتی به سیاست‌گذاری نزدیک می‌شود، از شئون اختصاصی نمایندگان مردم، که در انتخابات برگزیده شده‌اند، دانسته می‌شود. ایجاد قاعده کلی به‌وسیله دادگاه‌ها انحراف از ارزش‌های دموکراتیک تلقی می‌شود، زیرا دادگاه‌ها نهادهای غیردموکراتیک هستند و برخلاف نمایندگان که در مقابل رأی‌دهندگان پاسخ‌گو هستند، قضات اغلب انتصابی و پاسخ‌گو نیستند. از این منظر، قضات فقط مفسر قانون هستند و صلاحیت ایجاد قاعده کلی را ندارند. برخی نویسندگان مانند مک لالچین^۱ این دیدگاه را نقد می‌کنند و معتقدند چنین نظری مبتنی بر فهم دموکراسی بر مبنای محدود «قاعده اکثریت» است. بر این اساس قواعدی را می‌توان بر مردم حاکم کرد که اکثریت نمایندگان منتخب آن‌ها بدان رأی مثبت داده باشند. اما از نظر او این سخن چندان با واقعیت انطباق ندارد. بسیاری از قواعد که اکنون مبنای حکمرانی و لازم‌الاجرا هستند از گذشته وجود داشته و هرگز از نظر و تصویب نمایندگان فعلی نگذشته است؛ مانند قوانینی که در زمان حکومت‌های پادشاهی ایجاد شده‌اند و همچنان پابرجاست. وانگهی عنصر اساسی یک دموکراسی فقط رأی اکثریت نیست؛ چراکه چنین عنصری بیش از حکومت‌های دموکراتیک در حکومت‌های فاشیستی، کمونیستی یا اشکال پوپولیستی حکومت‌ها به‌نحو چشمگیری وجود دارد. دموکراسی به چیز دیگری نیاز دارد و آن محدودبودن قاعده اکثریت به حقوق دیگران است. به عبارت دیگر، چنانچه اکثریت قصد تجاوز به حقوق اقلیت را داشته باشد، باید از دیکتاتوری اکثریت ممانعت شود و دادگاه‌ها نهادهایی برای تحقق این امر، یعنی حفاظت از حقوق فردی، هستند. سبیلز^۲ اذعان می‌کند که مبنای دموکراتیک قوه مقننه نیرومندتر است؛ به‌طوری که می‌تواند منعکس‌کننده ارزش‌های بسیار مهم سیاسی و اخلاقی باشد. اما همین امر می‌تواند به‌مثابه ضعف قوای تقنینی عمل کند؛ به‌طوری که شرایط خاصی پدید می‌آید که طی آن عوام‌فریبی زمینه را برای تصمیم‌گیری نامناسب و عجولانه فراهم می‌کند و این همان عاملی است که با تصویر ایده‌آل از قانون‌گذاری از طریق قوه مقننه فاصله دارد. از این منظر دادگاه‌ها نسبت به قوای قانون‌گذاری از فشارهای سیاسی دور هستند و مصونیت

1. McLalchin

2. Sales

بیشتری دارند و به همین جهت آن‌ها را به حاملان و حافظان اصول سیاسی و اخلاقی بنیادین یک جامعهٔ سیاسی تبدیل می‌کند (وکیلان، ۱۳۹۷: ۷۰-۷۱).

به نظر می‌رسد در عصری که پیچیدگی روابط اجتماعی دقت و روشنی را در میان عناصر یک راه‌حل عادلانه در درجهٔ اول اهمیت قرار می‌دهد، قانون به‌خاطر دقتی که در انشای آن به کار رفته، بهترین تکنیک برای اعلام قواعدی روشن است. وضع قانون یا آیین‌نامه کار مقامات صلاحیت‌دار است، اما قانون جز با شیوه‌ای که در جریان اجرای آن به کار می‌رود، ارزش عملی پیدا نمی‌کند. اجرای قانون مستلزم یک روند تفسیر است که اهمیت آن امروزه مورد تأکید علمای حقوق واقع شده است. از آنجا که قانون‌گذار، آگاهانه یا ناآگاهانه، خود غالباً عبارات و اصطلاحات مبهم و غیردقیق به کار می‌برد، امکانات بسیار وسیعی در چهارچوب احترام به متن قانون برای قضات به وجود می‌آید. در متن قانون به مفاهیم تقصیر، حسن‌نیت، اخلاق حسنه، مصلحت خانواده، جبران خسارت، عدم امکان اجرای قرارداد اشاره می‌شود. قاضی باید، در هر مورد، پس از رسیدگی بگوید که آیا با توجه به اوضاع و احوال، قواعد حقوقی راجع به این مفاهیم قابل اجراست یا نه. با ارزیابی وقایع دعوی و امور موضوعی، به شیوهٔ کم‌وبیش مضیق یا موسع، قاضی در عمل می‌تواند شرایط اجرای قانون را به‌طور قابل ملاحظه‌ای تغییر دهد. برای مثال می‌تواند در ارزیابی علت اخراج موجه کارگر سخت‌گیری بیشتر یا کمتری نشان دهد؛ می‌تواند پاره‌ای از طرق جبران خسارت را بپذیرد یا نپذیرد؛ می‌تواند مفهوم قوهٔ قاهره را گسترش دهد یا محدود کند؛ یا به شیوهٔ خود مقتضیات اخلاق حسنه را تفسیر کند.

بوپره^۱، نخستین رئیس دیوان تمیز فرانسه، می‌گوید: «هنگامی که متن قانونی در قالب امری به‌روشنی و دقت بیان شده است و هیچ‌گونه ابهامی ندارد، قاضی موظف به قبول آن و اطاعت از آن است.» لیکن هنگامی که متن مبهم است، هنگامی که در معنی و قلمرو آن تردیدهایی وجود دارد و هنگامی که در مقایسه با متن دیگر ممکن است تا حدی متناقض باشد یا تخصیص یابد، یا برعکس باید تعمیم داده شود، در این صورت قاضی دارای گسترده‌ترین اختیارات برای تفسیر است. قاضی باید به خود بگوید که با توجه به دگرگونی‌هایی که از یک قرن پیش در افکار، اخلاق، نهادها و وضع اقتصادی و اجتماعی پدید آمده است، عدالت و عقل حکم می‌کند که متن قانون آزادانه و به‌طور انسانی با واقعیت‌ها و مقتضیات زندگی جدید هماهنگ شود (داوید و اسپینوزی، ۱۳۹۵: ۱۵۱).

البته اعطای صلاحیت تفسیر قضایی به قضات در طول زمان شکل گرفت و در ابتدا وضع به گونهٔ دیگری بود. معتقدان به اصل استقلال قوا اغلب این دیدگاه افراطی را به کار می‌بستند که قاضی از

هیچ اختیاری برای توسعه حقوق برخوردار نبوده و قانون باید چنان دقیق و ریزبین باشد که قاضی بدون کوچک‌ترین تأملی آن را به اجرا بگذارد. از این جهت نیز نویسندگان قانون مدنی فرانسه طریقی معقول را در پیش گرفتند. در سال ۱۷۹۰ که اصل استقلال قوا بسیار مورد تأکید بود، قانونی وضع شد که بیان می‌داشت: «هر زمان که دادگاه، تفسیر قانون یا وضع قانونی جدید را ضروری بداند، باید موضوع را به اطلاع هیئت قانون‌گذاری برساند.» در این دوران، وظیفه نقض آرای که برخلاف قانون صادر شده و تفسیری نادرست ارائه نموده بودند به عهده محکمه تمیز (دیوان تمیز) گذاشته شد. نویسندگان قانون مدنی فرانسه دریافتند که حتی باهوش‌ترین قانون‌گذار هم قادر به پیش‌بینی تمام مشکلات احتمالی نخواهد بود. بنابراین قاضی باید دارای چنان آزادی عملی باشد که بتواند قانون را همگام با مشکلات غیرقابل پیش‌بینی و شرایط متحول اجتماعی به اجرا دریاورد (زوایگرت و کوتس، ۱۳۹۳: ۱۴۹).

درخصوص نظام حقوقی ایران، همواره خوانده‌ایم که یک نظام رومی‌ژرمن (نوشته) است و شباهت‌های فراوانی با نظام حقوقی فرانسه دارد و بنابراین نخستین منبع حقوق همواره قانون است و رویه قضایی در سومین جایگاه بوده و آن هم همواره الزم‌آور نیست، بلکه صرفاً در زمانی که رأی وحدت رویه قضایی از سوی دیوان عالی کشور یا دیوان عدالت اداری صادر می‌شود، الزام حقوقی ایجاد می‌کند. به‌رغم خصوصیات تاریخی که سبب قرابت حقوق ایران و فرانسه شده، شیوه شکل‌گیری حقوق اسلامی اتفاقاً به شیوه قضیه‌ای در کامن‌لا نزدیک‌تر بوده است. مفتیان و قاضیان در تطور حقوق کشورهای شرقی و از جمله ایران، نقشی مهم داشته‌اند و به‌ویژه با اسنادی تاریخی که تازه یافته‌اند، همچون ماتیکان هزار دادستان (مجموعه آرای دادرسان زردشتی در ایران دوره ساسانی) معلوم گردیده که حقوق ایران قدیم نیز بیشتر بر دست قاضیان ساخته شده بوده تا بر دست قانون‌گذاران (نک: شیخ‌الحکامی، ۱۳۸۰: ۱۵۲-۱۳۷). همچنین در دوره اسلامی، شهروندان مسلمان مشکلات عملی حقوقی خود را نزد پیامبر یا پیشوایان دین مطرح می‌کردند و آنان حکم قضیه را در قالب حکمی جزئی برای حل مسئله‌ای جزئی، نه کلی، بیان می‌کردند. برای مثال در جریان گردوبازی گروهی از کودکان، با اصابت گردو به دندان کودکی و شکستن آن، دعوایی نزد امام علی (ع) طرح شد و وی در آن، کودک پرتاب‌کننده را به دلیل هشدار که از پیش به مصدوم داده بود، مسئول ندانست. اکنون حقوق‌دانان به‌صورت کلی می‌گویند آنکه هشدار داده مسئول نیست (قاعده تحذیر)^۱ (جعفری‌تبار، ۱۳۹۵: ۷۲) و کمتر کسی است که به قضیه‌ای بودن تاریخی آن نظر کند. در عصر حاضر درخصوص منشأ قانونی قاعده مستدل و مستندبودن آرای قضایی در ایران باید گفت

۱. قد أعذر من حذر.

قوانین ایران از ابتدا تاکنون بر لزوم رعایت این قاعده تأکید داشته‌اند. اولین قانونی که صراحتاً به این قاعده اشاره کرد، اصل ۷۸ متمم قانون اساسی مشروطیت مصوب ۱۲۸۶ بود که بیان می‌کرد: «احکام صادره از محاکم باید مدلل و موجه و محتوی فصول قانونیه که بر طبق آن‌ها حکم صادر شده است بوده و علناً قرائت شود.» در حال حاضر نیز مهم‌ترین مبنای قانونی این قاعده را می‌توان در اصل ۱۶۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ مشاهده کرد که بیان می‌کند: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است.» قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری ایران نیز از ابتدا تاکنون بر این قاعده تأکید کرده‌اند. در حال حاضر، ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بیان می‌کند: «... رأی دادگاه باید مستدل، موجه و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است.» ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹ نیز مقرر می‌کند: «رأی دادگاه پس از انشا لفظی، باید نوشته شده و به امضای دادرس یا دادرسان برسد و نکات زیر در آن رعایت گردد: ... ۴- جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی بر اساس آن‌ها صادر شده است» (سودمندی، ۱۳۹۸: ۵۲).

۲. ناکامی قوانین در تنظیم حقوقی نظام اداری و استخدامی

قانون‌گذاری پراکنده به معنای قانون‌گذاری موردی، متعدد و بدون توجه به دیگر اجزای نظام حقوقی است که نشانگر عملکرد تقنینی بدون کارشناسی بایسته و تعجیل قانون‌گذار در اعمال اختیار تصویب قانون به جای استفاده از دیگر اختیارات خود، از جمله نظارت، است. قانون‌گذاری پراکنده، به‌ویژه، به وضوح یا قابلیت دسترسی به قانون و نظام حقوقی و همچنین فهم و آگاهی شهروندان از قانون به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های حاکمیت قانون لطمه می‌زند (مرکز مالگیری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۸). با تبعی در قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی می‌توان به موارد متعددی برخورد کرد که از مصادیق قانون‌گذاری پراکنده شمرده می‌شود. از جمله یکی از رویه‌هایی که در نظام قانون‌گذاری ایران رایج است، اصلاح برخی قوانین به‌وسیله تصویب مقرراتی در قوانین غیرمرتبط است. منظور از قوانین غیرمرتبط قوانینی است که از حیث عنوان هیچ مشابهتی با عنوان قانون اصلاح‌شده ندارند و مخاطبان قوانین نمی‌توانند به‌آسانی از وجود اصلاحیه در آن اطلاع حاصل نمایند. این رویه که یکی از دلایل بسیار مهم پراکندگی قانون‌گذاری است، وضعیتی را پدید آورده است که نمی‌توان از اعتبار یک قانون خاص بدون آگاهی و مراجعه به انبوهی از قوانین دیگر اطمینان داشت (مرکز مالگیری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۶۵). به‌عنوان نمونه ماده (۸۷) قانون برنامه ششم توسعه موجب اصلاحات متعدد در قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران و قانون مدیریت خدمات

کشوری، قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت و قوانین راجع به بازنشستگی شده است. تبصره (۱) بند «ذ» ماده (۸۷) این قانون نهادهای اجرایی را موظف به تغییر وضعیت استخدامی ایثارگران شاغل شرکتی، قراردادی و پیمانی به رسمی قطعی نموده است. این تبصره ضمن تغییر ماده (۲۱) قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران، کلیه ضوابط ورود به خدمت مندرج در مواد (۳۲، ۴۲ و ۴۴) قانون مدیریت خدمات کشوری شامل اصل برابری در ورود به خدمات عمومی و لزوم پذیرش در آزمون استخدامی را دچار تغییر و آشفته‌گی کرده است، بدون آنکه وضعیت خاص نیروهای خرید خدمت از طریق شرکت‌های واسطه، نظام خاص استخدامی دانشگاه‌ها و وزارت نفت و وضعیت نیروهای کارگری را مدنظر قرار دهد. اطلاق این ماده، بدون توجه به قوانین استخدامی عام و خاص دیگر، به نحوی است که بدون اعمال تفسیر مناسب قضایی آشفته‌گی بزرگی در نظام استخدامی ایثارگران ایجاد خواهد کرد. ماده (۸۸) قانون مذکور با تغییر مقررات بازنشستگی و وضع مقررات خلاف این ماده و قانون منع به‌کارگیری بازنشستگان موجب ایجاد وضعیت تعارض قوانین شده است. نمونه دیگر بر اساس ماده (۸) قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی که در سال ۱۳۸۷ توسط مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید، اصلاحاتی در مواد (۷، ۱۰، ۲۱ و ۲۷) قانون کار، که در سال ۱۳۶۹ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده بود، صورت گرفت. گرچه اطلاع حقوق‌دانان از تصویب چنین قانونی به‌سادگی امکان‌پذیر است، اما آگاهی سایر افراد از آن دشوارتر است.

عدم اجرا یا لغو حکم قانونی به وسیله مفادی از قوانین غیر مرتبط از دیگر موارد قابل توجه است. در جزء «الف» ماده (۱۰) قانون بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور تصریح شده است: «... در اجرای قانون برگزاری مناقصات، ماده (۱۷) قانون مدیریت خدمات کشوری در سال ۱۳۸۹ ملغی‌الاثراً می‌گردد.» در ماده (۱۷) قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، به دستگاه‌های اجرایی اجازه داده شده است از طریق مناقصه و با عقد قرارداد با شرکت‌ها و مؤسسات غیردولتی بر اساس فعالیت مشخص، قیمت هر واحد کار و... بخشی از خدمات مورد نیاز خود را تأمین نمایند. در صورت عدم مراجعه متقاضیان اجازه داده می‌شود با رعایت قانون برگزاری مناقصات و تأیید سازمان، از طریق ترک تشریفات، مناقصه صورت گیرد. گذشته از اینکه معلوم نیست به چه دلیل ماده گفته‌شده، به موجب قانون بودجه ۱۳۸۹، صرفاً برای سال ۱۳۸۹ ملغی‌الاثراً شده است، این نکته مطرح می‌شود که عموم مردم و مجریان در بررسی و استفاده از قانون مدیریت خدمات کشوری چگونه می‌توانند از لغو موقت یک ماده از این قانون در قانون بودجه آن سال آگاهی یابند (مرکز مالگیری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۶۶)؟

مسئلهٔ سوم روش نسخ قوانین است. متداول‌ترین روش نسخ در ایران نسخ ضمنی قوانین است که با عبارت‌هایی مشابه با «کلیهٔ قوانین مغایر با این قانون لغو می‌گردد» صورت می‌گیرد. در واقع قانون‌گذار با به‌کاربردن عبارت‌هایی شبیه عبارت مذکور اذعان می‌کند که دقیقاً از اینکه قانون جدید چه قوانین و مقرراتی را نسخ می‌کند، مطلع نیست و بدین وسیله، از زیر بار مسئولیت تعیین روابط قانون جدید با قوانین موجود طفره می‌رود و این تکلیف مالایطاق را بر عهدهٔ شهروندان و مجریان می‌نهد. در عین حال باید توجه داشت که در بسیاری اوقات قانون‌گذار از درج عبارت حاکی از نسخ قوانین مغایر اجتناب کرده است که در نگاه عموم حقوق‌دانان، هیچ تفاوتی با درج عبارت مزبور از حیث آثار ندارد. تبعات منفی این امر کاملاً آشکار است. رویهٔ نسخ ضمنی یکی از دلایل عمدهٔ آشفتگی نظام حقوقی و پراکندگی در آن محسوب می‌شود. نمونه‌ای که در ادامه خواهد آمد، در این قسمت قابل‌توجه است. قانون مدیریت خدمات کشوری در سال ۱۳۸۶ به‌منظور سازماندهی استخدام و یکپارچه‌سازی مقررات استخدامی در بخش دولتی به تصویب مجلس رسید. در مادهٔ (۱۲۷) این قانون آمده است، کلیهٔ قوانین و مقررات عام و خاص به جز قانون بازنشستگی پیش از موعد کارکنان دولت مغایر با این قانون از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون لغو می‌گردد؛ بنابراین قانون مدیریت خدمات کشوری قانون استخدام کشوری را در موارد مغایر نسخ کرده است، اما در مواردی که قانون جدید ساکت است باید به قانون قدیم مراجعه کرد (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۸: ۹۴). واگذاری تشخیص موارد مغایرت یا عدم مغایرت باز هم به مجریان قانون و شهروندان واگذار شده است که خود زمینهٔ برداشت‌های مختلف را فراهم می‌کند.

بنا بر قاعده‌ای اصولی، استثنای اکثر امری عبث تلقی می‌شود، ولی در برخی موارد این اصل مورد توجه قرار نگرفته است. به‌عنوان نمونه بر اساس تصویب‌نامهٔ هیئت وزیران^۱، «کلیه دستگاه‌های اجرایی موضوع مواد (۵) و (۱۱۷) قانون مدیریت خدمات کشوری مکلف‌اند قراردادهای منعقدشده با شرکت‌های پیمانکاری برای تأمین نیروی انسانی را ظرف (۱۵) روز بعد از ابلاغ این تصویب‌نامه فسخ نمایند» و بدین ترتیب جذب نیروی انسانی از طریق شرکت‌های تأمین نیروی انسانی را ممنوع اعلام کرد. با وجود اینکه قانون‌گذار در مادهٔ ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری به‌کارگیری نیروی انسانی به این شیوه را اجازه داده بود، اما تصویب‌نامه این شیوه را ممنوع اعلام کرد و تنها فعالیت‌های

۱. تصویب‌نامهٔ هیئت‌وزیران، شمارهٔ ۲۱۳۴۷۱/ت/۴۷۶۴۳ هـ، مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۱، درخصوص فسخ قراردادهای منعقدشده کلیهٔ دستگاه‌های اجرایی با شرکت‌های پیمانکاری جهت تأمین نیروی انسانی و نحوهٔ انعقاد قرارداد با کارکنان شاغل شرکتی.

مربوط به طرح‌های عمرانی را از شمول این تصویب‌نامه مستثنا دانست و بدین ترتیب تصویب‌نامه هیئت وزیران یک قانون عادی را تخصیص اکثر زد.

این وضعیت و نبود سیاست‌گذاری بلندمدت و ثبات در رویکردهای توسعه و عوام‌زدگی و سیاست‌زدگی مقامات ذی‌صلاح، در حوزه قوانین اداری و استخدامی در مقایسه با قوانین مدنی و تجاری وضوح بیشتری دارد. تغییر مکرر قوانین استخدامی و اداری، اصلاح مفاد آن بدون توجه به کلیت قانون، نقض اصول قوانین عام استخدامی در قوانین خاص و حتی قوانین بودجه‌سنواتی، مقررات‌گذاری گسترده دولت‌ها بدون توجه به مفاد قوانین، بسیاری از قوانین اداری و استخدامی را دچار تعارض و ابهام نموده و اهداف قانون را دست‌نیافتنی کرده است. به‌عنوان مثال اصل برابری در حقوق و دستمزد که از دستاوردهای قانون مدیریت خدمات کشوری به حساب می‌آید، با اصلاحات مکرر قانون یا تخصیص برخی نهادها و مشاغل در قوانین متفرقه، به شعاری دور از دسترس تبدیل شده است.

به این ترتیب وضوح قانون که یکی از اوصاف اصلی آن جهت پیش‌شرط تحقق حاکمیت قانون محسوب می‌شود، در نظام تقنین اداری ایران رعایت نشده و ادارات و محاکم را در تعیین تکلیف امور دچار سردرگمی می‌کند. این در حالی است که قابل‌فهم بودن قانون یکی از اصول درونی قانون محسوب می‌شود که معادل با وضوح، شفافیت و قابل‌دسترس بودن قانون است. این اصل، در کنار دیگر ویژگی‌های قانون مشتمل بر انتشار، ثبات و معطوف به آینده‌بودن، همگی در خدمت برآوردن هدف ایجاد قابلیت در قانون برای مهم‌ترین ابزار راهنمایی شهروندان بودن در جهت برنامه‌ریزی قرار دارند (راسخ، ۱۳۸۴: ۳۳). ابهام و پیچیدگی قوانین هم بر شهروندان و هم بر حکومت آثار سوء دارد. مهم‌ترین آثار سوء این وضعیت بر شهروندان را می‌توان مشتمل بر دربرداشتن هزینه‌های اداری برای شهروندان به‌منظور فهم و بهره‌برداری از قوانین، دشوارساختن اتخاذ تصمیمات، دامن‌زدن به نابرابری، به‌ویژه در استفاده از خدمات عمومی و لطمه‌زدن به امنیت حقوقی دانست. آثار سوء ابهام و پیچیدگی قوانین بر مقامات حکومتی را نیز می‌توان در سه دسته کلی هزینه‌های مدیریتی، هزینه‌های سیاسی و هزینه‌های قضایی مورد توجه قرار داد. هزینه‌های مدیریتی به تعلل و دیوان‌سالاری بیش‌ازحد در تصمیم‌گیری‌های اداری توسط مقامات اداری و کارمندان در صورت ابهام قوانین و مقررات بازمی‌گردد. هزینه‌های سیاسی ابهام قوانین نیز از هزینه‌های ناشی از استفاده از قوه قهریه توسط دولت برای تمکین شهروندان در برابر قانون مربوط است؛ درحالی‌که چه‌بسا یکی از دلایل بسیار مهم این عدم تمکین پیچیدگی و ابهام قوانین باشد (انصاری، ۱۳۸۶: ۴۱-۳۸). تشتت قوانین موجب تشتت رویه محاکم، بی‌اثرشدن آرای آن‌ها و گسیل حجم عظیمی از پرونده به محاکم است که خود مستلزم صرف هزینه و به‌کارگیری نیروهای قضایی و اداری بیشتر خواهد بود.

یکی دیگر از معضلات و آسیب‌هایی که امروزه در نظام‌های قانون‌گذاری ایران، به‌خصوص در حوزه قوانین اداری، قابل‌شناسایی است پدیده‌ای است که از آن با عنوان «تورم تقنینی» یاد می‌شود. آسیب تورم تقنینی زمانی در نظام‌های قانون‌گذاری عیان می‌شود که دستگاه قانون‌گذاری به دلایل و علل مختلف، بدون ارزیابی دقیق و کارشناسانه ضرورت‌ها و پیامدهای یک قانون، و همچنین بدون در نظر گرفتن زمان مناسب برای اصلاح یک قانون، اقدام به قانون‌گذاری نماید. در چنین حالتی اولاً قانون‌گذار مهم‌ترین وظیفه خود را در افزایش آمار قوانین تصویبی، نه کیفیت اجرا، نظارت بر اجرای آن‌ها و آثار و پیامدهای آن‌ها بر نظام حقوقی، سیاسی، اقتصادی و مانند آن‌ها می‌بیند. ثانیاً نظام حقوقی به نظامی فربه تبدیل می‌شود که کارایی و اثربخشی خود را از دست می‌دهد. در این حالت، تصویب قوانین متعدد که اصلاحیه‌ها و الحاقیه‌های مکرر و زود هنگام آن‌ها را نیز به دنبال دارد، نه تنها کمکی به رفع دغدغه‌های قانون‌گذار نمی‌کند، بلکه خود به معضلی در نظام حقوقی تبدیل می‌شود. بدین ترتیب، افزوده شدن بر حجم قوانین با موضوع مشابه و هم‌پوشان، و بعضاً متعارض، سردرگمی دادگاه‌ها، مسئولان مجری قانون، مراجع مفسر قانون و شهروندان را در پی دارد. همه این موارد سبب شده در حوزه دادرسی اداری ایران، قوانین کارایی خود را از دست داده و نتوانند قصات دیوان عدالت اداری را در تعیین حکم دعوی به خوبی یاری نمایند (مرکز المیری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۶۲). تعداد زیاد آرای وحدت رویه صادر شده از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به خوبی مُثبت این ادعاست.

۳. شناسایی رویه قضایی به مثابه یکی از منابع حقوق اداری و استخدامی

همان گونه که بیان شد، نظام حقوق اداری ایران بر اثر پراکندگی قوانین در موارد زیادی دچار تشتت و آشفتگی بوده و در برخی موارد قوانین توانایی تعیین حکم دعاوی را ندارند. در این وضعیت نقش قاعده‌گذاری قضایی از طریق رویه قضایی اهمیت بسیار بیشتری می‌یابد. رویه قضایی از سویی نقص ناشی از عدم انعطاف قانون اساسی نسبت به مسائل اجتماعی جدید که شاید مبانی کلی نظام حقوقی را دربرگیرد و به نوعی مورد اشاره قانون اساسی واقع نشده است^۱ و از سوی دیگر، پراکندگی قوانین عادی و نیز تورم مقررات‌گذاری گاه متعارض دولت را جبران می‌کند و قوانین متعارض را با اموری که برای قانون‌گذار قابل‌پیش‌بینی نبوده است سازگار می‌سازد. در این

۱. صحبت در مورد حقوق جدیدی است که به‌ویژه در جوامع مدرن امروزی شکل گرفته و در قانون اساسی نیامده و زمینه‌های آن اصلاً ایجاد نشده است. این همان حوزه‌ای است که در فقه حکومتی و مسائل مستحدثه در قلمرو حیات اجتماعی از آن با عنوان «منطقه الفراغ» یا میدان‌های آزاد و خالی از حکم الزامی یاد می‌کنند؛ یعنی منطقه‌ای که تشريع الزامی در آن وارد نشده و باید به وسیله ولی امر (دولت) بر حسب نیازها و مقتضیات زمان و مکان تنظیم شود. برای اطلاع بیشتر از ماهیت و محدوده منطقه الفراغ، (نک: ارسطا، ۱۳۹۱، ۵۵-۵۳).

خصوص، دیوان عدالت اداری با رویه قضایی پویا و متحول که در شرایط عدم حضور قانون عام اداری و عدم اشاره قانون اساسی به اصول جدید راهگشا خواهد بود، می‌تواند منجر به ارائه اصول و حقوق جدید، به‌ویژه در حوزه حقوق اداری شود.^۱ از سوی دیگر، رویه قضایی قادر به ایفای نقشی اساسی در رفع سکوت قانون خواهد بود. درحقیقت چنانچه راه‌حل اتخاذشده از سوی قاضی صادرکننده رأی، شکل روش مشترک میان سایر قضات را بیابد یا در قالب رأی وحدت رویه ارائه گردد، تحت عنوان رویه قضایی، مکمل قانون و موجد قاعده حقوقی خواهد بود (نک: فاطمی، ۱۳۹۱: ۳۷). در این خصوص و به‌منظور تبیین روشن‌تر مسئله به بررسی نقش رویه قضایی در صیانت از قانون اساسی و همچنین رفع ابهام از قوانین عادی خواهیم پرداخت.

۳-۱. رویه‌سازی قضایی؛ سازکاری در جهت صیانت از قانون اساسی

با غور در آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از سال‌های آغازین فعالیت نهاد مذکور تاکنون، مشاهده می‌شود که دیوان در موارد متعدد قائل به صلاحیت خود در رسیدگی به ادعای خلاف قانون اساسی بودن گردیده و حسب تشخیص خود، اقدام به ابطال یا ابقای مصوبه موضوع دعوا نموده است.^۲ به‌عنوان مثال اصولی مانند انتظار مشروع، تناسب تخلفات اداری و مجازات، اصل عدم صلاحیت و اصول دیگر حقوق اداری که در قوانین مغفول و مسکوت مانده‌اند، از طریق رویه قضایی دیوان عدالت اداری وارد نظام حقوقی ایران شده‌اند. دیوان عدالت اداری همچنین با افزایش تعداد هنجارهای مرجع و نیز تفسیر گسترده آن‌ها می‌کوشد محدوده حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان را به‌ویژه در رابطه نابرابر میان طرفین دعاوی اداری افزایش دهد و با تفسیر پویای

۱. در این زمینه عملکرد شورای دولتی فرانسه تا آن اندازه از اهمیت برخوردار است که گاه از رویه قضایی شورای مذکور به‌عنوان منبع ایجاد اصول حقوق عمومی یاد می‌شود. درخصوص دیوان عدالت اداری، هرچند دیوان در ایجاد و شناسایی اصول حقوق عمومی، چندان موفق عمل نکرده، اما مطالعه آرای هیئت عمومی دیوان مبتنی بر این نکته است که هیئت عمومی دیوان، در پاره‌ای موارد، با الهام از اصول قانون اساسی و ارائه استدلال‌های بدیع، به شناسایی و خلق اصولی دست یازیده که با توجه به مختصات نظام اداری ایران ظهور یافته است (نک: فاطمی، ۱۳۹۱: ۹-۱۰). در عین حال برخی از حقوق‌دانان در مخالفت با کاربرد رویه قضایی در ارائه اصول حقوقی جدید بیان می‌دارند: «رویه قضایی می‌تواند شرایط اجرای یک اصل را تعدیل کند، اما نمی‌تواند اصل جدیدی بیافریند و در کاوش علمی فراقانونی خود آزاد نیست» (نک: صادقی، ۱۳۸۴: ۱۵۰).

۲. از جمله استناد به اصول ۵۸ و ۷۱ قانون اساسی در دادنامه ۵۰۶ مورخ ۸۲/۵/۱۹، استناد به بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی در دادنامه ۷۴ مورخ ۸۳/۳/۳، استناد به بند ۳ اصل ۳ در دادنامه ۲۰۹ مورخ ۱۳۸۳/۵/۱۸، استناد به اصل ۹۹ در دادنامه ۵۰۶ مورخ ۱۳۸۵/۷/۱۶، استناد به اصل ۱۲۷ در دادنامه ۱۱۹ مورخ ۱۳۸۳/۳/۳۱، استناد به اصل ۱۶۷ در دادنامه ۴۶۰ مورخ ۱۳۸۳/۹/۲۲، استناد به اصول ۵۷، ۷۱ و ۷۳ در دادنامه ۱۹۷ مورخ ۱۳۸۳/۵/۱۹.

هنجارهای مربوط به قانون اساسی و حقوق شهروندی گامی در حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین بردارد؛ چنان‌که به نظر می‌رسد، تفسیر موسع اصول قانون اساسی این نهاد قضایی را در جایگاه قوه مؤسس قرار داده است، به طوری‌که می‌توان از کارکرد تأسیسی دیوان در فرایند انطباق مصوبات با مرجع بنیادین سخن گفت.^۱

همچنین هیئت عمومی دیوان در مقام حل تعارض آرای میان چند شعبه مختلف دیوان عدالت اداری در پذیرش شکایات واحدهای دولتی در شعب دیوان که بر اثر ابهام اصل قانون اساسی صادر گردیده بود، با ارائه نظر نهایی در جهت حل تعارض ناشی از اطلاق دو واژه، در رفع ابهام از متن قانون اساسی کوشیده است.^۲ البته این بدان معنا نیست که صراحتاً به ارائه نظریه تفسیری می‌پردازد، بلکه به صورتی است که اصول قانون اساسی را در عمل و در فرایند انطباق و صدور رأی، مورد تبیین و تفسیر قرار می‌دهد؛ عملکردی که در نهایت پیامدی چون رفع ابهام درخصوص مورد مطروحه را به همراه خواهد داشت.

به عنوان مثال هیئت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۲۳۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۳، ضمن استناد به دو اصل ۱۳۸ و ۱۲۷ قانون اساسی به عنوان مستند رأی ابطالی خود، با تعیین حدود آن‌ها در انتهای رأی، به رفع ابهام از دو اصل اقدام نموده است و چنین بیان می‌دارد: «... طبق اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تفویض مسئولیت تصویب برخی از امور مربوط به وظایف دولت از جمله وضع مقررات دولتی به کمیسیون‌هایی منحصرأً متشکل از چند وزیر تجویز گردیده

۱. در ابتدا به نظر می‌آید «تفسیر تأسیسی» از قانون اساسی و جاهت حقوقی ندارد؛ چراکه مفسر بدین طریق به مقنن اساسی تبدیل می‌گردد و نقش واضع قواعد تضعیف می‌شود. با این حال گفته می‌شود که یکی از کارکردهای قیاس در ادبیات حقوقی ایفای نقش تفسیری است. کاربرد قیاس جستجوی اراده نویسندگان متون و حتی انشای قاعده جدید است که با قواعد مذکور در متن وحدت ملاک حقوقی دارد. به نظر می‌رسد که این برداشت از تفسیر همان تفسیر تأسیسی است. درواقع هنگامی که با استفاده از قیاس، علاوه بر دریافت قصد قوه مؤسس به انشای قاعده جدید در راستای حقوق و آزادی‌های بنیادین می‌پردازیم، به نوعی اقدام به تفسیر تأسیسی قانون اساسی نموده‌ایم (نک: سالمون، ۱۳۸۲: ۱۷۹).

۲. هیئت عمومی دیوان در مقام حل تعارض به شرح دادنامه ۳۹-۳۸-۳۷ مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۰ به ابهام موجود پایان بخشید: «نظر به اینکه در اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، منظور از تأسیس دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات واحدهای دولتی تصریح گردیده و با توجه به معنی عرفی و لغوی کلمه «مردم»، واحدهای دولتی از شمول مردم خارج و به اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی اطلاق می‌شود و مستفاد از بند ۱ ماده ۱۱ دیوان نیز اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی می‌باشند؛ علی‌هذا شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد، قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نمی‌باشد.»

است. بنابراین مشارکت معاونان ریاست جمهوری در کمیسیون مذکور به عنوان اعضای تصویب کننده آیین نامه اجرایی قانون، با تمسک به اصل ۱۲۷ قانون اساسی که ناظر به تعیین نماینده در موارد خاص و منصرف از وضع مقررات دولتی می باشد، مغایر قانون تشخیص داده می شود و مصوبات مورد اعتراض مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می گردد. توضیح این نکته لازم است که محدوده اصل ۱۳۸ شامل تصویب نامه ها و آیین نامه ها و اساس نامه ها و در هر صورت مصوبات هیئت محترم وزیران می باشد و محدوده اصل ۱۲۷ شامل تصمیمات نماینده یا نمایندگان ویژه با اختیارات مشخص و معین می باشد و محدوده دو اصل کاملاً متفاوت بوده و نظریه تفسیری مورخ ۱۳۷۹/۵/۴ شورای نگهبان نیز مطلب فوق را تأیید می نماید.^۱

قاضی دیوان، در فرایند تبلور اصول کلی قانون اساسی، نقشی خلاق، توسعه ای و تکمیلی ایفا می کند؛ چه اینکه علاوه بر آنکه اصول خام قانون اساسی را در رأی صادره متبلور می سازد و توسعه می دهد و اصولی پنهان را کشف می کند، حتی در پاره ای موارد، با الهام از اصول حقوقی و ارائه استدلال های بدیع و با تفسیر موسع از هنجارهای قانون اساسی به خلق و ابداع اصولی دست می یازد که با توجه به مختصات نظام اداری ایران ظهور یافته است. دیوان در حقوق اداری ایران در طول سالیان گذشته توانسته است این نقش را به خوبی ایفا نماید. یعنی از ظرفیت های «همگرا و به هم وابسته» قانون اساسی در بیان اصول بهره گیرد و بعضاً نیز اصول ابداعی خاصی را اعلام نماید.^۱ به عنوان نمونه، بر مبنای اصل استقرار و تثبیت نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی (اصل چهل و چهارم قانون اساسی) که دیوان همواره از آن در برابر تصمیمات مقامات اداری دفاع نموده است، در آرای ۱۷۸، ۱۷۹، ۱۸۰ مورخ ۱۳۸۲/۵/۵ برخی مصوبات هیئت وزیران را ابطال نمود. بدین صورت، به نظر می رسد که قاضی دیوان حق آفرینش هنجارهای نوین مربوط به قانون اساسی را برای خویش شناسایی نموده است (جلالی و سعیدی روشن، ۱۳۹۵: ۱۳۰-۱۲۸). از سوی دیگر تفسیر قضایی قادر به ایفای نقشی اساسی در رفع سکوت قانون خواهد بود. در حقیقت چنانچه راه حل اتخاذ شده از سوی قاضی صادرکننده رأی، شکل

۱. انتاج قواعد حقوقی جدید و به تعبیری نوسازی حقوق از جمله آثار اساسی سازی حقوق است، به مفهومی که غالباً تغییر شکل حقوق با نوسازی آن نمود می یابد. در اینجا هدف این است که به اساسی سازی حقوق و آزادی ها که به آغوش گرایش های مختلف حقوق و هم زمان به تغییر شکل این گرایش ها منجر می گردند اشاره شود؛ امری که قانون اساسی را به تغییر محتوای حقوق سوق می دهد. این نوسازی مترادف است با آزادی گرایی؛ زیرا دگرگونی ها به عنوان پیشرفت هایی امری و الزامی توسط منطق حقوق بنیادین تشریح می گردند.

روش مشترک میان سایر قضات را بیابد یا در قالب رأی وحدت رویه ارائه گردد، تحت عنوان رویه قضایی، مکمل قانون و موجد قاعده حقوقی خواهد بود (نک: فاطمی، ۱۳۹۱: ۳۷).

اصول قانون اساسی در عملکرد دیوان، ضمن اصدار رأی، ماهیت قضایی و رویه ای یافته و در نهایت از ایده به هنجار و از قوه به فعل درمی آیند. قانون اساسی، زمانی صورت «هنجاری» می یابد، یعنی به عنوان «اساسی ترین و برترین قانون» شناخته می شود و در نتیجه، حقوق اساسی و برتر یک کشور را تشکیل می دهد که قضات صلاحیت رسیدگی به اعمال قوای تأسیس شده را داشته باشند. درحقیقت هنجاری بودن قانون اساسی در عمل توسط قضات معنا پیدا می کند و از طریق آرا و تصمیمات قضات است که می توان اطمینان یافت آیا قانون اساسی هنجاری است، یعنی حقوق برتر و اساسی است یا خیر؟ (نک: معتمدنژاد، ۱۳۷۸: ۹۹) پرداختن دیوان به اصول قانون اساسی، اصول کلی حقوقی، حقوق شهروندی و حقوق بشر ضمن رویه قضایی، نه تنها منجر به شناسایی این اصول می شود، بلکه محتوای «نرم قانون اساسی» (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۱۰۹) را با فشار بر روی آیین نامه سازی موجود، غنی، متحول و پویا می نماید. درحقیقت از آنجا که حقوق عمومی در کشورمان به عنوان شاخه ای جوان از حقوق رشد چندانی نداشته است، همچنین با عنایت به ویژگی های کلی نظام حقوق اساسی و خصوصاً سازوکارهای صیانت از قانون اساسی از سوی شورای نگهبان، دیوان عدالت اداری به عنوان یگانه مرجع رویه ساز قضایی در عرصه حقوق عمومی، می تواند از طریق رویه سازی قضایی، نقش مهمی در اعتلا و پرورش حقوق عمومی و به ویژه حقوق اساسی و حقوق اداری ایفا نماید. از سوی دیگر در مواردی که قاضی دیوان فقط به قانون عادی استناد کرده است، تفسیر قانون عادی در گستره قانون اساسی^۱، به ویژه در فرض عدم استناد به قانون اساسی، درعین حال می تواند راهی در جهت صیانت از قانون اساسی هموار سازد. بدین وجه می توان چنین نتیجه گرفت که صیانت از قانون اساسی در آرای دیوان لزوماً از طریق استناد مستقیم به اصول قانون اساسی یا تفسیر قانون اساسی در آرای دیوان محقق نمی گردد (جلالی و سعیدی روشن، ۱۳۹۵: ۱۳۴-۱۳۱). قضات دیوان در فرایند انطباق و به تبع آن تفسیر همواره روح قانون اساسی و اصول آن را حاکم تلقی می کنند. به عبارت دیگر «روح این قانون و اهداف مترتب بر آن، همواره نصب العین مجریان در مقام اجرا و مفسران در زمان تفسیر می باشد» (محمودی،

۱. تفسیر مطابق با قانون اساسی یعنی تفسیری که قاعده حقوقی را با توقعات اساسی قابل جمع می کند (نک: فرومن، ۱۳۸۷: ۱۴۴).

۱۳۸۴: ۳۹۰)، حتی اگر مستقیماً به نص این قانون استناد نکنند. در این صورت است که می‌توان از صیانت ضمنی از قانون اساسی توسط این عملکرد سخن به میان آورد.

۲-۳. رویه‌سازی قضایی؛ سازوکاری برای رفع ابهام از قوانین عادی

در مواردی که قوانین عادی دچار ابهام هستند، تفاسیر مشابه قضات از قوانین در خلال رسیدگی به دعاوی، زمینه رفع ابهام از آن‌ها را فراهم می‌سازد. با این حال نمی‌تواند به‌خودی‌خود قاعده کلی برای سایر دادگاه‌ها و مراجع باشد و ایجاد الزام نماید؛ بلکه هرگاه چنین رأیی در موارد مشابه توسط دیگر مراجع تکرار شود و شکل روش مشترکی به خود گیرد، به همراه الزام معنوی ایجادشده، نام رویه بر آن صدق می‌کند (نک: فاطمی، ۱۳۹۱: ۲۷-۲۶). درحقیقت تفسیر قضات به‌دنبال تبعیت بدون اجبار و صرفاً به جهت اقناع وجدان، از سوی سایر دادرسان، به‌تدریج می‌تواند به‌صورت روش و عادتی مشترک در بین قضات محاکم ظاهر گردد. «آنگاه که تفسیر قضایی به‌صورت رویه قضایی درآید، اثر مذکور از محدوده فوق و آنچه «نسبی بودن اثر اعتبار امر مختومه» اطلاق شود، فراتر می‌رود و می‌تواند همانند تفسیر تقنینی به تعبیر عام یک قاعده مبادرت ورزد» (تیلا، ۱۳۸۳: ۵۸).

از سوی دیگر، تفاسیر متفاوت قضات از قوانین در خلال رسیدگی به دعاوی، با صدور رأی وحدت رویه قضایی توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، زمینه رفع ابهام از آن را فراهم می‌سازد. اشاره به چند مورد از آراء دیوان عدالت اداری درخصوص حقوق استخدامی که به‌دلیل ابهام و برداشت‌های مختلف از قوانین عادی و مقررات صورت گرفته بود، به‌خوبی گویای نقش دیوان عدالت اداری در قاعده‌گذاری در این خصوص است. در این زمینه و در جهت اثبات ادعای فوق به برخی از مسائل استخدامی کشور و حل آن توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از طریق رأی وحدت رویه قضایی اشاره می‌شود.

نخست. آنچه در ابتدای امر و با ملاحظه ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶) به ذهن متبادر می‌شود این است که حالات استخدامی صرفاً پیمانی و رسمی است. در این ماده آمده است: «از تاریخ تصویب این قانون، استخدام در دستگاه‌های اجرایی به دو روش ذیل انجام می‌پذیرد: الف) استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی؛ ب) استخدام پیمانی برای تصدی پست‌های سازمانی و برای مدت معین.» ملاحظه می‌شود که این ماده استخدام در دستگاه‌های اجرایی را محدود به دو روش پیمانی و رسمی کرده است. اما می‌دانیم که اشخاص تحت عناوین دیگر مثل شرکتی، قراردادی و... نیز در دستگاه‌های اجرایی مشغول به کار هستند. مانند به‌کارگیری افراد بر اساس ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری. در این ماده مقرر شده است: «به دستگاه‌های اجرایی اجازه داده می‌شود از طریق مناقصه و با عقد قرارداد با شرکت‌ها و مؤسسات

غیردولتی بر اساس فعالیت مشخص، حجم کار معین، قیمت هر واحد کار و قیمت کل به‌طور شفاف و مشخص بخشی از خدمات مورد نیاز خود را تأمین نمایند.» این نوع از به‌کارگیری نیرو در عرف به استخدام شرکتی معروف است؛ یعنی شرکت‌های تأمین نیروی انسانی واسطهٔ بین دولت و نیروی کار قرار گرفته و نیازهای انسانی دستگاه‌های اجرایی را تأمین می‌نمایند. علاوه بر این، تبصرهٔ مادهٔ ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری احکامی درخصوص به‌کارگیری نیروی قراردادی یا قرارداد کار معین دارد. این تبصره مقرر نموده است که «دستگاه‌های اجرایی می‌توانند در شرایط خاص با تأیید سازمان تاده درصد پست‌های سازمانی مصوب، بدون تعهد استخدامی و در سقف اعتبارات مصوب افرادی را به‌صورت ساعتی یا کار معین برای حداکثر یک سال به کار گیرند». بنابراین همان‌طور که ملاحظه می‌شود نیروی انسانی که در دستگاه‌های اجرایی مشغول به کار هستند تنها به مستخدمان رسمی و پیمانی محدود نمی‌شوند و اتفاقاً درصد قابل توجهی از نیروها نیز بر اساس مادهٔ ۱۷ و همچنین تبصرهٔ مادهٔ ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری جذب می‌شوند. پراکندگی و ابهام مواد قانون مدیریت خدمات کشوری درخصوص جذب نیروی انسانی در عمل موجب شکایات استخدامی مختلفی شده بود که بر اساس برداشت مختلف قضات از مواد این قانون و قوانین دیگر، احکام متعارضی در این زمینه از شعب مختلف دیوان عدالت اداری صادر شده بود.

در پرونده‌هایی که در دیوان عدالت اداری مطرح شده بود، ملاحظه شد وظایفی که مربوط به پست سازمانی بود به کارکنان شرکتی واگذار شده بود و همان‌طور که ذکر شد بر اساس مادهٔ ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری واگذاری پست سازمانی صرفاً به کارمندان رسمی و پیمانی امکان‌پذیر است. اما در عمل کارکنان شرکتی متصدی پست‌های سازمانی شده بودند. این موضوع زمینهٔ بروز اختلاف میان کارکنان و دستگاه‌های متبوعشان را به‌دلیل تبدیل وضعیتشان فراهم کرده بود. مسئلهٔ اساسی این بود افرادی که متصدی پست‌های سازمانی شده‌اند، اما در قالب شرکتی جذب شده‌اند، دارای حق مکتسبی جهت تبدیل وضعیت استخدامی‌شان هستند یا خیر؟ بعضی شعب رأی به ورود شکایت دادند و این‌گونه استدلال می‌نمودند که تبصرهٔ مادهٔ ۳۲ بیان می‌دارد که به‌کارگیری این افراد حداکثر برای یک سال باید باشد، در حالی که بسیاری از این قراردادها حتی تا ۱۰ سال تمدید شده‌اند و این امر نشان‌دهندهٔ نیاز دستگاه به این کارمند بوده و حق مکتسبی برای فرد ایجاد شده است و منجر به صدور رأی به نفع کارمند شد و در واقع مجوز تبدیل وضعیت کارمند را صادر کردند. اما برخی شعب دیگر استدلال مخالفی داشتند و حتی در صورت واگذاری پست‌های سازمانی به کارکنان شرکتی، حق مکتسبی برای آنان قائل نشدند و امکان تبدیل وضعیت استخدامی

آنان را نپذیرفتند. در نهایت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اقدام به صدور رأی وحدت رویه^۱ به شرح ذیل کرد: «با توجه به اینکه اولاً به کارگیری افراد به صورت قراردادی از سوی دستگاه‌های اجرایی مطابق تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری با رعایت شرایطی از جمله تأیید سازمان (سازمان اداری و استخدامی کشور) حداکثر تا ۱۰ درصد پست‌های سازمانی، بدون تعهد استخدامی و در سقف اعتبارات مصوب مجاز شناخته شده است. ثانیاً حکم مقرر در ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مبین واگذاری و برون‌سپاری کارهای حجمی دستگاه‌های اجرایی است و افرادی که در اجرای حکم این ماده به عنوان نیروی شرکت‌های طرف قرارداد با دستگاه‌های اجرایی به ارائه خدمت در دستگاه‌های اجرایی می‌پردازند، مطابق ماده ۱۸ قانون مذکور کارکنان تحت پوشش کارفرمای غیردولتی قرار می‌گیرند و دستگاه‌های اجرایی هیچ‌گونه تعهد یا مسئولیتی در قبال این کارکنان ندارند و ماده ۴۷ قانون مذکور نیز تصریح دارد به اینکه «به کارگیری کارمندان شرکت‌ها و مؤسسات غیردولتی برای انجام تمام یا بخشی از وظایف و اختیارات پست‌های سازمانی دستگاه‌های اجرایی تحت هر عنوان ممنوع می‌باشد و استفاده از خدمات کارمندان این گونه شرکت‌ها و مؤسسات صرفاً بر اساس ماده ۱۷ این قانون امکان‌پذیر است.» صرف نیاز دستگاه اجرایی یا به کارگیری نیروهای شرکتی در مشاغل اداری و پست‌های سازمانی در دستگاه‌های اجرایی هیچ‌گونه حق مکسب یا مجوزی برای تبدیل وضعیت نیروهای شرکتی به قراردادی در دستگاه اجرایی به وجود نمی‌آورد و انعقاد قرارداد کار معین با اشخاص در دستگاه‌های اجرایی مستلزم رعایت قیود تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری می‌باشد...».

ملاحظه می‌شود که در جهت رفع ابهام از قوانین، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری روشن می‌نماید تمام افرادی که به نحوی در بدنه دولت مشغول به کار هستند مستخدم دولت نیستند. صرفاً کسانی که طبق ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری جذب می‌شوند، دارای رابطه استخدامی با دولت هستند و باید میان «استخدام» و «به کارگیری نیرو» قائل به تفکیک شد و بدین ترتیب ایجاد حق مکسب برای کارکنان شرکتی به جهت تبدیل وضعیت استخدامی‌شان را نپذیرفت.

دوم. به موجب بند «ذ» ماده (۸۷) قانون برنامه ششم توسعه (مصوب ۱۳۹۵)، ماده (۲۱) قانون جامع خدمات‌رسانی به ایارگران اصلاح شد. بر اساس ماده (۲۱)، «کلیه دستگاه‌های موضوع ماده (۲) این قانون مکلفند حداقل بیست و پنج درصد (۲۵٪) از نیازهای استخدامی و تأمین نیروهای مورد نیاز خود را که وفق ضوابط و مجوزهای مربوط و جایگزینی نیروهای خروجی خود اخذ

۱. رأی شماره‌های ۲۱۶۴ و ۲۱۶۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، تاریخ دادنامه: ۱۳۹۷/۱۲/۲۱.

می نمایند به خانواده های شاهد، جانبازان و آزادگان، همسر و فرزندان شهدا و جانبازان بیست و پنج درصد (۲۵٪) و بالاتر، فرزندان و همسران آزادگان یک سال و بالای یک سال اسارت، اسرا و خواهر و برادر شاهد اختصاص دهند و پنج درصد (۵٪) سهمیه استخدامی را نیز به رزمندگان با سابقه حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در جبهه ها و همسر و فرزندان آنان و فرزندان جانبازان زیر بیست و پنج درصد (۲۵٪) و آزادگان کمتر از یک سال اسارت اختصاص دهند». در بند «ذ» ماده (۸۷) قانون برنامه ششم آمده است: «ماده (۲۱) قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران به شرح زیر اصلاح می شود. عبارت «اعم از رسمی، پیمانی، قراردادی، شرکتی» بعد از عبارت «تأمین نیروهای مورد نیاز خود را» اضافه می شود.» و در تبصره (۱) همین ماده مقرر گردید: «وضعیت استخدامی مشمولان این ماده حداکثر پس از سه ماه رسمی قطعی می گردد». این بند زمینه ابهامات و تفاسیر مختلف از آن را فراهم کرد. برخی ایثارگران با استناد به تبصره این بند خواستار تبدیل وضعیت خود از قراردادی به رسمی شده بودند و دعاوی مختلفی در این زمینه در دیوان عدالت اداری مطرح شد. در این زمینه، برخی شعب دیوان با این استدلال که بند «ذ» ماده (۸۷) قانون برنامه ششم توسعه مشروط به تأمین نیرو از محل مجوزهای مربوط و نیز سهمیه های استخدامی و پست های بدون تصدی متعاقب معرفی از بنیاد شهید است و حکم بند مذکور صرفاً ناظر به استخدام ابتدایی ایثارگران با رعایت شرایط قانونی بوده و تبدیل وضعیت استخدامی از آن استنباط نمی گردد، حکم به رد شکایت صادر نموده بودند، اما برخی شعب دیوان به استناد تبصره (۱) بند «ذ» ماده (۸۷) قانون برنامه ششم توسعه مبنی بر تبدیل وضعیت استخدامی مشمولین ماده (۲۱) قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران حکم به ورود شکایت و الزام به تبدیل وضعیت از قراردادی به رسمی قطعی صادر کرده بودند، لذا با توجه به استنباط های مختلف شعب دیوان در این خصوص، موضوع از مصادیق تعارض آراء بود و وفق ماده (۸۹) قانون دیوان در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طرح شد. دیوان این گونه رأی صادر نمود: «اولاً با توجه به اینکه بند (ذ) ماده ۸۷ قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۴ عبارت «اعم از رسمی، پیمانی، قراردادی، شرکتی» را بعد از عبارت «تأمین نیروهای مورد نیاز خود را» به ماده ۲۱ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران مصوب ۱۳۹۱/۱۰/۲ اضافه کرده است، لذا تفسیر و اجرای آن باید با توجه به قیود و شرایط ماده مذکور صورت پذیرد. مخاطب ماده ۲۱ به موجب صدر این ماده کلیه دستگاه های موضوع ماده ۲ قانون مذکور اعم از دستگاه های اجرایی دولتی و عمومی و... شرکت ها و مراکز تولیدی و توزیعی و خدماتی تحت پوشش قانون کار هستند. به موجب این ماده در اعمال سهمیه اختصاصی ایثارگران لازم است «وفق ضوابط و مجوزهای مربوط» اقدام شود.

ماده مذکور هم دربرگیرنده «استخدام» و هم دربرگیرنده «به‌کارگیری نیرو» در دستگاه‌ها و شرکت‌های مشمول می‌باشد. بر اساس ضوابط و مقررات استخدامی (از جمله مواد ۳۲ و تبصره‌های آن ۴۷، ۵۲، ۹۵ و ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری) به‌کارگیری نیرو مفهومی عام داشته و شامل کلیه مواردی می‌شود که دستگاه فردی را مستقیماً جهت انجام وظایف و مأموریت‌های خود به خدمت گرفته باشد. لیکن استخدام به‌موجب مواد ۴۵ و ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری صرفاً شامل به‌کارگیری نیرو به‌صورت پیمانی و رسمی اعم از آزمایشی و قطعی می‌باشد و لذا به خدمت گرفتن افراد به‌صورت قراردادی هر چند به‌کارگیری محسوب می‌شود، لیکن برای فرد وضعیت استخدامی ایجاد نمی‌کند...». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این رأی ضمن تفکیک میان استخدام و به‌کارگیری نیرو، به‌خدمت گرفتن افراد به‌صورت قراردادی را نوعی از به‌کارگیری تلقی می‌کند و امکان تبدیل وضعیت این نیروها به رسمی قطعی را بر اساس قوانین فوق‌الذکر امکان‌پذیر نمی‌داند و به ابهام قوانین در این زمینه پایان می‌دهد.

در کنار آراء وحدت رویه‌ای که ذکر شد، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از طریق رسیدگی به مقررات دولتی و احراز مغایرت یا عدم مغایرت آن‌ها با شرع، قانون اساسی و قوانین عادی نیز می‌تواند اقدام به ایجاد رویه نماید که به برخی از مصادیق آن اشاره می‌شود.

نخست. شکایتی کارمندان دانشگاه پیام‌نور نسبت به بخشنامه‌های دانشگاه پیام نور تهران^۱ مطرح کرده و مدعی بودند که بخشنامه‌های صادرشده برخلاف قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی از جمله قانون اصلاح ماده (۱۴۳) قانون برنامه چهارم توسعه و اصلاح ماده (۶۹) قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت^۲ است. در واقع این کارمندان مدعی بودند که دانشگاه پیام‌نور مکلف است از قوانین و مقررات عمومی استخدام که بر دستگاه‌های دولتی حاکم است تبعیت کند، در حالی که بخشنامه‌های صادرشده از این دانشگاه خلاف این قوانین و مقررات عمومی است، بنابراین ابهام درخصوص شمول قوانین و مقررات استخدامی بر دانشگاه

۱. بخشنامه شماره ۱۳۹۵/۱۱/۲-۶/۷۳/۲۴۲۶۶۶ و بخشنامه شماره ۱۳۹۵/۱۱/۴-د/۴۶/۶۶۱۸۸ دانشگاه پیام نور تهران.

۲. قانون اصلاح ماده (۱۴۳) قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اصلاح ماده (۶۹) قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (مصوب ۱۳۸۴): بند (ب) ماده (۱۴۳) قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و همچنین آزمون ادواری برای استخدام نیروی انسانی در دستگاه‌های دولتی و نهادهای عمومی حذف می‌گردد.

پیام‌نور بود. در نهایت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری^۱، دانشگاه‌ها را ملزم به رعایت قوانین و مقررات عمومی استخدام کشور ندانست. در این رأی این‌گونه استدلال شده است: «به موجب بند ب ماده ۲۰ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۹ مقرر شده است، دانشگاه‌ها، مراکز و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی و فرهنگستان‌هایی 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 الزام به رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی به‌ویژه قانون محاسبات عمومی، قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون برگزاری مناقصات و اصلاحات و الحاقات بعدی آن‌ها و فقط در چهارچوب مصوبات و آیین‌نامه‌های مالی، معاملاتی و اداری استخدامی، تشکیلاتی مصوب هیئت امنای که حسب مورد به تأیید وزرای علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌رسد عمل می‌نمایند. با توجه به حکم قانونی مذکور و اینکه دانشگاه‌ها تابع مصوبات هیئت امنای هستند و الزامی به رعایت قوانین عمومی ندارند و از طرفی در ماده ۹ آیین‌نامه استخدامی اعضای غیر هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، امکان تبدیل وضعیت کارکنان قراردادی به استخدام پیمانی با حصول شرایطی مجاز دانسته شده است و با عنایت به اینکه ماده ۳۰ بخشنامه شماره ۹۷۵۷/۹۳/۲۰۰-۱۳۹۳/۰۷/۸۹ شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور به موجب رأی شماره ۶۵۶ الی ۶۵۹ - ۱۳۹۶/۸/۸۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با لحاظ ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از تاریخ تصویب بخشنامه باطل نشده است، در نتیجه بخشنامه‌های مورد اعتراض با قانون مغایرت ندارد و قابل ابطال تشخیص نشد.» بنابراین هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، با صدور رأی وحدت رویه، دانشگاه پیام نور را مکلف به تبعیت از قوانین و مقررات عمومی استخدام مربوط به دستگاه‌های دولتی نمی‌داند و تبدیل وضعیت کارکنان قراردادی این دانشگاه به استخدام پیمانی را با رعایت شرایطی امکان‌پذیر می‌داند.

دوم. در سال ۱۳۹۳ شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور، به استناد ماده (۴۴) و بند (۳) قسمت «ب» ماده (۱۱۶) قانون مدیریت خدمات کشوری، دستورالعمل جدید نحوه برگزاری امتحان عمومی و تخصصی برای استخدام افراد در دستگاه‌های اجرایی را ابلاغ کرد. بر این اساس از تاریخ ابلاغ این بخشنامه، بخشنامه شماره ۸۴۵۹۷/۲۰۰ - ۱۳۸۸/۹/۸ لغو و جذب و

۱. شماره دادنامه: ۱۰۶۰ الی ۱۰۸۰، تاریخ دادنامه: ۱۳۹۶/۱۰/۲۶.

استخدام افراد به صورت رسمی و پیمانی از محل مجوزهای استخدامی، صرفاً بر اساس این دستورالعمل، صورت می پذیرفت. ضمناً درخصوص آگهی های استخدامی صادره قبلی، دستگاه های اجرایی بر اساس دستورالعمل منضم به بخشنامه فوق الذکر باید اقدام می کردند. در ماده ۳۰ دستورالعمل نحوه برگزاری امتحان عمومی و تخصصی برای استخدام افراد در دستگاه های اجرایی آمده بود: «استخدام پیمانی کارکنان قراردادی دارای شماره شناسه شاغل در دستگاه های اجرایی که در آزمون های استخدام ادواری سال های ۱۳۸۱، ۱۳۸۳، ۱۳۸۴ موضوع بند (۷) تصویب نامه شماره ۲۵۲۹۶/ت ۲۵۰۸۶- ۱۳۸۰/۵/۱۳ هیئت وزیران شرکت نموده و دارای کارنامه مجاز می باشند، از محل مجوزهای استخدامی مأخوذه توسط دستگاه اجرایی و در صورت وجود پست سازمانی بلا تصدی متناسب با رشته تحصیلی آنان، اعتبارات مصوب و داشتن شرایط عمومی استخدام، امکان پذیر می باشد.»

این بخشنامه توسط عده ای از کارکنان شرکت برق منطقه ای آذربایجان مورد اعتراض قرار گرفت و تقاضای ابطال ماده ۳۰ آن با استناد به ماده ۵۷ قانون برنامه پنجم توسعه کشور که مقرر می داشت بعد از ابلاغ قانون مدیریت خدمات کشوری هرگونه استخدام فقط از طریق آزمون امکان پذیر است و کارنامه آزمون ادواری صرفاً جهت مجاز شدن می باشد، نه قبولی قطعی در آزمون، به هیئت عمومی دیوان عدالت اداری داده شد.

در نهایت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به این شرح به صدور رأی^۱ مبادرت کرد: «با توجه به اینکه در ماده ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری به کارگیری افراد در دستگاه های اجرایی به پذیرفته شدن در امتحان عمومی که به طور عمومی نشر آگهی می شود و نیز امتحان یا مسابقه تخصصی موکول شده است و در ماده ۵۷ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۹، جذب نیروی انسانی به صورت رسمی یا پیمانی به آزمون عمومی موکول شده است و در قانون اصلاح ماده ۱۴۳ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اصلاح ماده ۶۹ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب سال ۱۳۸۴ بند ب ماده ۱۴۳ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و همچنین آزمون ادواری برای استخدام نیروی انسانی در دستگاه های دولتی و نهادهای عمومی حذف شده است، بنابراین ترتیب اثر دادن به نتیجه آزمون ادواری بعد از مقررات مذکور، مبتنی بر قانون نیست و با قوانین فوق الذکر مغایرت دارد.

۱. شماره دادنامه ۶۵۶ الی ۶۵۹، مورخ ۱۳۹۶/۷/۱۸.

از این جهت ماده ۳۰ دستورالعمل نحوه برگزاری امتحان عمومی و تخصصی برای استخدام افراد در دستگاه های اجرایی به علت مغایرت با قوانین مذکور مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می شود.» بدین ترتیب، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ماده ۳۰ دستورالعمل را به علت مغایرت با قوانین ابطال می نماید.

نتیجه

۱. در کشورهای خانواده رومی ژرمن، قانون نوشته جایگاهی برتر و بی منازع داشته است. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز به تبع پیروی از این نظام حقوقی قانون نوشته در نظام دادرسی مدنی و کیفری همچنان نقش بی بدیل خود را در میان منابع علم حقوق ایفا می نماید. اما در حوزه حقوق اداری و استخدامی هرچند به طور ناخواسته شاهد تحولاتی هستیم که دامنه آن نیز رو به گسترش است. ریشه تحولات نشئت گرفته از حقوق اداری نوپا و مضافاً مغفول کشور است. نظام حقوقی در موضوعات حقوق اداری با حجم سرسام آور قوانین پراکنده و متغیر روبه رو بوده، طوری که کمتر حقوق دانی می تواند به طور کامل بر تمام این قوانین مسلط شود، اما با وجود این باز هم این قوانین حلال مسائل نبوده اند و بعضاً دست مجریان قانون و قضات را در مقام رسیدگی به مسائل و دعاوی خالی گذاشته اند و نتیجه آن صدور آراء متعارض در موضوعات واحد شده است. دلایل سردرگمی ها معمولاً ناشی از تصویب مقرراتی در قوانین غیرمرتبط، حکم به عدم اجرا یا لغو حکم قانونی به وسیله مفادی از قوانین غیرمرتبط، نسخ و بی اعتباری قوانین و مخصوصاً نسخ ضمنی و با وجود رویه های مختلف در این زمینه و استثنای اکثر زدن بر برخی قوانین است.

۲. سکوت، پراکندگی، ابهام و اجمال شدید قوانین اداری و به طور خاص قوانین و مقررات مربوط به حقوق استخدامی منجر به طرح پرونده های بسیار زیادی در دیوان عدالت اداری شده است که مرور حتی برخی از آن ها نشان می دهد به دلیل تورم قوانین و ابهامات موجود در آن ها برداشت های مختلفی توسط اشخاص و دستگاه هایی اجرایی از این قوانین صورت گرفته است و حتی موجبات برداشت های مختلف قضات دیوان عدالت اداری در شعب و در مقام رسیدگی به این دعاوی شده است. حجم فراوان آراء وحدت رویه صادره در این زمینه حکایت از این موضوع دارد.

۳. بر اثر نبودن حقوق عمومی در ایران و خلأ قانون گذاری در بسیاری از حوزه های اداری، نظام دادرسی اداری از پیش فرض های رایج استقرار نظام حقوق نوشته در ایران فاصله گرفته و نقش قاعده گذاری قضایی در آن به شدت تقویت شده است؛ بدین ترتیب که قضات دیوان عدالت اداری در جایگاه دادرسی اداری در جهت تکلیف دادرسی خود و حل و فصل دعاوی این توانایی را پیدا کرده اند تا در جایگاه قاضی شعبه و نیز عضو هیئت های تخصصی و هیئت عمومی به رفع این

ناکارآمدی بپردازند. این کوشش به صورت ضمنی و تدریجی موجب نقش قاعده‌گذار قضایی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران برای دیوان عدالت اداری شده است.

۴. تأسیس و توسعه جایگاه دیوان عدالت اداری زمینه را برای ایجاد توازن میان دو منبع قاعده‌گذاری قضایی و قانون‌گذاری در نظام دادرسی اداری ایران ایجاد نموده؛ طوری که اکنون از دیوان عدالت اداری تنها انتظار نمی‌رود که به اجرای قانون بسنده کند؛ بلکه به آن قدرت ایجاد قاعده حقوقی نیز اعطا شده است. البته این قدرت بیشتر در نقش مکمل قوانین موضوعه ظاهر می‌شود، اما گاه نقش جایگزین آن‌ها را نیز بازی می‌کند؛ زیرا دیوان عدالت اداری در چهارچوب نظام نظارت قضایی بر اقدامات قوه مجریه نظارت کرده و حتی با سیاست‌های قوه مجریه مخالفت می‌کند. به هر روی دیوان نقش مهمی در تعیین مسیر توسعه حقوقی و استقرار حاکمیت قانون در ایران بازی می‌کند؛ هر چند که همچنان نخستین منبع حقوق، قانون است.

منابع

فارسی

- ارسطو، محمدجواد (۱۳۹۱)، مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، قم: بوستان کتاب.
- امامی، محمد و کوروش استوارسنگری (۱۳۸۸)، حقوق اداری، ج ۱، تهران: میزان.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۹۵)، دیو در شیشه، تهران: حق‌گزاران.
- داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۹۵)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر سید حسین صفایی، تهران: میزان.
- راسخ، محمد (۱۳۸۴)، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- زوایگرت، کنارد و هاین کوتس (۱۳۹۳)، درآمدی بر حقوق تطبیقی، ترجمه الیاس نوعی و محمد نوعی، تهران: مجد.
- صادقی، محسن (۱۳۸۴)، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (بی‌تا)، فلسفه حقوق، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- موتسکیو، شارل لوئی دو سکوندین (۱۳۷۰)، روح‌القوانین: به انضمام درآمدی بر روح‌القوانین، ج ۱، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر.
- مقاله
- انصاری، باقر (۱۳۸۶)، «تنقیح قوانین و مقررات: تدبیری برای مبارزه با ابهام حقوقی»، اطلاع‌رسانی حقوقی، شماره ۱.
- تیلا، پروانه (۱۳۸۳)، «تفسیر قضایی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۵.
- جلالی، محمد و حمیده سعیدی روشن (۱۳۹۵)، «نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۴.
- سالمون، ژان (۱۳۸۲)، «استدلال از طریق قیاس در حقوق بین‌الملل عمومی»، ترجمه سیدعلی هنجنی و رحیم نوبهار، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷.
- سودمندی، عبدالمجید (۱۳۹۸)، «واکاوی مصادیق مستدل و مستند نبودن آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۸.
- شیخ‌الحکمایی، عمادالدین (۱۳۸۰)، «کاتبان و قاضیان اسناد بقیه شیخ صفی‌الدین اردبیلی»، نامه بهارستان، شماره ۴.
- فاطمی، ثریا (۱۳۹۱)، جایگاه و نقش رویه قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق عمومی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، پردیس فارابی دانشگاه تهران.
- فرومن، میشل (۱۳۸۷)، «دیوان قانون اساسی فدرال آلمان»، ترجمه جواد تقی‌زاده، حقوق اساسی، شماره ۹.
- محمودی، جواد (۱۳۸۴)، «تأملی در نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری»، حقوق اساسی، ش ۵.

- مرکز مالگیری، احمد و مهدی مهدی‌زاده (۱۳۹۴)، «قانون‌گذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۱۴.
- معتمدنژاد، رؤیا (۱۳۷۸)، «کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق و نقش خاص آن در تضمین حقوق و آزادی‌های فردی»، پژوهش حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱.
- وکیلان، حسن (۱۳۹۷)، «جایگاه رویه قضایی و قانون به منبع حقوق در دکترین حقوقی»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۸.
- هامون، فرانسیس و سلین واینر (۱۳۸۳)، «صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده آمریکا»، ترجمه محمد جلالی، حقوق اساسی، شماره ۲.

ارزیابی مبانی نظری حق بر مجازات‌نشدن در حقوق کیفری^۱

سیدحمید حسینی*، فیروز محمودی جانکی**

چکیده

آبشخور اصلی حق بر مجازات‌نشدن مشرب فکری طرفداران فردگرایی و حقوق طبیعی است. این حق مقوله‌ای نوظهور و محل مناقشه بسیار فراوان در میان فیلسوفان حقوق کیفری است. اوصاف چندبعدی و مبهم بودن «حق» و «مجازات» دامنه مناقشه مزبور را فراخ‌تر کرده است. این مقاله، از رهگذر روش توصیفی-تحلیلی (مطالعه کتابخانه‌ای)، ضمن ارائه مفهوم و تعریف حق بر مجازات‌نشدن، برخی از مبانی مهم فلسفی و جرم‌شناختی حق موصوف را بررسی و تحلیل می‌کند. یافته‌های پژوهش حاکی از این است که حق بر مجازات‌نشدن در زمره حقوق پیشینی، طبیعی و بنیادین آدمی و از نوع «حق ادعای منفی مقید» است. کرامت انسانی، اصول فلسفی ضرر (منع اضرار به غیر) و مزاحمت به‌عنوان مبانی فلسفی و نظریه‌های فشار، رادیکال (انتقادی) و برچسب‌زنی از جمله مبانی جرم‌شناختی شکل‌گیری این حق‌اند که پشتوانه‌های فلسفی آن را با ارجاع به تحقیقات دیگر در علوم اجتماعی فهم‌پذیرتر و پذیرفتنی‌تر کرده است. بدیهی است که التفات به مفهوم و مبانی حق بر مجازات‌نشدن به صرفه‌جویی معقول در حقوق کیفری در هر دو حوزه جرم‌انگاری و کیفردهی می‌انجامد.

واژگان کلیدی: حق، حق بر مجازات‌نشدن، اصل ضرر، اصل مزاحمت، آخرین راه‌حل بودن حقوق کیفری

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری نویسنده مسئول با عنوان «حق بر مجازات‌نشدن؛ هستی، چیستی و مبانی آن» با راهنمایی دکتر فیروز محمودی جانکی در دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال است.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران شمال)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
ho3eini64@gmail.com

** دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
firouzmahmoudi@ut.ac.ir

مقدمه

مقوله «حق بر مجازات نشدن» مفهومی به نسبت جدید، ولی قابل مناقشه است. این مناقشه ناشی از دلایل گوناگونی چون گسترده بودن دایره شمول تعریف حق و چیستی و مبنای آن، تعدد نظریه‌ها در باب حق، تعامل و ربط و نسبت حق، تکلیف و مسئولیت در زمینه‌های مختلف است که بر ماهیت حق بر مجازات کردن یا از آن سو، حق بر مجازات نشدن و چگونگی توجیه هریک اثر می‌گذارد. به همین سبب در مقدمه بحث، مطالعه‌ای کوتاه نسبت به حق، مجازات و مفهوم حق بر مجازات نشدن انجام می‌شود.

پرسش‌های مختلف پیرامون حق نشانگر این است که حق مفهومی اساساً اختلافی است (راسخ، ۱۳۹۳: ۲۴۲). از همین روست که امکان ادعای وجود تعریف یگانه، جامع و مانع از حق دشوار و حتی غیرممکن می‌نماید. از نقطه نظر فلسفی چون حق‌ها موضوع اختلاف هستند، این موضوع توانسته آن‌ها را دچار آسیب ساخته و در مواردی حتی غیرقابل فهم سازد (جونز، ۱۳۹۲: ۳۰۳). تا بدان‌جا که به گفته ایمانوئل کانت حقوق‌دانان هنوز در جست‌وجوی تعریفی از مفهوم حقوق‌اند (وکیو، ۱۳۹۱: ۹). اگرچه در خیلی از تعاریف حق، ولی نه در همه آن‌ها، حق معادل «امتیاز» و «منافع» عنوان شده است. بنتام در تعریف حق می‌گوید: حق‌ها در ذات خودشان عبارت از امتیازها و منافعی هستند که متعلق به شخصی بوده و آن شخص از وجود آن‌ها لذت می‌برد (Bentham, 1931: 93). گذشته از مقوله اختلافی بودن موضوع حق که خود اهمیت بررسی موضوع حق بر مجازات نشدن را برجسته می‌کند، نسبت به حق دو رویکرد عمده وجود دارد؛ رویکرد طبیعی و رویکرد اثباتی (پوزیتیویستی). دیرینگی رویکرد طبیعی به حق را در آثار فلاسفه کهن مانند سیسرون، گروسپیوس، افلاطون و ارسطو می‌توان ملاحظه کرد.^۱ حقوق طبیعی^۲ همان طور که از عنوانش پیداست، از آغاز آفرینش در ذات دارندگان حق ثابت بوده و به واقع حقوق طبیعی متعلق به وجود انسان است (Paine, 1791: 40). مانند حق بر زندگی، حق بر صلح و امنیت، حق بر عدم شکنجه و یا حق بر عدم مجازات ناروا در حقوق کیفری. با این وصف در مجموع طرفداران حقوق طبیعی اقبال بیشتری نسبت به هستی حق بر مجازات نشدن از خود نشان می‌دهند (Edmundson, 2004: 23 & 18). از نگاه آن‌ها مجازات، در ذات خود، تحدیدکننده جدی حقوق طبیعی انسان‌ها مانند حق حیات و آزادی محسوب می‌گردد. اما رویکرد اثباتی به حق (حقوق موضوعه)،

۱. برخی از فلاسفه مانند سیسرون از حقوق طبیعی با عنوان «قانون برتر» یا قانون برتر از قانون سخن گفته‌اند. با این توضیح که این قانون برتر همیشه بوده و خواهد بود و قوانین وضعی بشری تاب مقاومت در برابر قوانین طبیعی را ندارند.

2. Natural rights

در مقایسه با رویکرد طبیعی نسبت به آن، از دیرینگی و سابقه تاریخی کمتری برخوردار است. به طوری که از اواخر قرن هجدهم میلادی به این سو رویکرد اثباتی نسبت به حق با قلم‌فرسایی اندیشمندانی همچون جرمی بنتام، جان آستین، هانس کلسن و هربرت هارت و دیگران رنگ تازه‌ای به خود گرفت. همان‌گونه که از اسم این رویکرد برمی‌آید، این رویکرد حق را در عالم مادی و محسوس تبیین و دنبال می‌کند و به واقع به عالم ماوراءالطبیعی در وضع قانون و حقوق ناشی شده از آن واقعی نمی‌نهد. بنتام با دیدگاه اثباتی خود نسبت به حق در مقام حمله به حقوق طبیعی می‌نویسد: «قانون طبیعی، حقوق طبیعی هر دو از انواع داستان‌های ساختگی و تخیلی هستند... معنی اولیه و عرفی قانون اراده^۱ و یا حکم^۲ قانون‌گذار است و قانون طبیعی حالت مجازی^۳ است و این حالت مجازی طوری که هست، ارائه می‌شود... و به خود نام قانون می‌گیرد. در ساحت حقوق طبیعی تمام تمایلات عمومی انسان به طور مستقل از [واقعیت] جامعه بشری ابراز می‌شود. در حالی که آن تمایلات باید توسط قانون مدنی و سیاسی مقرر و پیگیری شوند» (Bentham, 1931: 82-83).

مجازات هم پاسخی دیرین به کردار ناپسند آدمی است که عمری به قدمت تاریخ دارد. اما ویژگی اصلی مجازات شر و ضرر بودن ماهیت آن است. قرآن کریم از آن به «سینه» یاد می‌کند. مجازات خشونت‌نازمان‌یافته است توسط دولت علیه شهروندان. مجازات یکی از قدیمی‌ترین نوع واکنش‌های آدمی در برابر پدیده‌های نامطلوب بوده که مشخصه بارزش رنج‌آوردن آن برای شخصی است که متحمل آن می‌باشد (محمودی جانکی و آقایی، ۱۳۸۷: ۳۴۰). شناخت مفهوم مجازات دولتی^۴ با توجه به اینکه علیه «انسان» توسط کنشگران حکومتی و بنا بر ادعا در قبال دفاع از حقوق اشخاص و حفظ نظم عمومی یا نظم مدنی تحمیل می‌شود و نیز، با توجه به ویژگی‌ها و کارکردهای مثبت و منفی آن، از پیچیدگی خاصی برخوردار است. از همین روی هوساک به درستی مدعی است که مفهوم مجازات مبهم است و موارد غامضی^۵ را شامل می‌شود (Husak, 2004: 215). این که

1. Will

2. Command

3. Figurative

۴. مراد بنتام این است که تمایلات بشری، به خصوص تمایلاتی که بیشتر برخاسته از باورهای شخصی می‌باشند،

نمی‌توانند به عنوان قانون تلقی شوند؛ زیرا تمایلات بشر به جز احساس لذت و یا درد و رنج نیست و به این دست از

تمایلات نفع‌باور هم نمی‌توان نام قانون نهاد. قانون همان است که یک مرجع مافوق قدرت بشری (اعم از پادشاه یا

هیئت حاکمه قانون‌گذاری) آنرا تصویب و اعمال می‌نماید. روشن است که با این چنین نگاه پوزیتیویستی نسبت به

حق، مجال چندانی برای بحث درباره حق بر مجازات‌نشدن باقی نمی‌ماند.

5. State punishment

6. Problematic

انواع مجازات‌ها، نه نهاد مجازات، بر ساخته جامعه است یا حکومت، همچنان به مسئله‌ای برای نظام‌های جزایی است که مقتبس از حقوق شرعی‌اند یا متأثر از آن. افزون بر این ابهام، «شر» بودن و «رنج‌آور بودن» ماهیت مجازات، که چونان خود جرم عموماً «شر» و «ضرر» تلقی می‌شود، پذیرش آن را با دشواری‌های اخلاقی و سیاسی اجتماعی روبه‌رو کرده به‌طوری که نظریه‌های مجازات می‌کوشند برای این «مفسده» مشروعیت و توجیهی ارائه نمایند. همین امر از نقطه‌های عزیمت بنای حق بر مجازات‌نشدن است. در برابر این اصل که افراد محق‌اند که در برابر رفتارهای نامطلوب «مجازات نشوند»، مگر ادله قوی و معتبری بر توجیه آن ارائه شود، حق حکومت بر مجازات‌کردن وجود دارد که در نظریه دولت مدرن از وظایف انحصاری او به شمار می‌رود و به همین دلیل است که برخی از فیلسوفان به‌درستی از آن به «مجازات دولتی» یاد می‌کنند.^۱

اما درخصوص مفهوم‌شناسی حق بر مجازات‌نشدن، بحث را باید از این مهم آغاز کرد که حقوق کیفری به‌ناچار و به‌نحو غیرقابل اجتناب، موجب تحدید دو آزادی می‌شود: آزادی ارتکاب رفتار منع‌شده و نیز آزادی مجازات‌نشدن از حیث نادیده‌انگاشتن این ممنوعیت‌ها (Husak, 2004: 235). بنابراین مفهوم حق بر مجازات‌نشدن را باید در تعامل دو واژه برجسته و البته مناقشه‌برانگیز «حق» و «مجازات» جست‌وجو کرد. مراد از حق در اینجا حق‌های بنیادین^۲ و مهمی است که ممکن است به سبب ارتکاب جرم و در نتیجه اعمال مجازات به‌طور ناروا و بیش‌ازحد لزوم در معرض نقض و آسیب قرار بگیرند. رابطه بین حقوق بنیادین و مجازات آشکار است؛ اگرچه این رابطه متناقض و پارادوکسیکال^۳ است. در واقع طبیعت خاص حقوق جزا اعمال کیفر است. هرچند از نگاه دیگر، حقوق بنیادین می‌توانند به نوعی خیر ذاتی تصور شوند که به‌وسیله مجازات محدود می‌شوند (Rodrigues, 2019: 17-18). همچنین در اینجا جنبه ضرری بودن مجازات بیش از سایر خصایص آن مورد توجه است. تقریباً همه مجازات را شر ضروری می‌دانند (Husak, 2008: 6). از این‌روی با التفات به «ضرر» و «شر» نهفته در نهاد مجازات و لزوم دفع آن، قاعده لاضرر^۴ در فقه اسلامی می‌تواند بستر مناسبی برای مفهوم‌شناسی حق بر مجازات‌نشدن باشد. این قاعده می‌تواند در امور کیفری (اعم از مرحله جرم‌انگاری و اجرای مجازات) محل بحث و اثر باشد. بر طبق تفسیر لاضرر به نفی حکم ضرری، قانون‌گذار نباید قانونی وضع کند که موجب ضرر شود (روستایی، ۱۳۹۴:

1. See: Lacy, Nicola
2. Fundamental rights
3. Paradoxical

۴. «لاضرر و لاضرار»

۷۰). با این درنگ به نظر می‌رسد که «قاعده لاضرر» مبنای نظری فربه‌ای را در دل خود نهفته دارد، اگر چه ممکن است آن مبنا تاکنون به‌طوری که باید واکاوی و تحلیل نشده باشد. گویاترین مبنای نظری قاعده موصوف از این قرار است که در بادی امر ضرر و اضرار مقبول نمی‌نماید؛ حال می‌خواهد این ضرر و اضرار از جانب فرد نسبت به فرد باشد یا از جانب فرد نسبت به جامعه و دولت و یا برعکس آن. بنابراین وقتی که ضرر شخص نسبت به شخص دیگری ناپسند است، پس ضرر (مصدر دوم باب مفاعله که کار دو نفر بوده و در قالب مشارکت است) و آسیب‌رسانی به شخص مضار (بزهکار) با ضرر و شر دیگر و مهم‌تری به نام مجازات هم می‌تواند در موارد زیادی (به‌طور لزوم نه همیشه) غیرموجه باشد^۱. به‌عنوان نمونه وقتی که اثر منفی و آسیب ناشی از بزه اندک و قابل اغماض باشد، توسل به مجازات از حیث این قاعده چندان موجه نیست.

پرسش اساسی در این مقال این است که مبانی حق بر مجازات‌نشدن کدام‌اند؟ و نیز اینکه آیا حق بر مجازات‌نشدن، بما هو حق، خود در شمار حقوق بنیادین آدمی قرار می‌گیرد یا خیر؟ پرواضح است که اولاً این حق از جمله حقوق پیشینی است که بر مبانی متنوع فلسفی، جرم‌شناختی، فقهی حقوقی و اجتماعی استوار است. ثانیاً با التفات به همین مبانی موجه‌ساز، حق بر مجازات‌نشدن در مقام پاسداشت از حقوق بنیادین دیگری مانند حق بر آزادی، زندگی، امنیت و کرامت پا به عرصه وجود می‌نهد. بنابراین وقتی که حق بر زندگی در شمار حقوق بنیادین باشد، به ناگزیر، حق بر مجازات‌نشدن هم که در مقام پاسداشت از همان حق جلوه‌گری می‌کند و به نوعی ضامن بقای آن حق می‌باشد در شمار حقوق بنیادین بشر تلقی می‌شود. چگونه ممکن است که حقی بنیادین باشد ولی شیوه حفظ آن که خود ریشه در مبانی مشخصی دارد بنیادین نباشد؟ اگر چه هوساک هم با

۱. وقتی که مجازات شر است و به یقین در هر شری هم، یک نوع ضرر نهفته است، در روزگار حاضر با وجود مجازات‌های افراطی و متورم در زرادخانه‌های کیفری هر کشوری، چگونه و چرا باید در مقابل ضرر (بزه) از در اضرار (مجازات)، به بیرون آمد؟ بنابراین پرسش اساسی این است که مجازات در نگاه قاعده لاضرر در این روزگار به چه سان توجیه می‌شود؟ با توجه به این مهم که در عصر حضرت رسول اکرم (ص) و به وقت تشریع آن قاعده دامنۀ مجازات‌ها به گستردگی امروزه نبود؛ ولی امروزه مجازات‌ها گسترده و متنوع شده و در اثر همین فزونی سیاهۀ مجازات، علاوه بر بزهکار، خانواده او هم از ضرر ناشی از مجازات شخص بزهکار به‌طور غیرمستقیم و جدی رنج می‌برد. بنابراین از این نگاه می‌توان اعا کرد که «قاعده لاضرر»، هم پشتیبان حق بر مجازات‌نشدن بزهکار (در پاره‌ای از موارد به‌مانند مجازات‌های خشن یا حبس‌های طولانی مدت که پس از آزادی از زندان نیز اثر منفی‌اش در روح و روان بزهکار تا مدت مدید باقی می‌ماند) و هم پشتیبان حق بر مجازات‌نشدن عائلۀ او می‌باشد. زیرا برخی از مجازات‌ها، مانند حبس، اعدام یا جرمه نقدی سنگین به‌طور غیرمستقیم باعث اضرار خانوادۀ محکوم‌علیه می‌شود.

استدلال درخور توجهی در پاسخ به همین پرسش می‌گوید که به باور من تنها و به این شرط که نظریه‌های بیانی جرم‌انگاری و مجازات^۱ را بپذیریم، پاسخ این پرسش مثبت است و در نتیجه می‌توان این حد از اهمیت بنیادین را برای حق بر مجازات‌نشدن قائل شد. برخوردهای سخت و خشن به اندازه کافی بد است و هنگامی که سرزنش هم بدان افزوده می‌شود، این ترکیب ناقض حقوقی خواهد شد که دارای ارزش خیلی مهمی هستند (Husak, 2004: 233). از همین رو هم می‌گوید که من با احتیاط کامل نتیجه می‌گیرم که ما باید از حق مجازات‌نشدن حمایت کنیم (هوساک، ۱۳۹۰: ۱۶۸). این حق، در تقسیم‌بندی چهارگانه هوفلد^۲ از حق، در دسته «حق ادعای منفی مقید» قرار می‌گیرد. اگر چه هوفلد در تقسیم‌بندی خود به زیرشاخه «مطلق و مقید» اشارتی نکرده است؛ ولی حق علاوه بر تقسیم‌بندی هوفلدی^۳، می‌تواند به‌طور هم‌زمان از جنبه‌های مطلق، مقید^۴، دائمی و مقطعی^۵ نیز برخوردار باشد. اما درخصوص اینکه حق بر مجازات‌نشدن در دسته «حق ادعای منفی مقید» قرار می‌گیرد باید افزود که حق ادعا به معنی حق مطالبه‌داشتن از دیگری است. همچنین حق ادعای منفی ناظر به جاهایی است که دارنده تکلیف (در مقابل دارنده حق) مکلف است هیچ رفتار محدودکننده‌ای را انجام ندهد تا از این منظر حق ادعای طرف مقابل به‌خوبی محقق گردد.

برای نمونه، عدم اعمال محدودیت در آزادی شهروندان از سوی حکومت، عدم شنود ارتباطات مخابراتی و عدم تفتیش مراسلات پستی آن‌ها یا عدم جرم‌انگاری افراطی و یا عدم افراط در اعمال مجازات از سوی دادگاه‌ها همگی در شمار «حق ادعای منفی مقید» می‌باشند. مراد از تصریح به قید «مقید» در ترکیب موصوف این است که حق موضوع بحث هرگز حق بی‌چون‌وچرایی نیست؛ بلکه آن حق در صورتی مورد حمایت است که مقید و مسبوق به وجود شروط و مفروضات مسلم

1. Expressive theories of criminalization and punishment

2. Wesley N. Hohfeld

۳. هوفلد حق را به چهار قسم حق ادعا (claim-right)، حق آزادی (Liberty-right)، قدرت (power) و مصونیت (immunity) تقسیم نموده و برای هر یک از این‌ها هم‌بسته و نقیض خاصی را بیان می‌کند.

۴. نمونه مطلق آن حق آزادی مذهب در متمم اول قانون اساسی ایالات متحده آمریکا و نمونه مقید آن اصل ۲۷ قانون اساسی کشور ماست که آزادی اجتماعات را با وجود چندین قید از جمله عدم حمل سلاح و مخل به مبانی اسلام نبودن تجویز می‌کند.

۵. برای حق ادعای دائمی نمونه‌هایی مانند حق عدم بزه‌دیدگی یا حق ابوت و برای حق ادعای مقطعی هم نمونه‌هایی مانند حق عدم مجازات یا حقوق ناشی از روابط زناشویی زوجین را می‌توان نام برد که هر یک از آن‌ها حسب مورد مقطعی بوده و با توجه به شرایط حادث گاهی قابل ادعا می‌باشند و گاهی هم به‌علت رفع مقتضی و وجود مانع قابل مطالبه و ادعا نمی‌باشند.

دیگری باشد. به‌عنوان نمونه «حق بر مجازات‌نشدن» مصداق بارز حق ادعای منفی مقید هر انسان است، به‌نحوی که نقض این حق مستلزم رعایت الزامات و شروط ناظر بر جرم‌انگاری و توسل به پاسخ‌های غیرکیفری در برابر مسائلی است که مداخله دولت را در یک نظریهٔ هنجاری ایجاب می‌کند. نادیده‌انگاری زمینه‌ها و علل و عوامل رفتارهایی که مجرمانه خوانده می‌شوند و توسل به کیفر نمونه‌ای از نادیده‌انگاری این الزامات است. استدلال حق بر مجازات‌نشدن یکی از دلایل پشتیبان جرم‌انگاری موجه است و ارتباطی با توجیهات اخلاقی مجازات (سزاگرا یا فایده‌گرا) ندارد؛ زیرا بدون شک منظور از حق بر مجازات‌نشدن این نیست که فرد مرتکب جرم شود، به‌شرحی که قانون‌گذار کیفری مقرر کرده است، اما به استناد این حق مجازات نشود (محمودی‌جانکی و روستایی، ۱۳۹۲: ۴۹).

البته حق بر مجازات‌نشدن به معنای نفی جرم‌انگاری هم نیست، ولی آنچه مهم است از این جهت که مجازات سراسر درد، رنج و شر است، لازم می‌نماید تا به‌موجب این حق، اولاً حتی اعمال کمترین میزان از آن مستلزم بیشترین توجیه باشد؛ ثانیاً طبق دیدگاه هوساک تنها نسبت به جرمی که دارای ضرر و زیان خفیف نیست تعیین شود (غلامی، ۱۳۹۵: ۱۷۸). همچنین این حق به معنای منع و نفی مجازات و الغای کیفر عادلانه و متناسب با جرم نیست، بلکه ناظر به ضرورت توسل به مجازات متناسب و عادلانه به‌عنوان پاسخی قابل توجیه و مشروع است (غلامی، ۱۳۹۵: ۱۷۹). همان‌طور که جان رالز هم با ضروری‌دانستن وجود مقدار حداقلی از کیفرها می‌نویسد: «در یک جامعهٔ سامان‌یافته، کیفرهای لازم، بی‌تردید خفیف و معتدل هستند» (رستمی و تقی‌پور، به نقل از رالز، ۱۳۹۴: ۷۹).

نکتهٔ مهم دیگر در این خصوص لزوم بررسی تعامل حق بر مجازات‌نشدن با اصل اباحهٔ رفتاری یا همان اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات^۱ است. این اصل شالودهٔ حقوق کیفری است (Habibzadeh, 2005: 4). هدف اصل مزبور حمایت تمام‌قد از آزادی‌های مشروع شهروندان در برابر اقتدار بی‌حد دارندگان ابزار مجازات (اعم از پادشاهان، کشیش‌های کلیسا و یا قضات خودرأی) در طول تاریخ بوده است. بدیهی است که حق مزبور از اصل اباحه ناشی می‌شود و در واقع تابع و نتیجهٔ آن اصل است. مطابق اصل موصوف، هر رفتار آدمی مباح و جایز است، مگر آنکه مطابق قانون رفتاری به‌نحو صحیح، موجه و مشروع منع شده باشد که یکی از ابزارهای مانع رفتار در این حوزه

1. The principle of legality or nullum crimen, nulla poena sine lege.

هم می‌تواند مجازات باشد. البته در مرحله تعیین و اجرای مجازات هم این اصل ممکن است در نهایت به‌عنوان یک پیش‌شرط مجازات در راستای تعیین مجازات عادلانه^۱ برای یک بزه ارائه شود.^۲ با توجه به اینکه موضوع این مقاله مطالعه مبانی حق بر مجازات‌نشدن است، از همین‌روی در ادامه، ابتدا در قسمت (۱) برخی از مبانی فلسفی و در قسمت (۲) برخی از مبانی جرم‌شناختی این حق مورد مطالعه واقع می‌شود. زیرا این حق بنیادین بر پایه تعدادی از مبانی مهم استوار است که با تبیین مبانی مزبور، ماهیت آن بهتر بازشناسی می‌شود.

۱. مبانی فلسفی

توجیه «حق بر مجازات‌نشدن»، بر مبانی متنوعی^۳ از جمله مبانی فلسفی استوار است. استدلال‌های فلسفی و حقوقی در کنار و مرتبط با هم، پایه‌هایی برای این مفهوم فراهم می‌کنند که شالوده نظام‌های کیفری را شکل خواهد داد. اگرچه تحلیل و تفسیر این حق در منظر نظریات فلسفی بسیار مناقشه‌برانگیز است. به‌عنوان نمونه در بخشی از این مقاله به مقوله حق بر مجازات‌نشدن از روزه اصول فلسفی ضرر و مزاحمت به دیگری نگریسته می‌شود. در صورتی مدعی این اصول، در نگاه خاص فاینبرگی، چگونگی توجیه جرم‌انگاری و کیفرگذاری است و نه نقطه مقابل آن، یعنی بحث حق بر مجازات‌نشدن که چنین برداشتی از این اصول، با نگاه کلی در گفتمان فاینبرگ یا لیبرالیسم‌های هم‌مشرک او، به دست نمی‌آید. به هر روی نویسندگان این مقاله با نگاهی دیگرگون نسبت به اصول مزبور و دوسویه‌دانستن کارکرد آن‌ها درصدد ارائه قرائتی درخور، از حق بر مجازات‌نشدن، در پرتو آن اصول مهم فلسفه حقوق کیفری می‌باشند. از این‌روی در ادامه، کرامت انسان، اصول فلسفی ضرر (منع اضرار به غیر) و مزاحمت به دیگری مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱-۱. کرامت انسان

از نگاه کرامت انسانی^۴ ارزش ذاتی هر انسان به اعتبار صرف انسان‌بودن وی و نه بر اساس فضایل یا مدارج و موقعیت اجتماعی او تعریف می‌شود. با اینکه در فهم و تفسیر محتوا و محدوده این بیان قرآنی «و لقد کرّمنا بنی آدم...» اختلاف است، کرامت‌مندی انسان مبنایی برای انسان‌شناسی است

1. Just punishment

2. <https://opil-ouplaw-com.ezp3.semantak.com/view/10.1093/law:epil>

۳. حق موصوف بر مبانی دیگری از جمله مبانی حقوقی، فقهی، جرم‌شناختی، سیاسی و اجتماعی هم استوار است که به فراخور موضوع در این مقاله به‌ترتیب به مطالعه برخی از مبانی فلسفی و جرم‌شناختی آن پرداخته می‌شود. بدیهی است که با توجه به تعدد مبانی مزبور، طرح و مطالعه همه آن‌ها از حوصله این مقاله خارج بوده و فرصت نوشتاری دیگری را می‌طلبد.

4. Human Dignity

تا بتوان حق‌های آدمی را ناشی از آن به شمار آورد. آزادبودن انسان و خودمختاری یا خودآیینی^۱ انسان مبنایی برای این کرامت‌مندی‌اند. یکی از آموزه‌هایی که غالب نگرش‌های حقوق بشری بر آن مبتنی می‌باشند عبارت از این است که همه افراد بشر، تنها به این دلیل که انسان هستند، دارای ارزش ذاتی می‌باشند. این انگاره در صورت‌های مختلفی مطرح شده است. گاه از طریق «کرامت انسانی» و زمانی با مطرح ساختن گزاره «به اشخاص احترام بگذار» بیان شده است و در مواردی با استناد به نظریه کانت که باید با انسان‌ها به‌عنوان اینکه «غایت بالذات‌اند» و نه صرفاً به‌عنوان «وسیله» رفتار شود (جونز، ۱۳۹۲: ۱۴۹).

اگر آن گونه که برخی از اندیشمندان مانند هاسو هوفمان می‌گویند ارجمندی یا کرامت انسان به معنای به رسمیت شناخته شدن توسط دیگران باشد^۲، مفهومی راجع به رابطه و ارتباط با دیگران بوده و هدفش همبستگی انسانی است (به نقل از فن در فرتن، ۱۳۹۸: ۹۶). حق‌های ناشی از کرامت انسانی متنوع و البته مناقشه‌انگیزند. برخی چون دیتر بیرنباخر «رهایی از درد شدید و همیشگی» را از جمله حق‌های متشکل کرامت انسانی می‌دانند^۳ (به نقل از فن در فرتن، ۱۳۹۸: ۱۰۰). این حق گرچه موضوع تکلیفی فلسفی و اخلاقی است (فن در فرتن، ۱۳۹۸: ۱۰۱). اما به معنای نفی مطلق تحمیل درد و رنج بر انسان یا استحقاق نسبت به آن نیست تا به‌سادگی بتوان نقض این تکلیف را نقض حق کرامت انسانی نامید. با این حال، این حق فرض را بر این می‌گذارد که انسان را نباید متحمل درد و رنج کرد، مگر بنا به ادله‌ای که چنین ضرورتی را موجه می‌سازند. از این روی، حق بر مجازات‌نشدن ناشی از کرامت انسانی است که هرچند مقید، ولی مانعی است بر حق بر مجازات‌کردن که پیش از این در فلسفه‌های سیاسی به‌عنوان حقی برای دولت‌ها ناشی از قرارداد اجتماعی به رسمیت شناخته شده بود.

آنچه در نگاه کرامت انسانی بسیار برجسته می‌نماید این است که تمام مجازات‌هایی که برای مجرمان به اجرا درمی‌آید، نمودی از تخطی و زیر پا گذاشتن حقوق بشر و شخصیت فرد هستند (شمعی و شهباز، ۱۳۹۴: ۵۳). بنابراین در رفتار با انسان، ولو در مجازات‌کردنش، باید به کرامت ذاتی توجه کرد تا مبدا از طریق مجازات با بزه‌کار به‌عنوان وسیله رفتار شود. وسیله‌ای که در نگاه برخی از دانشمندان حوزه جرم‌شناسی (مکتب تحقیقی)، مانند رافائل گاروفالو، در باب اهداف مجازات، یکی از اهداف مجازات بزه‌کاران را عبرت و ارعاب عمومی مردم از حیث تأثیر آن در

1. Autonomy

2. Hasso Hofmann, die versprochene Menschenwürde, S. 353 ff

3. Dieter Birnbacher, Mehrdeutigkeiten im Begriff der Menschenwürde, S. 6 ff

کاهش ارتکاب بزه در جامعه برمی‌شمارد؛ در حالی که مطابق مقوله کرامت انسانی که به انسان به‌عنوان غایت و نه وسیله می‌نگرد، محل توجیه‌چندانی برای این ادعا باقی نمی‌ماند تا انسان بزه‌کار و به‌خصوص مجازات او را به‌عنوان وسیله اصلاح و عبرت دیگران با اهداف ارعاب عام و پیشگیری از وقوع بزه‌کاری تلقی کنیم. با اعتقاد به کرامت انسانی بزه‌کار، از یک نگاه، مقوله بازدارندگی عام مجازات و حتی اهداف اجرای علنی مجازات رنگ می‌بازد. چه اینکه نخست، اگر شهروندی مرتکب بزه‌ای هم شده باشد، مطابق قانون چیزی جز یک مرحله مجازات‌شدن، آن هم در محلی غیرعلنی و با رعایت شأن و آبروی خود و خانواده‌اش بدهکار جامعه نبوده و اینکه باید بزه‌کار مزید بر تحمل مجازات، به‌عنوان یک وسیله آموزشی، مایه عبرت و حتی ارعاب دیگران هم باشد، امری غیرمنطقی و حتی خود به‌عنوان مجازات مضاعف می‌نماید. در این صورت است که بزه‌کار می‌تواند با استناد به امتیاز کرامت انسانی‌اش به مجریان قانون و عاملان مجازات بگوید: من به جامعه تنها یک مجازات بدهی دارم که آن را هم ادا می‌کنم؛ ولی اینکه اگر بخواهید از فرایند مجازات من به‌عنوان وسیله‌ای ارعاب انگیز در ذهن دیگران بهره‌برداری کنید، نه شما چنین حقی دارید و نه من خرسند از انجام آن هستم؛ دوم، اگر حکومت قادر به پیشگیری از وقوع بزه در جامعه به هر دلیل نبوده است، تاوان این حد از اهمال حکومت را نباید با نقض کرامت انسانی بزه‌کار، به‌عنوان یک وسیله به هنگام مجازات‌کردن، از او ستاند.

اهمیت موضوع کرامت انسانی در مواجهه با اعمال مجازات^۱ به حدی است که جنبش دفاع اجتماعی^۲ هم بدان صحنه گذاشته و اعتبار بخشیده است. هر واکنش علیه جرم خواه‌ناخواه باید بین دو راه زیر یکی را برگزیند: یکی راه سرکوبی (مجازات) که معتقد به ریشه‌کن‌ساختن بزه‌کاری از طریق کیفرهای تهریبی است و دیگری راه پیشگیری، حمایت و بازپروری که البته جز در موارد چاره‌ناپذیر در نهایت بر پایه شأن و کرامت انسانی استوار می‌گردد. جنبش دفاع اجتماعی، از همان آغاز، راه دوم را برگزیده است (آنسل، ۱۳۹۵: ۱۳۲). در نتیجه می‌توان گفت کرامت انسانی از بنیادهای نظم اجتماعی و محور تعیین‌کننده سیاست جنایی است (قماشی، ۱۳۹۳: ۳۶). مراد این

۱. برجسته‌ترین شکل ناقض کرامت انسانی بزه‌کار اجرای علنی مجازات است که این خود یکی از موارد مهم نقض حق بزه‌کار مبنی بر «لزوم مجازات‌شدن در خفا» می‌باشد. طوری که مصادیق نقض کرامت انسانی بزه‌کار و حتی خانواده او از این حیث هم می‌تواند از طریق اجرای علنی مجازاتی به‌مانند شلاق و هم نشر مراتب اجرای هر نوع مجازات بر شخصی از طریق دریچه‌های متکثر و بی‌مهار فضای مجازی یا رسانه‌های عمومی در این روزگار باشد که آثار سوء نوع دوم (راجع به نقض کرامت آدمی) از نوع اول به مراتب بیشتر است.

2. Social defense movement

است به هر اندازه که به کرامت انسان در حقوق کیفری التفات شود به همان میزان سیاست کیفری و حتی سیاست جنایی انسان مدارتر خواهد شد. البته کرامت‌مندی مقتضی است که انسان خطاکار هم باید به‌عنوان عامل اخلاقی خودمختار مخاطب حکم یا قاعده حقوقی قرار گیرد. پاسخ‌گویی او مستلزم رعایت شأن انسانی وی است. مجازات واکنش خشن در برابر رفتار آدمی است. خطاکار حق دارد مجازات نشود وقتی که خطایش قابلیت کنترل و سرزنشی فروتر از آن دارد.

همچنین نکته بسیار مهم قابل‌اشاره در این مقال موضوع ربط و نسبت درخور توجه «کرامت انسانی» و «مجازات» در نگاه عرفان اسلامی است. با این بیان که در وادی لطیف عرفان (به‌خصوص در نگاه ابن عربی) هر موجودی مظهر و مجلای پروردگار خود است و تخریب و نابودی او نیز خاموش کردن انعکاس نور الهی است که در صفحه وجودی او تابش دارد. به اعتقاد ما این مطلب، یعنی ظهور رب در مربوب و لزوم رعایت مربوب به‌خاطر رب، از ژرف‌ترین و ظریف‌ترین نظریه‌هایی است که در بطن اسلام بیانگر اصل کرامت ذاتی انسان یا در مفهوم وسیع‌تر اصل کرامت ذاتی همه مخلوقات است (فیض، ۱۳۸۶: ۶۰).

۱-۲. اصل ضرر (منع اضرار به غیر)

یکی از مبانی اصلی جرم‌انگاری و کیفرگذاری در نظام‌های حقوقی لیبرال اصل ضرر^۱ است. این اصل در ایدئولوژی لیبرال پرتطرفدار بود و شاید یگانه اصل توانمند توجه‌گر مداخله عمومی در آزادی‌های فردی به شمار آمده است. این در حالی است که در سیاست جنایی سایر ایدئولوژی‌های غیرلیبرال، هرچند این قاعده مهم و تعیین‌کننده است، ولی اصول دیگر نیز کم‌وبیش مورد توجه و استنادند (محمودی جانکی، ۱۳۸۶: ۱۲۸). استوارت میل بدون ارائه معیار دقیقی از ضرر می‌نویسد: «به محض اینکه قسمتی از رفتار فرد منافع دیگران را به‌نحویان بخشی دچار خطر کرد، جامعه نسبت به آن رفتار حق حاکمیت (ولو از طریق کیفر) پیدا می‌کند» (میل، ۱۳۷۵: ۱۹۳-۱۹۲)، در غیر این‌صورت از نگاه میل مداخله کیفری از طریق جامعه در برابر رفتار آدمی موجه نمی‌باشد، حتی اگر آن رفتار از نظر دیگران ناپسند باشد. مطابق این اصل، ضرر وارده به دیگری یا خطرآفرین بودن رفتاری نسبت به دیگری مبنای تعیین و اعمال مجازات است. اگرچه نوع و میزان ضرر بالفعل یا بالقوه هنوز هم از ابهامات موجود در ذهن تیزبین اندیشمندان این عرصه است. نوع و میزان ضرر نیاز به شفاف‌سازی بیشتری دارد. ابهاماتی از این دست که چه میزان از ضرر مراد است؟ ضرر مادی یا معنوی؟ ضرر بالفعل یا بالقوه؟ مرجع تشخیص ضرر کیست؟ توافق و رضایت‌مندی متضرر از ضرر در جرم‌انگاری چه

نقشی دارد؟ منظور از دیگری کیست؟ و پرسش‌های فراوان دیگری از این نوع که پاسخ تحلیلی به هریک از آنها مجال نوشتار دیگری را می‌طلبد؛ ولی پرسش درخور اهمیت مرتبط با موضوع نوشتار حاضر این است که جرم‌انگاری و کیفرگذاری از نگاه معکوس بر اصل ضرر چگونه و تا چه میزان موجه است؟ مراد این است که آیا می‌توان مدعی شد که جرم‌انگاری و تعیین کیفر در پاره‌ای از موارد، خود باعث اضرار شهروندان است و از همین روی و بر اساس ضابطه لزوم فایده‌محور بودن حقوق کیفری در نگاه کلان، باید از جرم‌انگاری و کیفرگذاری مضر به حال افراد و جامعه دست کشید؟ اصل ضرر به عنوان یک ضابطه کلی درصدد است هم مداخله اخلاقی یا قانونی قدرت رسمی و اجتماع برای الزام شهروندان و هم مداخله افراد دیگر در آزادی فرد را محدود کند (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۸۶)، زیرا در گفتمان عمومی اصل ضرر، فاعل ضرر هم می‌تواند فرد و هم می‌تواند دولت باشد.

این اصل که در سنت فلسفی حقوقی انگلیسی‌آمریکایی ایجاد شد و توسعه یافت و ربط و نسبت وثیقی با سایر تئوری‌های هنجاری جرم‌انگاری در نظام‌های کیفری دیگر مانند اروپای قاره‌ای دارد (نک: محمدی جانکی، ۱۳۹۳: ۸۳-۱۱۰)، یکی از مبانی مهم حق بر مجازات‌نشدن محسوب می‌شود. زیرا به موجب اصل ضرر است که رفتارهای قابل مجازات و غیرقابل مجازات از همدیگر تمیز داده می‌شوند. اصل ضرر و حق بر مجازات‌نشدن به مثابه دو روی یک سکه می‌مانند. با این وصف، از آنجایی که محدودیتی با عنوان مجازات، به واقع، برخلاف اصل آزادی و حقوق طبیعی انسان است، طبق اصل ضرر این اقتضا وجود دارد تا هر وقت ضرر وارده به دیگری شدید بود، بتوان با تمسک به آن، حق مجازات‌نشدن افراد را نقض یا دچار خدشه کرد. در غیر این صورت، اصل ضرر از حق بر مجازات‌نشدن حمایت کرده و امکان جرم‌انگاری و اعمال مجازات در چهارچوب اصل ضرر نخواهد بود. درک این موضوع مهم است که اصل ضرر به ما می‌گوید چه رفتاری نباید جرم‌انگاری شود. اصل ضرر به ما نمی‌گوید که چه رفتاری باید جرم‌انگاری شود. طرفداران اصل ضرر این‌گونه پیشنهاد نمی‌کنند که همه رفتارهای مضر باید جرم‌انگاری شوند. در غیر این صورت حقوق کیفری بسیار فربه می‌شود. همچنین اصل ضرر بهترین دربان حقوق کیفری است (Herring, 2010: 14). بنابراین کارکرد اصل ضرر ایجاد تعادل در حقوق کیفری است. در صورتی که این اصل در جرم‌انگاری و اعمال مجازات رعایت شود، نه هر رفتار زیان‌بار موضوع حقوق کیفری قرار می‌گیرد و نه رفتارهای بدون ضرر مخاطب حقوق کیفری واقع می‌شوند؛ مقوله حق بر مجازات‌نشدن یکی از مباحث تأمل‌برانگیز و مرتبط با شق اخیر است. فاینبرگ با بیان نمونه‌هایی از قوانین کیفری اهمیت و جایگاه این اصل را برای رویکردی تجویزی به جرم‌انگاری نشان می‌دهد: ممنوعیت کلیساهای پروتستان در اسپانیای کاتولیک به مدت قرن‌ها منع قانونی ذبح خصوصی گاو در هند یا منع قانونی

پوشیدن لباس روحانی مسیحی در عربستان، حتی توسط افراد خارجی، هیچ‌یک نمی‌توانند به وسیله اصل ضرر توجیه شوند (Feinberg, 1985: 53). با اینکه او اصل ضرر را با فرض «پس‌زدن خطاکارانه منافع دیگری» بسیار محدودتر از میل تفسیر می‌کند، جرم‌انگاری در نمونه‌های مذکور و نمونه‌های مشابه را بر اساس اصل ضرر نمی‌پذیرد؛ زیرا در این موارد منافع دیگران به نحو خطاکارانه به کناری نهاده نمی‌شوند. با این وصف چنانچه رفتار خاص یک شهروند در سنجۀ اصل ضرر مضر به احوال دیگران نباشد، در این صورت حق بر مجازات‌نشدن مرتکب آن رفتار نباید مورد خدشه قرار بگیرد.

از سوی دیگر اصل ضرر از دیدگاه میل، در بردارندۀ ضرر به خود نمی‌باشد؛ زیرا محور بحث در اصل ضرر، ضرر به دیگری است و نه ضرر به خود. اگر چه در پشت پرده اغلب موارد ضرر به خود، ضرر به دیگری هم نهفته است. در بیشتر موارد، شیوع و رواج انواع ضرر به خود به دیگران و جامعه نیز آسیب می‌رساند و می‌توان دخالت دولت را با استناد به هر دو اصل^۱ توجیه کرد (محمودی جانکی، ۱۳۸۶: ۱۵۲). جرم‌انگاری این‌گونه رفتارهای دو قطبی از حیث نتیجه محل تأمل فراوان است. ولی به نظر می‌رسد جرم‌انگاری یا حداقل تخلف‌انگاری این دسته از رفتارها مرتبط با رفتارهای خطرآفرین نسبت به دیگری تلقی شده و از این منظر پاسخ کیفری یا انضباطی نسبت به آن‌ها در موارد ضرورت لازم می‌نماید. مصرف مواد مخدر، مصرف مشروب الکلی قبل از رانندگی یا در حین آن (در کشورهای غیرتابع حقوق اسلامی)، عدم استفاده از کلاه و کمربند ایمنی هنگام رانندگی در شمار این رفتارها می‌باشند. با این توضیح، پرسش مهمی که در این مجال قابل طرح می‌نماید این است که تعامل حق بر مجازات‌نشدن با مقولۀ اضرار به خود در مواردی مانند شروع به خودکشی و یا رانندگی بدون بستن کمربند ایمنی (اضرار به خود به نحو بالقوه) به چه سان است؟ در پاسخ باید گفت که در صورتی که اضرار به خود مستلزم اضرار به غیر (خانواده و جامعه) باشد در این صورت نقض مقولۀ حق بر مجازات‌نشدن ممکن است توجیه‌های خاص خود را در نزد نظریه‌پردازان جمع‌گرا یا مصلحت‌نگر داشته باشد. اما با نگاه محض به لزوم عدم اضرار به خود، نقض این حق چندان قابل قبول نمی‌نماید.^۲

۱. اصل ضرر و پدرسالاری قانونی

۱. زیرا جرم‌انگاری اضرار به خود از دو جهت معقول نیست: الف) حقوق کیفری نمی‌تواند پاسبان منافع ذاتی هر شخصی به نمایندگی از خود او باشد؛ زیرا رسالت اصلی و مهم حقوق کیفری، حفظ منافع و مصالح عمومی و فردی در برابر تعدیات فرد یا افراد دیگر است و الا هر فردی در جهت حفظ منافع و دفع مضار خود، به‌طور غریزی اقدام می‌کند و در این عرصه نیازی به حضور و مداخلۀ کیفری دولت نیست؛ ب) در صورتی که حقوق کیفری عزم مداخله در تمام شئون اضرار افراد به خود را داشته باشد، در این صورت حقوق کیفری بسیار فربه شده و در همه مصادیق

۳-۱. اصل مزاحمت به دیگری

اصل مزاحمت به دیگری (به عنوان مکمل اصل ضرر) یکی از رهیافت‌های متفکران لیبرال در فلسفه حقوق کیفری می‌باشد که در توجیه جرم‌انگاری و کیفرگذاری به آن استناد می‌کنند. واژه مزاحمت، در مفهوم خاص اصل مزاحمت^۱، یک حالت عینی و حالت روحی ناخوشایند است که به واسطه رفتاری که در واقع خطا می‌باشد ایجاد می‌شود (Feinberg, 1985: 2). نمونه‌های آن مواردی است که به جرم‌انگاری رفتارهای نفرت‌آمیز^۲ و موضوع آزار^۳ انجامیده‌اند. البته مزاحمت، برخلاف ضرر، موجب منع یا سلب منفعت کسی نمی‌شود، بلکه موجبات اذیت و آزار دیگری را فراهم می‌کند (فرح‌بخش، ۱۳۹۲: ۳۳۶). گذشته از این، با وجود اصل ضرر و نگاهی دیگرگون به آن، آیا باز هم در توجیه مداخلات کیفری نیازی به اصل مزاحمت در مفهوم فاینبرگ^۴ آن است یا خیر؟ پاسخ درخور به این پرسش مجال دیگری را می‌طلبد. دو پرسش مهم دیگر در این نوشتار مطرح می‌شود:

پرسش اول اینکه آیا می‌توان بر اساس اصل مزاحمت به دیگری، اعمال برخی از مجازات‌ها (مانند مجازات‌های خشن بدنی یا مجازات‌های معمول در منظر عموم مردم) را بدین شکل و سیاق ممنوع یا محدود کرد؟ به نظر می‌رسد با توجه به شرح و بسط مزاحمت‌های جدی^۵، ولو بی‌ضرر، ناشی از رفتار خطاکارانه^۶ از نگاه فاینبرگ، اصل مزاحمت نیز مانند اصل ضرر کارکردی دوگانه دارد و باید با نگاه دوسویه به آن نگریست. اگر چه برخی از متفکران لیبرال در گفتمان اصل مزاحمت، از مزاحمتی صحبت می‌کنند که از جانب شخصی صورت بگیرد و در نظر آنان دولت، اگر هم رفتار خطا و آزارگونه‌ای نسبت به روح و روان شهروندان انجام داد، خود مخاطب اصل مزاحمت قرار نمی‌گیرد یا دست‌کم محل بحث آن در محدوده اصل مزاحمت نمی‌گنجد. اصل مزاحمت می‌گوید که دولت آزادی رفتار شخص (الف) را به منظور جلوگیری از مزاحمت به دیگری به‌طور قانونی می‌تواند محدود کند (Wertheimer, 2002: 48) که این نگاه، همان نگاه یک‌سویه به اصل مزاحمت

اضرار به خود (مانند چاقی مفرط ناشی از پرخوری، عدم تحصیل علم، تبلی و سست‌عنصری بیش‌ازحد افراد در زندگی) هم باید دخالت نماید!

1. Offense principle

۳. دفتر مدیریت دادگستری آمریکا جرم مبتنی بر نفرت (Hate crime) و جرمی را که بر اساس انگیزه تعصب به وقوع می‌پیوندد، جرمی همراه با دشمنی علیه بزه‌دیده بر اساس نژاد، مذهب، موقعیت جنسی، قومیت یا منشأ ملی تعریف نموده است جهت مطالعه بیشتر در این خصوص، نک: (عباچی، ۱۳۹۲: ۵۶۶-۵۶۲).

4. Harassment

4. Serious offenses

5. wrongfully

است. به‌نحوی که در این نگاه، اقدام دولت در جهت محدودکردن آزادی شهروندان با تمسک به اصل مزاحمت قانونی تلقی می‌شود (البته اصل و فرض صحیح هم همین است). اما ممکن است حتی دولت هم گاهی در اجرای قانون راه خطا را بپیماید و باعث مزاحمت نسبت به شهروندان گردد. به تعبیر دیگر همان‌گونه که انجام یک رفتار ناخوشایند از سوی یک نفر در منظر عموم منافی با آرامش روحی و راحت روان شهروندان (دیگران) می‌باشد و در صورت جدی‌بودن آزار ناشی از این رفتار، در پرتو اصل مزاحمت، مداخله کیفری در آن توجیه می‌شود، به نظر می‌رسد که از نقطه‌نظر مقابل هم دولت حق ندارد تا راه خطا را پیموده و از طریق اعمال برخی مجازات‌های خشن بدنی (مانند اجرای مجازات اعدام یا شلاق) در جلوی چشم عموم مردم (دیگران)، باعث آزار روحی آن‌ها گردد. به‌نحوی که درخصوص اصل ضرر این‌گونه استدلال شده است که اصل ضرر به‌عنوان یک ضابطه کلی درصدد است هم مداخله اخلاقی یا قانونی قدرت رسمی و اجتماع برای الزام شهروندان و هم مداخله افراد دیگر در آزادی فرد را محدود کند (محمودی جانکی، ۱۳۹۳: ۸۶) که فرض این استدلال درخصوص اصل مزاحمت به دیگری نیز صحیح و موجه به نظر می‌رسد؛ زیرا در گفتمان عمومی اصل مزاحمت نیز فاعل مزاحمت هم می‌تواند فرد و هم دولت باشد. ناگفته روشن است حتی مزاحمت‌های روحی و معنوی ایجادشده از سوی دولت در اعمال مجازات‌های خشن بدنی در منظر عموم بازتاب و آثار سوء بیشتری نسبت به آن دسته از مزاحمت‌های روحی و معنوی دارد که از سوی شهروندان عادی و آن هم به‌صورت موردی انجام می‌گیرد. بنابراین با قرائت جدید از اصل مزاحمت می‌توان ادعا کرد که این اصل نه‌تنها در توجیه مداخلات کیفری، بلکه از نگاه مقابل در توجیه تحدید مداخلات کیفری در نحوه اجرای برخی مجازات‌ها هم محل اثر و بحث می‌باشد. بدیهی است که طبق این استدلال اگر اصل مزاحمت از حق بر مجازات‌نشدن حمایت نکند، دست‌کم از حق بر به هر نحو و به هر قیمت مجازات‌نشدن به‌طور قطع حمایت خواهد کرد.

پرسش دوم اینکه آیا صرف مزاحمت (نه ضرر) موجهی برای توجیه مجازات است یا خیر؟ با این نگاه که اصل مزاحمت در جرم‌انگاری لیبرال یک اصل مکمل است، در پاسخ به این پرسش گفته شده است: اصل مزاحمت به‌خودی‌خود توجیه خوبی برای جرم‌شناختن رفتار در نظام‌های کیفری لیبرال نبوده و ناگزیر باید با شرایط دیگری همراه گردد. از جمله، این شرط مهم که رفتار آزاردهنده نسبت به دیگران باید شدید و غیرقابل تحمل باشد، در غیر این صورت توسل به اصل مزاحمت کارکرد خود را از دست می‌دهد (رستمی، ۱۳۹۳: ۷۰). اگرچه معیار مناسب و دقیقی هم به‌عنوان سنجۀ مزاحمت شدید در دست نیست و مزاحمت امری شناور و متغیر است که مطابق دیدگاه فاینبرگ باید آن را در بستر زمان و مکان، ابعاد، شدت و گستردگی آن یا امکان یا عدم امکان اجتناب از انجام آن رفتار تعریف و

بازشناسی کرد (Feinberg, 1985, Vol.2: 34-35). پس از این حیث که مزاحمت دارای شاخص‌های بسیار متنوعی است و به راحتی نمی‌توان از آن تعریف یکسان و همه‌فهمی ارائه کرد، جرم‌انگاری و کیفردهی بر مبنای مزاحمت صرف و بدون دلایل موجه‌ساز آن عاری از مناقشه و مباحث جنبال‌برانگیز نظری نخواهد بود. اگر در گام اول دلایل خوبی در توجیه اینکه چرا رفتاری موجب مزاحمت است ارائه نشود، آن رفتار نباید مزاحمت تلقی گردد؛ مهم نیست که آن رفتار تا چه اندازه ناخوشایند باشد و تا چه حدی تابوهای اجتماعی را بشکند (Von Hirsch, 2000: 89). به خصوص اینکه اگر در هم‌سویی با متفکرانی مانند میل، مزاحمت را مقوله‌ای جدای از ضرر ندانیم و بخواهیم با توسعه مفهوم ضرر، مزاحمت را در همان مفهوم ضرر فهم نماییم، اصل مزاحمت باید در دل اصل ضرر جای بگیرد (Petersen, 2014: 364). البته به نظر می‌رسد خود فاینبرگ هم در جرم‌انگاری به اصل ضرر بیش از اصل مزاحمت بها می‌دهد و معتقد است وقتی که بزهی واجد هر دو جنبه «ضرر» و «مزاحمت» بود در این صورت مجازات به نحو عادلانه اعمال می‌شود. اما قانون‌گذاران و قضات باید این موضوع را روشن کنند که شدت مجازات به طور اساسی تابعی از جنبه ضرر^۱ یا خطر ناشی از رفتار بزهکارانه است و نه واکنشی نسبت به [صرف] جنبه مزاحمت^۲ ناشی از آن (Feinberg, 1985: 4). بنا به توضیحاتی که گذشت، همه اصول محدودکننده آزادی فردی، اگر از توان توجیهی برای تحدید آزادی فرد برای جلوگیری از ایراد زیان یا تعرض به دیگری برخوردار باشند، می‌توان کارکرد دیگری نیز برای آنان در نظر گرفت که عبارت است از قدرت محدودسازی اختیار حکومت برای اعمال خشونت سازمان‌یافته علیه شهروندان که در قالب مجازات اعمال می‌شود؛ زیرا ماهیت مجازات، همانند جرم، خشونت است با این تفاوت که در دومی کوشش می‌شود نامشروع بودن آن توجیه شود و در اولی مشروعیتش. از منظر ما، همان اصول می‌توانند کارکردی دوگانه داشته باشند؛ حاصل آن عبارت است از توقف در اعمال خشونت، یعنی مجازات، مادام که دلیل موجه و قوی دیگری برای اعمال آن ارائه نشده باشد. آنچه تاکنون طرح و مطالعه شد، برخی از مبانی بنیادین فلسفی حق بر مجازات‌نشدن بود. از همین روی در ادامه به مطالعه برخی از مبانی جرم‌شناختی حق موصوف، که موجب مزید فهم‌پذیری مبانی فلسفی آن می‌شوند، پرداخته می‌شود.

۲. مبانی جرم‌شناختی

برخی از نظریه‌های جرم‌شناسی مبنایی برای این حق و بستری برای فهم‌پذیری مدعاهای فلسفی در این زمینه فراهم آورده‌اند. جرم‌شناسان زیادی با استناد به تحقیقات خود و سایر شاخه‌های علوم

1. Harmfulness
2. Offensiveness

اجتماعی مانند جامعه‌شناسی و روان‌شناسی نشان می‌دهند که مجازات، به‌خودی‌خود، ابزار مناسبی برای کنترل رفتار خطاکارانه نیست. به‌خصوص در مواردی که خود جرم‌انگاری از مبانی توجیهی کافی برخوردار نبوده و محصول فشارهای اجتماعی یا برساخته قدرت باشد. از این‌روی در ادامه نظریات فشار، انتقادی (رادیکال) و برچسب‌زنی به‌عنوان برخی از مبانی جرم‌شناختی این حق مورد مطالعه واقع می‌شوند.

۲-۱. نظریه فشار

نظریه فشار^۱ مبانی برای مقوله «حق بر مجازات‌نشدن» از نگاه دانش جرم‌شناسی محسوب می‌شود. تئوری فشار در این باره بحث می‌کند که احتمال درگیر شدن افراد در جرم هنگامی بیشتر می‌شود که نتوانند مطالباتی را که می‌خواهند از طریق کانال‌های قانونی به دست بیاورند (شمعی، ۱۳۹۲: ۱۴۱). مطابق این نظریه، به‌خصوص با توجه به گرایش «ساختارهای فرصت»^۲، علت وقوع بزه فشار اجتماعی ناشی از نابرابری فرصت در دستیابی به اهداف منظور است؛ زیرا رفتارها و کنش‌های انسان تابع مقتضیات و شرایطی است که او را احاطه کرده است (دارابی، ۱۳۹۸: ۵۶). طراحان این نظریه، از جمله رابرت مرتن، همان‌طوری که علت وقوع بزه را فشار موجود ناشی از ساختارهای نابرابر فرصت در جامعه می‌دانند از همین منظر هم، نحوه و نوع واکنش در برابر بزه را نه صرف مجازات، بلکه، فراهم آوردن فرصت در جهت کاهش فشار و دوباره جامعه‌پذیر کردن بزه‌کار می‌دانند. سخن اصلی نظریه فشار آن است که باید این پدیده (بزه) را ناشی از گسست اجتماعی یا فرایندهای اجتماعی به حساب آورد که نشان دهنده وجود نوعی از فشار در جامعه است. این دیدگاه همچنین بر آن است که فشار یا سرچشمه‌های تنش طبیعی اجتماعی دارد، نه فردی (وایت و هینز، ۱۳۸۶: ۱۴۳). وفق نظریه موصوف، هر چه گروه، جامعه یا اجتماع بی‌سامان‌تر یا بی‌هنجاری‌تر باشد، نرخ جرم و کژروی بالاتر خواهد بود. مرتون پیشنهاد کرد که بی‌هنجاری مشخصه کلی جامعه آمریکایی است و به‌طور کلی، در طبقات پایین بالاتر است؛ چراکه آن‌ها بیش از دیگران از فرصت‌های مشروع دور نگه داشته شده‌اند (اکرز و سیلرز، ۱۳۹۰: ۱۴۲).

از سوی دیگر نظریه فشار بیان می‌کند که فشارهای خاص یا عوامل استرس‌زا احتمال خشونت را افزایش می‌دهد (Agnew, 2007: 453). به‌نحوی مصادیق این دست از خشونت، اعم از خشونت‌های فردی و اجتماعی، در سطح جامعه فراوان است. به‌مانند انواع بزه‌های خشونت‌آمیز، کودک‌آزاری، رفتار خشونت‌آمیز والدین با بچه‌ها و یا رفتار خشونت‌آمیز گروه هم‌سالان با همدیگر و حتی خودکشی که

1. Strain theory
2. Opportunity structures

همگی این خشونت‌ها در شکل غیررسمی و در بین شهروندان صورت می‌گیرد. اما نفس مجازات هم نوعی خشونت رسمی است که در قالب قانون و توسط دولت‌ها نسبت به کسانی که در اثر فشارهای اجتماعی مرتکب بزه می‌شوند اعمال می‌گردد. به تعبیر آگنیو مواردی از قبیل بزه‌دیدگی و مجازات‌های بدنی هم در اثر فشارهای اجتماعی ایجاد یا تحمیل می‌شوند (Zhang, 2019: 6). بنابراین وقتی که خود بزه در اثر فشار اجتماعی ناشی از فرصت‌های نابرابر واقع می‌شود، تحمیل فشار دوم (یعنی مجازات) به بزه‌کار تاحدودی به دور از ساحت عدالت در نگاه کلی می‌باشد.

۲-۲. نظریه‌های انتقادی

جرم‌شناسی رادیکال^۱ یا انتقادی، با التفات به قدرت ناشی از نابرابری‌های موجود در جوامع، در تعریف جرم از مرزهای رسمی حقوق جزا فراتر رفته و جرم را این‌گونه تعریف می‌کند: جرم فعل یا ترک فعلی است که موجبات نقض حقوق انسانی را که از نظر سیاسی تعریف شده است، فراهم می‌آورد (نجفی‌ابرنده‌آبادی، ۱۳۷۴: ۲۱۵). بدیهی است که با نگاه کلان این‌چنینی نسبت به جرم، دامنه حقوق جزا فراخ‌تر شده و از این حیث، صاحبان قدرت (عُمل حکومت) و حتی دولت‌ها هم در مواردی همچون تخریب محیط‌زیست یا تبعیض نژادی می‌توانند بزه‌کار تلقی شوند. از همین روی جرم‌شناسان رادیکال به‌طور جدی نگران مناسبات قدرت هستند (Presser & Sandberg, 2019: 132). در مفهوم کلی، جرم‌شناسان رادیکال داعیه حمایت از حقوق بشر را از طریق آموزه‌های نظری خود دارند.^۲ به واقع در نظر آن‌ها قلمرو بزه‌های دولتی از یک مدل پایین به بالا قابل تصور است که این مدل می‌تواند جرم‌شناسان را در مفهوم‌سازی^۳ انواع ضرر یاری رساند (Mehozay, 2018: 151). به‌طور قطع، مراد از ضرر، در گفتمان جرم‌شناسی رادیکال یا بنیادگرا، گسترده‌تر از آن نوع ضرری است که فاینبرگ درخصوص آن قلم‌فرسایی کرده است. چه اینکه از دیدگاه جرم‌شناسی انتقادی دولت‌ها هم در موارد نقض حقوق بشر خود می‌توانند موجد و موجب ضرر گردند. در مجموع، این نظریه حامی همه اقشار مردم فارغ از رنگ، نژاد و طبقه اجتماعی‌شان در مدیریت امور جامعه می‌باشد.

بنا به آنچه مشروح آمد این نظریه روی خوش چندانی نسبت به مجازات نشان نمی‌دهد؛ زیرا این نظریه راهکار اساسی مقابله با بزه و بزه‌کاری را تقسیم مجدد منابع اجتماعی و اقتصادی بر اساس نیازهای مردمان و حکم عدالت می‌داند. مطابق جرم‌شناسی رادیکال سیاست کیفری عادلانه از مجازات

1. Radical Criminology

2. See the: Mehozay, Y. (2018). Critical Criminology as a Guardian of Human Rights: An Action-Based Model. Critical Criminology, 26(2), 149-168.

3. Conceptualizing

و عقوبت، جز در مواردی که برای تقسیم دوباره منابع اجتماعی و در مقابل بخش سوءاستفاده‌کننده از آن ضرورت دارد، نباید مورد استفاده قرار گیرد (نجفی توانا، ۱۳۹۰: ۸۳). بنابراین مطابق گفتمان جرم‌شناسی رادیکال، جرم مقوله‌ای است که به جهت نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی اغلب از جانب افراد فرادست جامعه (حتی دولت) نسبت به فرودستان جامعه در قالبی نانوشته دیکته می‌شود. پس به حکم منطق و عدالت وقتی که بزه و بزهکاری خود محصول نابرابری اجتماعی و قدرت است، برای پیشگیری از آن، مجازات فرودستان به جز در موارد ضرورت و ناگزیر راه حل سنجیده‌ای محسوب نمی‌شود. چه اینکه جرم‌شناسی رادیکال زندان را در جوامع سرمایه‌داری محل دفن شرمساری دنیای غرب دانسته و معتقد است زندانیان این جوامع به لحاظ مقاومت علیه جامعه موجود در زندان به سر برده و هیچ‌یک مجرم واقعی نیستند، بلکه طرفدار جامعه عمل پوشیدن به یک جامعه آرمانی و عادلانه‌اند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۴: ۲۱۵). از همین روی، جرم‌شناسان منتقد، به جای ارائه راهکار برای کاهش جرم و انحراف در چهارچوب جامعه موجود، بیشتر اصلاح قوانین و مقررات و حتی بازنگری در نظم و نظام سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و راهبرد مقابله با انواع بی‌عدالتی‌ها را برای عقب‌راندن موج‌گونه‌های بزهکاری و انحراف دنبال می‌کنند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷: [الف]: ۲۱).

جرم‌شناسی انتقادی از طریق بازبینی در عناوین مجرمانه جرایم عمومی که بیشتر رفتارهای طبقات فرودست و محروم را جرم‌انگاری و سپس مجازات می‌کند و توجه و تأکید بر جرایمی که بیشترین زیان را به جامعه وارد می‌کند که ناشی از ساختارهای نابرابر در توزیع ثروت و قدرت است، به پالایش حقوق کیفری کمک شایانی کرده است. جرم‌زدایی از برخی عناوین مجرمانه، گرایش به جرم‌انگاری جرایم ارتكابی یقه‌سفیدها و صاحبان قدرت و نقد رویکردها و ساختارهای کیفری موجود موجب تعدیل و اصلاح در قوانین و مقررات جزایی در کشورهای مختلف شده است. این ادبیات در سال‌های اخیر به تدریج بر رویکردهای رسمی و غیررسمی در مقابله با جرایم علیه محیط‌زیست و جرایم شرکتی و سازمان‌یافته، که بیشتر توسط صاحبان قدرت رخ می‌دهد، تأثیرگذار بوده است. در این راستا، آموزه‌های این جرم‌شناسی در تعدیل و اصلاح وجه سرکوب‌گر و تنبیهی حقوق کیفری نسبت به جرایم افراد معمولی و تنگ‌دستان مؤثرند. آموزه‌های انتقادی در مرحله قضایی

نیز بر تفسیر و اجرای قوانین جزایی و رسیدگی به پرونده‌ها در جهت کاستن از وجه کیفرگرایی حقوق کیفری و حرکت به سمت تعدیل مجازات‌گرایی اثرگذار بوده است.^۱

از سوی دیگر جرم‌شناسان منتقد به‌درستی معتقدند جرم‌شناسان سنتی عموماً به مطالعه اعمالی می‌پردازند که قانون‌گذار کیفری آن‌ها را جرم‌انگاری کرده باشد، بدون آنکه راجع به چرایی، وجاهت و ضرورت اعطای وصف کیفری به این اعمال تحقیق کنند (نجنفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۱۰۲۳-۱۰۲۲). مراد از این چرایی و چیستی در جرم‌انگاری رفتارها در جوامع سرمایه‌داری لزوم توجه و مطالعه لازم درخصوص علل یا ضرورت جرم‌انگاری است. برای نمونه تا وقتی که دلیل وقوع بسیاری از بزه‌ها در جوامع فقر فرهنگی، مادی یا هر گونه نابرابری باشد، در این باره لازم می‌نماید تا جرم‌شناسان و فلاسفه حقوق کیفری راجع به این دست از پرسش‌ها پاسخ واقع‌بینانه‌ای بدهند: آیا لزومی به جرم‌انگاری پاره‌ای از رفتارها در شرایط زمانی و مکانی خاص وجود دارد یا خیر؟ در صورت جرم‌انگاری رفتارهای مزبور آیا مجازات ابزار مناسبی برای پیشگیری از آن‌ها خواهد بود؟ و مهم‌تر اینکه آیا بزه‌کار، با لحاظ جمیع شرایط موجود (از قبیل فقر مادی، فرهنگی یا بی‌عدالتی موجود در جامعه که به سبب آن‌ها به ورطه هولناک بزه‌کاری سقوط کرده است)، به‌طور واقعی استحقاق دریافت مجازات رسمی دولتی را دارد یا خیر؟ بی‌گمان در رویکرد جرم‌شناسی انتقادی، پاسخ این پرسش‌ها اغلب منفی می‌باشد. حتی عده‌ای از جرم‌شناسان منتقد در این زمینه پای استدلال را از این هم فراتر نهاده و می‌گویند جرم‌شناسی فقط به مطالعه جرم که یک مفهوم حقوقی مضیق است می‌پردازد، حال آنکه آسیب‌های اجتماعی چندی وجود دارند که جرم‌انگاری نشده‌اند یا در مقیاس طبقه‌بندی و دسته‌بندی جرایم در حقوق کیفری جایگاه واقعی خود را از نظر شدت و اهمیت پیدا نکرده‌اند. ضمن اینکه مداخله خود حقوق کیفری، از جمله از گذر مجازات زندان، آسیب‌های زیادی را برای مجرم و خانواده‌اش ایجاد می‌کند. این جرم‌شناسان منتقد پیشنهاد تأسیس

۱. در این خصوص می‌توان به رأی صادره توسط قاضی آقای رسول احمدزاده راجع به پرونده شماره (۹۸۱۸۹۹) شعبه چهارم دادگاه عمومی بخش چهارباغ (استان البرز) در آذرماه سال ۱۳۹۸ اشاره کرد که در آن پرونده پس از افزایش ناگهانی و سه برابری قیمت بنزین از سوی دولت و در اثنای اعتراضات گسترده مردمی به این معضل اقتصادی، نیروی انتظامی آن بخش علیه راننده دو دستگاه خودرو تریلر که در مسیری میان سایر خودروهای خاموش شده، توقف کرده بوده‌اند به اتهام اخلاف در نظم و آسایش عمومی از طریق راه‌بندی اعلام جرم نمود. اما آن دادگاه با این استدلال درخور توجه، رفتار متهمان را با توجه به اوضاع و احوال آن روزها متعارف ارزیابی و منطبق بر نافرمانی مدنی به‌عنوان روشی خشونت‌پرهیز برای اعتراض به سیاست غلط بنزینی دانست و در نهایت حکم به برائت متهمان آن پرونده صادر کرد. صرف‌نظر از نقدهایی که به رأی صادره وارد شد، رویکرد متخذه در آن برای تعدیل کیفرگرایی درخور توجه بوده است.

رشته جدیدی به نام «آسیب اجتماعی‌شناسی»^۱ را مطرح کردند تا به تعبیر خودشان از قلمرو مطالعاتی مضیق جرم‌شناسی رهایی یابند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷[ب]: ۲۵). آسیب اجتماعی‌شناسان با تأکید بر آسیب‌های جسمانی، اقتصادی، روانی و فرهنگی به مطالعه فقر، نابرابری، بی‌عدالتی‌های اجتماعی و تضاد میان منافع و مصالح طبقه صاحب سرمایه و قدرت از یک سو و منافع و مصالح مردم از سوی دیگر برای مطالعه و پی‌بردن به ریشه‌ها و مسائل اجتماعی جامعه، از جمله بزهکاری را که نوعی آسیب اجتماعی محسوب می‌کنند، روی می‌آورند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۷[الف]: ۲۲). با این نگرش، جرم‌شناسی انتقادی، به جای تجویز نسخه مجازات، رفع بی‌عدالتی و نابرابری‌های مختلف موجود در جامعه و نیز مطالعه آسیب‌های اجتماعی بزه‌آفرین و لزوم ارائه راه‌کارهایی برای برون‌رفت از آن آسیب‌ها را برای کاهش بزه توصیه می‌کند یا دست‌کم قلمرو حقوق کیفری را از مقابله با جرایم افراد و گروه‌های بی‌قدرت، ضعیف، فقیر و گرفتار نابرابری به گستره‌ای واقعی‌تر یعنی جرایم شدید با تأثیرگذاری فراخ‌دامن، که به‌طور عمده توسط صاحبان قدرت ارتکاب می‌یابند، منتقل می‌کند.

۲-۳. نظریه برچسب‌زنی

از نگاه روان‌شناسی در زندگی، رشد یا شکست آدمی دایر بر مدار برچسب‌های مثبت یا منفی دریافتی از دیگران شکل گرفته است. البته اثر منفی یا مثبت هر برچسبی که در سنین خردسالی یا نوجوانی به پیشانی انسان چسبیده می‌شود، در تکوین شخصیت هم در سنین جوانی و بزرگسالی بیشتر محسوس است. از دیگر سو اثر عینی برچسب‌زنی در جامعه آن‌چنان قوی است که حتی این مقوله تأثیر خود را در چهارچوب فکری نهادهای رسمی و عدالت کیفری هم به مرور بر جای می‌گذارد. همان‌گونه که مک کارتی و همکاران گفته‌اند که مدارس عمومی بعد از مجازات‌های نامناسب و نتایج ناشی از آن برای نظام عدالت کیفری الگو شده‌اند (Moreland-Capuia, 2019: 215). بر همین مبنا طرفداران نظریه برچسب‌زنی^۲ هم در «مکتب واکنش اجتماعی» بر این باورند که در مقوله تعامل انسانی و اجتماعی، نقطه تأکید بر روی رابطه یا تعامل میان فرد بزهکار و گروه‌ها یا افرادی است که او را چنین می‌پندارند. این بحث اساساً این‌گونه مطرح می‌شود که بزهکار یا منحرف فردی است که از سوی جامعه چنین برچسبی خورده است (مارش و دیگران، ۱۳۸۹: ۱۹۹).

1. Zemiology

2. Labelling theory

مراد این نظریه مطابق دیدگاه لمرت^۱ چنین است که پس از وقوع انحراف اولیه (ولو ظاهری، بدین شرح که حتی اگر از سوی شخصی انحرافی هم در عمل صورت نگرفته باشد) با راست آمدن برچسب‌هایی همچون بزهکار، منحرف، معتاد، سارق، جانی و موارد مشابه به قامت شخص و در نهایت اعمال مجازات اجتماعی و رسمی سنگین و سنگین‌تر، به مرور، زمینه وقوع انحراف ثانویه از طرف مخاطب فراهم می‌گردد؛ زیرا افراد برچسب‌خورده به مشتریان نظام عدالت کیفری تبدیل می‌شوند و مانند دیگر مشاغل خوب تجاری، این نظام حساب مشتریان خود را به‌خوبی داراست (ویلیامز و مک‌شین، ۱۳۸۶: ۱۵۶). بنابراین از همین سبب است که برخی جرم‌شناسان پیشنهاد کرده‌اند که بهترین رهیافت برای کاهش میزان انحراف خردسالان، در نتیجه، کاهش رفتار مجرمانه بعدی آن است که وقتی اعمال بزهکاری کشف شد، کاری صورت نگیرد (ویلیامز و مک‌شین، ۱۳۸۶: ۱۵۹). با این نگاه اصحاب نظریه برچسب‌زنی با تعلیلی ظریف، چسباندن برچسب منفی به پیشانی شخص منحرف یا بزهکار (به‌خصوص نسبت به افراد نوجوان) و هر گونه واکنش اجتماعی و رسمی این‌چنینی نسبت به وی را به‌مرور سبب تبدیل یک فرد (نوجوان) منحرف به یک فرد بزهکار حرفه‌ای در سنین بزرگسالی می‌دانند. از همین جهت رویکرد جرم‌شناسی میان‌گنشی که خود انتقادهایی را برانگیخته است طرفدار محدود کردن دامنه مداخله قانون‌گذار و نهادهای آیین دادرسی کیفری در جامعه است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۸۸: ۲۴).

اگرچه نوع نگاه نظریه‌های تعامل‌گرا^۲ و برچسب‌زنی در این خصوص از زاویه علت‌شناسی بزهکاری است. اما از نگاه تخصصی مقوله «حق» هم در این میان این پرسش اساسی مطرح می‌شود که آیا یک شخص نوجوان منحرف یا بزهکار این حق را دارد تا در صورت بروز انحراف احتمالی و اولیه خویش، این خواسته را از جامعه (گروه‌های برچسب‌زن) و مراجع رسمی کیفری داشته باشد که در این شرایط نباید مخاطب برچسب منفی قرار بگیرد؟ چه اینکه برچسب منفی، طبق این نظریه، خود از علل بزهکاری در مراحل بعدی است. آنچه مشخص است اگر رابطه علت و معلولی بین برچسب منفی و تکرار انحراف یا بزهکاری بعدی ثابت باشد، به‌طور قطع شخصی که مخاطب برچسب منفی قرار می‌گیرد، می‌تواند چنین مطالبه برحق را داشته باشد. ناگفته روشن است امکان طرح این خواسته از سوی شخص مورد برچسب خطاب به جامعه و نهادهای رسمی کیفری مبنی بر اینکه «لطفاً با برچسب منفی‌تان، از من بزهکار حرفه‌ای نسازید!»، یا «مرا این‌گونه مورد قضاوت در چشم همگان قرار ندهید!»، از جمله حقوق اوست. چه اینکه گروه‌های اجتماعی و نهادهای رسمی کیفری در ابتدا به ساکن

1. Lemert

2. Interactionist theories

هیچ‌گونه حق، وظیفه و اختیاری از خود برای تولید بزه و بزه‌کار ندارند و حتی وظیفه آن‌ها در این خصوص برعکس بوده و با عنوان تکلیف بر عدم تولید بزه و بزه‌کار از آن یاد می‌شود. بنا به این تفکر در کل بر چسب‌زنی نسبت به بزه‌کاران به‌عنوان یک مجازات ناعادلانه است (Hadjimatheou, 2016: 583). بنابراین شهروند مخاطب بر چسب منفی حق دارد که از بر چسب‌های منفی ناعادلانه و مجازات‌های اجتماعی و رسمی مضاف و بزه‌کارساز این حوزه رهی به رهایی ببرد.

نتیجه

مفهوم و چیستی «حق بر مجازات‌نشدن» را باید در گفتمان طرفداران حقوق طبیعی و فردگرایان جست‌وجو کرد؛ زیرا پوزیتیویست‌های حقوقی و جمع‌گرایان راجع به هستی چنین حقی اقبال چندانی از خود نشان نمی‌دهند و چه‌بسا مجازات را نقطه مقابل حق آدمی و حتی تکلیفی برای دولت در جهت سامان‌دهی امور جامعه می‌دانند. با التفات به اصل «اباحه رفتاری» و قواعد «لاضرر» و «ضرورت» در مجموع، مراد از حق بر مجازات‌نشدن نه به معنای هیچ‌گاه مجازات‌نکردن یا مجازات‌نشدن (در مفهوم پذیرش نظام الغاگرایی مجازات) است، بلکه مراد از آن اعمال مجازات به شکل صحیح، مؤثر، به‌اندازه، مناسب و متناسب آن هم در واپسین مرحله از مراحل پاسخ‌دهی با نگاه صرفه‌جویانه به مجازات است تا موجهی برای نقض حداکثری کرامت و حقوق بنیادین آدمی پیش نیاید. بنابراین از لحاظ مفهومی، این حق به‌عنوان یک حق طبیعی پیشینی و فطری آدمی است که از نوع «حق ادعای منفی مقید» می‌باشد. به هر روی، این حق مطلق نیست؛ اما یکی از حقوق اساسی آدمی است که از حقوق بنیادین دیگری همچون حق بر زندگی، حق بر آزادی و حق بر تنبئه بدون تنبیه، پشتیبانی و حمایت می‌کند. همچنین حق مزبور از اصل اباحه ناشی می‌شود و در واقع تابع و نتیجه آن اصل است.

موارد موجه‌سازی همچون کرامت آدمی، اصول فلسفی ضرر (منع اضرار به غیر)، مزاحمت به دیگری و از نگاه جرم‌شناختی هم نظریات فشار، انتقادی و برچسب‌زنی از جمله مبانی پشتیبان این حق می‌باشند.

به شرحی که گفته شد کرامت انسانی از مهم‌ترین مبانی حق بر مجازات‌نشدن می‌باشد؛ زیرا همان‌گونه که دانشمندان مختلفی مانند کانت، روسو، جان لاک، مارک آنسل و انریکو فری، هریک از نگاه خاص خود به کرامت انسانی نگریسته‌اند، گفتمان کرامت انسان اگر هم به‌دنبال برچینی کامل بساط مجازات نباشد، دست‌کم درصدد است تا مجازات‌ها به‌طور حداقلی و آن هم با لحاظ منزلت و شأن بزه‌کار و خانواده او انجام پذیرند. نکته بسیار مهمی که درخصوص اصول ضرر و مزاحمت لازم به روشن‌نگری می‌نماید این است که در نوشتار حاضر، جهت توجیه حق بر مجازات‌نشدن، به

این دو اصل فلسفی به نحوی دیگرگون و از نگاه معکوس نگریسته شد؛ زیرا مدعای هر دو اصل فلسفی مزبور در نگاه خاص فاینبرگی چگونگی توجیه جرم‌انگاری و کیفرگذاری است و نه نقطه‌مقابل آن، یعنی بحث حق بر مجازات‌نشدن. اما به نظر نویسندگان این مقاله کارکرد این دو اصل فلسفی دوسویه است و این اصول به‌عنوان یک معیار کلی به‌دنبال این هستند تا هم مداخله اخلاقی یا قانونی جامعه و دولت را برای الزام شهروندان و هم مداخله شهروندان دیگر را در آزادی فرد محدود نمایند. بدیهی است که با این نگاه، فاعل ضرر و مزاحمت هم می‌تواند فرد و هم دولت باشد. حتی برخی از ضررها و مزاحمت‌های روحی و معنوی ایجادشده از سوی دولت در اعمال ناصحیح مجازات‌های خشن بدنی در منظر عموم آثار سوء بیشتری نسبت به آن دسته از ضررها و مزاحمت‌های روحی و معنوی دارد که از سوی افراد و آن هم به‌صورت موردی صورت می‌گیرد. همان طور که فاینبرگ مزاحمت فرد را در قالب یک کردار خطایی ترسیم می‌کند، به نظر می‌رسد دولت هم در نحوه اعمال برخی از مجازات‌های خشن و غیرانسانی می‌تواند راه خطا را پیموده و از این حیث باعث اضرار یا مزاحمت نسبت دیگران (اعم از همه شهروندان یا خانواده بزهکار) یا نسبت به خود بزهکار در موارد خاصی گردد. مبرهن است که طبق این استدلال، اگر هم اصول مزبور از حق بر مجازات‌نشدن حمایت نکنند، دست‌کم از حق بر به هر نحو و به هر قیمت مجازات‌نشدن حمایت می‌کنند.

چنان‌که گفته شد از منظر نظریه‌های فشار، رادیکال (انتقادی) و برچسب‌زنی در جرم‌شناسی هم وقتی که خود بزه، حسب مورد، در اثر فشارهای اجتماعی ناشی از فرصت‌های نابرابر و مناسبات قدرت یا برچسب‌های ناصحیح وارده بر شهروند از طرف نهادهای رسمی یا گروه‌های اجتماعی واقع می‌شود، تحمیل فشار دوم و مضاعف (مجازات) بر فرودستان جامعه یا برچسب‌خوردگان تاحدودی به دور از ساحت عدالت می‌باشد. از همین روی، این دسته از جرم‌شناسان به جای مجازات فراهم کردن مجدد فرصت‌های برابر و توزیع دوباره منابع اقتصادی و اجتماعی و عدم برچسب‌زنی (حسب مورد) را توصیه می‌کنند که ادعای آن‌ها از این نگاه با حق بر مجازات‌نشدن سازگار می‌نماید و می‌تواند بستر مهمی برای فهم پذیرش آن باشد.

منابع

فارسی

- آنسل، مارک (۱۳۹۵)، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جان استوارت، میل (۱۳۷۵)، رساله درباره آزادی، ترجمه جواد شیخ الاسلامی، چاپ چهارم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
- جونز، پتر (۱۳۹۲)، فلسفه حقوق-حق‌ها (مبانی، ماهیت، قلمرو، محتوا و نارسایی‌ها)، ترجمه مشتاق زرگوش و مجتبی همتی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- دارابی، شهرداد (۱۳۹۸)، بزهکاری بقیه سرخ‌ها، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- راسخ، محمد (۱۳۹۳)، حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفه حقوق فلسفه حق فلسفه ارزش)، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: نشر نی.
- رستمی، هادی (۱۳۹۳)، «جرم‌انگاری و کیفرگذاری در پرتو اصول محدودکننده آزادی در نظریه لیبرال»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال پنجم، شماره اول، بهار و تابستان (پیاپی ۹).
- رستمی، هادی و تقی‌پور، علی‌رضا (۱۳۹۴)، «توجیه کیفر در سامانه عدالت به مثابه انصاف»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره نهم.
- روستایی، مهرانگیز (۱۳۹۴)، «مقایسه تطبیقی «اصل ضرر» و «قاعده لاضرر» در توجیه مداخله کیفری»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۹، شماره دوم.
- سلرز، کریستین اس و آکرز، رونالد ال (۱۳۹۰)، «نظریه‌های بی سامانی اجتماعی، بی هنجاری و فشار»، ترجمه و تلخیص بهروز جوانمرد، تعالی حقوق، سال سوم، شماره ۱۲، مرداد و شهریور.
- شمعی، محمد (۱۳۹۲)، درآمدی بر جرم‌انگاری و جرم‌زدایی، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- شمعی، محمد و سارا شهباز (۱۳۹۴)، جرم‌انگاری حداکثری، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- عباچی، مریم (۱۳۹۲)، جرایم مبتنی بر نفرت، تازه‌های علوم جنایی (مجموعه مقاله‌ها)، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- غلامی، حسین (۱۳۹۵)، کیفرشناسی؛ کلیات و مبانی پاسخ‌شناسی جرم، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- فرح‌بخش، مجتبی (۱۳۹۲)، جرم‌انگاری فایده‌گرایانه (جستاری در فلسفه حقوق کیفری)، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- فن در فووتن، دیتمار (۱۳۹۸)، ارجمندی انسان، ترجمه محمدحسن خویشتن دار، تهران: گنج دانش.
- فیض، رضا (۱۳۸۶)، «مفهوم کیفر از دیدگاه صوفیان، با تکیه بر مکتب ابن عربی»، فصلنامه اخلاق پزشکی، سال اول، شماره دوم.
- قماش، سعید (۱۳۹۳)، کرامت انسانی و نقش آن در جرم‌انگاری، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- مارش، یان، گینور ملویله، کیت مورگان، گارت نوریس و زئو والکینگتن (۱۳۸۹)، نظریه‌های جرم، ترجمه حمیدرضا ملک محمدی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

- محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۶)، «مبانی فلسفی منع حقوقی و کیفری ایراد ضرر به خود (مطالعه موردی الزام استفاده از کمر بند و کلاه ایمنی در رانندگی)»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۳۷، شماره یکم.
- محمودی جانکی، فیروز و سارا آقایی (۱۳۸۷)، «بررسی نظریه بازدارندگی مجازات»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره دوم.
- محمودی جانکی، فیروز و مهرانگیز روستایی (۱۳۹۲)، «توجیه مداخله کیفری؛ اصول و ضرورت‌ها»، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره سوم.
- محمودی جانکی، فیروز (۱۳۹۳)، «جرم‌انگاری حق‌مدار؛ با تأکید بر نظریه آلمانی مصالح حقوقی»، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره نهم.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، (۱۳۹۷)، «درآمدی بر جرم‌شناسی انتقادی و گونه‌های آن»، دانشنامه جرم‌شناسی محکومان (مجموعه مقالات)، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۷)، «جرم‌شناسی در آغاز هزاره سوم»، در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین و هاشم‌بیکی، حمید، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۰)، «از جرم‌شناسی تا آسیب اجتماعی شناسی»، مجله تحقیقات حقوقی، ضمیمه شماره ۵۶.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۸۸)، «رویکرد جرم‌شناختی قانون «حقوق شهروندی» (درباره رابطه آیین دادرسی کیفری با جرم‌شناسی)»، مجموعه مقالات حقوق شهروندی، چاپ اول، تهران: نشر گرایش.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین، (نیم‌سال دوم سال تحصیلی ۱۳۷۴-۱۳۷۳)، مباحثی در علوم جنایی، تقریرات درس جرم‌شناسی (نظریه‌های جرم‌شناسی)، دوره کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، دسترس پذیر در Lawtest.ir.
- نجفی توانا، علی (۱۳۹۰)، جرم‌شناسی، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات آموزش و سنجش.
- وایت، راب و فیونا هینز (۱۳۸۶)، جرم و جرم‌شناسی؛ متن درسی نظریه‌های جرم و کجروی، ترجمه علی سلیمی، چاپ سوم، قم: نشر پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- وکیو، دل (۱۳۹۱)، فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
- ویلیامز، فرانک پی و ماری لین دی مک شین (۱۳۸۶)، نظریه‌های جرم‌شناسی، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- هوساک، داگلاس (۱۳۹۰) جرم‌انگاری افراطی، ترجمه محمد تقی نوری، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.

عربی

- حر عاملی، محمد بن حسن، (بی تا)، وسائل الشیعه، ج ۱۱، بی جا.

انگلیسی

- Agnew, R. S, (2007), Strain theory and violent behavior.
- Bentham, Jeremy (1931), the theory of legislation, edited by C. K. Ogden, London.
- Edmundson, W. A (2004), An introduction to rights, Cambridge University Press.

- Feinberg, Joej (1985), **offense to others - The moral limits of the criminal law**, Oxford University Press, vol 2.
- Habibzadeh, Jafar (2005), "The Legality Principle of Crimes and Punishments in the Iranian Legal System", **Global Jurist Topics**, Volume 5, Issue 1.
- Hadjimatheou, K. (2016), "Criminal Labelling, Publicity, and Punishment", **Law and Philosophy**, 35(6), 567-593.
- Herring, Jonathan (2010), **Criminal Law: The Basics**, Publisher Taylor & Francis Ltd.
- Husak, Douglas (2008), **Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law**, Oxford University Press.
- Husak, Douglas, (2004). "The Criminal Law as Last Resort", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 24, No. 2.
- Mehozay, Y, (2018). "Critical Criminology as a Guardian of Human Rights: An Action-Based Model". **Critical Criminology**, 26(2), 149-168.
- Moreland-Capuia, A (2019), **Labeling Theory, The Power of Words, and Implicit Bias. In Training for Change** (pp. 207-237). Springer, Cham.
- Paine, Thomas, (1791-92). **Rights of Man** [Part the First and Part the Second]. London,
- Petersen, Thomas Søbirk (2014), **No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges**, Springer Science+Business Media Dordrecht.
- Presser, L., & Sandberg, S (2019), "Narrative criminology as critical criminology", **Critical Criminology**, 27(1), 131-143.
- Rodrigues, Anabela Miranda (2019), "Fundamental rights and punishment: Is there an EU perspective?" **New Journal of European Criminal Law**, Vol. 10 (1).
- Von Hirsch, Andrew (2000), "The Offence Principle in Criminal Law: Affront to Sensibility or Wrongdoing?", **King's Law Journal**, Volume 11, - Issue 1.
- Wertheimer, Alan (2002), "Liberty, Coercion, and the Limits of the State", in book: **The Blackwell Guide to Social and Political Philosophy**, pp 38-59, Blackwell Publishers Ltd, Oxford.
- Zhang J. (2019), "The strain theory of suicide", **Journal of Pacific Rim Psychology**, Volume 13, e27.

اساسی سازی اصول دادرسی کیفری؛ تحلیل تعارض های قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با قانون اساسی

ولی رستمی*، سینا رستمی**، محمدحسن کبگانی***

چکیده

نقطه عزیمت به سوی قانون مداری و نشانه پذیرش حاکمیت قانون وجود قانون اساسی در یک کشور است. در نظام حقوقی ایران، صیانت از قانون اساسی به وسیله شورای نگهبان و قضات دادگستری اعمال می شود. با وجود این، به نظر می رسد شورای نگهبان، در ارتباط با اصول مربوط به دادرسی منصفانه مندرج در قانون اساسی، هنگام بررسی شرعی و اساسی قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مسامحه داشته و برخی از مواد این قانون در تعارض با اصول حاکم بر دادرسی منصفانه مندرج در قانون اساسی می باشند. بر همین اساس، تحلیل تعارض های موجود و نیز بررسی امکان استناد قضات دادگاه ها به قانون اساسی و نیز اجرانکردن مواد قانونی معارض با اصول قانون اساسی امری بایسته به نظر می رسد. پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی درصدد است تا میزان انطباق قوانین عادی مرتبط با اصول دادرسی برتر را سنجیده و در صورت تغایر و عدم انطباق، ضمانت اجرای این تناقض ها را توصیف نماید. نتایج حاصله حاکی از این است که قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، به رغم پیشرفت زیاد در زمینه رعایت اصول دادرسی منصفانه مندرج در قانون اساسی، در موارد مرتبط با حق تعیین وکیل و علنی بودن رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی و اصول مرتبط با تفکیک قوا و سایر موارد، حاوی احکامی خلاف روح و منطوق قانون اساسی است. **واژگان کلیدی:** حاکمیت قانون، قانون اساسی، اساسی سازی، اصول دادرسی منصفانه، تعارض

* استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران vrostami@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده

sinarostami.1372@yahoo.com

مسئول)

hasankabgani@gmail.com

*** پژوهشگر پژوهشکده قوه قضائیه، تهران، ایران

مقدمه

به‌رغم تردید موجود در برخی کشورها (همانند انگلستان) نسبت به ضرورت وجود یک قانون اساسی نوشته و به‌تبع آن لزوم پیروی تمامی هنجارهای حقوقی مادون از آن^۱، این اندیشه به‌نحو عام مورد پذیرش قرار گرفته که قانون اساسی را به‌مثابه قانون مادر در یک جامعه تلقی نماییم. هرچند ممکن است سخن همیلتون^۲ (از پدران بنیان‌گذار آمریکا^۳) که مدعی بود مردم سیزده مستعمره نخستین مردمانی بودند که به آن‌ها فرصت تصویب قانون اساسی «از روی اندیشه و انتخاب» به‌جای «حادثه و اجبار» اعطا شده بود (Hamilton, Madison and Jay, 2005: 1) را صحیح تلقی کنیم، امروزه این حق به تمامی مردمان و ملت‌ها گسترش یافته است.

اهمیت بنیادین قانون اساسی توجیه‌کننده مباحثی مانند نظارت اساسی^۴ و دادگستری اساسی^۵ است. بدون پرداختن به تعریف دادرسی اساسی، باید گفت که از جمله مباحثی که در این حوزه طرح می‌شود، اساسی‌سازی^۶ است. اساسی‌سازی عبارت از فرایند تغییر و تحولی است که به سبب رخنه و نفوذ هنجارهای اساسی در گرایش‌های مختلف حقوق و در نتیجه آغشتن مجموعه نظم حقوقی به این هنجارها به وجود می‌آید (تقی‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۳۲). نکته‌ای که در این مقال اهمیت دارد، تعریف لغوی و اصطلاحی دیگری از واژه «Constitutionalisation» است. واژه مورد نظر را می‌توان از نظر لغوی به مشروطه‌سازی نیز تعریف کرد. مشروطه‌سازی از لحاظ اصطلاحی تداعی‌کننده این اندیشه است که تمامی اعمال حکومتی باید تابع یک سری ساختارها، فرایندها، اصول و ارزش‌های مندرج در یک قانون اساسی باشند (Loughlin, 2004: 47). از مهم‌ترین اعمال حکومتی که به‌وسیله یک قانون اساسی باید مشروط و مقید شده باشد، اقدامات و صلاحیت‌های مرتبط با حقوق کیفری می‌باشد. معنی مورد نظر این نوشتار از واژه «Constitutionalisation»، اساسی‌سازی است نه مشروطه‌سازی. در ادامه هدف از این تفکیک بیان می‌گردد.

۱. برای مثال، در آلمان نیز قانون اساسی تا قبل از تصویب قانون اساسی وایمر، برتری و اولویتی بر قوانین عادی نداشت؛ نک:

Su, Yeong-chin. "Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Urteile", in: Heun, Werner/Starck, Christian (eds.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, 2006: 92.

2. Hamilton

3. Founding Fathers

4. Constitutional review

5. Constitutional jurisdiction

6. Constitutionalisation

از سوی دیگر ضرورت حفظ نظم اجتماعی، حفظ آزادی‌ها و حقوق مردم، اجرای عدالت و برابری، تحقق آزادی و کرامت انسانی و جلوگیری از برخوردهای بدون مبنا، خودسرانه و دل‌خواهی مبانی، لزوم قانونی‌بودن مقررات کیفری را در رسیدگی‌های کیفری امروزی تشکیل می‌دهند. به همین منظور، بر اساس این مبانی، در حقوق کیفری اصلی به نام اصل قانونی‌بودن مقررات کیفری شکل گرفته است که خود زیرمجموعه اصل حاکمیت قانون می‌باشد. با توجه به چنین اهدافی، در چهارچوب آیین دادرسی کیفری اصولی وجود دارند که به منظور حفظ حقوق و آزادی‌های شهروندان، تحدید میزان اختیارات و نحوه عملکرد نهادهای عدالت کیفری و مجریان آن و جلوگیری از تعدی مقامات قضایی پیش‌بینی می‌شوند که به اصول دادرسی منصفانه^۱ شهره هستند. دادرسی منصفانه به معنای «رسیدگی [به یک پرونده] نزد یک قاضی بی‌طرف، یک هیئت منصفه بی‌طرف و در فضای حقوقی توأم با آرامش است» (Boggs, 1998: 3). الزامات مربوط به دادرسی منصفانه که امروزه تحت لوای حقوق بشر رویه‌ای از حقوق بنیادین افراد تلقی می‌گردد، دارای اعتبار اساسی هستند و در قوانین اساسی و اسناد بالادستی بسیاری از کشورها از جمله ایران مندرج شده‌اند. مشروطه‌سازی حقوق کیفری به معنی تصریح به اصول اساسی حقوق کیفری در قانون اساسی است. این واقعیت که صرف تصریح نمی‌تواند به معنای تضمین اصول مورد نظر باشد، ضرورت دادرسی اساسی و ذیل آن اساسی‌سازی و به تبع آن هدف این مقاله را نمایان می‌سازد. به عبارت دیگر، در این مقاله در پی آن هستیم تا تأمل و پژوهشی درخصوص هنجاریت اصول مندرج در قانون اساسی ایران که مربوط به دادرسی منصفانه هستند را با سنجه انطباق مفاد قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که قانون مادر در این زمینه است، با آن اصول را انجام دهیم. به عنوان مثال در نگاه نخست ماده ۳۰۵ این قانون، رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی را که مطابق با اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی به صورت علنی برگزار می‌گردد، مقید به ماده ۳۵۲ آن قانون نموده و اجرای علنی این محاکمات را محدود کرده است. پرسش مهم این است که آیا چنین محدودیتی مغایرتی با قانون اساسی دارد یا خیر؟ اساسی‌سازی همچنین ضعف کارکردی ساختارهای ناظر بر اجرای قانون را با سازکارهایی نظیر تفسیر مردم‌سالارانه از قانون اساسی، امکان استناد قاضی دادگاه به قانون اساسی به عنوان هنجار برین به هنگام مواجهه با قوانین مغایر با این قانون و نیز امکان بطلان دادرسی و رأی توسط مراجع عالی قضایی، به استناد مغایرت قانون عادی با قانون اساسی، برطرف می‌کند. به تعبیر دیگر فرایند اساسی‌سازی از طریق رسیدگی‌های قضایی و با بهره‌گیری از ابزار تفسیر قانون صورت می‌گیرد،

تفسیری که باید بیشترین میزان حمایت و صیانت از حق‌ها و آزادی‌های بشری شهروندان را فراهم آورد. بر همین اساس در گفتار اول به شیوه تفسیر قانون اساسی پرداخته می‌شود. سپس در گفتار بعدی مصادیق تعارض قانون آیین دادرسی کیفری با قانون اساسی را بررسی خواهیم کرد.

۱. تفسیر و استناد به قانون اساسی در راستای اساسی‌سازی

هنگامی که سخن از تفسیر قانون می‌شود، علی‌القاعده باید ضرورت، اهداف، محل تفسیر و علل و عوامل گوناگونی که محل تفسیر را فراهم می‌آورند نیز مورد تحلیل و بررسی قرار گیرند. اما با وجود این امر، نویسندگان این مقاله به دنبال توضیح اصول حاکم بر تفسیر قانون اساسی در راستای اهداف و مبانی این قانون بوده تا از این طریق بتوانند تغایرات و تعارضات موجود در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصول قانون اساسی مرتبط با آن را به منظور حفاظت و صیانت از قانون اساسی مورد تحلیل و بررسی قرار دهند. در یک تقسیم‌بندی کلی که نشئت گرفته از مباحث مطروحه در نظام حقوقی آمریکاست، رویکردهای موجود نسبت به تفسیر قانون اساسی به دو دسته تقسیم می‌شود. گروه اول که به اصالت‌گراها^۱ معروف هستند معتقد به لزوم پابندی مفسر اساسی به متن قانون اساسی و مراد مقنن هستند. در مقابل حقوق‌دانانی هستند که معتقد به «قانون اساسی زنده»^۲ هستند. پیش از پرداختن به جزئیات این دو رویکرد لازم است دو رویکرد کلی نسبت به کارکرد قانون اساسی بیان شود. از دید طرفداران حقوق موضوعه و در رأس آنان هانس کلسن اتریشی، کارکرد اصلی قانون اساسی «تعیین اندام‌ها و فرایند ایجاد قواعد کلی حقوقی، یعنی قانون‌گذاری است» (کلسن، ۱۳۹۱: ۱۶۹). در چنین رویکردی حمایت از حقوق اساسی ملت کارکرد ثانویه و فرعی قانون اساسی است. در مقابل کسانی هستند که بر این باورند کارویژه اصلی قانون اساسی نه حفظ ثبات ساختار حکومتی و تفکیک قوای موجود، بلکه حمایت از حقوق اساسی ملت است (Lioren-te, 1997: 4). در ادامه اهمیت توجه به این دو رویکرد در تفسیر قانون اساسی بیان خواهد شد.

۱-۱. رویکرد اصالت‌گرا به قانون اساسی

تفسیر قانون اساسی در مقایسه با تفسیر قوانین عادی از پیچیدگی خاصی برخوردار است. این پیچیدگی ناشی از ماهیت اجتماعی و سیاسی پررنگ‌تر قانون اساسی است. به عبارت دیگر، هر تصمیمی در خصوص تفسیر قانون اساسی نه یک حوزه خاص حقوقی، بلکه کلیه حوزه‌های اجتماعی و حقوقی را تحت تأثیر قرار خواهد داد. به دلیل ماهیت سیاسی و ارزشی اصول مندرج در قانون اساسی، محتوای این اصول بیشتر در معرض تغییر و تحول مفهومی در ارتباط با تحولات اجتماعی

1. Originalists

2. Living constitution

قرار دارد. شاید بارزترین مثال درخصوص چنین تغییری را بتوان در نظام حقوقی آمریکا و تغییر نظر دیوان عالی درخصوص اصل برابری و تفکیک نژادی باشد (صفایی، ۱۳۶۹: ۵۴). پرسش اساسی که باید بدان پاسخ داد این می‌باشد که میزان صلاحیت نهاد مفسر قانون اساسی برای تفسیر روزآمد قانون اساسی تا چه حد است؟ آیا باید به متن و نظر مقنن پایبند بماند یا می‌تواند قانونی که ممکن است قرن‌ها پیش تصویب شده را متناسب با نیازهای اجتماع جدید تفسیر کند؟ اصالت‌گراها به پرسش فوق چنین پاسخ داده‌اند که در تفسیر باید به متن قانون اساسی و مراد مقنن پایبند بود (Yakab, Dyevre and Itzcovich, 2017: 3). آن‌ها چنین استدلال می‌کنند که مقنن اساسی روش بازنگری در قانون اساسی را بیان کرده و بدین منظور هرگونه تفسیری که ماهیتاً نوعی بازنگری در مفاد قانون اساسی است، نقض قانون اساسی و نظر مقنن خواهد بود. از نظر آنان تنها کسی که صلاحیت وضع هنجارهای اساسی را دارد مقنن اساسی است و هرگونه تفسیری ورای متن و نظر مقنن نوعی تقنین اساسی مبتنی بر نظر شخصی خواهد بود (Jefferson, 1987: 660). به‌راستی پایبندی به متن قانون اساسی که ممکن است صدها سال پیش تصویب شده باشد تا چه حد می‌تواند صحیح باشد؟ پاسخ به چنین امری بسیار دشوار است. اما در چهارچوب این پژوهش می‌توان چنین بیان کرد که عنصر اصلی در این خصوص باید پایبندی به اهداف تصویب قانون اساسی باشد. توضیح آنکه هدف نهایی از تصویب قانون اساسی تحدید قدرت و تضمین حقوق و آزادی‌هاست و هرگونه تفسیر باید در همین چهارچوب باشد. رویکرد اصالت‌گرا به نظر می‌رسد که در ارتباط با رویکرد کلسنی به قانون اساسی و موضوعات مرتبط با تفکیک قوا تناسب بیشتری داشته باشد. چراکه با توجه به اصل عدم صلاحیت دولت در حقوق عمومی و هدف اول از تصویب قانون اساسی، یعنی تحدید قدرت، پایبندی به متن قانون اساسی و تفسیر مضیق هنجارهای اساسی امری معقول به نظر می‌رسد.

۱-۲. تفسیر قانون اساسی بر اساس نظریه قانون اساسی زنده

درخصوص این امر که قانون اساسی نشانگر ارزش‌های پذیرفته‌شده در یک جامعه است کمتر کسی تردید دارد. اما پرسش اساسی این است که ارزش‌های کدام جامعه؟ جامعه‌ای که در آن قانون اساسی تصویب شده یا جامعه‌ای که قانون اساسی باید در آن اجرا شود؟ پیش‌تر نیز بیان شد که مفاد قانون اساسی به دلیل ماهیت سیاسی و ارزشی پررنگی که دارد در ارتباط با سایر قوانین در معرض تغییر و تحول بیشتری قرار دارد. طرفداران این نظریه معتقدند که قانون اساسی تنظیم‌کننده زندگی جمعی است و اگر این قانون به‌نحوی تفسیر شود که نتواند پاسخگوی چنین نیازهایی باشد، وجود آن امری عبث خواهد بود. طبیعی است که منظور از زندگی جمعی، زندگی جامعه فعلی است و قوانین اساسی

باید بر اساس نیازهای جامعه جدید تفسیر شود. وودرو ویلسون^۱ که در سال ۱۹۱۲ کاندیدای ریاست جمهوری ایالات متحده بوده در این خصوص در کمپین انتخاباتی بیان می‌کند که «جامعه یک ارگانیزم زنده است و باید تابع قواعد زندگی باشد و نه [تابع] ساختارها» (Pestritto, 2005: 121). از نظر طرفداران چنین رویکردی، مقنن اساسی یا درباره وضع قواعد مرتبط با تفسیر قانون اساسی به اجماع نرسیده یا اساساً چنین قصدی نداشته است. به هر روی، این امر نسل‌های آینده را آزاد گذاشته تا قواعد تفسیر را مطابق با نظر خود تعیین نمایند (Murrill, 2018: 16). آن‌ها معتقدند که ماهیت انعطاف‌پذیر اصول قانون اساسی ناشی از قصد مقنن برای تصویب قانونی بوده که در طول زمان و متناسب با نیازهای جمعی متحول شود (Barber, 1997: 40). همانند قسمت پیشین در انتها باید به این نکته بپردازیم که چنین رویکردی در چه مواردی قابل دفاع است. با در نظر گرفتن مجدد اهداف قانون اساسی به نظر می‌رسد که چنین رویکردی در چهارچوب نظرات حق‌محور و ماهوی^۲ به قانون اساسی قابل دفاع باشد؛ یعنی زمانی که مفسر اصول مرتبط با حقوق ملت و آزادی‌های اساسی را تفسیر می‌کند، ارائه برداشتی موسع از چنین اصولی نتیجه‌ای جز تضمین هرچه بیشتر آزادی‌های بنیادین افراد نخواهد داشت. البته در این خصوص نباید راه افراط را در پیش گرفت و از متن و نظر مقنن خود را بی‌نیاز دانست. اما باید توجه داشت که مقنن گذشته در بسیاری از موارد فاقد هر گونه تصور و برداشت واقعی نسبت به مسائل و مشکلاتی است که در شرایط کنونی یا آینده به وجود آمده یا می‌آید و در زمان وضع قانون به هیچ وجه قابل پیش‌بینی نبوده است. بنابراین باید پذیرفت که منظور و مقصود واقعی مقنن به حکم منطق نمی‌تواند کمک مؤثری در حل مشکلات کنونی بنماید (صانعی، ۱۳۸۳: ۴۳۳). در ادامه اثرات چنین تفکیکی را در نظام حقوقی ایران بررسی خواهیم کرد.

۲. مصادیق تعارض قانون آیین دادرسی کیفری با قانون اساسی

یکی از قوانین موجود در نظام حقوقی ایران قانون آیین دادرسی کیفری است. این قانون که تجلی رویارویی میان حفظ نظم و امنیت عمومی و صیانت از حقوق و آزادی‌های فردی است از قوانین با اهمیت علوم جنایی است که به طور کلی به مطالعه و بررسی نهادها، سازمان‌ها و تشکیلات قضایی و نیز نحوه رسیدگی آن‌ها می‌پردازد. در کنار سایر مقررات کیفری ماهوی، قانون آیین دادرسی کیفری را نیز می‌توان جلوه‌گاه مبانی قانون اساسی یعنی تحدید و تنظیم اختیارات مراجع سالب حقوق و آزادی‌های افراد و حمایت و تضمین آن‌ها دانست. به عبارت دیگر، این مقررات به عنوان تبلور عینی آزادی و امنیت در یک جامعه شناخته شده و همواره تقابل و توازن میان این دو امر در پرتو اندیشه‌های

1. Woodrow Wilson

2. Subjective

حاکمان یک کشور، در بستر مقررات آیین دادرسی کیفری نمایان بوده است (آشوری، ۱۳۹۴: ۲۶-۲۵). با توجه به چنین مبانی و اهدافی، در چهارچوب آیین دادرسی کیفری به اعتبار اهمیت و آثار اجرا یا عدم اجرای مقررات آن، اصولی وجود دارند که با هدف ایجاد توازن و تعادل میان قدرت حاکمیت و آزادی‌های فردی و رعایت تساوی اصحاب دعوی در اسناد بین‌المللی^۱ و قانون اساسی کشورها پیش‌بینی می‌شوند که با عنوان اصول دادرسی منصفانه در عرصه حقوق کیفری مورد شناسایی قرار می‌گیرند.^۲ این اصول، اصولی دائمی و الزام‌آور هستند که بنیان برگزاری یک دادرسی صحیح و قانونی را تشکیل داده و در تصویب، تفسیر و اجرای مقررات آیین دادرسی کیفری باید رعایت شوند (خالقی، ۱۳۹۴: ۲۵). اگر مقررات آیین دادرسی کیفری را همانند یک ساختمان بدانیم، اصول دادرسی حاکم بر آن چهارچوب این ساختمان را تشکیل می‌دهند. بر همین اساس، برخی از حقوق‌دانان این اصول را قواعدی می‌دانند که یک دادرسی عادلانه مبتنی بر آن‌ها وضع و اجرا شده و قانون‌گذار در تصویب مقررات حق نادیده‌گرفتن آن‌ها را ندارد (طهماسبی، ۱۳۹۴: ۲۸). از طرفی دیگر، اهمیت این قواعد تا بدان‌جاست که در قوانین اساسی کشورهای مختلف، فرایند اساسی‌سازی نسبت به آن‌ها صورت گرفته و به این اصول اعتبار اساسی بخشیده شده است. بنابراین این اصول باید به‌عنوان چراغ راه واضعان قانون آیین دادرسی کیفری مورد توجه ویژه قرار بگیرند، به‌نحوی که نه‌تنها به جهت انجام وظیفه خویش مبنی بر عدم تغایر هنجار فرودین با هنجارهای دارای ارزش قانون اساسی، بلکه در تصویب سایر مقرراتی که به‌عنوان تشریفات دادرسی شناخته می‌شوند، مکلف به استفاده از این اصول هستند. به تعبیر دیگر، مقنن نه‌تنها ملزم است که در وضع مقررات دادرسی کیفری ماده‌ای قانونی برخلاف اصول قانون اساسی تصویب نکند، بلکه موظف است منطبق با این اصول در زمینه سایر مقررات دادرسی کیفری موسوم به تشریفات رسیدگی قانون‌گذاری نماید،

۱. بعد از جنگ جهانی دوم قواعد دادرسی کیفری در عرصه حقوق بین‌الملل در قالب برخی از مواد اعلامیه‌ها، میثاق‌ها و معاهدات بین‌المللی تجلی یافت. نمونه بارز این‌گونه اسناد و معاهدات بین‌المللی که تقریباً به امضاء همه دولت‌های جهان رسیده، اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌باشد (نک: اعتدال، ۱۳۷۷: ۲۱).
 ۲. بایستی میان اصول دادرسی کیفری و مقررات دادرسی کیفری تفکیک قائل شد. منظور از مقررات احکامی است که بر حسب شرایط زمانی و مکانی در داخل سیستم‌های مختلف دادرسی دچار تغییر و تحول می‌شوند. از این حیث معنای مقررات مشخص و معین می‌باشد: قواعد مصوب قوه قانون‌گذار جهت تنظیم و تنسيق جریان دادرسی از بدو تا ختم رسیدگی‌های کیفری. اما منظور از اصول قواعد کلی اساسی و استواری هستند که معمولاً از ثبات برخوردارند و در جریان تغییر قوانین کمتر مورد تغییر و تحول قرار گرفته و پایه‌های اساسی آیین دادرسی کیفری را تشکیل می‌دهند (نک: زراعت، ۱۳۸۲: ۸).

زیرا این اصول در ایجاد مقررات دادرسی کیفری مؤثر هستند. اصولی که چه برخاسته از خرد و منطق باشند و چه از اخلاق و عدالت ناشی شده باشند، به‌عنوان عاملی هدایت‌کننده، مقنن را از وضع قوانین مخالف عقل و استنباط‌های نادرست باز می‌دارد (صادقی، ۱۳۸۴: ۳). با وجود این، در صورتی که قانون‌گذار قوانین را برخلاف اصول مذکور به تصویب برساند، در این صورت اگرچه این مصوبات به‌ظاهر اعتبار قانون را کسب می‌کنند و مراجع ذی‌ربط مکلف به اجرای آن هستند، اما اجرای این قوانین مخالف با اصول نتیجه‌ای جز ایجاد نارضایتی مردم و ناکارآمدی در دستگاه‌های مجری و برانگیختن وجدان حقوقی (عابدی، ۱۳۸۸: ۶۹) و بی‌احترامی به قوانین برتر را دربر ندارد. بر همین اساس، هیچ دلیل یا امری نباید اصول دادرسی کیفری را به‌عنوان مبنای حاکم بر جریان دادرسی نقض نماید (جاهد، ۱۳۸۹: ۶۲). با وجود این، به نظر می‌رسد میان برخی از مواد قانونی آیین دادرسی کیفری با هنجار برتر یعنی قانون اساسی و اصول دادرسی منصفانه مندرج در آن تغییراتی به چشم می‌خورد. به همین دلیل در این فصل به تحلیل تعارض مقررات آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصول قانون اساسی می‌پردازیم.^۱ در این گفتار ابتدا به بررسی تعارضات موجود میان مواد قانونی قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با حقوق ملت می‌پردازیم و پس از آن تغییرات موجود با وظایف قوه قضائیه را بررسی خواهیم کرد.

۲-۱. تعارض قانون آیین دادرسی کیفری با حقوق ملت

اصل سی‌وپنجم قانون اساسی حق انتخاب وکیل در همه دادگاه‌ها توسط طرفین دعوا و فراهم آوردن امکانات تعیین آن را برای کسانی که توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند به‌عنوان یکی از حقوق ملت دانسته است. امروزه حق به انتخاب و داشتن وکیل به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین دفاعی طرفین دعوا و بالاخص متهم در دعاوی کیفری شناخته می‌شود. از آنجا که این امر در فرایند کیفری با حقوق کیفری شکلی در ارتباط است، بحث درخصوص جایگاه، نحوه انتخاب، وظایف و اختیارات آن‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری متجلی می‌شود. پیرو این امر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز در مواد قانونی مختلفی به تشریح این موضوع پرداخته است. با وجود این، درخصوص این موضوع نیز به نظر می‌رسد مواد قانونی مندرج در این قانون در برخی موارد با اصل سی‌وپنجم قانونی اساسی مغایر می‌باشند.

۱. با وجود این لازم به ذکر است قانون جدید آیین دادرسی کیفری در خصوص رعایت اصول دادرسی منصفانه مندرج در قانون اساسی، به‌ویژه حقوق دفاعی متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی، پیشرفت زیادی کرده و در مواد ۳ تا ۷ بر رعایت مهم‌ترین اصول مذکور تأکید و تصریح نموده است.

۲-۱-۱. محدودیت در انتخاب وکیل

مطابق ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با شروع تحت نظر قرارگرفتن متهم، امکان حضور و ملاقات وکیل با وی به مدت یک ساعت فراهم شده است. اگرچه این امر برای نخستین بار است که به صراحت اجازه حضور وکیل متهم در مرحله تحقیقات پلیسی را داده، اما این حضور محدود به ملاقات و اظهار ملاحظات به صورت کتبی شده است. اگرچه چنین محدودیتی در تغایر با مبانی و اهداف حضور وکیل در این مرحله از تحقیقات می باشد، اما کاملاً در چهارچوب اصل سی و پنجم قانون اساسی وضع شده است. همچنین بر اساس منطوق ماده و نیز قسمت دوم همان اصل در صورتی که متهم دارای وکیل نیز نباشد، ضابطان دادگستری ملزم هستند تا برای وی شرایط برخورداری از وکیل را مهیا نمایند. از سوی دیگر، با تصویب ماده ۱۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ حق متهم به برخورداری از وکیل در تحقیقات مقدماتی پس از اختلاف دیدگاه هایی که درخصوص این امر وجود داشت به رسمیت شناخته شد. اما پس از مدتی و پیش از لازم الاجرا شدن قانون، قانون گذار مبادرت به اصلاح تبصره ماده ۴۸ این قانون کرد و محدودیتی در حق انتخاب وکیل ایجاد کرد. در اصلاح تبصره مورد بحث، محل این اقدام نیز به درستی رعایت نشده است، زیرا ماده ۴۸ ناظر بر وظایف ضابطان دادگستری و ملاقات وکیل با متهم در مرحله تحقیقات پلیسی بوده، در حالی که محتوای تبصره مورد بحث مربوط به مداخله وکیل در مرحله تحقیقات مقدماتی است که در ماده ۱۹۰ بیان شده است (خالقی، ۱۳۹۴/۲: ۱۷۷). اما آنچه این تبصره را با قانون اساسی مغایر می سازد ایجاد محدودیتی است که در انتخاب وکیل مدافع برای متهم ایجاد نموده است. به موجب این تبصره، «در جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی و همچنین جرایم سازمان یافته که مجازات آن ها مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است، در مرحله تحقیقات مقدماتی طرفین دعوی، وکیل یا وکلای خود را از بین وکلای رسمی دادگستری که مورد تأیید رئیس قوه قضائیه می باشند، انتخاب می نمایند. اسامی وکلای مزبور توسط رئیس قوه قضائیه اعلام می گردد». این در حالی است که مطابق با عموم قسمت اول اصل سی و پنجم قانون اساسی طرفین دعوی حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و این اطلاق نافی ایجاد محدودیت برای اجرای حق برخورداری از وکیل می باشد. به عبارت دیگر، اصول حاکم بر تفسیر قانون اساسی به خصوص اصل لزوم تفسیر موسع اصول قانون اساسی مرتبط با حقوق و آزادی های شهروندان، با ایجاد محدودیت در انتخاب وکیل، دارای منافات و در تقابل کامل می باشد. از طرفی دیگر، محدودیت در انتخاب وکلا به موجب تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری برخلاف سایر اصول قانون اساسی یعنی اصل یکصد و پنجاه و ششم و یکصد و پنجاه و هشتم نیز می باشد. به موجب اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون

اساسی قوه قضائیه به عنوان قوه ای مستقل، مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی بوده و عهده دار وظایفی همچون رسیدگی و صدور حکم در مورد تعدیات و تظلمات و...، احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی های مشروع، نظارت بر حسن اجرای قوانین، کشف جرم و تعقیب مجازات و تعزیر مجرمین و...، اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین می باشد. اصل یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی نیز وظایف رئیس قوه قضائیه را ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری، تهیه لوایح قضایی و استخدام قضات و ساماندهی امور مربوط به آنها دانسته است. در این اصول که در مقام احصاء وظایف و اختیارات قوه قضائیه و رئیس آن می باشند، سخنی از تأیید وکیل توسط رئیس قوه قضائیه یا وابستگی وکیل به این قوه ذکر نشده است. بنابراین نمی توان با تصویب قوانین عادی استقلال وکیل و حق انتخاب افراد در انتخاب وکیل را محدود نمود و به آن خدشه وارد کرد. نتیجه آنکه توجه به مبانی و اهداف وکالت، استقلال وکیل از قوه قضائیه، وظایف احصاء شده قوه قضائیه و رئیس این قوه و تفسیری که از اصول مرتبط با این موضوع صورت پذیرفت، به نظر می رسد که بین تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۹۲ با عموم اصل سی و پنجم و اصول یکصد و پنجاه و هشتم و یکصد و پنجاه و هشتم قانون مغایرت وجود دارد.

۲-۱-۲. محدودیت در فراهم کردن امکانات تعیین وکیل

ماده ای دیگر از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که در حق بر داشتن وکیل محدودیت ایجاد نموده است ماده ۳۴۷ است. مطابق با این ماده، «متهم می تواند تا پایان اولین جلسه رسیدگی از دادگاه تقاضا کند وکیلی برای او تعیین شود. دادگاه در صوت احراز عدم تمکن متقاضی، از بین وکلای حوزه قضایی و در صورت عدم امکان از نزدیک ترین حوزه قضایی، برای متهم، وکیل تعیین می نماید...». این در حالی است که بنابر اصل سی و پنجم قانون اساسی اگر طرفین دعوا توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند، باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد. این اصل در انتخاب وکیل و نیز شرایط فراهم کردن امکانات تعیین وکیل دارای اطلاق است و باید در راستای اصول حاکم بر تفسیر قانون اساسی بالاخص توجه به مبانی و اهداف این قانون و نیز ضرورت حضور وکیل تفسیر شود. بنابراین این امر که دادگاه تنها تا پایان جلسه اول رسیدگی تقاضای متهم مبنی بر تعیین وکیل را اجابت می نماید با اطلاق قسمت دوم اصل سی و پنجم قانون اساسی مغایرت دارد.^۱

۱. در حوزه حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت دولت است و آزادی ها از اولویت بیشتری برخوردار می باشند. به طور کلی دولت حق هیچ گونه اعمال محدودیتی ندارد، مگر آنکه در خود قانون اساسی به امکان اعمال محدودیت تصریح شده باشد و درخصوص این اصل هیچ گونه تصریحی به صلاحیت قانون گذار به اعمال محدودیت نشده است.

۲-۲. تعارض قانون آیین دادرسی کیفری با وظایف مرتبط با قوه قضائیه

در راستای مبانی و اهداف قانون اساسی، فصل یازدهم قانون اساسی به وظایف و اختیارات قوه قضائیه به‌عنوان یکی از قوای سه‌گانه اختصاص یافته است. فصلی که در اصول متفاوتی به احصاء تکالیف این قوه و نیز برخی از اصول اساسی‌سازی‌شده فرایند کیفری پرداخته که باید در دادگاه‌ها به معنای عام کلمه اجرا شوند. با بررسی و تدقیق قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به نظر می‌رسد که برخی از این مواد قانونی با مفاد اصول مندرج در فصل یازدهم قانون اساسی در تعارض می‌باشد. تبصره ۱ ماده ۴۵ و ماده ۳۰۵ از جمله مواد قانونی مورد ابهامی هستند که شائبه تغییر با برخی از اصول قانون اساسی در مورد آن‌ها وجود دارد. از همین رو، تحلیل این مواد و شائبه تغییر را در دو بند جداگانه مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۲-۲-۱. مقیدشدن علنی‌بودن محاکمات سیاسی و مطبوعاتی

اصل علنی‌بودن محاکمات یکی از اصول ضروری برای محاکمه عادلانه است که به‌عنوان یکی از اصول راهبردی فرایند کیفری در اصل یکصدوشصت و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اساسی‌سازی شده است. هدف این اصل، که به معنای عدم ایجاد مانع برای حضور افراد در جلسات رسیدگی است،^۱ افزایش اعتماد مردم نسبت به قوه قضائیه و ممانعت از تضییع احتمالی حقوق متهم در جریان رسیدگی کیفری است (امیدی و نیکویی، ۱۳۸۷: ۳۵). قانون‌گذار ایران نیز در اصل یکصدوشصت و پنجم قانون اساسی، به جهت نظارت عمومی بر محاکم و تضمین حقوق افراد، علنی‌بودن محاکمات را به رسمیت می‌شناسد. این اصل مقرر می‌دارد: «محاکمات علنی انجام می‌شود و حضور افراد بلامانع است، مگر آنکه به تشخیص دادگاه علنی‌بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد.» قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به جهت اجرای این اصل در ماده ۳۵۲ ضمن تأکید بر علنی‌بودن رسیدگی در دادگاه‌ها، در چهارچوب اصل یکصدوشصت و پنجم قانون اساسی به بیان استثنائات رسیدگی علنی می‌پردازد. در این ماده آمده است که «محاکمات دادگاه علنی است، مگر در جرایم قابل‌گذشت که طرفین یا شاکی غیرعلنی‌بودن محاکمه را درخواست کنند. همچنین دادگاه پس از اظهارنظر دادستان، قرار غیرعلنی‌بودن محاکم را در موارد زیر صادر می‌کند: الف) امور خانوادگی و جرایمی که منافی عفت یا اخلاق حسنه است؛ ب) علنی‌بودن محل امنیت عمومی یا احساسات مذهبی یا قومی باشد.» در مورد علنی‌بودن دادگاه‌ها تصریح دیگری در اصل یکصدوشصت و هشتم

۱. تبصره ماده ۳۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.

قانون اساسی وجود دارد. بر طبق این اصل، «رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی علنی است و با حضور هیئت منصفه در محاکم دادگستری صورت می گیرد...». با وجود این صراحت، مقنن در اقدامی بی سابقه ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ را وضع کرد که علنی بودن رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی را منوط به رعایت ماده ۳۵۲ نموده است. به عبارت دیگر با وجود اطلاق اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی مبنی بر علنی برگزار شدن محاکمات جرایم سیاسی و مطبوعاتی، مطابق با این ماده دادگاه کیفری یک در صورتی اقدام به برگزاری رسیدگی علنی می نماید که شرایط ماده ۳۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری، که در بالا ذکر گردید، وجود نداشته باشد. این در حالی است که با توجه به تصریح و تأکید اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی نمی توان این نوع محاکمات را به صورت غیر علنی تشکیل داد. زیرا محاکماتی را که می توان به صورت غیر علنی تشکیل داد، انحصاراً همان سه نوع مسائل و دعاوی مندرج در اصل یکصد و شصت و پنجم قانون اساسی است. از سوی دیگر، منطوق اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی الزامی بودن رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی به صورت علنی را به نظر می رساند. تصویب ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی کیفری و مغایرندادن آن با مفاد اصول قانون اساسی توسط شورای نگهبان ابهامات و سؤالات فراوانی را در ذهن ایجاد می نماید. از جمله این پرسش ها اینکه به راستی مبنای علت تصویب اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی چه می باشد؟ اگر چنانچه مراد واضعان قانون اساسی آنچه در ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی کیفری ذکر شده است باشد، دیگر چه دلیلی بر تصویب این اصل در کنار اصل یکصد و شصت و پنجم قانون اساسی وجود دارد؟ هنگامی که اصل یکصد و شصت و پنجم اصل را بر علنی بودن می گذارد و استثنائات آن را بلافاصله به اختصار و به صورت حصری بیان می نماید، دیگر چه دلیلی بر ذکر رسیدگی علنی جرایم مطبوعاتی و سیاسی به صورت جداگانه وجود دارد؟ در پاسخ به این پرسش ها باید بیان کرد هنگامی که واضعان قانون اساسی در یک اصل قاعده را بر علنی بودن قرار می دهند و استثنائات آن را نیز بیان می کنند، ذکر جداگانه رسیدگی علنی به محاکمات سیاسی و مطبوعاتی در اصلی دیگر خود بیانگر مستثنائات این جرایم از قاعده کلی مذکور در اصل یکصد و شصت و پنجم و استثنائات حاکم بر آن است. علاوه بر این مورد، توجه به مبانی و اهداف قانون اساسی، توجه به اصول حاکم بر تفسیر اصول این قانون و نیز اطلاق و منطوق اصل یکصد و شصت و هشتم همگی دلالت بر لزوم رسیدگی علنی در جرایم مطبوعاتی و سیاسی

۱. ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، «به جرایم سیاسی و مطبوعاتی با رعایت ماده (۳۵۲) این قانون به طور علنی در دادگاه کیفری یک مرکز استان محل وقوع جرم با حضور هیئت منصفه رسیدگی می شود.»

بدون هیچ‌گونه استثناء، قید و شرطی دارد. بر همین اساس، ماده ۳۰۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ به لحاظ مغایرت با اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی محل نقد است.

۲-۲-۲. اعاده دادرسی از طریق رئیس قوه قضائیه

اعاده دادرسی از طریق رئیس قوه قضائیه که به تعبیر برخی از حقوق دانان اعاده دادرسی خاص نامیده می‌شود، در ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است. مطابق با این ماده، «در صورتی که رئیس قوه قضائیه رأی قطعی صادره از هریک از مراجع قضایی را خلاف شرع بین تشخیص دهد، با تجویز اعاده دادرسی، پرونده را به دیوان عالی کشور ارسال تا در شعبی خاص که توسط رئیس قوه قضائیه برای این امر تخصیص می‌یابد، رسیدگی و رأی قطعی صادر نماید. شعب خاص مذکور مبنیاً برخلاف شرع بین اعلام شده، رأی قطعی قبلی را نقض و رسیدگی مجدد اعم از شکلی و ماهوی به عمل می‌آورند و رأی مقتضی صادر می‌نمایند.» با مذاقه در این ماده قانونی مبرهن است که برخلاف اعاده دادرسی به شیوه معمول و متداول که از طریق دیوان عالی کشور صورت می‌پذیرد، این فرایند تنها با تجویز رئیس قوه قضائیه امکان‌پذیر است و گستره آن نیز بسیار وسیع می‌باشد؛ بدین توضیح که درخواست اعاده دادرسی از رئیس قوه قضائیه مقید به مهلت یا مدت زمان خاصی نیست، نسبت به تمامی آراء، احکام و قرارهای قطعی و حتی دستور موقت صادرشده از سوی دادگاه‌ها، دادسراها، شوراهای حل اختلاف یا دیوان عالی کشور قابل تجویز است، کلیه طرفین دعوی اعم از محکوم یا شاکی نیز می‌توانند چنین درخواستی داشته باشند و در نهایت اینکه این نوع از اعاده دادرسی محدود به موارد و مصادیق مصرح در ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نبوده، بلکه تابع یک ضابطه عام یعنی خلاف بین شرع بودن است. برخی از حقوق دانان دلیل پیش‌بینی این شیوه اعتراض به آراء قضایی را عدم صدور رأی برخلاف موازین شرعی در حکومت اسلامی دانسته‌اند (خالقی، ۱۳۹۵: ۴۸۴). اگر این دلیل منطبق با واقع باشد خود بیانگر تزلزل و ابهام در مبنای تقنینی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است. زیرا همان طور که می‌دانیم در برهه‌ای از تاریخ، دو درجه‌ای بودن رسیدگی به آراء قضایی در نظام حقوقی ایران امری خلاف موازین شرعی شناخته شده بود و تنها پس از بروز مشکلات فراوان و توجه به مبانی لزوم پذیرش حق اعتراض به آراء، دو درجه‌ای بودن رسیدگی مجدداً مورد پذیرش قرار گرفت (منصورآبادی، ۱۳۸۴: ۷۷) حال پس از گذشت مدت طولانی از حذف طرق اعتراض به آراء به علت مخالفت با موازین شرعی، امروزه شاهد گسترش تجدیدنظرپذیر بودن آراء و احکام و حتی دستورات دیوان عالی کشور و نیز دستور موقت دادگاه‌ها بنابر تطابق با موازین شرعی هستیم. موازین شرعی که در اوایل انقلاب مدتی مبنایی برای حذف دادگاه‌های تجدیدنظر و رسیدگی مجدد به آراء و احکام قضایی بود، امروزه

به عنوان مبنایی برای رسیدگی چندین باره به تصمیمات مقامات قضایی در نظر گرفته می شود. این ماده نیز با اصل یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی که به احصاء وظایف رئیس قوه قضائیه پرداخته است مغایر می باشد. این امر مختص به قانون آیین دادرسی کیفری نبوده و در قوانین دیگر از جمله قانون مالیات های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ با اصلاحات بعدی (ماده ۲۵۱ مکرر) چنین اختیاراتی به سایر مقامات مانند وزیر امور اقتصادی و دارایی داده شده است.

۳. راهکارهای حل تعارض

با وجود اینکه در تمامی نظام های حقوقی از طرفی مجلس و از طرف دیگر نهادهای صیانت از قانون اساسی مراقب اند تا قانونی خلاف قانون اساسی تصویب نشود، باز هم تجربه ثابت کرده که تصویب قوانین خلاف قانون اساسی امری ممکن است. حال سؤال این است اگر قانون عادی در تغایر با قانون اساسی بود، در این صورت آیا می توان مصوبات عادی مغایر با قانون اساسی را اجرا نمود؟ میزان پایبندی به مواد قانونی که در تعارض با قانون اساسی است تا چه میزان است؟ آیا قضات دادگاه ها می توانند به هنگام رسیدگی به پرونده ها در صورت وجود تغایر مواد قانونی با قانون اساسی از اجرای قوانین عادی امتناع نموده و حکم خود را به اصول قانون اساسی مستند نمایند؟ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در رابطه با پرسش های فوق ساکت است. دلیل این سکوت احتمالاً به دلیل پیش بینی نقش نظارتی شورای نگهبان در پاسداری از قانون اساسی و تضمین برتری آن در حوزه مصوبات مجلس است. از طرف دیگر، مطابق با اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی قضات دادگاه ها تنها مکلف اند از اجرای تصویب نامه ها و آیین نامه های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه هستند خودداری نمایند. بنابراین، به استثنای این امر، در مورد قوانین عادی این امکان برای قضات وجود ندارد.

امکان اعمال نظارت پسینی دستوری بر قوانین عادی یکی از چالش های اساسی نظام دادرسی اساسی در ایران است. هر چند فقهای شورای نگهبان صلاحیت بررسی پسینی قوانین را از حیث مغایرت با شرع دارند، اما تکلیف قوانینی که به نظر می رسد از حیث نظری مغایر با قانون اساسی هستند، مشخص نیست. بازنگری قوانین توسط مجلس را شاید بتوان عملی ترین راهکار حل تعارض بیان کرد اما باید توجه داشت که فرایند بازنگری از حیث مدت زمان لازم برای انجام آن نمی تواند پاسخگوی نیازهای متهمی باشد که پرونده وی در حال رسیدگی است و هرگونه اتلاف وقتی می تواند منجر به آسیبی جبران ناپذیر شود. با توجه به چنین مقتضیاتی، نگارندگان این پژوهش کارآمدترین راهکار را تفسیر قضایی دادرسان می دانند.

پیش از بیان مباحث مرتبط با لزوم تفسیر قضایی دادرسان، ضروری است در این خصوص چند نکته بیان شود: نخست، نویسندگان این مقاله آگاهند که راه حل اصلی رفع تعارضات بررسی شده اصلاح قانون اساسی و پیش‌بینی سازکاری برای دسترسی به نهادی است که تمامی ویژگی‌های مورد نیاز برای نظارت پسینی را داشته باشد؛ دوم، هدف نویسندگان این پژوهش ارائه راهکاری است تا پیش از اصلاح قانون اساسی، ضرورت‌های ایجاد شده در خصوص برطرف کردن تعارضات موجود در قانون آیین دادرسی کیفری تأمین گردد؛ سوم، نگارندگان پژوهش حاضر از دغدغه‌های احتمالی در خصوص اعطای صلاحیت عدم اجرای قانون عادی به قضات دادگاه‌ها که ممکن است منجر به نقض غرض گردد آگاهند، لیکن تجربه موجود در کشورهای پیشرفته چنین نشان داده که صیانت از قانون اساسی پیش از آنکه به نهاد خاصی نیاز داشته باشد، نیازمند رویکرد اساسی قضات و مردم به قانون اساسی است. مقاله حاضر بر فرضی نوشته شده که قضات محترم در ایران با چنین رویکردی به قانون اساسی نگاه می‌کنند.

۳-۱. حق و تکلیف قاضی بر اعمال قانون اساسی در نظام حقوقی ایران

در نخستین پیش‌نویس رسمی قانون اساسی (اصل یکصد و چهل و پنجم) تکلیف قضات در مواجهه با قوانین متعارض با قانون اساسی چنین بیان شده بود: «دادرس مأمور اجرای قوانین، اعم از اساسی و عادی، باید حکم هر دعوا را در مرحله نخست در این قوانین بیابد و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین از صدور حکم امتناع ورزد و در صورتی که تعارض یا تراحمی بین قوانین بیابد، مکلف است اجرای قانون اساسی را مقدم دارد، بی‌آنکه حق ابطال قانون متعارض را داشته باشد.» در قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ و بازنگری ۱۳۶۸ چنین صلاحیتی برای قضات شناسایی نشده است، با وجود این، ضرورت چنین امری کماکان امری ملموس است.

با وجود آنکه شورای نگهبان به منظور جلوگیری از تصویب قوانین مغایر با قانون اساسی پیش‌بینی شده و این وظیفه بر عهده نهاد یا مرجع دیگری قرار نگرفته است و همچنین قانون اساسی نیز در خصوص تصویب قوانین معارض با آن ساکت است، به نظر می‌رسد قضات دادگاه‌ها در صورت مواجهه با قوانین مغایر با قانون اساسی مکلف‌اند از اجرای آن‌ها خودداری نمایند. باید توجه داشت که صلاحیت قضات صرفاً عدم اجرای قوانین مغایر با قانون اساسی در دعوای مربوطه است و حق ابطال قوانین را ندارند. این ادعا خود مبتنی بر چند دلیل است که در ذیل بیان می‌گردند:

۱. قانون اساسی، به عنوان هنجاری فرازین و برتر، مادر تمامی قوانین محسوب می‌شود و بر همین اساس لزوم انطباق تمامی مقررات و مصوبات عادی با آن امری ضروری و الزامی است. بر همین اساس، از طرفی اقتضای اصول و قواعد حقوقی، بطلان و بی‌اعتباری قوانین خلاف قانون اساسی

است. از دیدگاه کلسن قانونی را که انطباق با قانون اساسی نداشته باشد اصولاً نمی‌توان قانون نامید (Kelsen, 2005: 456)؛ امری که به طریق اولی عدم اجرای آن را در پی خواهد داشت. از طرف دیگر، «تطبیق قوانین عادی با اساسی و عدم اجرای قانون مخالف، جزء لوازم معمولی و منطقی دادرسی اساسی است. چون در صورت تعارض، دادرس نمی‌تواند از صدور حکم امتناع ورزد و هر عقل سلیمی حکم می‌کند قانون اساسی اجرا شود.» (کاتوزیان، ۱/۱۳۷۹: ۳۰۷).

۲. از اصل نود و هشتم قانون اساسی نمی‌توان افاده حصر نمود (کاتوزیان، ۲/۱۳۷۹: ۱۵). توضیح اینکه شورای نگهبان تنها مقامی نیست که حق تفسیر قانون اساسی را داشته باشد بلکه دادگاه نیز حق تفسیر قانون اساسی را دارد. اصل نود و هشتم قانون اساسی تنها وظیفه اعلام تغایر یا عدم تغایر را بر عهده شورای نگهبان قرار داده است و مفهوم این امر ناتوانی نهادهای دیگر مبنی بر انجام چنین وظیفه‌ای نیست. نظارت شورای نگهبان در مرحله وضع است و نظارت قضات در مرحله اجرا و منافاتی با هم ندارند (تقی‌زاده، نجابت‌خواه و فدایی، ۱۳۹۵: ۷)؛ از طرفی تفسیر قضات مربوط به همان مسئله است و آن‌ها صلاحیت ابطال قوانین را ندارند.

با توجه به این نکته که طبق نظریه تفسیری شورای نگهبان، مصوبات مجلس صرفاً از باب عدم تغایر و نه مطابقت بررسی می‌شوند، می‌توان چنین نظر داد که قضات دادگاه‌ها تکمیل‌کننده کار شورای نگهبان هستند و آن‌ها هستند که اجرای کامل قانون اساسی را با بررسی انطباق کامل یک قانون با قانون اساسی تضمین می‌کنند. توضیح آنکه تضمین تمام حقوق ملت صرفاً با عدم تصویب قوانین مغایر با قانون اساسی تضمین نمی‌شود، بلکه پاره‌ای از حقوق که به آزادی‌های مثبت^۱ شهره هستند نیازمند اقدامات ایجابی نهادهای حکومتی هستند. اصول دادرسی منصفانه از جمله تعیین وکیل از جمله این حقوق است.

۳. عموماً اصل بر این است که عدم رعایت اصول دادرسی سبب نقض رأی می‌گردد. در صورتی که قوانین عادی در تغایر با اصول دادرسی مقرر در قانون اساسی تصویب شده باشند، مقامات قضایی نمی‌توانند به این قوانین استناد نمایند و دادگاه‌های بالاتر با ملاحظه چنین آرائی، به علت عدم رعایت اصول دادرسی، مکلف به نقض رأی صادرشده می‌باشند.

۴. درخصوص نظر برخی حقوق‌دانان مبنی بر اینکه پذیرش چنین صلاحیتی خلاف اصل تفکیک قواست (مهرپور، ۱۳۸۷: ۳۶۷)، باید گفت اگرچه قوه مقننه در برابر قوه قضائیه استقلال دارد و دادرس نمی‌تواند تصمیم آن قوه را ابطال نماید، استقلال قوه قضائیه نیز حقیقت دیگری است

که نمی‌توان از آن چشم پوشید. استقلال قوه قضائیه ایجاب می‌کند که مقامات قضایی بتواند آزادانه و مطابق با اصول حقوقی در برابر قوانین معارض با قانون اساسی تصمیم بگیرند و الزامی به هم‌داستان‌شدن با قوه مقننه در تجاوز به قانون اساسی نداشته باشند (کاتوزیان، ۱/۱۳۷۹: ۳۲۵). بهترین راه حمایت از قانون اساسی نیز می‌تواند همین امر باشد که قضات اختیار داشته باشند که هرگاه با قانونی معارض با قانون اساسی روبه‌رو شدند، از اجرای آن قانون خودداری نمایند، بدون آنکه حق ابطال قانون را هم داشته باشند؛ زیرا اگر قاضی حق داشته باشد قانون را هم ابطال کند، این اقدام نوعی تجاوز از جانب قوه قضائیه به قوه مقننه و برخلاف تفکیک قواست. نمونه عملی چنین فرضی را در نظام حقوقی ایالات متحده می‌توان مشاهده کرد. در نظام حقوقی ایران چنین صلاحیتی برای قضات صرفاً در مواجهه با مقررات دولتی خلاف قانون اساسی پیش‌بینی شده است. برای پذیرش تسری صلاحیت عدم اجرای قوانین توسط قضات می‌توان به اصولی که پیش‌تر درباره تفسیر بیان شد توسل جست. در این موارد که حمایت از حقوق افراد در جریان دادرسی مدنظر است می‌توان رویکردی حق‌محور و متحولانه داشت. بر این اساس می‌توان چنین استدلال کرد که در واقع پذیرش چنین صلاحیتی نه تنها در تعارض با اصول قانون اساسی و صلاحیت‌های قوه مقننه نیست، بلکه با توجه به روح قانون اساسی و لزوم پاسداشت حقوق ملت، خود قوه مقننه نیز باید موافق با این باشد که قانون خلاف قانون اساسی اجرا نشود و پذیرش چنین صلاحیتی برای قضات مکمل صلاحیت مجلس در پاسداشت حقوق ملت است.

۵. اگر قوانینی معارض با اصول مرتبط با حقوق و آزادی‌های بنیادین به تصویب برسد، می‌توان با استناد به اصل ۱۵۶ قانون اساسی که قوه قضائیه را به‌عنوان قوه‌ای مستقل، پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و عهده‌دار وظیفه احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع دانسته است، مسئولیت مستقیم و مؤثر پاسداری از اصول این قانون را متوجه مقامات قضایی و دادگاه‌ها دانست.

پری‌راه نخواهد بود که اشاره‌ای نیز به ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی اشاره کنیم. بر اساس این ماده، «هر یک از مقامات و مأمورین وابسته به نهادها و دستگاه‌های حکومتی که برخلاف قانون، آزادی شخصی افراد ملت را سلب کند یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران محروم نماید علاوه بر انفصال از خدمت و محرومیت یک تا پنج سال از مشاغل حکومتی به حبس از دو ماه تا سه سال محکوم خواهد شد». پیش از تفسیر این ماده باید نگاهی تطبیقی به سایر کشورها داشت. در کشورهای دارای نظام متمرکز دادرسی اساسی، اصلی‌ترین روش دخالت قضات در فرایند رسیدگی

آیین رسیدگی مقدماتی^۱ است. در کشورهایی مانند آلمان، اسپانیا و اخیراً فرانسه، قضات می‌توانند در صورتی که درباره انطباق قانونی (که در دعوی خاص باید اجرا شود) با قانون اساسی دچار تردید شدند (چه قضات ابتدائاً متوجه موضوع شوند یا طرفین دعوا موضوع را طرح کنند)، از نهاد دادرسی اساسی درخواست تفسیر کنند. در این موارد جریان دادرسی تا اعلام نظر مرجع صیانت از قانون اساسی به تعویق خواهد افتاد (Venice commission, 2008: 17).^۲ از دیگر روش‌های دسترسی به دادرسی اساسی در این کشورها دادخواهی اساسی ماهوی^۳ است. دادخواهی اساسی ماهوی روشی است که بر اساس آن افراد می‌توانند نسبت به نقض حقوق بنیادین خود توسط عمل فردی یکی از مأمورین دولتی که مبتنی بر قانونی خلاف احکام اساسی بوده شکایت کنند. به عبارت دیگر، زمانی که در جریان یک عمل اداری یا قضایی یکی از حقوق بنیادین افراد نقض گردد و این عمل مبتنی بر قانونی باشد که فرد زیان‌دیده ادعا می‌کند خلاف قانون اساسی است، می‌تواند به مراجع دادرسی اساسی رجوع کرده و درخواست رسیدگی به انطباق قانون مورد نظر با قانون اساسی را بنماید. در این صورت نهاد مورد نظر جدای از اساسی بودن یا نبودن عمل فردی و تأثیر آن بر نقض حقوق بنیادین، صرفاً به بررسی قانون مورد نظر می‌پردازد (Venice commission, 2008: 40).

مسئله‌ای که در ارتباط با ماده ۵۷۰ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی باید به آن پاسخ داد چگونگی اجرای این ماده است. در فرضی حقوقی که عمل یکی از مقامات دولتی مطابق با قانون اما خلاف حقوق و آزادی‌های مندرج در قانون اساسی است، اگر قضات صلاحیت بررسی انطباق یا عدم انطباق قانون عادی با قانون اساسی را نداشته باشند، این ماده قابلیت اجرایی خویش را از دست خواهد داد. به عبارت دیگر، تشخیص موضوع مستلزم پذیرش چنین صلاحیتی برای قاضی است. با توجه به موارد فوق می‌توان چنین بیان داشت که در وضعیت کنونی که افراد عادی امکان دسترسی به شورای نگهبان را ندارند، رعایت حقوق اساسی افراد مستلزم شناسایی صلاحیت قضات در بررسی انطباق قانون عادی با قانون اساسی است؛ اما راهکار ایده‌آل اصلاح قوانین و مقررات مربوطه مانند آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان است که قضات بتوانند به‌طور مستقیم یا از طریق مراجعی مانند دیوان

1. Preliminary ruling procedure

۲. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به:

Hess, Burkhard. "Rechtsfragen des Vorabentscheidungsverfahrens." *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrech.* H. 2/3 (2002): 470-502; Schmidt, Günter, *Rechtsanwendung und Rechtskontrolle in der Europäischen Union: Beiträge aus dem Fernstudieninstitut.* BOD GmbH DE, 2013.

3. Normative constitutional complaint

عالی کشور (همانگونه که فرانسه در سال ۲۰۰۸ چنین سازوکاری را پذیرفت) به نهاد صیانت از قانون اساسی دسترسی پیدا کنند.

نتیجه

لزوم پاسداری از اصول قانون اساسی امری است که در اکثر نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. در کشور ما نیز شورای نگهبان به‌طور خاص و سایر مقامات و نهادها به‌نحو عام مأمور پاسداشت اصول قانون اساسی هستند. از جمله اصول مندرج در قانون اساسی، اصول مربوط به دادرسی منصفانه است. بررسی انطباقی قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصول مندرج با قانون اساسی چنین می‌نماید که برخی از مواد قانونی این قانون با قانون اساسی مغایرت دارد. در این پژوهش مشخص گردید که تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ ناظر بر محدودیت در انتخاب وکیل با اصل سی و پنجم و یکصد و پنجاه و هشتم و یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی؛ ماده ۳۴۸ ناظر بر محدودیت در فراهم کردن امکانات تعیین وکیل با قسمت دوم از اصل سی و پنجم قانون اساسی؛ تبصره ۲ ماده ۴۵ ناظر بر تسری اختیارات ضابطان دادگستری به شهروندان عادی با اصل یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی؛ ماده ۳۰۵ ناظر بر مقید شدن علنی بودن محاکمات سیاسی و مطبوعاتی با اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی و ماده ۴۷۷ با اصل یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی در تغایر می‌باشد. پرسش بعدی که این پژوهش در پی یافتن پاسخی برای آن بوده این است که برای حل تعارض چه باید کرد؟

امروزه (حتی در نظام‌هایی که دارای نظام متمرکز دادرسی اساسی هستند) وظیفه اساسی‌سازی نظم حقوقی در وهله نخست بر عهده قضات است. دسترسی به نهاد دادرسی اساسی در این کشورها عمدتاً جنبه ثانویه دارد. اساسی‌سازی چه به‌وسیله دسترسی مستقیم به دادرسی اساسی و چه به‌وسیله قضات اعمال شود همگی بیانگر این واقعیت هستند که حمایت کامل از قانون اساسی و به‌ویژه از حقوق و آزادی‌های عمومی مستلزم آن است که مردم در دعاوی خودشان حق استناد به آن را داشته باشند. بنابراین، در صورتی که یکی از طرفین دعوا به جای استناد به قانون عادی، قانون اساسی را مستند دعوی خویش قرار دهد، قاضی با دو قانون مواجه است که طبق اصول پذیرفته شده باید قانون اساسی را به قانون عادی ترجیح دهد، بدون آنکه صلاحیت ابطال قانون را داشته باشد. چنین به نظر می‌رسد که تفسیر قضایی با توجه به وضعیت متهمی که پرونده وی در حال رسیدگی است بیشترین کارایی را داشته باشد. همچنین می‌توان با اصلاح قوانین و مقررات موجود از جمله آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان امکان دسترسی مراجع قضایی مانند دیوان عالی کشور را به نهاد دادرسی اساسی فراهم کرد و مشکلات ناشی از تعارض صلاحیت‌ها را حل نمود.

منابع

فارسی

- آشوری، محمد (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، تهران: نشر سمت.
- امید، جلیل و سمیه نیکویی (۱۳۸۷)، «تعریف و مبانی علنی بودن دادرسی کیفری»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره دوازدهم، شماره سوم.
- اعتدال، محمد (۱۳۷۷)، آیین دادرسی کیفری در نظام نوین قضایی ایران، چاپ اول، شیراز: نشر نوید.
- تقی زاده، جواد (۱۳۸۶)، «مسئله اساسی سازی نظم حقوقی»، مجله پژوهش های حقوقی، سال ششم، شماره یازدهم.
- تقی زاده، جواد، مرتضی نجابت خواه و رضوان فدایی (۱۳۹۵) «صیانت از قانون اساسی توسط قضات محاکم با تأکید بر اصل یکصد و هفتم قانون اساسی»، مطالعات حقوقی، دوره ۸، شماره ۲۷.
- جاهد، محمدعلی (۱۳۸۹)، جهانی شدن اصول دادرسی کیفری در پرتو اسناد بین المللی منطقه ای حقوق بشر، رساله دکتری، پردیس فارابی دانشگاه تهران (قم).
- خالقی، علی (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول و دوم، چاپ بیست و هفتم، تهران: نشر مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
- خالقی، علی (۱۳۹۵)، نکته ها در قانون آیین دادرسی کیفری، چاپ هفتم، تهران: نشر مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
- زراعت، عباس (۱۳۸۲)، اصول آیین دادرسی کیفری ایران، چاپ اول، تهران: نشر مجد.
- صادقی، محسن (۱۳۸۴)، اصول حقوقی جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- صانعی، پرویز (۱۳۸۳)، حقوق و اجتماع، چاپ اول، تهران: نشر طرح نو.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۶۹)، حقوق ایالات متحده آمریکا، چاپ اول، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- طهماسبی، جواد (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- عابدی، امیرحسین (۱۳۸۸)، اجرای اصول دادرسی کار از لحاظ ساختاری، پایان نامه کارشناسی ارشد، پردیس فارابی دانشگاه تهران (قم).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، گامی به سوی عدالت، جلد اول، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، مجله حقوق دانشگاه تهران، شماره شصت و ششم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، جلد دوم، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کلسن، هانس (۱۳۹۱)، نظریه حقوقی ناب، ترجمه اسماعیل نعمت الهی، چاپ دوم، تهران: سمت.
- منصورآبادی، عباس (۱۳۸۴)، «حق تجدیدنظر در فرایند دادرسی عادلانه»، مجله اندیشه حقوقی، سال سوم، شماره هشتم.
- موسی زاده، ابراهیم (۱۳۸۹)، دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.

- مهرپور، حسین (۱۳۸۷)، **مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.

انگلیسی

- Kelsen, H (2005), **General Theory of Law and State**, New Brunswick, New Jersey.
- Pestritto, Ronald J (2005), **Woodrow Wilson: The Essential Political Writings**, Lexington Books.
- Hamilton, A. Madison, J and John Jay (2005), **The Federalist Papers**, Hackett Publishing Company, Indianapolis
- Loughlin, M (2004), **What is Constitutionalisation? In the Twilight of Constitutionalism?** Edited by Petra Dobner and Martin Loughlin, Oxford University Press, New York.
- Boggs, Danny J. (1998), "The Right to a Fair Trial", **University of Chicago Legal Forum**, Vol (2).
- Llorente, Francisco Rubio (1997), **Constitutionalism in the "Integrated" States of Europe**, Jean Monnet Chair.
- Jalab, A. Dyevre, A and Giulio Itzcovich (2017), **Comparative Constitutional Reasoning**, Cambridge University Press.
- Murrill, Brandon J (2018), **Modes of Constitutional Interpretation**, Library of Congress. Congressional Research Service.
- European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 'Study on Individual Access to Constitutional Justice.
- Barber, Sotirios A (1997), **The Constitution of Judicial Power**, 1st edition, Johns Hopkins University Press.
- Jefferson Powell H (1987), **Rules for Originalists**, 73 Va. L.Rev. 659.

مصالح عالیۀ کودکان و نوجوانان بزهکار در حقوق کیفری ایران؛ با تأکید بر پاسخ‌های تعزیر مدار

هادی رستمی*، سیدپوریا موسوی**

چکیده

دستاوردهای دانش‌های گوناگون مرتبط با جرم‌شناسی و کیفرشناسی و همچنین بهره‌مندی از تجارب پاسخ‌دهی به بزهکاران نشان داده است که پاسخ‌گذاری و پاسخ‌دهی یکسان به جرایم اطفال و نوجوانان بزهکار ناکارآمد بوده و به پایدارشدن بزهکاری آنان خواهد انجامید. در این میان، اسناد و مقررات بین‌المللی حقوق بشری نیز با تأکید بر مؤلفه‌های گوناگون همواره به دنبال انسداد چرخه به‌عادت‌شدن بزهکاری این دسته از شهروندان هستند. «مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان»، که به‌عنوان یک اصل راهبردی و بنیادین مورد توجه نظام سیاست جنایی سازمان ملل بوده، یک شاخص محسوب شده تا سیاست‌گذاران جنایی داخلی کشورها، از رهگذر آن، تدابیری اتخاذ کنند تا اسباب دورسازی و قطع ارتباط کودک یا نوجوان با فرایند کیفری برای همیشه، به‌عنوان یک آرمان، فراهم گردد. نظام عدالت کیفری ایران نیز از رهگذر تحولات صورت‌گرفته در سال ۱۳۹۲ و به‌تبعیت از بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک تلاش کرده است تا این اصل را رعایت کند و در پرتو قرائت‌هایی که از آن داشته، در دو مرحله پاسخ‌گذاری و پاسخ‌دهی تا حد امکان سیاست انسجام‌یافته‌ای را در پیش گیرد و اینکه تا چه میزان موفق بوده، موضوعی است که این نوشتار بدان خواهد پرداخت؛ زیرا، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار از یک‌سو درصدد لحاظ اصل رعایت مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان در جرایم تعزیری بوده و از دیگر سو، سعی در رعایت مقررات شرعی (حدود و قصاص) داشته که در این رهگذر با دوگانگی قابل توجهی مواجه شده است.

واژگان کلیدی: قانون‌گذار، اطفال و نوجوانان، اقدام تأمینی و تربیتی، مجازات، مرجع قضایی

* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران (نویسنده مسئول)

h.rostami@basu.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران،

spmousavi@ut.ac.ir

ایران

مقدمه

کودکان و نوجوانان به عنوان شهروندانی که در مسیر جامعه پذیری قرار دارند و در طول حیات خویش همواره با مخاطرات گوناگونی روبه‌رو می‌باشند، نیازمند حمایت‌های مادی و معنوی بوده و فقدان این حمایت‌ها مشکلات بسیاری را پیش روی آن‌ها خواهد نهاد. در این میان، دسته‌ای از این شهروندان بنا به جهات مختلفی وارد عرصه بزهکاری شده و لاجرم با دستگاه عدالت کیفری مواجهه خواهند داشت. بر این اساس، پاسخگوبودن آن‌ها در قبال رفتارهای ضد یا خلاف هنجارهای جامعه در فرایند کیفری، مطابق اصول و قواعد حقوق کیفری و در رویارویی با کنشگران این فرایند، به جریان خواهد افتاد. نقش این فرایند و چگونگی مداخله کنشگران آن در نحوه پاسخ‌دهی صحیح به این دسته از بزهکاران بسیار مهم است؛ زیرا، بستری فراهم خواهد شد تا این شهروندان یا برای همیشه بزهکاری را ترک کنند یا آنکه به صورت پایدار و ثابت در این مسیر (بزهکاری) گام بردارند. بدین‌سان است که راهبردهای تقنینی و مداخلات حساب‌شده می‌تواند رویکرد دوم (پایداری بزهکاری) را منتفی و ترک همیشه صحنه بزهکاری را برای طفل یا نوجوان به ارمغان آورد.

به نظر می‌رسد اساسی‌ترین راهبردی که در فرایند پاسخ‌دهی به بزهکاری اطفال و نوجوانان به عنوان یک اصل بنیادین شناخته شده است «اصل مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان» می‌باشد که افزون بر بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹، در ماده‌های دیگر این کنوانسیون و اسناد متعدد بین‌المللی مانند ماده ۴ منشور آفریقایی حقوق بشر و رفاه کودک ۱۹۹۰ نیز به صراحت مورد اشاره قرار گرفته است (رهایی، ۱۳۹۳: ۴)، به گونه‌ای که سیر رویدادهای سده بیستم مانند اعلامیه ژنو ۱۹۲۴، اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸، اعلامیه حقوق کودک ۱۹۴۹ و کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ به تکامل حقوق و توسعه ابزارهای قانونی نوین انجامیده است (Jean, 2003: 3).

با این حال، در اسناد بین‌المللی و حتی در مقررات داخلی کشورها مانند ایران، اگرچه این راهبرد مورد پذیرش قرار گرفته و از گذر آن به سیاست‌گذاری مبادرت ورزیده‌اند، لکن تعریف دقیق و مشخصی در این خصوص وجود ندارد و صرفاً از رهگذر تعریف به مصداق تلاش در تشریح آن داشته‌اند؛ چه آنکه، هریک از شاخه‌های حقوقی مانند حقوق بشر، حقوق خصوصی و حقوق عمومی از نگاه خود به این مقوله نگرسته و به تبیین آن همت گماشته‌اند. به این ترتیب، مفهوم مصالح عالیۀ کودکان نامعین بوده و درک متفاوتی از آنچه مصالح عالیۀ کودک است، وجود ندارد، به گونه‌ای که جوامع و ادوار تاریخی مختلف با یکدیگر همگرا نیستند. به عنوان مثال، واضح است که نگرش‌ها در خصوص تنبیه بدنی کودکان تغییر کرده و این پدیده همواره در فرهنگ‌های امروزی نیز با تفاوت‌هایی همراه است (Micheal, 2007: 27).

اینکه مفهوم «مصالح عالیه» در هر اندیشه‌ای متفاوت است در آثار برخی از نویسندگان نیز نمایان بوده و به موجب آن، تعیین بهترین منافع و مصالح کودک به‌طور عمده در مباحث مربوط به حضانت صورت می‌پذیرد. اما دایره این اصل وسیع‌تر است و عده‌ای از جمله موارد بسیار دشوار تصمیم‌گیری را مربوط به امور پزشکی دانسته‌اند (مانی، ۱۳۹۲: ۲۰)؛ همچنین به تعبیری دیگر، منافع مربوط به مراقبت جسمی، عاطفی و عقلی (روانی) جهت ورود بدون مشکل به دوران بزرگسالی، منافع مربوط به استقلال و به‌ویژه آزادی در انتخاب سبک زندگی آن‌ها نیز از جمله این مؤلفه‌هاست (John, 1992: 230-231).

با وجود آنکه تعریفی جامع و مانع از اصل «مصالح عالیه اطفال و نوجوانان» تاکنون در ادبیات مورد مطالعه نگارندگان یافت نشده، ارائه تعریفی با این خصیصه‌ها نیز امری به‌نهایت دشوار است. لکن نباید از نظر دور داشت که «نظریه مصالح عالیه کودک در اوایل سده بیستم مطرح شد. این نظریه یکی از ابعاد نظریه Patriac Parents بوده که در نظام حقوقی کامن‌لا جایگزین نظریه Tender Years شده است» (غنی‌زاده بافقی، ۱۳۹۶: ۲۰). بنابراین، مصالح عالیه کودکان و نوجوانان را باید شامل هر آنچه منفعتی را نصیب کودک یا نوجوان کرده و ضرری را اعم از بالفعل یا بالقوه از او دور می‌سازد، دانست.

حقوق کیفری به‌عنوان قوه پاسداشت حاکمیت و صیانت از ارزش‌ها و هنجارهای پذیرفته‌شده جامعه، که غالباً با رویکردهای سرکوب‌گر و سزاگرا همراه است، در پرتو راهبرد افتراقی‌سازی سیاست جنایی نسبت به بزهکاری اطفال و نوجوانان، باید رویکردی را برگزیند تا همه جوانب مربوط به اصل رعایت مصالح عالیه را درخصوص این دسته از شهروندان اعمال و اجرا کند. در این راستا، اسناد خاص بین‌المللی بر این امر تأکید ورزیده و به آن جامعه عمل پوشانده است. بند ۵-۱ قواعد پکن در این رابطه مقرر می‌دارد: «نظام قضایی نوجوانان بر مصلحت نوجوانان تأکید دارد و اطمینان حاصل خواهد نمود که هرگونه واکنش در قبال بزهکاری نوجوان همواره متناسب با شرایط بزهکاران و همچنین نوع بزه باشد.» بر این اساس، پرسش قابل طرح آن است که رویکرد حقوق کیفری ایران به این اصل چیست؟ آیا می‌توان جلوه‌هایی از این اصل را در قوانین کیفری مدرن ایران به‌خصوص قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ یافت؟ سیاست‌گذاران جنایی ایران چه تدابیری برای نمایان‌سازی این اصل اتخاذ نموده‌اند؟ به نظر می‌رسد، قانون‌گذار ایران به‌طور آگاهانه در مسیر رعایت اصل مصالح عالیه در قبال بزهکاری اطفال گام برداشته و مصادیق آن را از گذر سنجه دانش‌پژوهانه و علم‌مدارانه برگزیده است، هرچند که ابهامات و خلأهای بسیاری در این مصادیق به چشم می‌خورد. بدین‌سان، این نوشتار بر آن است تا در پرتو دو مرحله از فرایند عدالت کیفری یعنی قرائت‌های پاسخ‌گذارانه از

مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان (الف) و مرحله پاسخ‌دهی (ب) این جلوه‌ها را مورد شناسایی قرار داده و از رهگذر دستاوردهای دانش‌بنیان و رهیافت‌های رویۀ قضایی مورد تحلیل و بررسی قرار دهد تا همواره اهداف عدالت کیفری درخصوص این دسته از شهروندان در مسیر صحیح پیش رود.

۱. قرائت‌های مصالح عالیۀ در پهنۀ پاسخ‌گذاری

علت‌های ارتکاب جرم از سوی شهروندان به‌طور کلی و اطفال و نوجوانان به‌طور خاص متفاوت است. برخلاف حقوق جزا که انگیزه در تعیین یا فقدان مسئولیت کیفری غالباً بی‌تأثیر است،^۱ جرم‌شناسی انگیزۀ مرتکب از وقوع جرم را مورد مطالعه علت‌شناسانه قرار داده و از رهگذر توجه به آن برنامه‌های خاص خود را تدوین و تنظیم می‌کند. به‌عنوان نمونه، حاصل تحقیقات جرم‌شناسان در جوامع غربی نشان داده است که نوجوانان آفریقایی‌آمریکایی که به‌صورت مزمن و مکرر با اشکال نژادپرستی مواجه هستند بیشتر در معرض بزهکاری می‌باشند؛ زیرا تحقیق‌هایی که آنان به‌دلیل تعلق نژادی از سوی دیگر نوجوانان به‌خصوص سفیدپوستان متحمل می‌شوند انگیزه‌های بالا در جهت ارتکاب جرم از سوی آنان، به‌ویژه جرایم خشونت‌بار در مدرسه، را نمایان می‌سازد (Jame D, 2015: 132). قانون‌گذار ایران بر این اساس و با توجه به‌لحاظ همه جنبه‌های بزهکاری اطفال و نوجوانان، تکرر در اتخاذ تدابیر بازپرورانه و استفاده کمینه‌ای از رویکردهای سرکوب‌گر را جزء پاسخ‌های اعطایی به بزهکاری این دسته از شهروندان مطمح نظر قرار داده است.

۱-۱. کثرت‌گرایی تدابیر بازپرورانه

گفتمان سیاست جنایی قانون‌گذار به‌طور کلی در قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۲ از گذر اتخاذ نهادهای بازپرورانه و بازپذیرانه، گفتمان پس‌روانۀ کیفری است؛ اما، این رویکرد درخصوص اطفال و نوجوانان بزهکار تقریباً در مرحله اعلا قرار دارد. تأثیر یافته‌های دانش‌های گوناگون از جمله جرم‌شناسی به‌موازات تأثیرپذیری از اسناد عام و خاص مانند کنواسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ و قواعد پکن و حرکت در مسیر سیاست جنایی سازمان ملل متحد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۴: ۳۵۶) قانون‌گذار ایران را به سمتی رهنمون ساخته که از گذر آن، بازپروری و جامعه‌پذیرسازی کودک یا نوجوان بزهکار را در رأس اهداف عدالت کیفری قرار دهد.

۱. البته در پاره‌ای جرم‌ها قانون‌گذار، به‌طور ویژه، انگیزۀ مرتکب را مطمح نظر قرار داده و برای مرتکب جرم با انگیزۀ خاص، مانند جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی، دفاع مشروع، قتل به اعتقاد مهدورالدم و... حسب مورد کیفرگذاری، کیفرزدایی یا تخفیف در کیفر در نظر گرفته است.

قانون‌گذار درخصوص نوع و میزان پاسخ به بزهکاری اطفال و نوجوانان محور پاسخ‌گذاری را دایرمدار سن (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۱۳؛ ابوذری، ۱۳۹۸: ۴۳-۲۱) قرار داده و از گذر تقسیم‌بندی آن به ۹ الی ۱۲، ۱۲ الی ۱۵ و ۱۵ الی ۱۸ سال در مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی پاسخ‌ها و ماهیت آن‌ها را وضع نموده است.

شهروندان بالغ مرتکب رفتارهای بزهکارانه که سن آن‌ها در زمان ارتکاب جرم ۹ الی ۱۲ سال تمام شمسی می‌باشد، فارغ از جرم ارتكابی، ماهیت آن بزه و بدون توجه به جنسیت او در صورتی که ماهیت جرم ارتكابیافته را ادراک نکرده یا با حرمت آن آشنایی نداشته باشند، باید مطلقاً تحت تدابیر بازپرورانه قرار گرفته و از هر نوع اعمال پاسخ‌تنبیهی و سزاگرایانه به دور باشند. بدین‌سان، این دسته از شهروندان حتی اگر جرایمی مرتکب شوند که کیفرهایی با ماهیت ستاننده حیات را به همراه داشته باشد، از رهگذر جمع میان تبصره ۲ ماده ۸۸ و ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی باید در راستای رعایت مصالح‌عالیه آن‌ها در فرایند جامعه‌پذیرسازی تحت تدابیر بازپرورانه واقع شوند. این امر درخصوص پاسخ‌های کیفری جرایم مستوجب حد و قصاص محل تردید و تأمل است؛ زیرا از یک‌سو، جرایم حدی باید با محوریت گفتمان شرع تفسیر شوند و از سوی دیگر، جرایم مستوجب قصاص، که مطلقاً حق الناس هستند، باید از گذر ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی مورد مذاقه قرار گیرند و راهبرد مصالح‌عالیه را به صرف وجود تردید و شبهه، به نفع طفل یا نوجوان اعمال نمود. بر این مبنا، اعمال قاعده‌درأیکی از جلوه‌هایی است که مطلقاً درخصوص اطفال و نوجوانان باید اجرا شده و هر مقررره را به‌ویژه، به‌رغم انعطاف‌پذیری شرع مقدس که از رهگذر ماده ۱۲۰ قانون پیش‌گفته در جرایم حدی و قصاصی متجلی می‌گردد، به سود متهم تفسیر نمود و به‌محض حصول تردید و شبهه مذکور در ماده ۹۱ قانون مذکور طفل یا نوجوان را از پهنه فرایند کیفری خارج ساخت.

دسته دیگری که قانون‌گذار بر مبنای سن یعنی ۱۲ الی ۱۵ سال تمام شمسی مورد پاسخ قرار داده است، حالت بینابینی دارد. در این رویکرد، به نظر می‌رسد که مصلحت طفل یا نوجوان در گرو نوع جرم ارتكابی با نوسان همراه باشد؛ زیرا قانون‌گذار از یک‌سو در پاره‌ای جرایم رویکرد کاملاً غیرسالب آزادی و از سوی دیگر، به‌صورت کاملاً مطلق، جلوه سلب‌کننده آزادی را معیار نوع پاسخ لحاظ نموده است. افتراقی‌سازی نوع پاسخ درخصوص اطفال و نوجوانان ۱۲ الی ۱۵ سال که همچنان دایرمدار این مؤلفه (سن) گردیده، آمیخته‌ای با سیاست کیفری قانون‌گذار در میزان درجه‌بندی کیفرهاست.

بر این اساس، اگرچه قانون‌گذار در بند (ث) ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی از عبارت «نگهداری در کانون اصلاح و تربیت» استفاده کرده و تلاش داشته تا از بُعد منفی واژه حبس بکاهد، اما این نکته مطرح است که ضابطه تقسیم‌بندی نگهداری درخصوص جرایم تعزیری درجه یک تا

پنج چیست؟ افزون بر این، تبدیل کیفر حدی و قصاصی به تعزیری با توجه به تبصره ۲ ماده ۸۸ و سپس اعمال برابرنهاد آن از گذر اجرای اقدامات تأمینی و تربیتی با چه شاخصی مورد سنجش قرار می‌گیرد؟ وانگهی، اگرچه وفق قاعده و بنابر ظاهر نصوص قانونی موجود درخصوص اطفال و نوجوانان، کیفرهای بدنی به‌طور کلی درخصوص اطفال و نوجوانان ملغی شده است، اما بر مبنای کدام معیار می‌توان ضابطه تعیین تازیانه به نگهداری را خفیف‌تر به شمار آورد؟ چراکه اگر ضابطه‌ای که تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون پیش‌گفته و رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۹ مبنا قرار داده شود^۱ و کیفر حبس ملاک تشخیص مجازات شدید لحاظ شود، آیا تبدیل تازیانه به سلب آزادی شدیدتر نخواهد بود؟ بر این مبنا، چنانچه به‌عنوان نمونه پسر ۱۴ ساله‌ای مرتکب حد قذف گردد، بنابر اطلاق تبصره ۲ ماده ۸۸ قانون فوق باید به سه ماه تا یک سال نگهداری در کانون محکوم شود؛ حال اولاً، چه ضابطه‌ای وجود دارد که قاضی صادرکننده رأی، بر مبنای آن، مصلحت طفل را تشخیص دهد و او را به سه ماه یا یک سال یا نوسان میان این دو محکوم به نگهداری کند؟ ثانیاً، آیا این‌گونه نیست که جامعه‌پذیری وی از گذر آموزش دادن به او مبنی بر فراگیری مهارت‌های زندگی و ادبیات کلامی، بازدارنده‌تر از نگهداری در کانون، که احتمال عکس شدن قضیه را دارد، باشد؟ بدین‌سان، به نظر می‌رسد که اگرچه قانون‌گذار در تلاش بوده تا مصلحت کودک و نوجوان را از گذر اجرای تدابیر سهل‌گیرانه مورد رعایت قرار دهد، در واقع در این موضع و در دوران امر میان رعایت مصالح، دقیقاً برعکس عمل نموده و مصالح عالی‌ه را، که اساساً دوری از دامنه عدالت کیفری و به‌ویژه تدابیر سلب‌کننده آزادی است، با یک درجه تقلیل رعایت نموده و در حقیقت، نه مصالح عالی‌ه بلکه

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۹: «مطابق ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، قانون‌گذار هریک از مجازات‌ها را در درجه‌ای خاص قرار داده که قرارگرفتن هر مجازات در مرتبه‌ای معین در عین حال مبین شدت و ضعف آن کیفر نیز می‌باشد، لکن در هریک از این درجات نیز کیفرهای غیرمتجانس وجود دارد که به لحاظ عدم امکان سنجش آن‌ها با یکدیگر، تشخیص کیفر اشد در بین آنها بعضاً با اشکال مواجه می‌گردد؛ به‌منظور رفع اشکال، تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون یادشده، در مقام بیان قاعده، مقرر می‌دارد: ... در صورت تعدد مجازات‌ها و عدم امکان تشخیص مجازات شدیدتر، مجازات حبس ملاک است... علاوه بر این در قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین جزایی، از جزای نقدی به عنوان «بديل مناسب‌تر» مجازات حبس (در مقام تخفیف و تبدیل آن مجازات) و کیفر جایگزین مجازات حبس که علی‌القاعده ماهیت خفیف‌تر و ملایم‌تری از حبس دارد، استفاده شده است و عرف و سابقه قانون‌گذاری در کشور ما نیز حکایت از صحت چنین استنباطی دارد. بنا به مراتب مذکور، به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، در مواردی که مجازات بزه حبس توأم با جزای نقدی تعیین گردیده، کیفر حبس ملاک تشخیص درجه مجازات و بالتجیه صلاحیت دادگاه است.»

صرفاً مصالح طفل را مطمح نظر قرار داده است؛ زیرا، به نظر می‌رسد که خواه در خصوص بزهکاران بزرگسال و خواه اطفال و نوجوانان، حدّ اعلا آن است که از رویکرد توان‌گیرانه از نوع سالب آزادی در صورت امکان اجتناب گردد.^۱ از این جهت است که باید بنیان‌های اصلی اهداف قانون اصلاح و تربیت که بهره‌گیری از تدابیر بازپرورانه و رویکردهای حمایت‌محورانه است همواره مورد توجه قرار گیرد. بر این اساس، شاید بتوان نگهداری در قانون اصلاح و تربیت را این‌گونه توجیه کرد که در واقع، نگهداری اطفال و نوجوانان در قانون (در این قبیل موارد) به منزله حمایت و بازپذیرسازی آنان باشد. اما آنچه در عمل مشاهده می‌شود، به دلیل عدم انتشار کارکردهای قانون اصلاح و تربیت، اطلاعات دقیقی در اختیار وجود ندارد.

سرانجام بر اساس طبقه‌بندی پاسخ‌گذارانه قانون‌گذار ایران، دسته‌ای دیگر از شهروندان که بر مبنای سن ۱۵ الی ۱۸ سال دسته‌بندی گردیده‌اند پاسخ‌های متفاوتی از سوی نظام عدالت کیفری نسبت به دو دسته پیش‌گفته دریافت خواهند کرد. رویکرد استدراج‌گونه قانون‌گذار در پاسخ‌گذاری به بزهکاری اطفال و نوجوانان امری ستودنی است که در امتداد رعایت مصالح عالیه اطفال و نوجوانان است؛ زیرا، این دسته از افراد در مرحله گذار از کودکی به بزرگسالی هستند و رعایت تدبیر متناسب هم‌سو با شخصیت آنان حسب مورد می‌تواند در پایداری بزهکاری یا همنوایی با هنجارهای پذیرفته‌شده جامعه را به همراه داشته باشد؛ این استدراج‌محوری در ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی نیز مشاهده می‌شود که برای ۱۵ الی ۱۸ ساله‌ها علاوه بر رعایت معیار سن، درجه‌بندی پاسخ‌ها را در جرایم مستوجب تعزیر نیز ملاک قرار داده است که به مرجع قضایی اجازه می‌دهد در پرتو اصل

۱. این استدلال درحالی است که رویه قضایی نیز بر اتخاذ این رویکرد تأکید دارد. بر این مبنا، چنانچه قائل به آن بود که کیفر اصلی ضرب و جرح عمدی قصاص است، شعبه سوم دادگاه اطفال و نوجوانان استان تهران براساس دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۲۱۷۲۶۰۰۳۶۱ مورخ ۱۳۹۷/۷/۱، برای پسر بچه ۱۴ ساله‌ای را که مرتکب این جرم شده بود، در تعیین نوع پاسخ، کاملاً مصالح عالیه اطفال و نوجوانان را رعایت نموده است. شعبه مذکور استدلال می‌کند: «... با توجه به اینکه مرتکب حین وقوع بزه طفل بوده است، نظر به کم و کیف ماوقع و با هدف غایی آیینی حفظ هویت و بقاء رشد و سلامت و پرورش و رعایت منافع عالیه و حق هدایت و مراوده سالم و حمایت و حفاظت در برابر وضعیت زیان‌آور و هرگونه استثمار از جمله مواد مخدر و جدا نبودن کودکان از والدین و سرپرستان آن‌ها و بهره‌مندی از دادرسی ویژه کودکان و تأمین و ادغام صحیح ایشان و جلوگیری از تکرار بزه و لحاظ وضعیت فردی و اجتماعی مرتکب و توجه به نظر مشاور... با توجه به کمتر از موضعه و قائم به شخص بودن صمه، از حیث عمومی، بنابر مراتب فوق و مستندات مرقوم و با توجه به اینکه اطفال فاقد مسئولیت کیفری هستند قرار موقوفی تعقیب خوانده کیفری را از تحمل مجازات قانونی بزه متناسب صادر و مقرر می‌دارد در جهت تربیت صحیح و تأدیب و مواظبت در حسن اخلاق طفل تسلیم سرپرست قانونی‌اش شود.»

تفرید قضایی و سازوکارهایی که برای این راهبرد اندیشیده است (مانند تشکیل پرونده شخصیت)، بهتر بتواند پاسخ صحیح را انتخاب کند. از این رو، به طور کلی، رویکرد قانون‌گذار در خصوص تدرج محوری در قبال اطفال و نوجوانان افزون بر آنکه هم‌سو با اصل قانونی بودن بزه‌ها و پاسخ‌ها است، مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان را نیز به نحوی شایسته‌تر رعایت کند.

با این حال، همچنان این ابهام وجود دارد که عبور از رویکرد بازپرورانه و حرکت در مسیر سختگیرانه‌شدن سیاست کیفری نسبت به این دسته از شهروندان بر چه ضابطه‌ای استوار است؟ ابهام بیشتر در خصوص اجرای ماده ۹۱ در فرض انتفاء حدود و قصاص است. بدین توضیح که با توجه به درجه‌بندی صورت گرفته در جرایم مستوجب تعزیر، ملاک تشخیص و تعیین مجازات بر مبنای جرم ارتكابی با سهولت صورت گرفته است؛^۱ لکن در صورت انتفاء حد یا قصاص و تبدیل آن به «... مجازات‌های پیش‌بینی شده در این فصل...»، کدام مجازات باید اعمال شود؟ اگرچه بر اساس نظریه مشورتی شماره ۷/۹۵/۲۰۸۵ مورخ ۱۳۹۵/۸/۲۲، مرتکب بر حسب سن به مجازات‌های مقرر در مواد ۸۸ و ۸۹ قانون مجازات اسلامی محکوم خواهد شد، پرسش آن است که چه ضابطه‌ای وجود دارد که مقام قضایی بر اساس آن پاسخ مناسب را تعیین کند؟ به این معنا که هرگاه به عنوان نمونه حد یا قصاص از یک فرد ۱۷ ساله به دلیل فقدان رشد و کمال عقل منتفی شد، مقام قضایی باید کدام یک از پاسخ‌های مندرج در بندهای (الف) تا (ث) ماده ۸۹ را اعمال کند؟ حال آنکه در خصوص جرایم تعزیری که جرایم سبک‌تری از حدود و قصاص هستند، البته در خصوص ۹ تا ۱۵ ساله‌ها، میزان، مدت و تقریباً ضابطه نگهداری در کانون اصلاح و تربیت را مشخص نموده است. بدین سان، به نظر می‌رسد مرجع قضایی باید در صورت انتفاء قصاص در خصوص نوجوانان، از جمع میان مواد ۶۱۲ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات مصوب ۱۳۷۵) و ۸۸ قانون مجازات اسلامی، پاسخ مبتنی بر مصلحت او را انتخاب کند.

در این راستا، به نظر می‌رسد که به دلیل وجود این خلأ، که بدون تردید مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان را به مخاطره خواهد افکند، در حال حاضر و تا زمان اصلاح این خلأها باید از رویه قضایی

۱. گفتنی است که اعمال مجازات حبس برای بزه‌کاران ۱۵ تا ۱۸ سال مطلقاً ممنوع بوده و از موجبات تجدیدنظرخواهی محسوب خواهد شد. این رویکرد در دادنامه شماره ۱۵۴۹۰۲۶۹۷۰۹۹۷۰۹۲۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۸ صادره از شعبه ۶۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تابلور پیدا کرده است که براساس آن، دادنامه بدوی به شماره ۱۰۰۰۸۴۱ صادره از شعبه ۱۱۴۵ دادگاه عمومی جزایی تهران به تاریخ ۱۳۹۲/۷/۹، متهم‌های ۱۷ و ۱۸ ساله را به دلیل جرم مستوجب تعزیر به هفت و نیم سال حبس محکوم کرده بود، ضمن تأیید دادنامه مزبور، مجازات حبس را ملغی و به تحمل یک سال نگهداری در کانون اصلاح و تربیت محکوم نمود.

استمداد جُسته و از اصل فردی کردن کیفرها بهره‌مند شد؛ زیرا، این مرجع قضایی است که می‌تواند از گذر مواجهۀ مستقیم با طفل یا نوجوان بزهکار پاسخ صحیح را انتخاب کرده و کیفر یا تدبیر متناسب با شخصیت طفل یا نوجوان را برگزیند؛ زیرا مقام قضایی از گذر شناسایی شخصیت طفل که بر پایه پروندۀ شخصیت در فرایند مرحلۀ تحقیقات مقدماتی تشکیل گردیده، بهتر می‌تواند نوع تدبیر یا کیفر مناسب را با رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها برگزیند. از این‌رو، می‌توان با همیاری مقامات قضایی و توجیه آن‌ها در آرائی که درخصوص اطفال و نوجوانان به‌ویژه ۱۵ تا ۱۸ ساله‌ها صادر می‌نمایند، مصالح عالیۀ آنان را بهتر تأمین کرد. بدین‌سان، می‌توان به دادنامۀ شماره ۹۶۰۹۹۷۲۲۱۸۶۰۲۱۱۱ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۸ صادره از شعبۀ ۱۰۱ دادگاه بخش لواسانات تهران درخصوص نوجوانی که به اتهام حمل مواد مخدر مورد محاکمه قرار گرفته بود اشاره داشت که دادگاه بر اساس بند (ت) ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی وی را به پرداخت یک میلیون ریال جزای نقدی به صندوق دولت محکوم کرد؛ همچنین می‌توان به دادنامۀ شماره ۹۶۰۹۹۷۲۲۱۸۶۳۰۰۲۲۵ مورخ ۱۳۹۶/۲/۲۸ صادره از شعبۀ ۱۰۳ دادگاه کیفری دو اسلام‌شهر که دادگاه بر اساس آن یک نوجوان ۱۷ ساله را که مرتکب تخریب عمدی ۱۸۰ اصله درخت شده بود، بر اساس بند (ت) ماده ۸۹ همان قانون به پرداخت ۱۰ میلیون ریال جزای نقدی به صندوق دولت محکوم نمود یا آنکه به‌موجب دادنامۀ شماره ۹۶۰۹۹۷۲۲۱۸۶۰۰۸۶۹ مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۳ صادره از شعبۀ ۱۰۱ دادگاه بخش لواسانات، فردی را که مرتکب جرم سرقت مستوجب تعزیر شده بود با رعایت بند (پ) ماده ۸۹ قانون پیش‌گفته همچنان به پرداخت ۱۰ میلیون ریال جزای نقدی در حق دولت محکوم نمود.

به این ترتیب، به نظر می‌رسد که در تقابل رویۀ قضایی با سیاست‌گذاران جنایی و رعایت مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان در پرتو راهبرد حبس‌زدایی کیفری (که نگهداری در کانون اصلاح و تربیت نیز از این ماهیت برخوردار است)، مرجع قضایی با عملکرد صحیح خود، عالی‌ترین مصلحت طفل یا نوجوان را سنجیده و آنچه کمترین ضرر و بیشترین نفع به سود او را خواهد داشت، برمی‌گزیند. براین اساس، صرفاً این قانون‌گذار نیست که می‌تواند مصلحت طفل را بسنجد، بلکه مرجع و مقام قضایی نیز از گذر بهره‌مندی از تجارب مختلف و به‌ویژه رهیافت‌های دانش‌های گوناگون مانند جرم‌شناسی بالینی و کیفرشناسی، حتی گاه بهتر از قانون‌گذار، می‌تواند طفل را از ورود به ورطۀ پایداری در بزهکاری منع کند.

۲-۱. تقلیل‌مداری پاسخ‌های سرکوب‌گر

محوریت گفتمان راهبرد افتراقی‌سازی سیاست جنایی دایرمدار مؤلفه‌های گوناگونی همچون معیار بزه، بزهکار و موقعیت مُشرف به جرم، آماج و بزه‌دیده است (نجفی‌ابرنادادی، ۱۳۹۸: ۵۹).

در رویکرد افتراقی سازی پاسخ‌گذاری به بزهکاری اطفال و نوجوانان نیز معیار بزهکار لحاظ می‌شود. در پرتو این رویکرد «در واقع، قانون‌گذار در عنوان قانون بر شخص مجرم (مرتکب) تأکید می‌کند و برپایه آن رفتار ماهوی و شکلی متفاوتی در مقایسه با مجرمان عادی پیش‌بینی و تجویز می‌نماید» (نجفی‌ابرنآبادی، ۱۳۹۸: ۶۰-۶۱). در این راستا، قانون‌گذار با توجه به قواعد و عموماً مواد ۸۸ الی ۹۵ قانون مجازات اسلامی دو رویکرد را در خصوص دختران و پسران اتخاذ کرده است:

ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی به‌طور کلی ضابطه سن را معیار تعیین پاسخ قرار داده و شاخص آن را ۹ تا ۱۵ سال تمام شمسی لحاظ نموده است؛ لکن، از طرفی دیگر، در ماده ۱۴۶ همان قانون معیار تحمیل مسئولیت بر مرتکب، تحقق بلوغ در فرد و شاخصه تعیین بلوغ را در ماده ۱۴۷، ۹ سال تمام قمری در دختران و ۱۵ سال تمام قمری در پسران بنیان نهاده است. بر این اساس، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار برآن بوده تا در خصوص جرایم شرعی از ضابطه سن قمری و در جرایم غیرشرعی از ضابطه سن شمسی بهره گیرد.

در خصوص چستی بلوغ نیز باید به شرع مراجعه کرد و شرع نیز احد علائم سه‌گانه (اتمام ۹ سالگی برای دختران و اتمام ۱۵ سالگی برای پسران، رویدن موی خشن بالای آلت تناسلی و تکمیل توانایی جنسی در دختران به واسطه عادت ماهانه و پسران از طریق احتلام) را محقق‌کننده بلوغ می‌داند (الهام و برهانی، ۱۳۹۵: ۲۸۱). به این ترتیب، پاسخ‌گذاری در خصوص دختران یک رویکرد در فرایند عدالت کیفری دارد و عبارت از آن است که یا بالغ هستند یا بالغ نیستند. زمانی که بالغ باشند، مسئولیت کیفری تام داشته و باید تحت مجازات قرار گیرند و اگر بالغ نباشند فاقد مسئولیت بوده و باید از گذر صدور قرار موقوفی تعقیب از فرایند کیفری خارج شوند؛ وانگهی، چنانچه دختران زیر ۹ سال باشند و مرتکب جرم، ولو جرایم مستوجب حد یا قصاص شوند، افزون برآنکه مسئولیتی ندارند، بنابر اصل بی‌بدیل قانونی بودن پاسخ‌ها، هیچ تدبیری اعم از کیفر یا اقدامات تأمینی و تربیتی در خصوص آن‌ها اعمال نخواهد شد؛ زیرا بر اساس صدر ماده ۸۸، حداقل معیار برای تعیین نوع تدبیر در اقدامات تأمینی و تربیتی ۹ سال تمام شمسی است.

در خصوص پسران رویکرد متفاوت است. در پرتو اهداف نظام عدالت کیفری از گذر تدریجی کردن سن تحمل پاسخ‌های کیفری، قانون‌گذار در جرایم مستوجب تعزیر و جرایم مستوجب حد و قصاص تفکیک قائل شده و به ضابطه‌مندی تعیین نوع پاسخ مبادرت ورزیده است. از این‌رو، سیاست کیفری قانون‌گذار ایران در فرایند پاسخ‌دهی به بزهکاری اطفال به دو دوره پیش از بلوغ (دوران فقدان مطلق مسئولیت) و پس از بلوغ (دوران مسئولیت) دسته‌بندی می‌گردد. افزودنی است که در فاصله کوتاه زمانی میان سن بلوغ شرعی پسران یعنی ۱۵ سال تمام قمری و ۱۵ سال تمام

شمسی، این افراد در صورت ارتکاب جرم تعزیری، مشمول ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قرار می‌گیرند؛ حال آنکه این افراد از منظر موازین شرعی بالغ محسوب می‌شوند.

موضوع قابل بحث، درخصوص نابالغانی است که تحت تدابیر تأمینی و تربیتی قرار می‌گیرند که ماهیتی شبیه به کیفر دارند. از این رو اولاً، پرسش آن است مگر نه اینکه فلسفه اقدامات تأمینی و تربیتی خنثی کردن حالت خطرناک، مقابله با بزهکاران به عادت و پیشگیری از تکرار جرم است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۴: ۷)؛ بنابراین، چگونه می‌توان درخصوص کودک یا نوجوانی که هدف اصلی عدالت کیفری بازپروری او در خارج از فرایند کیفری است، تدابیری پیش‌بینی شود که صبغه کیفری دارد؟ ثانیاً، اساساً چرا نابالغی که مسئولیت کیفری ندارد باید به نام اقدامات تأمینی و تربیتی از حقوق اساسی سازی شده خود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۳: ۹۸۸)، یعنی حق بر آزادی، بر اساس تبصره ۲ ماده ۸۸ محروم شود؟ ثالثاً، عبارت «در غیر این صورت» در تبصره ۲ ماده ۸۸ به نظر می‌رسد اشاره به این داشته باشد که پسران بین ۹ تا ۱۲ سال در صورت ارتکاب جرم حدی یا قصاصی به تدابیر بندهای (الف) تا (پ) ماده ۸۸ محکوم می‌شوند و اینکه نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۱۸۴۰ مورخ ۱۳۹۴/۷/۱۱ اداره کل حقوقی قوه قضاییه که مقرر می‌دارد: «منظور از عبارت «در غیر این صورت...» در ذیل تبصره ۲ ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با توجه به صدر این تبصره شامل دخترانی که به سن بلوغ نرسیده‌اند... و مرتکب یکی از جرایم مستوجب حد یا قصاص می‌شوند، است»، اساساً خلاف موازین، قواعد و اصول تفسیری به سود متهم که باید همگرا با رعایت مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان باشد است؛ زیرا، چگونه می‌توان دختری را تصور کرد که به سن بلوغ (۹ سال تمام قمری) نرسیده است و تحت پاسخ کیفری واقع شود؛ حال آنکه بنا بر اصل صریح قانونی بودن پاسخ‌ها، برای مرتکبان کلیۀ جرایم زیر سن ۹ سال، در هیچ قانونی، هیچ‌گونه تدبیری اعم از کیفر یا اقدام تأمینی و تربیتی لحاظ نشده است.

به هر ترتیب، به نظر می‌رسد، اگرچه قانون‌گذار تلاش کرده در قبال اطفال و نوجوانان بزهکار و تا سر حد مکان راهبرد مداراگرایی کیفری را اتخاذ کند و از رویکردهای سختگیرانه خود نسبت به آنان بازپس رود، اما همچنان خود در برزخ نامتجانسی گرفتار آمده که هرچه سریع‌تر باید برای پیشگیری از این انسداد نسبت به اصلاح این دسته از قوانین همت گمارد؛ زیرا قانون‌گذار از یک‌سو، بر قضازدایی و برون‌سپاری قضایی درخصوص اطفال و نوجوانان تأکید داشته و از سوی دیگر، با اعمال برخی کیفرها بر این دسته از افراد به سوی سیاست کیفری سخت‌گیرانه گام برداشته است. بنابراین، تصویب قوانین اختصاصی درخصوص آنان، به‌ویژه تصویب هرچه سریع‌تر لایحه حمایت از کودکان و نوجوانان، ضروری است.

کارگزاران عدالت کیفری ایران درصدد بوده‌اند تا از گذر افتراقی سازی پاسخ‌گذاری در قبال اطفال و نوجوانان بزهکار پاسخ‌هایی که به‌طور مستقیم تمامیت جسمانی آنان را متعرض می‌شود (به‌ویژه کیفر تازیانه)، به کار نیندند و صرفاً به تدابیر بازپرورانه یا توان‌گیرانه بدون آزار جسمی روی آورند. اما به نظر می‌رسد که رویکرد دوگانه‌ای در این خصوص اتخاذ نموده و از این رو، می‌توان دو خوانش را درخصوص این رویکرد قانون‌گذار ارائه داد؛ زیرا در پاره‌ای موارد، خواه آگاهانه و خواه ناآگاهانه، قادر به الغاء کلی این پاسخ نبوده است.

قانون‌گذار به‌طور کلی، از گذر دو رویکرد افتراقی سن و نوع جرم تلاش کرده تا مصالح عالیّه کودکان و نوجوانان بزهکار را در فرایند پاسخ‌گذاری رعایت کند که در پاره‌ای موارد موفق و در برخی مواضع به هدف خود نرسیده است. در این راستا، الغاء کلی کیفر تازیانه درخصوص کلیّه جرایم تعزیری مرتکبان زیر هجده سال مورد پذیرش قرار گرفته و تحت هیچ شرایطی نمی‌توان از این قاعده کلی استتکاف نمود؛ زیرا قانون‌گذار، از باب تکلیف غیرقابل عدول، نوع تدابیر و پاسخ‌هایی را که در جرایم مستوجب تعزیر باید اعمال گردد در ماده‌های ۸۸ و ۸۹ به‌صراحت تبیین و تشریح داشته و در صورت بروز هرگونه ابهام یا خلأ و از گذر قاعده تفسیر به نفع متهم و تفسیر کودک‌مدارانه باید حسب مورد حکم بر براءت یا قرار موقوفی تعقیب صادر شود.

سیاق ماده ۹۱ درخصوص اعمال تازیانه در جرایم مستوجب حد بدین‌گونه است که هرگاه شرایط تحقق و ثبوت جرم حدی بالغان زیر ۱۸ سال محرز و مسلم شود، به نظر می‌رسد که باید تازیانه مذکور نسبت به این دسته از شهروندان اجرا شود؛ «زیرا، به‌موجب ماده ۹۱ این قانون در صورت ارتکاب جرم‌های مذکور از سوی این دسته و وجود رشد کیفری باید همان کیفرهای پیش‌بینی شده برای جرم‌های مستوجب حد و قصاص را به اجرا درآورد» (نیازپور، ۱۳۹۶: ۱۸۲). بدین‌سان، درخصوص دختران به‌طور کلی بعد از ۹ سالگی و پسران بالای ۱۵ سال، امکان اجرای حد تازیانه در صورت تحقق شرایط مذکور وجود خواهد داشت. بدیهی است که این امر فارغ از تحلیل سایر مجازات‌های مستوجب حد مطمح نظر است؛ زیرا زمانی که تازیانه به‌عنوان یک کیفر بدنی برخلاف مصالح عالیّه کودکان و نوجوانان است، به‌طریق اولی سایر مجازات‌های سنگین مانند کیفرهای سالب حیات این مصلحت را نادیده خواهند انگاشت.

بنابراین، سیاست قانون‌گذار در فرایند پاسخ‌گذاری سیاست انسجام‌یافته‌ای نبوده و در نوسان میان این جرایم، تدابیر و کیفرهای مختلف توزیع شده است. اما اینکه هدف قانون‌گذار در تدوین یک سیاست افتراقی مناسب در قبال بزهکاری اطفال و نوجوانان گامی پیش به سوی اضمحلال سختگیری کیفری نسبت به این دسته بوده بر همگان پوشیده نیست ولیکن باید این سیاست که اکنون به‌صورت

جزیره‌ای اجرا می‌شود، به‌نحو یکپارچه درآمده تا هدف غایی عدالت کیفری درخصوص این دسته از بزهکاران که همانا بازپروری و بازپذیری اجتماعی و گام‌نهادن در مسیر جامعه‌پذیری صحیح باشد تحقق پیدا کند که در این میان رویۀ قضایی نیز یاری‌گر مهمی برای حصول این هدف خواهد بود. بدیهی است اختیارات مرجع قضایی در جرایم تعزیری تا حدودی نسبت به جرایم مستوجب حد و قصاص، محوریت بیشتری برای گفتمان‌سازی در راستای رعایت مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان است؛ زیرا همان‌گونه که درخصوص بزرگسالان، معیار انعطاف‌پذیری برای اعمال نهادهای ارفاقی مانند آزادی مشروط، تعلیق اجرای مجازات و... بالا است، به‌طریق‌اولی این نهادها که افزون بر ارفاقی به‌صورت افتراقی نیز درخصوص اطفال و نوجوانان موضوعیت دارند درخور توجه می‌باشد؛ مانند ماده ۹۴ قانون مجازات اسلامی که تمام جرایم اطفال و نوجوانان را مشمول نهادهای تعویق صدور و تعلیق اجرای مجازات می‌پندارد. اما بدون تردید اعمال رعایت اصل مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان درخصوص حدود و قصاص، بدون رعایت موازن شرعی، با محدودیت‌هایی همراه خواهد بود.

۲. جلوه‌های مصالح عالیۀ در گسترۀ پاسخ‌دهی

دامنۀ فرایند عدالت کیفری از مرحلۀ پاسخ‌گذاری، که از وظایف دستگاه تقنینی است، آغاز شده و تا مرحلۀ پاسخ‌دهی، که در صلاحیت دستگاه قضایی است، دربرمی‌گیرد. عالی‌ترین جلوه مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان در فرایند کیفری اعمال تدابیر قضازدایی بوده که به معنای خروج شخص از فرایند رسمی کیفری قضایی و ارجاع به فرایند غیررسمی غیرقضایی است (نجفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۹۷: ۱۳۶). ازاین‌رو و به‌طور کلی، سخن‌گفتن از قضازدایی اعمال اطفال و نوجوانان اشاره به کاستن از میزان مداخلۀ بزهکاران اطفال و نوجوانان در سیستم عدالت کیفری دارد. هرچند که قضازدایی از جرایم نوجوانان به اشکال مختلف قابل اجرا است، لکن از رهگذر نقاط تماس، اعمال راهبردها، اهداف و شناسایی یک تعریف جهانی امری دشوار است (James V., 2015: 422). بدین‌سان، گاه این امر حاصل نشده و لاجرم فرد در یک فرایند کیفری رسمی محاکمه می‌شود که در این فرض نیز مقام قضایی در تمامی جوانب باید مصالح عالیۀ وی را مدنظر قرار دهد؛ چه آنکه نظام عدالت کیفری ایران از گذر دو رویکرد ارفاق فراگیر و تزلزل در قاعدۀ اعتبار امر مختوم (به‌عنوان نمونه) این مهم را حاصل کرده است.

۲-۱. فراگیری عام همه صُور ارفاقی

قواعد ارفاقی پیش‌بینی‌شده درباره بزهکاران بزرگسالان درخصوص جرایم مستوجب تعزیر، مانند تعویق صدور حکم یا تعلیق اجرای مجازات، تابع ضوابط خاص و محدود به جرایم معینی است که مقام قضایی نمی‌تواند از این شرایط گامی فراتر نهد. لکن این قاعدۀ درخصوص اطفال و

نوجوانان معکوس شده و دامنه شمول آن را به کلیه جرایم تعزیری ارتكابی توسط اطفال و نوجوانان تعمیم داده است.

اطفال بزهکار مشمول نهادهای ارفاقی تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات نمی‌شوند. علت ذکر «نوجوانان» در ماده ۹۴ قانون مجازات اسلامی به این دلیل است که فقط مجازات‌های نوجوانان (ماده ۸۹) قابل تعویق و تعلیق هستند و اقدامات تأمینی از شمول آن خارج می‌باشند؛ گو اینکه تعویق و تعلیق ناظر به مجازات‌های تعزیری بر مبنای درجه آن است و اقدامات تأمینی مشمول نظام درجه‌بندی واقع نمی‌شوند.

در این خصوص باید توجه داشت اگرچه قانون‌گذار در ماده ۹۴ قانون مجازات اسلامی از واژه نوجوان سخن به میان آورده و ذکر از واژه اطفال مطرح نبوده، اما به نظر می‌رسد دلیلی بر خروج اطفال از شمول ماده ۹۴ وجود نداشته و بدین‌سان، اطفال ۹ تا ۱۵ سال نیز بر مبنای تفسیر به نفع طفل و لزوم رعایت مصالح عالیه اطفال و نوجوانان مشمول این حکم قرار خواهند گرفت.^۱

صدور قرار تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات، که از شرایط مشابهی بر اساس ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی برخوردار است، به نظر می‌رسد که بر اساس رویکرد سیاست‌گذاران جنایی تقنینی و قضایی ایران تخصیص خورده و رویکرد متفاوتی را به خود دیده است؛ زیرا اولاً بر اساس ماده ۹۵ قانون پیشین، اطفال و نوجوانان مطلقاً از شمول سابقه محکومیت مؤثر کیفری خارج هستند و هیچ آثاری بر محکومیت‌های اطفال و نوجوانان مترتب نخواهد بود؛ زیرا سیاق ماده ۹۵ به صورت مطلق ذکر شده و این اطلاق به جهت افتراقی بودن بزهکاری اطفال و نوجوانان قابل تسری به کلیه محکومیت‌های کیفری است. ثانیاً بایسته‌های عدالت کیفری اطفال و نوجوانان مبتنی بر اصلاح و بازپروری مرتکب بوده که دو شرط دیگر ماده ۴۰ را تأمین می‌کند و ثالثاً به نظر می‌رسد که اگرچه جبران خسارت بزه‌دیده از جمله شروط ضروری برای صدور این نهاد ارفاقی است، اما عدم تمکن

۱. جالب توجه است که شعبه چهارم دادگاه اطفال و نوجوانان بر طبق دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۲۱۷۲۸۰۰۲۱۴ مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۸ در مقام رسیدگی به اتهامات رانندگی بدون پروانه رسمی و حمل و نگهداری مواد مخدر که توسط یک نوجوان ۱۷ ساله ارتکاب یافته است، مرقوم می‌دارد: «... دادگاه اتهامات وارده را محرز و مسلم دانسته اما اجرای مجازات را با توجه به نظریه مشاور دادگاه مبنی بر مساعدت... به واسطه نوجوانی و رعایت ماده ۳ پیمان‌نامه حقوق کودک در جهت رعایت مصالح عالیه کودکان و ماده ۹۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به مدت دو سال تعلیق می‌گردد.» البته باید توجه داشت که صدور چنین آرای باید بدون تردید از یک‌سو، در راستای پیشگیری از تکرار جرم و از سوی دیگر، مانع سوءاستفاده بزرگسالان از اطفال و نوجوانان به عنوان وسیله ارتکاب جرم باشد؛ در غیر این صورت، صدور آرای ارفاقی وافی به مقصود نخواهد بود.

مالی مرتکب یا عاقله وی دلیلی بر منع صدور این نهادها نباشد؛ زیرا رویه قضایی این مشکل را مرتفع نموده و از گذر استفاده از آن می‌توان، هر آن، اطفال و نوجوانان را مشمول ماده ۹۴ دانست. با وجود این باید اشاره کرد که بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی چنانچه نوجوانان مرتکب تعزیرات منصوص شرعی شوند، تعویق و تعلیق پذیر نخواهند بود.

براین اساس، در پرونده ضرب و جرح عمدی که مرتکب یک نوجوان بوده و توسط دادگاه به پرداخت دیه محکوم گردیده، دادگاه پس از بررسی و احراز عدم توانایی مالی مرتکب و عاقله وی، حکم به پرداخت دیه توسط بیت‌المال صادر نموده است. از این رو، دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۲۲۶۰۹۰۰۶۴۴ مورخ ۱۳۹۷/۶/۱۹ صادره از شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری دو ملارد مقرر می‌دارد: «...درخصوص پرداخت دیه به مصدوم... توسط پدر محکوم‌علیه... به‌عنوان عاقله... [محکوم‌علیه پرونده] موضوع دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۲۶۰۹۰۰۷۸۶ از آنجا که طبق صورتجلسه... دادیار محترم شعبه اول اجرای احکام شهرستان ملارد شخص عاقله فاقد توانایی مالی کافی و مال و اموال جهت پرداخت دیه می‌باشد لذا با استناد به ماده ۴۷۰ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ و رعایت ماده ۸۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ حکم به پرداخت دیات مندرج در دادنامه ۹۶۰۹۹۷۲۲۶۰۹۰۰۷۸۶ مورخ ۱۳۹۷/۵/۸ صادره از شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری ۲ ملارد از بیت‌المال مسلمین و در حق مصدوم صادر و اعلام می‌نماید...». به این ترتیب، به نظر می‌رسد این قبیل آراء مؤید اجرای قانون در گستره حمایت از بزه‌دیدگان و پیشگیری از بزهکاری مجدد ایشان است که می‌تواند از سوی سایر مقامات نیز مورد تأسی قرار گرفته و کلیه جرایم نوجوانان را بر اساس ماده ۹۴ مورد تعویق و تعلیق قرار داد.

همچنین به نظر می‌رسد تبصره ماده ۴۴ قانون مجازات اسلامی، که بر ممنوعیت صدور قرار تعلیق اجرای مجازات به جهت الغای قرار تعویق تعقیب و صدور حکم محکومیت تأکید دارد، بر اطلاق ماده ۹۴ خدشه‌ای وارد نمی‌کند؛ زیرا رعایت مصالح عالیه اطفال و نوجوانان ایجاب می‌کند که همواره رویکرد تسامح‌مدارانه و تساهل‌گرایانه دستگاه عدالت کیفری نسبت به این دسته از شهروندان اعمال شود؛ چه آنکه صدور جواز قانون‌گذار مبنی بر فراگیربودن شمول تعویق و تعلیق نسبت به کلیه جرایم ارتكابی تعزیری از سوی این افراد حکمی استثنائی بوده و می‌توان با لحاظ تفسیر همه‌جانبه به سود طفل و نوجوان بزهکار مبنی بر تسامح فراگیر، چنانچه قرار تعویق صدور حکم ملغی گردد، تعلیق اجرای مجازات را اعمال نمود. این در حالی است که بر اساس قاعده ۱۵ از قواعد پکن، طیف متنوعی از تصمیمات با امکان انعطاف به‌منظور اجتناب از فرستادن نوجوانان به

مؤسسات در حداکثر موارد ممکن در اختیار مرجع ذیصلاح قرار خواهد گرفت که این تصمیمات به صورت انفرادی یا تلفیقی مانند احکام مراقبتی، ارشادی و نظارتی، تعلیق مراقبتی و... خواهد بود.

۲-۲. عدول از قاعده فراغ دادرسی

در پهنه آیین دادرسی کیفری، هرگاه یک رأی قطعیت قضایی یافت، به جریان انداختن آن جز به حکم قانون و در مواد مصرح قانونی امکان پذیر نیست. از این رو، هرگاه ادله جدیدی مبنی بر بی گناهی محکوم علیه حاصل شد، برای پیشگیری از اشتباه قضایی، توسل به یکی از طرق فوق العاده رسیدگی، که همان اعاده دادرسی نام دارد، تجویز شده است (آشوری، ۱۳۹۲: ۳۶۲).

به رغم این سازوکار، قانون گذار ایران در پرتو راهبرد افتراقی سازی فرایند کیفری اطفال و نوجوانان که هدفی جز رعایت مصالح عالیّه آنان ندارد، استثنائاً به دادگاه صادرکننده حکم اجازه داده است تا تحت شرایطی در حکمی که خود صادر نموده است تجدیدنظر کند. در این راستا، قانون گذار دو رویکرد را اتخاذ نموده است:

بازبینی در پاسخ های سالب آزادی از جمله رویکرد قانون گذار در رعایت مصالح عالیّه اطفال و نوجوانان بزهکار است. در پرتو این رویکرد، ماده ۹۰ قانون مجازات اسلامی تجدیدنظر در خصوص نگهداری ها در کانون اصلاح و تربیت را منوط به گذراندن یک پنجم از مدت نگهداری و دیگر شرایط از جمله توجه به گزارش های واصله از وضع طفل و تقلیل تا یک سوم نموده است.^۱ در این راستا، برخی از حقوق دانان معتقدند که تجدیدنظر مندرج در ماده ۹۰ ناظر بر ماده ۸۹ و تجدیدنظر لحاظ شده در تبصره ۳ ماده ۸۸ ناظر بر ماده ۸۸ است (الهام، ۱۳۹۷: ۵۰). اما به نظر می رسد که اختیار قاضی در تجدیدنظر آراء نگهداری در کانون با توجه به اطلاق ماده ۹۰ و سیاق تبصره ۳ ماده ۸۸، مطلقاً ناظر به نگهداری اطفال و نوجوانان، خواه ۱۲ تا ۱۵ ساله ها بر اساس بند ث ماده ۸۸ و خواه ۱۵ تا ۱۸ ساله ها که به موجب بندهای الف تا پ ماده ۸۹ سلب آزادی می شوند را شامل می شوند. به این ترتیب، خروج بند ث ماده ۸۸ از شمول ماده ۹۰ و الحاق آن به تبصره ۳ ماده ۸۸ به نظر می رسد با ظاهر عبارات قانونی هم سو نباشد.

۱. این در حالی است که در رویکردی فراگیرتر مطابق ماده ۴۲ لایحه حمایت از کودکان و نوجوانان دادگاه ضمن صدور حکم محکومیت می تواند با رعایت مصالح کودک یا نوجوان برخی از اقدامات و تدابیر مانند سپردن به اشخاص حقیقی یا حقوقی برای محقق سازی راهبرد پیشگیری از تکرار جرم، دقیقاً همان هدفی که ماده ۹۰ قانون مجازات اسلامی به دنبال آن است را اتخاذ نماید.

تجدیدنظرهای پیش‌بینی شده توسط قانون‌گذار فراگیر نبوده و صرفاً دسته‌ای از تدابیر یا پاسخ‌های کیفری مربوط به اطفال و نوجوانان را دربرمی‌گیرد. اگرچه قانون‌گذار در تبصرۀ ۳ مادۀ ۸۸ قاضی را از اختیار وسیع برخوردار نموده و هرچند بار که صلاح بداند برپایۀ اصل رعایت مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان می‌تواند در آرای خود تجدیدنظر کند، اما گسترۀ این اقدام صرفاً ناظر به بندهای (الف) و (ب) مادۀ ۸۸ بوده و سایر تصمیمات مذکور در این ماده در بندهای (ج) و (ت) را شامل نمی‌شود. همین رویکرد در مادۀ ۹۰ این قانون نیز اتخاذ شده و دامنه شمول آن را صرفاً ناظر به تدابیر نگهدارندۀ طفل یا نوجوان در کانون اصلاح و تربیت داشته و بدین‌سان، بندهای (ت) و (ث) مادۀ ۸۹ از شمول تجدیدنظر در آراء خارج می‌باشند.

به این ترتیب، سیاست‌گذاران جنایی ایران مطلقاً تجدیدنظر در آرای نگهدارنده و سلب‌کنندۀ آزادی را که تحت هر شرایطی ناظر به طفل یا نوجوان باشد پذیرفته‌اند ولیکن به مقام قضایی صرفاً یک‌بار حق در بازبینی رأی خود را داده‌اند، آن‌هم از یک‌سو با رعایت شرایطی و از سوی دیگر، صرفاً حق در تقلیل مدت نگهداری و بدین‌سان، تجدیدنظر در این خصوص شامل تعیین در بازنگری برای اعمال شدت در نوع آن اقدام نمی‌باشد.

وانگهی، تبصرۀ ۳ مادۀ ۸۸ که صرفاً ناظر بر یک سلسله تدابیر بازپرورانه است، قابل بازبینی توسط مرجع صادرکننده بوده و با توجه به گفتمان قانون‌گذار در این تبصره و رویکردی که در مادۀ ۹۰ پیش‌گفته است، به نظر می‌رسد تبصرۀ ۳ مادۀ ۸۸ شامل افزایش شدت نوع اقدام تأمینی و تربیتی می‌شود؛ زیرا از آنجایی که اقدامات تأمینی و تربیتی از خصیصه‌های متعددی برخوردار بوده که نامعین‌بودن یکی از آن‌هاست و از طرفی دیگر، هدف غایی در اقدامات تأمینی و تربیتی بازپذیری و بازپروری طفل بزهکار به جهت پیشگیری از به‌عادت‌شدن بزهکاری (نیازپور، ۱۳۸۷) در اوست و در نهایت به جهت آنکه تدابیر بندهای الف و ب مادۀ ۸۸ به‌تمامی ماهیت اصلاح‌گرایانه داشته و نه توان‌گیرانه، برخی حقوق‌دانان معتقدند که تبصرۀ ۳ مادۀ ۸۸ شامل تشدیدنظر نمی‌شود (الهام، ۱۳۹۷: ۵۰). به نظر می‌رسد که مقام قضایی می‌تواند، تا حصول قطعیت اصلاح، این تدابیر را افزایش دهد. همچنین، اگر منظور قانون‌گذار در تبصرۀ ۳ مادۀ ۸۸ صرفاً ناظر بر تخفیف بوده و تشدید ملاک نمی‌بود، باید همانند مادۀ ۹۰ اشاره می‌داشت که باید مدت لحاظ‌شده مورد تقلیل قرار گیرد و بدین‌سان با عدم ذکر این مؤلفه به نظر می‌رسد که نتیجۀ بازنگری در تبصرۀ ۳ مادۀ ۸۸ تشدید اقدام تأمینی باشد. اما اینکه غایت آن تا چه زمانی است، به نظر می‌رسد که با توجه به ضابطۀ تعیین سن در صدر مادۀ ۸۸ پایان مدت آن ۱۵ سالگی تمام شمسی باشد و چنانچه پس از این مدت، اصلاح محقق نگردید، باید چاره‌ای جامع و کامل اندیشیده شود.

افزودنی است که نمی‌توان از حداکثر مدت زمان سنی تعیین‌شده برای فرد، یعنی ۱۸ سالگی، او را تحت تدابیر تأمینی و تربیتی قرار داد؛ زیرا اصل قانونی بودن بزه‌ها و پاسخ‌ها و لزوم رعایت اصل تناسب میان پاسخ اعطایی و بزه ارتكابی ایجاب می‌کند که تدابیر مندرج در قانون بر فرد اعمال و اجرا شود و چنانچه طفل یا نوجوان در این مدت اصلاح نگردید، خلأ قانونی برای اصلاح وی در بازه زمانی بیش از ۱۸ سال وجود دارد که نمی‌توان آن را با مجازات‌های فراقانونی مرتفع نمود.

نتیجه

کودکان و نوجوانان، خواه به‌عنوان بزه‌دیده خواه به‌عنوان مرتکب رفتارهای مجرمانه و خواه به‌عنوان افراد در معرض خطر، همواره باید از حیث تدابیر پیشگیرانه به‌طور کلی مورد حمایت قرار گیرند. کنشگران قضایی، پیرا قضایی و غیرقضایی نیز باید تمام تلاش خود را مصروف دارند که این مهم حاصل شود. این دسته از شهروندان که در مسیر جامعه‌پذیری قرار داشته و آینده‌سازان هر نظام حاکمیتی به‌شمار می‌آیند، باید همواره از جهات مادی و معنوی مورد حمایت قرار گیرند. دفع هرگونه ضرر و جذب هر نوع منفعت مؤلفه‌ای است که همگان به‌خصوص حاکمیت باید در راستای آن بدون وقفه تلاش کنند.

چنانچه شهروندان در فرایند جامعه‌پذیری به هر دلیل در ورطه بزهکاری گام نهند، در فرایند کیفری ایران، نخستین مواجهه خود را با دستگاه عدالت کیفری خواهند داشت. هدف غایی این دستگاه باید آن باشد که تمامی ظرفیت‌ها و سازوکارهایی را که در اختیار دارد به کار گرفته تا چرخه بزهکاری را در این دسته از افراد متوقف ساخته و از ورود مجدد آنان به این فرایند عدالت کیفری پیشگیری به عمل آورد.

سیاست‌گذاران جنایی ایران در راستای تحولات ژرفی که از سال ۱۳۹۲ به این سو پدیدار ساخته‌اند کوشش کرده‌اند تا در پرتو رعایت اصل مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان کلیۀ جوانب حمایتی را درخصوص این دسته از شهروندان به کار گرفته تا از گذر آن هدفی که برپایه آن سیاست جنایی افتراقی نسبت به اطفال و نوجوانان را بنیان نهاده‌اند محقق سازند.

با وجود تلاش‌هایی که این کارگزاران درخصوص حمایت از اطفال و نوجوانان بزهکار نموده‌اند، در پاره‌ای موارد یک سیاست برزخ‌گونه را نمایان ساخته که نه می‌توان بازپروری محض و نه سرکوب‌گرایانه مطلق نامید. این سیاست دوگانه که به سردرگمی قضایی می‌انجامد با دو قرائت از رعایت مصالح عالیۀ اطفال و نوجوانان مواجه می‌گردد: نخست، قرائتی که قانون‌گذار از این اصل داشته و دوم، قرائتی که رویه قضایی بر اساس آن رویکردهای این اصل را متبلور می‌سازد.

اینکه قانون‌گذار برآن بوده تا اطفال و نوجوانان را به‌طور کلی از بزرگسالان متمایز سازد اقدامی ستودنی است؛ ازاین‌رو، مناسب‌تر است مفاهیمی که در گستره حقوق کیفری نسبت به بزرگسالان اتخاذ می‌شود از دایره شمول سیاست جنایی افتراقی کنار نهاده شود تا از آثار و بار منفی واژگانی که ساطع می‌شود ممانعت به عمل آورد؛ ازاین‌رو، اگر در پرتو اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از لحاظ مبانی شرعی محدودیتی وجود نداشته باشد، پیشنهاد می‌شود ذکر واژه «مجازات» در ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی حذف شده و همانند ماده ۸۸ واژه «تصمیم» یا «تدبیر» برای جایگزینی آن مورد استفاده قرار گیرد؛ این امر خود می‌تواند دریچه‌ای به سوی پژوهش‌های فقهی حقوقی برای این موضوع بگشاید.

پیش‌بینی برخی تدابیر ارفاقی که شامل همه جرایم تعزیری ارتكابی از سوی اطفال و نوجوانان می‌شود و جلوه‌های آشکار از رعایت مصالح‌عالیه آنان می‌باشد به نظر می‌رسد که امکان تعمیم به دیگر نهادها را نیز داشته باشد. بدین‌سان، اگرچه تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات درخصوص کلیه جرایم تعزیری پذیرفته شده است، به نظر می‌رسد که می‌توان سایر نهادهای ارفاقی مانند معافیت از کیفر و نظام نیمه‌آزادی را نیز درخصوص آنان متصور داشت. بر این اساس پیشنهاد می‌شود که ماده ۹۴ قانون مجازات اسلامی به این شکل مورد بازبینی قرار گیرد: «کلیه نهادهای ارفاقی که در این قانون و سایر قوانین خاص برای مرتکبان بزرگسال پیش‌بینی گردیده با رعایت مصالح‌عالیه اطفال و نوجوانان از سوی تمام مراجع و مقام‌های قضایی به‌صورت کامل و در همه جرایم مستوجب تعزیر اعمال و اجرا شود، مگر اینکه بزه‌دیده نیز طفل یا نوجوان باشد.»

منابع

فارسی

- آشوری، محمد (۱۳۹۷)، آیین دادرسی کیفری، جلد اول، چاپ بیستم، تهران: انتشارات سمت.
- ابوذر، مهرنوش (۱۳۹۸)، «نگرش فازی در حوزه سن مسئولیت کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۸.
- الهام، غلامحسین (۱۳۹۷)، درس‌نامه حقوق جزای عمومی اطفال و نوجوانان، دوره کارشناسی ارشد حقوق کیفری اطفال و نوجوانان، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهیه و تنظیم: سیدپوریا موسوی.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۵)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، جلد اول، تهران: نشر میزان.
- رهایی، سعید (۱۳۹۳)، «مصالح عالیۀ کودک»، در: مجموعه مقالات حقوق کودک، چاپ اول، قم: انتشارات دانشگاه مفید.
- غنی‌زاده بافقی، مریم (۱۳۹۶)، مصالح عالیۀ کودک در عهدنامه حقوق کودک، فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران، رساله دکتری حقوق خصوصی، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
- مانی، آیتای (۱۳۹۲)، منافع عالیۀ کودک در نظام بین‌المللی حقوق بشر، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بشر، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی.
- نجفی‌ابرنادادی، علی‌حسین (۱۳۹۳)، «درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق کیفری»، در: گرجی، علی اکبر «به کوشش»، در تکاپوی حقوق عمومی، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- نجفی‌ابرنادادی، علی‌حسین (۱۳۷۴)، «درباره اقدامات تأمینی و تربیتی»، دیپاچه در: قاسمی، ناصر، اقدامات تأمینی و تربیتی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- نجفی‌ابرنادادی، علی‌حسین (۱۳۹۱)، «درباره سن و علوم جنایی»، دیپاچه در: رجبی، محمود، مبانی پیشگیری اجتماعی رشد‌مدار از بزهکاری اطفال و نوجوانان، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- نجفی‌ابرنادادی، علی‌حسین (۱۳۷۴)، «سیاست جنایی سازمان ملل متحد»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۸.
- نجفی‌ابرنادادی، علی‌حسین و هاشم‌بیکی، حمید (۱۳۹۷)، دانشنامه جرم‌شناسی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- نجفی‌ابرنادادی، علی‌حسین (۱۳۹۸)، «درباره افتراقی‌سازی سیاست جنایی»، دیپاچه در: لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمۀ علی‌حسین نجفی‌ابرنادادی، چاپ هشتم، تهران: نشر میزان.
- نیازپور، امیرحسین (۱۳۸۷)، بزهکاری به عادت: از علت‌شناسی تا پیشگیری، چاپ اول، تهران: انتشارات فکرسازان.
- نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۶)، حقوق کیفری کودکان و نوجوانان؛ فرایند پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان و نوجوانان، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.

عربی

- طوسی (شیخ)، محمد بن حسن (۱۴۶۰ق)، المبسوط فی الفقه الامامیه، تحقیق: السید محمد تقی الکشفی، الجلد الثامی، بیروت: دار الكتاب الاسلامی.
- نجفی، شیخ محمدحسن (صاحب جواهر) (۱۳۹۵)، جواهر الکلام، ترجمه اکبر نایب‌زاده، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی.

انگلیسی

- Jame D., Unnever (2015), Causes of African – American Juvenile Delinquency, In: Marvin D., Krohn and Lane, Jodi, **The Handbook of Juvenile Delinquency and Juvenile Justice**, WILEY Blackweell.
- James V., Ra, and Kristina, Childs (2015), Juvenile Diversion, In: Krohn, Marvin D., and Lane, Jodi (eds), **The Handbook of Juvenile Delinquency and Juvenile Justice**, WILEY Blackwell.
- Jean, Zermatten (2003), **The Best Interests of the child; From the Literal Analysis to the Philosophical Scope**, Working report.
- John, Eekelaar (1992), The Importance of thinking That Children Have Right's, **International Journal of Law and the Family**.
- Micheal, Freeman (2007), **A Commentary on the United Nation Convention on the Right of the Child; Article 3 the Best Interests of the Child**, Boston, NIJNOFF Publisher.

حق حبس در معاملات اوراق بهادار^۱

بهرام تقی‌پور*، نرجس صالحی**

چکیده

در بازار سرمایه معاملات متعددی میان ناشر و سرمایه‌گذار یا کارگزاران خریدار و فروشنده ورقه بهادار محقق می‌گردد و ضرورتاً این معاملات مانند سایر انواع معاملات منعقدشده در بازارهای غیربورسی نیازمند احکام و ضمانت‌اجراهایی معین و کارآمد هستند. برخی از اقسام ضمانت‌اجراهای بازار سرمایه خاص این بازار بوده و به وسیله مقررات مصوب هیئت مدیره سازمان بورس و شورای عالی بورس تعیین شده‌اند. برخی دیگر از این ضمانت‌اجراها از قواعد عمومی قراردادها قابل استنتاج و بهره‌برداری به نظر می‌رسند. انتظار می‌رود حق حبس به عنوان یکی از اجزای قواعد عمومی قراردادها در معاملات بازار سرمایه نیز حاکم باشد. اما با توجه به مقررات اختصاصی بازار اوراق بهادار و ضرورت استفاده از خدمات کارگزاران در معاملات این بازار امکان استناد به حق حبس در اجرای تعهدات متقابل بورسی، به عنوان یک ضمانت اجرای عمومی، محل بحث و تردید است. این مطالعه با روش توصیفی تحلیلی نشان می‌دهد به رغم اینکه حق حبس به عنوان یک قاعده عمومی حقوق قراردادها باید در معاملات اوراق بهادار بورسی نیز قابل اعمال باشد، اما ماهیت خاص معاملات بازار سرمایه و حضور کارگزار و شرکت سپرده‌گذاری مرکزی در این معاملات سبب شده است اصل اولیه وجود حق حبس در تمامی قراردادها در معاملات اوراق بهادار با تردید جدی مواجه شود. این امر گاهی به این دلیل است که حقوق طرفین معامله در سازوکارهای بازار سرمایه حفظ

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «نظام حاکم بر ضمانت‌اجراهای قراردادی در بازار سرمایه» می‌باشد.

* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

taghipour.bahram@yahoo.fr

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده

nargessalehi200316@gmail.com

مسئول)

شده است، اما گاهی نیز حقوق طرفین معامله به‌ویژه کارگزاران را خدشه‌دار می‌سازد و لازم است با پیاده‌سازی سیستم تحویل در برابر پرداخت نواقص فعلی را پوشش داد.

واژگان کلیدی: سهام، کارگزار، بازار اولیه، بازار ثانویه، معامله عمده شرایطی

مقدمه

بازار سرمایه محلی است که نیازهای واحدهای تجاری را از طریق سرمایه‌گذاری‌های بلندمدت و میان‌مدت تأمین می‌کند. بورس اوراق بهادار محل اصلی معامله سهام و سایر انواع اوراق بهادار بوده و از مهم‌ترین نهادهای فعال در بازار سرمایه محسوب می‌شود (حبیبان نقیسی، ۱۳۹۲: ۹-۱۱).

بازار سرمایه، یک بازار «متشکل»^۱ است، بدین معنا که معاملات اوراق بهادار مطابق مقررات دقیقی که اختصاصی این بازار هستند صورت می‌پذیرد (سلطانی، ۱۳۹۶: ۵) و همین موضوع سبب اهمیت بررسی قاعده عمومی حق حبس در معاملات بازار سرمایه می‌شود. مقصود از اوراق بهادار، در معنای اخص، اسناد کاغذی یا غیرکاغذی هستند که توسط شرکت‌ها جهت تأمین مالی منتشر شده و تحت نظارت سازمان بورس و اوراق بهادار و بر اساس ضوابط و مقررات وضع شده توسط این سازمان، از طریق بازار بورس و فرابورس قابلیت نقل و انتقال دارند (شوشی نسب، ۱۳۹۴: ۱۱۸-۱۳۰).

بر اساس بند ۲۴ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار، مصادیق اوراق بهادار توسط شورای عالی بورس و اوراق بهادار تعیین می‌شود. در ادبیات بورسی، سهام شرکت‌ها، ورقه یا گواهی حق تقدم سهام و انواع صکوک از قبیل اوراق مشارکت و اوراق اجاره (صکوک یا ابزارهای مالی اسلامی) از مصادیق مهم اوراق بهادار به‌شمار می‌روند (سلطانی، ۱۳۹۶: ۱۹۱؛ عبدی پور فرد، ۱۳۹۱: ۹۲).

یکی از بخش‌های بسیار مهم یک قرارداد همواره اجرای تعهدات ناشی از آن بوده است. قراردادها و معاملات منعقد در بازار سرمایه نیز از این قاعده مستثنا نیستند و مسئله اجرای قرارداد، که در بازار سرمایه از آن تحت عنوان «تسویه و پایاپای» یاد می‌شود، از مراحل حائز اهمیت در معاملات بورسی است. بر اساس تعریف ارائه شده از سوی «کمیته زیرساخت‌های بازار و پرداخت‌ها»^۲ فرایند پایاپای عبارت است از «ارسال، انطباق و در برخی موارد تأیید سفارشات پرداخت یا دستورالعمل انتقال اوراق بهادار پیش از تسویه وجوه». مطابق بند (د) ماده ۱ دستورالعمل ثبت، سپرده‌گذاری، تسویه و پایاپای مصوب هیئت‌مدیره سازمان بورس، «تسویه و پایاپای مرحله‌ای است که طی آن حقوق

1. Regulated

2. Committee on Payments and Market Infrastructures (CPMI)

کمیته زیرساخت‌های بازار و پرداخت‌ها کمیته‌ای است که از بانک‌های مرکزی کشورهای گروه G10 تشکیل شده است و بر فرایند توسعه در زمینه تسویه و پایاپای بازار سرمایه نظارت دارد.

خالص و تعهدات طرفین معامله محاسبه و وجوه حاصل از معامله در روز تسویه به فروشنده منتقل می‌شود». فرایند تسویه به شکل ساده عبارت است از اینکه فروشندگان کالا یا اوراق بهادار را در ازای دریافت پول به خریداران تحویل می‌دهند و خریداران نیز در ازای دریافت کالا یا اوراق بهادار خریداری شده وجه آن را به فروشندگان می‌پردازند (سلطانی و اسفندیاری‌فر، ۱۳۹۲: ۱۵۷). در قانون بازار اوراق بهادار، وظیفه تسویه حساب معاملات انجام گرفته در بورس اوراق بهادار و کالا بر عهده شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه قرار گرفته است (عبدی‌پورفر، ۱۳۹۱: ۹۷). بر این اساس، تعهد اصلی طرفین معامله در اوراق بهادار تحویل مبیع و ثمن است. حال این سؤال مطرح است که در بورس اوراق بهادار آیا طرفین می‌توانند از حق حبس استفاده نموده و هریک ایفای تعهد خود را موکول نماید به ایفای تعهد طرف مقابل یا اینکه چنین حقی خاص معاملات سنتی بوده و در معاملات نوین بازارهای سرمایه راه ندارد؟ بدین منظور لازم است ابتدا اصل اولیه وجود حق حبس در معاملات بازار سرمایه مورد بررسی قرار گیرد. همچنین ابعاد اختصاصی موضوع در بازار اولیه ایجاب می‌کند بخشی جداگانه نیز به بررسی این بازار اختصاص داده شود. با توجه به نقش اساسی کارگزار در معاملات بازار سرمایه بخش مهمی از مقاله نیز به بررسی حق حبس در روابط میان خریدار و فروشنده اوراق بهادار، کارگزاران خریدار و فروشنده با یکدیگر و نیز کارگزاران با مشتریان خود تخصیص پیدا کرده است. خاطرنشان می‌سازد قلمرو بررسی حق حبس در این مقاله محدود به حق حبس در بازار اوراق بهادار و به عبارت دیگر بورس و فرابورس می‌باشد و از بورس کالا و انرژی سخنی به میان نمی‌آید، زیرا اگرچه از دو بورس اخیر به عنوان جزئی از بازار سرمایه یاد می‌شود، اما قلمرو فعالیت این بورس‌ها ذیل اقتصاد واقعی تعریف شده و کارکرد آن، جز در خصوص برخی معاملات خاص، از منظر اقتصاد مالی قابل بررسی نیست (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۹۱). به علاوه، قواعد معامله در بورس‌های کالایی متفاوت از بورس‌های اوراق بهاداری است و از اصول جداگانه‌ای تبعیت می‌کند و بحثی مفصل است که در این مقال نمی‌گنجد. روش انجام این مقاله توصیفی تحلیلی و روش جمع آوری منابع نیز کتابخانه‌ای و نیز مصاحبه با اندیشمندان بوده است.

۱. اصل اولیه قابلیت اعمال حق حبس در معاملات اوراق بهادار

معاملات اوراق بهادار در بازار سرمایه، اگرچه معاملاتی تشریفاتی و تابع نظارت‌ها و مصوبات وضع شده از سوی سازمان بورس هستند، اما اصل اولیه این است که در قراردادها برای طرفین حق حبس وجود دارد و در غیاب دلیل مخالف، باید فرض را بر این گذاشت که طرفین معامله اوراق بهادار نیز از حق حبس برخوردارند.

حق حبس از دیرباز مورد توجه تدوین‌کنندگان مقررات ملی و بین‌المللی بوده و در کلیه قراردادهای سنتی به رسمیت شناخته شده است. چنان‌که بر اساس اصول حقوق قراردادهای اروپا^۱، در صورتی که اجرای تعهدات طرفین همزمان باشد، هریک از آن‌ها حق حبس دارد تا طرف دیگر به تعهد خود عمل کند. اما اگر یکی از تعهدات حال و دیگری مؤجل باشد، طرفی که تعهد او حال است حق حبس نخواهد داشت ولی طرف دیگر این حق را دارد. این شرط همزمانی در ماده ۵۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز مورد توجه قرار گرفته است.^۲ در مقررات یوسی سی (UCC) خریدار از حق حبس برخوردار نیست و می‌تواند جبران خسارت بخواهد (ماده ۶۰۱-۲)، ولی در برخی موارد برای فروشنده حق حبس قرار داده شده است (ماده ۷۰۲-۲).^۳

در بسیاری از کشورهای دارای نظام حقوق نوشته حق حبس به‌عنوان یک قاعده کلی وجود دارد. ماده ۳۲۰ قانون مدنی آلمان به تعهدات همزمان اشاره کرده و جز در مواردی که ابتدا متعهد مکلف به اجراست وی می‌تواند تعهد خود را حبس کند تا طرف مقابل به تعهد خود عمل نماید. همین فرض در حقوق کشورهای یونان، ایتالیا، هلند و اتریش پیش‌بینی شده است (عیسائی تفرشی، پارساپور و محقق داماد، ۱۳۸۷: ۹۴). در حقوق فرانسه قاعده ایراد «عدم اجرا»^۴ وجود دارد که بر اساس آن در عقود معوض هریک از طرفین می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد طرف مقابل نماید (ماده ۱۶۱۲). این قاعده فقط در مورد تعهدات متقابل ناشی از قرارداد که باید همزمان اجرا شوند قابل اعمال است (صفایی، میرزائاد، عادل و کاظمی، ۱۳۹۶: ۲۵۰). در انگلستان نیز، به‌عنوان نماینده نظام کامن‌لا، ماده ۲۸ قانون بیع کالاها به وجود حق حبس در تعهدات همزمان تصریح کرده است.

در حقوق ایران در مواد ۳۷۷ و ۱۰۸۵ مفهوم حق حبس آمده، بی‌آنکه این عبارت حقوقی مورد تصریح قرار گیرد. بر این اساس، در عقد بیعی که مبیع و ثمن هر دو حال باشد هریک از بایع و مشتری می‌تواند از تسلیم خودداری کند، مادامی که طرف مقابل عوض را به وی تحویل نداده است. نکته ای

1. The Principles of European Contract Law

۲. براساس ماده مذکور اگر در قرارداد زمان خاصی برای پرداخت ثمن مشخص نشده باشد، خریدار می‌تواند تا زمانی که فروشنده کالا یا اسناد مربوط به آن را طبق قرارداد و مقررات کنوانسیون در اختیار وی قرار نداده، از پرداخت ثمن خودداری کند (صفایی و همکاران، ۱۳۹۶: ۲۴۷).

۳. اگر هنگام تسلیم، فروشنده دریابد که خریدار امکان پرداخت ثمن را ندارد، وی می‌تواند از تسلیم مبیع خودداری کند یا اگر خریدار به دلایل دیگری از پرداخت کل ثمن و یا بخشی از آن امتناع کند، فروشنده طبق بند الف و ب ماده ۷۰۵-۲ حق دارد از تحویل کالای نزد خود امتناع نماید؛ از این حق تحت عنوان «توقف تسلیم» یاد شده است (صفایی و همکاران، ۱۳۹۶: ۲۵۲ و ۲۵۳).

4. Exception non adimpleti contractus

که در اینجا باید مورد توجه قرار گیرد، ارتباط میان ماهیت اوراق بهادار و دایره اعمال حق حبس است. در این راستا دو نکته قابل بررسی است: یکی قلمرو اعمال حق حبس و دیگری ماهیت اوراق بهادار. ماده ۳۷۷ قانون مدنی که مفهوم حق حبس را مقرر می‌کند ناظر بر عقد بیع است. اگر گستره اعمال حق حبس را تنها محدود به عقد بیع بدانیم آن وقت لازم می‌شود بررسی کنیم ماهیت معامله اوراق بهادار چیست و مشمول عنوان بیع قرار می‌گیرد یا خیر. در این راستا به نظر می‌رسد نظر غالب آن است که حق حبس ویژه عقد بیع یا اموال ملموس نیست و در تمام قراردادهای معوض که طرفین در مورد اجرای قرارداد توافق دیگری نداشته‌اند قابلیت اعمال دارد. لذا موضوع حق حبس می‌تواند تسلیم مال (اعم از عین، دین یا منفعت)، انجام کار یا خودداری از انجام کار باشد و منحصر به عقد بیع نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۸۸-۸۶؛ صفایی، ۱۳۹۳: ۳۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۶۹۸؛ امامی، ۱۳۹۵: ۲۷۵؛ حائری و امینی، ۱۳۹۴: ۲؛ پارساپور، ۱۳۸۶: ۱۸)^۱. با توجه به منطق عقود معاوضی که پذیرش حق حبس در قوانین کشورهای پیشرفته را سبب شده است^۲ به نظر ما در حقوق ایران نیز فراگیری حق حبس قابل دفاع است. با این حال باید توجه داشت برخی حقوق دانان چنین نظری را نپذیرفته و حق حبس را به موارد مصرح قانونی محدود می‌دانند، با این استدلال که حق حبس خلاف قاعده است و اصل بر این است که هریک از طرفین معامله باید تعهد خود را انجام دهند و آن را به امر دیگری مقید نسازند (شهیدی، ۱۳۹۳: ۱۶۱؛ شاهبازی، قاسمی حامد، جهانگیری و حق‌پناه، ۱۳۹۸: ۲۸۸-۲۷۸).

بر این اساس به نظر ما بی‌آنکه اهمیت داشته باشد که اوراق بهادار عین است یا دین یا حقی خاص، حق حبس در تمامی معاملات معاوضی کاربرد دارد. با وجود این به منظور تبیین جایگاه و ماهیت اوراق بهادار و رفع تردید برای حقوق دانانی که حق حبس را جز در موارد مصرح در قانون جایز نمی‌دانند، اشاره می‌نمایم به نظر نگارندگان اوراق بهادار عین است و معامله آن مشمول عنوان بیع و در نتیجه مشمول قطعی حق حبس قرار می‌گیرد. در واقع، سهم بیانگر یک رابطه مالکانه و مساوی با مالکیت تقسیم شده است (Kuran, 2006: 1)؛ لذا حق دارنده ورقه بهادار حقی عینی است (باریکلو، ۱۳۹۰: ۲۶-۲۳؛ عیسائی تفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳: ۵۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۰؛ سلطانی و اخوان هزاه، ۱۳۹۱: ۱۴۷-۱۴۵؛ غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱: ۱۴۰-۱۳۹؛ چراغی، امینی و رستمی، ۱۳۹۸:

۱. برای ملاحظه نظر متفاوت، نک: (باقری و طباطبایی، ۱۳۸۴: ۹۷)

۲. (نک: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۲۴۵) که اظهار می‌دارد: «متأسفانه در قانون ما در کلیات تعهدات ماده‌ای راجع به حق حبس نداریم و حال اینکه [کشورهای دیگر] در قانون‌گذاری‌های جدید این را پیش‌بینی کرده‌اند.»

۶۰۸-۶۱۲) (Hudson, 2013: 67; Benjamin, 2001: 147; Johansson, 2009, 167-179). در نظر برخی دیگر، با توجه به تقسیم‌بندی دوگانه اموال، سهام حق دینی در نوع خاص خود می‌باشد (ستوده تهرانی، ۱۳۹۰: ۱۰۷-۱۰۶؛ اسکینی، ۱۳۹۴: ۱۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۴۸۶) (kuran, 2006: 1)؛ چنان‌که محاکم انگلیسی تمایل داشته‌اند سهام را حق دینی توصیف کنند (عیسائی تفرشی، ۱۳۷۸: ۱۰۳). برخی نیز معتقد به پذیرش نوع سومی از مالکیت هستند که در میانه حق دینی و حق عینی قرار داشته و به آن حقوق چرخنده اطلاق می‌شود (Micheler, 2009: 12-13) (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۲۴۴-۲۵۶؛ باقری و شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۲۲۵ و ۲۲۸). نکته دیگری که در این خصوص باید توجه داشت این است که حتی اگر اوراق بهادار را در زمره اموال دینی در نظر بگیریم، باز هم معامله چنین دیونی را می‌توان زیر مجموعه عقد بیع تعریف کرد.^۱ بنابراین، به نظر می‌رسد اجرای اصل اولیه اعمال حق حبس در معاملات اوراق بهادار قابل‌پذیرش باشد.

۲. قواعد اختصاصی حق حبس در بازار اولیه

بازار اولیه بازار مالی است که در آن اوراق بهادار مثل اوراق قرضه یا سهم به وسیله شرکت یا عامل دولتی برای نخستین بار به یک خریدار فروخته می‌شود (میشکین، ۱۳۹۰: ۵۳). بنابراین معاملات ناشر با سرمایه‌گذاران تحت عنوان بازار اولیه یا معاملات ناشر یاد می‌شود (شوشی‌نسب، ۱۳۹۴: ۹۱). معاملات در بازار اولیه زمانی شکل می‌گیرند که شرکت‌ها برای اولین بار ابزارهای مالی را در بازار سرمایه منتشر می‌کنند؛ مانند زمانی که شرکتی برای تشکیل یا تبدیل از سهامی خاص به سهامی عام یا افزایش سرمایه خود به انتشار سهام جدید مبادرت می‌کند (جعفری، ۱۳۹۶: ۹۹؛ نظری، ۱۳۹۲: ۱۹). در همین راستا بند ۹ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد که بازار اولیه «بازاری است که اولین عرضه و پذیره‌نویسی اوراق بهادار جدیداً انتشار در آن انجام می‌شود و منابع حاصل از عرضه اوراق بهادار در اختیار ناشر قرار می‌گیرد». بازار اولیه در برابر بازار ثانویه قرار دارد که در آن اوراق بهادار پس از عرضه اولیه معامله می‌شود و به عبارت دیگر بازار معاملات دست دوم اوراق بهادار است. بنابراین انتشار انواع اوراق بهادار، از جمله اوراق مشارکت یا اوراق اجاره یا سهام برای اولین بار توسط ناشر در بازار اولیه صورت می‌گیرد. به منظور شناسایی حق حبس در بازار اولیه ابتدا مقررات راجع به روند پذیره‌نویسی سهام شرکت‌های سهامی عام (لایحه اصلاح قسمتی از مواد قانون تجارت) در مرحله تأسیس و افزایش سرمایه را بررسی می‌کنیم.

۱. نک: (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۴۱) که اظهار می‌دارد مقصود از عین در بیع، خارج کردن مفهوم منفعت از تعریف بیع بوده است و انتقال حق نیز تابع قواعد بیع قرار می‌گیرد. همچنین نک: (عبدی‌پورفرد، ۱۳۹۱: ۱۵۰-۱۴۶).

در باره وجود حق حبس در روند پذیره‌نویسی از جانب اشخاص حقیقی یا حقوقی مایل به سرمایه‌گذاری در شرکت در شرف تأسیس یا در حال افزایش سرمایه، رجوع به لایحه اصلاح قسمتی از مواد قانون تجارت کمک‌کننده خواهد بود. پذیره‌نویسی در قانون بازار عبارت است از فرایند خرید اوراق بهادار ناشر یا نماینده قانونی آن و تعهد به پرداخت وجه کامل آن طبق قرارداد (بند ۲۸ ماده ۱ قانون بازار). می‌دانیم که حق حبس در رابطه عوضین قراردادی وجود دارد، بدین ترتیب که پذیره‌نویس مبلغ اسمی سهام را می‌پردازد و به‌عنوان مابه‌ازا سهام دریافت می‌کند. قانون‌گذار در ماده ۲۷ لایحه اصلاحی بر ضرورت صدور ورقه سهام ظرف یکسال از پرداخت کل مبلغ اسمی تأکید کرده است؛ چنین تأکیدی این تصور را ایجاد می‌نماید که نظر قانون‌گذار بر ضرورت تقدم پرداخت مبلغ اسمی سهم بر دریافت ورقه سهم بوده است. ماده ۲۸ لایحه اصلاحی، که مقرر می‌دارد «تا وقتی که شرکت به ثبت نرسیده صدور ورقه سهم یا گواهینامه موقت سهم ممنوع است»، به این تصور قطعیت می‌بخشد. لذا در مرحله دریافت ورقه سهم، در بازار اولیه، میان سرمایه‌گذاران و شرکت تازه‌تأسیس، پذیره‌نویس نمی‌تواند پرداخت مبلغ اسمی سهم خود را به آمادگی شرکت در شرف تأسیس یا مؤسسان به تحویل ورقه سهم یا گواهینامه موقت سهام موکول نماید و فراتر از آن، تحویل ورقه سهم تا یک سال قابل تأخیر است. پذیره‌نویس باید مبلغ اسمی سهام را پرداخت نماید و برای دریافت گواهینامه موقت سهام یا سهام حداقل تا زمان ثبت شرکت در انتظار باشد. از نظر عرفی نیز در کلیه مواردی که قرار است در قبال پرداخت مبلغی، رسید به پرداخت‌کننده داده شود تردیدی در ضرورت تقدم در پرداخت نخواهد بود. همین امر در ماده ۱۲ لایحه اصلاحی نیز آمده و مقرر شده است: «ظرف مهلتی که در اعلامیه پذیره‌نویسی معین شده است علاقه‌مندان به بانک مراجعه و ورقه تعهد سهام را امضا و مبلغی را که نقداً باید پرداخت شود، تأدیه و رسید دریافت خواهند کرد.» بنابراین و از مجموع مقررات مربوط به شرکت‌های سهامی در ایران چنین به نظر می‌رسد که نه تنها در بازار اولیه حق حبس بین پذیره‌نویس و شرکت وجود ندارد، بلکه پرداخت حصة نقدی از جانب پذیره‌نویس شرط تحقق قرارداد بوده و تا زمانی که متقاضی به بانک مراجعه نکرده، ورقه پذیره‌نویسی را تکمیل ننموده و حصة نقدی را پرداخت نکرده، قراردادی میان وی و شرکت در شرف تأسیس منعقد نخواهد شد.

در خصوص افزایش سرمایه نیز همین استدلال قابل دفاع است. در این خصوص، ماده ۱۷۸ لایحه اصلاحی مقرر می‌دارد: «خریداران ظرف مهلتی که در اعلامیه پذیره‌نویسی سهام جدید معین شده است... به بانک مراجعه و ورقه تعهد سهام را امضا کرده و مبلغی را که باید پرداخته شود تأدیه و رسید دریافت خواهند کرد.» قانون‌گذار این تعهد اولیه را برای متقاضیان پذیره‌نویسی سهام جدید قائل شده است تا با مراجعه به بانک عامل و پرکردن اوراق مربوط و پرداخت بخش نقدی، تعهدات

مالی خود را ایفا نموده و رسید دریافت کنند. اما مابه‌ازای این تعهد، که سهام جدید ناشی از افزایش سرمایه است، تنها پس از گذشت زمان و ثبت افزایش سرمایه قابل دریافت است. بنابراین در اینجا نیز حق حبسی برای پذیرهنویس وجود نخواهد داشت.

درخصوص پذیرهنویسی سایر انواع اوراق بهادار همچون اوراق مشارکت و اوراق اجاره در بازار اولیه نیز باید توجه داشت تا زمانی که فرایند تأمین مالی و جمع‌آوری وجوه از عموم تکمیل نشده است، اوراق بهادار شکل نگرفته و در واقع وجود ندارد. بر همین اساس است که برابر تبصره ۴ ماده ۲۳ قانون بازار، «در صورت عدم تکمیل فرایند عرضه عمومی، وجوه گردآوری شده باید حداکثر ظرف مدت پانزده روز به سرمایه‌گذاران عودت داده شود». بنابراین، در سایر انواع اوراق بهادار همچون فرض تأسیس و افزایش سرمایه شرکت، حق حبس متصور نبوده و ابتدا باید وجه پذیرهنویسی توسط سرمایه‌گذار پرداخت شود و پس از تکمیل فرایند پذیرهنویسی و دریافت تأییدیه سازمان بورس، اوراق بهادار پذیرهنویسی شده در حساب پذیرهنویس پدیدار خواهد شد (برای مطالعه قواعد حاکم بر پذیرهنویسی در بازار اولیه، نک: سلطانی، ۱۳۹۶: ۹۸-۹۹).

۳. حق حبس در رابطه میان خریدار و فروشنده

اطمینان از دریافت وجه اوراق توسط فروشنده و اصل اوراق توسط خریدار در معاملات اوراق بهادار ایجاب می‌کند که خرید و فروش در این بازار منحصرأً از مجرای کارگزاران صورت گیرد و خریداران و فروشندگان نمی‌توانند به صورت مستقیم با یکدیگر معامله کنند. بر این اساس، برای شناسایی امکان اعمال حق حبس در رابطه میان خریدار و فروشنده اوراق بهادار لازم است ماهیت عمل کارگزاری و نقشی که میان خریدار و فروشنده بر عهده می‌گیرد روشن شود.

کارگزار در بازار سرمایه سبب تسهیل انجام معاملات شده و تعهدات ناشی از آن را نیز بر عهده می‌گیرد. هر یک از خریدار و فروشنده از طریق کارگزاران خود معامله را انجام می‌دهند و به‌واقع این کارگزاران هستند که معامله را محقق می‌سازند.

آنچه در این خصوص اهمیت دارد تبیین ماهیت حقوقی عمل کارگزاری است. بند ۱۳ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار مقرر می‌دارد: «کارگزار شخص حقوقی است که اوراق بهادار را برای دیگران و به حساب آن‌ها معامله می‌کند.» روشن است که کارگزار به نمایندگی از مشتری خود معامله می‌کند و با توجه به تجارتی بودن فعالیت کارگزاری، این عمل می‌تواند با یکی از قالب‌های نمایندگی مذکور در قانون تجارت یعنی دلالی، عاملی و حق‌العمل‌کاری منطبق شود. به‌منظور تبیین ماهیت حقوقی کارگزاری، تعداد قابل‌توجهی از حقوق‌دانان این فعالیت را حق‌العمل‌کاری می‌دانند (اسکینی، ۱۳۹۴: ۸۸؛ سلطانی، ۱۳۹۶: ۱۲۵-۱۲۱؛ فرحناکیان، ۱۳۸۸: ۳۷؛ ستوده تهرانی، ۱۳۹۱: ۵۸؛

جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۵۷). چنین دیدگاهی را باید تأیید کرد. در واقع، اگرچه قانون بازار اوراق بهادار تصریحی بر ماهیت عمل کارگزار ندارد و به این نکته اکتفا می‌کند که معامله «برای مشتری و به حساب وی» (بند ۱۳ ماده ۱ قانون بازار) انجام می‌شود، اما در عمل در سیستم معاملات بورس، معامله به نام مشتریان صورت نمی‌گیرد. کارگزار حق‌العمل‌کار است و خود مستقیم طرف معامله واقع می‌شود تا اجرای تعهدات ناشی از معامله را بر عهده گیرد، همان گونه که فلسفه پیدایش نهاد حق‌العمل‌کاری چنین است. در همین راستاست که ماده ۱۷ دستورالعمل ثبت، سپرده‌گذاری، تسویه و پایاپای با تکیه بر روح قانون بازار اوراق بهادار (برای مطالعه درخصوص مفهوم روح قانون، نک: مهرپور و صفری، ۱۳۹۷: ۲۱۶-۲۱۵) مقرر می‌دارد: «مسئولیت تسویه بهای اوراق بهادار خریداری‌شده در روز تسویه با کارگزار خریدار... خواهد بود» (برای ملاحظه نظر مخالف که عمل کارگزاری را تعهد به فعل ثالث می‌داند، نک: حسین‌زاده و علائی، ۱۳۹۸: ۸۱-۷۶).

البته لازم به ذکر است کارگزاری در معاملات عمده شرایطی حق‌العمل‌کاری محسوب نمی‌شود؛ زیرا اولاً برخلاف معاملات خرد، کارگزار خریدار هم فروشنده و هم کارگزار فروشنده را می‌شناسد و ثانیاً و مهم‌تر آنکه مسئولیت ایفاء تعهدات ناشی از معامله عموماً بر عهده خریدار و فروشنده است و به‌ویژه اینکه کارگزار خریدار مسئولیتی نسبت به پرداخت ثمن معامله ندارد. در این مورد متعاقباً بیشتر توضیح خواهیم داد.

بر اساس ماده ۳۵۷ قانون تجارت، «حق‌العمل‌کار شخصی است که به نام خود ولی به حساب دیگری معاملاتی کرده و در مقابل کارمزد دریافت می‌دارد». ویژگی اصلی حق‌العمل‌کاری انجام معامله به نام خود حق‌العمل‌کار است و نام آمر افشا نمی‌شود. بر این اساس حقوق و تعهدات قرارداد منعقد میان حق‌العمل‌کار و شخص ثالث بین این دو شخص ایجاد می‌شود و میان آمر و شخص ثالث رابطه قراردادی مستقیم وجود ندارد. بنابراین، اگرچه معامله به حساب آمر است و حق‌العمل‌کار بر اساس دستورات وی عمل می‌کند، اما از آنجا که حق‌العمل‌کار نام آمر را برای ثالث افشا نمی‌کند و به نام خود معامله می‌کند، بنابراین بر اساس اصل نسبی بودن آثار قراردادها، رابطه قراردادی و امکان رجوع میان ثالث و آمر وجود ندارد (اسکینی، ۱۳۹۴: ۸۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۷۹ و برای ملاحظه نظر مخالف، نک: کاویانی، ۱۳۹۴: ۱۳۵). بنابراین در معاملات بورسی، از آنجا که معامله توسط کارگزاران خریدار و فروشنده انجام می‌شود و کارگزاران به‌عنوان حق‌العمل‌کار این معاملات را انجام می‌دهند، بنابراین خریدار و فروشنده بر مبنای قراردادی امکان رجوع مستقیم به یکدیگر را ندارند و لذا حق حبس نیز در رابطه میان آن دو متصور نیست.

۴. حق حبس در رابطه میان کارگزار خریدار و کارگزار فروشنده

اشاره شد که با توجه به ماهیت حق العمل کاری، تعهدات ناشی از قرارداد اصولاً متوجه کارگزاران است و خریدار و فروشنده به یکدیگر حق رجوع ندارند. با وجود این، اجرای حق حبس در معاملات عمده و معاملات خرد تفاوت پیدا می‌کند و در معاملات عمده شرایطی، کارگزاران نقش کمتری بر عهده می‌گیرند. بر این اساس، حق حبس در رابطه میان کارگزاران در دو فرض معاملات خرد و عمده شرایطی بصورت جداگانه بررسی می‌شود.

۴-۱. حق حبس در معاملات عادی (خرد)

اصطلاح معاملات خرد در برابر معاملات عمده قرار می‌گیرد. معاملات عادی یا خرد آن دسته از قراردادها هستند که در تمام روزهای کاری بورس به‌منظور خرید و فروش سهام منعقد می‌شوند. معامله خرد عنوانی است که معامله‌گران و فعالان بازار به این معاملات روزمره اطلاق می‌کنند و در مقررات چنین عنوانی به کار نرفته است (ابراهیمی، ۱۳۹۵: ۷۷).

درخصوص معاملات در بورس اوراق بهادار تهران، ماده ۱۱ آیین‌نامه معاملات مصوب شورای عالی بورس مقرر می‌دارد: «وجوه مربوط به سهام معامله‌شده در بورس همراه با وکالت‌نامه فروش سهام و اصل سهام باید حداکثر تا ۴۸ ساعت از تاریخ معامله بین کارگزاران خریدار و فروشنده ردوبدل گردد. کارگزار فروشنده موظف است تشریفات مربوط به انتقال سهام معامله‌شده را ظرف ۴۸ ساعت (دو جلسه معاملاتی) از تاریخ معامله انجام داده و سهام را تحویل خریدار نماید. در صورتی که علل یا توافقی دیگر در مورد تحویل بعد از مهلت‌های تعیین شده وجود داشته باشد، مراتب باید حداکثر تا پایان نشست رسمی معاملاتی مربوط کتباً به اطلاع مدیرعامل [بورس] برسد. در هر صورت، معامله انجام‌شده قطعی به شمار می‌رود. ساعات تسویه و یا مدت زمان مربوط به انتقال سهام، بر اساس «دستورالعمل سپرده‌گذاری، تسویه و پایاپای» انجام خواهد شد.» در همین راستا مطابق ماده ۱۶ دستورالعمل ثبت، سپرده‌گذاری، پایاپای و تسویه، روز تسویه برای معاملات سهام دو روز پس از انجام معامله تعیین شده است. در عین حال، تبصره یک همین ماده برای تعیین شرایط تحویل اوراق بهادار به خریدار به ماده ۱۱ آیین‌نامه معاملات بورس ارجاع داده است. مواد مذکور در آیین‌نامه شورای عالی بورس و دستورالعمل مصوب هیئت مدیره سازمان بورس، تقدم یا تأخیر در اجرای تعهدات کارگزار خریدار و فروشنده در نظر نگرفته است و تنها به این نکته بسنده کرده است که دو جلسه معاملاتی، که در حال حاضر همان دو روز کاری است، برای اجرای تعهدات طرفین مهلت وجود دارد. در مجموع، از آنجا که مهلت کارگزار خریدار و فروشنده برای اجرای تعهدات ناشی از معامله یکسان است و با توجه به اصل اولیه وجود حق حبس در معاملات معاوضی باید

قائل بر وجود حق حبس میان تعهدات کارگزار خریدار برای پرداخت ثمن و تعهدات کارگزار فروشنده برای تحویل اوراق بهادار بود و لازم است این تعهدات به صورت همزمان صورت پذیرد.

با این همه، تحلیل موضوع بدون توجه به نقش شرکت سپرده‌گذاری مرکزی در اجرای معاملات بورسی نادرست خواهد بود. گستردگی و افزایش حجم معاملات سبب شده است تا به منظور افزایش سرعت انجام امور تسویه و فراهم ساختن سازوکاری مطمئن برای تسویه، یک نهاد واسطه وظیفه تبادل وجوه و اوراق بهادار حاصل از معامله را بر عهده گیرد و بر این اساس شرکت سپرده‌گذاری مرکزی ایجاد شد (بند ۷ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار). این شرکت خزانه‌دار اوراق بهادار موضوع معامله در بازار سرمایه است و با ثبت، نگهداری و انتقال الکترونیک اوراق بهادار، امکان تسویه وجه خرید اوراق بهادار و رسانیدن آن به فروشنده را با واسطه کارگزاران فراهم می‌سازد. در واقع، پس از انجام معامله اوراق بهادار در بورس یا فرابورس توسط کارگزاران خریدار و فروشنده، انتقال مالکیت اوراق بهادار به صورت الکترونیک و در یک سامانه مرکزی بدون نیاز به انجام هرگونه عملی از سوی خریدار و فروشنده یا کارگزاران آن‌ها صورت می‌پذیرد (سلطانی، ۱۳۹۶: ۱۷۱-۱۷۰). در این راستا ماده ۱۹ دستورالعمل ثبت، سپرده‌گذاری، تسویه و پایاپای مقرر می‌دارد: «انتقال مالکیت اوراق بهادار سپرده‌گذاری شده، با توجه به اطلاعات روزانه دریافتی، مطابق ماده ۱۸ در کد مالکیت فروشنده و خریدار به صورت مکانیزه ثبت می‌گردد و برای انتقال مالکیت اوراق بهادار نیازی به تأیید مجدد فروشنده یا خریدار نخواهد بود.» این امر باعث می‌شود که بحث از اعمال حق حبس از سوی فروشنده یا کارگزار وی با معضل جدی روبه‌رو شود؛ زیرا فروشنده یا کارگزار او تسلطی بر روی اوراق بهادار ندارد تا مانع از تحویل اوراق بهادار به خریدار شود. در طرف مقابل، پرداخت وجه از سوی خریدار به کارگزار وی و متعاقباً از سوی کارگزار خریدار به شرکت سپرده‌گذاری مرکزی صورت می‌پذیرد تا سرانجام شرکت سپرده‌گذاری مرکزی وجه حاصل از فروش اوراق بهادار را با واسطه کارگزار فروشنده به فروشنده برساند.

اگرچه در قانون بازار اوراق بهادار اشاره صریحی به لزوم استفاده از خدمات سپرده‌گذاری مرکزی نشده است، لیکن مطابق «دستورالعمل ثبت، سپرده‌گذاری، تسویه و پایاپای وجوه» مصوب سال ۱۳۸۸ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار، صرفاً اوراق بهاداری قابل معامله در بورس یا فرابورس هستند که نزد شرکت سپرده‌گذاری مرکزی سپرده شده باشند. در این راستا ماده ۵ این دستورالعمل مقرر می‌دارد: «فقط اوراق بهادار سپرده شده نزد شرکت سپرده‌گذاری مرکزی قابل خرید و فروش، وثیقه‌گذاری و یا هر گونه انتقال مالکیت اعم از قهری، قانونی و همچنین سایر انتقالات خارج از ساعات معاملات در بورس یا فرابورس می‌باشند.» بند (ج) ماده ۹۹ قانون برنامه پنجم نیز به ضرورت استفاده از خدمات

شرکت سپرده‌گذاری مرکزی تصریح کرده و مقرر داشت: «پس از معامله اوراق بهادار ثبت شده نزد سازمان که در یکی از بورس‌ها یا بازارهای خارج از بورس معامله شده‌اند و کالاهای معامله شده در بورس‌های کالایی، عملیات تسویه وجوه و پایاپای (نقل و انتقال) پس از معاملات در شرکت‌های سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه صورت می‌گیرد.»

بنابراین از یک سو استفاده از خدمات و سازوکار سپرده‌گذاری در معاملات بازار سرمایه الزامی است و از سوی دیگر تحویل اوراق بهادار به خریدار منوط به تسویه وجه نیست و مستقیماً از سوی شرکت سپرده‌گذاری مرکزی انجام می‌شود. بنابراین باید پذیرفت که در شرایط حاضر در معاملات بازار سرمایه ایران برای کارگزار فروشنده حق حبس وجود ندارد و کارگزار خریدار و در نتیجه خریدار نیز بابت دریافت اوراق بهادار هیچ گونه نگرانی ندارد. این سازوکار قطعاً خلاف منطق است و کارگزار فروشنده و احتمالاً فروشنده را با ریسک جدی مواجه می‌کند. این ناکارآمدی مجموعه، معاملات در بازار سرمایه را تحت تأثیر قرار می‌دهد و فروشنده در محاسبات خود باید ریسک احتمالی عدم دریافت وجه را در نظر بگیرد. در راستای پوشش، نسبی، همین ریسک است که هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار با تصویب «دستورالعمل صندوق تضمین تسویه معاملات اوراق بهادار در بورس‌ها» در سال ۱۳۹۱، با اصلاحات سال ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷، درصدد برآمد تا با تشکیل صندوق تضمین تسویه در شرکت سپرده‌گذاری مرکزی بخشی از ریسک‌های عدم پرداخت وجه توسط خریدار یا کارگزار خریدار را پوشش دهد و به فروشنده این اطمینان را بدهد که وجه حاصل از فروش اوراق را در موعد مقرر دریافت خواهد کرد.^۲ کارگزاران با عضویت در این صندوق منابع آن را تأمین می‌کنند. هرگاه کارگزاری تعهدات خود درخصوص پرداخت وجه اوراق بهادار را ایفا نکند، صندوق تضمین، در حدود منابع خود (ماده ۴ دستورالعمل صندوق تضمین)، وجه اوراق بهادار را به کارگزار فروشنده پرداخت می‌کند و سپس وجه پرداختی را به همراه جریمه‌ها از کارگزار خریدار وصول می‌کند (ماده ۱۲ دستورالعمل صندوق تضمین).

۱. اگرچه کارگزار فروشنده متعهد است ثمن معامله را در هر صورت به فروشنده برساند، اما ممکن است، به جهت عدم دریافت وجه از کارگزار خریدار، منابع مالی کافی برای اجرای تعهد خود را نداشته باشد.

۲. بند ۶ ماده ۱ دستورالعمل صندوق تضمین، «صندوق تضمین تسویه معاملات... به‌عنوان واحدی از تشکیلات شرکت سپرده‌گذاری مرکزی فعالیت کرده و براساس ضوابط این دستورالعمل با استفاده از منابع صندوق تضمین، مخاطرات نکول اعضای پایاپای در تسویه معاملات بورس مربوطه را مدیریت می‌کند».

با این حال استفاده از صندوق تضمین راه‌حلی ناقص است؛ زیرا اولاً معلوم نیست حجم منابع صندوق تضمین برای پوشش نکول گسترده در بازار کفایت کند. ثانیاً ممکن است صندوق تضمین نتواند آنچه را پرداخته و جریمه‌های متعلق به آن را از کارگزار فروشنده دریافت کند. این امر منجر به آن خواهد شد که فروشنده مالک اوراق بهاداری شود که وجه آن را به کارگزار فروشنده پرداخته است و هزینه پرداخت ثمن معامله به صندوق تضمین، و در واقع کارگزاری که منابع صندوق تضمین را تأمین کرده‌اند، تحمیل شده است.

روش مطلوب برای رفع این مشکل همان اعمال حق حبس و همزمانی تحویل اوراق بهادار و ثمن آن با واسطه شرکت سپرده‌گذاری مرکزی است. در کشورهای دارای بازار سرمایه پیشرفته از این روش تحت عنوان «نظام تحویل در برابر پرداخت»^۱ یاد می‌شود. توصیه شماره ۷ «توصیه‌هایی برای سیستم‌های تسویه اوراق بهادار»^۲ آیسکو^۳، با تأکید بر استفاده از روش تحویل در برابر پرداخت، ریسک تحویل عوضین را از بین برده است.^۴ کشورهای دارای بازار سرمایه پیشرو و عضو آیسکو با عمل کردن به این توصیه ریسک عدم تحویل همزمان عوضین مورد معامله را حذف کرده‌اند (Mooney, 1992: 145-156).

۲-۴. حق حبس در معاملات عمده شریاطی

مقصود از معاملات عمده مطابق بند ۳۸ ماده ۱ دستورالعمل نحوه انجام معاملات، معاملاتی است که تعداد سهام مورد معامله از درصد معینی از کل سهام آن شرکت یا حجم معاملات آن طی دوره معین یا حجم معاملات کل بازار طی مدت معین بیشتر باشد. معامله عمده به دو قسم کلی معامله عمده عادی و شریاطی تقسیم می‌شود. معاملات عمده عادی با تلاقی ایجاب و قبول و تأیید معامله در همان روز محقق می‌شوند؛ در حالی که این امر درخصوص معاملات عمده شریاطی صادق نیست (سلطانی، ۱۳۹۳: ۶۷).^۵ بند ۲ ماده ۱۱ مکرر (۱) آیین‌نامه معاملات درباره معامله

1. Delivery versus Payment (DVP)

2. Recommendations for securities settlement systems

3. International Organization of Securities Commissions (IOSCO)

سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادار (آیسکو) سازمانی بین‌المللی است که از عضویت نهاد ناظر بازار سرمایه کشورها تشکیل شده و ضمن ترویج همکاری‌های بین‌المللی سعی می‌کند استانداردهای واحد و پیشرو برای بازارهای سرمایه وضع کند.

4. CSDs should eliminate principal risk by linking securities transfers to funds transfers in a way that achieves delivery versus payment...

۵. در معاملات عمده عادی، نقل و انتقال ثمن و سهام ظرف دو روز کاری انجام می‌شود، اما در معاملات عمده شریاطی، پرداخت بخشی از وجه خارج از سازوکار بورس یا فرابورس و به‌صورت مؤجل انجام می‌پذیرد.

عمده شرايطی^۱ مقرر می‌دارد: «کارگزار فروشنده، پس از مشخص شدن برنده رقابت، مکلف است سند تسویه خارج از پایاپای حصه غیر نقدی را که پس از تأمین شرایط اعلامی معامله از سوی خریدار به امضای طرفین معامله (خریدار و فروشنده) رسیده است به بورس تسلیم نماید. قطعیت معامله منوط به پرداخت حصه نقدی از سوی خریدار و ارائه سند تسویه خارج از پایاپای مطابق مقررات می‌باشد. مهلت ارایه سند تسویه خارج از پایاپای و قطعیت معامله حداکثر ۹ روز کاری بعد از مشخص شدن برنده رقابت می‌باشد.» بند مذکور با ماده ۱۱ آیین‌نامه معاملات در خصوص معاملات خرد دو تفاوت اساسی دارد: اول اینکه مهلت تسویه در معاملات عمده تا ۹ روز کاری بعد از مشخص شدن برنده رقابت اعلام شده است، این در حالی است که این مهلت در معاملات خرد دو روز کاری است. دوم و مهم‌تر اینکه برخلاف معاملات خرد، معاملات عمده شرايطی در همان روز انعقاد قرارداد قطعی نمی‌شوند و قطعیت معامله منوط به پرداخت حصه نقدی از سوی خریدار و ارائه سند تسویه خارج از پایاپای مطابق مقررات است. بنابراین از ماده ۱۱ مکرر (۱) به‌خوبی برمی‌آید که در معامله عمده شرايطی، پرداخت حصه نقدی و ارائه سند تسویه خارج از پایاپای از ارکان قطعیت معامله بوده و پیش از آن قرارداد به دلیل عدم تحقق تشریفات محقق نشده است. بنابراین در این مرحله حق حبس برای طرفین متصور نیست و بدواً خریدار باید حصه نقدی را پرداخت کند تا بر اساس آن سند تسویه از سوی فروشنده تهیه و تسلیم گردد؛ لذا تقدم اجرای تعهد خریدار بر تعهد فروشنده مانع از تحقق حق حبس خواهد بود. به همین دلیل است که در بند ۴ ماده ۱۱ مکرر (۱) چنین مقرر شده است: «در صورتی که حصه نقدی مطابق با شرایط اطلاعیه عرضه توسط کارگزار خریدار به حساب شرکت سپرده‌گذاری مرکزی در موعد مقرر واریز نشود، معامله محقق نشده و سهام موضوع اطلاعیه عرضه در مالکیت فروشنده باقی خواهد ماند.» بنابراین عدم پرداخت حصه نقدی در بازه زمانی مقرر به منظور اعمال حق حبس امکان‌پذیر نبوده و معامله را در معرض انحلال قرار خواهد داد. از سوی دیگر، از آنجا که فرایند انتقال سهام به خریدار توسط شرکت سپرده‌گذاری مرکزی صورت می‌گیرد، خریدار بابت پرداخت زودتر حصه نگرانی نخواهد داشت و ریسکی تحمل نخواهد کرد. بنابراین، همان‌طور که ملاحظه می‌شود در اینجا نیز حق حبسی میان خریدار و فروشنده یا کارگزاران ایشان وجود ندارد.

۱. معامله عمده شرايطی معامله عمده‌ای است که تسویه و وجه آن با شرایط اعلامی در اطلاعیه عرضه عمده براساس ضوابط مندرج در دستورالعمل نحوه انجام معاملات در بورس اوراق بهادار تهران و مقررات مربوطه انجام می‌شود.

۵. حق حبس میان کارگزار و آمر (خریدار یا فروشنده ورقه بهادار)

حق حبس میان کارگزار و آمر از دو منظر قابل بررسی است: منظر اول حق حبس میان کارگزار و آمر در رابطه کارمزد کارگزار خریدار و فروشنده است. در این زمینه چهار پرسش باید پاسخ داده شود: اول و دوم اینکه آیا کارگزار فروشنده و کارگزار خریدار می‌توانند به ترتیب ثمن معامله و اوراق بهادار خریداری شده را حبس کنند تا کارمزد خود را دریافت کنند؟ سوم اینکه آیا خریدار می‌تواند کارمزد کارگزار را پرداخت نکند تا زمانی که اوراق بهادار را دریافت نکرده است؟ چهارم اینکه آیا فروشنده می‌تواند کارمزد کارگزار را پرداخت نکند تا زمانی که وجه حاصل از فروش اوراق بهادار را دریافت نکرده است؟ منظر دوم حق حبس میان کارگزار و آمر در رابطه با عوضین اصلی معامله است. آیا کارگزار خریدار می‌تواند از تحویل ورقه بهادار به خریدار خودداری کند، مادامی که ثمن معامله را دریافت نکرده است؟ آیا کارگزار فروشنده می‌تواند از تحویل ثمن خودداری کند، مادامی که اوراق بهادار را دریافت نکرده است؟ پرسش‌های مطرح شده در دو منظر یادشده در دو قسمت به شرحی که در ادامه خواهد آمد بررسی می‌شود.

۵-۱. حق حبس میان کارگزار خریدار یا فروشنده و آمر درخصوص کارمزد

در زمینه وجود حق حبس میان کارمزد حق العمل کاری (کارگزاری) و آنچه باید به آمر تحویل شود، ماده ۱۳۷۱ قانون تجارت تصریح کرده است که حق العمل کار به منظور دریافت حق السعی خود از آمر حق حبس دارد. به عنوان قاعده کلی، علاوه بر حق حبس نسبت به تعهدات اصلی، حق العمل کار یا وکیل و اجیر نیز می‌توانند مادامی که دستمزد خود را دریافت نکرده‌اند از به تصرف دادن مال خریداری شده به حساب آمر یا پرداختن وجه دریافت شده از حاصل فروش مال فروخته شده به حساب وی امتناع کنند. این نوع حق حبس در ماده ۵۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز مورد شناسایی قرار گرفته است. بدین ترتیب حق حبس حق العمل کار نسبت به همه کالاها، اسناد و مدارک و پول اصیل و همه اسناد و مدارک و اوراقی که اصیل در اختیار او قرار داده است اعمال می‌شود (پارساپور، ۱۳۸۶: ۲۱).

اگرچه مقررات بازار سرمایه از جمله آیین‌نامه معاملات بورس به وجود چنین حقی برای کارگزار تصریح نکرده‌اند اما تطابق ماهیتی نهاد کارگزاری در بورس با حق العمل کاری شناسایی شده در قانون تجارت تردیدی در امکان توسل به حق حبس برای کارگزار (نسبت به اوراق بهادار خریداری شده

۱. «حق العمل کار در مقابل آمر برای وصول مطالبات خود از او نسبت به اموالی که موضوع معامله بوده و یا نسبت

به قیمتی که اخذ کرده حق حبس خواهد داشت.»

برای خریدار یا وجوه حاصل از فروش اوراق برای فروشنده) باقی نخواهد گذاشت. البته باید توجه داشت کارگزار فروشنده می‌تواند کارمزد قراردادی خود را از حاصل فروش اوراق بهادار کسر و مابقی را به حساب آمر پردازد و لذا مسئله اعمال حق حبس مطرح نخواهد شد، اما در فرضی که کارگزار به نمایندگی از خریدار اقدام به خرید اوراق بهادار کرده ممکن است شناسایی حق حبس اهمیت پیدا کند. در این خصوص نیز نکته در اینجا است همان طور که پیش‌تر توضیح دادیم مالکیت اوراق بهادار ظرف دو روز کاری به خریدار منتقل می‌شود و کارگزار خریدار عملاً نمی‌تواند با جلوگیری از انتقال اوراق، کارمزد و حق‌العمل خود را مطالبه کند. آنچه در عمل رخ می‌دهد این است که کارگزار با محاسبه کارمزد خود و کارمزد سایر ارکان اقدام به خرید می‌کند و از آنجا که چنین هزینه‌هایی از همان ابتدا لحاظ می‌شود، اعمال حق حبس عملاً موضوعیت پیدا نمی‌کند و اگر پیش‌بینی‌های لازم صورت نگرفته باشد، کارگزار باید دعوای مطالبه وجه طرح کند (دادنامه شماره ۹۲۱۱۰۰۰۱۱ مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۵ هیئت داور). نکته دیگر در راستای نحوه اعمال حق حبس کارگزار در بند بعدی در خصوص حق حبس کارگزار در قبال بهای ورقه بهادار خریداری شده توضیح داده شده است که در مورد حق حبس کارگزار خریدار نسبت به کارمزدش نیز صادق است.

در خصوص حق حبس خریدار و فروشنده نسبت به کارگزاران خود در مورد کارمزد کارگزاران خاطرنشان می‌سازد خریدار در قبال کارگزار خود عملاً حق حبسی پیدا نمی‌کند؛ زیرا دانستیم که تحویل اوراق بهادار از طریق سیستم سپرده‌گذاری پس از قطعیت معامله صورت می‌گیرد و خریدار آنچه معامله کرده دریافت می‌کند و لذا پرداخت کارمزد ناشی از معامله متوقف بر امر دیگری از جمله دریافت ورقه بهادار نخواهد بود. با وجود این، حق حبس فروشنده در برابر کارگزار فروشنده متصور است، هرچند در عمل این دعوای نیز به مطالبه وجه حاصل از فروش و خسارت منتهی می‌شوند (دادنامه شماره ۹۳۱۱۰۰۰۳۰ مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۶ هیئت داور). بر اساس قاعده عمومی مندرج در ماده ۳۷۷ قانون مدنی، کارگزار فروشنده نمی‌تواند از فروشنده کارمزد معامله را طلب کند، در حالی که هنوز ثمن معامله را به وی تحویل نداده است. به عبارت دیگر، همبستگی متعارفی میان کارمزد کارگزار و ثمن معامله صورت‌گرفته توسط کارگزار وجود دارد. همان طور که کارگزار می‌تواند، مادام که کارمزد خود را دریافت نکرده است، از تسلیم ثمن معامله امتناع کند (ماده ۳۷۱ قانون تجارت)، معقول است آمر نیز بتواند از پرداخت کارمزد امتناع کند، تا زمانی که بهای کالای فروخته شده خود را دریافت کند. همان طور که عدالت و انصاف نیز به‌عنوان قاعده همین نتیجه را در پی دارد (محقق داماد، اسفندیاری فر، ۱۳۹۸: ۳۸-۳۵).

۲-۵. حق حبس کارگزار در قبال اوراق بهادار و بهای آن

دانستیم که حق حبس کارگزار فروشنده نسبت به بهای ورقه بهادار موضوعیت پیدا نمی‌کند؛ یعنی کارگزار نمی‌تواند پرداخت ثمن حاصل از فروش اوراق بهادار را به تحویل اوراق بهادار توسط فروشنده منوط کند؛ زیرا اوراق بهادار توسط شرکت سپرده‌گذاری از کد مالکیت فروشنده به کد مالکیت خریدار منتقل می‌شود و فروشنده تسلطی بر اوراق فروخته‌شده ندارد. هرچند کارگزار به هر روی باید بتواند در صورت عدم ایفای تعهد مشتری، خسارات وارد بر خود را دریافت کند؛ خساراتی که می‌تواند وفق شاخص رسمی تورم و مازاد بر آن باشد (بادینی و خاکباز، ۱۳۹۸: ۹۹-۹۶).

درخصوص اعمال حق حبس توسط کارگزار خریدار نسبت به تحویل اوراق بهادار، صرف‌نظر از ماده ۳۷۱ قانون تجارت درباره حق حبس حق‌العمل کار به‌منظور دریافت ثمن معامله‌ای که برای آمر پرداخته است، ماده ۱۷ دستورالعمل سپرده‌گذاری، تسویه و پایاپای مصوب ۱۳۸۸ نسبت به وجود چنین حقی برای کارگزار صراحت دارد. توضیح آنکه تبصره ۱ ماده ۱۶ دستورالعمل ثبت، سپرده‌گذاری، تسویه و پایاپای، شرایط مربوط به تحویل اوراق بهادار را تابع ماده ۱۱ آیین‌نامه معاملات در شرکت بورس اوراق بهادار قرار داده است و در ماده ۱۷ به‌صراحت مقرر کرده است: «... در هر حال تحویل اوراق بهادار به خریدار منوط به پرداخت وجه و تسویه وی با کارگزار است.» مصوبه سازمان بورس و اوراق بهادار در این ماده بر وجود حق حبس برای کارگزار در مقابل خریدار سفارش‌دهنده تأکید نموده و وی را محق دانسته که تا تسویه حساب کامل از تحویل اوراق به خریدار امتناع نماید. بنابراین ماده ۱۷ دستورالعمل سپرده‌گذاری به‌صراحت بر تقدم اجرای تعهد از جانب خریدار تصریح نموده که از مفهوم مخالف آن وجود حق حبس برای کارگزار برداشت می‌شود. اما نکته‌ای که وجود دارد نحوه اعمال این حق حبس است؛ زیرا همان‌طور که بیان شد انتقال مالکیت اوراق بهادار توسط شرکت سپرده‌گذاری مرکزی رخ می‌دهد و کارگزار کنترلی بر روی این انتقال ندارد. در اینجا مفهوم دیگری تحت عنوان «فریز» شکل گرفته است. این مفهوم که در معاملات اعتباری شکل گرفت بدین معناست که مالک اوراق تنها می‌تواند اوراق خود را نزد کارگزاری بفروشد که اوراقش نزد آن کارگزار فریز شده است. در واقع، فریز به معنای جلوگیری از تغییر کارگزار ناظر اوراق بهادار تحت مالکیت سهامدار است (بند ۱۰ مصوبه درخصوص اصلاحات دستورالعمل خرید اعتباری اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران مصوب ۱۳۹۷/۵/۳ هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار. برای ملاحظه نظر مخالف که فریز را به معنای وثیقه اوراق بهادار می‌داند، نک: صفدری، ۱۳۹۸: ۱۱۲). بنابراین پس از فروش اوراق توسط مالک اوراق، کارگزار می‌تواند مطالباتش را برداشت کند و مابقی را به فروشنده بدهد. این در حالی است که اگر مالک

اوراق امکان فروش نزد دیگر کارگزاران را داشت، کارگزار خریدار نمی‌توانست بابت دریافت ثمن معامله مطمئن باشد. با این حال باید توجه داشت آنچه در اینجا رخ می‌دهد حق حبس به معنای دقیق کلمه نیست؛ زیرا مفهوم «فریز» مانع تحویل اوراق بهادار نمی‌شود و خریدار به‌عنوان مالک از تمامی حقوق متعلق به سهام همچون حق رأی و حق دریافت سود اوراق متمتع می‌گردد.

نتیجه

بازار اوراق بهادار بازاری مقررات‌گذاری شده و تحت نظارت است و نکته مهم اینکه معاملات در بورس و فرابورس منحصراً توسط کارگزاران امکان‌پذیر است. این نکات باعث شده است اجرای قواعد عمومی قراردادها در معاملات بازار سرمایه موضوع سؤال باشد. اگرچه بازار اوراق بهادار به‌عنوان یک بازار خودانتظام دارای نهاد مقررات‌گذاری مستقلی است که ابعاد مختلف معاملاتی آن را تعیین می‌نماید و تشریفات و آثار قراردادها را به‌صورت مجزا مورد تبیین قرار می‌دهد، اما خودانتظام‌بودن این بازار به معنای تمایز بنیادین میان معاملات مالی نوین و معاملات سنتی نبوده و بسیاری از قواعد حاکم بر قراردادهای سنتی در بازار سرمایه قابل اعمال است. یکی از احکام موجود در معاملات سنتی که در قوانین ملی و مقررات بین‌المللی از قدمت طولانی برخوردار است حق حبس میان طرفین قراردادهای معوض می‌باشد.

در بازار اولیه، لازم است ابتدا مبلغ اسمی ورقه بهادار پرداخت شود و ورقه بهادار پس از تکمیل فرایند فروش آن اوراق به خریدار تحویل می‌شود. تا زمانی که شرکت یا افزایش سرمایه شرکت ثبت نشده است، سهامی برای تحویل به پذیرهنویس وجود ندارد. همین فرض درخصوص سایر انواع اوراق بهادار نیز وجود دارد و باید فرایند پذیرهنویسی کامل شده باشد.

با توجه به نقش و اهمیت کارگزار به‌عنوان حق‌العمل‌کار در معاملات خرد بورسی، رابطه قراردادی مستقیم میان خریدار و فروشنده اوراق بهادار وجود ندارد و در نتیجه حق حبس میان آن دو متصور نیست. در معاملات عمده شرایطی، کارگزار به‌عنوان حق‌العمل‌کار عمل نمی‌کند، اما در اینجا نیز خریدار باید بدو حصه نقدی معامله را پرداخت کند و پس از تحویل اسناد مربوط به حصه غیر نقدی، انتقال اوراق بهادار توسط شرکت سپرده‌گذاری مرکزی به عمل می‌آید. بنابراین، در اینجا نیز حق حبسی میان خریدار و فروشنده وجود نخواهد داشت.

در رابطه میان کارگزار خریدار و کارگزار فروشنده نیز حق حبس وجود ندارد؛ زیرا مطابق مقررات و رویه فعلی، شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار را در روز تسویه از کد مالکیت فروشنده به کد مالکیت خریدار منتقل می‌کند، بی‌آنکه اهمیت داشته باشد ثمن معامله پرداخت شده است یا خیر.

درخصوص حق حبس میان کارگزار و آمر در رابطه با کارمزد خرید و فروش، به استناد ماده ۳۷۱ قانون تجارت، کارگزار فروشنده و کارگزار خریدار می‌توانند به ترتیب ثمن معامله و اوراق بهادار خریداری شده را حبس کنند تا کارمزد خود را دریافت کنند، هر چند دانستیم از لحاظ عملیاتی اجرای حق حبس موضوعیت پیدا نمی‌کند. از سوی دیگر حق حبس خریدار برای دریافت اوراق بهادار نسبت به کارمزد نیز موضوعیت ندارد؛ زیرا مالکیت اوراق توسط شرکت سپرده‌گذاری به خریدار منتقل می‌شود. اما فروشنده می‌تواند با توجه به شناسایی حق حبس به عنوان یک قاعده عمومی، تا زمانی که وجه حاصل از فروش اوراق بهادار را دریافت نکرده است، کارمزد کارگزار را پرداخت نکند. همچنین این مطالعه نشان داد امتناع کارگزار خریدار از تحویل ورقه بهادار به خریدار برای دریافت ثمن معامله موضوعیت ندارد و مفهوم فریز با حق حبس متفاوت است. از سوی دیگر نیز کارگزار فروشنده تعهدی مبنی بر انتقال اوراق بهادار به خریدار ندارد و بنابراین اعمال حق حبس نسبت به فروشنده برای دریافت اوراق بهادار مفهوم پیدا نمی‌کند.

اگرچه اصل بر وجود حق حبس در قراردادهاست، اما این مطالعه نشان داد حق حبس در معاملات بازار سرمایه اصولاً وجود ندارد. این امر به دلیل ماهیت خاص معاملات بازار سرمایه و قواعد وضع شده توسط سازمان بورس، نقش کارگزاران و بالأخص نقش شرکت سپرده‌گذاری مرکزی در فرایند تسویه معاملات است. سازوکار مناسب برای رفع ایرادات ناشی از عدم اعمال حق حبس در بازار سرمایه ایران پیاده‌سازی سیستم تحویل در برابر پرداخت است که خود موضوع مقاله‌ای دیگر می‌تواند باشد.

منابع

فارسی

- ابراهیمی، مریم (۱۳۹۵)، حقوق نقل و انتقال سهام در بورس، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.
- اسکینی، ربیعا، (۱۳۹۴)، حقوق تجارت، کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری، چاپ نوزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۴)، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد اول، چاپ نوزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- امامی، سیدحسن (۱۳۹۵)، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۳۷، تهران: انتشارات اسلامیه.
- بادینی، حسن و محمد خاکباز (۱۳۹۸)، «تأملی در راهکارهای برقراری موازنه حقوق طرفین قرارداد در حالت تورم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۷.
- باریکلو، علیرضا (۱۳۹۰)، اموال و حقوق مالی، تهران: انتشارات سمت.
- باقری، احمد و سیدمحمدصادق طباطبایی (۱۳۸۴)، «حق حبس»، فصلنامه مطالعات اسلامی، ش ۶۷.
- باقری، محمود و نفیسه شوشی نسب (۱۳۹۴)، «تحلیل حقوقی اوراق بهادار به مثابه ارزش»، فصلنامه راهبرد، ش ۷۶.
- پارساپور، محمدباقر (۱۳۸۶)، نظریه عمومی حق حبس در تعهدات متقابل (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس)، رساله جهت دریافت درجه دکتری، دانشگاه تربیت مدرس.
- جعفری، علی (۱۳۹۶)، اصول و مبانی سرمایه گذاری در بورس اوراق بهادار، چ نهم، تهران: انتشارات کیومرث.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵)، حقوق تعهدات، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، حقوق مدنی: رهن و صلح، چاپ چهارم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، تهران: گنج دانش.
- چراغی، رضا، منصور امینی و ولی رستمی (۱۳۸۹)، «حقوق مالیاتی و ماهیت حقوقی سهام شرکت‌ها»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۴.
- حائری، محمدحسن و اعظم امینی (۱۳۹۴)، «بررسی قلمرو اجرایی، احکام و آثار حق حبس در عقود معاوضی (با نگاهی تطبیقی به فقه امامیه و حقوق مدنی ایران)»، دانش حقوق مدنی، دوره ۴، شماره ۲.
- حسین زاده، جواد و صابر علانی (۱۳۹۸)، «سازوکار ایفای تعهدات در معاملات بورس اوراق بهادار»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۴۸.
- حبیبان نقیعی، مجید (۱۳۹۲)، تحلیل فقهی اقتصادی اوراق منفعت در بازار سرمایه اسلامی و مطالعه تطبیقی آن با ابزارهای متعارف، رساله جهت دریافت مدرک دکتری علوم اقتصادی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۹۰)، حقوق تجارت، جلد ۲، چاپ بیست و یکم، تهران: انتشارات دادگستر.

- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۹۱)، حقوق تجارت، جلد چهارم، چاپ هجدهم، تهران: انتشارات دادگستر.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۶)، حقوق بازار سرمایه، ج ۴، تهران: انتشارات سمت و دانشگاه شهید بهشتی.
- سلطانی، محمد و حامده اخوان هزاوه (۱۳۹۱)، «ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۱۷.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۳)، «معاملات عمده سهام در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران»، فصلنامه پژوهشهای حقوق خصوصی، ش ۹.
- سلطانی، محمد و خشایار اسفندیاری فر (۱۳۹۲)، «کارکردهای بورس انرژی با تأکید بر تضمین ایفای تعهدات ناشی از معاملات»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، ش ۲۴.
- شاهبازی، مصطفی، عباس قاسمی حامد، محسن جهانگیری و رضا حق پناه (۱۳۹۸)، «بازخوانی حق حبس (اعتبارسنجی کارآیی حق حبس با توجه به قلمرو عملیاتی آن)»، آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۹.
- شوشی نسب، نفیسه (۱۳۹۴)، ماهیت حقوقی اوراق بهادار، تهران: نشر میزان.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۳)، آثار قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲۰، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- صفایی، سیدحسین، اکبر میرزائزاد، مرتضی عادل و محمود کاظمی (۱۳۹۶)، حقوق بیع بین‌المللی (بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس، و ایالات متحده آمریکا، ج ۷، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صفدری، مرضیه (۱۳۹۸)، «حق ناشی از فریز سهام توسط کارگزار»، فصلنامه رأی، شماره ۳۰.
- عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۱)، مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- عیسائی تفرشی، محمد (۱۳۷۸)، مباحثی تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس.
- عیسائی تفرشی، محمد و رضا سکوتی نسیمی (۱۳۸۳)، «بیع سهام شرکت‌های سهامی»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۴۱.
- عیسائی تفرشی، محمد، محمدباقر پارساپور و سیدمصطفی محقق داماد (۱۳۸۷)، «تأثیر اجرای جزئی یا ناقص تعهد بر حق حبس با مطالعه تطبیقی در حقوق برخی کشورهای اروپایی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۵۸.
- غمامی، مجید و مریم ابراهیمی (۱۳۹۱)، «ماهیت حقوقی سهام پذیرفته شده در بورس»، مجله حقوق تطبیقی، دانشگاه تهران، شماره ۲.
- فرحناکیان، فرشید (۱۳۸۸)، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، چاپ دوم، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، عقود معین، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاویانی، کورش (۱۳۹۴)، مقدمه حقوق تجارت، حقوق تجارت ۱، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

- محقق داماد، سیدمصطفی و خشایار اسفندیاری فر (۱۳۹۸)، «عدالت قضایی و نقش آن در مطالبه خسارت قراردادی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۱۰۸.
- مهرپور، حسین و سجاد صفری (۱۳۹۷)، «روح قانون در حقوق ایران»، *مجله حقوق دادگستری*، شماره ۱۰۳.
- میشکین، فردریک اس (۱۳۹۰)، *اقتصاد پول، بانکداری و ابزارهای مالی*، ترجمه: شبیانی، احمد، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- نظری، حسن آقا (۱۳۹۲)، *مبانی فقهی - اقتصادی نهادهای مالی بازار سرمایه اسلامی*، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

آراء قضایی

- دادنامه شماره ۹۲۱۱۰۰۰۱۱ مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۵ هیئت داورى
- دادنامه شماره ۹۳۱۱۰۰۰۳۰ مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۶ هیئت داورى

انگلیسی

- Anand, Indira Anita, (2015), *Investor Rights after the Crisis*, India Rev, Vol. 27.
- Benjamin, Joanna (2001), *Interests in securities a proprietary law analysis of the international securities markets*, Oxford University Press.
- Hudson, Alastair (2013), *Securities Law*, Sweet and Maxwell.
- Johansson, Erica (2009), *Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity*, Springer.
- Kuran, Timur, (2006), *the Absence of the Corporation in Islamic Law: Origins and Persistence*, University of Southern California.
- Micheler, Eva (2009), *The Legal Nature of Securities - Inspirations from Comparative Law*.
- Mooney, Charles (1992), *Property, Credit, and Regulation Meet Information Technology: Clearance and Settlement in the Securities Markets*, *Law & Contemp. Probs.*, Vol 55.
- Schmiedel, Heiko, (2004), *Performance of international securities markets*, Bank of Finland Studies.

پرداخت غرامت غیر مرتبط با تملک ملک در اجرای طرح‌های عمومی در رویه قضایی انگلیس و ایران^۱

امیرحسین علیزاده*، محمدباقر پارساپور**

چکیده

در راستای اجرای طرح‌های عمومی، که توسط دستگاه‌های اجرایی به انجام می‌رسد، گذشته از تملک ملک، ممکن است خساراتی به صاحبان املاک واقع در محدوده طرح وارد شود. پرسشی که در این باره مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان دستگاه اجرایی را مسئول پرداخت غرامت در قبال این قبیل خسارت‌ها شناخت یا خیر. این مسئله از مسائل مهم مورد ابتلا در بسیاری از کشورهاست که بعضاً مغفول مانده است. در مقاله حاضر به شیوه تحلیلی و تطبیقی به بررسی این موضوع در رویه قضایی ایران پرداخته شده است. به‌طور کلی در حقوق انگلیس در این باره از سه نوع خسارت یاد می‌شود: خسارت ناشی از تملک بخشی از ملک؛ خسارت ناشی از نوع عملیات و بهره‌برداری از طرح و خسارت ناشی از سلب حق. کیفیت تعیین غرامت در مورد اول بر مبنای سه قاعده ارزش متقارن یا کاهش ارزش و قاعده قبل و بعد و در مورد دوم بر مبنای شیوه پرداخت خسارت در حوزه مسئولیت مدنی و در مورد سوم بر مبنای ارزیابی هزینه‌های جابه‌جایی یا اتمام فعالیت تجاری صورت می‌پذیرد. قانون و رویه قضایی ایران در ارتباط با خسارات نوع اول و دوم فاقد قواعد متناظر

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری امیرحسین علیزاده با عنوان «مطالعه تطبیقی تملک قهری اراضی اشخاص حقوق خصوصی توسط دستگاه‌های اجرایی در رویه قضایی انگلیس و ایران» با راهنمایی دکتر محمدباقر پارساپور در دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس است.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
(نویسنده مسئول) alizadeh.amir@modares.ac.ir

** دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
parsapour@modares.ac.ir

است و در مورد خسارت نوع سوم نیز رویه قضایی معیار روشنی ارائه نمی‌کند. در برخی موارد تعیین غرامت منوط به توافق طرفین یا در حد خسارات مقطوع می‌باشد. با این حال به نظر می‌رسد که در حقوق ایران می‌توان بر اساس قواعد و اصول پذیرفته‌شده توجیه مقبولی را در اعمال قواعد موجود در حقوق انگلیس فراهم آورد.

واژگان کلیدی: قواعد مک‌کارتی، مسئولیت، خسارت، غرامت، طرح عمومی

مقدمه

دستگاه‌های اجرایی جهت برآوردن نیازهای جامعه و تأمین منافع عمومی ناگزیر به انجام طرح‌های عمومی و عمرانی هستند. چنین اقداماتی ممکن است ناشی از اقدام خلاف قانون دستگاه اجرایی یا آنکه بر مبنای قانون و شرایط مقرر باشد. در هر دو وضعیت دستگاه اجرایی دارای مسئولیت است. در این مفهوم کلی، مسئولیت به «تعهد قانونی شخص بر رفع ضرری که به دیگری وارد کرده است، خواه این ضرر ناشی از تقصیر خود وی باشد یا ناشی از فعالیت او شده باشد» تعریف می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۴۲). اما اگر اقدام دستگاه اجرایی خلاف قانون باشد، در مقابل، وی ضمان قهری خواهد داشت (امامی، ۱۳۸۸: ۳۵۷).^۱ همچنان که تصرف مال یا حقوق اشخاص بدون مجوز قانونی غصب تلقی و غاصب را مکلف به رد عین می‌نماید (رشتی، بی‌تا: ۲).^۲ تحقق چنین حالتی ممکن است به طرح دعاوی مختلف در حوزه ضمان قهری با عناوین مالکیت (خلع ید) یا تصرف (تصرف عدوانی و ممانعت از حق یا مزاحمت) یا پرداخت غرامت به طرفیت دستگاه اجرایی منجر شود.

در برخی موارد اقدامات دستگاه‌های اجرایی ممکن است بر مبنای مجوز قانون و طرح مصوب و رعایت کلیه شرایط قانونی واقع گردد و سبب ایجاد خسارت یا تملک ملک گردد که در این حالت

۱. دادنامه شماره ۱۴۰۳ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری: «مصرحات حکم مقرر در ماده یک لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ و همچنین مقررات قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ مبین جواز تملک اراضی و ابنیه اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی در حد نیاز شهرداری در جهت اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی شهری بر اساس طرح‌ها و نقشه‌های مصوب مراجع و مقامات ذیصلاح است و تمسک به قوانین فوق‌الذکر به منظور تملک اراضی و ابنیه زائد بر آن که تابع احکام قانون مدنی است و جاهد قانونی ندارد...».

۲. ماده ۳۰۸ قانون مدنی: «غصب استیلا بر حق غیر است به نحو عدوان. اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز هم در حکم غصب است.»

ماده ۳۱۱ قانون مدنی: «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد باید مثل یا قیمت آن را بدهد.»

ضمانت اجرای موجود در باب ضمان قهری کارآیی نخواهد داشت و غرامت تعیینی در این وضعیت منبث از قواعد ضمان قهری نیست؛ زیرا اقدامات صورت گرفته با مجوز قانون بوده و دارای مصونیت قانونی است. در حقوق انگلیس نیز پذیرفته شده است که اگر خسارت و زیان وارده ناشی از اقدام غیرقانونی و غیر متناسب و مبتنی بر تقصیر مقام عمومی باشد، ادعای غرامت از طریق قواعد تملک اراضی قابل طرح نخواهد بود. به همین جهت خواهان باید دعوی مسئولیت بر مبنای قواعد کامن‌لا را مطرح نماید (Plimmer, 2008: 144).^۱ با این توضیح می‌توان دریافت که غرامت در حوزه حقوق تملک اراضی مبحثی مستقل از حوزه ضمان قهری است.

در حوزه حقوق تملک اراضی ممکن است اقدامات دستگاه‌های اجرایی بدون تحقق تملک ملک آنان خسارتی وارد آورد. ملک مالکی، به جهت تملک بخشی از آن، در بخش باقیمانده دچار افت قیمت گردد یا به جهت اقدامات صورت گرفته به جهت ایجاد آلودگی‌های صوتی و محیطی مزاحمتی را برای مجاورین منطقه طرح تملک فراهم آورد یا حتی ایجاد و انجام اقداماتی سبب بروز خسارت مازاد بر قیمت و غیر مرتبط با آن گردد که جبران آن را لازم نماید. شاید در بادی امر چنین به نظر آید که اقدامات دارای مجوز قانون نباید جبران خسارتی را به همراه داشته باشد، اما این امر در حقوق انگلیس و ایران دارای پاسخ متفاوت است. به همین جهت این مقاله در پی پاسخ به این پرسش است که در این موارد جبران خسارات باید به چه کیفیتی به عمل آید؟ دیدگاه دو نظام حقوق ایران و انگلیس و بازتاب نظریات در رویه قضایی چیست؟ عناوین جبران خسارت در چه قالبی مطرح می‌گردد و شرایط آن چیست؟

۱. عناوین جبران خسارت

پیش‌مقدمه بحث مذکور موضع هریک از دو نظام حقوقی در خصوص خسارات غیرتملکی است. در رویه قضایی ایران آرای وجود دارد که فرض جبران را صرفاً ناظر به حالت تملک می‌داند و برای جبران زیان حاصل از اقدامات تملکی که منجر به تملک نگردد، در حوزه حقوق تملک اراضی قائل به حقی نیست. شعبه ۸ دیوان عدالت اداری در رأی مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۸ شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۸۰۲۲۳۰ با این استدلال که «... در اجرای آن دسته از طرح‌های عمومی که باعث ایجاد محدودیت‌هایی برای حقوق مالکانه اشخاص می‌گردد، محدودیت‌ها تا زمانی که حقوق مالکانه را کاملاً سلب نکرده باشد، ضرر تلقی نمی‌گردد و چون به تجویز قانون صورت گرفته خسارتی پرداخت

1. Imperial Gaslight and Coke Co v Broadbent (1859) 7 HLC 600. Wildtree Hotels v Harrow London BC [2001] 2 AC 1. National Provident Institution v Avon County Council [1992] EGCS 56.

نمی‌گردد...» حقی قائل نگردید.^۱ علاوه بر این چنانچه اقدامات صورت گرفته، در حالت عادی، منتهی به سلب مالکیت نگردد، اما استفاده متعارف ملک را منتفی سازد، به منزله تملک ملک تلقی و حکم به پرداخت قیمت ملک داده می‌شود. به همین جهت شعبه ۱۲۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۴۱۸۰۱۱۱۵ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۹ با این توجیه که «... ملک مزبور عملاً از منفعت خارج و در حکم تلف بوده...» حکم به پرداخت قیمت داده است. شعبه هجدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۳۷۶ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۵ نیز در تأیید رأی فوق چنین استدلال می‌نماید: «... با توجه به نظریه ابرازی کارشناسان مقدار مساحت تعرضی... باعث سلب هرگونه منفعت مالکین گردیده و از سوی دیگر به لحاظ قرارگرفتن در زیر مسیر خطوط برق فشار قوی شهرداری اجازه هرگونه ساخت‌وساز را به مالکین نمی‌دهد و این امر مؤید این مطلب است که ملک مذکور مسلوب منفعت می‌باشد و باعث افت شدید قیمت آن شده است و از این حیث مالکین در قبال انتقال زمین تحت عبور خطوط برق فشار قوی به آن شرکت مستحق دریافت بهای آن می‌باشند...» توجه به این نکته ضروری است که تلقی دادگاه بدوی و تجدیدنظر، با توجه به متن رأی صادره، ناظر بر پرداخت قیمت ملک در فرض تملک آن است. به عبارتی دیگر سلب منفعت یا کاهش شدید منفعت مالک، ملک را در حکم تلف قرار داده و در حکم تملک تلقی گردیده است، به همین جهت آرای صادره هیچ اشعاری بر پرداخت غرامت و جبران خسارت غیرتملکی ندارد. این امر بدان جهت است که «... حسب لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب^۲... جز بهای عادلانه... حق دیگری را بر مالک زمین پیش‌بینی نکرده است...»^۳ و به همین جهت منظور از خسارت در ماده ۳ ل.ق.ن.خ^۴ مفهومی جز خسارت در فرض تملک ندارد.

در حقوق انگلیس پرداخت غرامت در برابر سلب مالکیت از اصول قدیمی است (HARLOW & RAWLINGS, 2009: 753) و علاوه بر غرامت اصل ملک در مورد غرامت ناشی از خسارت

۱. تصریح قانون بر جبران خسارت در فرض قانونی بودن اقدامات دستگاه اجرایی توسط برخی نویسندگان نیز مورد تأیید قرار گرفته است (کاشانی، ۱۳۹۵: ۱۴۵؛ جلالی و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۰۵).

۲. از این به بعد به اختصار ل.ق.ن.خ را به کار می‌بریم.

۳. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۰۱۰۷۰۰۵۵۱ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۸ صادره از شعبه ۱۰۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

۴. «بهای عادلانه اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق بین «دستگاه اجرایی» و مالک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌گردد.»

وارد بر املاک نیز قواعدی بیان گردیده است. از قوانین اولیه در این مورد بخش ۶۳^۱ و ۶۸^۲ قانون تثبیت قواعد زمین مصوب ۱۸۴۵ بوده است (MCNULTY: 1912: 649-650). این قواعد در طول زمان و با تحلیل در رویه قضایی، در حال حاضر در بخش ۷^۳ و ۱۰^۴ قانون خرید اجباری مصوب ۱۹۶۵ و بخش I قانون غرامت زمین ۱۹۷۳^۵ ذکر گردیده که تحت عنوان کلی «آثار زیان‌بار»^۶ است، اما چنین امری خود به دو بخش تقسیم می‌شود: آثار زیان‌بار ناشی از تملک بخشی از ملک^۷ که سبب «جدایی ملک»^۸ است؛ آثار زیان‌بار در حالتی که ملکی تملک نمی‌گردد.^۹ این عناوین در جدیدترین مصوبات قانونی انگلیس مجدداً مورد تأیید قرار گرفت.^{۱۰} علاوه بر این، بند ۶ از بخش ۵ قانون غرامت زمین ۱۹۶۱^{۱۱} پرداخت غرامتی را تحت عنوان «سلب حق»^{۱۲} پیش‌بینی نموده که به‌طور مستقیم ناشی از قیمت زمین نیست. چنین قواعدی در حقوق انگلیس بر مبنای اصل برابری و عادلانه‌بودن^{۱۳} مطرح گردیده تا وضعیت اشخاص برابر با حالتی باشد که تملک واقع نگردیده‌است (Vaughan & Smith, 2014: 185) و به همین جهت کلیه شرایط مؤثر در تعیین آن در نظر گرفته می‌شود (Blackledge, 2009: 127).

۲. آثار زیان‌بار ناشی از تملک بخشی از ملک

همان‌طور که بیان شد، حق جبران خسارت ناشی از جدایی ملک به موجب بخش ۷ قانون خرید اجباری مصوب ۱۹۶۵ به رسمیت شناخته شده است. چنین جدایی ممکن است افقی یا عمودی^{۱۴} باشد. این ماده مالک را علاوه بر قیمت اصل ملک تملک‌شده، نسبت به کاهش ارزش ایجادی در ملک باقی‌مانده^{۱۵} و در فرض عمودی آن نسبت به کاهش ایجادی در سطح آن نیز مستحق می‌داند.^{۱۶}

1. Land Clauses Consolidation Act 1845 s (63).
2. Land Clauses Consolidation Act 1845 s (68).
3. Compulsory Purchase Act 1965 Part I s(7).
4. Compulsory Purchase Act 1965, Part I s (10).
5. Land Compensation Act 1973 Part I (1) E+ W(1).
6. Injurious affection
7. Injurious affection where part only of the land is taken
8. Severance
9. Injurious affection where no part of the land is taken
10. Housing and Planning Act 2016 (204)(2)
11. Land Compensation Act 1961 part II(5)(6)
12. Disturbance
13. Principle of equivalence and fairness
14. Horizontal or vertical
15. Retained land.
16. City and South London Railway Co v United Parishes of St Mary Woolnoth and St Mary Woolchurch Haw [1905] AC 1.

لرد اسکات در این مورد بیان نموده که خسارت ناشی از جدایی ملک یکی از اشکال اثر زیان‌بار ناشی از اقدامات مقام تملک‌کننده است. فرض کنیم مقام تملک‌کننده، به لحاظ طرح تملک خود مبنی بر احداث آزادراه و عبور از داخل ملک، سبب دو قطعه‌شدن ملک گردد. مقام تملک‌کننده در مورد تملک ملکی که در مسیر آزادراه قرار گرفته، مکلف به پرداخت غرامت است و علاوه بر آن باید خسارت ناشی از کاهش ارزش زمین را پرداخت نماید. این کاهش در دو قالب مطرح می‌گردد: کاهش ارزش ناشی از تقسیم ملک یا کوچک‌شدن آن؛ کاهش ارزش ناشی از اثر زیان‌بار به لحاظ اقدامات یا استفاده مقام تملک‌کننده (The Law Commission, 2003: 22). شق اول ناظر به حالتی است که ملک تملک‌شده بر ارزش ملک باقی‌مانده به جهت جدایی اثر می‌گذارد و شق دوم ناظر بر استفاده پیش‌بینی‌شده برای ملک تملک‌شده است که در دستور یا پیش‌نویس طرح تملک در نظر گرفته شده است (Denyer - Green, 2014: 211).

۲-۱. شرط خسارت در جدایی ملک

شرط تحقق دعوی در مورد خسارت فوق آن است که زمین باقی‌مانده با زمین تملک‌شده مایملک واحد^۱ باشند. لرد واتسون چنین قیدی را چنین تلقی نموده که چندین قسمت از زمین دارای مالک واحد، چنان در کنار یکدیگر بوده و قرار گرفته باشند که تصرف و کنترل هریک ارزش مضاعفی را به کل آن بدهد.^۲ به همین جهت نباید آن را صرفاً نزدیکی فیزیکی^۳ تلقی کرد (Purdue, 2006: 512). در همین پرونده لرد مکناتون آن را وحدت مالکیت منتهی به مزیت یا حفظ مال به عنوان ملک واحد تلقی کرد. لرد سامنر^۴ چنین قیدی را مستلزم آن دانسته که زمین تملک‌شده چنان ارتباط یا اتصالی به زمین باقی‌مانده داشته باشد که مالک در توانایی خود در استفاده یا انتقال همراه با مزیت آن به جهت جدایی ملک دچار نقصان گردد. در پرونده دیگر قاضی بلکبرن تصرف برای هدف مشترک را مفید مفهوم وحدت لازم برای تعلق غرامت دانست.^۵ در پرونده دیگر که شخصی دارای مالکیت نسبت به خانه بود و اختیار خرید زمین‌های مجاور را داشت و بخشی از این زمین‌ها برای احداث بزرگراه مورد تملک قرار گرفت، دادگاه ادعای کاهش قیمت در خانه به علت احداث آزادراه در زمین‌های مجاور را

1. Single Holding.

2. Cowper Essex v Acton Local Board (1889) 14 App Cas 153.

3. Physical proximity.

4. Holditch v Canadian Northern Ontario Railway [1916] 1 AC 536.

5. Holt v Gas Light and Coke Co (1872) 8 LR 728.

پذیرفت با این تعلیل که نیازی نیست که قطعات مجاور به هم پیوسته بوده و دارای حقوق واحد در ملک باشند.^۱

۲-۲. اثر زیان بار ناشی از عملیات یا به کارگیری زمین تملک شده بر ملک باقی مانده

در برخی موارد اجرای عملیات و به کارگیری^۲ طرح پیش‌بینی شده توسط مقام تملک‌کننده سبب کاهش ارزش زمین در قسمت باقی مانده ملک می‌گردد. در این وضعیت نیز طرح دعوی بر مبنای کاهش ارزش زمین و خسارات وارده تحت عنوان اثر زیان بار قابل طرح است (Denyer - Green, 2014: 214). در حقیقت در مقایسه با سبب قبلی که اقدام به تملک صرفاً سبب جدایی گردیده و از این حیث سبب کاهش ارزش می‌گردد، استفاده مورد نظر در طرح یا دستور تملک سبب ایجاد خسارت می‌گردد. به همین جهت اگر بخشی از عرصه خانه شخص مورد تملک قرار گرفته تا جهت احداث عبور خودرو مورد استفاده قرار گیرد، ممکن است اقدامات موجود در آن، در طول زمان احداث، تولید آلودگی صوتی نموده یا ترافیک سنگین خسارتی را ایجاد نماید. تمامی عوامل فوق در زمان ارزیابی باید مورد توجه قرارگیرد.^۳ به همین جهت برخی بررسی وضعیت ملک قبل از تملک و بعد از احداث راه را ضروری دانسته‌اند.^۴ به نحوی که علاوه بر اخذ غرامت ملک تملک شده، کاهش در ارزش زمین نیز قابل جبران است و در ارزیابی کاهش خسارت، علاوه بر غرامت ناشی از مزاحمت، کاهش ناشی از سایر عوامل همچون ازدست رفتن حریم خصوصی شخص^۵ با توجه به کل عملیات مورد لحاظ قرار می‌گیرد.^۶

۲-۳. کیفیت محاسبه خسارت

۲-۳-۱. شیوه‌های تعیین غرامت

در حقوق انگلیس برای تعیین غرامت وارده در فرض جدائی ملک دو روش وجود دارد: روش ارزش متقارن^۷ یا خسارت ارزش زمین^۸؛ قاعده ارزش «قبل و بعد»^۹ (Scottish Law Commission, 2014: 233; The Law Commission, 2002: 55-56)

1. Op penheimer v Minister of Transport [1942] 1 KB 242.

2. Works or use

3. Cuthbert v Secretary of State for the Environment [1979] 2 EGLR 183.

4. Budgen v Secretary of State for Wales [1985] 2 EGLR 203.

5. Buccleuch (Duke) v Metropolitan Board of Works (1872) LR 5 HL 418.

6. Land Compensation Act 1973 s 44.

قبل از قانون ۱۹۷۳ در ارزیابی غرامت صرفاً خسارت ناشی از عملیات و استفاده در بخش تملک شده معیار بوده است.

Edwards v Minister of Transport [1964] 2 QB 134.

7. Concurrent value

8. Loss of land value

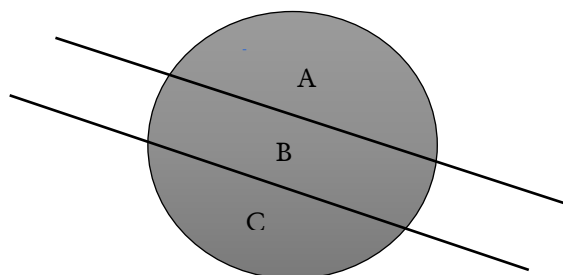
9. 'Before and after' value

۱-۳-۲. ارزش متقارن زمین

میزان غرامتی که باید در این وضعیت پرداخت گردد بر مبنای کاهش ارزش قیمت ملک باقی مانده است؛^۱ زیرا سیاق عبارت در ماده ۷ قانون خرید اجباری به نحوی است که صرفاً شامل ارزش کاهش زمین است.^۲ توجه به این نکته ضروری است که چنین جبرانی شامل سایر عناوین خسارت، مانند هزینه‌های جابه‌جایی، نخواهد شد؛ به همین جهت حتی اگر مالک جهت کاهش خسارات ناشی از چنین امری مبادرت به جابه‌جایی نماید، صرفاً خسارت در حد کاهش ارزش زمین قابل جبران است و غرامتی بابت هزینه‌های جابه‌جایی پرداخت نمی‌شود.^۳ در این روش ملک تملک‌شده مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و سپس کاهش ارزش ملک باقی مانده با توجه به ملک تملک‌شده مورد ارزیابی و بدان افزوده می‌شود. ایراد وارد بر این روش آن است که این دو قسمت به‌نحو جداگانه مورد ارزیابی قرار می‌گیرند و به همین جهت ارزش یکپارچگی ملک^۴ نادیده انگاشته می‌شود. اگر ملکی دارای دسترسی به دو راه باشد، بی‌شک این امر در افزایش قیمت آن مؤثر خواهد بود. حال اگر از میان ملک، طرح تملکی اجرا و سبب جدایی دو بخش گردد و دسترسی هر بخش به یک راه قطع شود، ارزیابی در این وضعیت به مراتب کم‌تر از وضعیتی است که ملک یکپارچه در نظر گرفته شود.

۲-۳-۱-۲. قاعده قبل و بعد

بنابر قاعده مذکور، کل ملک قبل از تملک مورد ارزیابی قرار گرفته، سپس ارزش ملک بعد از تملک ارزیابی می‌گردد. کسر مبلغ اول از دوم غرامتی است که باید به مالک پرداخت گردد که شامل غرامت ملک تملک‌شده به‌علاوه کاهش ارزش ملک باقی مانده است. فرض کنیم در فرض زیر کل مساحت دایره متعلق به شخصی باشد و از میان آن راه عبوری توسط مقام تملک‌کننده، احداث می‌شود (قسمت B) در این صورت غرامت قابل پرداخت به مالک به‌صورت زیر قابل پرداخت است (Gibbard, 2001: 4).



1. Ramac Holdings v Kent County Council UKUT [2014] 109 (LC).
2. Hoveringham Gravels Ltd v Chiltern DC (1978) 35 P&CR 295, 305.
3. Cook v Secretary of State for the Environment (1973) 27 P&CR 234, LT. Ramac Holdings v Kent County Council UKUT [2014] 109 (LC).
4. Marriage value.

مبلغ قابل پرداخت برای کاهش ارزش ملک برابر است با (قیمت تقویم $A+B+C$ قبل از تملک) منهای (قیمت تقویم $A+C$ بعد از تملک + غرامت تملک اصل ملک B) به کارگیری این قاعده عیب روش پیشین از حیث عدم احتساب ارزش یکپارچگی ملک را ندارد. اما در پرونده‌ای که زمین کشاورزی برای احداث کمربندی مورد تملک قرار گرفت، خواهان ادعا کرد که کل ملک باید مورد ارزیابی قرار گرفته و سپس به نسبت قسمت‌های متعدد آن قیمت توزیع گردد؛ زیرا زمین در وضعیت یکپارچه خود دارای ارزش است. دیوان املاک^۱ به کارگیری چنین روشی را نپذیرفت و بر این عقیده بوده که مبلغ غرامت ملک باقی مانده باید به صورت مجزا از کل ملک در نظر گرفته شود،^۲ به همین جهت باید غرامت ناشی از کاهش ارزش زمین به این نحو محاسبه گردد: مبلغ قابل پرداخت برای کاهش ارزش ملک برابر است با (قیمت تقویم $A+C$ قبل از تملک) منهای (قیمت تقویم $A+C$ بعد از تملک)

۲-۳-۲. عوامل مؤثر در تعیین غرامت

عوامل مؤثر بر تعیین میزان غرامت قابل جبران در حالتی که بخش باقی مانده ملک به لحاظ اقدامات مقام تملک کننده کاهش ارزش می یابد، در قالب اقدامات هم سازی و کاهش خسارت^۳ و تقسیم اجاره^۴ (Shapiro & others, 2013: 454) و اصل عدم تأثیر طرح^۵ و کسر مبلغ ارزش افزوده^۶ مطرح می گردد. این عوامل دارای این ویژگی هستند که در تعیین نهایی میزان غرامت دریافتی بنا بر شرایطی اثرگذار هستند.

۲-۳-۲-۱. اقدام مقام تملک کننده به کاهش خسارت

آثار زیان بار ناشی از کاهش ارزش زمین ممکن است از طریق ایجاد پل ها یا ایجاد فنس یا دیوار حائل و سایر اقدامات جایگزین کاهش یابد. در حوزه قانون گذاری انگلیس می توان به ماده ۶۸ قانون تثبیت قواعد راه آهن ها مصوب ۱۸۴۵^۷ اشاره نمود که در بند اول خود به ایجاد گیت، پل و گذرگاه جهت بهبود آثار مزاحمت ناشی از اقدامات مقام تملک کننده اشاره دارد. قانون ۱۹۷۳ یک گام پیش رفته، زیرا تکلیفی بر عهده مقامات تملک کننده قرار داده است که به موجب آن باید آثار ناشی از

1. Lands Tribunal.
2. Abbey Homesteads Group Ltd v Secretary of State for Transport [1982] 2 EGLR 198.
3. Accommodation and Mitigation Works.
4. Apportionment of rent.
5. No- Scheme Rule.
6. Betterment.
7. Railways Clauses Consolidation Act 1845 s 68.E + W + N.I.

آلودگی صوتی اقدامات خود را کاهش دهند.^۱ حتی این امر در مواردی که به طور خاص و با هدف کاهش چنین خسارت‌هایی باشد، قوانین مجوز تملک زمین انجام اقدامات مانع را فراهم می‌آورند.^۲ چنین اقداماتی در صورتی منتهی به کاهش غرامت متعلقه به مالک می‌گردد که در قانون صریحاً پیش‌بینی شده باشد. در غیر این صورت نمی‌توان مالک را به پذیرش چنین اقداماتی اجبار کرد و در نهایت از میزان غرامت وی کاست.^۳

۲-۳-۲-۲. اعمال قاعده عدم تأثیر طرح

بنابر این قاعده در زمانی که ملک مورد تملک قرار می‌گیرد، افزایش و کاهش ارزش ناشی از طرح نسبت به ملک تملک‌شده نادیده گرفته می‌شود. از این اصل تحت عنوان قاعده Pointe Gourde^۴ یا عدم تأثیر طرح یاد می‌گردد که در بخش A ۶ قانون غرامت زمین ۱۹۶۱ مورد تصریح قرار گرفته است. قاعده عدم تأثیر طرح جهت ارزیابی ارزش ملکی که مورد تملک واقع شده است مورد اعمال قرار می‌گیرد، اما در رویه قضایی نسبت به این امر اختلاف شده است که آیا قاعده مذکور درخصوص تعیین غرامت ناشی از کاهش ارزش ملک باقی‌مانده نیز باید به کار گرفته شود یا خیر؟ در پرونده‌ای قضایی موریت بیان داشت که نسبت به ملک باقی‌مانده به لحاظ آنکه طرح تملک وجود نداشته بحث از اعمال قاعده منتفی است.^۵ اما در پرونده دیگری پذیرفته شد که ارزیابی ملک باید بر مبنای قاعده عدم تأثیر طرح صورت پذیرد و نسبت به مجموع ملک این قاعده قابل تسری است.^۶ به همین جهت برخی تعیین غرامت در این حالت را بدین نحو بیان داشته‌اند که قیمت قبل شامل کل منافع موجود در ملک تملک‌شده بدون در نظر گرفتن طرح است و قیمت بعد منافع باقی‌مانده‌ای است که مبین اثر کامل طرح است (Shapiro & others, 2013: 458).

۲-۳-۲-۳. تقسیم اجاره

بر طبق بند اول بخش ۱۹ قانون خرید اجباری ۱۹۶۵ چنانچه ملک موضوع تملک قهری موضوع اجاره‌ای باشد که منقضی نشده باشد و بخشی از آن تملک گردد، در این صورت اجاره بین بخش

1. Land Compensation Act 1973 Part II s 20.

برای مثال می‌توان از دستورالعمل عایق‌گذاری صدا مصوب ۱۹۷۵ نام برد.

Noise Insulation Regulations 1975, SI 1975, N1763.

2. Highways Act 1980 ss261, 246, 282.

3. R v South Holland Drainage Committee Men [1838] 8 A&E 429.

4. Pointe Gourde Quarrying and Transport Co Ltd v Sub-Intendant of Crown lands [1947] AC 565.

5. English Property Corporation v Royal Borough of Kingston Upon Thames (1999) 77 P & CR 1.

6. Melwood Units v Commissioner for Main Roads [1979] AC 426 PC.

تملک شده و بخش باقی مانده تقسیم می‌گردد. برای تقسیم چنین اجاره‌ای ممکن است بین مؤجر و مستأجر و مقام تملک تراضی صورت پذیرد، در غیر این صورت موضوع از طریق دیوان املاک فصل می‌گردد. چنانچه نسبت به بخش باقی مانده خسارت وارد آید، قابل جبران است.^۱

۲-۳-۲-۴. کسر مبلغ ارزش افزوده

در بخش ۷ و ۸ قانون غرامت زمین مصوب ۱۹۶۱ که به موجب بخش ۶B همین قانون اصلاح گردیده است^۲ و در برخی از قوانین دیگر از جمله بخش ۲۶۱ قانون آزادراه‌ها مصوب ۱۹۸۰، فرضی پیش‌بینی شده است که به موجب آن چنانچه در اثر طرح مقام تملک‌کننده، ارزش ملک باقی مانده افزایش یابد، چنین افزایشی از غرامت قابل پرداخت در بخش ملک تملک شده کسر می‌شود.^۳ اعمال قاعده منوط بر آن است که کاهش غرامت مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته باشد^۴ (Denyer- Green, 2014: 223). به علاوه افزایش ایجادشده ناشی از طرح یا پروژه باشد. به همین جهت در پرونده‌ای که در آن کوک به پیمانکار ساخت راه اجازه تخلیه خاک در زمین خود را داد و با بالا آمدن ملک افزایش قیمت یافت، دیوان املاک ادعای مربوط به کسر چنین افزایشی از ملک دیگر متصل به زمین فوق را نپذیرفت؛ زیرا چنین افزایشی ناشی از هدف طرح (احداث راه) نبوده، بلکه ناشی از خاکریزی بوده است.^۵

در پرونده دیگر که ملکی برای احداث راه مورد تملک قرار گرفت و ۶/۶۴ جریب آن باقی ماند، مقام تملک‌کننده در مقام دفاع بیان داشت که اجازه طرح برای ملک باقی مانده جز از طریق احداث راهی که موضوع طرح تملک بوده است امکان صدور ندارد و چنین افزایشی بالغ بر ۱۸۲۶۰۰ پوند است. دیوان املاک این امر را که اجازه طرح فقط پس از احداث راه مقدور است پذیرفت اما آن را افزایش ارزش تلقی نکرد. بلکه چنین امری را نتیجه غیرمستقیم احداث راه دانست و در ادامه بیان

1. Compulsory Purchase Act 1965(19)(1).

2. Land Compensation Act 1961(6B)(2) substituted for ss. 6-9 (22/9/2017) by Neighbourhood Planning Act 2017 (c. 20), ss. 32(3), 46(1).

3. Esso Petroleum Company Ltd v Secretary of State for Transport [2008] RVR 351.

4. South Eastern Railway Co v London County Council [1915] 2 Ch 252.

در پرونده Esso Petroleum Company دیوان املاک با در نظر گرفتن همین نظر بیان داشت:

10. It is agreed that a deduction for betterment only falls to be made if it is required by statute.

5. Cook v Secretary of State for the Environment (1973) 27 P&CR 234, LT.

داشت که شرط کسر افزایش آن است که ارزش باید «به طور مستقیم ناشی از هدفی که زمین تملک گردیده باشد، مانند ایجاد دسترسی جدید و یا بهبود آن نسبت به ملک باقی مانده.»^۱

۳. اثر زیان بار در حالت عدم تملک ملک

حقوق انگلیس در این زمینه دارای دو منبع است؛ اول بخش ۱۰ از قانون خرید اجباری زمین مصوب ۱۹۶۵ که غرامت ناشی از اجرای عملیات است.^۲ دوم بخش I از قانون غرامت زمین مصوب ۱۹۷۳ که عنوانی خاص تحت غرامت ناشی از کاهش ارزش زمین به جهت به کارگرفتن اقدامات (استفاده) عمومی دارد.^۳ به همین جهت نیز ما نیز این امر را در دو بخش مجزایی می گیریم: زیان های ناشی از عملیات؛^۴ زیان های ناشی از استفاده.^۵

۳-۱. زیان های ناشی از عملیات

بخش ۱۰ قانون ۱۹۶۵، شکل مدرن بخش ۶۸ قانون ۱۸۴۵ است و اگرچه در مرحله اول، قاعده ای شکلی به نظر می رسد، اما در ضمن آن حقی برای جبران خسارت ناشی از اقدامات زیان بار در نظر گرفته است.^۶ از نظر قاضی اسکات^۷ و همچنین لرد هافمن^۸ (بر مبنای قانون ۱۸۴۵) باید بین حالتی که اقدام مقام تملک کننده سبب سلب مالکیت زمین است و حالتی که اقدامات صورت گرفته سبب آثار زیان بار گردیده، تفاوت قائل شد. از نظر وی غرامت ناشی از آثار زیان بار ارتباطی به تملک ملک ندارد، بلکه جبرانی است که قانون گذار به جهت اجرایی شدن اقدامات دارای مجوز مقام تملک کننده برای شخص زیان دیده مقرر داشته است. نظر فوق در رویه قضایی در زمان حاکمیت قانون ۱۸۴۵ دارای مخالفینی بود؛ از جمله نظر لرد کایرنز که معتقد است بخش ۶۸ شرایطی را برای استحقاق شخصی که ملک وی به نحو زیان باری خسارت دیده، ندارد.^۹ در پرونده ای دیگر که یکی از امور مورد بررسی در آن امکان ارزیابی غرامت در حالتی بوده که اخطار خرید اجباری^{۱۰} به مالک داده نشود^{۱۱}، دیوان املاک به پنج پرونده ای استناد نمود که در بین فاصله زمانی ۱۸۵۰ تا ۱۹۰۴

1. Portsmouth Roman Catholic Diocesan Trustees v Hampshire County Council [1980] 1 EGLR 150.
2. Compulsory Purchase Act 1965 s (10)(1).
3. Land Compensation Act 1973 part I(1)E + W(1).
4. Injurious affection by the execution of the works.
5. Injurious affection by the use of public works.
6. Wildtree Hotels v Harrow London BC [2001] 2 AC 1.
7. Horn v Sunderland Corp [1941] 2 KB 26.
8. Wildtree Hotels v Harrow London BC [2001] 2 AC 1.
9. Hammersmith and City Railway Co. v. Brand (1869) L.R. 4 H.L. 171, 217-218.
10. Notice to treat.
11. Kent County Council v Union Railways (North) Ltd. & Anor [2009] RVR 146.

مطرح و در آن پذیرفته شد که بخش ۶۸ برای غرامت در وضعیت تملک ملک نیز کارایی دارد و در قرن نوزدهم آن چنان که لرد اسکات بدان نظر دارد، تفسیر محدودی از بخش ۶۸ نگردید و به همین جهت اعمال چنین تفسیری را در حقوق کنونی امکان‌پذیر دانست. در نظر مذکور پذیرفته شد که بخش ۱۰ حتی در زمانی که مقام تملک‌کننده اقدامات لازم قانونی در راستای تملک را به انجام نرساند نیز مجری است تا مالک قادر به طرح ادعای غرامت ناشی از تملک ملک گردد.^۱ به همین روی لرد بلکبرن نیز قاعده را صرفاً در حد قاعده شکلی نپذیرفته و بیان داشت که بخش ۶۸ به مالکی که ملک وی تملک شده امکان جبران غرامت را داده است.^۲ با وجود این مشهور پذیرفته‌اند که بخش ۱۰ قانون خرید اجباری صرفاً در پرونده‌هایی قابل اعمال است که ملکی تملک نگردد.

۳-۱-۱. شرایط تحقق

۳-۱-۱-۱. قلمرو عملیات

در بند چهارم بخش اول قانون خرید اجباری ۱۹۶۵ تعریفی از عملیات بیان شده که بر مبنای آن «عملیات و اقدام به معنای عملیات و اقدامی است که بر حسب هر طبیعتی، مجوز اعمال بر اساس قانون خاص گرفته بود».^۳ به همین جهت در پرونده‌ای که عملیات بزرگراه توسط مقام محلی بزرگراه تحت قانون بزرگراه‌ها ۱۹۵۹ انجام شد اما مسدودی راه‌ها و دسترسی‌ها بر مبنای دستور وزیر به موجب قانون برنامه‌ریزی محلی و شهری ۱۹۴۷ صادر شد، پرداخت غرامت بر مبنای بخش ۱۰ به جهت دستور توقف پذیرفته نشد؛ زیرا چنین اثری ناشی از عملیات قانون تجویزکننده آن نبوده است.^۴ لرد دنینگ علت قطعی این امر را قانون حاکم بر عمل توقف (قانون ۱۹۴۷) دانست که در آن حق غرامتی بر مبنای دستور توقف پیش‌بینی نشده است.^۵ در عین حال در پرونده دیگر که با اعمال دستوراتی در توقف به همراه اجرای عملیات کنارگذاری احداث گردید، ادعای غرامت پذیرفته شد؛ زیرا دستورات توقف تا زمانی که اجرای عملیات شروع نگردیده باشد قابلیت اعمال ندارد و مجموع دستورات و عملیات اجرایی و دستور خرید اجباری، تحت عنوان «قانون خاص» و «عملیات» قرار می‌گیرد.^۶ دادگاه در این پرونده منظور از قانون خاص مندرج در ماده را قانون مجوز طرح تملک

1. Kent County Council v Union Railways (North) Ltd.& Anor [2009] RVR 146.

2. Tiverton and North Devon Railway Co v Loosemore (1884) 9 App Cas 480.

3. Compulsory Purchase Act 1965 part I(1)(4). In this Part of this Act "the works" or "the undertaking" means the works or undertaking, of whatever nature, authorised to be executed by the special Act.

4. Jolliffe v Exeter Corpn [1967] 2 All ER 1099.

5. Jolliffe v Exeter Corpn [1967] 2 All ER 1099.

6. Wagstaff v Department of the Environment, Transport and the Regions [1999] 2 EGLR 108.

ندانست و به همین جهت تفاوتی بین آنکه دستورات از سوی مقام تملک‌کننده یا غیر آن باشد داده نشد. چنین نظری در پرونده دیگری در دادگاه تجدیدنظر مورد پذیرش قرار گرفت؛ اگرچه که در این پرونده، به خلاف پرونده‌های سابق، مقام تملک‌کننده و صادرکننده دستور توقف و همچنین قانون مجوز طرح و دستور تملک یکسان بود.^۱

۳-۱-۱-۲. قواعد مک‌کارتی

یکی دیگر از شروط احراز دعوی غرامت بر مبنای بخش ۱۰ تحقق عناصر قواعد مک‌کارتی است که منوط بر وجود چهار شرط است:^۲

۱. اثرات زیان‌بار باید ناشی از اقدام قانونی مقامات تملک‌کننده باشد، در غیر این صورت جبران باید در دادگاه‌های مدنی (بر طبق قواعد کامن‌لا) صورت پذیرد؛
۲. اثرات زیان‌بار باید ناشی از عواملی باشد که انجام آن بدون قوانین تجویزکننده اقدامات مربوط به طرح، طرح دعوی را ممکن سازد؛
۳. ضرر و زیانی که نسبت به آن ادعای غرامت می‌گردد باید در مورد خساراتی باشد که به ارزش زمین وارد آمده است؛

۴. خسارت زمین باید ناشی از اقدامات اجرایی باشد، نه از استفاده‌های مجاز زمین که در راستای تملک قهری زمین و متعاقب تکمیل طرح است.

این قواعد در رأی دیگر در دادگاه پژوهش انگلیس مورد استفاده واقع شد در عین حال شرط پنجمی به آن اضافه گردید: میزان غرامتی که باید تعیین گردد بر طبق قواعد عمومی است که در حقوق مسئولیت مدنی در مورد خسارت اعمال می‌گردد.^۳

۳-۱-۱-۲-۱. اقدام بر مبنای قانون

همان‌طور که بیان شد، در حقوق انگلیس پذیرفته شده است که اگر خسارت و زیان وارده ناشی از اقدام غیرقانونی و مبتنی بر تقصیر مقام عمومی باشد در این صورت ادعای غرامت از طریق قواعد تملک اراضی قابل طرح نخواهد بود. به همین جهت خواهان باید دعوی مسئولیت بر مبنای قواعد کامن‌لا را مطرح نماید. در پرونده‌ای خواهان‌ها مالکین هتلی بودند که در مجاورت زمین موضوع طرح تملک قرار داشت و دستور خرید اجباری در سال ۱۹۸۶ تصویب می‌گردد. مالکین هتل ادعای خود را چنین بیان کردند که، در طول دوره عملیات، آن‌ها تحت تأثیر اشکال مختلفی از تجاوز به

1. Moto Hospitality Ltd v Secretary of State for Transport [2007] EWCA Civ 764.

2. Metropolitan Board of Works v McCarthy (1874) LR 7 HL 243. McCarthy Rules.

3. Clift v Welsh Office [1999] 1WLR 769, 801.

استفاده و بهره‌برداری از هتل قرار گرفته‌اند. خواهان‌ها بیان داشتند که در غیاب مصونیت قانونی در اجرای طرح آن‌ها اختیار و حق طرح دعوی بر مبنای مزاحمت عمومی و خصوصی^۱ را دارند و به همین جهت بر مبنای بخش ۱۰ قانون ۱۹۶۵ ادعای خود را مطرح کردند.^۲ لرد هافمن در این پرونده بیان داشت که چنانچه مقام قانونی تملک خارج از اختیارات قانونی خود عمل کند، استحقاق غرامت بر مبنای قاعده مذکور را ندارد.^۳ چنین امری در پرونده دیگر از سوی لرد کمبل بیان شد (در زمان حاکمیت بخش ۶۸ قانون ۱۸۴۵) که چنانچه تقصیر در محدوده اختیارات قانونی اعطایی نباشد، طرح دعوی بر مبنای قواعد کامن لا امکان‌پذیر است.^۴

۳-۱-۱-۲-۲. عدم فزونی جبران نسبت به اعمال قواعد کامن لا

در پرونده Wildtree Hotels در شرح قواعد مذکور بیان گردید که اثر زیان‌بار متضمن زیان ناشی از تقصیری است که بر مبنای مجوز قانون پذیرفته شده است.^۵ در این پرونده پس از بیان نظریه لرد کمبل که بیان داشت: «زیانی قابلیت جبران بر مبنای قواعد مذکور را دارد که اگر اختیار و مجوز قانونی وجود نداشت، امکان طرح آن وجود داشته باشد»^۶، چنین نتیجه‌گیری شد که امکان اقدام باید بر مبنای قواعد مزاحمت عمومی یا خصوصی وجود داشته باشد.^۷ به همین جهت رویکردهای مربوط به غرامت در حقوق تملک اراضی در پی آن نیست تا وضعیت مالک در حالتی که بر مبنای قانون طرح دعوی نموده بهتر از حالتی باشد که به موجب قواعد کامن لا طرح دعوی می‌نماید. به همین جهت مقام تملک‌کننده فقط در حدی که یک شخص خصوصی نسبت به آن مسئول است مسئولیت خواهد داشت (The Law Commission, 2002: 158).

۳-۱-۱-۲-۳. مؤلفه مزاحمت

در مسئولیت مدنی انگلیس مزاحمت^۸ یکی از عناوین مسئولیت نسبت به املاک است (Owen, 1970: 97) که به عمومی، خصوصی و قانونی تقسیم می‌گردد (Harpwood, 2009: 242). در حقوق تملک صرفاً با دو شق اول برخورد داریم؛ به همین جهت صرفاً به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

1. Public and private nuisance.
2. Wildtree Hotels v Harrow London BC [2001] 2 AC 1.
3. Wildtree Hotels v Harrow London BC [2001] 2 AC 1.
4. Imperial Gas Light and Coke Co. v Broadbent (1859) 7 H.L.Cas. 600, 612.
5. Wildtree Hotels v Harrow London BC [2001] 2 AC 1.
6. In re Penny v South Eastern Railway Co. (1857) 7 E. & B. 660-669.
7. Wildtree Hotels v Harrow London BC [2001] 2 AC 1.
8. Nuisance.

۱-۳-۲-۱-۱-۳. مزاحمت عمومی

مزاحمت عمومی در زمره جرایم است و در زمانی ایجاد می‌گردد که به‌نحو اساسی آسایش و راحتی معقول زندگی گروهی از اشخاص را متأثر سازد.^۱ به همین جهت عناصر زیر در احراز آن مؤثر است (Harpwood, 2009: 243-245):

۱. اثر اساسی که مرتبط با درجه تجاوز به آسایش و راحتی است؛ مانند برگزاری جشنواره خیابانی که سبب ایجاد صدا و ترافیک گسترده است،^۲ مسدودسازی آبراه،^۳ صف‌بندی در بزرگراه که سبب انسداد آن شود؛^۴

۲. اثبات برهم‌زدن آسایش و راحتی معقول. این مؤلفه مشترک بین مزاحمت عمومی و خصوصی است؛

۳. متأثرشدن گستره عظیمی از اعضای جامعه قبل از طرح ادعای مزاحمت عمومی. در پرونده Attorney General v PYA Quarries^۵ قاعده و تعریفی درخصوص تعداد اشخاص لازم برای تحقق این شرط ارائه نشد، اما لرد دنینگ تحقق این شرط را نسبت به مزاحمتی که انتظار رفع آن از سوی تنها یک شخص وجود داشته باشد ممکن ندانست.

۲-۳-۲-۱-۱-۳. مزاحمت خصوصی

مزاحمت خصوصی متشکل از تداوم تجاوز غیرقانونی و غیرمستقیم نسبت به استفاده و بهره‌برداری از زمین یا منافع موجود یا مرتبط با آن است. بنابراین عناصر زیر جهت تحقق آن لازم و ضروری است (Harpwood, 2009: 251-259):

۱. تداوم تجاوز در مدت زمانی که خواهان از زمین استفاده یا بهره‌برداری می‌نماید. در پرونده‌ای چنین اتخاذ تصمیم شد که مقام تملک‌کننده وظیفه کاهش مزاحمت ناشی از ریشه‌های درختان به پایه ساختمان را دارد.^۶ با وجود آنکه ایراد خسارت قبل از انتقال مالکیت ملک به خواهان بود؛

۲. تجاوز غیرقانونی که معیار آن اقدامات غیر معقول شخص باشد؛

1. Attorney General v PYA Quarries [1957] 2 QB 169.

2. Attorney General of Ontario v Orange (1971) 21 DLR 257.

3. Rose v Miles (1815) 4 M & S 101.

4. Lyons v Gulliver [1914] 1 Ch 631.

5. [1957] 2 QB 169.

6. Delaware Mansions and Fleckson Ltd v Westminster CC [2001] UKHL 55.

۳. تجاوز باید به صورت غیر مستقیم باشد نه مستقیم (در زبان حقوقی ما اثبات ید)؛ زیرا در این حالت دعوی تجاوز باید مطرح گردد؛ مانند جریان دود و غبار به داخل زمین،^۱ جریان بوی تعفن به ملک مجاور،^۲ برهم زدن خواب همسایه به جهت لرز و صدا؛^۳

۴. تجاوز باید نسبت به استفاده یا بهره‌برداری نسبت به ملک یا نسبت به حقوق موجود با مرتبط به آن باشد که در ماده ۲۰۵ قانون حقوق اموال^۴ بیان شده است.

۳-۳-۲-۱-۱-۳. مزاحمت در حقوق تملک

با ذکر مختصر فوق به جریان قواعد مذکور در حقوق تملک اراضی می‌پردازیم. در پرونده *Andreae v Selfridge & Co Ltd*^۵ پذیرفته شد که «وقتی شخصی با اقداماتی عادی مانند تخریب و ساخت مجدد سروکار دارد، هر کسی باید در معرض کمی عدم آرامش قرار گیرد؛ زیرا اقداماتی از این دست بدون مقداری صدا یا گرد و خاک قابل انجام نیست؛ بنابراین قواعد مربوط به مزاحمت باید با توجه به این شرایط تعبیر گردد...». در رابطه با اقداماتی با این ویژگی مانند تخریب یا ساختمان‌سازی، اگر به نحو معقول به انجام برسد و همه گام‌های مناسب و معقول برداشته شود تا اطمینان حاصل گردد که هیچ آسیب یا مزاحمت بی‌موردی برای مجاور به وقوع نپیوسته است، خواه ناشی از صدا، غبار یا علل دیگر باشد، مجاور ناچار به تحمل آن است.» در این نظر توجه و اقدام معقول نسبت به مجاور رکن مرکزی پذیرش دعوی غرامت دانسته شد. در پرونده *Wildtree Hotels* نیز لرد هافمن با توجه به نظریه لرد ویلبرفورس چنین نظری را مورد پذیرش قرار داد.^۶

اما در پرونده *Clift v Welsh Office*^۷ نظر مخالف مطرح شد. ادعا ناشی از عملیات گسترده آزادراه مشرف به ملک خواهان و نسبت به خسارات فیزیکی مطرح شد که شامل هزینه بازسازی دیوار و ترک سقف و بهبودی اثرات گرد و خاک و لجن روی دکوراسیون ورودی و خروجی بود. در این پرونده با تفاوت قائل شدن بین خساراتی مانند عدم آسایش و خساراتی عینی، در مورد شق اول رعایت اقدامات معقول در کاهش خسارت را موجب سلب مسئولیت نسبت به غرامت دانست، اما در مورد خسارات دیگر مانند ترک و احداث دیوار قائل به مسئولیت ولو با رعایت اقدامات معقول شد.

1. *St Helen's Smelting Co v Tipping* (1865) 11 HLC 642.

2. *Bliss v Hall* (1838) 4 Bing NC 183.

3. *Halsey v Esso* [1961] 2 All ER 145.

4. *Law of Property Act* 1925.

5. *Andreae v Selfridge & Co. Ltd.* [1938] Ch 1, 5-6.

6. *Wildtree Hotels v Harrow London BC* [2001] 2 AC 1. *Allen v Gulf Oil Refining Ltd* [1981] AC 1001, 1011.

7. [1999] 1 WLR 796.

در خسارت‌هایی که ناشی از مزاحمت عمومی است، معیار دیگری نیز اضافه گردیده است که بر مبنای آن باید خسارت خاص^۱ یا ویژه^۲ اثبات گردد، به نحوی که «خواهان... زیان خاصی دیده که گسترده‌تر از زیان وارده به عموم مردم است...»^۳.

در پرونده‌ای که در آن خواهان قرارداد اجاره‌ای را برای منطقه خدمات رفاهی در بزرگراه منعقد کرده و مشرف به نقطه اتصال به آن کار می‌کرد، تغییرات اساسی در نقطه اتصال به بزرگراه در طول مدت عملیات سبب مانع موقت دسترسی به مجتمع خدماتی و رفاهی و طولانی شدن دسترسی و کاهش آن گردید. دادگاه تجدیدنظر پذیرش ادعای مستلزم تحقق تجاوز مستقیم به دسترسی به جایگاه مجتمع دانست، به نحوی که فراتر از ترافیک حد انتظار طرح در حالت معمولی باشد. خواهان نتوانست زیان خاص، مستقیم و اساسی را به اثبات برساند. دسترسی سریع به مجتمع به نحو اساسی متأثر نگردیده و خسارت به واسطه انسداد مستقیم دسترسی نبوده، بلکه برای بازطراحی نقطه اتصال به بزرگراه بوده است؛ به همین جهت قاضی کارنواس شدت یا ضعف ترافیک را که اثر مستقیم در میزان تجارت چنین مجتمع‌هایی دارد، مقتضای چنین تجارتی تلقی و مزایا یا عدم مزیت آن را ناشی از ریسک تجاری آن دانست.^۴

۴-۲-۱-۱-۳. خسارت نسبت به ملک باشد

بر اساس شرط دیگر لازم برای تحقق دعوی غرامت بر مبنای بخش ۱۰، خسارتی قابل جبران است که فقط نسبت به ملک یا منافع موجود در آن باشد؛ به همین جهت شامل خسارات شخصی و خسارت‌های تجاری^۵ یا عدم آسایش نمی‌گردد.^۶ به همین جهت لرد وستبری بین مزاحمتی که به واسطه ایجاد خسارت مادی بر مال واقع شده و موردی که موجبات آزار روحی و روانی شخص می‌گردد تفاوت قائل شد و تحقق جبران را صرفاً ناظر به قسم اول دانست.^۷ لرد کارنواس (یکی از قضات پرونده اخیر) در تعلیل چنین امری در پرونده‌ای که دو سال بعد مطرح شد بیان داشت که زیان باید نسبت به ملک واقعی باشد؛ مانند شل شدن پایه‌های ساختمان یا انسداد نور یا سایر اشکال زیان‌بار فیزیکی. پذیرش تفسیری غیر از این امر سبب مطرح شدن ادعاهای گسترده و بدون حد و حصری می‌گردد، که مورد نظر

1. Special.

2. Particular.

3. Wildtree Hotels v Harrow London BC [2001] 2 AC 1.

4. Moto Hospitality Ltd v Secretary of State for Transport [2007] EWCA Civ 764.

5. Business loss.

6. Wildtree Hotels v Harrow London BC [2001] 2 AC 1.

7. St. Helen's Smelting Co. v Tipping (1865) 11 HL Cas 642, 650. Metropolitan Board of Works v. McCarthy (1874) L.R. 7 H.L. 243.

قانون‌گذار نبوده است.^۱ در پرونده‌ای بازسازی راه مشرف به تونل مرسی سبب ایجاد خسارت موقت و دائم به دسترسی مستقیم به نمایشگاه ماشین خواهان گردید. خواهان مدعی خسارت تجاری و سلب منافع گردید. در بخش خسارت تجاری ادعا پذیرفته نشد، اما لرد ویلبرفورس بیان داشت در صورت اثبات این امر که فقدان سودآوری ارزش منفعت موجود در ملک را متأثر ساخته است، خواهان می‌تواند برای جبران چنین کاهش ارزشی دعوی غرامت مطرح نماید.^۲

اما در پرونده Wildtree Hotels خسارات وارده به روان و ایجاد عدم آرامش مانند صدا و لرزش و گردوخاک خارج از عنوان جبران دانسته نشد، به همین جهت عدم آسایش ناشی از این حالات که منتهی به کاهش ارزش ملک در اجاره یا فروش آن گردد، دارای ویژگی یکسانی با خسارت فیزیکی خواهد بود اما دادگاه در نهایت بنا بر جهاتی دیگر خواهان را مستحق غرامت ندانست.^۳

۳-۱-۱-۲-۵. خسارت نسبت به عملیات باشد نه استفاده

یکی دیگر از شرایط پرداخت غرامت بر مبنای بخش ۱۰ آن است که خسارت ناشی از عملیات مقام تملک‌کننده باشد؛ به همین جهت خسارت ناشی از استفاده طرح تملک، بر این مبنا قابل پرداخت نیست. در پرونده‌ای مقام تملک‌کننده ریل قطاری را در کنار خانه شخصی احداث کرد، بدون آنکه ملکی از وی تملک گردد. مالک ملک ادعای غرامت بر مبنای لرزش و صدا و دود ناشی از عبور قطار را مطرح نمود، در حالی که هیچ‌گونه خسارت فیزیکی به ملک وارد نشده بود. مجلس لردان ادعای غرامت را نپذیرفت؛ به جهت آنکه چنین آثاری را ناشی از استفاده‌ای که قانون تجویز نموده تلقی نمود.^۴

۳-۱-۲. کیفیت تعیین غرامت

همان‌طور که بیان شد، بخش ۱۰ در حقیقت جایگزینی برای اعمال قواعد مربوط به مسئولیت مدنی در حقوق تملک اراضی است و به همین جهت تعیین غرامت بر مبنای قواعد حقوق مسئولیت مدنی صورت می‌پذیرد، به نحوی که وضعیت زیان‌دیده به حالت قبل از وقوع زیان بازگردد (Denyer v Green, 2014: 330). آنچه حقوق مسئولیت مدنی در باب مزاحمت قابل پرداخت می‌داند، کاهش ارزش کلی ملک^۵ است. با وجود این در پرونده Wildtree Hotels خسارات موقت موجود در طول زمان و تداوم آن، در صورتی که منتهی به کاهش ارزش منافع ملک گردد، قابل جبران تلقی گردید و

1. Ricket v Metropolitan Railway Co. (1867) L.R.2 H.L. 175, 198.

2. Argyle Motors (Birkenhead) Ltd v Birkenhead Corpn [1975] AC 99.

3. Wildtree Hotels v Harrow London BC [2001] 2 AC 1.

4. Hammersmith and City Railway Co. v. Brand (1869) L.R.4 H.L. 171.

5. Capital value

مبنای غرامت نیز کاهش ارزش اجاره‌بهای ملک در آن دوره قرار داده شد. علاوه بر این امر، خواهان می‌تواند خسارات آینده را که به‌طور معقول قابلیت پیش‌بینی دارد تقاضا نماید و چنین امری حتی پس از اتمام عملیات نسبت به غرامتی که به‌لحاظ تغییر در عملیات ایجاد شده یا در زمان طرح دعوی قابل پیش‌بینی نبود، قابل تسری است (Denyer-Green, 2014: 330).^۱

۳-۲. زیان‌های ناشی از استفاده

بخش I از قانون غرامت زمین ۱۹۷۳ منبع قانونی چنین غرامتی است. این مقرر جهت کاهش بی‌عدالتی ناشی از تفسیر مضیق بخش ۱۰ تحت قواعد مک‌کارتی تصویب گردید. وزارت دادگستری انگلیس با امعان نظر به این امر در ابتدای گزارش ۱۹۶۹ بیان داشت که باید بین حالتی که غرامت ناشی از آثار زیان‌بار به جهت تملک ملک است و حالتی که ملکی تملک نمی‌گردد، تفاوت قائل شد. به همین جهت کنارگذاشتن زیان ناشی از استفاده یا اقدامات مقام تملک‌کننده^۲ موجب بی‌عدالتی گردیده است و به همین جهت طرح اصلاح آن پیشنهاد گردید (The Law Commission, 2002: 162). این بخش جهت کاهش وارد به ارزش ملک حق جبران را برای مالکین خاصی پیش‌بینی کرده است.

۳-۲-۱. شرایط طرح دعوی غرامت

جبران ناشی از بخش I با وجود شرایط زیر حاصل می‌گردد: ارزش منافع مورد ادعای خواهان در ملک کاهش یافته باشد؛ کاهش ناشی از عوامل فیزیکی باشد؛ عوامل فیزیکی به‌نحو مستقیم ناشی از استفاده اقدامات عمومی باشد؛^۳ استفاده صورت گرفته امکان طرح بر مبنای قواعد مسئولیت مدنی از مزاحمت را ایجاد ننماید. به عبارتی بهتر برای مقام تملک‌کننده مسئولیت مدنی ایجاد نشده باشد؛ منافع مورد ادعا کاملاً مشخص گردد؛^۴ خواهان ادعای خود را در زمان و به شیوه صحیح قانونی مطرح نماید.^۵ در قسمت ۳ از بخش I قانون ۱۹۷۳ نیز در تکمیل شرایط طرح ادعا و مندرجات آن به طرفیت مقام مسئول پرداخت غرامت چنین بیان شده است:^۶

۱. زمینی که در مورد آن ادعا مطرح شد؛^۲ منفعت خواهان و تاریخ و روشی که تملک صورت پذیرفته است؛^۳ تصرف خواهان نسبت به زمین جز در مواردی که منفعت بدون تصرف صلاحیت

1. Colac (President, etc of) v Summerfield [1893] AC 187. Chamberlain v West End of London and Crystal Palace Rly Co (1863) B&S 617.

2. Use of public works.

3. Land Compensation Act 1973 I(1)(3).

4. Land Compensation Act 1973 I(1)(1)(a).

5. Land Compensation Act 1973 I(1) (1)(b).

6. Land Compensation Act 1973 I(3)(1).

طرح دعوی را داشته باشد؛ ۴. سایر منافع موجود در زمین که مورد شناسایی خواهان قرار گرفته است؛ ۵. عملیات عمومی مرتبط با ادعای مطرح شده؛ ۶. میزان غرامت مورد ادعا. فقدان ارائه شروط مذکور ممکن است به بی‌حق‌شناختن خواهان بینجامد. به همین جهت در پرونده‌ای که در آن خواهان میزان غرامت مورد ادعا را بیش از ۵۰ پوند بیان داشت، بدون آنکه مقدار دقیق آن را مطرح نماید، دعوی مردود اعلام شد.^۱

اشخاص صالح برای طرح چنین ادعایی منحصر و محدود می‌باشند. منفعت ملکی که تحت عنوان حق سکنی^۲ از آن یاد می‌شود، می‌تواند موضوع دعوی غرامت باشد. این منفعت یا به‌طور مستقیم ناشی از مالکیت مطلق^۳ است یا ناشی از مالکیت منافع^۴. مالکیت منافع برای طرح چنین ادعایی نباید کمتر از سه سال باشد و در زمان طرح دعوی منتفی نگردد.^۵ در زمین‌های غیرمسکونی نیز خواهان باید مالک یا متصرف^۶ باشد و زمین یا باید دارای کاربری زراعی بوده یا ارزش سالیانه داشته باشد که در قوانین مربوط به برنامه‌ریزی شهری و کشوری قید گردیده است.^۷

۱-۲-۳. عوامل فیزیکی

عوامل فیزیکی موجب حق جبران شامل صدا، لرزش، بو، دود، روشنایی مصنوعی یا تخلیه مواد جامد یا مایع می‌گردد.^۸ بنابر قسمت (۶) (۱) چنین عوامل فیزیکی در صورتی جبران بر مبنای ماده اخیر را امکان‌پذیر می‌سازد که دارای مجوز قانونی لازم برای اقدام باشند. به عبارتی روشن‌تر اقدام بر مبنای قانون صورت پذیرفته باشد، جز در موردی که عملیات مربوط به بزرگراه باشد که در این صورت چنین شرطی لازم نیست.^۹ به همین جهت در پرونده‌ای که در آن ساخت پارک خودرو تحت ماده

1. Fennesy v London City Airport Ltd (1995) 31 EG 76, LT.

2. dwelling

3. Freehold

4. Tenancy

5. Land Compensation Act 1973 I (2)(2).

6. Owner- Occupier

7. Land Compensation Act 1973 I (2)(3).

منظور از میزان تعریف‌شده قیمتی است که به‌موجب دستورالعمل و در راستای بخش (۳) (a) ۱۴۹ قانون برنامه‌ریزی

شهری و کشوری مصوب ۱۹۹۰ بیان شده است. در حال حاضر به‌موجب دستورالعمل The Town and Country

Planning (Blight Provisions) (England) Order 2017 که از تاریخ ۲۱ آوریل ۲۰۱۷ لازم‌الاجراست، مبلغ

مذکور ۳۶۰۰۰ پوند است.

8. Land Compensation Act 1973 I(1)(2).

9. Land Compensation Act 1973 I(1)(6).

۳۲ قانون تنظیم ترافیک جاده مصوب ۱۹۸۴ دارای مصونیت قانونی به لحاظ عدم وجود اختیار تام در تعیین مکان و مورد آن نبود، هیچ جبران خسارتی بر مبنای قانون ۱۹۷۳ قابل پرداخت تلقی نشد.^۲ عوامل فیزیکی مذکور باید معلول عملیات عمومی مذکور در بند سوم از قسمت اول بخش I باشند که عبارت‌اند از: بزرگراه، فرودگاه، زمینی (غیر از بزرگراه و فرودگاه) که برای اعمال اختیارات قانونی تهیه و استفاده شده است.^۳ علاوه بر این امر عوامل فیزیکی باید ناشی از استفاده باشد. در پرونده‌ای که در آن ادعای غرامت بر مبنای ساخت جاده مطرح شد، دیوان املاک چنین امری را نپذیرفت؛ زیرا خسارت مندرج در بخش I باید ناشی از استفاده باشد نه ساخت. علاوه بر این امر عوامل فیزیکی باید به کاهش ارزش منافع در ملک بینجامد و شامل زیان‌های شخصی نمی‌گردد و در همین پرونده ادعای پرداخت غرامت از حیث کاهش سطح استاندارد زندگی و فشار روحی به زندگی روزانه خواهان‌ها پذیرفته نشد.^۴

چنانچه عوامل فیزیکی دارای اثر ناچیزی در کاهش قیمت باشند، چنین عواملی موجب تعیین غرامت نخواهند بود.^۵ به همین جهت در قسمت ۷ از بخش I قانون ۱۹۷۳ پیش‌بینی شده است که در صورتی که میزان غرامت متجاوز از ۵۰ پوند نباشد قابل جبران نخواهد بود.^۶

۲-۱-۳. مهلت و مرور زمان

بند دوم از قسمت سوم نیز طرح دعوی را با انقضای ۱۲ ماه از تاریخی که عملیات عمومی برای اولین بار مورد استفاده قرار گرفته یا در مورد بزرگراه باز گردیده قابل طرح دانسته است.^۷ در مواردی که اتمام عملیات به جهت دارا بودن مراحل مختلف به صورت مرحله‌ای صورت می‌پذیرد، دیوان املاک بنا بر نظری انقضای مهلت ۱۲ ماه را از تاریخ اتمام آخرین مرحله و اتمام کامل عملیات تلقی نمود.^۸ عین حال در پرونده دیگر دادگاه در پاسخ به امر موضوعی و پرسش مطرح شده در خصوص این امر که آغاز استفاده از بزرگراه چه زمانی است، معیار اتمام کامل عملیات را نپذیرفت.^۹ به موجب بند ۲A قسمت ۱۹ قانون ۱۹۷۳، مرور زمان طرح دعوی غرامت ۶ سال از تاریخ اولین روز اقامه دعوی است

1. Road Traffic Regulation Act 1984.

2. Vickers v Dover DC [1993] 1 EGLR 193.

3. Land Compensation Act 1973 I(1) (3).

4. KENNETH CHARLES LANCELEY v WIRRAL BOROUGH COUNCIL [2011] UKUT 175 (LC).

5. MICHAEL HENRY SCHOLES v KIRKLEES COUNCIL LCA/203/2008.

6. Land Compensation Act 1973 I (7).

7. Land Compensation Act 1973 I (3)(2).

8. Davies v Mid-Glamorgan County Council (1979) 251 EG65; [1979] 2 EGLR 158.

9. Price & Ors v Caerphilly County Borough Council [2004] EW Lands LCA_43_2003.

و پس از آن دعوی مسموع نمی‌باشد. در موردی که بزرگراه موضوع دعوی غرامت است، چنانچه ظرف سه سال از تاریخ شروع به بهره‌برداری بزرگراه باقی نباشد، طرح دعوی امکان‌پذیر نیست.^۱ با وجود این، در پرونده‌ای^۲ که مهلت سه سال منقضی شده بود و به همین جهت دعوی غرامت از سوی دیوان عالی املاک^۳ مردود اعلام گردید، دادگاه تجدیدنظر این امر را مورد بررسی قرار داد که آیا نتیجه حاصل از بخش (۳) ۱۹ با ماده ۱ پروتکل اول کنوانسیون حقوق بشر اروپا^۴ قابل انطباق است و در صورت عدم انطباق آیا می‌توان غرامتی برای خواهان‌ها در نظر گرفت؟ در این پرونده به استناد ماده یک کنوانسیون، ادعای غرامت پذیرفته‌شد؛ زیرا کاهش ارزش ملک به حق بهره‌برداری صلح‌آمیز مندرج در ماده ۱ کنوانسیون خلل وارد می‌کند و برقراری تناسب منصفانه بین حفظ حقوق مالکانه اشخاص و منافع عمومی مستلزم پرداخت غرامت است.^۵ در پرونده‌ای دیگر چنین ادعایی تحت ماده ۱ کنوانسیون پذیرفته نشد.^۶

۲-۳. کیفیت تعیین میزان غرامت

غرامت قابل پرداخت بر مبنای ارزش جاری در اولین روز طرح ادعای غرامت که دوازده ماه پس از شروع به بهره‌برداری از عملیات است محاسبه می‌گردد.^۷ برای محاسبه چنین ارزشی دیوان املاک معیار را تفاوت ارزش زمین قبل از شروع به بهره‌برداری و آغاز رفت‌وآمد در آن و بعد از آن و عبور خودروها بیان کرد.^۸ عوامل فیزیکی مؤثر در تعیین میزان کاهش ارزش باید در اولین روز طرح دعوی مورد لحاظ قرار گیرد و چنانچه تأثیر عوامل مذکور موجبات تشدید کاهش را فراهم آورد و این امر به نحو معقولی قابل پیش‌بینی باشد، به کاهش ارزش افزوده منجر می‌شود. مانند آنکه امکان افزایش ترافیک به جهت گسترش راه یا ارتباط آن پس از تکمیل وجود داشته باشد (Denyer-Green, 2014).

1. Land Compensation Act 1973 I (19) (2A).
 2. Thomas & Ors v Bridgend County Borough Council [2012] JPL 25.
 3. Upper Tribunal (Lands Chamber). Thomas & Ors v Bridgend County Borough Council [2010] UKUT 268 (LC)[2010] JPL 1458.
 4. European Convention of Human Rights. Protocol No. 1, Protection of property (Article 1).
 5. Sporrong and L nnoth v Sweden (1983) 5 EHRR 35.
 6. O'Connor v Wiltshire County Council LCA/73/2005, [2006] EW Lands LCA_73_2005. Lough v First Secretary of State [2004] 1 WLR 2557 .
- به‌طورکلی چنین اختلاف‌نظری ناشی از نبود مقرره مشخص در حقوق انگلیس در خصوص امکان اعمال حقوق بنیادین مندرج در کنوانسیون میان اشخاص خصوصی است (نک: حاجی‌پور، ۱۳۹۷: ۵۸۰).
7. Land Compensation Act 1973 I (4).
 8. Nesbitt v National Assembly for Wales [2002] EW Lands LCA_139_2001.

۳۳۵).^۱ قسمت ششم از همین بخش نیز مقرر داشته که هرگونه ارزش افزوده ناشی از عملیات نسبت به ملک باید از غرامت تعیین شده بر مبنای این بخش کسر گذارده شود. در تعیین چنین افزایشی، ملک به صورت عادی مورد ارزیابی قرار می گیرد (در دو وضعیت قبل و بعد از عملیات) سپس چنین افزایشی از غرامت تعیین شده بر مبنای این بند کسر گذاشته می شود. چنانچه متعاقب این امر اصل ملک مورد تملک قرار گیرد، چنانچه افزایش قیمتی در ملک حادث گردد، این افزایش مجدداً کسر نمی گردد؛ زیرا در صورت محاسبه مجدد آن چنین افزایشی دو بار مورد محاسبه قرار گرفته است.^۲

۴. امکان سنجی اعمال قواعد در رویه قضایی ایران

در حقوق ایران ل.ق.ن.خ در مواد ۳ و ۴ و ۵ خود علاوه بر قید قیمت اراضی به خسارات وارد بر ملک اشاره دارد. آنچه در مواد فوق مجهول است، نگرش قانون گذار به ملک موضوع جبران خسارت است که آیا ملک موضوع تملک است یا سایر املاک که مورد تملک قرار نگرفته است؟ علت چنین امری به کارگرفتن واژه های متعدد برای مقصود واحد است که قانون گذار ایران در آن شهرت فراوانی دارد. به کارگیری واژه هایی همچون «بها»، «قیمت»، «خسارت» که جملگی عطف به تملک ملک می گردد نوعی هم عرضی در معنا را به ذهن متبادر می سازد که در این مواد ظهور یافته است و به این نتیجه منتهی می گردد که جز در موارد تملک جبرانی متصور نخواهد بود. با وجود این، طبیعت تفسیر قضایی ایجاب می نماید تا دادرس در حدود انجام وظیفه و در جهت تعیین مدلول قاعده ای که نوعاً فاقد صراحت کافی است یا در جهت تعیین حدود شمول قاعده مزبور مبادرت به شناسایی و اعمال مفهومی مشخص و معین برای آن بنماید و به همین جهت قاضی می تواند خالق قاعده حقوقی باشد (یاوری و مهرآرام، ۱۳۹۷: ۲۶۴). ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی قضات را مکلف نموده تا در صورتی که قوانین کامل یا صریح نباشد به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی حکم قضیه را صادر نمایند. به همین جهت در این بخش سه معیار را جهت بررسی امکان اعمال قواعد جبران خسارت در رویه قضایی ایران بررسی می کنیم: اصل کلی حقوق، قاعده لاضرر، قاعده من له الغنم فعلیه الغرم.

۴-۱. توجیه بر مبنای اصل کلی حقوق

درست است که اقدام مقام تملک کننده در راستای مجوز قانونی وی بوده است، اما بر طبق اصل کلی حقوق در برابر اقدامات سلب مالکیت و زیان حاصل از آن باید جبران منصفانه و عادلانه به

1. Dhenin v Department of Transport (1990) 60 P&CR 349.

2. Land Compensation Act 1973 I(6).E+ W

عمل آید که در ماده ۱۵ اعلامیه حقوق بشر اسلامی^۱ بیان گردیده است (Sait & Lim, 2006: 90-91). در حقیقت بر مبنای این اصل که زیربنای پرداخت غرامت را تشکیل می‌دهد، وضعیت اشخاص متأثر از اقدامات مقام تملک‌کننده باید در وضعیتی قرار گیرد که گویی اقدامی در راستای تملک صورت نگرفته است (Kalbro & others, 2007: 7) و به همین جهت باید بین نیاز اجتماع و منفعت عمومی و حفظ حقوق اموال اشخاص توازن برقرار گردد (Keith & others, 2008: 7). چنین توازنی مستلزم آن است که هرگونه خسارت وارد بر ملک به جهت اقدامات تملکی مقام تملک‌کننده بدون جبران نماند.

۴-۲. توجیه بر مبنای قاعده لا ضرر

توجیه پرداخت غرامت نسبت به خسارات ناشی از اقدامات غیر تملکی بر مبنای قاعده لا ضرر مستلزم پاسخ به این پرسش است که آیا کاهش ارزش ملک داخل در مفهوم ضرر است. در رویه قضایی ایران در موارد مشابه مانند افت قیمت وارد بر خودرو، اختلاف است که آیا افت قیمت قابلیت مطالبه دارد یا خیر و آیا چنین خسارتی داخل در عدم النفع نیست.^۲ عدم النفع به «ممانعت از منفعت بالقوه قابل پیش‌بینی و مورد انتظار است که مقتضی آن حاصل شده و وجود آن از نظر عرف عقلا قطعی و مسلم است» تعریف شده است (روشن و دیگران، ۱۳۹۷: ۶۴). اما قید ممانعت در تعریف زائد است؛ زیرا عدم النفع ناظر بر منفعت است نه فعل.

به نظر می‌رسد کاهش ارزش وارد بر زمین عدم النفع تلقی نگردد؛ زیرا باید بین سه مفهوم ضرر و نفع و تمامیت تفاوت قائل شد. در عرف عام، ضرر ناشی از نقص در مقابل تمامیت قرار می‌گیرد، به نحوی که نقص ناظر به طبیعت عرفی یک شیء است؛ به همین جهت تقابل بین ضرر و تمامیت از نوع عدم و ملکه است، همانند آنکه عدم وجود بینایی در شخص نقص و وجود آن ناظر به تمامیت است نه نفع، بلکه نفع زائد بر تمامیت است (جزائری، ۱۴۱۵: ۵۰۱). به همین روی عدم النفع عدم تحقق زیادتی در چیزی است (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۲۲۳). نهی قاعده لا ضرر نیز شامل هر ضرر به اوصاف، خصوصیات، کمیت یا کیفیت به تبع جنس و نوع می‌گردد (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۲۰-۳۱۹). علاوه بر این قاعده لا ضرر در ابواب مختلف عقود و الزامات خارج از قرارداد به کار گرفته شده است، به‌ویژه آنکه قاعده مذکور در محدودیت قاعده تسلیط و حق اشخاص در تصرف اموال

1. The Cairo Declaration of Human Rights in Islam (CDHRI) 1990.

۲. بنگرید به دادنامه ۲۶۹۴۰۰۲۲۴ مورخ ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰ مورخ ۱۳۹۳/۲/۳۰ شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران: «... مطالبه افت قیمت مورد مطالبه و حکم صادره از مصادیق خسارت عدم نفع محسوب نمی‌گردد...» دادنامه شماره ۹۱-۹۱۵ مورخ ۹۱/۸/۱۶ شعبه ۱۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

خود به کار گرفته شده است. به همین جهت تفاوتی نمی‌نماید که ضرر ایجاد ناشی از اقدام منطبق با قانون یا غیر آن باشد. در کیفیت جبران ضرر نیز جز در مواردی که نص خاصی در باب کیفیت جبران ضرر وجود نداشته باشد، «تناسب عرفی» ملاک و معیار است، به نحوی که با جبران به نحو کامل، ضرر دیگری حاصل نیاید (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۲۵-۳۲۴). از این رو حتی اگر پرداخت خسارت در این موارد مورد جعل قانون قرار نگرفته باشد، با استناد به قاعده لاضرر می‌توان حکم به جبران خسارت کرد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۶۰).

بنابراین باید پذیرفت در زمانی که ملکی به جهت تملک کاهش ارزش می‌یابد، خواه ناشی از جدایی ملک یا انجام عملیات و استفاده، تمامیت ملک مخدوش و ضرر به مالک وارد می‌آید؛ زیرا در شق اول ملک از یکپارچگی خارج و در شق دوم و سوم شرایط عرفی حاکم بر ملک نسبت به قبل از عملیات تغییر یافته و تا زمان وجود چنین وضعیتی موجود است.^۱

۳-۴. توجیه بر مبنای قاعده من له الغنم فعلیه الغرم

بر مبنای قاعده مذکور بین خسارت و فایده تلازم وجود دارد و به همین جهت هر کس که از مالی بهره‌مند می‌گردد باید خسارت ناشی از آن را بپردازد (انصاری، ۱۴۱۰: ۹۲؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۸۴). این قاعده مبتنی بر بنای عقلاست و در ابواب مختلف عقود و حتی ارث به کار گرفته شده است (صدر، ۱۴۲۰: ۲۶۰). بنابراین دامنه شمول عبارت محدود به قراردادها نبوده و موارد غیرقراردادی را هم شامل می‌شود (کریمی و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۵۱).

دستگاه‌های اجرایی، در راستای منافع عمومی و بهره‌مندی آحاد جامعه، طرح‌های عمومی و عمرانی را به مرحله اجرا درخواهند آورد. بنابراین جامعه به جهت کسب منفعت ناشی از استفاده ملک باید خسارت و زیان حاصل از آن را جبران نماید و چنین خسارتی نباید به نحو کلی بر مالک تحمیل گردد. در این مورد اگرچه مالک نیز به عنوان عضوی از جامعه از منافع مربوط به اجرای طرح بهره‌مند می‌گردد، اما این امر مانع اجرای قاعده نخواهد بود؛ زیرا استفاده مالک در راستای بهره‌مندی برابر اعضای جامعه است و تناسب عرفی بین خسارت و کسب منفعت نیز در این مورد باید مورد لحاظ قرار گیرد.

۱. در تشخیص مصادیق عدم النفع نیز اتفاق نظر وجود ندارد. نک: (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۸) که در باب منع مالک از فروش ملک و تغییر قیمت بازاری مال قائل به پرداخت خسارت گردیده است و در مخالفت با آن، نک: (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۹۱؛ تبریزی، بی‌تا: ۲۹۴).

۵. سلب حقوق

یکی دیگر از اسباب طرح ادعای غرامت در حقوق تملک اراضی انگلیس که در بخش (۶) ۵ قانون ۱۹۶۱ ماده‌ای به این امر اختصاص داده شده است تحت عنوان سلب حق مطرح می‌گردد. شرایط ناظر بر استحقاق چنین حقی در قوانین بیان نگردیده است بلکه رویه قضایی به خصوص در پرونده‌هایی که در زمان حاکمیت قانون ۱۸۴۵ مطرح شده است آن را بخشی از ارزش متعلق به مالک^۲ یا قیمت منصفانه زمین^۳ می‌دانست. در حال حاضر بخش ۳۷ و ۳۸ قانون غرامت زمین ۱۹۷۳ به خسارت ناشی از سلب حق پرداخته است.^۴

۵-۱. مفهوم و شرایط تحقق

در فرهنگ آکسفورد، واژه Disturbance^۵ «تجاوز به حق، مانند ممانعت از حق عبور یا سلب حق شخص تحت اختیارات قانونی» تعریف شده است (A. MARTIN, 2003: 158) و برخی آن را غرامت پرداختی نسبت به هزینه‌های حذف یا زیان تجاری می‌دانند که به طور مستقیم از تملک ایجاد شده است (Blackhall, 2000: 391). در عمل نیز واژه سلب حق دارای مفهومی گسترده است که شامل هر عامل ارزشی برای مالک علاوه بر ارزش اصل ملک است، اما مثال‌های شایع آن عبارت‌اند از:

۱. شخص مستحق دریافت غرامت نسبت به زیان ناشی از منافی است که به سبب تجارت خود در ملک تملک شده از دست داده ولی مرتبط با امر تملک است، مانند آنکه مالک در ملک مغازه‌ای داشته و از آن کسب سود می‌کرده است لکن به جهت تملک ملک کسب سود وی منتفی گردد^۶ که در صورت جابه‌جایی آن هزینه‌های یافتن تأسیسات جدید و هزینه‌های جابه‌جایی و مطابقت و منافع جاری از دست رفته و حق کسب و پیشه از جمله آن است و در صورتی که ملک قابلیت انتقال به مکان دیگر را نداشته باشد، ارزش تجارت بر مبنای پایان کار و با در نظر گرفتن ارزش تجارت وی به عنوان واحد فعال صورت می‌پذیرد؛^۷

1. Land Compensation Act 1961 s 5(6).

2. The value to the owner.

3. The fair price of land. Horn v Sunderland Corp [1941] 2 KB 26.

4. Land Compensation Act 1973 Part III(37).

5. Disturbance: 1. The infringement of a right, e.g. the obstruction of a right of way. 2. The removal of a person's rights under a statutory power. For example, compensation for disturbance may be payable to a landowner if his land is compulsorily acquired by a local authority.

6. Ryde International Plc v London Regional Transport [2003] EWLands ACQ/147/2000, [2004] 2 EGLR 1.

7. Director of Building and Land v Shun Fung Ironworks [1995] 2 AC 111.

۲. فقدان ناشی از قرارداد خدمات با یک شرکت؛^۱

۳. هزینه‌های حقوقی و حرفه‌ای؛^۲

۴. مسئولیت‌های مازاد مالیاتی^۳ نمونه‌های دیگری از این امر هستند (The Law Commission, 2002: 37-38). البته نظر مخالف موجود در این مورد مبتنی بر عدم امکان پرداخت است؛ زیرا چنین مسئولیتی مبتنی بر قیمت ملک است و به آن تعلق می‌گیرد و به همین جهت شرط لازم برای پرداخت چنین غرامتی را که نیازمند عدم ارتباط با قیمت ملک است ندارد.^۴

در حقوق ایران تبصره ۱ ماده ۵ ل.ق.ن.خ نیز بیان می‌دارد: «در مواردی که ملک محل سکونت یا ممر اعاشه مالک باشد علاوه بر بهای عادلانه صدی پانزده به قیمت ملک افزوده خواهد شد.» این تبصره تعلق افزایش قیمت را ناظر به حالتی می‌داند که ملک ممر اعاشه مالک باشد، به همین جهت خارج از عناوین غیرمالک مانند مستأجر است، زیرا قید «به قیمت ملک افزوده خواهد شد» دلالت بر آن دارد که ملک محل سکونت یا ممر اعاشه مالک است، بدان جهت که مستأجر مالکیتی بر عین ندارد تا بتوان افزوده شدن بر قیمت ملک را به وی تسری داد. بنابراین در فرضی که مالک از ملک کسب منفعت می‌نماید، قانون‌گذار صرفاً مبلغ مقطوعی را به عنوان جبران ضرر مذکور در نظر گرفته است. در صورت قصد مالک به جابه‌جایی محل کسب خود به جای دیگر و امکان انجام آن در شهری مانند تهران معلوم نیست که آیا به واقع چنین پرداختی جبران ضرر مالک را می‌نماید یا خیر و اساساً معیار قانون‌گذار در تعیین مبلغ مقطوع چه بوده است.

در تبصره ۳ همین ماده آمده است: «چنانچه ملک مورد معامله محل کسب و پیشه اشخاص باشد در صورتی به آن حق کسب و پیشه تعلق خواهد گرفت که حداقل یک سال قبل از اعلام تصمیم «دستگاه اجرایی» محل کسب و پیشه بوده باشد.» این ماده برای مستأجرینی کارآیی دارد که ملک تجاری موضوع اجاره آنان تملک شده است که در این صورت آنان مستحق دریافت غرامت خواهند بود. به همین جهت شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران به موجب دادنامه شماره ۱۶۷-۹۱ که به موجب دادنامه شماره ۱۴۱۳۰۲۲۱۳۰۹۹۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۵ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید گردیده است بیان داشته: «... وفق قانون نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸، خوانده فقط مکلف به پرداخت ارزش

1. Wrexham Maelor Borough Council v MacDougall [1993] 2 EGLR 23.

2. London County Council v Tobin [1959] 1 All ER 649.

3. Alfred Golightly & Sons v Durham CC (1981) 260 EG 1045.

4. Harris v Welsh Development Agency [1999] 3 EGLR 207.

ملکیت و اعیانی به خواهان و نیز ارزش سرقفلی و کسب و پیشه به مستأجر می‌باشد و تعهدی بر پرداخت بیش از حقوق مالکانه و ارزش ملکیت مغازه موضوع نداشته است...» بنابراین در فرضی که ملک، محل کسب و ممر اعاشه غیر مالک باشد، دیگر صدی پانزده پرداخت نخواهد داشت.

به موجب ماده ۷ ل.ق.ن.خ نیز «دستگاه اجرایی مجاز است به جای پرداخت حق کسب و پیشه در صورت رضایت صاحب حق تعهد نماید که پس از انجام طرح، محل کسبی در همان حدود به صاحب حق واگذار نماید.» این ماده انتقال محل کسب را امر تکلیفی برای مقام تملک‌کننده قرار نداده و صرفاً آن را منوط به توافق دانسته است و اصل اولیه را موکول به جبران از طریق پرداخت غرامت می‌داند. اما در ماده ۷ قانون نظام جامع دامپروری مصوب ۱۳۸۸/۵/۷ آمده است: «در مواردی که برابر قوانین و مقررات موضوعه، اجراء طرح‌های توسعه شهری و روستایی و طرح‌های عمرانی اجتناب‌ناپذیر باشد و این امر، سرمایه‌گذاری‌های انجام‌شده در امور دام را تعطیل و یا به انتقال از مکان موجود وادار نماید، دستگاه مجری طرح موظف است با هماهنگی وزارت جهاد کشاورزی، ضمن تأمین و پرداخت خسارت‌های وارده به نرخ کارشناسی روز، نسبت به فراهم‌ساختن شرایط انتقال واحدهای مذکور به مناطق مناسب، اقدام لازم را به عمل آورد.» در این ماده مقام تملک‌کننده مکلف به انتقال واحد تولیدی به مکان مناسب است. با وجود این قانون‌گذار ایران صرفاً در مکان‌های کسب و تجاری مربوط به امور دام قائل به جواز چنین خسارتی شده است و از تعمیم آن به سایر مصادیق خودداری نموده و رویه قضایی جزئیات و شروط دیگری را به موضوع اضافه نکرده است، اما در حقوق انگلیس موضوع نسبت به هر خسارتی که ناشی از قیمت ملک تملک‌شده نباشد تسری و تعمیم یافته و شروط دیگری نیز به آن الحاق شده که در ذیل به تشریح آن‌ها می‌پردازیم.

۱-۵. وجود رابطه سببیت بین ضرر و خسارت و محتمل نبودن آن

از اصول حاکم بر خسارت فوق، بنابر نظر قاضی رمر، آن است که ضرر بسیار محتمل نبوده و قطعی باشد و ضرر باید اثر طبیعی و معقول سلب مالکیت ملک از مالک باشد.^۱ درخصوص خسارت وارد بر فعالیت‌های تجاری و هزینه‌های جابه‌جایی آن، که در پرونده Shun Fung مطرح شد، نیز شرط استحقاق را وجود نوعی سببیت بین تملک و خسارت مورد ادعا دانسته است.^۲ لرد نیکلز در این پرونده بر این عقیده بود که آثار زیان‌بار مقام تملک از این حیث ممکن است گسترده و در طول زمان ادامه یابد، اما اصل تعیین غرامت منصفانه چنین استنباطی را نتیجه می‌دهد که نباید

1. Harvey v Crawley Development Corporation [1957] 1QB 485,493. DAVID JOHN EVANS v WORCESTERSHIRE COUNTY COUNCIL ACQ/26/1999.

2. Director of Building and Land v Shun Fung Ironworks [1995] 2 AC 111.

نسبت به تمامی چنین آثاری مقام تملک‌کننده را مسئول دانست و به همین جهت برخی از زیان‌های محتمل باید نادیده انگاشته شود.^۱ در پرونده دیگر نیز لرد دنینگ نسبت به خانه‌ای که مورد تملک قرار گرفت بیان داشت که مالک می‌تواند ارزش خرید خانه دیگر به مانند خانه خود (مسکونی) را ادعا نماید و ادعای پرداخت هزینه خرید خانه جایگزین به عنوان یک سرمایه‌گذاری غیر محتمل است؛ زیرا بین چنین ضرری و تملک رابطه سببیت وجود ندارد.^۲ در حقوق مسئولیت مدنی انگلیس «قابلیت پیش‌بینی»^۳ از شروط جبران زیان و تعیین حد آن تلقی می‌گردد. به همین جهت شخص نسبت به زیان‌هایی که قابلیت پیش‌بینی ندارد مسئول نخواهد بود (Harpwood, 2009: 24). در حقوق تملک اراضی نیز چنین امری شرط است، بنابراین مقام تملک‌کننده نسبت به خساراتی که قابلیت پیش‌بینی ندارد مسئول نخواهد بود (Denyer-Green, 2014, 244).^۴

در خصوص مالیات وارد بر مبلغ دریافتی به عنوان غرامت، بر مبنای یک نظر به لحاظ آنکه چنین مسئولیتی ناشی از تملک نبوده و رابطه سببیت وجود ندارد، نسبت به آن غیر قطعی و قابل پرداخت نیست.^۵ در نقد این نظر بیان شده که تملک سبب پرداخت مالیات گردیده و در صورت عدم وجود تملک چنین تکلیف مالیاتی ایجاد نمی‌شده یا با تأخیر ایجاد می‌گردید و آنچه پرداخت آن در زمان ارزیابی غرامت را لازم می‌نماید تملک قهری است. به علاوه عدم قطعیت چنین خسارتی به لحاظ عوامل مختلف در تعیین آن که ناظر به آینده می‌باشد نمی‌تواند مستندی جهت عدم پرداخت خسارت باشد؛ زیرا این امر در خسارات وارد بر منافع و حتی خسارات شخصی نیز وجود دارد، در حالی که حکم به عدم پرداخت خسارت در این موارد نمی‌گردد.^۶

۲-۱-۵. اقدام به کاهش خسارت

این امر مبتنی بر یکی از قواعد موجود در کامن‌لا در کاهش خسارت وارده از سوی خواهان است که به موجب آن اگر کاهش خسارت وارده از سوی خواهان صورت نپذیرد، به تبع آن میزان خسارت قابل جبران نیز کاهش می‌یابد. در قضیه Shun Fung لرد نیکلز بیان داشت که قانون از اشخاصی که ادعای جبران خسارت می‌نمایند انتظار رفتار معقول دارد. اگر انسانی معقول در موقعیت خواهان گام‌هایی در جهت حذف یا کاهش خسارت بردارد، در حالیکه وی نسبت به انجام آن اقدام نکند،

1. Director of Building and Land v Shun Fung Ironworks [1995] 2 AC 111.

2. Harvey v Crawley Development Corporation [1957] 1 QB 485, 493.

3. Remoteness of damage

4. Hoddom & Kinmount Estates v Secretary of State for Scotland [1992] 1 EGLR 252.

5. Harris v Welsh Development Agency [1999] 3 EGLR 207.

6. Bishopsgate Parking (No 2) Ltd & Anor v Welsh Ministers [2012] UKUT 22 (LC).

مسئولیت مقام تملک‌کننده کاهش و این بخش از غرامت کسر می‌گردد؛ زیرا خسارات و هزینه‌هایی که غیر معقولانه حاصل می‌شود ناشی یا در اثر تملک نیست.^۱ این امر در پرونده‌های دیگری نیز مورد تأکید قرار گرفته است و شرط دومی که خود نتیجه شرط اول است به آن افزوده شد مبنی بر آنکه خواهان غرامت می‌تواند خساراتی را که به واسطه اقدامات کاهش خسارت به وی وارد آمده است دریافت کند.^۲ شروع به اقدام برای کاهش خسارت از تاریخ اخطاریه خرید اجباری شروع می‌گردد و قبل از آن لزومی به اقدام بر مبنای آن وجود ندارد. در این حالت اثبات عدم کاهش ضرر بر عهده مقام تملک‌کننده است که اثبات نماید مالک در تحقق بخشیدن چنین کاهش خسارتی به مثابه انسان خردمند و معقول کوتاهی نموده است. چنین تکلیفی در صورتی اثر لازم خود را ایجاد می‌نماید که مدت زمان معقولی برای انجام آن وجود داشته باشد. به همین جهت در پرونده‌ای که مالک هشت هفته از تاریخ تصویب دستور تملک قهری^۳ مکلف به تخلیه ملک بوده است، دیوان املاک وجود چنین تعهدی را به لحاظ عدم وجود مدت معقول برای جایگزینی ملک لازم ندانست و به همین جهت مالک را مستحق دریافت خسارت به طور کامل دانست.^۴

۳-۱-۵. معقول بودن

در پرونده Shung Fung در مورد این امر که آیا باید تجارت شخص پایان پذیرد یا به جایی دیگر منتقل گردد، معیار بر تاجر معقول^۵ قرار داده شد، به این نحو که احراز این امر بستگی به چگونگی استفاده یک تاجر معقول از پول خود در موقعیت مربوط دارد. در پرونده اخیر، از نظر دادگاه، پروژه از نظر اقتصادی بنابر استانداردهای مربوط به آن عملی نبوده است، زیرا بر آورد تخمینی^۶ سرمایه مورد نیاز برای چنین پروژه‌ای کمتر از میزانی بوده است که یک تاجر معقول برای چنین پروژه‌ای به کار می‌گیرد؛ از این رو با جابه جایی پروژه مخالفت گردید.^۷ قاضی ولز نیز در پرونده‌ای دیگر، با تأیید همین نظر، احراز را منوط بر آن می‌داند که آیا تاجر معقول که دارای سرمایه لازم است چنین هزینه‌ای را متحمل

1. Director of Building and Land v Shun Fung Ironworks [1995] 2 AC 111.

2. Appleby & Ireland v Hampshire County Council [1978] RVR 156. SCOTIA PLASTIC BINDING LIMITED v LONDON DEVELOPMENT AGENCY [2010] UKUT 98 (LC) ACQ/360/2008.

در این پرونده شرط سومی نیز افزوده شد که تفاوتی با شرط اول ندارد که به موجب آن اگر مقام تملک‌کننده از اقدامات کاهش خسارت سود ببرد، خواهان غرامت نمی‌تواند آن را مطالبه کند.

<http://landschamber.decisions.tribunals.gov.uk//Aspx/view.aspx?id=685>

3. Compulsory purchase order (CPO).

4. Lindon Print Ltd v West Midlands CC [1987] EGLR 200.

5. Reasonable Businessman

6. Estimated Return

7. Director of Building and Land v Shun Fung Ironworks [1995] 2 AC 111.

می‌گردد. زیرا هدف از پرداخت خسارت ایجاد زمینه برای مالک ملک تجاری برای تجارتی مخاطره‌آمیز نیست که وی در حالت استفاده از سرمایه خود حاضر به انجام آن نیست.^۱ از نظر دیوان، پروژه از حیث اقتصادی و با توجه به استانداردهای معمول تجارت عملی نبوده است؛ زیرا برآورد تخمینی سرمایه‌گذاری لازم برای چنین پروژه‌ای کمتر از میزانی بوده است که تاجر معقول بدان نیاز دارد. به همین جهت خواهان محق شناخته نشد؛ زیرا تاجر معقول چنین امری را بر عهده نخواهد گرفت و از مقام تملک‌کننده نیز نمی‌توان انتظار داشت که برای هزینه‌هایی که تاجر معقول متحمل نمی‌گردد مسئول باشد. معیار مبتنی بر تاجر معقول، از لحاظ مفهومی که در فوق از آن مورد استفاده قرار گرفت، مضیق و محدود بود. به همین جهت قاضی آتکین در پرونده‌ای که در دادگاه پژوهش مطرح شد قاعده فوق را تعمیم داد و معیار صرفاً معقولانه بودن اقدام را در نظر گرفت، نه تاجر معقول را.^۲

۲-۵. کیفیت پرداخت غرامت

به موجب بخش ۳۸ از قانون غرامت زمین مصوب ۱۹۷۳ میزان غرامت پرداختی در این حالت برابر با هزینه‌های معقول لازم برای انتقال از ملک تملک‌شده به ملک جایگزین یا در فرض اتمام آن، معادل تصفیه و انحلال تجارت است (wyatt, 2013: 315).

به‌طور عمومی، زمانی که زمین خاصی برای اهداف تجاری تملک می‌گردد، مالک آن ملک تجاری ممکن است قادر به جابه‌جایی آن باشد و این امر برای مقام تملک‌کننده نیز ممکن است گزینه ارزان‌تری باشد. به همین جهت در برخی پرونده‌ها این امر ممکن است مورد بحث قرار گیرد که آیا جابه‌جایی باید مورد ارزیابی قرار گیرد یا آنکه مبنا باید بر اساس پایان فعالیت تجاری باشد؟^۳ در پرونده Shun Fung لرد نیکز تعیین غرامت بر مبنای جایگزین را منوط بر پاسخ به سه پرسش دانست: «۱. آیا تجارت قابل جابه‌جایی است یا درواقع باید پایان پذیرد؟ بسیاری از تجارت‌ها قابل جابه‌جایی هستند، اما به‌طور استثنایی این امر ممکن است عملی نباشد؛ برای مثال ممکن است مکان مناسب دیگر موجود نباشد. اگر تجارت قابلیت جابه‌جایی نداشته باشد، ناگزیر غرامت باید بر مبنای اتمام فعالیت تجاری تعیین گردد. ۲. آیا مدعی قصد جابه‌جایی دارد؟ مدعی باید به تصمیم قطعی مبنی بر جابه‌جایی تجارت خود برسد و به‌نحو معقول مطمئن گردد که قادر به انجام این امر است. ۳. آیا تاجر معقول در چنین وضعیتی تجارت خود را جابه‌جا می‌نماید یا خیر؟»^۴ در پرونده اخیر به لحاظ عدم تحقق شروط بند اول و سوم دعوی جابه‌جایی مردود اعلام گردید.

1. Commissioner of Highways v Shipp Bros Pty Ltd (1978) 19 S.A.S.R. 215, 222.
2. A & B Taxis Ltd v Secretary of State of Air [1922] 2KB 328, 342.
3. Relocation or Extinguishment.
4. Director of Building and Land v Shun Fung Ironworks [1995] 2 AC 111.

ماده ۷ ل.ق.ن.خ اشعاری بر وجود چنین شروطی ندارد؛ زیرا معیار ماده بر تخییر مقام تملک‌کننده و مالک در جابه‌جایی قرار داده شده است و اساساً منصرف از وضعیتی است که در حقوق انگلیس مطرح گردیده است.

بدیهی است که غرامت ناشی از سلب حق به‌طور معمول نمی‌تواند تمامی هزینه‌های مربوط به تأسیسات جدید را جبران نماید ولو آنکه هزینه‌های مربوط بسیار گزاف و سنگین باشد. برون‌رفت از چنین معضلی بر مبنای نظریه ارزش پول^۱ که از سوی قاضی بریج مطرح شده صورت می‌پذیرد که به‌موجب آن چنانچه مالک در خرید تأسیسات جدید هزینه بیشتری متحمل گردد، چنین هزینه‌ای در قبال ارزشی است که به دست آورده است و این امر ارتباطی به مقام تملک‌کننده ندارد. در حقیقت مفروض آن است که تعادل عوضین در خرید و فروش بین مالک و ثالث برای جایگزینی مبین جابه‌جایی ارزش در قبال مبلغ پرداختی از سوی وی است.^۲ مگر آنکه شخص اثبات نماید که هیچ جایگزین معقول دیگری وجود نداشته و وضعیت وی بهتر از حالت پیش از تملک نگردد.^۳

نتیجه

یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که در حقوق و رویه قضایی انگلیس غرامت مرتبط با امر تملک که علاوه بر قیمت اصل ملک پرداخت می‌گردد بسیار گسترده‌تر از حقوق و رویه قضایی ایران است. رویه قضایی ایران جبران چنین خسارتی را محدود به پرداخت قیمت اصل ملک می‌داند و در موارد دیگر، از جمله سلب حقوق، مفهومی مضیق از آن ارائه و آن را در همه موارد قابل تعمیم نمی‌داند. در حالی که در حقوق انگلیس قواعد عامی در این مورد مطرح گردیده که در قالب خسارت ناشی از آثار زیان‌بار تملک می‌باشد که خود شامل جدایی ملک و خسارت ناشی از عملیات و استفاده و سلب حق می‌گردد. با وجود این، مانعیتی برای پذیرش چنین عناوینی در حقوق ایران نیست و قانون‌گذار و رویه قضایی ایران می‌تواند با نگرش به توازن بین منفعت عمومی و حقوق منبعث از مالکیت و همچنین قواعد لاضرر و من له الغنم فعلیه الغرم، اصل برابری بین خسارت وارده به شخص و غرامت پرداختی، جبرانی معقول را برای شخص زیان‌دیده فراهم آورد.

1. Value for Money

2. Service Welding Ltd v Tyne & Wear County Council (1979) 38 P&CR 352, CA.

3. J A Bibby & Sons Ltd v Merseyside County Council (1979) 39 P&CR 53, CA.

منابع

فارسی

- امامی، سیدحسن (۱۳۸۸)، *حقوق مدنی*، جلد اول، چاپ بیست و نهم، تهران: انتشارات اسلامی.
- تبریزی، جواد بن علی (بی تا)، *استفتائات جدید*، چاپ اول، جلد دوم، قم.
- جلالی، محمد و محمد حسنونند و ایوب میری (۱۳۹۶)، «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعای مسئولیت مدنی علیه دولت»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۸۱، شماره ۹۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ بیست و یکم، تهران: گنج دانش.
- حاجی پور، مرتضی (۱۳۹۷)، «بررسی تطبیقی اعمال حقوق بنیادین بشری در حقوق خصوصی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۹، شماره ۲.
- روشن، محمد و علی اکبر جعفری و مجتبی جهان تیغی (۱۳۹۷)، «بررسی قابلیت جبران پذیری عدم النفع در فقه امامیه»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره یکصد و یکم.
- کاشانی، جواد (۱۳۹۵)، «مرجع صالح برای رسیدگی به دعای مسئولیت به طرفیت دولت»، *دوفصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی*، شماره ۷۳ و ۷۴.
- کریمی، عباس و الهام صادقی راد و ابراهیم تقی زاده (۱۳۹۷)، «تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع - مخاطره و جایگاه آن در ضمان قهری شرعی»، *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره دهم، شماره اول.
- محقق داماد یزدی، سیدمصطفی (۱۴۰۶)، *قواعد فقه*، جلد اول، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷)، *استفتائات جدید*، جلد سوم، چاپ دوم، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- باوری، اسدالله و پرهام مهرآرام (۱۳۹۷)، «تفسیر قضایی در حقوق عمومی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره یکصد و دوم.

عربی

- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۰)، *المکاسب (المحشی)*، جلد شانزدهم، چاپ سوم، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب.
- حسینی سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۴)، *قاعدة لا ضرر ولا ضرار*، یک جلد، چاپ اول، قم: دفتر آیه الله سیستانی.
- حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷)، *العناوین الفقهية*، جلد اول، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- رشتی، میرزا حبیب الله (بی تا)، *کتاب الغصب*، در یک جلد.
- صدر، سیدمحمد (۱۴۲۰)، *ماوراء الفقه*، جلد هشتم، چاپ اول، بیروت: دار الأضواء للطباعة والنشر والتوزيع.
- طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸)، *ریاض المسائل*، جلد چهاردهم، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- مروج جزائری، سیدمحمد جعفر (۱۴۱۵)، *القواعد الفقهية والاجتهاد والتقليد (منتهی الدراية)*، جلد ششم، چاپ سوم، قم: مؤسسه دار الکتاب.

- مصطفوی، سیدمحمد کاظم (۱۴۲۱)، *مائة قاعدة فقهية*، در یک جلد، چاپ چهارم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، جلد سی و هفتم، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

آراء قضایی

- دادنامه شماره ۱۴۰۳ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۱۶۷-۹۱ شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران.
- دادنامه شماره ۱۰۵۵۱-۹۱۰۹۹۷۰۰۱۰۷ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۸ شعبه ۱۰۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران.
- دادنامه شماره ۱۴۱۳-۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۵ شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
- دادنامه شماره ۱۱۱۵-۹۱۰۹۹۷۰۲۴۱۸ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۹ شعبه ۱۲۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران.
- دادنامه شماره ۲۲۳۰-۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۸ شعبه ۸ دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۹۱۵-۹۱ مورخ ۹۱/۸/۱۶ شعبه ۱۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران.
- دادنامه شماره ۳۷۶-۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۸ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۵ شعبه هجدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
- دادنامه شماره ۲۲۴-۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰ مورخ ۱۳۹۳/۲/۳۰ شعبه پنجاه و یک دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

انگلیسی

- A. MARTIN, ELIZABETH (2003), *A Dictionary of Law*, Fifth Edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS.
- Blackhall, J Cameron (2000), *PLANNING LAW AND PRACTICE*, Second Edition, Cavendish Publishing Limited.
- Blackledge, Michael (2009), *Introducing Property Valuation*, First published, Routledge.
- Denyer-Green, Barry (2014), *Compulsory Purchase and Compensation*, Tenth Edition, Routledge.
- HARLOW, CAROL & RICHARD RAWLINGS (2009), *Law and Administration*, Third Edition, Cambridge University Press.
- Harpwood, Vivienne (2009), *MODERN TORT LAW*, Seventh Edition, Routledge-Cavendish.
- Kalbro, Thomas & Hans Lind (2007), "Compulsory Purchase: Reasonable and Fair Compensation", *Nordic Journal of Surveying and Real Estate Research*, vol 4.
- MCNULTY, WILLIAM D. (1912), "THE POWER OF "COMPULSORY PURCHASE" UNDER THE LAW OF ENGLAND", *Yale Law Journal*, vol 21, No.8.
- Owen, Richard (2000), *Essential Tort Law*, Third Edition, Routledge-Cavendish.
- Plimmer, Frances (2008), "Compulsory Purchase and Compensation: an overview of the system in England and Wales", *Nordic Journal of Surveying and Real Estate Research*, vol 3.
- Purdue, Michael (2006), "The Law on Compensation Rights for Reduction in Property Values Due to Planning Decisions in the United Kingdom", *Washington University Global Studies Law Review*, vol5.
- Sait, Siraj & Hilary Lim (2006), *Land, Law and Islam Property and Human Rights in the Muslim World*, First published, ZedBooks Ltd.
- Shapiro, Eric & David Mackmin & Gary Sams (2013), *Modern Methods of Valuation*, 11th Edition, Routledge.

- Vaughan, David & Lucy Clements Smith (2014), "An introduction to compulsory purchase valuation principles spanning 150 years", *Journal of Building Survey, Appraisal & Valuation*, Vol. 3, No. 2.
- Wyatt, Peter (2013), *Property Valuation*, Second Edition, Wiley-Blackwell.

Reports

- The Law Commission (2002), TOWARDS A COMPULSORY PURCHASE CODE: COMPENSATION, A Consultative Report, No165.
- The Law Commission (2003), TOWARDS A COMPULSORY PURCHASE CODE: (1) COMPENSATION, FINAL REPORT, No 286.
- Scottish Law Commission (2014), Discussion Paper on Compulsory Purchase, No 159.

Electronic documents

- Gibbard. Roger. The Compulsory Purchase of Farmland: Identifying Severance and Injurious Affection claims. available at:
<http://centaur.reading.ac.uk/21404/1/0301.pdf> (last visited on 11/02/ 2020).
- Keith. S., P. McAuslan & R. Knight & J. Lindsay & P. Munro-Faure & D. Palmer & L. Spannenberg. Compulsory acquisition of land and compensation. available at:
<http://www.fao.org/3/a-i0470t.pdf> (last visited on 27/03/ 2020).

Website

- <http://landschamber.decisions.tribunals.gov.uk//Aspx/view.aspx?id=685> (last visited on 16/4/2020).

Cases

- A & B Taxis Ltd v Secretary of State of Air [1922] 2KB 328, 342.
- Abbey Homesteads Group Ltd v Secretary of State for Transport [1982] 2 EGLR 198.
- Alfred Golightly & Sons v Durham CC (1981) 260 EG 1045.
- Allen v. Gulf Oil Refining Ltd. [1981] AC 1001, 1011.
- Andreae v. Selfridge & Co. Ltd. [1938] Ch 1.
- Appleby & Ireland v Hampshire County Council [1978] RVR 156.
- Argyle Motors (Birkenhead) Ltd v Birkenhead Corpn [1975] AC 99.
- Attorney General of Ontario v Orange (1971) 21 DLR 257.
- Attorney General v PYA Quarries [1957] 2 QB 169.
- Bibby & Sons Ltd v Merseyside County Council [1977] 2 EGLR 154.
- Bishopsgate Parking (No 2) Ltd & Anor v Welsh Ministers [2012] UKUT 22 (LC).
- Bliss v Hall (1838) 4 Bing NC 183.
- Buccleuch (Duke) v Metropolitan Board of Works (1872) LR 5 HL 418.
- Budgen v Secretary of State for Wales [1985] 2 EGLR 203.
- Chamberlain v West End of London and Crystal Palace Rly Co (1863) B&S 617.
- City and South London Railway Co v United Parishes of St Mary Woolnoth and St Mary Woolchurch Haw [1905] AC 1.
- Clift v Welsh Office [1999] 1WLR 769, 801.
- Colac (President, etc of) v Summerfield [1893] AC 187.
- Commissioner of Highways v Shipp Bros Pty Ltd (1978) 19 S.A.S.R. 215, 222.
- Cook v Secretary of State for the Environment (1973) 27 P&CR 234, LT.
- Cowper Essex v Acton Local Board (1889) 14 App Cas 153.
- Cuthbert v Secretary of State for the Environment [1979] 2 EGLR 183.
- DAVID JOHN EVANS and WORCESTERSHIRE COUNTY COUNCIL ACQ/26/1999.
- Davies v Mid-Glamorgan County Council (1979) 251 EG65; [1979] 2 EGLR 158.
- Delaware Mansions and Fleckson Ltd v Westminster CC [2001] UKHL 55.
- Dhenin v Department of Transport (1990) 60 P&CR 349.

- Director of Building and Land v Shun Fung Ironworks [1995] 2 AC 111.
- Edwards v Minister of Transport [1964] 2 QB 134.
- English Property Corporation v Royal Borough of Kingston Upon Thames (1999) 77 P & CR 1.
- Fennesy v London City Airport Ltd (1995) 31 EG 76, LT.
- Halsey v Esso [1961] 2 All ER 145.
- Hammersmith and City Railway Co. v. Brand (1869) L.R. 4 H.L. 171.
- Harris v Welsh Development Agency [1999] 3 EGLR 207.
- Harvey v Crawley DC [1957] 1 QB 485.
- Harvey v Crawley Development Corporation [1957] 1 Q.B. 485, 493.
- Hoddum & Kinmount Estates v Secretary of State for Scotland [1992] 1 EGLR 252.
- Holditch v Canadian Northern Ontario Railway [1916] 1 AC 536.
- Holt v Gas Light and Coke Co (1872) 8 LR 728.
- Horn v Sunderland Corpn [1941] 2 KB 26.
- Hoveringham Gravels Ltd v Chiltern DC (1978) 35 P&CR 295, 305.
- Imperial Gas Light and Coke Co. v. Broadbent (1859) 7 H.L. Cas. 600, 612.
- In re Penny and South Eastern Railway Co. (1857) 7 E. & B.
- J A Bibby & Sons Ltd v Merseyside County Council (1979) 39 P&CR 53, CA.
- Jolliffe v Exeter Corpn [1967] 2 All ER 1099.
- KENNETH CHARLES LANCELEY v WIRRAL BOROUGH COUNCIL [2011] UKUT 175 (LC).
- Kent County Council v Union Railways (North) Ltd.& Anor [2009] RVR 146.
- Lindon Print Ltd v West Midlands CC [1987] EGLR 200.
- London County Council v Tobin [1959] 1 All ER 649.
- Lough v First Secretary of State [2004] 1 WLR 2557.
- Melwood Units v Commissioner for Main Roads [1979] AC 426 PC.
- MICHAEL HENRY SCHOLES v KIRKLEES COUNCIL LCA/203/2008.
- Moto Hospitality Ltd v Secretary of State for Transport [2007] EWCA Civ 764.
- Nesbitt v National Assembly for Wales [2002] EWLands LCA_139_2001.
- O'Connor v Wiltshire County Council LCA/73/2005, [2006] EWLands LCA_73_2005.
- Pointe Gourde Quarrying and Transport Co ltd v Sub-Intendant of Crown lands [1947] AC 565.
- Price & Ors v Caerphilly County Borough Council [2004] EWLands LCA_43_2003.
- R v South Holland Drainage Committee Men [1838] 8 A&E 429.
- Ramac Holdings v Kent County Council UKUT109 [2014] (LC).
- Rose v Miles (1815) 4 M & S 101.
- Ryde International Plc v London Regional Transport [2003] EWLands ACQ_147_2000, [2004] 2 EGLR 1.
- SCOTIA PLASTIC BINDING LIMITED v LONDON DEVELOPMENT AGENCY [2010] UKUT 98 (LC) ACQ/360/2008.
- Service Welding Ltd v Tyne & Wear County Council (1979) 38 P&CR 352, CA.
- South Eastern Railway Co v London County Council [1915] 2 Ch 252.
- Sporrang and L nroth v Sweden (1983) 5 EHRR 35.
- St Helen's Smelting Co v Tipping (1865) 11 HLC 642.
- Thomas & Ors v Bridgend County Borough Council [2012] JPL 25.
- Vickers v Dover DC [1993] 1 EGLR 193.
- Wagstaff v Department of the Environment, Transport and the Regions [1999] 2 EGLR 108.
- Wildtree Hotels v Harrow London BC [2001] 2 AC 1.
- Wrexham Maelor Borough Council v MacDougall [1993] 2 EGLR 23.

مفهوم قطعیت آرا و اثر آن بر مرور زمان احکام غیابی کیفری

بهنام غفاری فارسانی*، سیدحمید شاهچراغ**

چکیده

یکی از مشکلات بسیار مهم حال حاضر شعب اجرای احکام کیفری در سراسر کشور که حجم چشمگیری از موجودی این واحدها را به خود اختصاص داده پرونده‌های حاوی حکم محکومیت غیابی است که به‌نحو واقعی به محکوم‌علیه ابلاغ نشده است. این‌گونه پرونده‌ها، که به‌لحاظ عدم شناسایی و دسترسی نیافتن به محکوم‌علیه دادنامه آن‌ها اجرا نگردیده است، هم‌اکنون بخش اعظمی از پرونده‌های مسن این شعب را تشکیل داده و وقت زیادی از ضابطان و قضات صرف آن‌ها می‌شود. یکی از ابزارهای کارآمد حقوقی برای برون‌رفت از چنین وضع نامطلوبی مقررات ناظر بر مرور زمان اجرای حکم است. منتها به‌علت ابهامی که در رویه قضایی راجع به مفهوم «حکم قطعی» وجود دارد، این ابزار قانونی به‌خوبی مورد استفاده قرار نمی‌گیرد و اداره حقوقی قوه قضائیه نیز نتوانسته است، با ارائه تفسیر مناسبی از مقررات مذکور، به حل این معضل کمک شایانی کند. به‌عکس، با نظرات مشورتی بعضاً متعارض و انتقادآمیز بر ابهامات این حوزه افزوده است. در این مقاله با روش کتابخانه‌ای به گردآوری مطالب پرداخته خواهد شد و ضمن تجزیه و تحلیل مواد قانونی و عقاید مختلف درخصوص موضوع و همچنین کاوش پیرامون مفهوم حکم قطعی نظرات متعدد اداره حقوقی در این زمینه به‌بوته نقد گذاشته می‌شود. در نهایت نشان داده خواهد شد که احکام غیابی کیفری نیز در کنار سایر احکامی که به‌طور معمول قطعیت یافته تلقی می‌شوند مشمول مرور زمان اجرای حکم مندرج در ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌باشند.

واژگان کلیدی: قطعیت آرا، مرور زمان، حکم کیفری غیابی، حکم قطعی، قرار موقوفی اجرا

* قاضی دادگستری، دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
bghaffary@ut.ac.ir

** قاضی دادگستری، دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
law.hamid@gmail.com

مقدمه

شاید اگر بخواهیم یکی از مشکلات بسیار مهم حال حاضر شعب اجرای احکام کیفری در دادسراهای سراسر کشور، اعم از عمومی و انقلاب یا نظامی، همچنین دادگاه‌های عمومی بخش را برشمیریم که حجم انبوهی از موجودی این شعب را به خود اختصاص داده، پرونده‌های حاوی حکم محکومیت غیابی متهمان است. این پرونده‌ها به دلیل عدم قابلیت عملی اجرای حکم محکومیت، هم‌اکنون، بخش اعظمی از پرونده‌های مسن و قدیمی این شعب را تشکیل داده و روزانه وقت زیادی از شعب مذکور را به خود اختصاص می‌دهد؛ وقتی که می‌بایست صرف پرونده‌هایی شود که اجرای دادنامه آن‌ها ممکن یا در حال اجرا می‌باشد. علاوه بر این، وقت زیادی نیز از محکوم‌له، ضابطان دادگستری و کارکنان اداری بخش‌های دولتی جهت اجرای دستورات قضایی و پاسخ استعلامات چندباره ایشان در این پرونده‌های بی‌جان صرف می‌شود که در اغلب موارد، عملاً اثربخش نبوده و منتهی به حصول نتیجه و اجرای حکم غیابی نمی‌شود.

یکی از ابزارهای کارآمد قانونی در چنین مواردی، پیش‌بینی نهاد «مرور زمان اجرای احکام کیفری» است تا با خارج کردن این پرونده‌های مُسن از فرایند اجرا و متوقف کردن اجرای حکم غیابی آن‌ها، مدیریت بهینه منابع محدود موجود، برای به دست آوردن بیشترین ثمره عملی ممکن، محقق شود. به جز «مرور زمان شکایت کیفری» در جرایم قابل گذشت به شرح ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، که از حیطة بحث ما خارج است، در دعاوی کیفری دو نوع مرور زمان دیگر پیش‌بینی شده است که عبارت‌اند از: «مرور زمان تعقیب (به معنای عام)» وفق ماده ۱۰۵ قانون مذکور و نیز «مرور زمان اجرای حکم کیفری» به شرح ماده ۱۰۷ همان قانون که این قسم اخیر محل بحث است. نظیر ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی را پیش از این، با تفاوت در شرایط شمول و مواعد، در ماده ۱۷۳ قانون منسوخ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸^۱ شاهد بودیم و متناظر با ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی نیز ماده ۱۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ وجود داشت که بر اساس آن، قانون‌گذار مرور زمان اجرای احکام کیفری را به رسمیت شناخته بود.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود عمده تفاوت ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی با ماده ۱۰۷ همان قانون تمایز اعمال آن‌ها در مراحل مختلف دادرسی است، به نحوی که زمینه اعمال ماده ۱۰۵ پیش از صدور رأی قطعی و زمینه اجرای ماده ۱۰۷ پس از صدور حکم قطعی و در مرحله اجرای حکم فراهم می‌گردد. به همین دلیل نیز، حسب مورد، مرور زمان موضوع این ماده در مقایسه با ماده ۱۰۵

۱. از این پس: قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸

طولانی‌تر است. در این نوشتار بنا داریم تا مسئله مرور زمان احکام غیابی در امور کیفری را مورد بررسی قرار دهیم و برای پرسش‌ها و تردیدهایی که در این زمینه مطرح می‌شود، پاسخی درخور بیابیم. از جمله اینکه دعاوی کیفری که منتهی به صدور حکم غیابی گردیده‌اند، اساساً مشمول مرور زمان کیفری قرار می‌گیرند یا تخصصاً از دایره شمول مقررات آن خارجند؟ همچنین، چنانچه پاسخ این سؤال مثبت است، مشمول ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی (مرور زمان صدور رأی) قرار می‌گیرند یا ماده ۱۰۷ (مرور زمان اجرای حکم) و بر فرض انقضای مواعد مندرج در این مواد، پرونده را می‌بایست با صدور قرار موقوفی تعقیب مختومه کرد یا با صدور قرار موقوفی اجرا. پاسخ این سؤالات به پرسش زیربنایی دیگری باز می‌گردد مبنی بر اینکه حکم غیابی «قطعی» محسوب می‌گردد یا خیر. برای انجام این پژوهش توصیفی، به روش کتابخانه‌ای کتب و مقالات مرتبط با آیین دادرسی اعم از مدنی و کیفری بررسی و رویه قضایی و نظرات مشورتی مرتبط نیز گردآوری و مورد تجزیه و تحلیل و نقد قرار خواهند گرفت. بدین ترتیب ابتدا به نظرات مشورتی متعددی که اداره کل حقوقی قوه قضائیه در این خصوص ارائه کرده است اشاره می‌شود و سپس، به کاوش پیرامون مفهوم «قطعیت آرا» خواهیم پرداخت. در ادامه، قطعی بودن احکام غیابی و شمول مقررات مرور زمان کیفری نسبت به این دسته از آرا مورد مطالعه قرار خواهد گرفت. پیش از آن، خاطرنشان کنیم که در این نوشتار اولاً فرض بر آن است که حکم غیابی به محکوم علیه ابلاغ قانونی شده و ظرف مهلت‌های مقرر نسبت به آن، واخواهی و اعتراض (حسب مورد، تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی) به عمل نیامده است و ثانیاً اصل بزه انتسابی از نوع تعزیری و مشمول مقررات مرور زمان بوده و از حدود ماده ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی خروج موضوعی دارد.

۱. مروری بر نظرات اداره حقوقی قوه قضائیه

مسئله اجرا یا عدم اجرای مقررات مرور زمان نسبت به احکام غیابی، پس از انقلاب اسلامی، برای اولین بار در زمان حاکمیت ماده ۱۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ مطرح شد؛ زیرا تا پیش از این، به لحاظ طرح دیدگاه‌های فقهی که مبین عدم مشروعیت مرور زمان بودند، نهاد مذکور از نظام دادرسی ایران اعم از مدنی و کیفری حذف شد. لذا با وضع قانون یادشده مراجع قضایی با توجه به اینکه درخصوص این نهاد با تردیدهایی روبه‌رو بودند استعلامات مکرر و متعددی را از اداره کل حقوقی قوه قضائیه به عمل آوردند. یکی از این تردیدها از آنجا نشئت می‌گرفت که از یک سو، در ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ اشاره گردیده بود که چنانچه از تاریخ اولین اقدام تعقیبی تا انقضای مواعد مندرج در این ماده، تعقیب متهم منتهی به صدور حکم نشود، مشمول مرور زمان تعقیب شده و تعقیب موقوف خواهد شد و از سوی دیگر، در ماده بعدی مقرر شده بود که هرگاه

حکم صادر گردد ولی از تاریخ «قطعیت آن» تا انقضای مواعد مقرر اجرا نشود، اجرای حکم موقوف می‌گردد. درج قید «قطعیت» حکم در ماده ۱۷۴ قانون فوق از یک سو و غیرقطعی پنداشتن حکم غیابی ابلاغ قانونی شده از سوی دیگر موجب پدید آمدن این سؤال شده بود که آیا حکم محکومیت غیابی متهم مشمول مرور زمان اجرای حکم مندرج در ماده اخیر می‌گردد یا خیر.

اداره حقوقی قوه قضائیه در مقطع زمانی مزبور طی نظرات مشورتی متعدد خود پیرامون این دو ماده، به پرسش فوق پاسخ منفی داده است. برای نمونه در نظریات شماره ۷/۳۰۴۰ مورخ ۸۵/۵/۱۱، ۱۳۸۳/۴/۲۹، ۷/۶۲۰۹ مورخ ۸۳/۸/۱۶، ۷/۶۴۹۹ مورخ ۸۳/۸/۲۷ و ۷/۳۵۴۱ مورخ ۷/۵/۱۱ آورده است: «آرای غیابی مشمول مرور زمان نمی‌شود، مگر اینکه پس از ابلاغ واقعی و انقضای مهلت اعتراض و تجدیدنظر قطعی شده باشد.» نظریات شماره ۷/۴۱۶۷ مورخ ۸۳/۵/۲۸ و ۷/۴۲۲۸ مورخ ۸۳/۶/۱۲ هم اشاره دارند که صدور حکم غیابی در مورد محکوم علیه مستنداً به ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ قاطع مرور زمان می‌باشد و پس از صدور حکم تا زمان قطعیت آن، به دلیل حق واخواهی متهم، هیچ‌یک از دو مرور زمان تعقیب و اجرای حکم جاری نمی‌گردد. در پاسخ استعلامات دیگری که در این سال راجع به شمول مقررات مرور زمان مندرج در مواد ۱۷۳ و ۱۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ به عمل آمده است، اداره حقوقی وفق نظرات شماره ۷/۵۴۰۰ مورخ ۸۳/۷/۲۳ و ۷/۵۸۸۲ مورخ ۸۳/۸/۴ صراحتاً اعلام می‌کند راه‌حلی وجود ندارد و این‌گونه پرونده‌ها می‌بایست تا حصول نتیجه و در غیر این صورت الی‌الابد در واحدهای اجرای احکام کیفری مفتوح بماند. این موضع در نظرات دیگری که از این اداره کل در ایام اجرای قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ صادر شده است، بر همان مبنای واحد به شرح فوق، تکرار و حتی این عقیده در واپسین روزهای اجرای مقررات مرور زمان قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ در نظریه شماره ۷/۲۵۶۶ مورخ ۹۱/۱۲/۲۰ مجدداً تأیید و تصریح شده است: «احکام غیابی که به لحاظ ابلاغ قانونی و مضی مهلت‌های واخواهی و تجدیدنظر... به موقع اجرا گذاشته می‌شود تا زمانی که ابلاغ واقعی نشده مشمول مرور زمان موضوع ماده ۱۷۴ قانون مزبور و مشمول مرور زمان ماده ۱۷۳ هم نمی‌شود. زیرا در خصوص اتهام متهم حکم صادر شده است.»

بنابراین، همان‌گونه که مشاهده می‌شود اداره حقوقی، در زمان حکومت قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸، مُصِرانه اجرای مقررات مرور زمان را نسبت به احکام محکومیت غیابی با ابلاغ قانونی مطلقاً رد کرده و آن‌ها را مشمول مواد ۱۷۳ و ۱۷۴ آن قانون ندانسته است. با وضع مواد ۱۰۵ و ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی، نظرات اداره حقوقی در این موضوع دستخوش تغییر شده و اصل شمول مقررات مرور زمان در مورد احکام غیابی پذیرفته شد. وفق نظرات شماره ۷/۹۶/۸۲۰ مورخ

۹۶/۴/۱۱، ۷/۹۶/۱۱۹۱ مورخ ۹۶/۵/۲۹ و ۷/۹۶/۱۴۷۲ مورخ ۹۶/۶/۲۹ اداره مزبور، احکام غیابی مشمول مرور زمان موضوع ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی دانسته نشدند؛ زیرا مرور زمان موضوع این ماده مختص احکام قطعی است و از آنجا که احکام غیابی با ابلاغ قانونی طبق عقیده آن مرجع قطعی نمی‌باشند، این احکام را تحت شمول مرور زمان ماده ۱۰۵ آن قانون قرار داد. بدین ترتیب اگرچه اداره حقوقی هنوز هم معتقد است که حکم غیابی، جز پس از ابلاغ واقعی و انقضای مهلت‌های اعتراض، قطعی نبوده و در نتیجه از شمول مرور زمان اجرای حکم، که مبدأ آن تاریخ قطعیت حکم می‌باشد، خارج است، اما از آنجا که صدور حکم «قطعی» قاطع مرور زمان تعقیب و دادرسی در ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی است، لذا به‌رغم صدور و ابلاغ قانونی حکم غیابی، موضوع کماکان مشمول مرور زمان تعقیب (صدور حکم) باقی می‌ماند. آنچه در نظریه پیشین اداره حقوقی عجیب می‌نماید عقیده بر صدور قرار موقوفی اجرای حکم به استناد ماده ۱۰۵ است. در حالی که در نشست قضایی مورخ ۹۷/۵/۲۵ استان فارس (شهر استهبان) نظریه اکثریت قضات دایر بر شمول ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی نسبت به احکام غیابی بود. به استناد همین عقیده اداره حقوقی، کمیسیون هیئت عالی مرکز آموزش قوه قضائیه، نظریه اقلیت مخالف را صحیح و صائب تشخیص داد.^۱ به هر روی، نتایجی که از مجموع نظرات فوق قابل استنباط می‌باشد بدین شرح است:

۱. مطابق با عقیده اداره حقوقی، حکم غیابی که ابلاغ قانونی شده است قطعی محسوب نگردیده و آثار احکام قطعی را ندارد؛

۲. چنین احکامی مشمول مقررات مرور زمان اجرای حکم قرار نمی‌گیرند؛

۳. اگرچه در زمان حکومت قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ باور اداره مذکور بر این بود که احکام غیابی مشمول مرور زمان تعقیب (از شروع تعقیب تا صدور حکم) نیز نمی‌گردند، منتها با لازم‌الاجرا شدن قانون مجازات اسلامی، اداره حقوقی از این نظر عدول کرد و معتقد است دعاوی کیفری که منتهی به صدور حکم غیابی شده‌اند، چون حکم قطعیت نیافته است، لذا مشمول مرور زمان تعقیب موضوع ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی قرار دارند. با این حال، نوع قرار و به دلالت التزامی مرجع صدور آن را به ترتیب قرار موقوفی اجرا و شعبه اجرای احکام پنداشته است. در ادامه خواهیم دید که اداره حقوقی به هیچ‌کدام از نتایج فوق وفادار نبوده و در موقعیت‌های متفاوت، نظرات دیگری را در تعارض با آن‌ها و در تأیید نظر مختار صادر کرده است. لکن پیش از آن باید دید که مفهوم حکم قطعی چیست و معیارهای شناخت آن کدام است.

1. <https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/9efec1c-719a-4af3-004d-08d62a949684>.

۲. مفهوم حکم قطعی

تعریف حکم قطعی در قانون نیامده است. از همین رو، در برخی نوشته‌های حقوقی و بعضاً رویه قضایی گفته می‌شود: «حکم قطعی حکمی است که از رهگذر طرق عادی شکایت از آرا یعنی واخواهی و تجدیدنظرخواهی^۱، قابل اعتراض نباشد» (فراهانی، ۱۳۸۶: ۴۴ و ۴۸). مطابق این رویکرد، رأیی که غیابی و قابل واخواهی است چون هنوز یکی از طرق عادی اعتراض به روی آن مفتوح است، غیرقطعی می‌باشد. این در حالی است که با مذاقه در دکترین حقوقی نتیجه دیگری عاید می‌شود. استاد شمس در تعریف حکم قطعی آورده‌اند: «حکمی است که قابل هیچ‌یک از طرق عادی شکایت (واخواهی، تجدیدنظر) نباشد... تمام احکام حضوری صادره از دادگاه تجدیدنظر استان قطعی است. همچنین، حکم چنانچه در اصل قابل واخواهی و یا تجدیدنظر بوده و محکوم علیه در مهلت مقرر نسبت به آن، واخواهی و (یا) تجدیدنظر ننماید، قطعی محسوب می‌شود» (شمس، ۱۳۸۱: ۲۴۰). در این تعریف، ایشان تفاوتی میان ابلاغ واقعی با ابلاغ قانونی حکم غیابی به محکوم علیه قائل نشده و حکم غیابی را که در مهلت مقرر نسبت به آن اعتراض نشده است مطلقاً حکم قطعی به شمار آورده‌اند. بدین ترتیب از این منظر، به طور خلاصه در تعریف حکم قطعی آورده‌اند که «حکم قطعی حکمی است که قابل واخواهی یا تجدیدنظرخواهی نباشد؛ همچنین، احکامی که قابل واخواهی یا تجدیدنظر هستند اما در مهلت قانونی مورد اعتراض قرار نمی‌گیرند، قطعی محسوب می‌شوند» (احمدی، ۱۳۹۳). برخی دیگر رأی قطعی را به رأی لازم‌الاجرا تعبیر نموده‌اند که یا غیرقابل اعتراض است یا قابل اعتراض که در فرض اخیر، با تأیید در مرجع بالاتر یا عدم استفاده از حق اعتراض و انقضای مهلت آن، قطعیت یافته است (به نقل از: خدابخشی و دیگران، ۱۳۹۷: ۳۶۳). این نتیجه به تأیید سایر صاحب‌نظران آیین دادرسی مدنی نیز رسیده است و در نزد اینان، حکمی قطعی است که: (۱) از مرجع تجدیدنظر صادر شده یا (۲) مهلت تجدیدنظرخواهی آن سپری شده یا (۳) اصولاً غیرقابل تجدیدنظر است و (۴) احکام غیابی نیز که مهلت واخواهی و تجدیدنظرخواهی آن سپری شده، قطعی محسوب می‌شود، لذا اعاده دادرسی نسبت به آن‌ها جایز است (کریمی، بی تا: ۱۴۲؛ بهشتی و مردانی، ۱۳۸۱: ۱۲۵ و ۱۲۶).

اما در تعریف دیگری از حکم قطعی، قطعیت یک رأی تنها در برابر قابلیت یا عدم قابلیت طرح طرق عادی اعتراض به آن نزد مرجع بالاتر (دادگاه تجدیدنظر یا دیوان عالی) سنجیده می‌شود. به

۱. باید در نظر داشت که در دعاوی کیفری، در حدود ماده ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری، فرجام‌خواهی جزء طرق عادی اعتراض به آرا محسوب می‌شود.

عبارت دیگر، در این تعریف عدم قابلیت و اخواهی شرط قطعیت رأی دانسته نشده است.^۱ لذا در این دیدگاه وجود یا عدم امکان و اخواهی در ماهیت رأی قطعی تأثیری ندارد. لذا در این دیدگاه رأی قطعی نسبت به و اخواهی لایشرط به شمار می‌رود. برای مثال، مرحوم دکتر متین دفتری در تعریف مختصری آورده است: «حکم قطعی حکمی است که نتوان از آن تجدیدنظر خواست.» نویسندگان دیگری نیز از همین تعریف تبعیت کرده‌اند: «رأیی که نتوان از آن پژوهش‌خواهی کرد یا اینکه در پی پژوهش‌خواهی صادر شده باشد، قطعی و در غیر این صورت، غیرقطعی نامیده می‌شود» (رضایی‌نژاد، ۱۳۹۰: ۱۸۸؛ حشمدار، ۱۳۹۶؛ تیموری‌نیا و جلالیان، ۱۳۹۵: ۲؛ میرکمالی و کاظمی، ۱۳۹۶: ۶۴). با این همه بر اساس این رویکرد نیز حکم غیابی پس از انقضای مهلت‌های اعتراض قطعی است؛ چراکه تحت این شرایط قابل تجدیدنظرخواهی نیست و تنها امکان و اخواهی از آن وجود دارد و امکان تجدیدنظر از رأی صادره پس از و اخواهی نیز مانع این برداشت نمی‌باشد. به این تعریف که از مواد ۳۳۰ و ۳۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز برمی‌آید، برخی صاحب‌نظران خدشه وارد کرده‌اند که ممکن است حکمی غیرقابل تجدیدنظر باشد، اما قطعی نیز نباشد. مصداق بارز آن، حکم غیابی است که چه‌بسا قابل درخواست تجدیدنظر نیست اما چون به‌طور غیابی صادر شده لذا قابل و اخواهی است (ماده ۳۶۴) و تبصره ۱ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ دلالت دارد حکم غیابی که قابل و اخواهی باشد در «مهلت قانونی برای و اخواهی» قطعی نیست. از این عبارت نیز که درصدد اصلاح تعریف پیش‌گفته می‌باشد چنین برمی‌آید که حکم غیابی دادگاه تجدیدنظر پس از انقضای مهلت و اخواهی و عدم اعتراض قطعی می‌گردد.

با این همه، به نظر می‌رسد رابطه «حکم قطعی و غیرقابل اعتراض» و «حکم غیابی قابل و اخواهی» رابطه عموم و خصوص من وجه است؛ یعنی ممکن است حکمی قطعی باشد ولی غیابی و قابل و اخواهی، کما اینکه در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و هم در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مبحث و اخواهی، در ذیل بخش «اعتراض به آرا»، که حسب مورد شامل تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی می‌شود، نیامده است و مقنن مراد خود از «قطعی یا غیرقطعی بودن رأی» را با عنوان و

۱. در ماده ۷ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ آمده است: «احکام دادگاه‌های عمومی و انقلاب قطعی است مگر در مواردی که در این قانون قابل نقض و تجدیدنظر پیش‌بینی شده است». با توجه به اینکه نقض واژه عامی است که چه از طرق عادی و چه از طرق فوق‌العاده ممکن است رخ دهد، لذا این تعریف از احکام قطعی قابل انتقاد بوده و کمکی به شناخت آن‌ها نمی‌کند. همچنین است ماده ۵ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹.

محتوای بخش «اعتراض به آراء» بیان کرده است. منطوق مواد ۴۲۶ تا ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ حکایت از این اصل دارد که آرای کیفری اصولاً و حسب مورد قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر یا قابل فرجام در دیوان عالی کشور هستند و لکن به طور استثنایی برخی آرای بدوی قطعی و «غیرقابل تجدیدنظرخواهی یا فرجام‌خواهی» و به عبارت منطبق با عنوان بخش چهارم این قانون «غیرقابل اعتراض» می‌باشند. بنابراین در جرایم تعزیری درجه ۱ تا ۷ وفق مواد ۴۰۶ و ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ اگر حکم محکومیت بدوی غیابی باشد، هم قابل‌خواهی است و هم قابل‌اعتراض، یعنی تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی و اگر حضوری باشد، قابل‌خواهی نیست اما قابل‌اعتراض، یعنی تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی است. حال آنکه، طبق ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، حکم محکومیت بدوی در جرایم تعزیری درجه ۸ و طبق ماده ۴۴۳ همین قانون، حکم محکومیت دادگاه‌های تجدیدنظر اگر حضوری باشد، قطعی است و غیرقابل‌خواهی و اگر غیابی باشد، باز هم قطعی است لیکن قابل‌خواهی. بدیهی است که اگر قطعیت رأی به معنی غیرقابل‌اعتراض بودن آن به طرق عادی اعتراض به آراء باشد و خواهی یکی از طرق عادی اعتراض به آراء دانسته شود، اجتماع نقیضین حاصل می‌آید؛ زیرا آراء مذکور به خاطر غیابی بودن بنا به عقیده کسانی که اعتراض را شامل و خواهی نیز می‌دانند، طبق مواد ۴۰۶ و ۴۶۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ قابل‌اعتراض می‌باشند و درعین حال به تصریح مواد ۴۲۷ و ۴۴۳ همین قانون، این دو حکم غیابی، غیرقابل‌تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی و در نتیجه قطعی و غیرقابل‌اعتراض‌اند. حال آنکه یک حکم در آن واحد نمی‌تواند هم قابل‌اعتراض باشد، هم غیرقابل‌اعتراض.

نکته مغفول‌مانده این است که در مقررات هر دو قانون آیین دادرسی مدنی و کیفری، اعتراض بما هو اعتراض (که شامل و خواهی نمی‌شود) نسبت به رأی حضوری بدوی غیرقطعی، اعم از حکم و قرار و اعم از برائت یا محکومیت، مصداق دارد. اما و خواهی فقط مخصوص حکم (نه قرار) محکومیت (نه برائت یا بی‌حقی) غیابی (نه حضوری) است. فلذا ریشه اختلاف در لفظ «اعتراض» است که مشترک لفظی است، لکن در لسان مقنن در هر دو قانون شکلی فوق، در استفاده از کلمه اعتراض، «و خواهی» اراده نشده و هر جا مراد اعتراض به رأی غیابی بوده، مقنن از لفظ «و خواهی» استفاده کرده است.^۱ شایان ذکر است که قطعی بودن رأی دادگاه تجدیدنظر متعاقب و خواهی

۱. به نظر می‌رسد اینکه به ذهن حقوق‌دانان کشور ما از واژه اعتراض به آراء و خواهی نیز متبادر می‌شود، گذشته از اینکه و خواهی محکوم‌علیه داخل در معنای لغوی اعتراض است، ریشه تاریخی دارد؛ چراکه در قوانین شکلی پیش از انقلاب یعنی اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰ (ماده ۱۱۰)، اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۲۹۱ (ماده ۲۷۵) و

محکوم علیه از حکم غیابی آن مرجع در ذیل مواد ۳۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و ۴۶۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مفهوم مخالف ندارد و نباید از آن چنین استنباط شود که در مهلت و اخواهی حکم غیابی صادره نسبت به طرف دیگر یا دادستان غیرقطعی و قابل اعتراض است. بلکه مقصود مقنن در دو ماده پیش گفته این است که اولاً محکوم علیه تنها حق و اخواهی نسبت به این حکم غیابی دارد و نه حق تجدیدنظر (یا فرجام خواهی کیفری) از رأی قطعی مرجع تجدیدنظر (طبق ماده ۳۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و ۴۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲). ثانیاً تا پیش از انقضای مهلت و اخواهی وی رأی لازم الاجرا نمی باشد. با این تفاسیر، رأی غیرقطعی را باید رأی دانست که دارای هر دو ویژگی ذیل است: ۱) قابل اعتراض به طرق عادی است (یعنی طریقی که دارای اثر تعلیقی می باشند) و ۲) رسیدگی به اعتراض طبق قانون در مرجع بالاتری از مرجع صادرکننده رأی به عمل می آید. بر این مبنا، در تعریف موجزی از رأی قطعی می توان گفت: «رأیی است که قابل اعتراض به طرق عادی در مرجع بالاتر نیست». رسیدگی به و اخواهی چون در مرجع بالاتر صورت نمی پذیرد، لذا در سنجش قطعیت یا عدم قطعیت رأی محلی از اعراب ندارد.

۳. قطعیت احکام غیابی و شمول مرور زمان

تا اینجا دانستیم که در دکترین حقوقی، حکم غیابی اگر به محکوم علیه ابلاغ واقعی شده باشد، چنانچه در مهلت های قانونی حسب مورد از آن و اخواهی و تجدیدنظرخواهی (یا فرجام خواهی کیفری) به عمل نیاید، بی تردید مصداق حکم قطعی محسوب می شود. لکن در فرض ابلاغ قانونی آن در قطعی محسوب شدن حکم غیابی تردید شده است که با توجه به تحلیلی که از مفهوم قطعیت رأی و رابطه عموم و خصوص من وجه آن با و اخواهی به عمل آمد به نظر می رسد در قطعی محسوب شدن حکم غیابی در فرض ابلاغ قانونی آن نیز نباید تشکیک کرد و اینکه ممکن است در آینده از حکم غیابی و اخواهی صورت پذیرد مانع از آن نیست، مادامی که و اخواهی به عمل نیامده است، حکم غیابی را پس از انقضای مهلت های عادی اعتراض به آراء قطعی محسوب کنیم و تمامی آثار احکام قطعی نظیر لازم الاجرا بودن و شمول مرور زمان اجرای حکم را بر احکام غیابی که ابلاغ قانونی شده اند نیز مجرا بدانیم. چنان که در مورد آرای حضوری قابل اعتراض نیز کماکان امکان اعتراض و رسیدگی به آن بعد از انقضای مهلت آن وجود دارد؛ زیرا اگر دادگاه بدوی طبق ماده ۴۳۲

قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ (ماده ۱۷۴) از درخواست محکوم علیه غیابی جهت رسیدگی مجدد تعبیر به «اعتراض» شده بود، هر چند همانند قوانین فعلی، مبحث و اخواهی ذیل فصل شکایت یا پژوهش نسبت به آرای بدوی آن قوانین منسوخ شده نیامده بود.

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با قبول عذر موجه قرار قبول درخواست معترض را صادر کند، اجرای رأی متوقف و پرونده جهت رسیدگی به مرجع اعتراض ارسال می‌شود و اگر هم دادگاه بدوی قرار رد درخواست معترض را صادر کند، این قرار قابل اعتراض است و دادگاه‌های تجدیدنظر یا دیوان عالی کشور می‌توانند با موجه دانستن عذر معترض (در حدود مقررات)، اعتراض وی را در مهلت تلقی و قرار بدوی را نقض کند. در این حالت نیز اجرای آن رأی حضوری که به دلیل انقضای مهلت طبق صدر بند ب ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ قطعی محسوب شده و اجرا شده بود، تا تعیین تکلیف نهایی اعتراض معترض متوقف می‌شود. اما هیچ‌کس چنین رأیی را با وجود احتمال پذیرش اعتراض به آن غیرقطعی محسوب نکرده و در شمول مرور زمان نسبت به آن‌ها تردیدی روا نداشته است. لذا همان طور که در صورت عدم تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی نسبت به رأی حضوری در مهلت اعتراض به آن و در صورت عدم واخواهی و تجدیدنظر یا فرجام از حکم غیابی در مهلت مقرر قانونی، هر دو رأی موصوف مشمول صدر بند ب ماده ۴۹۰ قرار گرفته و قطعی محسوب شده و لازم‌الاجرا می‌باشند، بنابراین تفصیل رویه قضایی، دکتین و اداره حقوقی برای شمول مرور زمان به رأی حضوری که طبق صدر بند ب ماده ۴۹۰ قطعی شده و عدم شمول مرور زمان به رأی غیابی که آن هم مشمول صدر همین بند است، فاقد مبنا و توجیه اقناع‌آور است. ازاین‌رو به نظر می‌رسد این دیدگاه عدم شمول مرور زمان بر حکم غیابی مشمول بند ب ماده ۴۹۰ است که نیاز به استدلال و استناد دارد، نه دیدگاه مختار که موافق اصل است.

همچنین در ذیل بند ب ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ تصریح ظریف و دقیقی وجود دارد که همانند صدر آن شایسته تدقیق است. در بندهای الف، پ و ت این ماده مصادیق آراء قطعی به عنوان آراء لازم‌الاجرای کیفری بیان شده است. منتها در ذیل بند ب به ظرافت آمده است: «رأیی که در مهلت قانونی نسبت به آن واخواهی یا درخواست تجدیدنظر یا فرجام نشده باشد یا درخواست تجدیدنظر یا فرجام آن رد شده باشد.» مقنن در مورد رأیی که درخواست واخواهی آن رد شده، سکوت کرده و چنین رأیی را قطعی و لازم‌الاجرا اعلام نکرده است. توضیح اینکه حکم محکومیت غیابی یا صادره از دادگاه‌های کیفری بدوی است یا دادگاه‌های تجدیدنظر. حکم غیابی دادگاه تجدیدنظر مشمول ماده ۴۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و بند پ ماده ۴۹۰ بوده و قطعی است و اساساً مشمول بند ب آن نمی‌باشد و پس از انقضای مهلت واخواهی، حکم غیابی تجدیدنظر لازم‌الاجراست و اگر قرار رد واخواهی محکوم‌علیه هم صادر شود، این قرار به تبع اصل رأی قطعی است (مستنداً به ماده ۴۴۳ و تبصره ۲ ماده ۴۲۷ و ذیل ماده ۴۶۱). منتها در مورد حکم غیابی بدوی بند ب ماده ۴۹۰ باید در جمع با تبصره ۲ ماده ۴۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

دیده شود و حکم کیفری بدوی صادره پس از رسیدگی به واخواهی محکوم علیه، اصولاً غیر قطعی و قابل تجدیدنظرخواهی یا فرجام خواهی کیفری است و در نتیجه نمی تواند لازم الاجرا باشد تا در ذیل بند ب ماده ۴۹۰ از آن نام برده شود. بنابراین روشن است همان گونه که در نتیجه گیری از قسمت قبل بیان شد وجود یا عدم امکان واخواهی تأثیری در قطعی بودن یا نبودن رأی ندارد و به همین علت نیز مقنن بین حکم قطعی و حکم غیابی تفاوت ماهیتی قائل است. بنابراین به رغم قطعی دانستن رأی، در صورت رد شدن درخواست تجدیدنظرخواهی یا فرجام خواهی محکوم علیه، در ذیل بند ب ماده ۴۹۰ رد شدن واخواهی سبب قطعی شدن رأی و اخواسته تلقی نشده است، لکن در صدر همین بند، آثار و احکام مترتب بر احکام قطعی، در صورت عدم واخواهی و عدم اعتراض به احکام غیابی در مهلت های مقرر قانونی، بر احکام غیابی نیز بار شده است.

در واقع، می توان بر آن بود که احکام غیابی پس از انقضای مهلت های مقرر و عدم واخواهی یا اعتراض محکوم علیه، از قطعیت موقتی یا متزلزل برخوردار می گردند. لذا این تعبیر نیز که در حکم احکام قطعیت یافته می باشند تعبیری تسامحی است (فراهانی، ۱۳۸۶: ۴۵)؛ چراکه حقیقتاً متصف به وصف قطعیت می شوند منتها قطعیتی که متزلزل است و ممکن است با واخواهی خارج از مهلت محکوم علیه و پذیرش آن از بین برود. به هر روی، متزلزل بودن قطعیت حکم غیابی به قاعده مانع از بارکردن آثار حکم قطعی نمی باشد. با دقت در متون قانونی یاد شده، همین نتیجه که احکام غیابی دست کم پس از انقضای مهلت واخواهی و تجدیدنظر یا فرجام خواهی کیفری قطعی محسوب می شوند قابل تأیید است. تنها تفاوتی که باید در نظر داشت و منشأ آثاری نیز در چهارچوب قانون می باشد این است که حکم غیابی ابلاغ واقعی شده که در مهلت مقرر مورد واخواهی و تجدیدنظر یا فرجام خواهی کیفری قرار نگرفته، همانند رأی حضوری که در مهلت مقرر قانونی مورد اعتراض واقع نشده، امکان واخواهی و تجدیدنظر یا فرجام خواهی (اعتراض) به آن اصولاً ممکن نیست و قطعیت آن کمتر دستخوش تزلزل قرار می گیرد؛ اما حکم غیابی ابلاغ قانونی شده هم اگرچه پس از انقضای مهلت ها و عدم واخواهی و اعتراض، همانند دو رأی اشاره شده و طبق صدر بند ب ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ قطعی محسوب شده و لازم الاجراست، لکن قطعیت و اجرای آن بیشتر در معرض تزلزل و توقف است؛ زیرا تبصره ۲ ماده ۴۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ بی هیچ تشریفات صرف درخواست واخواهی محکوم علیه را مسموع و سبب توقف اجرای رأی دانسته است: «... هرگاه حکم دادگاه ابلاغ واقعی نشده باشد، محکوم علیه می تواند ظرف بیست روز از تاریخ اطلاع، واخواهی کند که در این صورت، اجرای رأی متوقف و متهم تحت الحفظ به همراه پرونده به دادگاه صادرکننده حکم اعزام می شود...».

به علاوه، این نتیجه از عبارت مندرج در تبصره ۱ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ نیز که به نظر می‌رسد درصدد تکرار مفاد ماده ۱۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) در قانون جدید می‌باشد قابل استنباط است. وفق مقرره مزبور، «چنانچه ابلاغ واقعی به شخص محکوم علیه میسر نباشد و ابلاغ قانونی به عمل آید، آن ابلاغ معتبر بوده و حکم غیابی پس از انقضای مهلت قانونی و قطعی شدن به موقع اجرا گذارده خواهد شد». به روشنی از متن ماده مذکور چنین برمی‌آید که پس از سپری شدن مهلت‌های قانونی اعتراض به حکم غیابی از سوی محکوم علیه با وجود ابلاغ قانونی آن، حکم غیابی صادره قطعی محسوب شده و به همین دلیل به موقع اجرا گذاشته می‌شود. این همان رویکردی است که در بند ب ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز عیناً ملاحظه می‌گردد. بنابراین سیاست گذاری مقنن در این بخش در هر دو حوزه آیین دادرسی مشابه می‌باشد. بیشتر آنکه وفق ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹، تنها نسبت به احکام قطعیت یافته امکان اعاده دادرسی وجود دارد. مقنن در ماده بعد مهلت درخواست اعاده دادرسی را مشخص کرده که در بند دوم ماده مزبور این مدت را نسبت به آراء غیابی از تاریخ انقضای مهلت واخواهی و تجدیدنظرخواهی حسب مورد ۲۰ روز یا ۲ ماه تعیین کرده است. بر این اساس، با کنار هم گذاشتن مواد ۴۲۶ و ۴۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ نتیجه آن می‌شود که مقنن آراء غیابی را که مهلت واخواهی و تجدیدنظرخواهی آن‌ها به پایان رسیده است قطعی محسوب می‌کند و درخواست اعاده دادرسی نسبت به آن‌ها را قابل طرح می‌داند.

۴. نقد نظرات اداره حقوقی در پرتو دکترین و تفسیر منطقی قانون

چنان‌که پیش‌تر بیان شد اداره حقوقی در ابتدای مطرح شدن مبحث مرور زمان در مواد ۱۷۳ و ۱۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ از سابقه تقنینی موضوع و دکترین حقوقی جاافتاده چشم‌پوشی کرده و حکم غیابی با ابلاغ قانونی را، ولو پس از انقضای مهلت‌های اعتراض، غیرقطعی پنداشته و در نتیجه در ابتدا یکی از آثار احکام قطعی کیفری که شمول مرور زمان اجرا از تاریخ قطعیت می‌باشد را از این دسته از احکام به کلی دریغ کرده بود. پس از تصویب مواد ۱۰۵ تا ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی، به دلیل عدم اصلاح مبنای مذکور، نظرات مشورتی اداره حقوقی تعدیل و احکام مذکور مشمول مرور زمان اجرای مقرر در ماده ۱۰۷ دانسته نشدند، منتها شمول مرور زمان تعقیب موضوع ماده ۱۰۵ بر آن‌ها پذیرفته شد. با توجه به تحلیل ارائه شده از مفهوم قطعیت رأی و رابطه آن با حکم غیابی و نهاد واخواهی، در قطعی و لازم‌الاجرا محسوب شدن احکام غیابی پس از ابلاغ آن‌ها اعم از واقعی و قانونی و انقضای مهلت اعتراض تردیدی باقی نمی‌ماند. منتها در نقد عقیده اداره مذکور،

که نظرات مشورتی آن عموماً مورد عمل قضات قرار می‌گیرد، باید خاطر نشان ساخت که این نظر با ایرادات نظری و عملی جدی به شرح زیر روبه‌روست:

۱. در این‌گونه پرونده‌ها طبق عقیده اداره حقوقی، باید رأی کیفری صادره از دادگاه ذی‌صلاح را که قانوناً لازم‌الاجراست نادیده انگاشت و فرض کرد که اساساً پرونده منتهی به صدور رأی آن هم از نوع حکم در ماهیت امر نشده است. در حالی که نمی‌توان صدور حکم را به‌کلی نادیده گرفت و در این موارد از حیث مرور زمان آن‌گونه رفتار کرد که در پرونده‌های در جریان رسیدگی مقدماتی یا محاکماتی عمل می‌شود، گویی که اساساً حکمی صادر نشده و موضوع مشمول مرور زمان تعقیب است. صدور حکم، اعم از حضوری و غیابی، طبق ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مستلزم اعلام ختم دادرسی است و صدور حکم مهم‌ترین واقعه در رسیدگی به دعاوی است که موجب مختومه‌شدن موضوع در دادگاه و آغاز عملیات اجرایی می‌شود. حال چگونگی است در حالی که عملیات اجرایی مدتی است آغاز شده با گذشت مهلت مقرر در ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی باید از حکم و کلیه اقدامات انجام‌شده صرف‌نظر کرده و ادعا کرد که موضوع مشمول مرور زمان تعقیب و دادرسی شده در حالی که مرحله تعقیب و دادرسی با صدور حکم محکومیت متهم پایان یافته است.

۲. عقیده اداره حقوقی با این مشکل جدی و تعارض درونی روبه‌روست که مشخص نیست واحد اجرای احکام کیفری، بر فرض که موضوع مشمول مرور زمان ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی شده باشد، باید چه تصمیمی اتخاذ کند. از یک سو، گفته شد که با صدور حکم، دادگاه ختم دادرسی را اعلام می‌کند و سپس مبادرت به انشای حکم می‌ورزد و استناد واحد اجرای احکام به ماده مزبور با تصمیم دادگاه در تعارض قرار می‌گیرد. چه آنکه استناد به این ماده به معنای مفتوح‌بودن جریان دادرسی و تحقیقات است آن هم در مرحله اجرای احکام. از سوی دیگر، استناد به ماده مذکور و پذیرش مشمول مرور زمان تعقیب می‌بایست منتهی به صدور «قرار موقوفی تعقیب» گردد. این در حالی است که صدور قرار موصوف از شعب تحقیق در دادرسی و دادگاه پیش از صدور حکم محکومیت قابل تصور است و این امر از موارد مورد اجماع در دکتترین و رویه قضایی است. به‌علاوه، صدور قرار موقوفی تعقیب، از شئون مقام تحقیق دادرست، نه قاضی اجرای احکام کیفری و پس از صدور نیز نیاز به موافقت دادستان دارد. بنابراین، چگونه شعبه اجرای احکام کیفری دادرسی که در مقام انجام تحقیقات مقدماتی نیست می‌تواند قرار موقوفی تعقیب صادر کند، حال آنکه تعقیب با فلسفه وجودی شعب اجرا ناسازگار بوده و با ورود پرونده به این واحد، مرحله تعقیب پایان‌یافته تلقی می‌شود. وانگهی قرار موقوفی تعقیب به حکم ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ از ناحیه شاکی قابل اعتراض است. حال سؤال این است که اگر واحد اجرای احکام قرار موقوفی تعقیب صادر

کند، آیا از ناحیه شاکی که اکنون سمت محکوم‌له را دارد قابل اعتراض است؟ برای فرار از این اشکالات، اداره حقوقی در نظریه شماره ۷/۹۶/۱۴۷۲ مورخ ۹۶/۶/۲۹ اشاره داشته است که در صورت شمول مرور زمان تعقیب به استناد ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی، واحد اجرای احکام قرار موقوفی اجرا صادر خواهد کرد. نادرستی این عقیده روشن است. زیرا طبق ماده ۱۳ و ۵۰۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ناظر بر ماده ۱۰۵ و ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی در صورت شمول مرور زمان شکایت و تعقیب، تعقیب متهم در مراحل قبل از صدور حکم با صدور قرار موقوفی تعقیب موقوف می‌شود و صدور قرار موقوفی اجرا فقط در مورد «اجرای مجازات» صادر می‌شود و اجرای حکم محکومیت محکوم‌علیه را موقوف می‌کند و نه «تعقیب متهم» را.

۳. به طور کلی، گستره ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی مربوط به مرحله اجرای احکام نمی‌باشد و استناد به این ماده جهت صدور قرار موقوفی تعقیب یا اجرا و مختومه نمودن پرونده ممکن نمی‌باشد. این بدان خاطر است که پس از صدور حکم (رأی) در دادرسی کیفری سه حالت قابل تصور است: الف) حکم کیفری صادره حضوری و غیرقابل اعتراض است (بند الف، پ، ت ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲). در این صورت تردیدی نیست که این حکم در زمان انشای خود به نحو قطعی اصدار می‌یابد و قاطع مرور زمان موضوع ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی می‌باشد. لذا پس از صدور آن امکان بازگشت به ماده مذکور و استناد به آن وجود ندارد و تنها مرور زمان اجرا مندرج در ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی امکان شمول دارد.

ب) حکم کیفری صادره غیابی و قابل واخواهی می‌باشد یا حضوری و قابل اعتراض از طرق عادی (حسب مورد، تجدیدنظرخواهی یا فرجام‌خواهی) و در مهلت، توسط یکی از طرفین یا دادستان و یا همه آن‌ها تحت واخواهی یا اعتراض قرار می‌گیرد (مواد ۴۰۶ و ۴۰۷ و ۴۶۱ و نیز ۴۲۶ تا ۴۲۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲). در این فرض حکم غیابی یا غیرقطعی است و با ورود فرایند دادرسی به مرحله رسیدگی به اعتراض، مرجع رسیدگی‌کننده (اعم از آنکه دادگاه صادرکننده حکم غیابی باشد (واخواهی) یا مرجع عالی اعتراض (دادگاه تجدیدنظر یا دیوان عالی) و نه قاضی اجرای احکام کیفری) در صورت شمول مرور زمان صدور حکم موضوع ماده ۱۰۵، در مورد موقوفی تعقیب متهم تصمیم مقتضی را اتخاذ نموده و در غیر این صورت، رأی (قرار یا حکم) جدید خود را صادر می‌نماید.

ج) حکم صادره قابل واخواهی یا اعتراض به طرق عادی می‌باشد اما هیچ‌یک از طرفین در مهلت حسب مورد واخواهی یا اعتراض نمی‌کنند (بند ب ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲).

در این حالت، با انقضای مهلت اعتراض، حکم صادره قطعی محسوب می‌شود و آثار و احکام حکم قطعی بر آن بار می‌شود.^۱ بنابراین، همانند فرض اول قاطع مرور زمان ماده ۱۰۵ بوده و امکان بازگشت و استناد به این ماده در مرحله بعد یعنی اجرای احکام میسر نمی‌باشد. چنانچه عقیده اداره حقوقی مورد پذیرش باشد، چون در این فرض تا پیش از انقضای مواعد مرور زمان تعقیب، حکم قطعی صادر نشده لذا یا باید دادگاه بدوی از حکم محکومیت قبلی خود عدول کرده و قرار موقوفی تعقیب صادر کند (که خلاف قاعده فراغ دادرسی است) یا اینکه اجرای احکام اقدام به صدور قرار موقوفی تعقیب کند که در جایگاه قانونی صدور آن نیست و یا قرار موقوفی اجرا صادر کند، منتها به استناد شمول مرور زمان تعقیب.

در هر سه حالت، صدور حکمی که در زمان انشا صحیحاً وفق مقررات و از سوی مرجع ذیصلاح صادر شده امری عبث بوده است؛ چراکه قابلیت اجرایی ندارد. در حالی که در فرض مذکور، عدم اعتراض طرفین کاشف از قطعی محسوب شدن حکم اصداری وفق بند ب ماده ۴۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و لازم الاجرا شدن آن است. این امر قاطع مرور زمان صدور حکم موضوع ماده ۱۰۵ بوده و پس از آن مرور زمان اجرا آغاز خواهد شد. لذا مَجْرای اعمال ماده ۱۰۵ تنها در شعب تحقیق اعم از دادرسی، دادگاه بدوی و تجدیدنظر می‌باشد و هرگز ناظر بر مرحله اجرا نخواهد بود. به علاوه، اداره حقوقی در نظریه شماره ۷/۳۸۲۱ مورخ ۱۳۸۲/۵/۱۶ بیان داشته است: «در احکام قطعی غیابی که مدت و اخواهی و همچنین تجدیدنظرخواهی آن پایان یافته و بر طریق ابلاغ قانونی قطعی شده باشد لازم الاجرا بوده و به دایره اجرا فرستاده می‌شود؛ ولی این امر موجب سلب حق و اخواهی متهم نبوده و محکوم علیه غیابی به محض اطلاع می‌تواند و اخواهی کند. بنابراین، اجرای حکم شمول مرور زمان موضوع ماده (۱۷۴) قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ نمی‌گردد» (به نقل از: قاسم‌پور، ۱۳۷۴: ۱۰۰). همان گونه که ملاحظه می‌شود در این نظریه به رغم پذیرش قطعیت احکام غیابی که ابلاغ قانونی شده‌اند، شمول مرور زمان اجرا بر آن‌ها بدون هرگونه استدلال یا استنادی رد شده است.

۴. عقیده اداره حقوقی راجع به شمول مرور زمان تعقیب در مرحله اجرای احکام غیابی با ابهام نیز روبه‌روست؛ چراکه مبدأ احتساب این مرور زمان در مرحله مذکور نامشخص می‌باشد. توضیح آنکه به حکم ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی مبدأ مرور زمان تعقیب از تاریخ آخرین اقدام تعقیبی

۱. هرچند ممکن است پس از انقضای مهلت‌های مقرر، چه حکم غیابی باشد چه حضوری، مورد و اخواهی (ماده ۴۰۶ و ۴۶۱ قانون آیین دادرسی کیفری) یا اعتراض (ماده ۴۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری) قرار بگیرد و اجرای حکم تا زمان رسیدگی به و اخواهی یا اعتراض متوقف شود.

و تحقیقی محاسبه خواهد شد. حال که پرونده با صدور حکم غیابی به اجرای احکام ارسال شده و سؤال این است که در پرونده مذکور آخرین اقدام تعقیبی و تحقیقی کدام است؟ به این پرسش پاسخ‌های متفاوتی می‌توان داد که هرکدام ملاک عمل قرار گیرد، نه تنها تشتت رویه را فراهم می‌آورد بلکه بر کمی یا زیادت مدت احتساب مرور زمان تعقیب نیز اثرگذار است:

(الف) برخی معتقدند آخرین اقدام تحقیقی یا تحقیقی مربوط به مرحله دادرست و این نوع مرور زمان از مبدأ تاریخ کیفرخواست باید مورد محاسبه قرار گیرد (رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۲۵۳۰۰۸۹۲ مورخ ۹۳/۰۵/۱۲ صادره از شعبه ۳۸ دیوان عالی کشور). چنانچه این عقیده مورد پذیرش قرار گیرد، نتیجه آن می‌شود که در مورد برخی جرایم تعزیری نظیر درجه ۶ با توجه به مرور زمان تعقیب ۵ ساله ممکن است با احتساب از تاریخ صدور کیفرخواست پیش از شروع به اقدامات اجرایی مشمول مرور زمان شوند.

(ب) در عقیده دیگری اقدامات دادگاه در احضار طرفین و تشکیل جلسه رسیدگی نیز اقدام تحقیقی و تعقیبی تلقی شده و صدور رأی آخرین اقدام تعقیبی و تحقیقی در نظر گرفته می‌شود. (ج) نهایتاً عده‌ای نیز معتقدند که اقدامات اجرای احکام در دستیابی به محکوم‌علیه و اجرای دادنامه نظیر صدور برگ جلب و غیره نیز اقدامات تعقیبی و تحقیقی محسوب می‌گردد. اگر نظر اخیر مورد پذیرش قرار گیرد، احکام غیابی مشمول مرور زمان قرار نگرفته و پرونده متضمن آن‌ها در شعب اجرا تا ابد باید مفتوح بماند، مگر آنکه به محکوم‌علیه دسترسی حاصل شود یا فوت کند یا دیگر جهات سقوط دعوای عمومی حادث شود. چراکه معمولاً در اوقات نظارت شعبه اجرای احکام دستوراتی هرچند بی‌اثر در جهت دستیابی به محکوم‌علیه صادر می‌شود. بنابراین، هر سه مبنای نظرات پیش‌گفته اداره حقوقی، یعنی قابلیت رسیدگی بعدی به واخواهی متهم، تلقی واخواهی به اعتراض و غیرقطعی محسوب کردن آرای غیابی در شمول مرور زمان اجرای حکم بر این دسته از احکام قابل قبول به نظر نمی‌رسند.

۵. عدم موضع ثابت اداره حقوقی در رد قطعیت احکام غیابی

در نظریات پیش‌گفته که موضوع اصلی سؤال از اداره حقوقی شمول مرور زمان اجرای حکم بر احکام غیابی کیفری بود، اداره حقوقی دلیل خود برای رد شمول مرور زمان اجرای احکام غیابی را که ابلاغ قانونی شده‌اند قطعی نشدن آن به لحاظ امکان واخواهی محکوم‌علیه در هر زمان اعلام کرده بود. در حالی که در مورد احکام مدنی غیابی که از حیث قطعی شدن یا نشدن فرقی با احکام غیابی جزایی ندارند اداره مذکور صراحتاً قطعی محسوب شدن احکام غیابی را به نحو اطلاق و حتی با تصریح به فرض ابلاغ قانونی آن‌ها پذیرفته است. برای نمونه در نظریه شماره ۷/۱۵۱۷ مورخ ۷۹/۳/۱

آمده است: «با توجه به مفاد تبصره ۱ ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ که حکم غیابی را پس از انقضای مهلت قانونی و قطعی شدن دادنامه قابل اجرا دانسته و توجه به ماده ۳۳۶ همین قانون که مهلت درخواست تجدیدنظر را بیست روز از تاریخ ابلاغ یا انقضای مدت و اخواهی ذکر کرده و نهایتاً با عنایت به ماده یک قانون اجرای احکام مدنی که اجرای هیچ حکمی را قبل از قطعیت نمی‌پذیرد، لذا حکم غیابی (قابل تجدیدنظر) زمانی قابل اجرا خواهد بود که مهلت و اخواهی منقضی شده و مهلت تجدیدنظر خواهی نیز سپری شده باشد.» مفاد این نظر دال بر قطعی محسوب شدن رأی غیابی پس از ابلاغ، حتی ابلاغ قانونی، در نظرات بعدی اداره مذکور به شماره‌های ۷/۳۱۲۹ مورخ ۷/۶/۱۶؛ ۷/۵۱۴۷ مورخ ۸۶/۸/۶؛ ۷/۱۳۷۳ مورخ ۸۹/۳/۳۰؛ ۷/۴۰۳۰ مورخ ۹۰/۹/۵؛ ۷/۶۰۷ مورخ ۹۱/۳/۳۰؛ ۷/۱۳۵۱ مورخ ۹۱/۷/۳؛ ۷/۱۴۲۰ مورخ ۹۱/۷/۱۰؛ ۷/۹۲/۲۰۷۹ مورخ ۹۲/۱۱/۲؛ ۷/۹۶/۴۴۴ مورخ ۹۶/۲/۲۶ و ۷/۹۶/۱۹۰۴ مورخ ۹۶/۸/۲۱ با اندک تفاوتی در واژگان تأیید شد و در یکی از نظرات اخیر این مرجع به شماره ۷/۹۸/۵۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۵/۱۴ تکرار گردید.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در نظرات فوق، اولاً اداره حقوقی، با پذیرش قطعیت احکام غیابی مدنی، آثار مربوط به احکام قطعی را بر آن‌ها بار کرده است و اینکه چرا در مورد مرور زمان اجرای احکام غیابی کیفری به سمت و سویی دیگر رفته است، پاسخ روشنی ندارد. در واقع، نظرات پیش گفته از دوگانگی ضابطه تعیین احکام قطعی در اداره حقوقی حکایت می‌کنند که با رسالت مرجع مذکور در حل اختلافات و ابهامات مراجع قضایی هم‌خوانی ندارد؛ ثانیاً و علاوه بر این اشکال نظری و عملی، اداره مذکور در نظرات دیگری بر قطعی محسوب شدن حکم غیابی کیفری با ابلاغ قانونی تصریح نموده، چنان‌که در نظریه قدیمی شماره ۷/۵۰۶۰ مورخ ۱۳۷۶/۱۰/۱۷ چنین آمده است: «نحوه اجرای احکام غیابی کیفری که با ابلاغ قانونی قطعی و قابل اجرا می‌شود به نحوی است که در مورد محکومین و متهمین متواری معمول است.» علاوه بر قطعیت، در دو نظریه دیگر به شماره‌های ۷/۲۰۷۷ مورخ ۹۰/۳/۳۱ و ۷/۱۲۷۵ مورخ ۹۱/۶/۲۶ اشاره شده است که «حکم غیابی پس از انقضای مهلت‌های قانونی لازم‌الاجرا بوده و از این تاریخ می‌تواند مشمول مرور زمان‌های مقرر قانونی برای اجرای حکم شود و پس از انقضای مدت مذکور در ماده ۱۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ موقوف‌الاجرا گردد». در نهایت در نظریه شماره ۷/۹۳/۵۰۲ مورخ ۱۳۹۳/۳/۵ به روشنی و بدون هیچ‌گونه تردیدی شمول مرور زمان اجرا نسبت به احکام غیابی مورد پذیرش قرار گرفته و نوع قرار مختومه‌کننده نیز مشخص شده است: «۱. با صدور حکم، هر چند حکم غیابی، دادگاه فارغ از رسیدگی است و مادام که و اخواهی نشده باشد، مجاز به ورود به موضوع و صدور قرار موقوفی تعقیب نیست؛ ۲. پس از صدور حکم غیابی و ابلاغ آن مطابق مقررات قانونی، پرونده به دادسرا (واحد

اجرای احکام کیفری) جهت اجرای حکم ارسال می شود و چنانچه با گذشت زمان، موضوع مشمول مرور زمان باشد، دادستان (دادیار اجرای احکام) با توجه به بند ۶ ماده ۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۷۸ قرار موقوفی اجراء را صادر خواهد کرد؛ ۳. با لحاظ شمول مرور زمان، موجبی برای احضار و جلب متهم (محکوم علیه غیابی) نیست.»

با دقت به تاریخ این نظریات ملاحظه می شود که مورد اول به پیش از لازم الاجرا شدن قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ بازمی گردد. در دو مورد مربوط به دوره حاکمیت قانون مذکور و در مورد آخر مربوط به زمان لازم الاجرا شدن قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می باشد. بنابراین، به استناد نظریات اخیر اداره حقوقی، احکام غیابی چه به محکوم علیه ابلاغ واقعی شده باشند، چه ابلاغ قانونی، پس از انقضای مهلت واخواهی و اعتراض قطعی محسوب شده و مادامی که مورد واخواهی قرار نگرفته اند، مشمول مرور زمان مندرج در ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی می باشند. منتها مشخص نیست که چرا اداره حقوقی به این نظر که موافق با منطق حقوقی و فاقد اشکال جدی نظری و عملی می باشد اقبالی ندارد.

۶. اطلاق ماده ۱۰۷ و منع استفاده از حق واخواهی محکوم علیه به ضرر وی

علاوه بر تمامی استدلالاتی که تاکنون از نظر گذشت از منظر دیگری نیز می توان به قطعیت احکام غیابی و شمول مرور زمان ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی نسبت به آن ها معتقد شد. صدر ماده مزبور بدین شرح است: «مرور زمان، اجرای احکام قطعی تعزیری را موقوف می کند و مدت آن از تاریخ قطعیت حکم به قرار زیر است... ۱. وفق ماده ۴۳۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ اشخاصی که حق تجدیدنظرخواهی از آرای محاکم بدوی را دارند از این قرار هستند: ۱. شاکی؛ ۲. متهم؛ ۳. دادستان. در امور کیفری کلیه آرا نسبت به شاکی و دادستان همواره حضوری محسوب می شوند؛ فلذا این اشخاص اختیار واخواهی را ندارند و این حق مختص متهم بر فرض محکومیت غیابی وی است (تبصره ۲ ماده ۴۰۶ و ماده ۴۶۱ همان قانون). بر این مبنا، وقتی حکمی دایر بر محکومیت متهم (محکوم علیه) صادر می گردد، اعم از آنکه نسبت به وی غیابی باشد یا حضوری، شاکی یا دادستان تنها حسب مقررات بخش چهارم این قانون می توانند نسبت به آن اعتراض (حسب مورد، تجدیدنظر یا فرجام خواهی) کنند ولی حق واخواهی ندارند. بر این اساس هرگاه که حکم محکومیت متهم غیرقابل تجدیدنظرخواهی باشد (بند الف و ب ماده ۴۲۷ یا ماده ۴۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲) و شاکی یا دادستان یا هردو به آن اعتراض نموده یا از اعتراض بدان صرف نظر کرده باشند، حکم در هر حال نسبت به این دو شخص قطعی محسوب خواهد شد و همان گونه که حضوری یا غیابی بودن احکام نسبت به متهم یا خوانده سنجیده می شود، قابلیت تجدیدنظرخواهی یا عدم آن و در نتیجه قطعیت یا عدم قطعیت رأی نیز اصولاً امری نسبی است (مگر در حدود ماده

۴۲۷ یا آراء حضوری دادگاه تجدیدنظر) و ممکن است حسب تفاوت در تاریخ‌های ابلاغ، رأیی نسبت به یک طرف دعوا حداقل در مقطع زمانی مشخص قطعیت یابد، ولی نسبت به طرف دیگر غیرقطعی باشد. مقنن حتی در مواد ۴۹۲ و ۴۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ برای اجرای قسمت قطعیت یافته چنین آراییی تصریح می‌کند.^۱

ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی از حکم قطعی به نحو اطلاق نام برده و آغاز مرور زمان اجرا نیز به نحو اطلاق از مبدأ تاریخ قطعیت حکم قرار داده شده است؛ منتها قانون‌گذار مشخص نکرده است که در مورد احکام قابل اعتراض در مرحله بالاتر، اولاً حکم باید نسبت به چه کسی قطعیت یافته باشد تا مشمول ماده مزبور گردد؟ ثانیاً ملاک احتساب مرور زمان مزبور از تاریخ قطعیت حکم نسبت به چه کسی است؟ به این دو پرسش ممکن است پنج پاسخ متفاوت ارائه کرد:

۱. از آنجا که حکم به نفع شاکی (محکوم‌له) اجرا می‌گردد، لذا ملاک قطعیت حکم نسبت به اوست و از تاریخی که حکم نسبت به او قطعیت می‌یابد مرور زمان اجرا محاسبه می‌شود؛

۲. از آنجا که حکم کیفری ناشی از تعقیب جنبه عمومی جرم ارتكابی متهم توسط دادستان است و در راستای منافع عمومی توسط مدعی‌العموم (دادستان) اجرا می‌گردد (ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲) لذا ملاک قطعیت حکم نسبت به اوست و از تاریخی که حکم نسبت به وی قطعیت می‌یابد مرور زمان اجرا محاسبه می‌شود؛

۳. از آنجا که حکم کیفری علیه متهم (محکوم‌علیه) اجرا می‌گردد، لذا ملاک قطعیت حکم نسبت به اوست و از تاریخی که حکم نسبت به مشارالیه قطعیت می‌یابد، مرور زمان اجرا محاسبه می‌شود؛

۴. ملاک قطعیت حکم نسبت به همه طرفین است. لذا اگر حکم نسبت به حتی یکی از طرفین قطعی نباشد، مشمول مرور زمان اجرا نمی‌شود. مبدأ احتساب مرور زمان نیز آخرین تاریخی است که حکم نسبت به همه طرفین قطعیت می‌یابد. در این فرض ممکن است تاریخ قطعیت حکم نسبت به محکوم‌علیه نیز ملاک عمل قرار گیرد؛

۱. البته هر دو ماده مذکور به خاطر تعارض با نص بند ب ماده ۴۵۵ و ماده ۴۵۹ و نیز مفاد بند الف و بند پ ماده ۴۵۵ و مفاد مواد ۴۵۰ و ۴۵۷ و ۴۵۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ از حیث امکان رسیدگی به رأی بدون تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه در صورت طرح پرونده در مرجع اعتراض محل ایراد است (برای مطالعه بیشتر، نک: شاهچراغ و حاجیلو، ۱۳۹۵، ذیل مواد ۴۹۲ و ۴۹۳).

(۵) ملاک قطعیت حکم نسبت به هریک از طرفین است، لذا حکم، به شرط لازم الاجرا بودن، نسبت به ولویکی از طرفین نیز قطعیت یابد، کافی است و مشمول مرور زمان اجرا قرار می‌گیرد. مبدأ احتساب مرور زمان نیز نخستین تاریخی است که حکم نسبت به یکی از طرفین قطعیت می‌یابد.

حال فرض کنیم که حکمی غیابی مبنی بر محکومیت متهم به تحمل چهار سال حبس بابت ارتکاب بزه‌ی تعزیری از درجه پنج در تاریخ ۸۷/۱/۱۷ از دادگاه بدوی صادر شده است و مهلت تجدیدنظرخواهی دادستان^۱ و شاکی به ترتیب در تاریخ‌های ۸۷/۲/۲۳ و ۸۷/۳/۶ به پایان رسیده و ظرف این مدت هیچ‌کدام نسبت به حکم صادره تقاضای تجدیدنظر ننموده‌اند. حکم به متهم ابلاغ قانونی شده و با وجود اتمام مهلت‌های وخواهی و تجدیدنظرخواهی او در تاریخ ۸۷/۴/۱۰ اعتراضی نیز از ناحیه وی واصل نگردیده است. لذا با توجه به لازم‌الاجرا شدن حکم، پرونده جهت اجرا به واحد اجرای احکام دادسرا ارسال شده است. بر فرض که تعریف اداره حقوقی از حکم قطعی (البته در مقوله مرور زمان) را ملاک قرار دهیم، بدین معنی که حکمی قطعی است که طرق عادی شکایت از آرا نسبت به آن مسدود باشد، حکم مزبور نسبت به شاکی و دادستان قطعی محسوب می‌شود.

حال آنکه نسبت به متهم (محکوم‌علیه) چون قابل وخواهی است و وخواهی یکی از طرق عادی و مصداق اعتراض است غیرقطعی می‌باشد. بنا به فرض بیش از ده سال از آغاز عملیات اجرایی گذشته و به‌رغم کلیه اقدامات، دستیابی به محکوم‌علیه حاصل نشده و دادنامه منتهی به اجرا نگردیده است.

حال چنانچه راه‌حل‌های سوم و چهارم را بپذیرا باشیم، این حکم مشمول مرور زمان اجرا نخواهد بود (صرف‌نظر از اینکه موضوع را طبق عقیده اداره حقوقی، مشمول مرور زمان تعقیب بدانیم یا خیر).

رویه قضایی به دو پرسش فوق تاکنون پاسخ روشنی ارائه نکرده است اما ظاهراً پاسخ سوم مقبولیت بیشتری دارد و غالب نظرات اداره حقوقی نیز بر همین مبنا صادر شده‌اند. این در حالی است که اساساً معیار قراردادن قطعیت حکم نسبت به متهم و احراز قطعیت بودن حکم بر این اساس، به‌عنوان شرط اول شمولیت مرور زمان اجرا بر هیچ مبنای نقلی یا عقلی متقنی استوار نیست؛ چه آنکه اولاً از سیاق عبارت ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی چنین تفسیری بر نمی‌آید. همان‌گونه که گفته شد عبارت حکم قطعی در این ماده به‌نحو اطلاق آمده است و انصراف آن به قطعیت نسبت به متهم متکی به دلیلی نیست و ترجیح بلامرجح می‌باشد. البته، از منظر فوق باید بین دو مفهوم «حکم قطعی» و «محکومیت قطعی» قائل به تفکیک شد. یقیناً اصطلاح محکومیت قطعی که به دفعات در قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری مورد استفاده مقنن قرار گرفته است، به‌لحاظ آثار

۱. بر مبنای ماده سابق ۲۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (اصلاحی ۸۱).

و تبعات منفی که علیه متهم دارد، تنها نسبت به وی (محکوم علیه) سنجیده می شود. لذا می توان گفت محکومیتی است که متهم نسبت به آن امکان اعتراض با توسل به طرق عادی شکایت از آرا را ندارد. اما حکم قطعی، آن گونه که گفته شد، اصولاً نسبی است. لذا می توان تصور کرد که حکمی نسبت به شاکی قطعی باشد منتها محکومیت مندرج در آن نسبت به متهم غیر قطعی باشد. بر فرض که قائل به چنین تفاوتی باشیم در ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی قانون گذار اصطلاح محکومیت قطعی را به کار نبرده و از حکم قطعی یاد کرده است.

ثانیاً تفسیر یادشده (نظر سوم) منطقی هم نیست؛ چراکه اعمال مقررات ناظر بر مرور زمان به سود متهم است. همان گونه که هیچ کس نباید اعمال حق خود را وسیله اضرار به دیگران قرار دهد، (اصل چهلم قانون اساسی) به حکم منطق، حق هیچ کس نیز نباید وسیله اضرار به خود او قرار گیرد.^۱ به عبارت دیگر، در مقام احقاق حق نمی توان به ضرر ذی حق اقدام نمود. برای مثال در ماده ۲۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ وقتی متهم برای احقاق حق آخرین دفاع احضار می شود، در صورت عدم حضور، جلب نمی شود. اما اگر قائل به این باشیم که حق واخواهی متهم، در احکام غیابی علیه او، مانع به جریان افتادن مرور زمان اجرای حکم غیابی است، از حق واخواهی محکوم علیه ابزاری علیه صاحب حق ساخته ایم. در واقع، هدف پیش بینی مرور زمان در نظر گرفتن نفع متهم یا شاکی نیست. بلکه قانون گذار فرض کرده که پس از گذشت مدت های مزبور منافی که قرار بود از اجرای حکم کیفری عاید جامعه شود، دیگر از اجرای آن حاصل نخواهد شد. فلذا مقنن بسته به نوع جرم تعزیری ارتكابی مدت زمان معینی را در اختیار مدعی العموم قرار داده است تا نسبت به اجرای حکم علیه محکوم علیه اقدام نماید. چنانچه به هر علت ظرف این مدت، موفق به اجرای حکم یا شروع آن نشود، موضوع مشمول مرور زمان شده و اجرای حکم موقوف می شود.^۲ از این منظر، تفاوتی نمی کند که متهم حق اعتراض به حکم صادره علیه خود را از طریق واخواهی دارد یا خیر. کما اینکه در مرور زمان تعقیب، عدم استفاده متهم از حق دفاع وی مانع از شمول آن و صدور قرار موقوفی تعقیب نیست. ثالثاً تفسیر مذکور منطبق بر اصول حقوق کیفری نیست؛ چراکه تفسیر به سود متهم به عنوان یکی از اصول زیربنایی حقوق کیفری، ممنوعیت سختگیری در اعمال مقررات مرور زمان را ایجاب

۱. به همین دلیل نیز به عقیده برخی محققان، دادگاه رسیدگی کننده به واخواهی متهم نمی تواند مجازات وی را در مقایسه با حکم غیابی تشدید کند مگر آنکه عنوان اتهامی بزه تغییر کند (جاهد و دیگران، ۱۳۹۳: ۲۰ و ۲۱).

۲. برای دیدن فلسفه مرور زمان کیفری، (نک: آخوندی، ۱۳۷۱: ۷۳-۷۰).

می‌کند.^۱ بر این مبنا، باید اذعان داشت حکمی که به هر نحو لازم‌الاجرا گردیده و وارد مرحله اجرا شده است، اولاً نسبت به هریک از طرفین که قطعیت یافته باشد، شرط قطعیت حکم حاصل گردیده است. با این وصف، از آنجا که حکم از سوی شاکی و دادستان همواره غیرقابل واخواهی است و در هر صورت نسبت به آن‌ها قطعی خواهد شد، لذا تمامی احکام تعزیری لازم‌الاجرا مشمول ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی خواهند شد، مگر آنکه اصل بزه موضوع حکم مشمول مقررات مرور زمان نباشد (ماده ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲).^۲ ثانیاً بر فرض پذیرش عقیده اخیر، نخستین تاریخی که حکم لازم‌الاجرا نسبت به یکی از طرفین قطعیت می‌یابد مبدأ احتساب مرور زمان اجرا خواهد بود.^۳

بنابراین در مثال فوق، حکم صادره پس از گذشت ۱۰ سال از تاریخ ۸۷/۲/۲۳ مشمول مرور زمان اجرا موضوع ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ خواهد شد. نباید از یاد برد که «سال» هرگاه به‌نحو اطلاق مورد استفاده مقنن قرار گیرد و به قرینه نیز مشخص نباشد مقصود سال شمسی است یا قمری، علی‌الاصول در معنای «سال قانونی» به کار رفته که ۳۶۰ روز محاسبه می‌شود (ماده ۴۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹). البته، مطالب اشاره‌شده در جایی است که بر تعریف حکم قطعی به «حکم غیرقابل اعتراض از طرق عادی» پافشاری کنیم و واخواهی را هم مصداقی از این نوع اعتراض بدانیم و گرنه اگر «حکم غیابی که به متهم ابلاغ قانونی شده و با وجود مضي مهلت مقرر قانونی، مورد واخواهی یا اعتراض (تجدید نظر یا فرجام خواهی) قرار نگرفته است را نیز حکم قطعی محسوب نماییم»، که نظر درست همین است، مبدأ احتساب مرور زمان اجرا را می‌توان آن‌گونه که در عمل رایج است تاریخ قطعیت حکم نسبت به محکوم‌علیه (انقضای مهلت واخواهی و اعتراض وی) در نظر گرفت.

در خاتمه باید به یک سؤال مهم دیگر پاسخ داد و آن اینکه چه بر مبنای نظریات غالب و جدید اداره حقوقی احکام غیابی را مشمول مرور زمان تعقیب بدانیم و چه هرکدام از استدلال‌ات یادشده را مبنی بر شمول مرور زمان اجرا نسبت به احکام یادشده مورد پذیرش قرار دهیم، چنانچه در مورد حکمی غیابی قرار موقوفی اجرا صادر و پرونده در واحد اجرای احکام مختومه شود، سپس متهم

۱. اصل تفسیر قانون به نفع محکوم‌علیه در رأی وحدت رویه شماره ۷۵۶ مورخ ۹۵/۱۰/۱۴ نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

۲. لازم به ذکر است که بنا به مفهوم تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی تعزیرات منصوص شرعی مشمول مرور زمان اجرای حکم می‌باشند.

۳. به نظر می‌رسد در حدود عقیده مذکور با توجه به اینکه مرور زمان از جهات سقوط دعوای عمومی ناشی از جرم است که تعقیب آن برعهده دادستان می‌باشد لذا بهتر است سقوط دعوا نسبت به دادستان مبنای محاسبه مبدأ احتساب مرور زمان قرار گیرد.

حاضر و اقدام به واخواهی کند تکلیف چیست؟ در پاسخ ممکن است گفته شود از آنجا که حکم کیفری مشمول مرور زمان شده و قرار قاطع (مختومه‌کننده) صادر و پرونده مختومه شده است، لذا موجبی برای رسیدگی به واخواهی متهم نیست و نفعی نیز برای او ندارد. لذا دادگاه باید، بدون ورود در ماهیت و بررسی داخل در وقت بودن یا نبودن، قرار رد آن را صادر کند. این عقیده قابل پذیرش نیست؛ چراکه جنبه حقوقی برخی احکام کیفری نظیر رد مال مشمول مرور زمان کیفری نمی‌شود (نظرات اداره حقوقی به شماره‌های ۵۴۱۹ مورخ ۶۹/۱۰/۱۹، ۶۴۹۹ مورخ ۷/۶/۸۳ و ۷/۶۷۵۴ مورخ ۸۳/۹/۱۰). به علاوه، ممکن است گفته شود از آنجا که حکم قطعی به محکومیت متهم صادر شده، این محکومیت حتی با وجود شمول مرور زمان اجرا نیز واجد آثار متعددی از جمله محرومیت از حقوق اجتماعی، تشدید مجازات در فرض تکرار و یا محرومیت از برخی ارفاقات قانونی نظیر تعلیق و تعویق یا جایگزین حبس در ارتکاب جرایم جدید است. برای مثال، به حکم ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی پس از شمول مرور زمان اجرا نیز محکوم علیه برای مدتی و در مواردی به نحو دائم از برخی حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی محروم می‌شود. لذا در کنار مسائل حیثیتی و اجتماعی یقیناً متهم حتی پس از صدور قرار موقوفی اجرا نیز ذی نفع در واخواهی است. بر این مبنا، باید خاطرنشان کرد که هرچند گفته شد حق واخواهی متهم مانع از اعمال مقررات مرور زمان نمی‌باشد، اما اعمال مقررات مذکور نیز نباید از موجبات سقوط این حق محسوب شود.^۱ لذا به نظر می‌رسد رسیدگی به واخواهی متهم ضروری است. حال در مرحله رسیدگی مجدد ممکن است سه حالت بروز پیدا کند:

۱. موضوع با توجه به گذشت مدت مدید و از آنجا که مرور زمان اجرا طولانی‌تر از مرور زمان تعقیب می‌باشد، لذا مشمول ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی شده و دادگاه قرار موقوفی تعقیب صادر می‌نماید؛

۲. بر فرض عدم شمول مرور زمان یادشده، دادگاه، پس از رسیدگی، بی‌گناهی متهم را احراز نموده و حکم به برائت او صادر می‌کند؛

۳. بر فرض عقیده بر عدم شمول مرور زمان تعقیب، دادگاه مجدداً مجرمیت متهم را احراز نموده و نظر بر رد واخواهی و تأیید حکم قبلی دارد. در این حالت، با توجه به سقوط دعوای عمومی ناشی از جرم، دادگاه صرفاً به رد واخواهی محکوم باید اکتفا نماید و نمی‌تواند حکم به تأیید حکم محکومیت غیابی پیشین بدهد. زیرا با صدور قرار موقوفی اجرا، اجرای آن حکم منتفی شده است.

۱. در ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نیز با وجود فوت محکوم علیه و صدور قرار موقوفی اجرا همسر یا ورثات قانونی او حق درخواست اعاده دادرسی دارند.

در فرض اخیر، با توجه به سقوط دعوای عمومی بزه در نتیجه مرور زمان، تنها جنبه خصوصی (در صورت وجود) و آثار و تبعات ناشی از محکومیت قطعی قابل اجرا خواهد بود.

لازم به ذکر است که با توجه به آثار و تبعات متعدد محکومیت قطعی علیه متهم (نظیر مواد ۲۳، ۲۵، ۳۶، ۴۰، ۵۵، ۶۶ و ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی و مواد ۸۰، ۸۱، ۸۲، ۲۳۷، ۵۱۰ و ۵۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲) به نظر می‌رسد تفسیر به نفع متهم ایجاب می‌کند که «محکومیت قطعی» محکومیتی باشد که متهم از فرصت دفاع برخوردار بوده است و امکان واخواهی و طرق عادی شکایت از آرا نسبت به حکم حاوی این محکومیت مسدود باشد. بر این اساس، همان‌گونه که اصل تفسیر قوانین جزایی به نفع متهم مستلزم آن است که حکم غیابی ابلاغ قانونی شده به متهم که مهلت‌های واخواهی و اعتراض به آن منقضی گردیده حکم قطعی محسوب شده و آثار احکام قطعی بر آن بار شود^۲ (مگر آنچه قانون به‌نحو دیگری مقرر کرده)، همین اصل حقوقی نیز مبین آن است که محکومیت قطعی محکومیتی محسوب شود که به موجب حکم قطعی علیه متهم صادر شده و امکان واخواهی یا اعتراض متهم به آن به لحاظ استفاده یا عدم اقدام وی در مهلت مقرر ممکن نباشد. در واقع، حکم قطعی وصف رأی دادگاه و محکومیت قطعی وصف متهم است.

نتیجه

از مجموع مطالبی که بیان گردید نتایج ذیل قابل استنباط است:

۱. مصادیق احکام قطعی یا قطعی شده به قرار ذیل می‌باشند:
 - (الف) احکام حضوری دادگاه‌های بدوی که قانوناً غیرقابل تجدیدنظرخواهی می‌باشند؛
 - (ب) احکام حضوری و غیرقطعی دادگاه‌های بدوی که در مهلت اعتراض مورد اعتراض اعم از تجدیدنظرخواهی یا فرجام‌خواهی قرار نگرفته‌اند؛
 - (ج) احکام غیابی دادگاه‌های بدوی که در مهلت مقرر مورد واخواهی یا اعتراض قرار نگرفته‌اند؛
 - (د) احکام دادگاه‌های تجدیدنظر^۳؛

۱. در مورد تکرار جرم نیز به حکم تبصره ماده ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی و ماده ۵۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری باید محکومیت سابق متهم قطعی باشد.

۲. لازم به ذکر است که رأی وحدت رویه شماره ۶۳۹ مورخ ۱۳۷۸/۸/۱۱ که در متن آن به غیرقطعی بودن دادنامه غیابی اشاره شده مانع از استنباط فوق نمی‌شود؛ چرا که اولاً نتیجه آرای وحدت رویه الزام‌آور است و نه لزوماً استدلال مندرج در آن‌ها؛ ثانیاً از مفهوم همین رأی وحدت رویه نیز چنین برمی‌آید که حکم غیابی پس از سپری شدن مهلت واخواهی آن قطعی محسوب می‌شود.

۳. احکام غیابی دادگاه‌های تجدیدنظر نیز قطعی است منتها پس از انقضای مهلت واخواهی لازم‌الاجرا می‌شوند.

هـ) احکام حضوری و مورد فرجام‌خواهی دادگاه‌های جزایی با تعدد قاضی که به تأیید دیوان عالی کشور رسیده است.

در مورد مصادیق الف و ب و هـ و نیز حکم محکومیت غیابی اعم از بدوی و تجدیدنظر که به محکوم علیه ابلاغ واقعی شده است هیچ تردیدی در قطعیت حکم وجود ندارد. اما در مورد حکم محکومیت غیابی که ابلاغ قانونی شده نیز سابقه تقنینی و متون قانونی نظیر ماده ۱۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸، تبصره ۱ ماده ۳۰۶ و مواد ۴۲۶ و ۴۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و دکترین حقوقی مؤید این استنباط است که در این موارد، حکم قطعیت یافته محسوب می‌شود. بنابراین، با مدنظر قراردادن چهار نکته بنیادین مشتمل بر اینکه نخست، تأسی به متن هر دو قانون آیین دادرسی که واخواهی را ذیل بخش اعتراض به آرای غیرقطعی قرار نداده‌اند. دیگر آنکه قطعی یا غیرقطعی بودن رأی کیفری، دایرمدار قابلیت اعتراض به آن از سوی دادستان و طرفین دعوی و رسیدگی به آن اعتراض در یک مرجع بالاتر است. سوم آنکه مراد مقنن از اعتراض در دادرسی کیفری قابلیت تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی از آرای بدوی غیرقطعی توسط دادستان یا طرفین می‌باشد و آخر اینکه رابطه حکم قابل‌واخواهی و رأی قابل‌اعتراض یا غیرقطعی عموم و خصوص من وجه است، از این رو در تعریف موجزی از حکم قطعی کیفری می‌توان گفت: «حکمی است که از سوی طرفین یا دادستان قابل اعتراض حسب مورد از طریق تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی در مرجع عالی رسیدگی به اعتراض نمی‌باشد.» به طور کلی، «رأی قطعی رأیی است که قابل اعتراض به طرق عادی در مرجع بالاتر نیست».

۲. در مورد احکام غیابی که ابلاغ قانونی شده‌اند از آنجا که پس از مضي مدت واخواهی و اعتراض، تنها تحت شرایطی قابل‌واخواهی در همان مرجع می‌باشند و نه قابل اعتراض در مرجع بالاتر، لذا طبق تعریف با گذشت مهلت‌های مذکور، حکم قطعی محسوب می‌شود و علی‌الاصول کلیه آثار احکام قطعی را دارد، مگر آنچه قانون به نحو دیگری مقرر کرده است. البته، در این فرض، قطعیت حکم متزلزل است و در صورت واخواهی محکوم علیه و پذیرش و رسیدگی به آن، رأی صادره چه بر قبول درخواست واخواه باشد چه بر رد آن، خود یک رأی حضوری و حسب مورد قطعی یا غیرقطعی خواهد بود.

۳. در امور کیفری، مفهوم «حکم قطعی» با «محکومیت قطعی» متفاوت است. محکومیت قطعی محکومیتی است که به موجب حکم قطعی لازم‌الاجرا گردیده و محکوم علیه حق واخواهی و همچنین حق اعتراض به سایر طرق عادی نسبت به آن را ندارد. بدین ترتیب در امور کیفری، حکم غیابی که به نحو قانونی ابلاغ شده پس از انقضای مهلت‌های واخواهی و اعتراض (تجدیدنظر یا

فرجام‌خواهی) اگرچه حکم قطعیت یافته و علی‌الاصول واجد آثار احکام قطعی است اما چون کماکان محکوم‌علیه از حق واخواهی برخوردار است، لذا محکومیت غیابی متهم بر علیه او واجد آثار سوء محکومیت قطعی نمی‌باشد.

۴. بر این مبنا، احکام غیابی لازم‌الاجرا، اعم از آنکه به متهم ابلاغ واقعی شده باشند یا ابلاغ قانونی، پس از انقضای مهلت‌های واخواهی و اعتراض نسبت به کلیه طرفین، از آنجا که جزء احکام قطعی محسوب می‌شوند، مشمول مرور زمان اجرای احکام کیفری بوده و مشمول ماده ۱۰۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می‌باشند.

۵. درخصوص مرور زمان صدور حکم کیفری باید اذعان داشت که مطلق صدور حکم قاطع این نوع از مرور زمان می‌باشد، لذا استفاده مقنن از عبارت «حکم قطعی» در ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی صحیح نبوده و قید «قطعی» اضافی است. بر این اساس حذف آن از متن این ماده توصیه می‌گردد.

۶. در این میان، نظرات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه قابل‌اتکا نیستند؛ چراکه اولاً تلقی اداره مذکور از مفهوم قطعیت احکام غیابی (با وصف ابلاغ قانونی آن‌ها) از معیارهای دوگانه تبعیت می‌کند، به نحوی که گاه در برخی مصادیق و فروض خاص، این دسته از احکام را قطعی تلقی کرده‌اند و آثار احکام قطعی را نسبت به آن‌ها تسری داده‌اند و گاه خیر. چه اینکه در مقوله مرور زمان اجرای احکام کیفری در نظرات بیشتر تکرار شده این مرجع، احکام غیابی، ولو پس از انقضای مهلت واخواهی و اعتراض، قطعی محسوب نشده و مشمول مرور زمان اجرای احکام دانسته نشده‌اند. ثانیاً اداره حقوقی در نظرات انتقادآمیزی پرونده‌های منتهی به احکام غیابی را مشمول مرور زمان تعقیب قرار داده و معتقد به صدور قرار موقوفی اجرا به جهت مذکور شده است. این در حالی است اعمال ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی در مرحله اجرای احکام کیفری قابل‌تصور نیست و صدور قرار موقوفی اجرا مستند به ماده مرقوم نیز به لحاظ خروج از حدود آن صحیح نمی‌باشد؛ ثالثاً اداره حقوقی در نظرات دیگری ضمن پذیرش قطعی محسوب‌شدن احکام غیابی پس از مضي مهلت‌های واخواهی و اعتراض به آن‌ها از طرق عادی، شمول مقررات مرور زمان اجرای احکام نسبت به این دسته از احکام را پذیرفته است.

منابع

فارسی

- آخوندی، محمود (۱۳۷۱)، «مرور زمان کیفری چگونگی مشروعیت و فلسفه آن»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۶.
- احمدی، محمدحسین (۱۳۹۳)، «اعاده دادرسی»؛ قابل دسترس در پایگاه <http://pajoohe.ir>
- بهشتی، محمدجواد و نادر مردانی (۱۳۸۱)، «بررسی تحلیلی اعاده دادرسی بر اساس قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹»، *کانون وکلاء*، شماره ۱۷۶.
- تیموری‌نیا، حامد و جلالیان، عسکر (۱۳۹۵)، «ویژگی‌های احکام قطعی و آثار آن»، *کنفرانس جهانی مدیریت، اقتصاد حسابداری و علوم انسانی در آغاز هزاره سوم*، شیراز.
- جاهد، محمدعلی، زهرا خدادادی و غلامرضا غیور (۱۳۹۳)، «بررسی اجمالی مبانی، شرایط و آثار واخواهی در امور کیفری»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال پنجم، شماره اول.
- حشمدار (۱۳۹۶)، «شیوه اجرای ماده ۴۷۷ قانون جدید آیین دادرسی کیفری رسیدگی مجدد به آراء خلاف شرع بین»، قابل دسترس در پایگاه: <https://129i.ir/?p=4962> (آخرین بازدید: ۹۸/۹/۵).
- حیدری رستمی، حسین (بی‌تا)، «آرای قابل تجدیدنظر»، *پیام آموزش*، سال نهم، شماره ۵۵.
- خدابخشی، عبدالله، اعظم انصاری و محمد مجد کابری (۱۳۹۷)، «شرایط اجرای احکام خارجی در حقوق ایران و مصر»، *حقوق خصوصی*، دوره ۱۵، شماره ۲.
- رضایی‌نژاد، همایون و امیرحسین رضایی‌نژاد (۱۳۹۰)، «حکم غیابی: حرکت از مبانی به سمت رویکرد نوین»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۷۵، شماره ۷۵.
- شاهچراغ، سیدحمید و حسن حاجیلو (۱۳۹۵)، *شرح آیین دادرسی کیفری (اجرای احکام کیفری و اقدامات تأمینی و تربیتی و...)*، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۱)، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۲، تهران: نشر میزان.
- فراهانی، مهدی (آذر و دی ۱۳۸۶)، «شمول یا عدم شمول مرور زمان در آراء غیابی»، *پیام آموزش*، شماره ۲۹.
- قاسم‌پور، رضا (۱۳۷۴)، «نگاهی بر مرور زمان در امور کیفری»، *پیام آموزش*، شماره ۱۵.
- کریمی، عباس (بی‌تا)، *تقریرات درس آیین دادرسی مدنی (۲)*، دانشگاه پیام نور.
- میرکمالی، سیدعلیرضا و سیدمهدی کاظمی (۱۳۹۶)، «بررسی تحلیلی «اعاده دادرسی» در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲»، *مجله قضاوت*، دوره ۱۷، شماره ۸۹.

اعتبار قضیه قضاوت شده کیفری در مدنی در حقوق ایران و فرانسه^۱

علی عسگری توانی*، حسن محسنی**، محمدعلی مهدوی ثابت***، منصور امینی****

چکیده

تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در سال ۱۳۹۲، پیرو قانون ۱۳۷۸ که دادگاه‌های عام را مدنظر داشت، این سؤال را مطرح کرد که تفکیک مراجع حقوقی و کیفری چه آثاری را در پی خواهد داشت. یکی از این آثار تأثیرپذیری مرجع حقوقی از کیفری به علت تبعیت مرجع حقوقی از رأی کیفری است. با این حال، شرایط و دامنه آن تا چه حدی می‌باشد؟ مقنن در ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری فقط عبارت «مؤثر» بودن رأی کیفری بر حقوقی را ذکر کرده است. در حالی که عبارت گویا نبوده و باید با واکاوی ارکان رأی کیفری به تحلیل موضوع پرداخت. در این مقاله، که موضوع آن بررسی دامنه اعتبار امر قضاوت شده کیفری در مدنی است، با ذکر مبانی، اوصاف، شرایط و آثار قاعده اعتبار امر قضاوت شده کیفری در مدنی در حقوق ایران و فرانسه، با ذکر آرای، برتری امر کیفری بر حقوقی را تبیین کرده و در انتها استثنای این موضوع را که شخص ثالث متضرر از رأی کیفری و خریدار مال در معامله

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده اول تحت عنوان «رابطه موضوع مدنی و کیفری در حقوق موضوعه ایران و فرانسه با نگرشی بر رویه قضایی» با راهنمایی آقای دکتر حسن محسنی و مشاوره آقای دکتر منصور امینی و آقای دکتر محمدعلی مهدوی ثابت در دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم و تحقیقات تهران) است.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم و تحقیقات تهران)، تهران، ایران
m.asgaritavana@yahoo.com

** دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
hmohseny@ut.ac.ir

*** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم و تحقیقات تهران)، تهران، ایران
m-mahdavisabet@srbiau.ac.ir

**** دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
m_amini@sbu.ac.ir

به قصد فرار از دین می‌باشد، بیان نموده‌ایم. روش تحقیق بر اساس شیوه توصیفی تحلیلی و کاربردی (رویه قضایی) است. نتیجه اصلی اثبات وجود حق شخص ثالث متضرر از قاعده یادشده می‌باشد. واژگان کلیدی: معامله به قصد فرار از دین، شخص ثالث، اعتبار امر قضاوت‌شده، حقوق فرانسه

مقدمه

رابطه حقوق مدنی و حقوق جزا انکارناپذیر است. دلیل آن فعل ارتكابی مرتکب است که به عنوان فصل مشترک دو حوزه می‌تواند دو مسئولیت کیفری و مدنی را در پی داشته باشد. حقوق دانان حاکمیت امر کیفری بر حقوقی را ناشی از امکاناتی می‌دانند که مراجع کیفری برای دستیابی به حقیقت در اختیار دارند و اینکه مراجع کیفری دفاع از آسایش و امنیت جامعه را بر عهده دارند و تصمیمات آنان ناظر به جان و آزادی شهروندان است. در نتیجه، تصمیمات چنین مراجعی نباید از سوی مراجع دیگر مورد تردید قرار گرفته یا نادیده انگاشته شود (آشوری، ۱۳۹۵: ۳۶۹). همین امر باعث تأثیرپذیری امر حقوقی از کیفری می‌شود، با این وصف کیفیت این تأثیرپذیری نیاز به تحلیل موضوع داشته تا با بررسی آن بتوان به چهارچوب معینی درخصوص قاعده برتری امر کیفری بر حقوقی دست یافت. قاعده مذکور نیز به مانند بسیاری از قواعد، بدون استثنا نیست. اگر رأی کیفری به ضرر شخص ثالثی باشد که در پرونده کیفری حضور ندارد، چنانچه شخص ثالثی در موضوع ذی‌حق باشد، ناعادلانه جلوه نموده و بایسته است مقنن در تعدیل قاعده مذکور همت جوید. مصداق دیگر، وضعیت معامله به قصد فرار از دین می‌باشد. آیا معامله شخص ثالث (خریدار) در مقابل طلبکار از فروشنده مصون از تعرض است؟ آیا استثنای مذکور قابل تسری به مصداق‌های دیگر از جمله اسناد تجارتي می‌باشد؟ مورد دیگر درخصوص اصل قاعده اشتباه‌بودن رأی کیفری است. آیا چنانچه مرجع حقوقی به این اشتباه پی ببرد، می‌تواند آن را اجرا نماید؟ با بررسی کتب و مقالات مربوطه، تحقیقی که بیانگر بررسی سؤالات مذکور باشد انجام نشده است، در حالی که ضرورت آن وجود دارد: اولاً اشتباهاتی که در صدور آراء کیفری وجود دارد کم نمی‌باشد و ثانیاً اختلاف نظری که درخصوص پذیرش استثنائات وجود دارد، ضرورت بحث را توجیه می‌نماید. در این مقاله درخصوص قاعده مذکور به همراه استثنای آن صحبت خواهیم کرد. همچنین در کنار مباحث نظری، به رویه قضایی ایران نیز پرداخته‌ایم تا اعمال قاعده را در دادگاه‌های ایران بررسی نماییم.

۱. مبنا و اوصاف قضیه قضاوت‌شده کیفری در مدنی

مهم‌ترین مبنا قاعده جلوگیری از صدور احکام متهاافت در دو مرجع حقوقی و کیفری است. چراکه زیبنده مرجع قضایی اعم از حقوقی و کیفری نیست که احکام متعارض صادر نمایند. طرفین دعا این مراجع را به عنوان ید واحده می‌بینند و انتظار دارند که تصمیمی قاطع و مستدل و به‌دور از

هر گونه شائبه صادر گردد. در کنار این مبنای، همچنین «قضات کیفری وسایل جست‌وجو و دلیل در اختیار دارند که قضات مدنی ندارند (تحقیقات مقدماتی، قواعد اختصاصی دلیل). به عبارت دیگر، در تحصیل و ارزیابی دلیل محدودیت ندارند. این موارد، تصمیمات کیفری را نسبت به تصمیمات مدنی، به واقعیت نزدیک‌تر می‌کند. این اولویت ناشی از این است که وظیفه اصلی قاضی کیفری حفظ نظم عمومی بوده و جهت حفظ مصلحت جامعه در مورد شرافت و آزادی مجرمین تصمیم می‌گیرد. این قاعده دقیقاً به منظور ممانعت از هرگونه تناقض بین یک تصمیم مهم کیفری و یک تصمیم مدنی است که اهمیت کمتری دارد. البته این توجیه اولویت قاطع نیست. از طرفی به رغم تصمیمات کیفری، آن تصمیمات همیشه مطابق واقعیت نبوده و اغلب اوقات دارای اشتباهاتی ارادی یا غیرارادی می‌باشند. از طرف دیگر تناقض میان یک تصمیم کیفری و یک تصمیم مدنی، موقعی که دادگاه مدنی در دعوای خصوصی قبل از طرح دعوای کیفری تصمیم گرفته است و همچنین وقتی که شخص تبرئه شده کیفری با غیبت خود یا به جهت عدم ایراد به اعتبار قضیه قضاوت شده کیفری در مدنی موجبات محکومیت خود را در دعوای خصوصی فراهم می‌کند، ممکن نمی‌باشد» (Stefani et al, 2018: 838-839). در حقوق ایران مستندی که مبنای قاعده مذکور باشد ماده ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری است که اولی در مورد تأثیر دعوای کیفری جعل بر دعوای حقوقی آن می‌باشد ولی جعل خصوصی نباشد و شامل بقیه موارد نیز می‌باشد؛ با وجود این، ماده ۱۸ به طور قاطع این موضوع را ذکر کرده است. از این رو در حال حاضر مستند مذکور جای هیچ گونه شبهه‌ای در این خصوص نگذاشته است.

اوصاف قاعده مذکور مطلق بودن و ارتباط آن با نظم عمومی است. مطلق بودن یعنی اینکه رأی قطعی کیفری فقط مختص طرفین پرونده نیست. در امور مدنی برخلاف امور کیفری، اصل نسبی بودن حاکم است؛ یعنی رأی فقط برای طرفین حق و تکلیف ایجاد می‌کند. این اطلاق ممکن است به ضرر شخص ثالث تمام شود. در حقوق فرانسه آنچه در تصمیم کیفری می‌آید، نسبت به همه اشخاص و تمام مسائل مؤثر است (Mazeaud et Tunc, 1958: 1747). وصف دیگر آمه بودن قاعده می‌باشد. آیا اعتبار حکم کیفری در دعوای مدنی قاعده‌ای است که در اختیار طرفین می‌باشد و تنها با طرح آن قاضی مدنی مقید می‌شود یا، صرف نظر از این امر، به طور قهری و آمه تحمیل می‌گردد؟ در حقوق ایران به نظر می‌رسد تردیدی در آمه بودن قاعده وجود نداشته باشد؛ زیرا اگر تعدیل قاعده و صرف نظر نمودن از چنین اعتباری در اختیار اشخاص باشد هدف آن برآورده نخواهد شد. رأی کیفری تنها در صدد تحمیل مجازات نیست، بلکه برای تعیین وضعیت صحیح شخص و ارتباط با کل اجتماع است و لوازم ضروری و ذاتی آن را نمی‌توان کنار نهاد. بدیهی است طرف ذی نفع

می‌تواند مانند سایر تصمیمات و آرا حق خود را ساقط کند؛ اما این اختیار اولاً محدود به مواردی است که موضوع مورد اسقاط، حق تلقی شود، نه حکم و لذا نمی‌توان آثار مدنی و اعتبار رأی کیفری را در مورد احوال شخصی و حقوق خانواده منتفی داشت. ثانیاً اسقاط حق نیز به معنای بی‌اعتباری قاعده نیست، بلکه همان طور که ذی‌نفع رأی مدنی، حتی پس از صدور رأی، می‌تواند از موضوع آن عدول کند و با اعراض یا ابراء مدیون حق خود را ساقط کند، در مورد رأی کیفری هم ذی‌نفع حق دارد از آثار رأی استفاده نکند، اما به هر صورت اصل اعتبار باقی است و طرف مقابل می‌تواند به آن استناد کند. ثالثاً با فرض وجود اعتبار مذکور، شخص ذی‌نفع حتی با رضایت طرف مقابل حق ندارد درخواست رسیدگی مجدد به همان مسئله را در دادگاه مدنی مطرح نماید و دادگاه نیز حق رسیدگی مجدد ندارد (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۳۱۸-۳۱۵).

۲. شرایط اجرای اعتبار قضیه قضاوت شده کیفری در مدنی

بعد از ذکر شرایط رأی در قسمت اول، در قسمت دوم نیز اجرای قاعده مذکور را در مسئولیت مدنی و کیفری مرتکب در فرض برائت یا محکومیت مطرح می‌نماییم.

۲-۱. شرایط رأی مرجع کیفری

اولین شرط این است که آیا رأی مرجع کیفری باید حکم باشد یا اینکه قرار نیز دارای این خصوصیت می‌باشد. در مورد حکم کیفری اعم از برائت یا محکومیت مخالفی وجود ندارد، ولی در مورد قرار بعضی از حقوق‌دانان معتقدند که صدور قرار بازپرس و کیفرخواست دادستان هیچ محدودیتی برای رسیدگی دادگاه مدنی و صدور رأی ایجاد نمی‌کند. مفهوم کیفرخواست و قرار بازپرس این است که در پرونده دلیل کافی برای تعقیب کیفری متهم وجود دارد و موضوع قابل طرح در دادگاه است و احتمال دارد دادگاه آن را بپذیرد یا به دلیل کافی نبودن دلیل انتساب جرم به متهم یا جرم‌نبودن کار منتسب به متهم قرار منع تعقیب صادر کند و نیز امکان دارد که به‌علتی مانند فوت و جنون متهم یا گذشت شاکی، تعقیب موقوف بماند. پس تا زمانی که از طرف دادگاه حکمی بر محکومیت متهم صادر نشده است، اصل برائت همچنان حکومت دارد و دادگاه مدنی آزاد است که نسبت به آثار حقوقی کار منتسب به خواننده تصمیم بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۹۵). در مقابل حقوق‌دان دیگری، با دلیل نقضی نسبت به دلایل گروه اول، بعضی قرارهای دادسرا را مشمول قاعده می‌داند. ایشان کیفرخواست و قرار جلب به دادرسی دادسرا را دارای اعتبار امر مختوم در دعاوی مدنی نمی‌دانند ولی در مورد منع تعقیب معتقدند که دادسرا در هر حال بخشی از مراجع کیفری

۱. در اینجا بیان کلیات بوده و در بحث بعدی به تفکیک ارکان رأی کیفری ذکر شده است.

است و رأی آن قطعی شده و در مورد عنصری از عناصر دعوای مدنی (رابطه سببیت، دخالت و حضور در عمل یا ارتکاب آن) نظر داده است. بنابراین پذیرش مجدد ادعا در دعوای مدنی چه مبنایی خواهد داشت؟ (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۳۲۳) نتیجه اینکه نباید تصمیم دادسرا را در مقابل دادگاه گذاشت و اعتبار امر مختوم را به طور مطلق نفی کرد. می توان گفت تفاوت در نهاد صادرکننده نیست بلکه تفاوت در سایر شرایط است که هنگام ارزیابی رأی هریک از این مراجع یکسان خواهند بود و نفی یا اثبات آن شرایط است که تحقق امر مختوم را مدلل یا رد می نماید (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۳۲۳). به عبارت دیگر، مرجع تصمیم گیری مهم نیست بلکه باید شرایط اعتبار امر قضاوت شده وجود داشته باشد. حال کدام نظر قابل پذیرش است؟ ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری از عبارت رأی استفاده نموده است که اعم از حکم و قرار است. این اطلاق را اگر در کنار قوت استدلال اخیر قرار دهیم، می توان پذیرفت که اعتبار قاعده فقط در مورد احکام نمی باشد.

دومین شرط رأی این است که قطعیت یافته باشد.^۱ رأیی که مراحل اعتراض آن سپری شده باشد، ممکن است بعد از اعمال آن در پرونده مدنی، نقض شده و با این اقدام بنیان رأی حقوقی صادره به هم ریخته و تعارض احکام صادره را در پی داشته باشد. مبنای تعلیق دعوای حقوقی در ماده ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی تا اتخاذ تصمیم قطعی مرجع کیفری نیز بر همین اساس می باشد. ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری نیز تأثیر رأی کیفری را منوط به صدور رأی قطعی کرده است. تبعیت مرجع حقوقی تا حدی است که اگر رأی کیفری اشتباه نیز باشد، مرجع حقوقی باید آن را لحاظ نماید (bouty, 2003: 89). نکته ای که به اعتبار قاعده مذکور خدشه وارد می نماید.^۲ همچنین ایراد اساسی

۱. برای دیدن موارد و آثار حکم قطعی غیرقابل اجرا، نک: (خدابخشی، ۱۳۹۸)

۲. در خصوص اشتباه رأی کیفری، نویسنده، در کسوت قضا، بین اجرای قانون (ماده ۱۸) و اجرای عدالت، دومی را برگزید؛ چراکه رأی کیفری اشتباه بوده و همین انتخاب باعث صدور کیفرخواست انتظامی نیز گردید. در پرونده کلاسه ۷۳-۹۳ شعبه ۴ دادگاه شهر ری، خواهان دادخواستی با موضوع مطالبه خسارت ناشی از جرم وجه یک فقره چک امانی بر اساس دادنامه صادره به شماره ۹۱-۱۰۵ شعبه ۱۱۵۹ دادگاه عمومی تهران نموده بود، در حالی که خوانده با ارائه توافقتنامه ۸۹/۴/۲۷ مدعی گردیده است که با توافق خواهان مبلغ چک بابت طلب به اینجانب داده شده است و خواهان محق در دریافت آن نمی باشد. این توافق از نظر مرجع کیفری مغفول مانده و مرجع حقوقی می بایست بین ترتیب اتردادن به رأی اشتباه کیفری و آن توافق نامه تصمیم گیری نماید. انتخاب توافق نامه باعث صدور کیفرخواست انتظامی به علت عدم رعایت ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری (رسیدگی مجدد به موضوع استحقاق خوانده در وصول وجه مغایر رأی صادره در امر کیفری می باشد) گردید. البته در ادامه تعلیق تعقیب صادر گردید. برای جلوگیری از اشتباهات، شاید بهتر باشد، این انتخاب برای مرجع حقوقی باشد تا چنانچه رأی کیفری اشتباه باشد، حق عدول از

این قاعده آن است که آزادی ارزیابی قاضی مدنی را سلب می‌کند و سبب می‌شود که رأی کیفری مانع دفاع و ارائه راه حل مخالف از سوی اشخاصی که در دعوی حضور نداشته‌اند باشد.^۱ همین امر باعث شده است که کشورهای انگلوساکسون به طور کلی چنین قاعده‌ای را فراموش کنند. حقوق آلمان در حال بازگشت از این قاعده است و هلند و پرتغال خصوصیت امری قاعده را کنار گذاشته و امکان اثبات برخلاف آن را می‌دهند. جملگی دلالت بر سستی مبانی قاعده می‌کند (Repertoire de droit penal et procedure Penal, 2000: 5، به نقل از خدابخشی، ۱۳۹۲: ۳۱۴).

نکته بعدی درخصوص تصمیمات مرجع کیفری این است که قاضی مدنی نسبت به همه تصمیمات مرجع کیفری تابع نبوده بلکه این تصمیمات اگر «مسلم» و «ضروری» باشد، برای مرجع حقوقی لازم‌الاتباع می‌باشد (vernny, 2018: 862: n530).^۲ قانون‌گذار ما در ماده ۱۸ فقط عبارت «مؤثر» بودن رأی کیفری در ماهیت امر حقوقی را بیان نموده است. شرط تأثیر عبارتی است که می‌تواند محدوده تصمیم دادگاه کیفری را مشخص نماید. البته این عبارت برای بیان مقصود کافی نبوده، لذا ناچاریم عبارت مسلم و ضروری بودن را توضیح دهیم. عبارت مسلم بودن در مقابل احتمالات به کار می‌رود؛ مثلاً اگر قاضی کیفری اعلام کند که به نظر می‌رسد تخریب ناشی از قوه قهریه باشد، این اظهار نظر برای مرجع حقوقی لازم‌الاتباع نمی‌باشد. همچنین عبارات مبهم و توأم با شک و تردید نیز همین خاصیت را دارد. البته اگر قاضی کیفری به واسطه شکی که در اثبات موضوعی حادث گردیده و به واسطه آن اصل برائت را جاری نماید، این برائت تأیید مسلمی است که مرجع

قاعده را داشته باشد. صراحت ماده ۱۸ این اجازه را نمی‌دهد، بنابراین اقدام مقنن را می‌طلبید تا با افزودن تبصره‌ای به ماده مذکور، این مهم را به سرانجام برساند. به قول استاد کاتوزیان، سعی من بر این است که قوانین را محترم شمارم و نظم را نگاه دارم ولی این شکیبایی نیز برای خود حدی دارد. همین که با ستمی آشکار روبه‌رو شوم، در پشت سدهای شهرت و رسم و رویه قضایی و صنایع ادبی و منطقی فرو نمی‌مانم. از هر وسیله که علم حقوق در اختیارم نهاده است بر آن قاعده می‌کوبم تا از رونق و جلا بیفتد. اگر بتوانم از آن می‌گذرم و اگر چندان صریح باشد که وامانم، سرفرازم که با ظلم درافتاده‌ام. آسودگیم آنجاست که غباری بر چهره عدالت نبینم... چه کنم حرف دگر یاد ندادم (کاتوزیان، ۱۳۷۵: سخنی درباره چاپ دوم کتاب).

۱. در ادامه در خصوص درستی این نظر تردید نموده‌ایم.

2. L'autorité ne s'applique en outre qu'«à ce qui a été nécessairement et certainement décidé par le juge criminel, soit quant à l'existence du fait qui forme la base commune de l'action pénale et de l'action Civile, soit quant à la qualification légale, soit quant à la participation du prévenu au même fait» édouqrd Verny; professeur à luniversite panthéon -assqs; paris II, procédure pènaele.

حقوقی را پایبند می‌کند (مرجع حقوقی باید به آن ترتیب اثر بدهد). همچنین غیر از مسلم بودن باید ضروری نیز باشد: «یک تأیید لازم (ضروری) تأییدی است که دادگاه کیفری برای توجیه تصمیم محکومیت یا براءت خود مکلف به انجام آن می‌باشد. مثلاً تأیید مربوط به وجود یا عدم عمل مادی تشکیل دهنده جرم یک تأیید لازم است. این تأیید قضیه‌ای است که به طور لازم قضاوت شده است، چون متکای تصمیم کیفری است. همچنین تأییدی که وصف اعمال را تعیین می‌کند یک تأیید لازم است که قاضی مدنی را متعهد می‌کند. قاضی مدنی عملی را که قاضی کیفری کلاهبرداری یا خیانت در امانت وصف کرده است نمی‌تواند سرقت تلقی کند. اعلام مجرمیت یا عدم مجرمیت شخص تحت تعقیب به اتهام یک عمل مجرمانه نیز یک تأیید لازم (ضروری) است؛ چه این تأیید که وجود یا عدم تقصیر کیفری را ثابت کرده، محکومیت یا تبرئه را توجیه می‌کند. لذا اگر یک دادگاه کیفری متهمی را مقصر یا بر عکس غیر مقصر اعلام می‌کند، دادگاه مدنی مأمور رسیدگی به دعوی ضرر و زیان ناشی از این جرم نمی‌تواند در مورد این نکته با قاضی کیفری در تناقض بوده و برخلاف قاضی کیفری اعلام کند که تقصیر جزایی ارتکاب نشده یا برعکس ارتکاب شده است. ولی تأیید مربوط به دخالت یک عامل خارجی (تقصیر قربانی جرم، تقصیر یک شخص ثالث، قوه قاهره) در عداد اعلام‌های غیر لازم تصمیم جزایی است و در نتیجه موجب آزادی کامل ارزیابی قاضی مدنی می‌داند؛ تأیید تقصیر قربانی یا شخص ثالث، از طرف قاضی کیفری کوچک‌ترین اعتباری در قاضی مدنی ندارد» (Stefani et al. 2018:842-843). بنابراین تأییدات ضروری یعنی اینکه اگر از قاضی کیفری سؤال شود چرا آن‌ها را بازگو و اثبات یا نفی نمودی، اعلام کند چاره‌ای نداشتیم و اگر به آن‌ها اشاره نمی‌کردم رأی ناقص، غیرقابل فهم و نادرست صادر می‌شد. این مسائل در چهارچوب وظیفه قاضی کیفری است و به همین دلیل تنها همین امور دارای اعتبار می‌باشند و در نتیجه، فقط بخش‌هایی که جزء شاکله رأی کیفری (ارکان جرم) باشد برای قاضی مدنی لازم‌الاتباع است. هر بخش از رأی کیفری را که بدون اخلاف در صحت آن بتوان حذف کرد دارای اعتبار نخواهد بود. برای مثال در دعوای خیانت در امانت، تحویل مال یا سند و نظایر آن، فعل مرتکب در تصاحب و نظایر آن از لوازم رأی است و این امور در دعوای مدنی اعتبار دارند، لکن قاضی کیفری ضمن بررسی تحویل اموال اعلام کند آن‌ها به دلیل قرارداد عاریه بوده است نه ودیعه، عاریه بودن هیچ ضرورتی برای صحت رأی کیفری ندارد و از رأی کیفری قابل حذف می‌باشد و به همین دلیل در دعوای مدنی فاقد اعتبار است (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۳۳۰).

۲-۲. اجرای قاعده در مسئولیت مدنی و کیفری در فرض محکومیت یا برائت

بنا بر قواعدی که در قسمت قبل گفته شد، اجرای قاعده را با لحاظ ارکان جرم (فعل یا ترک فعل، قصد، رابطه سببیت، ضرر و موارد رفع مسئولیت) در فرض محکومیت یا برائت تبیین می‌نماییم.

فعل و ترک فعل که به‌عنوان اولین عنصر از عناصر متشکله جرم و مسئولیت مدنی است، ممکن است در مرجع کیفری نسبت به آن اتخاذ تصمیم شود. آنچه مسلم است، بعد از محکومیت قطعی کیفری، قاضی حقوقی نمی‌تواند وجود عمل مجرمانه را نادیده بگیرد (Verny, 2018: 862). با این حال، این تصمیم تا چه میزان مرجع حقوقی را که می‌خواهد مثلاً به ضرر و زیان ناشی از جرم رسیدگی کند ملتزم می‌نماید. مرجع کیفری اعلام کرده است ضرب و جرح از ناحیه متهم صورت گرفته است یا تخریب خودرو توسط متهم صورت گرفته است. آیا در صورت محکومیت به مجازات، مرجع حقوقی باید خسارت ناشی از تخریب یا ضرب و جرح (مثلاً هزینه درمان) را حکم دهد یا می‌تواند برخلاف آن اظهار نظر نماید؟ در حقوق فرانسه معتقدند که قاضی مدنی در صورت محکومیت متهم نمی‌تواند حق جبران ضرر و زیان قربانی جرم را نادیده بگیرد (Stefani et al., 2018: 844). در صورت برائت، آیا مرجع مدنی می‌تواند برخلاف نظر مرجع کیفری که وجود یک عمل مادی را که از طرف قاضی کیفری مردود شناخته شده قبول کند؟ در اینجا نیز حقوق فرانسه به قاضی مدنی چنین اختیاری را نمی‌دهد (Stefani et al., 2018: 844). در حقوق ایران نیز به همین کیفیت می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۹۷ و ۳۰۷؛ متین دفتری، ۱۳۹۱: ۳۸۵-۳۸۴).

به همراه فعل یا ترک فعل، اوصافی از جمله قصد یا تقصیر نیز وجود دارد. در اینجا نیز قاضی مدنی نمی‌تواند تقصیر مجرم را بعد از قطعیت حکم کیفری در نظر نگیرد (Verny, 2018: 862). سؤال این است که چنانچه مرجع کیفری سوءنیت مرتکب را احراز و وی را محکوم نماید یا بالعکس با احراز عدم سوء نیت مرتکب وی را تبرئه نماید، آیا دعوای ضرر و زیان ناشی از جرم در محکمه حقوقی قابلیت استماع دارد؟ مرتکب با خودروی خود به خودروی زیان‌دیده برخورد و زیان‌دیده دعوای کیفری تخریب را مطرح کرد ولی مرجع کیفری به علت عدم سوءنیت وی را تبرئه می‌نماید. در حقوق فرانسه قاضی مدنی در فرض محکومیت حق ندارد دعوای ضرر و زیان را نادیده بگیرد و در برائت حق ندارد دعوای جبران ضرر و زیان را بپذیرد. البته در فرض محکومیت کیفری، اگر ضرر و زیانی وارد نشده باشد، به این علت می‌تواند دعوای زیان را رد کند (Stefani et al., 2018: 842). چون ممکن است شخص مقصر باشد ولی مسئولیت مدنی نداشته باشد؛ مانند شروع به جرم. در حقوق ایران نیز به همین صورت است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۹۷ و ۳۰۷). در فرض برائت باید به این نکته توجه داشت که چنانچه مسئولیت مرتکب بر مبنای تقصیر نباشد (مانند دارنده اتومبیل)، ورود قاضی

مدنی تعارضی با رأی کیفری ندارد. همچنین با توجه به اینکه در مسئولیت کیفری و مدنی تقصیرهای غیر عمدی مشترک است (بی احتیاطی، بی مبالائی و...) در حقوق فرانسه معتقدند که اگر مبنای برائت فقدان تقصیر جزایی بی احتیاطی باشد (مواد ۶-۲۲۱ و ۱۹-۲۲۲ قانون مجازات) به جهت وحدت تقصیر جزایی و مدنی، قاضی مدنی نمی تواند بر مبنای این مواد، به جهت تقصیر بی احتیاطی، بدون تناقض تصمیم جزایی برائت با جبران ضرر و زیان موافقت کند (Stefani et al., 2018: 584). در حقوق ایران نیز وحدت تقصیر غیر عمدی در حقوق کیفری و مدنی نیز وجود داشته لذا مرجع حقوقی نمی تواند چنانچه مرجع کیفری نبود بی احتیاطی را اعلام کند، وجود بی احتیاطی را بررسی کند. نکته دیگر اینکه نداشتن عمد در پرونده کیفری مانع از رسیدگی مرجع حقوقی به بی احتیاطی و... نمی باشد؛ چراکه شخص متهم می تواند سوءنیت خاص (عمد) نداشته باشد ولی در ارتکاب فعل بی احتیاطی کرده و مسئولیت مدنی داشته باشد، مگر اینکه مرجع کیفری اعلام نماید هیچ تقصیری اعم از عمد و غیر عمد از ناحیه متهم حادث نشده است (مسئولیت بدون تقصیر مثل راننده خودرو در مسئولیت مدنی وجود دارد) که در این صورت قاضی مدنی نمی تواند در این مسئله ورود نموده و با قاضی کیفری تعارض نماید. نکته پایانی اینکه اگر مواردی به صورت ضمنی با قصد در ارتباط باشد و مرجع کیفری بدون ورود در آنها قصد جرم را احراز نموده باشد، این لوازم برای مرجع حقوقی لازم الاتباع می باشد، اگرچه ورود مستقیم در آن نداشته باشد؛ مثلاً ادعای اجبار یا جنون در مرجع حقوقی با احراز قصد مجرمانه توسط مرجع کیفری در تناقض می باشد، چراکه نداشتن اجبار با وجود قصد مجرمانه لازم و ملزوم می باشند. درخصوص تقصیر، دادنامه شماره ۹۱-۱۳۱۷ مورخ ۹۱/۱۱/۲۴ شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تأیید دادنامه شماره ۵۹۹-۹۱/۷/۳ شعبه ۲۲ دادگاه حقوقی تهران این است که در صورت احراز تقصیر بانک از طریق تبانی کارمند آن با جاعلین چک، ید بانک از امانی به ضمانتی مبدل شده و نسبت به کلیه خسارات وارده به سپرده و سرمایه گذاری مشتری مسئول بوده و این مسئولیت محدود به میزان تقصیر اثباتی کارمند خاطی در محاکم کیفری نیست. در بخشی از دادنامه شماره ۹۱-۳۱۷ آمده است که «... نظر به اینکه تجدید نظر خواه تا زمانی که مرتکب تقصیر و تخلف در حفظ و نگهداری دارایی صاحب حساب نزد خود نشده، امین محسوب می گردد لیکن پس از احراز تقصیر و تخلف وی، ید امانی به ضمانتی تغییر و مسئولیت جبران خسارت وارده به دارایی صاحب حساب را دارد و همین مطلب از مفاد بند ج ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ مستفاد می گردد. بنابراین استدلال بانک سپه در لایحه اعتراضیه در این خصوص وارد نبوده، ایضاً ادعای عدم شخصیت حقوقی مستقل خواهان بدوی (تجدیدنظر خوانده) نیز وارد نیست و با احراز اهمال بانک و تبانی کارمند بانک با جاعلین مؤید مسئولیت بانک در جبران خسارت وارده به

صاحب حساب است و مقصود از جبران خسارت در بند ج قانون فوق‌الاشعار اعم است از پرداخت اصل وجه مورد تصرف و برداشت شده توسط افراد یا اشخاص غیرمجاز و پرداخت خسارت‌ها و هزینه‌های مرتبط با آن، مضافاً استدلال تجدید نظرخواه مبنی بر مسئولیت بانک در جبران خسارت وارده به میزان محکومیت کارمند بانک توسط دادگاه کیفری محدود می‌گردد نیز قابلیت پذیرش ندارد، زیرا ماحصل همکاری کارمند بانک سپه با جاعلین محدود به میزان محکومیت وی نیست و شامل تمام وجه برداشت شده از حساب تجدیدنظر خوانده می‌گردد...»^۱.

در ادامه بحث تقصیر، عللی مطرح می‌شوند که باعث زوال تقصیر می‌گردند. حال سؤال این است که اگر قاضی کیفری ادعای دفاع مشروع، اضطراب و... را پذیرفت و متهم را تبرئه نمود، زیان دیده می‌تواند دعوای مسئولیت مدنی مطرح نماید؟ باید بگوییم با اثبات موارد فوق، هیچ مسئولیتی متوجه مرتکب اعم از حقوقی و کیفری نبوده، مگر در اضطراب که با نبود مسئولیت کیفری، مسئولیت مدنی وجود دارد. دلیل آن نیز این است که برخلاف دفاع مشروع و... در اضطراب^۲ تقصیری از ناحیه زیان دیده وجود ندارد. در دفاع مشروع، شخص مهاجم خود باعث ضرر و زیان شده است (بحث درخصوص مهاجم و مدافع است و گرنه اگر ثالثی صدمه دیده باشد، مسبب مسئول است؛ مدافع یا مهاجم فرق نمی‌کند) ولی در اضطراب شخص مضطر، جهت فرار از ضرر و زیان به خود، به دیگری ضرر می‌رساند. «بنابراین از آنجا که زیان دیده جرم ضروری برخلاف مجنی علیه دفاع مشروع هیچ گونه سهمی در موقعیت ایجاد شده ندارد، (فرض ما جایی است که زیان دیده مقصر نباشد و گرنه به میزان تقصیر مسئول است)، پس طبیعتاً جبران زیان او عادلانه است» (نوربها، ۱۳۹۶: ۲۸۴). نکته دیگر این است که اگر در پرونده کیفری اثبات شود که شرایط عدم مسئولیت رعایت نشده است، مثلاً در دفاع مشروع بیشتر از حد مجاز دفاع شده است (شخصی که می‌تواند با یک سیلی مهاجم را برهاند ولی وی را به قتل می‌رساند) آیا مسئولیتی وجود دارد؟ خروج از شرایط، مسئولیت مرتکب را اعم از کیفری و حقوقی در پی دارد و در هر صورت ورود قاضی مدنی در این قسمت برای جبران خسارت منافاتی با رأی مرجع کیفری ندارد، مگر اینکه مرجع کیفری در مورد ضرر و زیان این خروج اظهار نظر نموده باشد. مثلاً حکم به پرداخت دیه داده باشد (درخصوص مازاد دیه و سایر خسارات مالی، مرجع کیفری اظهارنظری ننموده است و از این رو منعی وجود ندارد. البته رویه قضایی در خصوص دیه متشتت است ولی اکثریت، مازاد دیه را در محاکم حقوقی رسیدگی می‌نمایند، چون

۱. مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۳: ۷۶-۷۷.

۲. بعضی اساتید کلمه ضرورت و اضطراب را به صورت مترادف به کار می‌برند (نوربها، ۱۳۹۶: ۲۷۶).

ماهیت دیه غیر از مجازات جنبه خسارت نیز دارد و حکم کیفری دیه بخشی از خسارت است). هیئت عمومی دیوان عالی کشور ایران نیز طی رأی اصراری شماره ۱۹۹۵ مورخ ۴۵/۱۰/۲۸ با موضوع قتل عمد اعلام نموده است که چون موضوع جنون متهم در پرونده کیفری رسیدگی و مردود اعلام شده است، دادگاه پژوهش مدنی حق ورود به جنون متهم را به صورت پرونده مجزا ندارد (علی آبادی، ۱۳۹۱: ۱۹۴-۱۹۶). در دادنامه شماره ۳۸۸-۹۶ مورخ ۱۳۹۶/۵/۱۶ در پرونده کلاسه ۵۴۲-۹۴ شعبه ۴ دادگاه حقوقی شهرستان ری، ولی صغیر با اعلام رضایت نسبت به قاتل موضوع قصاص را منتفی کرد، با وجود این صغیر بعد از کبیر شدن تقاضای رسیدگی به خواسته اعلام عدم رعایت مصلحت و غبطه از سوی ولی قهری را در دادگاه حقوقی مطرح کرد تا با صدور رأی حقوقی بتواند موجبات نقض رأی کیفری را فراهم نماید: «خواسته دعوی... به طرفیت... صدور حکم مبنی بر اعلام عدم رعایت مصلحت و غبطه از سوی ولی قهری می باشد. ماحصل ادعای خواهان این است که پدر مرحوم بنده توسط عمویم به قتل عمدی رسیده است که در آن زمان اینجانب صغیر بوده ام ولیکن خوانده محترم (ولی قهری) بدون در نظر گرفتن حقوق اینجانب و عدم رعایت غبطه، بدون قید و شرط اعلام رضایت نموده است، تقاضای رسیدگی به خواسته را دارم. دادگاه پس از جری تشریفات قانونی و دعوت از اصحاب دعوی، صرف نظر از اینکه در خصوص صغیر، علی رغم تذکرات دیوان عالی کشور که به شرح صورتجلسه ۹۶/۲/۱۲ خلاصه نویسی شده است رعایت مصلحت شده است یا خیر، نظر به اینکه در خصوص مصلحت، مرجع کیفری اتخاذ تصمیم نموده است و علی القاعده بنا بر قاعده اعتبار امر محکوم بها، مرجع دیگری نمی تواند در این خصوص ورود نماید، کما اینکه در مورد مشابه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی اصراری شماره ۱۹۹۵ مورخ ۴۵/۱۰/۲۸ رسیدگی به جنون متهم به قتل را که در پرونده کیفری رسیدگی شده بود را در مرجع حقوقی به علت اعتبار امر محکوم بها مردود اعلام نموده است (علی آبادی، ۱۳۹۱: ۱۹۶-۱۶۸)، نظر به اینکه اعتبار امر محکوم بها فقط در خصوص رسیدگی مرجع کیفری نسبت به کیفری یا حقوقی نسبت به حقوقی نمی باشد بلکه مرجع کیفری در خصوص موضوعات حقوقی که قبلاً مرجع حقوقی رسیدگی نموده است که در بحث اناطه نیز مطرح می باشد و همچنین مرجع حقوقی نسبت به مرجع کیفری (موضوع حاضر) که با توجه به اصل استقلال مرجع کیفری در خصوص رسیدگی به موضوعاتی که در بحث اناطه قابلیت رسیدگی نداشته، مطرح بوده نیز می بایست اعمال گردد (منظور اعتبار امر قضاوت شده مدنی در مدنی، کیفری در کیفری، مدنی در کیفری و کیفری در مدنی است که این قاعده جاری می باشد) تا تشتت آراء پیش نیاید، فلذا دادگاه به استناد بند ۶ ماده ۸۴ و ماده ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی را صادر و اعلام می نماید.»

رکن دیگر دعوای مسئولیت کیفری و مدنی ضرر و زیان می باشد. تعیین قطعی مبلغ طلب قربانی جرم که از طرف قاضی کیفری تعیین شده است در برابر قاضی مدنی نمی تواند دوباره مطرح گردد. همچنین رسیدگی به ضرر و زیان باید به عنوان لازمه رسیدگی کیفری باشد، در غیر این صورت مرجع حقوقی را نمی توان محدود ساخت. مثلاً اگر دادگاه جزا به عنوان ضرب و جرح متهم را محکوم کرده باشد، این حکم مانع از این نیست که دادگاه مدنی او را به این عنوان که ضرب و جرح منتهی به مرگ قربانی جنایت شده است، به خسارت ناشی از آن محکوم سازد. منظور این است که دادگاه کیفری فقط به ضرب و جرح رسیدگی کرده است و اگر متعاقب آن شخص فوت کند مانع از مطالبه دیه فوت نمی شود، مگر اینکه از اتهام قتل در دادگاه کیفری تبرئه شده باشد. همچنین فرض کنیم دادگاه کیفری ضمن صدور حکم به مجازات متهم اعلام کند که از ارتکاب جرم هیچ خسارتی به مدعی خصوصی نرسیده است. این حکم در دادگاه مدنی اعتبار ندارد؛ زیرا لازمه رسیدگی کیفری نبوده است و دادگاه کیفری می تواند، بدون اظهار نظر درباره زیان های ناشی از جرم، نسبت به مجازات متهم تصمیم بگیرد. پس دادگاه مدنی حق دارد به زیان ناشی از این جرم رسیدگی کند. ولی هرگاه نظر دادگاه کیفری، در باب وارد نشدن زیان، مقدمه لازم تصمیم او درباره جرم و تعیین مجازات باشد، از اعتبار امر مختوم بهره مند است و دادگاه مدنی حق ندارد با آن معارضه کند؛ چنانچه برای محکوم کردن متهم به کیفر سرقت ساده، دادگاه هتک حرز را مسلم نداند و اعلام کند که از این بابت خسارتی وارد نشده است، دادگاه مدنی نمی تواند به زیان ناشی از آن حکم دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۹۹-۲۹۸). در مورد صدور حکم بر برائت متهم، اظهار نظر دادگاه نسبت به وارد شدن خسارت و میزان آن، در دادگاه مدنی، اعتبار ندارد، زیرا هیچ ارتباطی میان حکم برائت و این اعلام وجود ندارد، مگر اینکه ورود خسارت از ارکان تشکیل دهنده جرم باشد و حکم برائت بر مبنای نفی آن صادر شود (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۰۸). اصولاً مبنا و جهت ورود مرجع مدنی را باید این نکته دانست که آیا در صورت پذیرش دعوای ضرر و زیان توسط مرجع مدنی حکم کیفری ملغی می گردد یا خیر؟ در صورت الغاء، مرجع حقوقی نمی تواند ورود نماید.

آخرین بحث این قسمت رابطه سببیت است. سؤال این است که اگر مرجع کیفری رابطه سببیت را احراز ننمود یا به عکس، آیا مرجع حقوقی تکلیف به تبعیت دارد؟ در فرض محکومیت در پرونده کیفری، مثلاً اگر راننده اتومبیلی در دادگاه جزا به ایراد جرح به خوانده محکوم شود، مسئله تسبیب ورود خسارت امری است پایان یافته که باید در دادگاه مدنی به عنوان «اصل موضوع» پذیرفته شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۹۷). در موردی هم که رابطه سببیت میان تقصیر متهم با ورود خسارت مبنای صدور حکم برائت قرار گرفته است، مانند اینکه در تیراندازی دو تن به سوی مقتول، دادگاه کیفری

احراز کند که گلوله کارساز از اسلحه متهم شلیک نشده است و نباید او را قاتل شمرد، دادگاه مدنی نمی‌تواند خسارت ناشی از قتل را بر عهده متهم تبرئه شده گذارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۹۷). البته هرگاه دادگاه کیفری ضمن تبرئه متهم به دلیل ارتکاب جرم اعلام کند که سبب ورود خسارت به مدعی خصوصی نامعلوم است، این اعلام در دادگاه مدنی اعتبار مطلق امر قضاوت شده را ندارد. بنابراین، اگر شخص ثالثی طرف دعوی خصوصی قرار گیرد، نمی‌تواند به این ایراد متوسل شود که دادگاه کیفری سبب ورود خسارت را نامعلوم دانسته است؛ زیرا این اعلام لازمه صدور حکم بر براءت متهم نبوده است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۹۷). نکته آخر اینکه اصولاً هر تصمیمی که مرجع کیفری بگیرد برای مرجع حقوقی لازم الاتباع نمی‌باشد، مگر اینکه مسلم و ضروری بوده و در آن خصوص مرجع کیفری به طور قاطعانه تصمیم گرفته باشد، اعم از اینکه جزء منطوق حکم بوده یا اسباب و عللی که لازمه آن باشد؛ به عبارت اصولی، مقدمه واجب واجب است.

۳. معامله به قصد فرار از دین

طلبکار در راستای ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به طرفیت بدهکار شکایت کیفری معامله به قصد فرار از دین مطرح می‌نماید. سؤال این است که چنانچه بدهکار محکوم شود، آیا مرجع حقوقی با لحاظ محکومیت بدهکار می‌تواند حسب قاعده اعتبار امر کیفری بر حقوقی معامله بین بدهکار و شخص ثالث را باطل نماید. پاسخ به سؤال منوط به بررسی این موضوع در جرم و غیر جرم می‌باشد.

۱-۳. فرض جرم نبودن معامله به قصد فرار از دین^۱

بدهکار برای نپرداختن دین خود مال خود را به صورت واقعی منتقل تا از دسترس طلبکاران خارج نماید. حال سؤال این است که آیا این معامله در راستای مبحث چهارم قانون مدنی (مواد ۲۱۸-۲۱۷)، که زیر عنوان جهت نامشروع آمده است، محکوم به بطلان است یا باید از مبنای دیگری استفاده کرد؟ قانون مدنی در ماده ۲۱۸ اصلاحی ۱۳۷۰ اعلام نموده است که «هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده آن معامله باطل است». اشکالی که بر این ماده وارد است این است که بطلان معامله صوری را اعلام نموده است و مواردی را که معامله صوری نباشد تعیین تکلیف نکرده است. دلیل بطلان معامله صوری این است که در حقوق ما عقد تابع قصد واقعی طرفین است (العقود تابعة للقصد)، بنابراین با فقدان قصد، بطلان معامله واضح است. در

۱. برای دیدن مبنا، قلمرو، شرایط و آثار معامله به قصد فرار از دین، نک: (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۹۶-۲۵۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۴۷-۱۵۷).

معامله واقعی، انگیزه فرار از دین وجود دارد و باید در این خصوص راهکار ارائه کرد. در ارائه راهکار نیز باید قواعد موجود را در نظر داشت. قاعده این است که باید اراده طرفین را حفظ کرد (ماده ۳۳۹ قانون مدنی) و چنانچه اثر این اراده با حقوق ثالث در تعارض باشد، فقط این اثر را نادیده گرفت. غیرقابل استناد بودن ضمانت اجرایی است که در عین حفظ معامله پایه، حقوق ثالث را نیز تضمین می‌نماید. ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی نیز به آن به صورت ضمنی اشاره کرده است. مبنای تحلیلی این نظر این است که در بحث آثار قرارداد ما دو اصل داریم: ۱. اصل نسبی بودن که در روابط طرفین است؛ ۲. اصل قابل استناد بودن که قلمرو آن در روابط ثالث است. در یک قرارداد، صرفاً حق مستقیم ناشی از آن را طرفین بهره می‌برند که به اصل نسبی بودن معروف است، در حالی که اصل قابل استناد بودن می‌گوید که قراردادی که بین دو طرف منعقد شده، در برابر ثالث قابل استناد است؛ یعنی اشخاص ثالث باید به آثار این عقد بین طرفین احترام بگذارند. با وجود این، در صورتی می‌توان به اشخاص ثالث گفت که به این معامله احترام بگذارند که از وقوع معامله مطلع باشند. به این ترتیب، تا زمانی که دعوا بین طرفین است، طبق اصل نسبی بودن، قرارداد طبق اراده طرفین معتبر است ولی طرفین نمی‌توانند از ثالث جاهل بخواهند که به این قرارداد احترام بگذارد. معامله بین طرفین صحیح است ولی در مقابل اشخاص ثالث قابل استناد نیست. به عبارت دیگر، دو اصل نسبی بودن اثر قرارداد بین طرفین و قابل استناد بودن له یا علیه ثالث در اینجا نیز حاکم است، مشروط بر اینکه به اطلاع ثالث رسیده باشد. ماده ۲۱ قانون گفته شده نیز به همین علت علم منتقل الیه را جهت تأثیر معامله نسبت به وی شرط دانسته است. بنابراین در صورت فقدان علم منتقل الیه که همان حسن نیت خریدار می‌باشد، ادعای طلبکار در مقابل وی مسموع نمی‌باشد. اصل نیز بر حسن نیت است و خلاف آن باید توسط طلبکار اثبات شود. در صورت اثبات عدم حسن نیت خریدار، عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال‌گیرنده عالم به موضوع، جهت پرداخت طلب، استیفا خواهد شد. نکته‌ای که شایان ذکر است این است که مقنن در همین ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، انتقال مال از خریدار اول به خریدار دوم را هم مشمول مثل یا قیمت دانسته است، در حالی که حسب قواعد حقوق مدنی (ماده ۳۲۳ قانون مدنی) اگر عین مال وجود داشته باشد، به مثل یا قیمت مراجعه نمی‌شود. این تغییر موضع قانون‌گذار قابل تقدیر است؛ چراکه از ثالثی که از معاملات قبلی مطلع نمی‌باشد باید حمایت کرد. مثلاً دستور فروش مال غیر منقولی صادر شده و پیرو مزایده ساخت و سازی انجام و آپارتمان‌هایی به ثالث واگذار شود. متعاقب آن، به هر دلیلی دستور فروش لغو شود و مالک مشاعی بخواهد مالکین جدید را از ملک بیرون نماید، از مبنای این ماده می‌توان استفاده کرد و مثل یا قیمت ملک را به خواهان پرداخت

کرد. تلف حکمی مصداقی است که می‌توان در اینجا به کار برد (ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶).^۱

۳-۲. فرض جرم بودن معامله به قصد فرار از دین

ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اصل لزوم تبعیت دادگاه حقوقی از دادگاه کیفری را بیان کرده است. حال آیا این قاعده در خصوص منتقل الیه دارای حسن نیت نیز می‌باشد. به عبارت دیگر، آیا شاکی کیفری (خواهان دعوای ابطال معامله) می‌تواند، با استناد به قاعده مذکور، الزام دادگاه حقوقی را به تبعیت از رأی دادگاه کیفری بخواهد. یک نظر می‌تواند پذیرش دعوای حقوقی باشد و دلیل آن اطلاق ماده ۱۸ می‌باشد. نظر دیگری که با قاعده حفظ قرارداد هم خوانی دارد پذیرش عدم قابلیت استناد در مقابل شخص ثالث با حسن نیت است. اگر ملاک حسن نیت ثالث باشد، صدور حکم کیفری نباید مؤثر در موضوع باشد؛ چراکه رسیدگی کیفری در خصوص شخص دیگری است، مگر اینکه در پرونده کیفری یکی از مشتکی عنهم منتقل الیه باشد تا سوءنیت وی احراز گردد. ماده ۲۱ قانون مزبور، شرط شریک جرم بودن منتقل الیه را علم وی به موضوع دانسته است که پذیرش قاعده را آسان تر می‌نماید.

سوالی که ممکن است مطرح شود این است که آیا منتقل الیه می‌تواند برای فرار از مجازات یا روبه‌رو نشدن با فروشنده معسر (بعد از پرداخت طلب طلبکار توسط خریدار، وی باید به فروشنده جهت جبران خسارت مراجعه کند) دعوای صوری بودن معامله را در دادگاه حقوقی مطرح تا متعاقباً به رأی کیفری اعتراض نماید؟ در صورت پذیرش آیا رأی آن دادگاه تأثیری در رأی کیفری دارد؟ در خصوص قسمت اول سؤال، ممکن است گفته شود که با توجه به دو شرط مسلم و ضروری بودن، که ذکر گردید، چون مرجع کیفری در خصوص صوری بودن رسیدگی ننموده است، لذا مانعی جهت رسیدگی دادگاه حقوقی نمی‌باشد. نظر دیگر که به نظر درست می‌باشد این است که دادگاه حقوقی فقط ملزم به منطوق رأی دادگاه کیفری نمی‌باشد. هر آنچه لازمه منطقی رأی می‌باشد نیز الزام‌آور

۱. تلف حکمی برخلاف تلف واقعی که مال از بین می‌رود، مال وجود داشته با وجود این به علت عملی (بودن مال در انتهای اقیانوس) یا قانونی (مانند مورد متن) استرداد مال امکان پذیر نمی‌باشد. حسب ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی، چنانچه در اجرای حکم عملیات اجرایی تمام شده و متعاقب آن حکم صادره فسخ یا نقض گردد، عملیات اجرایی باید اعاده شود. با این وصف اگر محکوم به عین معین بوده و استرداد آن ممکن نباشد، دادورز (مأمور اجرا) مثل یا قیمت آن را وصول می‌نماید (مثلاً تبدیل زمین موضوع دعوای خلع ید به مجتمع تجاری یا مسکونی). برای بحث بیشتر، نک: (شمس، ۱۳۹۷: ۵۹۷-۵۹۶).

است. پذیرش صوری بودن معامله خدشه به معامله‌ای وارد می‌کند که رأی کیفری بر مبنای آن معامله صادر شده است. منتقل‌الیه اگر مدعی صوری بودن معامله می‌بود، باید در همان پرونده کیفری مطرح می‌کرد. درخصوص سؤال دوم نیز اگر اعتقاد به پذیرش دعوای حقوقی داشته باشیم، یک نظر می‌تواند این باشد که چون رأی کیفری بر مبنای معامله صحیح صورت گرفته است، از همین رو کشف صوری بودن معامله نشان می‌دهد که اصلاً معامله به قصد فرار از دین صورت نگرفته است و بر این اساس موجبات نقض رأی کیفری فراهم می‌باشد. در امور حقوقی نیز با مشخص شدن بطلان معامله، هر آنچه بر اساس آن معامله صورت گرفته باشد محکوم به بطلان است. بنیان سستی که با فروریختن آن هر آنچه بر آن اساس شکل گرفته باشد فرومی‌ریزد. «یکی از حقوق دانان درخصوص معامله موضوع ماده ۵۹۰ قانون مجازات اسلامی که در مقام رشوه صورت گرفته باشد معتقد است که بطلان معامله مانع از تحقق عنصر مادی جرم که معامله می‌باشد می‌گردد و حداکثر به عنوان شروع به جرم می‌باشد» (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۴: ۴۲۱). شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۸۰۶-۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۲ اعلام نموده است که چنانچه در محکمه حقوقی صوری بودن معامله‌ای اثبات شود، به دلیل اینکه با معامله صوری انتقال صورت نمی‌گیرد، لذا بزه معامله به قصد فرار از دین نیز موضوعیت ندارد. در بخشی از دادنامه آمده است که «... از آن جایی که در دادنامه شماره ۰۰۷۵۴ مورخ ۱۳۹۱/۷/۲۵ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان، تصریح شده است که معامله انجام شده صوری بوده است که مطابق ماده ۲۱۸ قانون مدنی معامله صوری باطل می‌باشد، در حالی که بیان مقنن در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (فعلاً ماده ۲۱) ظهور در انجام معامله به طور صحیح و تحقق انتقال به غیر دارد (چنانچه اداره حقوقی نیز در نظریه شماره ۷/۷-۱۳۷۸/۱۰/۶۲۲۳-۷/۷ حاکی است که در صورت عدم وقوع بیع، موضوع از شمول ماده مزبور خارج است) لذا با وصف مذکور، محکومیت کیفری متهمان موجه نبوده، به استناد... با درخواست اعاده دادرسی... موافقت می‌شود و پرونده جهت رسیدگی مجدد به شعبه دیگر هم عرض ارجاع می‌گردد».^۱ شایان ذکر است که تمرکز ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی بر انتقال مال است که اعم از معامله می‌باشد. نظر دیگر که با استقلال حقوق کیفری نیز هم خوانی دارد این است که جرمی بر اساس ظاهر اتفاق افتاده است و کشف بعدی نقض یکی از ارکان جرم تأثیری بر جرم ندارد. «حقوق کیفری درصدد مبارزه با فعل زیان‌باری است که خود را در قالب عمل حقوقی جلوه داده و قصد دارد، از راه حيله و صورت ظاهر، باطن خود را بپوشد در حالی که چنین ظاهری هم از

1. <http://j.ilir.ir/subsystems/jpri2/showjudgement.aspx?id=agNnY3vtcmniowm9>

حیث مدنی فاقد اثر است و هم به عنوان یک عمل مجرمانه قابل مجازات خواهد بود و مجازات، با وجود باطل بودن قرارداد، مترتب می شود» (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۴۰۷). موارد مطرح شده در خصوص سایر ضمانت اجراها نظیر فسخ، انفساخ و... نیز با اختلاف جزئی جاری می باشد. این دیدگاه نشان می دهد که حقوق کیفری، از نظر مفاهیم حقوقی، مستقل از حقوق مدنی است؛ چراکه بطلان، فسخ، عدم نفوذ و...، برخلاف حقوق کیفری، در حقوق مدنی مؤثر در معامله می باشد.

نکته آخر اینکه در یک نظر کلی شاید بتوان قاعده ای را استخراج کرد که در هر موردی که حق شخص ثالث با حسن نیت در تقابل حق اشخاص دیگری قرار گیرد که می خواهند به ضرر ثالث اقدام نمایند، اگر ثالث از قضیه اطلاعی نداشته باشد، اصل غیرقابل استناد بودن حاکم می باشد، اعم از اینکه منشأ ضرر جرم یا غیر جرم باشد. مصداق مطرح شده نمونه ای از قاعده بوده که قابل تسری به مصادیق دیگر می باشد. البته باید هدفی در ورای این موضوع باشد تا قائل به این قاعده در مصادیق دیگر باشیم. این هدف یا توسط مقنن تصریح می گردد یا از ملاک و مبنایی که از فحوای قانون برداشت می گردد قابل استخراج است. شخص ثالث دارنده سند تجارتي و همچنین دارای سند رسمی مالکیت مال غیر منقول نمونه ای دیگر می باشد که در جای دیگر آن را تبیین نموده ایم. فروشنده یک بار با سند عادی ملک را به الف فروخته و همان ملک را با سند رسمی به شخص ب فروخته است. در آنجا گفتیم که حکم به محکومیت الف به انتقال مال غیر، قابل تسری به شخص ب در دعوی ابطال سند رسمی نمی باشد.

۴. بررسی حقوق شخص ثالث متضرر از رأی کیفری

امکان تضییع حقوق اشخاص ثالث که در دادرسی کیفری حضور یا دخالت ندارند و هیچ یک از طرفین پرونده نمی باشند از صدور و اجرای حکم کیفری یا دستورات یا تصمیمات مقامات قضایی در دادرسی کیفری وجود دارد، مثل اینکه مرجع کیفری در جرم سرقت یا کلاهبرداری حکم به رد مال به نفع شاکی می دهد، در حالی که مال موضوع جرم متعلق به شخص دیگری می باشد. با توجه به این نکته این سؤال مطرح می شود که آیا نباید این امکان برای ثالث وجود داشته باشد که در قسمت حقوقی رأی کیفری (رد مال) جهت تظلم خواهی اقدام نماید. در این بخش، بعد از طرح ماهوی موضوع در قسمت اول، در قسمت دوم در خصوص مرجع صالح جهت رسیدگی به این موضوع صحبت خواهیم کرد.

۴-۱. بررسی حق ماهوی شخص ثالث در اعتراض به رأی کیفری

در پرونده های حقوقی، مقنن در مواد ۴۲۵-۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح می دارد که چنانچه رأیی صادر شود که به حقوق شخص ثالث خللی وارد آورد، نامبرده می تواند نسبت به آن رأی اعتراض کند. ضرورت این امر در پرونده های کیفری دو چندان است؛ زیرا در پرونده های حقوقی

شخص ثالث می‌تواند در جریان دادرسی مدنی به‌عنوان وارد ثالث ورود نماید، در حالی که این امر در پرونده‌های کیفری وجود ندارد. گفتیم که از اوصاف قاعده اعتبار امر قضاوت‌شده کیفری در مدنی، مطلق بودن آن می‌باشد که غیر از طرفین پرونده ممکن است به ضرر شخص ثالث نیز باشد. مرجع کیفری بر مبنای اصل استقلال حقوق کیفری، بر اساس ظاهر تصمیم می‌گیرد و سؤال این است که آیا متعاقب این ظاهر، اگر واقعیتهای کشف شود، نمی‌توان از ظاهر عبور نمود. بعد از صدور رأی کیفری، شخص ثالثی که در رسیدگی کیفری حضور نداشته است به جنبه مدنی رأی معترض می‌باشد. آیا ورود مرجع کیفری به ارکان رأی کیفری خدشه وارد می‌نماید؟ با توجه به قواعدی که گفته شد، اتخاذ تصمیم دادگاه، جهت احقاق حق ثالث، نباید به اساس رأی کیفری خدشه وارد نماید. آنچه مسلم است در رسیدگی کیفری به رابطه طرفین دعوا با شخص ثالث توجهی نشده است و در مقام رسیدگی به این موضوع نبوده است. در احراز جرم، مرجع کیفری با بررسی فعل متهم و سایر ارکان جرم به بزهکاری مجرم اظهار نظر می‌نماید. آیا در خصوص مالکیت مال موضوع جرم، مرجع کیفری به سایر ارکان جرم رسیدگی می‌نماید. شرط مسلم بودن که از موانع رسیدگی مجدد است در اینجا وجود ندارد. شرط ضروری بودن نیز در اینجا مفقود است. در اثبات جرم، مهم عدم مالکیت متهم بوده که حاصل شده است. تغییر مالک در محکومیت متهم تأثیری نداشته و با این تغییر به اساس رأی کیفری خدشه وارد نمی‌شود. آیا طرح دعوی مالک ظاهری کافی نبوده و در ادامه آیا تغییر مالک مال موضوع جرم تأثیری در احراز مجرمیت متهم دارد؟ با احراز مالکیت شخص ثالث، وی قائم مقام شاکی اولیه می‌گردد؛ به‌نوعی مانند اناطه‌ای که مرجع کیفری، جهت احراز مالکیت مالک واقعی صادر می‌نمود. در آنجا متهم ادعای مالکیت داشته ولی در اینجا شخص ثالث مدعی می‌باشد. دادسرا اگر اطلاعی نسبت به موضوع (مالکیت ثالث) می‌داشت، تصمیمی دیگر می‌گرفت. نظری غیر از این باعث تضییع حقوق ثالث خواهد شد. غیر از این دلیل تحلیلی، ماده ۴۴ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶^۱ در اجرای حکم، این حق را برای ثالث در نظر گرفته است که اگر مدعی حقی از عین یا منافع باشد، اعلام کند تا مرجع صالح نسبت به ادعای وی رسیدگی نماید. این ماده «در تمام مواردی که حکم به تحویل یا رد مال معین و یا حکم رفع تصرف عدوانی

۱. «اگر عین محکوم‌به در تصرف کسی غیر از محکوم علیه باشد، این امر مانع اقدامات اجرایی نیست؛ مگر اینکه متصرف مدعی حقی از عین یا منافع آن بوده و دلایلی هم ارائه نماید، در این صورت دادورز (مأمور اجرا) یک هفته به او مهلت می‌دهد تا به دادگاه صلاحیت‌دار مراجعه کند و در صورتی که ظرف ۱۵ روز از تاریخ مهلت مذکور قراری دائر بر تأخیر اجرای حکم به قسمت اجرا ارائه نکرده، عملیات اجرایی ادامه خواهد یافت.»

صادر شده باشد نیز مجرا می‌باشد، حتی اگر حکم رد مال یا رفع تصرف عدوانی از دادگاه کیفری صادر شده باشد. در حقیقت به صراحت ماده ۵۳۷ قانون آیین دادرسی کیفری در اجرای جنبه حقوقی احکام کیفری نیز قانون اجرای احکام مدنی مجرا می‌باشد» (شمس، ۱۳۹۷: ۶۷۴).^۱ همچنین اطلاق ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز می‌تواند مثبت این نظر باشد. در این ماده مرجع کیفری مکلف به اتخاذ تصمیم در خصوص مال موضوع جرم گردیده که حین تحقیقات مقدماتی کشف و توقیف شده است، که می‌تواند در خصوص ادعای شخص ثالث نیز باشد. جدیدترین موضع قانون‌گذار را می‌توان در ماده ۵۰ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵/۲/۲ دید. در این ماده، به بیمه‌گر یا صندوق اجازه داده شده است، با رعایت مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، نسبت به خسارات بدنی و مالی در دعوی (دادگاه رسیدگی کننده به دعاوی ناشی از حوادث رانندگی)، وارد شده یا پس از صدور رأی قطعی مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی اعتراض ثالث نمایند. این ماده اگرچه در خصوص بیمه‌گر و حوادث رانندگی است، با وجود این نشانگر موضع مقتن در خصوص ورود ثالث به پرونده کیفری است. شبهه‌ای که در خصوص ورود ثالث ممکن است مطرح شود این است که به مانند تلف حکمی ثالث بتواند، در مرجع ثانویه، مثل یا قیمت مال موضوع جرم را مطالبه نماید. طرح این موضوع پاک کردن صورت مسئله می‌باشد؛ چراکه که صرف نظر از اینکه با رأی کیفری که متضمن رد مال است در تضاد می‌باشد، حاوی اشتباه دومی است که پذیرفتنی نیست. شاکی مالک مال نمی‌باشد تا استحقاق آن را داشته باشد. وقتی عین مال وجود داشته باشد، نوبت به مثل یا قیمت آن نمی‌رسد. آن چیزی که مسلم است شاکی مالک نمی‌باشد، بنابراین اصرار بر این که به رأی کیفری تعرض نشود بیهوده می‌باشد؛ چراکه با مبانی پیش گفته تعارضی ندارد. مجرم به واسطه جرم مکلف به رد مال است و چه بهتر که به ذی حق واقعی این مال مسترد شود. نکته پایانی اینکه اگر شاکی واقعی نسبت به متهم ادعایی نداشته باشد و در حقیقت اقدام متهم به انجام عمل حقوقی را تنفیذ کند، مورد می‌تواند از مصادیق اعاده دادرسی توسط محکوم علیه باشد.

۱. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز طی نظریه شماره ۱۳۹۰/۱۲/۷-۷/۹۰/۴۸۵۹ اعلام نموده است که «در بزه فروش مال غیر، منظور از رد مال، همان مال فروخته شده است که متعلق به غیر بوده و احداث بنا در ملکی که متعلق به غیر است برای متصرف ولو اینکه از متهم یا محکوم علیه کلاهبرداری یا ایادی بعدی وی خریداری کرده باشد، حقی ایجاد نمی‌کند و قانوناً مانع از استرداد ملک نخواهد بود. بدیهی است راجع به اعیان احداث شده در ملک مورد استرداد براساس مقررات مربوط از جمله مواد ۴۴ و بعد قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ تعیین تکلیف می‌شود».

۲-۴. مرجع صالح جهت رسیدگی به حق ثالث

با لحاظ قسمت ماهوی قضیه، اگر اعتقاد به حق ثالث به اعتراض داشته باشیم، تعیین مرجع صالح نیز جهت طرح موضوع ضروری است. ممکن است گفته شود صلاحیت مرجع کیفری در رسیدگی به موضوعات حقوقی به صورت استثناء و فقط در ضرر و زیان ناشی از جرم می باشد که حسب ذیل ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری تا قبل از اعلام ختم دادرسی در پرونده کیفری است؛ لذا رسیدگی به اعتراض شخص ثالث قابل پذیرش در مرجع کیفری نبوده و دادگاه حقوقی باید به موضوع رسیدگی نماید. کما اینکه رسیدگی به اختلاف در مالکیت (کلاهبرداری مال غیر منقول) در جریان پرونده کیفری نیز از موارد اناطه بوده است که مرجع کیفری صالح نبوده است. این ایرادات مسموع نمی باشد؛ اولاً منع ورود ثالث در جریان دادرسی کیفری به علت ذی حق نبودن در رسیدگی به جرم، محرمانه و غیر علنی بودن تحقیقات مقدماتی (ماده ۹۱ و ۹۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۹۲) و جلوگیری از هرگونه مانع رسیدگی سریع به جرم بوده است، در حالی که این مانع در اینجا مفقود است و ادعای ثالث نیز رسیدگی به ادعای حق وی در خصوص مال موضوع جرم است که در جریان دادرسی کیفری، همان ضرر و زیان ناشی از جرم ادعایی طرفین پرونده می باشد. بنابراین در همان راستا توسط مرجع کیفری (دادگاه کیفری یا دادگاه تجدیدنظر) رسیدگی می شود. ثانیاً از حیث اینکه مرجع کیفری اشراف بر موضوع داشته و جهت جلوگیری از خدشه بر اعتبار آن دادگاه، صلاحیت وی بر مرجع حقوقی ارجح می باشد. در همین راستا دادنامه شماره ۱۳۴-۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۲/۱ صادره از شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اعلام شده است: «... دادگاه با بررسی محتویات و مستندات پرونده و مطالعه لوایح ابرازی از ناحیه طرفین، نظر به اینکه برابر ماده ۴۱۸ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر گردیده است «شخص ثالث حق دارد به هرگونه رأی صادره از دادگاه های عمومی و انقلاب و تجدیدنظر اعتراض نماید...» بنابراین مقررات راجع به اعتراض شخص ثالث قابل تسری به احکام دادگاه های عمومی جزایی که در دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید یا نقض گردیده اند می باشد. افزون بر آن، مستنبط از مقررات ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی این است که شخص ثالث که در جریان دادرسی جزایی مداخله نداشته است می تواند نسبت به حکم دادگاه از حیث رد مال یا ضبط آن اعتراض نماید. از این رو، مقررات قانونی هم در زمینه جزایی و هم در زمینه امور حقوقی، اعتراض شخص ثالث که در فرایند دادرسی اعم از جزایی یا حقوقی مداخله نداشته و حکم صادر شده مخل به حقوق وی است پیش بینی شده است. بنا به مراتب پیش گفته ایراد وکیل خوانده ردیف سوم در ارتباط با اینکه دعوی به کیفیت مطروحه قابل استماع نیست، مردود اعلام می گردد. در ادامه دادنامه چون آپارتمان موضوع رأی متعلق حق شخص دیگری به موجب دادنامه دیگری قرار گرفته است،

نامبرده می‌تواند برای احقاق حق به فروشنده ملک به وی مراجعه و علیه وی اقامه دعوی نماید...»^۱

در نظر مخالفی، شعبه ۳۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، طی دادنامه شماره ۱۷۹-۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۶ درخصوص اعتراض ثالث اعلام نموده است: «...با ملاحظه پرونده بدوی و تجدیدنظر، موضوع دادخواست اعتراض ثالث، امر کیفری بوده که با شکایت آقای ب.خ. علیه آقای ح.م. دایر بر تصرف عدوانی، دادگاه با احراز تصرف عدوانی و تجاوز به حریم راه ضمن صدور رفع تصرف و اعاده وضع به حال سابق به شرح دادنامه ۹۲۰۶۹۷ مورخ ۹۲/۷/۲ حکم بر محکومیت آقای ح.م. به پرداخت مبلغ هجده میلیون ریال در حق دولت صادر کرده و رأی صادره در این دادگاه تأیید شده است. نظر به مواد ۴۱۷ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی اعتراض ثالث در امر حقوقی و در دعوی حقوقی که رأی صادر شده قابل طرح می‌باشد و پرونده مطروحه حاضر کیفری بوده و رأی صادره قطعی است و قانون آیین دادرسی کیفری برای اعتراض به رأی قطعی کیفری طرق فوق‌العاده دیگری را پیش‌بینی کرده و ذی‌نفع می‌تواند با انطباق موضوع با طرق فوق‌العاده رسیدگی در مراجع مربوطه، اعتراض خود را مطرح نماید؛ علی‌هذا دعوی اعتراض ثالث در پرونده کیفری قابلیت استماع نداشته و قرار رد دعوی خواهان اعتراض ثالث به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره قطعی است.»^۲ توسل به طرق فوق‌العاده، احتمالاً ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری می‌باشد که به‌عنوان یکی از مصادیق اعاده دادرسی می‌باشد. ماده ۴۷۵ قانون اشاره شده، پیرو ماده ۴۳۳ همان قانون، فقط به طرفین پرونده و دادستان کل کشور و دادستان مجری حکم حق اعتراض داده است، نه ثالث. تمام بحث این است که آیا ثالث می‌تواند ورود نماید یا خیر. مواد اعلامی تاب این تفسیر را ندارد. در مقام نتیجه‌گیری درخصوص دو نظر، عدالت ایجاب می‌نماید که هر جا ظلمی وجود داشته باشد نسبت به آن رسیدگی شود. عدم پیش‌بینی اعتراض ثالث در قانون آیین دادرسی کیفری مانع از این نمی‌شود که از قوانین دیگر استفاده نماییم. موضوع مورد رسیدگی اگرچه در مورد جرم است، ولی مال موضوع جرم یک امر مدنی است که با ضمانت اجرای کیفری پاسخ داده شده است. افزون بر اینکه ذیل ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص ضرر و زیان ناشی از جرم رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی را پیش‌بینی نموده است، لذا مواد قانون آیین دادرسی مدنی در اینجا قابل استفاده است.

1. <http://j.ijir.ir/subsystems/jpri2/showjudgement.aspx?id=vxRpoun6ustjRnm9>

2. <http://j.ijir.ir/subsystems/jpri2/showjudgement.aspx?id=bxevcvRmujAvsOk9>

نتیجه

تأثیر دعوای کیفری در حقوقی، فقط در مرحله رسیدگی نمی‌باشد، بلکه بعد از صدور رأی نیز این تأثیرپذیری ادامه دارد. ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۲۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی برتری رأی کیفری بر حقوقی را با شرط مؤثر بودن بیان نموده است، بدون اینکه جزئیات این امر را بیان نماید. در حقوق فرانسه، با ذکر دو شرط مسلم و ضروری بودن تصمیمات کیفری، این قاعده بهتر تشریح شده است که در حقوق ایران نیز می‌توان از آن پیروی نمود. شرط تأثیر عبارتست که می‌تواند محدوده تصمیم دادگاه کیفری را مشخص نماید. البته این عبارت برای بیان مقصود کافی نبوده، لذا باید عبارت مسلم و ضروری بودن را تشریح نمود. عبارت مسلم بودن در مقابل احتمالات به کار می‌رود؛ اگر قاضی کیفری اعلام کند، به نظر می‌رسد تخریب ناشی از قوه قهریه باشد، این اظهار نظر برای مرجع حقوقی لازم‌الاتباع نمی‌باشد. همچنین عبارات مبهم و توأم با شک و تردید نیز همین خاصیت را دارد. البته اگر قاضی کیفری به واسطه شکی که در اثبات موضوعی حادث گردیده و به واسطه آن اصل برائت را جاری نماید، این برائت تأیید مسلمی است که اصولاً مرجع حقوقی را پایبند می‌کند. همچنین غیر از مسلم بودن باید ضروری نیز باشد؛ «یک تأیید لازم (ضروری) تأییدی است که دادگاه کیفری برای توجیه تصمیم محکومیت یا برائت خود مکلف به انجام آن می‌باشد. مثلاً تأیید مربوط به وجود یا عدم عمل مادی تشکیل‌دهنده جرم یک تأیید لازم است. این تأیید قضیه‌ای است که به طور لازم قضاوت شده است، چون متکای تصمیم کیفری است. با لحاظ دو شرط مذکور مرجع حقوقی تابع می‌باشد.

استثنایی که در این خصوص وجود دارد، اولاً در خصوص خریدار مالی می‌باشد که ناقل به قصد فرار از دین معامله کرده است. اگر خریدار علم به موضوع فرار از دین نداشته باشد، رأی کیفری محکومیت ناقل در خصوص مال موضوع جرم تأثیری بر منتقل‌الیه ندارد. با بررسی قاعده غیرقابل استناد بودن نسبت به شخص ثالث، به این نتیجه رسیدیم که معامله به قصد فرار از دین نمونه‌ای از قاعده بوده و هر کجا که هدفی ایجاب نماید که از شخص ثالث حمایت شود می‌توان از این قاعده استفاده نمود. ضمانت‌اجراه‌های بطلان، فسخ، انفساخ و صحت که در سیستم حقوقی ما شناخته شده می‌باشند، به اندازه این قاعده کارایی ندارند؛ چراکه این قاعده، با حفظ حقوق ثالث، اثر نسبی معامله پایه را نیز حفظ می‌نماید. ثانیاً شخص ثالث متضرر از جرم می‌باشد. چنانچه مرجع کیفری مثلاً در جرم کلاهبرداری حکم به رد مالی بدهد که تعلق به شخص ثالث داشته باشد، ثالث می‌تواند در مرجع کیفری جهت اثبات ادعای خود طرح دعوا نموده و ورود آن مرجع با لحاظ مبانی موجود (شرط مسلم و ضروری) منعی ندارد، چون به اساس رأی کیفری خدشه‌ای وارد نشده است.

فرض این است که دادگاه حقوقی مکلف به تبعیت از رأی کیفری است، حتی اگر اشتباه باشد ولی نمی‌توان منکر شد که تصمیم دادگاه حقوقی (به تبعیت از رأی غلط کیفری) منصفانه نمی‌باشد. پیشنهاد می‌گردد، این اختیار برای مرجع حقوقی باشد تا در موارد اشتباه بتواند خود تصمیم بگیرد. این موضوع می‌تواند در قالب تبصره‌ای به ماده ۱۸ اضافه شود. حذف ماده ۱۸ چنانچه در حقوق انگلستان وجود دارد نیز راهگشا نیست؛ چراکه در غیر موارد اشتباه، ورود مجدد مرجع حقوقی به مواردی که توسط مرجع کیفری احراز شده است معقول نیست. قواعد (از جمله ماده ۱۸) بر اساس اصولی توسط مقنن پیش‌بینی شده است که حذف آن نظام حقوقی را به هم می‌ریزد. بنابراین با حفظ آن می‌توان نقص آن را در قالب تبصره برطرف نمود.

منابع

فارسی

- آخوندی، محمود (۱۳۹۴)، شناسای آیین دادرسی کیفری، دفتر اول، چاپ هفدهم بهار، نشر دوران‌دیشان.
- آشوری، محمد (۱۳۹۵)، آیین دادرسی کیفری، چاپ نوزدهم، تهران: انتشارات سمت.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۲)، تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸)، «موارد و آثار حکم قطعی غیر قابل اجرا»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۵.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۷)، اجرای احکام مدنی، قواعد عمومی، جلد نخست، چاپ نخست، تهران: انتشارات دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: انتشارات دراک.
- علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، موازین قضایی هیئت عمومی دیوان عالی کشور، جلد اول، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع، چاپ ۱۳، تهران: شرکت انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، چاپ نهم، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، خانواده، جلد اول، چاپ چهارم، تهران: شرکت انتشار.
- متین‌دفتری، احمد (۱۳۹۱)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: انتشارات مجد.
- مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) پژوهشگاه قوه قضائیه، بهمن ۹۱، پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور، چاپ اول ۱۳۹۳.
- میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۴)، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، چاپ سی ام، تهران: نشر میزان.
- نوربها، رضا (۱۳۹۶)، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

غیرفارسی

- Outy, cedric (2003), chose jugée, rep. pr. civ. Dalloz. - Verny ; édouqrd (2018) procédure pénale ; professeur à luniversite panthéon -assqs ; parisII, 6^e édition, Dalloz.
- Mazeaud et Tunc, H. et L (1958), Traite Theorique et pratique de la responsalite civil, delictuelle et contractuelle, T.2, 5 edition
- Procédure pénale ; 26^eédition ; Dalloz. - Gaston stefani, Georges levasseur, Bernard bouloc 2018-Répertoire de droit pénal et procédure pénal (2000), chose jugée, tomeII dalloz, 2^e édition, paris.

کنوانسیون آپوستیل و تأثیر الحاق به آن بر نظام حقوقی ایران

سیدسعید هاشمی*

چکیده

به ابتکار کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه، معاهده لغو ضرورت تصدیق اسناد رسمی اسناد دولتی بیگانه در سال ۱۹۶۱ شکل گرفت و جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۹۱ «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون لغو ضرورت تصدیق رسمی اسناد دولتی بیگانه مصوب ۱۹۶۱ میلادی برابر با ۱۳۴۰ هجری شمسی» را تصویب کرد. با وجود این هنوز سند الحاق به این کنوانسیون از سوی «وزارت امور خارجه کشور» نزد امین معاهده تودیع نشده است، لذا با گذشت چندین سال، ایران عضو این کنوانسیون به حساب نمی آید. هدف اصلی این کنوانسیون تسهیل در تصدیق اسناد و همچنین تسهیل در استفاده از اسناد داخلی در سایر کشورهای عضو کنوانسیون است. با الحاق به این کنوانسیون، نمایندگی های کنسولی، که واسطه تصدیق اسناد هستند، حذف می شوند. این پژوهش با استفاده از روش توصیفی تحلیلی به بررسی بخش های مختلف این کنوانسیون پرداخته و در هر قسمت دیدگاه حقوق ایران را بر اساس آیین نامه اجرایی قانون الحاق به کنوانسیون آپوستیل تحلیل کرده است و راه حل مناسب در این خصوص را تبیین می نماید. در بخش پایانی پژوهش، آثار مترتب بر الحاق به این کنوانسیون تبیین شده است. با تصویب قانون مذکور، برخی قوانین داخلی ایران در روابط متقابل با کشورهای عضو این معاهده، به طور ضمنی، نسخ شده است که از جمله آن می توان به بند چهارم ماده ۱۲۹۵ و ماده ۱۲۹۶ قانون مدنی و همچنین بند الف ماده ۲ قانون راجع به ترجمه اظهارات و اسناد در محاکم و دفاتر رسمی اشاره کرد. همچنین الحاق به این کنوانسیون موجب تسهیل جذب سرمایه گذاری خارجی شده و خروج ارز برای تصدیق اسناد را کاهش می دهد. لذا الحاق ایران به این کنوانسیون، با توجه به مزایایی که در آن تعریف شده است،

اقدامی مثبت در راستای منافع ملی بوده و اقدام به انجام سایر مراحل اجرایی جهت عضویت در این معاهده توصیه می‌گردد.

واژگان کلیدی: کنفرانس لاهه، معاهده ۱۹۶۱ لاهه، اسناد رسمی، اسناد عمومی، اسناد دولتی

مقدمه

در سده نوزدهم میلادی مراودات و ارتباطات جوامع بشری بسیار گسترش یافته و در نتیجه حقوق بین‌الملل که نتیجه آن معاهدات است توسعه یافت. همین امر سبب گردید حقوق مخاصمات تحت تأثیر حقوق صلح قرار گیرد. از دهه ۱۸۶۰ تعداد معاهدات بین‌المللی که بیشتر در قالب قراردادهای صنعتی و تجاری بود، رشد بسیاری یافت (کلی، ۱۳۸۸: ۵۰۳-۵۰۲). کنفرانس‌های تشکیل‌شده در اواخر قرن نوزدهم «کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه»^۱ است. کنفرانس مذکور در سال ۱۸۹۳ در لاهه تأسیس گردیده^۲ و در سال ۱۹۵۱ به یک نهاد دائمی فراملی تبدیل شد. در حال حاضر این کنفرانس یک نهاد جهانی است که به موضوعات حقوق مدنی و تجاری می‌پردازد (Permenent Bureau of Hcch, 2010: 32; Bernasconi, 2007: 350). این کنفرانس سعی دارد، با توجه به اختلافات سیستم‌های حقوقی کشورها، راه را جهت همکاری و مشارکت تجار و شرکت‌ها در عرصه بین‌المللی هموار سازد (Bernasconi, 2007: 350).

در سال ۱۹۶۰، پیش‌نویس «معاهده لغو ضرورت تصدیق رسمی اسناد دولتی بیگانه»^۳ نگاشته شده (Amram, 1974: 310) و در پنجم اکتبر سال ۱۹۶۱ در کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه به تصویب رسید. کنوانسیون یا معاهده آپوستیل^۴ از دیگر نام‌های این کنوانسیون است. کنوانسیون لغو ضرورت تصدیق رسمی اسناد دولتی بیگانه ظرفیت استفاده حقوقی از اسناد داخلی کشورهای عضو کنوانسیون در سایر کشورهای عضو را فراهم نموده و موجب تسهیل در استفاده از این اسناد می‌گردد (Hartoyo & Fauziah, 2019: 38-39)؛ لذا با استفاده از ظرفیت این کنوانسیون دیگر لازم نیست که

1. Hague Conference on Private International Law

۲. سیزده کشور مؤسس این کنفرانس بوده‌اند که عبارت‌اند از اتریش، هلند، بلژیک، رومانی، روسیه، فرانسه، مجارستان، پرتغال، دانمارک، ایتالیا، لوکزامبورگ، اسپانیا و سوئیس (Bernasconi, 2007: 350; Graveson, 1961: 18). این امر نشان از آن دارد که این کنفرانس کاملاً اروپایی بوده است و در حال حاضر نیز بسیاری از کشورهای آسیایی به معاهدات آن ملحق نشده‌اند.

3. The Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalization for Foreign Public Documents

4. Apostille

فرد سند خود را در نمایندگی کنسولی کشور مقصد سند تصدیق نماید و به صرف تأیید در مرجع داخلی خود، سند در دیگر کشورهای عضو معاهده قابل استفاده است (Leich, 1982: 182).

در حال حاضر بیشتر کشورهای در حال توسعه عضو این کنوانسیون نیستند و علت اصلی عدم الحاق این کشورها عدم آگاهی و اطلاع نسبت به این معاهده است (Arazmuradov, 2015: 5). آمریکا نیز در ابتدا به این کنوانسیون ملحق نشد، اما بعداً با توجه به توصیه‌هایی که از سوی حقوق‌دانان این کشور صورت گرفت به این کنوانسیون ملحق شده است (Nadelmann, 1977).

از جمله پرکاربردترین اسناد نیازمند به تصدیق جهت ارائه در سایر کشورها مدارک تحصیلی است که تصدیق همین مدارک تحصیلی سرمنشأ تصویب قانون الحاق به این کنوانسیون در سال ۱۳۹۱ توسط مجلس شورای اسلامی است؛ چراکه برخی کشورها مدارک تحصیلی تصدیق‌شده ایران را به بهانه عدم تصدیق محتوا و ترجمه آن نمی‌پذیرفتند. لذا با توجه به اهمیت و اهداف این کنوانسیون ضروری است ابتدا این کنوانسیون به‌طور دقیق بررسی شده و همچنین دیدگاه ایران در خصوص هریک مورد بررسی قرار گرفته و در نهایت آثار این معاهده تبیین گردد.

پرسش اصلی این تحقیق در خصوص تأثیر الحاق به این معاهده و تصویب قانون و آیین‌نامه آن بر نظام حقوقی ایران است: آیا الحاق به این معاهده بر سایر قوانین موضوعه تأثیری دارد؟ آیا به‌طور ضمنی برخی مواد از قوانین را نسخ می‌کند؟ در این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و الکترونیک، بخش‌های مختلف این کنوانسیون توصیف شده و سپس دیدگاه ایران با توجه به آیین‌نامه اجرایی آن تبیین می‌گردد و نقاط قوت و ضعف آن تحلیل می‌شود و سعی بر آن است که در پایان پیشنهاداتی در خصوص اصلاح آیین‌نامه اجرایی آن ارائه گردد.

۱. سیر الحاق به کنوانسیون در ایران

در اوایل دهه نود شمسی، پس از مکاتبات نمایندگی‌های خارجی مقیم تهران با وزارت امور خارجه و همچنین مکاتبات برخی از سفارت‌خانه‌های ایرانی با وزارت امور خارجه، که نشان‌دهنده دیدگاه وزارت امور خارجه کشورهای محل استقرار آن‌ها بود، نظام جمهوری اسلامی ایران تحت تأثیر این نظرات قرار گرفت. ایرادات وارده بر اسناد ایرانی حاکی از آن بود که اسناد تأییدشده توسط محاکم و مجاری قانونی در ایران، مانند وزارت امور خارجه و قوه قضائیه، نزد دفترهای حقوقی کشورهای دیگر و همچنین نمایندگی‌های دیپلماتیک آن‌ها در ایران قابل قبول نبوده است؛ چراکه با مهورکردن اسناد تصدیق‌شده توسط اداره سجلات و احوال شخصیه وزارت امور خارجه و اداره امور مترجمان رسمی قوه قضائیه صرفاً مهر و امضای مترجم و اداره امور مترجمان رسمی قوه قضائیه تأیید می‌شده است. این موضوع بدین معنی است که در خصوص صحت ترجمه و محتوای سند هیچ گونه

اظهار نظر و تأییدی وجود نداشته است؛ به همین علت بسیاری از نمایندگان حقوقی در سایر کشورها اسناد ایرانی را نمی پذیرفتند (شهبازی و قربان پور، ۱۳۹۲: ۲۶۴).

در نهایت معاهده مذکور تحت عنوان «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون لغو ضرورت تصدیق رسمی اسناد دولتی بیگانه» مصوب ۱۹۶۱ در سال ۱۳۹۱ با توجه به ضرورتی که اصل‌های ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی تعیین کرده است (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۲: ۵۷) به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. در سال ۱۳۹۴ نیز یک تبصره به متن قانون اضافه شد و متن تبصره ۲ آن تغییر کرد. هیأت وزیران نیز در جلسه مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۷ به پیشنهاد وزارت امور خارجه (با همکاری سایر دستگاه‌های ذی ربط) و به استناد تبصره (۳) ماده واحد قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون لغو ضرورت تصدیق رسمی اسناد دولتی بیگانه، مصوب ۱۳۹۱، با اصلاحات بعدی، آیین‌نامه اجرایی قانون یادشده را به تصویب رساند.

لذا مطابق این قانون، رویه قانون مدنی نسبت به اسناد مشمول این کنوانسیون اجرا نمی گردد؛ یعنی دیگر لازم نیست ابتدا مهر، امضا و تمبر مرجع صادرکننده سند توسط نمایندگی سیاسی ایران در آن کشور تأیید شده، سپس مهر و امضای نمایندگی ایران توسط وزارت خارجه ایران تأیید گردد تا سند قابلیت استناد در ایران را دارا باشد. اما در حال حاضر مطابق این معاهده، صرف تصدیق از سوی مرجع صالح و الحاق سند تأییدشده کفایت می کند. البته در خصوص لفظ «تأییدیه» این نکته حائز اهمیت است که بر خلاف ماده چهارم معاهده که بیان داشته است که لفظ تأییدیه بایستی به زبان فرانسوی یعنی Apostille باشد^۲ به فارسی ترجمه شده و این اشکال در نمونه تأییدیه انتهای قانون نیز وجود دارد. بدین معنا که بهتر بود لفظ آپوستیل به طور مستقیم در نمونه سند انتهای معاهده و همچنین ترجمه معاهده استفاده گردد؛ چراکه این لفظ دیگر به معنای اسم خاص خود استفاده می گردد و از معنای عمومی خود فاصله گرفته است.^۳ تاکنون ۱۱۸ کشور به این کنوانسیون ملحق شده‌اند. اما سایت رسمی این نهاد، نام جمهوری اسلامی ایران را به عنوان کشور عضو این کنوانسیون درج نکرده است، که خود از نکات

۱. آیین‌نامه اجرایی نحوه تعیین مرجع یا مراجع صدور تأییدیه (Apostilles) و دیگر مقررات اجرایی مربوط در چهارچوب این کنوانسیون بنا به پیشنهاد وزارت امور خارجه و با همکاری سایر دستگاه‌های ذی ربط ظرف سه ماه پس از تصویب الحاق، تهیه و به تصویب هیئت وزیران می‌رسد.

2. The title "Apostille (Convention de La Haye du 5 October 1961)" shall be in the French language.

۳. در تعریف آپوستیل آمده است که : « تأییدیه‌ای استاندارد است که مطابق با معاهده لاهه برای تأیید اسناد در کشورهای خارجی استفاده می‌گردد (Garner, 2004: 105)؛ سند نوشته شده ضمیمه شده (Webster, 1994: 71)»

قابل تأمل است (HCCH, 2020)؛ به نظر می‌رسد با وجود تصویب این کنوانسیون، هنوز پس از گذشت قریب به هفت سال، سند تصویب نزد امین معاهده تودیع نشده است.^۱

۲. اهداف کنوانسیون

تمایل دولت‌ها به مختصرکردن فرایند تأیید از طریق لغو ضرورت تصدیق اسناد عمومی بیگانه توسط نمایندگی‌های دیپلماتیک و کنسولی زمینه شکل‌گیری و فراهم‌ساختن کنوانسیون ۱۹۶۱ را ایجاد کرد (Amram, 1974: 310; Permanent Bureau of the HCCH, 2013: 11). با توجه به مواد کنوانسیون و همچنین گزارش‌های منتشرشده از دفتر دائم کنفرانس بین‌المللی لاهه، به نظر می‌رسد این کنوانسیون در پی دستیابی به اهداف زیر بوده است.

۲-۱. حذف مرحله تصدیق از سوی دولت مقصد سند

پیش از تصویب این کنوانسیون، تصدیق اسناد به این صورت بوده است که ابتدا امضا، مهر و تمبر مقامات صادرکننده سند توسط مقامات صالح کشور مبدأ تصدیق می‌شود که این مقام صالح در کشورهای مختلف حسب مورد دادگاه یا وزارت امور خارجه آن کشور است. سپس امضا، مهر و تمبر مقامات صالح توسط مأموران سفارتخانه یا کنسولگری کشور مقصد تأیید می‌شود و در نهایت باید امضا، مهر و تمبر مأموران سفارتخانه توسط وزارت امور خارجه کشور مقصد تصدیق شود. همان‌طور که روشن است روند طی این مراحل طولانی بوده و همچنین باعث می‌شود افراد هزینه‌های زیادی را متحمل گردند (Permanent Bureau of the HCCH, 2013: 4).

این کنوانسیون در پی آن است که کشورها، به‌جای طی کردن مراحل سه‌گانه فوق، تنها به تصدیق امضا، مهر و تمبر مقامات صالح کشور مبدأ اکتفا کنند و از طولانی شدن مراحل تصدیق اسناد جلوگیری کنند؛ مطابق ماده ۲ این کنوانسیون دیگر لازم نیست مأموران سفارتخانه کشور مقصد صحت امضا، سمت شخص امضاکننده سند و در صورت اقتضا، هویت مهر یا تمبر روی امضاء اسناد را تصدیق نمایند. تنها تشریفات اداری که این کنوانسیون لازم می‌داند الحاق برگه آپوستیل^۲ بر روی سند توسط مقام صالح کشور مبدأ است.

۱. تودیع اسناد از جمله مراحل انعقاد معاهدات چند جانبه است و ضرورتاً باید سند تصویب به نگهدارنده و یا امین معاهده که طبق خود معاهده تعیین می‌گردد تسلیم شود (فلسفی، ۱۳۹۳: ۲۹۵؛ وفایی، علیپور، ۱۳۹۵: ۶۷-۶۶).

۲. مطابق ماده ۳ این کنوانسیون: تنها تشریفات اداری که ممکن است به منظور تصدیق صحت امضا، سمت شخص امضاکننده سند و در صورت اقتضا، هویت مهر یا تمبر آن لازم باشد، الحاق گواهی مذکور در ماده (۴) است که در کشور محل تنظیم سند و توسط مقامات صلاحیت‌دار آن کشور صادر شده باشد.

در مقام تأکید بر هدف فوق، ماده ۹ این کنوانسیون کشورهای عضو را مکلف کرده است که اقدامات لازم جهت ممانعت از تصدیق رسمی اسناد مشمول این کنوانسیون توسط نمایندگی‌های دیپلماتیک یا کنسولی خود را اتخاذ نمایند. البته به نظر می‌رسد هدف از تدوین این ماده جلوگیری از رویه و عادت بانک‌ها و مؤسسات مالی در خصوص تصدیق اسناد است؛ چراکه ممکن است این مؤسسات از باب احتیاط در خصوص اسنادی که به‌طور غیرمستقیم به فعالیت‌های تجاری و غیرتجاری مربوط می‌شود، ارائه‌دهنده سند را ملزم به ارائه تصدیق کنسولگری نمایند (زرگری، ۱۳۹۹: ۱۳۱).

۲-۲. تسهیل گردش اسناد و بین‌المللی‌سازی اسناد داخلی

از اهداف اصلی این کنوانسیون تسهیل در گردش اسناد است. با حذف نیاز مراجعه به نمایندگی‌های دیپلماتیک و کنسولی خارجی و حذف تشریفات طولانی تأیید سند و صرفاً با صدور یک «تأییدیه»^۱، افراد به راحتی می‌توانند از اسناد خود در سایر کشورهای عضو استفاده نمایند (Haight, 1975:765؛ شهبازی و قربان‌پور، ۱۳۹۲: ۲۶۴-۲۶۳). این کنوانسیون به دنبال این هدف است که اسناد داخلی کشورها به نوعی اعتبار بین‌المللی پیدا کنند و گامی در راستای یکسان‌سازی حقوق خصوصی بردارد و افراد بتوانند به راحتی از اسناد داخلی خود در سایر کشورها استفاده نمایند. البته به نظر می‌رسد از اهداف و آرمان‌های اصلی این کنوانسیون تصدیق «تک مرحله‌ای»^۲ اسناد است؛ بدین معنا که اسناد در کشور مبدأ سند صرفاً توسط مرجع صالح تصدیق شود و این همان چیزی است که تدوین‌کنندگان هنگام تدوین کنوانسیون آپوستیل در ذهن داشتند. در حال حاضر از آنجایی که مرجع صالح صدور آپوستیل در کشورهای مختلف از توانایی لازم جهت احراز اصالت اسناد برخوردار نیست، ممکن است پیش از صدور آپوستیل تصدیق اسناد را از سوی دیگر مقامات داخلی بخواهد که به «رویه چند مرحله‌ای»^۳ معروف است.^۴ هرچند این رویه چندمرحله‌ای مغایر با کنوانسیون نیست، اما بهتر است برای جلوگیری از این مشکل به جای انتخاب یک مرجع، به عنوان مرجع صالح صدور آپوستیل، از چندین مرجع برای تصدیق اسناد استفاده نمایند؛ علت نیز چنین

1. Apostille

2. the ideal of the "one-step process"

3. multi-step process

۴. آلمان و فرانسه سیستم تصدیق تک‌مرحله‌ای را برگزیده‌اند و اسناد صرفاً به مرجع صالح ارائه می‌گردد و هیچ نهاد دیگری پیش از صدور آپوستیل لازم نیست این اسناد را تصدیق نماید (Adams, 2012: 528 & 529)، برخلاف آرژانتین و مکزیک که تصدیق چندمرحله‌ای را برگزیده‌اند. در این قسم کشورها لازم است پیش از صدور آپوستیل مراجع محلی مهر، امضا و تمبر مرجع صادرکننده سند را تصدیق نمایند (Adams, 2012: 529 & 530).

ذکر شده است که با تعدد این مراجع تراکم کاری آن‌ها کمتر شده و به امور مرتبط با مقامات صادرکننده سند آگاه بوده و دیگر نیازی به تصدیق اولیه وجود ندارد (زرگری، ۱۳۹۹: ۱۳۹ و ۱۴۰؛ Permanent Bureau of the HCCH, 2013: 5 & 6).

به نظر می‌رسد ایران رویه چندمرحله‌ای را در خصوص تصدیق اسناد انتخاب کرده است. ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی کنوانسیون متصدیان اعلام اصالت سند در دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط را موظف کرده است تا ظرف مدت یک روز کاری، ضمن احراز اصالت اسناد از طریق امضا و مهر اسناد، مراتب را تأیید و مشخصات آن‌ها را ثبت و ضبط نمایند.

البته برخی با توجه به تبصره ۱ ماده ۸ آیین‌نامه استدلال می‌کنند، از آنجایی که تصدیق آپوستیل نیاز به تصدیق جداگانه‌ای ندارد و استعمال و هر نوع تصدیق مهر و امضا و هویت به صورت الکترونیک و برخط انجام می‌شود، لذا رویه صدور آپوستیل در ایران تک‌مرحله‌ای است (زرگری، ۱۳۹۹: ۱۳۹ و ۱۴۰). اما پر واضح است که صرف انجام تصدیق به صورت الکترونیک و کوتاه بودن این روند دلیلی بر تک‌مرحله‌ای بودن نیست، بلکه صرف تصدیق اصالت سند توسط دستگاه‌های ذی‌ربط خود نشان از تک‌مرحله‌ای بودن این روند است. هنگامی این روند تک‌مرحله‌ای است که سند تنها توسط مرجع صالح موضوع ماده ۶ تصدیق شده و سند آپوستیل صادر گردد.

۳. مفاد کنوانسیون

ضروری است مفاد موجود در کنوانسیون مورد بررسی قرار گیرد؛ لذا ابتدا، موارد مشمول این کنوانسیون مورد بررسی قرار گرفته و سپس مستثنیات آن تبیین می‌گردد. در این بخش، ماهیت اسناد، استثنائات کنوانسیون، ماهیت ترجمه اسناد، مرجع صالح و طرح آزمایشی آپوستیل الکترونیک مورد بررسی قرار می‌گیرد. همچنین هریک از این موارد با نظام حقوقی ایران مقایسه شده و راهکارهای پیشنهادی آیین‌نامه اجرایی وزارت امور خارجه ایران مورد ارزیابی و نقد قرار می‌گیرد.

۳-۱. سند رسمی یا سند دولتی (عمومی)

در ادبیات حقوقی ایران، واژه «اسناد عمومی» و همچنین خود واژه «سند دولتی» واژگانی غریب به حساب می‌آیند و چندان در ادبیات حقوقی مورد استفاده قرار نمی‌گیرد. در متن ماده یک^۱ کنوانسیون

۱. ماده ۱ این کنوانسیون در مورد اسناد دولتی که در سرزمین یک دولت متعاهد سندیت یافته و قرار است در دولت متعاهد دیگری ارائه شود قابل اجرا خواهد بود. از نظر این کنوانسیون، اسناد زیر دولتی تلقی می‌شود:
الف) اسناد صادره از سوی یک مرجع یا مقام رسمی مرتبط با دادگاه‌ها یا محاکم کشور، از جمله اسناد صادره از سوی دادستان کل، منشی دادگاه یا مأمور ابلاغ؛

واژه «اسناد عمومی»^۱ آمده است، در حالی که در سال ۱۳۹۱، یعنی سال تصویب الحاق به این کنوانسیون، سند عمومی به سند دولتی ترجمه شد. بر همین اساس در سال ۱۳۹۴ قانون‌گذار در تبصره‌ای الحاقی به تفسیر سند عمومی (سند دولتی) پرداخت و چنین توضیح داد که در اینجا منظور از چنین اسنادی سند رسمی است. مطابق تبصره ۲ ماده واحد الحاقی سال ۱۳۹۴، «از نظر دولت جمهوری اسلامی ایران منظور از عبارت «سند دولتی» (*Public document*) در این کنوانسیون، سند رسمی است». این تبصره جهت روشن‌تر گردیدن بیش‌ازپیش نوع این اسناد و همچنین مشخص‌نمودن معنای سند دولتی و سند عمومی در ادبیات حقوق ما بود.

به نظر می‌رسد تفکیک میان سند رسمی، سند عمومی و سند دولتی که در متن معاهده استفاده شده است از اهمیت بسیار فراوانی برخوردار است. ابتدا، تعریف بیان‌شده از سند عمومی در «طرح کلی معاهده» بیان شده، سپس تعاریف دیگر در این خصوص بیان می‌شود تا وجه افتراق این دو عبارت مشخص شود. اهمیت این موضوع زمانی خود را نشان می‌دهد که این دو واژه به عنوان مثال با هم رابطه عموم خصوص مطلق یا عموم خصوص من وجه داشته باشند؛ لذا بدون توجه به ماهیت اسناد عمومی ممکن است برخی اسناد مشمول کنوانسیون قرار گیرد که مقصود قانون‌گذار ایرانی نباشد.

در سند ضمیمه کنوانسیون در خصوص «سند عمومی» چنین بیان شده است (HCCH, 2020: 1): «این کنوانسیون تنها در مورد اسناد عمومی اعمال می‌شود. همان گونه که کنوانسیون «اسناد

(ب) اسناد اداری؛

(پ) اسناد محضری؛

ت) گواهینامه‌های رسمی که به اسنادی که اشخاص به اعتبار سمت شخصی خود به امضا رسانده‌اند پیوست شده است، نظیر گواهینامه‌های رسمی که به ثبت و ضبط سند یا واقعه‌ای پرداخته‌اند که در تاریخ معینی وجود داشته است، همچنین تصدیق امضاها را رسمی و محضری. در هر حال این کنوانسیون در موارد زیر اعمال نمی‌شود:

الف) اسنادی که مأموران دیپلماتیک یا کنسولی به آن‌ها سندیت می‌بخشند؛

ب) اسناد اداری که به‌طور مستقیم به عملیات تجاری یا گمرکی مربوط می‌شود.

1. Public Document

2. The Convention applies only to public documents. As the Convention does not define “public document”, the “public” nature of a document is left to be determined by the law of the place where the document originates (i.e. the State of origin). Nonetheless, Article 1 provides some guidance as to types of documents that can be considered “public”. These examples include documents emanating from an authority or official connected with a court or tribunal of the Contracting Party (including documents issued by an administrative, constitutional or ecclesiastical court or tribunal, a public prosecutor, a clerk or a process-server); administrative documents; notarial acts; and official certificates which are placed on documents signed by persons in their private capacity, such as official certificates recording

۲

عمومی» را تعریف نمی‌کند، ماهیت «عمومی» سند توسط قانون مکانی که سند از آن نشأت می‌گیرد (یعنی دولت مبدأ) تعیین خواهد شد. با وجود این، ماده ۱ برخی راهنمایی‌ها را به عنوان انواع اسنادی که می‌تواند «عمومی» در نظر گرفته شود ارائه می‌دهد. این مثال‌ها شامل مدارکی هستند که از یک مرجع صلاحیت‌دار یا دادگاهی که طرفین معاهده بدان مراجعه کرده‌اند صادر می‌شود (از جمله اسناد صادر شده توسط یک دادگاه اداری (دیوان عدالت اداری)، دادگاه قانون اساسی (معادل شورای نگهبان در حقوق ایران) یا هر دادگاه دیگری)؛ همچنین اسناد لازم‌الاجرا، «اسناد دفاتر اسناد رسمی»^۱ و گواهی‌نامه‌های رسمی که توسط افراد ذی‌صلاح به امضا رسیده است (گواهی‌نامه‌های رسمی که به ثبت و ضبط سند یا واقعه‌ای پرداخته‌اند که در تاریخ معینی وجود داشته است و همچنین احراز و تصدیق هویت و امضا توسط دفاتر اسناد رسمی) مشمول این کنوانسیون است. از جمله مصادیق این اسناد که در متن معاهده مورد اشاره قرار گرفته است می‌توان موارد زیر را نام برد:

گواهی ولادت، ازدواج و فوت، اسناد ثبت تجاری شرکت‌ها، ثبت اختراعات، آراء دادگاه‌ها، اسناد صادره از دفاتر اسناد رسمی، تصدیق امضا و مدارک دانشگاهی صادره از مراکز عمومی. همچنین معاهده آپوستیل شامل سواد مصدق اسناد عمومی (اسناد رسمی) نیز می‌شود. معاهده مؤکداً شامل اسناد صادره از سوی مأموران دیپلماتیک یا کنسولی و همچنین اسناد اداری مرتبط با عملیات تجاری یا گمرکی نیست. استثنائات مذکور در بند سوم ماده ۱ کنوانسیون باید به طور مضیق تفسیر گردد.

طبق تصریح متن فوق، کنوانسیون سند عمومی را تعریف نمی‌کند و تعریف این اسناد را به کشور مبدأ سند واگذار کرده است (HCCH, n.d.: 1). هر چند در نگاه اول شاید چنین برداشت گردد با وجود اناطه تعریف سند عمومی به کشور مبدأ دیگر اختلافی به وجود نخواهد آمد، اما با دقت نظر

the registration of a document or the fact that it was in existence on a certain date and official and notarial authentications of signatures. The main examples of public documents for which Apostilles are issued in practice include birth, marriage and death certificates; extracts from commercial registers and other registers and other registers; patents; court rulings; notarial acts and attestations of signatures; academic diplomas issued by public institutions. Apostilles may also be issued for certified copies of a public document. Although the Convention does not strictly apply to documents executed by diplomatic or consular agents or to administrative documents dealing directly with commercial or customs operations, these Article 1(3) exclusions are to be interpreted extremely narrowly.

1. 'Notarial acts', n.d. : Action performed by a notary public in his or her official capacity, such as in authenticating a document by witnessing it and placing the notarial seal on it.

اقدامی که توسط سردفتر اسناد رسمی در طی صلاحیت خود انجام می‌شود، مانند تأیید و تصدیق صحت سند و ممهور نمودن.

متوجه می‌شویم که صرف قبول کردن هر نوع سندی ذیل این کنوانسیون از سوی کشور مقصد چندان ساده نیست و تشخیص این که هریک از کشورهای عضو چه تعریفی از سند عمومی ارائه داده‌اند وظیفه‌ای است که کنوانسیون به‌طور غیرمستقیم بر عهده کشور مقصد سند گمارده است.

تأکید کنوانسیون بر اسناد عمومی و نه اسناد دولتی، با توجه به مباحث میان هیئت‌های نمایندگی، اهمیت خود را بیشتر نشان می‌دهد؛ چراکه در مذاکرات اولیه میان هیئت‌های تهیه‌کننده پیش‌نویس کنوانسیون، در مورد به‌کاربردن عبارت سند عمومی^۱ و سند دولتی^۲، مطالب و مباحث گوناگونی مطرح شده است که در نهایت عبارت سند عمومی مورد تأیید و ترجیح همگان قرار می‌گیرد؛ البته برخی علت مرجح دانستن لفظ «عمومی» را چنین بیان کرده‌اند که تهیه‌کنندگان کنوانسیون معتقد بودند بایستی کنوانسیون مذکور بر همه اسناد، به‌جز اسنادی که توسط افراد در سمت شخصی خود امضا می‌شود، اعمال گردد (شهبازی و قربان‌پور، ۱۳۹۲: ۲۷۲). همچنین عبارت سند عمومی را خالی از ابهام دانسته و بیان می‌کردند که استفاده از لفظ سند عمومی به‌نوعی دایره این کنوانسیون را موسع می‌نماید (Loussouarn, 1961: 3-4). با این اوصاف به نظر می‌رسد هدف اصلی استفاده از واژه سند عمومی فراگیری و عمومیت آن بوده تا تمامی اسناد را بتوانند مشمول این کنوانسیون به حساب آورند، هرچند همان‌طور که بیان شد تعریف نوع سند به کشور مبدأ سند سپرده شده است.

در ترجمه، آنچه اهمیت تعریف واژه‌های اسناد رسمی و اسناد عمومی و اسناد دولتی را بیشتر نشان می‌دهد تبصره الحاقی مذکور است که بیان کرده است منظور از عبارت سند دولتی (عمومی) سند رسمی است که در متن ماده اول آمده است؛ در حالی که همان‌طور که بیان شد، پیش از الحاق تبصره مذکور در ترجمه متن معاهده، از واژه اسناد دولتی استفاده شده بود که علت نیز آن بوده است که لفظ اسناد عمومی شامل تمامی اسناد می‌شده است، در حالی که این ترجمه خلاف نص معاهده^۳

1. Public Document, actes publics

2. Official Documents, documents officiels

3. The present Convention shall apply to public documents which have been executed in the territory of one Contracting State and which have to be produced in the territory of another Contracting State. For the purposes of the present Convention, the following are deemed to be public documents:

a) documents emanating from an authority or an official connected with the courts or tribunals of the State, including those emanating from a public prosecutor, a clerk of a court or a process-server (huissier de justice)

b) administrative documents;

c) notarial acts;

و همچنین مذاکرات پیش از تصویب معاهده بوده و تنظیم‌کنندگان این معاهده خود تعمداً از لفظ اسناد دولتی استفاده نکردند.

از جمله نکات درخور تأمل که اختلاف میان اسناد عمومی با اسناد دولتی را نشان می‌دهد در خصوص مدارک دانشگاهی است؛ نظارت بر ابتکارات بین‌المللی که به تقویت کیفیت همکاری‌های آموزشی کمک می‌کند، در محیط بین‌المللی تحصیلات تکمیلی، امری اساسی و ضروری است (Altbach & Knight, 2007: 295). بین‌المللی‌شدن تحصیلات تکمیلی در مرکز موضوعات جهانی، توسعه اقتصادی و تحولات اجتماعی است و از جمله سرمنشأهای شکل‌گیری چنین کنوانسیونی نیز عمدتاً تصدیق مدارک دانشگاهی جهت تسهیل فرایند تحصیلات تکمیلی است (De Wit, 2011: 242). همچنین از سوی دیگر میزان دانشجویان ایرانی محصل در خارج از کشور، طی سال‌های ۱۹۹۹ تا ۲۰۱۳، نزدیک به پانصد هزار نفر بوده است (Arazmuradov, 2015, N: 5). لذا بررسی دقیق در خصوص مدارک تحصیلی لازم است.

با توجه به مصادیقی که معاهده برای اسناد عمومی ارائه کرده است تمامی مدرک‌های صادره از نهادهای عمومی ولو آنکه دولتی نباشند مشمول این معاهده خواهند شد.^۱ به‌عنوان نمونه مدارک (دانشنامه)^۲ صادره از دانشگاه‌های غیرانتفاعی و آزاد به تصریح مصادیق سند ضمیمه باید مشمول معاهده قرار گیرد، اما از سوی دیگر می‌دانیم که چنین اسنادی قطعاً دولتی نیستند و با وجود ترجمه اولیه از قانون باعث می‌شویم چنین مدارکی مشمول معاهده نباشد که این امر خلاف اهداف اصلی معاهده است.

d) official certificates which are placed on documents signed by persons in their private capacity, such as official certificate recording the registration of a document or the fact that it was in existence on a certain date and official and notarial authentications of signatures. However, the present Convention shall not apply;

a) to documents executed by diplomatic or consular agents;

b) to administrative documents dealing directly with commercial or customs operations.

۱. البته برخی بیان داشته‌اند که دانشنامه‌ها در یک تقسیم‌بندی سنتی به دو بخش دانشنامه‌های دولتی و دانشنامه‌های صادره از بخش‌های خصوصی می‌گردد و در ادامه بیان کرده‌اند که دانشنامه‌های صادره از سوی مؤسسات خصوصی مشمول صدور تأییدیه به‌طور مستقیم نمی‌گردد و در این خصوص کشورها، جهت بهره‌برداری دانشنامه‌های صادره از سوی مؤسسات خصوصی، از کنوانسیون ترفندهای مختلفی را به کار می‌گیرند (شهبازی و قربان‌پور، ۱۳۹۲: ۲۷۷)؛ البته این نظر چندان دقیق به نظر نمی‌رسد؛ چراکه اولاً برخلاف ظاهر لفظ سند عمومی «Public Document» مذکور در خود کنوانسیون بوده و ثانیاً تفسیری که در سند الحاقیه کنوانسیون بیان شده است مطلب دیگری را بیان کرده است؛ چه در سند الحاقیه، تمامی دانشنامه‌هایی را که از سوی مؤسسات عمومی صادر می‌گردد از جمله مصادیق این کنوانسیون به حساب آورده است.

2. Diploma

در حقوق ایران سند رسمی تفاوت‌هایی با سند دولتی دارد؛ ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی در تعریف سندی رسمی می‌گوید: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها و بر طبق مقررات قانون تنظیم شده باشند، رسمی است». لذا همان طور که بیان شده است، سند رسمی در نظام حقوقی ایران بایستی شامل سه رکن اصلی باشد که شامل ۱. دخالت مأمور رسمی، ۲. صلاحیت مأمور رسمی، ۳. رعایت مقررات قانونی (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۹۱). حال با توجه به این مسئله اسناد رسمی در حقوق ایران به چهار دسته تقسیم می‌گردند که عبارت‌اند از: اسناد اداری، اسناد قضایی، اسناد فراقضایی و وابسته (مانند اظهارنامه‌ها و ...) و اسناد تنظیم‌شده با صلاحیت ارادی که در دفترخانه‌ها صورت می‌پذیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۹۵).

در حقوق ثبت اسناد و املاک، تنها اسنادی را رسمی می‌دانند که در دفاتر اسناد رسمی ثبت شده باشد (دارابی، ۱۳۹۷: ۲۲۷) و رابطه سند رسمی از لحاظ قانون مدنی با سند رسمی از لحاظ قانون ثبت اسناد و املاک و سایر مقررات ثبتی عموم و خصوص مطلق است.

بنابراین لفظ سند دولتی که در ترجمه معاهده به کار رفته است چندان دقیق نیست و بسیاری از مصادیق را شامل نخواهد شد که اجلا مصداق آن دانشنامه‌های دانشگاه‌های غیردولتی است. توجه به همین مسئله قانون‌گذار را به درستی واداشته است تا تبصره الحاقی فوق را به معاهده اضافه نماید؛ چراکه به نظر می‌رسد لفظ سند رسمی به طور کامل با مصادیقی که در سند ضمیمه معاهده آمده است مطابقت دارد. در آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور به طور صریح به ماده ۱۲۸۷ اشاره شده است تا نشان دهند مبنای تعیین مصادیق اسناد رسمی است. همچنین در بند ب ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی^۱

۱. ماده ۲: «اسناد مشمول این آیین‌نامه شامل اسناد موضوع ماده (۱) کنوانسیون و اسناد رسمی موضوع ماده (۱۲۸۷) قانون مدنی، مصوب ۱۳۱۴، به شرح زیر است:

الف) اسناد صادرشده از سوی مرجع رسمی یا مقام منصوب مراجع قضایی یا غیرقضایی که به حکم قانون تشکیل شده‌اند؛

ب) اسناد اداری و گواهی‌های صادرشده از سوی مراجع عمومی مانند اسناد هویتی و گواهی‌های صادرشده از سوی سازمان ثبت احوال کشور، مدارک تحصیلی و آموزشی، مدارک شغلی، گواهینامه‌های صادرشده از سوی دستگاه‌های ذی‌ربط، اسناد مسافرتی، مدارک و گواهی‌های پزشکی، گواهی‌های پزشکی قانونی، گواهی‌های بانکی، پروانه‌های کسب و پیشه و فعالیت‌های شغلی؛

گواهی‌های معتبر صادرشده از سوی شرکت‌ها و بنگاه‌های ثبت‌شده تابعه یا وابسته به مؤسسات عمومی و گواهی‌های صادرشده از سوی شهرداری‌ها؛

تعمداً از لفظ مراجع عمومی به جای مراجع دولتی استفاده شده است که از جمله مصادیق آن به مدارک تحصیلی و آموزشی نام برده شده است؛ لذا در این آیین نامه نیز بر نوع اسناد تأکید شده است و تنها شامل اسناد رسمی می‌گردد.

تنها اشکالی که ممکن است در اینجا مطرح گردد این است که بیان گردد دانشنامه‌های صادره از سوی مؤسسات خصوصی از قبیل دانشگاه آزاد و همچنین دانشگاه‌های غیرانتفاعی سند رسمی محسوب نمی‌گردند؛ چراکه این قسم از مراجع صادرکننده دانشنامه مطابق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی نزد مأمورین رسمی تنظیم نشده است. اما در پاسخ باید بیان کرد که چنین مطلبی چندان دقیق نیست؛ چه منظور ماده از بیان این مطلب این نبوده است که این فرد لزوماً مستخدم دولتی باشد بلکه صرف مجوزداشتن از سوی نهاد دولتی کفایت می‌کند. اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز همین نظر را تأیید کرده و بیان کرده است که مأمور رسمی می‌تواند متفاوت از مأمور دولتی باشد.^۱

بنابراین مبنای غلط قانون‌گذار در سال ۹۱ که تنها شامل اسناد دولتی بوده با اصلاح سال ۱۳۹۴ و همچنین تصویب آیین‌نامه آن تصحیح گردید و تمامی اسناد رسمی و همچنین تمامی دانشنامه‌های صادره از سوی مؤسسات دولتی و خصوصی دارای مجوز مشمول این معاهده قرار می‌گیرند.

پ) اسناد و گواهی‌های تنظیم‌شده در دفاتر اسناد رسمی و دفاتر رسمی ازدواج و طلاق و همچنین مدارک و گواهی‌های صادرشده از سوی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مانند اسناد مالکیت و آگهی‌های رسمی؛
ت) گواهینامه‌های رسمی پیوست اسنادی که اشخاص به اعتبار سمت شخصی خود امضا کرده‌اند، نظیر گواهینامه‌های رسمی که به ثبت و ضبط سند یا واقعه‌ای پرداخته‌اند که در تاریخ معینی وجود داشته است و همچنین تصدیق امضا در دفاتر اسناد رسمی. نک: <http://qavanin.ir/Law/TreeText/264130>

۱. نظریه شماره ۷/۹۴/۲۹۷ مورخ ۱۳۹۴/۲/۵: «منظور از «مأمورین رسمی» مذکور در ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی کسانی هستند که از طرف مقام صلاحیت‌دار برای تنظیم سند رسمی معین شده باشند که ممکن است مستخدم دولت نباشند؛ مانند سردفتران اسناد رسمی. بنابراین، مأمورین رسمی مزبور لزوماً در ادارات دولتی مشغول به کار نمی‌باشند و یا در خدمت دولت انجام وظیفه نمی‌نمایند؛ لذا «مأمورین رسمی» می‌توانند متفاوت از «مسئول دولتی» نیز باشند؛ زیرا مسئول دولتی در ادارات دولتی انجام وظیفه می‌کند، ولو اینکه دارای رابطه استخدامی با ادارات مزبور نباشد [سردفتران و دفتریاران و یا اعضای هیئت‌مدیره کانون وکلا و یا اعضای هیئت‌مدیره کانون کارشناسان رسمی که قانون‌گذار به آن‌ها اجازه صدور پروانه وکالت یا کارشناسی را داده است] ممکن است «مأمور رسمی» شناخته شوند، لکن «مسئول دولتی» نمی‌باشند (مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۶: ۲۵۲).

۳-۲. استثنائات کنوانسیون

مطابق ذیل ماده^۱ کنوانسیون، دو دسته از اسناد از شمول این معاهده مستثنا شده‌اند. طبق این بند، اسناد صادره از سوی مأموران کنسولی و دیپلماتیک، همچنین اسناد اداری که به‌طور مستقیم به عملیات تجاری یا گمرکی مربوط می‌شود نیازی به اخذ سند آپوستیل ندارند؛ نویسندگان معاهده در تصمیم‌گیری اولیه تمایل داشتند تا اسناد صادراتی را جزء مشمول کنوانسیون به حساب آورند اما در نهایت از این تصمیم صرف‌نظر کردند (Leich, 1982: 183).

منظور از اسناد صادره از سوی مأموران کنسولی اسنادی است که از سوی سفارتخانه‌ها در خصوص وقایع مرتبط با زندگی اتباع خود از قبیل نکاح، طلاق، تولد و فوت آن‌ها صادر می‌گردد. این استثناء در راستای هدف کنوانسیون یعنی تسهیل تصدیق اسناد است؛ چراکه اگر قرار باشد این اسناد ابتدا به کشور متبوع مسترد شود و در آنجا برای آن گواهی آپوستیل صادر گردد، خود روندی طولانی است (زرگری، ۱۳۹۹: ۱۷۱). لذا در این کنوانسیون به‌درستی تصمیم بر آن شد که این قسم از اسناد از این معاهده مستثنا گردد.

تصدیق اسناد تجاری و گمرکی پیش از تصویب این کنوانسیون تشریفات خاصی را نداشته و دولت‌ها به‌سادگی اصالت این اسناد را تأیید می‌کردند. شمول این اسناد در ذیل کنوانسیون مخالف با رویه تجاری بین‌المللی و اصول حقوق تجارت^۲ و همچنین خلاف هدف اولیه کنوانسیون یعنی حذف تشریفات در تصدیق اسناد است (Permanent of the HCCH, 2013: 35; Leich, 1982: 183). ماده هفتم^۳ آیین‌نامه کنوانسیون، علاوه بر اسناد فوق، برخی اسناد دیگر را نیز استثناء کرده است. طبق این ماده، اسناد مغایر نظم عمومی یا اخلاق حسنه یا منافع و امنیت ملی یا قوانین داخلی و

۱. در هر حال این کنوانسیون در موارد زیر اعمال نمی‌شود: الف) اسنادی که مأموران دیپلماتیک یا کنسولی به آن‌ها سندیت می‌بخشند؛ ب) اسناد اداری که به‌طور مستقیم به عملیات تجاری یا گمرکی مربوط می‌شود.

این متن در تبصره ماده ۲ آیین‌نامه کنوانسیون مذکور نیز تکرار شده است: «تبصره - کنوانسیون در موارد زیر اعمال نمی‌شود: الف) اسنادی که توسط نمایندگی‌های سیاسی یا کنسولی تنظیم شده‌اند؛ ب) اسناد اداری که ارتباط مستقیم با عملیات تجاری یا گمرکی دارند.» البته با توجه به ذکر آن در خود ماده خالی از فایده است.

۲. از جمله اصول حاکم بر حقوق تجارت «اصل سرعت» بوده (ستوده تهرانی، ۱۳۸۰: ۱۸) و لازمه دستیابی به آن جلوگیری از هر گونه مانع در این امر است؛ قطعاً استفاده از تشریفات آپوستیل سرعت در امور تجاری را کاهش می‌دهد؛ بنابراین نویسندگان این معاهده به‌درستی این قسم از اسناد را مشمول این کنوانسیون ندانسته‌اند.

۳. ماده ۷: اسنادی که مغایر نظم عمومی یا اخلاق حسنه یا منافع و امنیت ملی یا قوانین داخلی باشند و نیز اسناد طبقه‌بندی‌شده غیرقابل تأیید هستند. دستورالعمل مربوط ظرف سه ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این آیین‌نامه توسط وزارت با هماهنگی وزارتخانه‌های اطلاعات، کشور و دادگستری ابلاغ می‌شود.

همچنین اسناد طبقه‌بندی شده قابل تأیید نیستند. البته با توجه به ذیل این ماده، وزارت خارجه با هماهنگی وزارتخانه‌های اطلاعات، کشور و دادگستری لازم است در این خصوص دستورالعملی را ظرف مدت سه ماه تهیه نماید. اما در حال حاضر هنوز این دستورالعمل پس از گذشت بیش از دو سال تهیه نشده است. ابهام در تعریف این نوع اسناد ممکن است مورد سوءاستفاده قرار گیرد و مأموران ذیصلاح اسناد را به بهانه مغایر بودن با هریک از موارد بیان شده در ماده مذکور تصدیق نمایند.

برای جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی، ماده ۱۶ این آیین‌نامه بیان می‌کند که اگر سندی مبتنی بر دلایل مندرج در ماده ۷ مورد تأیید قرار نگیرد، دارنده سند می‌تواند اعتراض خود را به وزارت خارجه اعتراض تقدیم نماید. نکته درخور تأمل این است که مرجع اعتراض به تصمیم وزارت خارجه خود این نهاد است در صورتی که پرواضح است که نبایست مرجع اعتراض به یک رأی و تصمیم همان نهاد باشد. در ذیل این ماده نیز بیان شده است که اگر پس از اعتراض نیز سند مورد تأیید قرار نگیرد، شخص می‌تواند جهت اعتراض به «مراجع صلاحیت‌دار قضایی» مراجعه کند.

برخلاف نظری که هم دادگاه عمومی و هم دیوان عدالت اداری می‌تواند مرجع اعتراض به نظر وزارت امور خارجه باشد (زرگری، ۱۳۹۹: ۱۷۰)، به نظر می‌رسد منظور از این مرجع صالح دیوان عدالت اداری باشد؛^۲ چراکه مطابق ماده ۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و همچنین بند ۱ ماده ۱۰ این قانون افراد می‌توانند نسبت به تصمیمات مأموران دولتی در این دیوان تظلم خواهی نمایند، که صلاحیت اختصاصی این مرجع مؤید این نظر است.

۳-۳. ماهیت ترجمه اسناد بر اساس معاهده

ترجمه اسناد از جمله مواردی است که در خصوص «سند عمومی» بودن آن اختلاف وجود دارد. در خود معاهده نیز اشاره‌ای به این امر نشده است. لذا دفتر دائمی کنفرانس بین‌المللی لاهه، در سال ۲۰۰۸ میلادی، از ۴۲ کشور در مورد سند ترجمه، سؤالاتی را مطرح کرد که آیا برای ترجمه اسناد آپوستیل صادر می‌گردد و همچنین آیا ترجمه اسناد، خود، سند عمومی (دولتی) به حساب می‌آید یا

۱. ماده ۱۶: متقاضیانی که اسناد تقدیمی آنان به دلایل مندرج در تبصره (۱) ماده (۳) یا ماده (۷) مورد تأیید قرار نگیرد می‌توانند اعتراض خود را جهت تجدیدنظر به وزارت تقدیم کنند. در صورتی که وزارت تصمیم اتخاذ شده را تأیید کند، معترض می‌تواند مطابق قوانین و مقررات مربوط حسب مورد به مراجع صلاحیت‌دار قضایی مراجعه کند. تبصره: وزارت موظف است ظرف یک هفته کاری با دعوت از نماینده دستگاه یا دستگاه‌های ذی‌ربط به این قبیل اعتراض‌ها رسیدگی و پاسخ لازم را اعلام کند.

۲. مطابق با رأی شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور به شماره پرونده ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۴۸۵ در تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۱۷ دیوان عدالت اداری یک مرجع قضایی به حساب می‌آید (زرگری، ۱۳۹۹: ۱۷۰).

خیر. در پاسخی دریافت شده از ۴۲ کشور، به این نتیجه رسیدند که ۲۱ کشور برای ترجمه اسناد آپوستیل صادر می کنند؛ در حالی که ۲۱ کشور دیگر، برای ترجمه اسناد، آپوستیل صادر نمی کنند. از میان کشورهایی که برای ترجمه اسناد آپوستیل صادر می کنند، برخی شرط آن را تأیید قبلی از سوی دفاتر اسناد رسمی و برخی دیگر ترجمه از سوی مترجمان رسمی دولتی دانسته اند. همچنین این کشورها پاسخ داده اند که هم برای ترجمه اسناد خصوصی^۱ و هم برای ترجمه اسناد دولتی آپوستیل صادر می کنند. اما سه کشور تنها برای ترجمه اسناد عمومی آپوستیل صادر می کنند. در اکثر این کشورها گواهی آپوستیل مهر، امضا و صلاحیت مترجم را تصدیق می کند و در سایر کشورها این گواهی مهر، امضا و صلاحیت سردفتر را تصدیق می نمایند (Permanent Bureau of HCCH, 2009: 25).

در ایران رویه بدین قرار است که اداره امور مترجمان رسمی قوه قضائیه امضا و مهر مترجم رسمی قوه قضائیه را تأیید می نماید، سپس مرجع صلاحیت دار مهر و امضای اداره مترجمان رسمی را تأیید می نماید و خود امضا و مهر مترجم را تأیید نمی کند. در نهایت در ایران چنین است که اگر سند ترجمه شده سندی رسمی باشد، مرجع صلاحیت دار باید اقدام به صدور دو تأییدیه نماید که یکی از تأییدیه ها مربوط به خود سند بوده و دیگری مربوط به سند ترجمه شده خواهد بود. در اینجا راه حل پیش بینی شده دیگر این است که برگه تأییدیه ترجمه منضم به اصل سند یا رونوشت مصدق سند باشد (شهبازی و قربان پور، ۱۳۹۲: ۲۸۰).

این روش از جمله ابتکار عمل های کشور نیوزیلند بوده و در سیستم صدور تأییدیه خود از این روش استفاده می نمایند (Permanent Bureau of HCCH, 2009: 25). این روش باعث می گردد که دیگر لازم نباشد مرجع صالح اقدام به صدور دو تأییدیه بنماید.

اما سؤالی که در اینجا باقی می ماند این است که اگر سند ترجمه شده، خود، یک سند عادی باشد، آیا آپوستیل می تواند شامل این سند باشد؟ ظاهراً چنین است که اسناد عادی نیز، پس از ترجمه توسط مترجم رسمی و تصدیق امضای مترجم رسمی از سوی اداره امور ترجمه^۲، یک سند رسمی

۱. از آنجایی که در این کشورها، پس از ترجمه یک سند غیر عمومی (سند خصوصی)، این اسناد توسط دفتر اسناد رسمی و یا مترجمان رسمی تأیید می شود، این اسناد ترجمه شده، خود، یک سند عمومی به حساب آمده و مشمول معاهده مذکور قرار می گیرند؛ بنابراین برای این نوع اسناد، ولو اینکه ترجمه یک سند خصوصی باشند، آپوستیل صادر می گردد.

۲. مطابق ماده ۵۵ اصلاحی آیین نامه اجرایی «اصلاح ماده (۳) قانون راجع به ترجمه اظهارات و اسناد در محاکم و دفاتر رسمی مصوب سال ۱۳۱۶ و الحاق چند ماده به آن» امضای مترجم ذیل ترجمه یا رونوشت یا فتوکپی اسناد و

به حساب می‌آید؛ چراکه عناصر تشکیل دهنده یک سند رسمی وجود دارد. این مسئله ممکن است مورد سوء استفاده قرار گرفته و مغایر با هدف قانون‌گذار ما باشد؛ چراکه افراد می‌توانند با صرف ترجمه یک سند عادی توسط مترجم رسمی و تصدیق امضای مترجم از سوی اداره امور مترجمان به عنوان یک سند رسمی از آن استفاده کرده و برای اخذ گواهی آپوستیل به وزارت امور خارجه مراجعه نمایند. لذا بهتر است در قانون «لغو ضرورت تصدیق رسمی اسناد دولتی بیگانه» ترجمه اسناد غیررسمی از شمول این کنوانسیون مستثنا شود.

۳-۴. مرجع صلاحیت‌دار

طبق ماده ۶ این کنوانسیون^۱، دولت‌های عضو موظف هستند که مرجع صلاحیت‌دار صدور گواهی آپوستیل را تعیین کرده و به وزارت خارجه هلند اعلام نمایند (Amram, 1974: 314). تصویب این ماده نشان از آن دارد که تنظیم‌کنندگان اولیه این کنوانسیون تمایلی به مداخله در امور داخلی کشورها نداشتند. البته اعلام مرجع صلاحیت‌دار تعیین‌شده باید همزمان با الحاق به کنوانسیون صورت گیرد (زرگری، ۱۳۹۹: ۱۸۵).

از جمله وظایف این مرجع، ثبت شماره آپوستیل‌های صادره، جهت جلوگیری از جعل این اسناد است (Amram, 1974: 313). همچنین این مرجع باید اصالت سند را احراز کرده و اقدام به صدور گواهی آپوستیل در خصوص آن بنماید (زرگری، ۱۳۹۹: ۱۸۵).

کشورهای مختلف، در راستای نیل به تکلیف ماده ۶ کنوانسیون، مراجع مختلفی را جهت انجام این امور انتخاب کرده‌اند؛ به عنوان نمونه، مراجع صلاحیت‌دار جهت صدور آپوستیل در اتریش بدین قرار است: «وزارت امور خارجه»^۲، «رئیس شعب دادگاه‌های بدوی»^۳ و استاندار یا مقام اجرایی هر استان^۴. در فرانسه این مسئولیت در هریک از ۹۶ استان آن بر عهده «دادستان کل»^۵ گمارده شده است. در کشور فدرال آلمان مقام صلاحیت‌دار با توجه به نوع اسناد متفاوت است. در این کشور

اوراق در مرکز وسیله اداره امور مترجمان رسمی و در شهرستان‌ها وسیله یکی از قضات قضایی تعیین خواهد شد، تصدیق و به مبلغ مقرر قانونی تمبر الصاق می‌شود.

۱. هر دولت متعاهد باید مراجع صلاحیت‌دار صادرکننده تأییدیه موضوع پاراگراف اول ماده (۳) را با ذکر وظیفه رسمی آن‌ها معین کند. هر دولت متعاهد چنین تعیینی را هنگام سپردن سند تصویب یا الحاق یا اعلامیه گسترش به وزارت امور خارجه هلند اطلاع خواهد داد. همچنین، هر طرف هرگونه تغییر مراجع تعیین‌شده را اطلاع خواهد داد.

2. Federal Ministry of Foreign Affairs

3. The President judge of each court of first instance

4. Governor or other executive of each province

5. Attorney General

اسناد در یک تقسیم‌بندی به اسناد فدرال و اسناد ایالتی تبدیل می‌شوند. مرجع صلاحیت‌دار برای صدور آپوستیل برای «اسناد فدرال»^۱ «اداره اجرایی فدرال»^۲ و «رئیس مرکز فدرال مالکیت فکری»^۳ است؛ اما مرجع صلاحیت‌دار برای اسناد ایالتی «رئیس شعب دادگاه‌های اداری»^۴، «وزیر دادگستری»^۵، «وزیر کشور»^۶ و «رؤسای دادگاه‌های تجدیدنظر»^۷ و «دادگاه بدوی»^۸ می‌باشند. کشور سوئیس نیز که نظام فدرالی دارد در خصوص اسناد فدرال و اسناد ایالتی (اسناد کانتون)^۹ تفکیک قائل شده و برای هریک از آن‌ها یک اداره مخصوص تأسیس کرده است. هلند در این امر نسبت به سایر دول اروپایی با سهولت بیشتری برخورد می‌کند و مقام صلاحیت‌دار در تأیید اسناد مسئول دفتر هریک از شعب دادگاه‌های بدوی^{۱۰} است (Amram, 1974: 315).

ایالات متحده آمریکا پس از گذشت حدود بیست سال از ایجاد کنوانسیون در سال ۱۹۸۰ میلادی بدان پیوست (HCCH, 2020). این کشور نهادهای مختلفی را جهت صدور تأییدیه آپوستیل تعیین کرده که از این قرار است: «مأمور احراز هویت دفتر وزارت امور خارجه»^{۱۱}، «مسئول دفتر دادگاه عالی»^{۱۲}، «دادگاه تجدیدنظر»^{۱۳}، «دادگاه بخش»^{۱۴}، «دادگاه تجدیدنظر امور گمرکی و مالکیت فکری»^{۱۵} و «دادگاه تجارت بین الملل»^{۱۶} (Leich, 1982: 183).

ایران نیز در راستای انجام این امر ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی این قانون را به تصویب رساند.^{۱۷} طبق این ماده، «وزارت امور خارجه» مسئولیت تأیید این اسناد و الحاق سند آپوستیل بر روی آن‌ها را بر عهده دارد. این نوع انتخاب به‌نوعی در خصوص تمرکز و دقت بیشتر در این زمینه بسیار مفید است

1. Federal Document
2. Federal Office of Administration
3. The President of the Federal Patent Office
4. The president of the administrative tribunal of each state
5. The Minister of Justice
6. Minister of Interior
7. The President Judge of court of Appeal
8. The president judge of court of first instance
- 9 Cantonal Document
- 10 The clerk of court of each court of first instance in each province
11. The Authentication Officer of the Department of State
12. Clerks of the Supreme Court
13. The US court of Appeals
14. District Courts
15. The Court of Customs and Patent Appeals
16. The Court of International Trade

۱۷. ماده ۶: در اجرای ماده (۶) کنوانسیون، وزارت به‌عنوان مرجع صلاحیت‌دار صدور برگ نمونه تأییدیه در کشور تعیین می‌شود.

و از جعل این نوع اسناد جلوگیری می‌نماید؛ هرچند به‌علت دوری مسافت محل استقرار «وزارت خارجه» ممکن است برای بسیاری از افراد مشکلاتی را به وجود آورد. همچنین این تمرکز مرجع ممکن است سرعت صدور آپوستیل را کاهش داده و برخلاف اهداف این کنوانسیون باشد. همان طور که بیان شد در بسیاری از کشورهای اروپایی این امر حتی به شعب بدوی دادگاه‌ها اعطا شده است. بنابراین به نظر می‌رسد باید این اختیار علاوه بر وزارت خارجه به شعب دادگستری نیز اعطا گردد.

۵-۳. طرح آزمایشی آپوستیل الکترونیک

پیش‌نویس کنوانسیون آپوستیل در فضایی که تمامی امور اداری و رسمی به‌صورت کاغذی بوده تهیه شده است. بر همین مبنا طبق کنوانسیون، گواهی آپوستیل می‌بایست بر روی کاغذ صادر گردد. این در حالی است که در قرن بیست و یکم فناوری و ظهور تکنولوژی در نحوه عملکرد دولت‌ها تأثیر گذاشته است و ما اکنون شاهد به‌وجود آمدن دولت‌های الکترونیک هستیم (Permanent Bureau of the HCCH, 2013: 10). همین‌ها سبب شده است دولت‌ها متمایل شوند تا اسناد تجاری و اسناد احوال شخصیه را به‌صورت الکترونیک منتقل نمایند (زرگری، ۱۳۹۹: ۲۱۵). اما نکته‌ای که در اینجا وجود دارد این است که در متن کنوانسیون اشاره‌ای به امکان استفاده از این ظرفیت نشده است و این مسئله کاملاً امری طبیعی بوده، چراکه امکان استفاده از فناوری در آن دوره فراهم نبوده است، در حالی که استفاده از این ظرفیت با هدف اصلی این کنوانسیون یعنی تبادل اسناد سازگار است (Bernasconi, 2013). در راستای همین سیر تکاملی، در سال ۲۰۰۳ «کمیسیون ویژه»^۱ بر تأثیر مثبت استفاده از فناوری‌های نوین بر عملکرد آپوستیل تأکید نمود. همچنین این کنوانسیون تصدیق کرد که روح و متن کنوانسیون مانع استفاده از فناوری‌های نوین نیست (Permanent Bureau of the HCCH, 2013: 11).

«دفتر دائم»^۲ کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه جهت به‌روزماندن و همچنین حفظ کارایی معاهدات خود سعی بر آن دارد تا از فناوری‌های نوین در کنوانسیون‌های خود استفاده نماید. این دیدگاه راه را برای استفاده از «طرح آزمایشی آپوستیل الکترونیک»^۳ هموار نمود. سرانجام در سال ۲۰۰۶ میلادی، کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه با همکاری کانون ملی سردفتران ایالات متحده آمریکا^۴ این طرح را تکمیل کرده و توسعه داده است. این دو نهاد سعی دارند تا هزینه‌های صدور و استفاده از آپوستیل به‌صورت الکترونیک را کاهش داده و آن را عملی و پیاده سازی نموده و

1. Special Commission

2. Permanent bureau

3. Electronic Apostille Pilot Program (e-APP)

4. National Notary Association of the United States (NNA)

نرم افزار آن را ایجاد نمایند (Bernasconi, 2007: 353; Permanent Bureau of the HCCH, 11: 2013). این دو نهاد سیستم «ثبت الکترونیک»^۱ را راه اندازی کرده تا به صورت برخط از منشأ صدور سند تأییدیه اخذ گردد (Permanent Bureau of the HCCH, 2013: 11).

در سال ۲۰۱۲ پس از اجرای موفقیت آمیز نرم افزار «طرح آزمایشی آپوستیل الکترونیک»، عنوان آزمایشی از آن حذف شد و از آن با عنوان «آپوستیل الکترونیک»^۲ یاد کردند (زرگری، ۱۳۹۹: ۲۱۶).

در حال حاضر بسیاری از کشورها با همکاری «دفتر دائم کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه» زیرساخت های لازم را جهت راه اندازی آپوستیل الکترونیک فراهم کرده اند (Permanent Bureau of HCCH, 2010: 31).

استفاده از ظرفیت آپوستیل الکترونیک امنیت معاهده را بالا برده و کارایی آن را افزایش می دهد. همچنین سبب تسهیل در امور مراجع صلاحیت دار می گردد و افراد با راحتی بیشتری می توانند از این معاهده استفاده نمایند. همچنین انتقال این اسناد با سادگی بیشتر صورت می پذیرد. از سوی دیگر، آپوستیل الکترونیک از ابزار قدرتمند و کارآمدی استفاده می کند که از سوءاستفاده های احتمالی از این کنوانسیون و همچنین کلاهبرداری های موجود در خصوص جعل سند جلوگیری به عمل می آورد (Permanent Bureau of the HCCH, 2013: 76).

صدور برگ آپوستیل در آیین نامه اجرایی این قانون^۳ پیش بینی شده است. ماده ۱۴ این آیین نامه بیان می کند که وزارت خارجه بایستی ظرف ۹ ماه از زمان لازم الاجرا شدن، تارنمایی که قابلیت استعمال و اعلام صحت صدور و اصالت آپوستیل را داراست راه اندازی نماید. در راستای نیل به هدف فوق و همچنین تقویت و تحقق دولت الکترونیک، تبصره ۱ ماده ۸^۴ این آیین نامه دستگاه های ذی ربطی را که اقدام به صدور اسناد مختلف می نمایند موظف کرده تا با استفاده از سامانه های الکترونیک، امکان دسترسی، بررسی و راستی آزمایی برخط اصالت اسناد را فراهم آورند.

1. e-Registers

2. e-Apostille

۳. ماده ۱۴: به منظور امکان ثبت و صدور برگ نمونه تأییدیه به صورت الکترونیکی، وزارت موظف است تارنمایی که قابلیت استعمال و اعلام صحت صدور و اصالت برگ نمونه تأییدیه صادر شده را از طریق شماره رهگیری به صورت برخط داشته باشد، ظرف (۹) ماه از تاریخ لازم الاجرا شدن این آیین نامه راه اندازی و نشانی آن را در ذیل برگ نمونه تأییدیه درج کند. تا راه اندازی تارنمای مربوط، مراتب طبق سازوکارهای سابق انجام می گیرد.

۴. تبصره ۱: در راستای تحقق و ارتقای دولت الکترونیک، دستگاه های ذی ربط موظفند با استفاده از سامانه های الکترونیکی، امکان دسترسی، بررسی و راستی آزمایی برخط اصالت اسناد صادر شده در آن دستگاه را برای وزارت فراهم کنند.

۴. آثار الحاق به کنوانسیون

به طور کلی الحاق کشورها به کنوانسیون‌های بین‌المللی عامل یکپارچه‌سازی قوانین و مقررات کشورهاست. از طرف دیگر، تجار بیشتر سعی دارند در کشورهایی به تجارت بپردازند که قوانین آن‌ها تفاوت چندانی با قوانین سایر کشورها نداشته باشد و با سهولت بتوانند قوانین آن کشور را تفسیر کرده و با تعارض کمتری روبه‌رو باشند. عضویت در این کنوانسیون مطمئناً ورود سرمایه‌گذار خارجی را به ایران بیشتر می‌نماید و آن هم به علت تساهل و رفع موانع اداری در اجرای اسناد خارجی است (زرگری، ۱۳۹۹: ۱۴۲). پویایی سرمایه‌فکری با جهانی‌شدن، همکاری‌های بین‌المللی و از میان برداشتن مرزها افزایش یافته است (Knight, 2012: 29). در یک نگاه گسترده، این کنوانسیون سبب تسهیل جابه‌جایی و انتقال نیروهای انسانی و همچنین تقویت رشد در تحصیلات تکمیلی، که موتور رشد اقتصادی به حساب می‌آید، می‌شود (Hendel & Lewis, 2005). با سرعتی که در تصدیق مدارک تحصیلی افراد در سایر کشورها وجود دارد، با سهولت بهتری می‌توانند در دانشگاه‌های کشورهای پیشرفته جهان تحصیل نمایند.

بانک جهانی در سال ۲۰۱۰ در انتشار اولین گزارش «سرمایه‌گذاری برون‌مرزی»^۱ بیان کرد که الحاق به این کنوانسیون با کاهش امور اداری و تشریفات خاص آن و همچنین تسهیل در ثبت شعبه‌های شرکت‌های مادر در سایر کشورها سبب جذب سرمایه‌گذاری می‌گردد (World Bank Group staff, 2010: 34 & 88). در گزارشی منتشرشده توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۲۰۱۲ به تأثیر این کنوانسیون بر تسهیل تجارت بین‌المللی و سرمایه‌گذاری تأکید شده است (Permanent Bureau of the HCCH, 2013: 9). لذا این کنوانسیون در جذب سرمایه‌گذاری خارجی بر ایران تأثیر بسزایی خواهد داشت.

همچنین کنوانسیون از یک طرف مراجع داخلی را از مزایای مالی برخوردار کرده و از طرف دیگر نمایندگی‌های خارجی را از این کسب درآمد محروم می‌نماید (شهبازی و قربان‌پور، ۱۳۹۲: ۲۶۴-۲۶۳) و مانع از خروج ارز می‌شود. پیش از الحاق به این کنوانسیون، کنسولگری‌های کشور مقصد در خصوص تصدیق و احراز اصالت سند مبالغی را به ارز خارجی دریافت می‌کردند. البته اگر کشور مبدأ سند میزبان کشور مقصد نباشد، هزینه‌های پست، ترجمه، حمل و نقل و... نیز به این هزینه‌ها افزوده می‌شد (Tsouka, 2015: 43؛ زرگری، ۱۳۹۹: ۱۴۱). برخی بیان داشته‌اند که اگر یک دانشجوی کشور غیرعضو بخواهد مدارک تحصیلی خود را تصدیق و احراز اصالت نماید، باید

چندین هزار دلار صرف نماید (Arazmuradov, 2015, N: 4). در صورتی که میزان زیاد تمایل دانشجویان ایرانی به تحصیل در کشورهایی همچون ایالات متحده سبب خروج ارز از کشور می‌گردد، در حالی که الحاق به این کنوانسیون از این مسئله جلوگیری می‌نماید.

ابتدا حقوق‌دانان موافق الحاق به این کنوانسیون بیان داشتند که عمل به مفاد آن از جعل اسناد جلوگیری می‌نماید؛ علت آنکه مطابق با کنوانسیون، در نهایت یک مرجع یا چند مرجع منتخب چنین اسنادی را تصدیق می‌نمایند؛ لذا امکان جعل آپوستیل سخت‌تر خواهد بود (Haight, 1975: 765). اما با مرور زمان نویسندگان متوجه سوءاستفاده از آپوستیل شدند و از جمله آثار منفی کنوانسیون را فراهم کردن موجبات جعل اسناد بیان داشتند (Adams, 2012: 538). آن‌ها چنین ادعا کرده‌اند که از میان برداشتن مجرای تصدیق اسناد توسط نمایندگی‌های کنسولی و دیپلماتیک سبب به وجود آمدن چنین جعل‌هایی خواهد شد. حال نتیجه چنین جعل‌هایی ورود کالاهای بی‌کیفیت خارجی به خصوص کالاهای و اقلام دارویی، بهداشتی و پزشکی خواهد بود (شهبازی و قربان‌پور، ۱۳۹۲: ۲۶۴). دفتر دائم کنفرانس نیز در یک گزارش اختصاصی در سال ۲۰۰۸ به مسئله کلاهبرداری و جعل در خصوص مدارک تحصیلی اشاره کرده است (Adams, 2012: 538). همچنین این مسئله در برخی دعاوی قضایی مطروحه در دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا دیده می‌شود؛ در پرونده «رنداک»^۱ (District Court, U.S. V. RANDOCK, 2008) و پرونده «گودایک»^۲ (Court of Appeals, U.S. V. Goodyke, 2011) از سازوکار آپوستیل سوءاستفاده شده و برای اسناد جعلی سند آپوستیل دریافت شده و سپس این اسناد در دانشگاه‌ها ارائه شدند.

البته با به وجود آمدن تصدیق الکترونیک و برخط اسناد، امکان جعل تقریباً از میان رفته است و دیگر این نگرانی چندان جدی نیست؛ چراکه اسناد بدون دخالت افراد و به صورت برخط توسط مراجع ذیصلاح تأیید شده و به کشور مقصد سند به صورت برخط ارسال می‌گردد.

از سوی دیگر این کنوانسیون مانع از تعدد امضاها از سوی مراجع مختلف محلی است؛ بنابراین فرد از یافتن مراجع مختلف جهت تصدیق رسمی رهایی یافته و مشخص است که برای تصدیق سند خود بایستی به چه نهادی مراجعه نمایند. این امر بیشتر خود را در کشورهایی نشان می‌دهد که نظام سیاسی فدرال دارند؛ چراکه در این کشورها، هم مراجع ایالتی و هم مراجع فدرال اسناد را تصدیق می‌کردند (Haight, 1975: 765). این کنوانسیون امر دادخواهی را تسهیل نموده و باعث می‌شود اسناد داخلی در دادخواهی سایر کشورها با سهولت بیشتری قابل استناد باشد. تسهیل در استفاده از

1. Randock

2. Goodyke

اسناد در دادرسی‌های بین‌المللی نیز ممکن است از آثار این کنوانسیون باشد (Haight, 1975: 765)، هرچند هنوز از این ظرفیت استفاده نشده است.

از دیگر آثار الحاق به کنوانسیون آپوستیل در خصوص قوانین و مقررات داخلی ایران، نسخ‌نسیبی ماده ۱۲۹۶ قانون مدنی^۱ ایران در خصوص کشورهای عضو معاهده خواهد بود. مطابق با ماده مذکور پس از تصدیق اسناد توسط نماینده سیاسی ایران در کشور منشأ سند، امضای نماینده سیاسی بایستی توسط وزارت خارجه تصدیق گردد. اما همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، کنوانسیون کشورها را از این امر منع کرده است و دیگر لزومی به تصدیق امضای نماینده سیاسی در وزارت خارجه نیست و سند منضم به آپوستیل باید مورد پذیرش قرار گیرد. همچنین تصویب این قانون موجب نسخ‌نسیبی بند ۴ ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی ایران در خصوص کشورهای عضو است (شهبازی و قربان‌پور، ۱۳۹۲: ۲۸۶). همان‌طور که این ماده^۲ مقرر کرده است باید اسناد صادره شده در کشورهای خارجی در نمایندگی سیاسی و سفارت‌خانه ایران در آن کشور تصدیق گردد. با الحاق به این معاهده و مطابق با مواد ۲ و ۳ این قانون، دیگر لزومی به تأیید اسناد دولت‌های عضو توسط مأمورین کنسولی و سیاسی کشور ایران نیست و صرف تأیید از سوی مرجع صالح کشور مبدأ سند کفایت می‌کند. این قانون سبب نسخ‌نسیبی بند الف ماده ۲ «قانون راجع به ترجمه اظهارات و اسناد در محاکم و دفاتر رسمی»^۳ است. طبق این ماده، اگر سندی در یکی از کشورهای بیگانه صادر شده باشد، باید توسط مترجمان رسمی ایران تصدیق گردد، در حالی که مطابق این کنوانسیون در صورتی که سندی در کشور دیگر ترجمه شده باشد و مرجع صلاحیت‌دار آن کشور نیز ترجمه را تصدیق کرده باشد، دیگر لزومی به تصدیق ترجمه از سوی مأمورین سیاسی و کنسولی و مترجمین رسمی ما نخواهد بود.

۱. هرگاه موافقت اسناد مزبور در ماده قبل با قوانین محل تنظیم خود به توسط نماینده سیاسی یا کنسولی خارجه در ایران تصدیق شده باشد، قبول‌شدن سند در محاکم ایران متوقف بر این است که وزارت امور خارجه و یا در خارج تهران حکام ایالات و ولایات امضا نماینده خارجه را تصدیق کرده باشند.

۲. «محاکم ایران به اسناد تنظیم‌شده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهند داد که آن اسناد مطابق قوانین کشوری که در آنجا تنظیم شده دارا می‌باشد، مشروط بر اینکه... رابعاً نماینده سیاسی یا کنسولی ایران در کشوری که سند در آنجا تنظیم شده یا نماینده سیاسی و یا کنسولی کشور مزبور در ایران تصدیق کرده باشد که سند موافق قوانین محل تنظیم یافته است.»

۳. «ترجمه اسناد ذیل باید از طرف مترجمین رسمی یا مأمورین سیاسی و کنسولی تصدیق شده باشد. الف، اسنادی که در یکی از کشورهای بیگانه یا در ایران به یکی از زبان‌های غیرفارسی تنظیم شده و در یکی از محاکم و ادارات ایران مورد استفاده باشد.»

نکته حائز اهمیت در مورد نسخ مواد فوق این است که این مواد صرفاً در برابر کشورهای عضو این کنوانسیون نسخ شده است؛ به تعبیر دیگر نسخ این مواد نسبی است و نسبت به کشورهای عضو این معاهده نسخ شده، اما در مورد سایر کشورهای غیرعضو هنوز پابرجاست؛ همچنین مواد قانونی مذکور نسبت به اسناد مستثنای از شمول کنوانسیون لازم‌الاجراست، هرچند با توجه به آگاهی کشورها به اهمیت این کنوانسیون و سرعت گرفتن عضویت در الحاق به این معاهده، نسخ کلی این مواد چندان بعید نیست.

نتیجه

الحاق به کنوانسیون لغو ضرورت تصدیق اسناد آثاری را در پی خواهد داشت که تفصیل آن به‌طور کلی بیان گردید و در زیر به‌صورت کلی نکات حاصل شده بیان می‌گردد:

۱. اولین نکته در خصوص تصویب این قانون عدم استفاده از لفظ آپوستیل است. برخلاف سخت‌گیری که در ترجمه این لفظ به کار گرفته رفته، کلمه آپوستیل نوعی اسم خاص است که نیازی به ترجمه آن نیست. همچنین برخلاف تصریح ذیل ماده ۴ خود این معاهده این لفظ ترجمه شده است.

۲. الحاق به این کنوانسیون سبب تسهیل در تبادل اسناد و حذف مراحل مختلف تصدیق بوده که نتیجه آن سهولت تحصیل در دیگر کشورها، خروج ارز کمتر از کشور و همچنین جذب سرمایه‌گذاری خارجی است. البته این نکته مغفول نماند که برخلاف انتظارات ممکن است موجب جعل اسناد باشد؛ چراکه مراحل تصدیق از سوی کشور مقصد حذف می‌شود؛ چنان‌که در دو پرونده مطروحه در ایالت متحده آمریکا به جعل در مدارک دانشگاهی با استفاده از سیستم آپوستیل اشاره شد. راه مقابله با این امر استفاده از ظرفیت تصدیق برخط یا همان آپوستیل الکترونیک است. هر چند این امر در آیین‌نامه اجرایی مورد تأکید است، اما اگر در عمل به آن توجه نشود ممکن است سرمنشأ جعل بسیاری از اسناد خصوصاً مدارک دانشگاهی گردد.

۳. ممکن است تصدیق در خود کشور مبدأ سند به صورت چندمرحله‌ای باشد؛ به این صورت که ابتدا مرجع صادرکننده سند امضا و مهر را تصدیق کرده، سپس مرجع صالح گواهی آپوستیل را صادر می‌کند. ایران نیز مطابق ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی آن، تصدیق چندمرحله‌ای را پذیرفته است. این در حالی است که بیشتر کشورهای توسعه‌یافته روش تک‌مرحله‌ای را پذیرفته‌اند؛ لذا توصیه می‌گردد، جهت تسریع امر تصدیق، ایران نیز روش تک‌مرحله‌ای را برگزیند.

۴. ابتدا اسناد عمومی در قانون مصوب ایران به سند دولتی ترجمه شد. این ترجمه برخلاف اهداف و مذاکرات اولیه معاهده بود؛ چراکه استفاده از این لفظ صرفاً اسنادی را دربرمی‌گرفت که از

سوی نهادهای دولتی صادر شده‌اند و شامل اسناد رسمی دیگر نمی‌شد. به تعبیر دیگر، بسیاری از مدارک تحصیلی صادر شده از سوی دانشگاه‌های غیردولتی قابلیت تصدیق از طریق آپوستیل را دارا نبودند. به همین دلیل در اصلاحات سال ۱۳۹۴، این ترجمه غلط تغییر کرد و بیان گردید که منظور از اسناد دولتی، اسناد رسمی است؛ با این تغییر، تمامی اسناد که مدنظر این معاهده است، مشمول آن می‌گردد و ایرانیان می‌توانند از ظرفیت آن استفاده کنند.

۵. این کنوانسیون اسناد گمرکی و اسناد صادره از سوی مأموران کنسولی را بنا به دلایلی که بیان گردید استثناء کرده است. ایران نیز علاوه بر این استثنائات، اسناد مغایر نظم عمومی، اخلاق حسنه، منافع و امنیت ملی و اسناد طبقه‌بندی شده را استثناء کرده است. حال اگر سندی مبتنی بر این دلایل تأیید نشد، قابلیت اعتراض در خود وزارت امور خارجه وجود دارد که این امر برخلاف اصول اعتراض به رأی است؛ چراکه مرجعی که امعان نظر کرده است، خود، مرجع اعتراض نیز می‌باشد. با این حال در ذیل ماده ۱۶ آیین‌نامه بیان شده است که اگر در مرحله اعتراض هم وزارت امور خارجه سند را مبتنی بر دلایل فوق تأیید نکرد، فرد می‌تواند به مراجع ذیصلاح مراجعه کند که به این مرجع ذیصلاح تصریح نشده است. به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، این مرجع دیوان عدالت اداری است. هرچند بهتر است جهت عدم بروز اختلاف احتمالی در خصوص صلاحیت میان دادگاه عمومی با دیوان عدالت اداری به این امر تصریح گردد.

۶. در خصوص ترجمه اسناد در آیین‌نامه اظهارنظری صورت نگرفته است. در اینجا ممکن است برخی از مردم اسناد عادی خود را به در دفاتر رسمی جهت ترجمه ارائه کرده، سپس اداره امور مترجمان آن را تأیید نماید و از این نوع اسناد به‌عنوان سند رسمی استفاده شده و جهت اخذ گواهی آپوستیل به وزارت امور خارجه ارائه شود؛ لذا به نظر می‌رسد قانون‌گذار باید نسبت به این قسم اسناد موضع خود را بیان کند تا این گونه اسناد مورد سوءاستفاده قرار نگیرند.

۷. معاهده انتخاب مرجع صالح جهت صدور آپوستیل را به کشور مبدأ سند سپرده است، لذا کشورهای عضو مراجع مختلفی را انتخاب کرده‌اند؛ ایران نیز در راستای انجام این وظیفه وزارت امور خارجه را به‌عنوان مرجع صالح انتخاب کرد. به نظر می‌رسد بهتر است که علاوه بر این وزارتخانه، شعب بدوی دادگاه‌های عمومی نیز این حق را داشته باشند؛ چراکه امکان استفاده برای همه شهرها تسهیل شده و سرعت تصدیق اسناد با توجه به عدم تمرکز در یک مرجع افزایش می‌یابد.

۸. به موجب تصویب این قانون، ماده ۱۲۹۶ و بند چهارم ماده ۱۲۹۵ «قانون مدنی» و همچنین ماده ۲ «قانون راجع به ترجمه اظهارات و اسناد در محاکم و دفاتر رسمی» به‌طور نسبی نسخ می‌شود؛

چراکه این مواد قانونی شیوه دیگری را برای تصدیق اسناد انتخاب کرده‌اند، در حالی که به موجب این معاهده، اسناد صرفاً با صدور گواهی آپوستیل تصدیق می‌گردد.

در مجموع، الحاق ایران به این کنوانسیون با توجه به مزایایی که در طی این پژوهش بیان گردید، اقدامی مثبت در راستای منافع ملی ارزیابی می‌گردد. اما با وجود تصویب چندساله قانون الحاق به این معاهده، هنوز اسناد الحاق نزد امین معاهده در هلند تودیع نشده است، لذا توصیه می‌گردد سایر اقدامات اجرایی جهت نهایی شدن عضویت ایران در این معاهده صورت پذیرد.

در پایان نیز موارد زیر با استدلال‌های پیش گفته به قانون‌گذار ایران توصیه می‌گردد:

۱. اصلاح ترجمه «آپوستیل» و جایگزینی آن با لفظ تأییدیه در ماده ۴ قانون و همچنین نمونه آپوستیل در انتهای قانون با مضمون ذیل: «در قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون لغو ضرورت تصدیق رسمی اسناد دولتی بیگانه، تمامی عبارات «تأییدیه» به لفظ «آپوستیل» تغییر می‌کند»؛

۲. لزوم اصلاح ذیل ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی و تصریح به مرجع اعتراض جهت جلوگیری از سردرگمی افراد و اختلافات احتمالی در خصوص صلاحیت، با این عبارت: «معتراض می‌تواند حسب مورد به دیوان عدالت اداری مراجعه نماید»؛

۳. اصلاح ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی و انتخاب مضاعف شعب بدوی دادگاه‌های عمومی برای تصدیق اسناد با این عبارت: «در اجرای ماده (۶) کنوانسیون، وزارت و همچنین شعب بدوی دادگاه‌های عمومی به‌عنوان مراجع صلاحیت‌دار صدور برگ نمونه آپوستیل در کشور تعیین می‌شود.»

منابع

فارسی

- آدابی، حمیدرضا (۱۳۹۷)، حقوق ثبت کاربردی، چاپ دوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- زرگری، جمشید (۱۳۹۹)، کنوانسیون آپوستیل (کنوانسیون لغو ضرورت تصدیق اسناد دولتی بیگانه)، چاپ اول، تهران: مهر کلام.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۰)، حقوق تجارت، چاپ ششم، تهران: نشر دادگستر.
- شهبازی، آرامش و محمد قربانپور (۱۳۹۲)، «بررسی قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون ۱۹۶۱ لاهه راجع به ضرورت لغو تصدیق اسناد عمومی بیگانه»، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۴۹.
- ضیائی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۲)، حقوق معاهدات بین المللی، چاپ پنجم، تهران: نشر گنج دانش.
- فلسفی، هدایت اله (۱۳۹۳)، حقوق بین الملل معاهدات، چاپ چهارم، تهران: فرهنگ نشر نو.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، اثبات و دلیل اثبات قواعد عمومی اثبات - اقرار و سند، جلد اول، تهران: انتشارات میزان.
- کلی، جان (۱۳۸۸)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، چاپ دوم، تهران: طرح نو.
- مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه (۱۳۹۶)، مجموعه تفسیر شده قوانین و مقررات حقوقی کاربردی، چاپ اول، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- موسی زاده، رضا (۱۳۷۷)، حقوق معاهدات بین المللی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- وفایی، منصور و عادل علی پور (۱۳۹۵)، حقوق معاهدات بین المللی، چاپ اول، تهران: مجد.

انگلیسی

- (n.d.), **Business Dictionary**, available at: <http://www.businessdictionary.com/definition/notarial-act.html> (Last visited on 5/17/2020)
- Adams, Jr. W.J. (2012), "The Apostille in the 21st Century: International Document Certification and Verification", **Houston Journal of International Law** 34(3), 501-519.
- Altbach, G.P. and J. Knight (2007), "The Internationalization of Higher Education: Motivations and Realities", **Journal of Studies in International Education** 11(3-4), 290-305.
- Amram, P. (1974). **Toward Easier Legalization of Foreign Public Documents**. American Bar Association Journal, 60(3), 310-314.
- Arazmuradov, A. (2015). **Recalling Benefits of International Convention for Modernization**, Department of Economics and Management of Technology, Faculty of Engineering, University of Bergamo, via Marconi 5, 24044 Dalmine (BG), Italy, Available at SSRN 2011640.
- Bernasconi, C. (2007). "Some Observations from the Hague Conference on Private International Law". **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, 101, 350-353.
- Bernasconi, C. (2013). **The Electronic Apostille Program (e-APP): Bringing the Apostille Convention into the Electronic Era**. In *Entre Bruselas y La*

Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás, 199-214.

- Darwin D. Hendel & Darrell R. Lewis (2005) **Quality assurance of higher education in transition countries: Accreditation - accountability and assessment**, Tertiary Education and Management, Tert Educ Manag, 239-258.
- De Wit, H. (2011), "Globalisation and Internationalisation of Higher Education", **Revista de Universidad y Sociedad Del Conocimiento (RUSC)** 8(2), 241-248.
- Garner, Bryan A. (2004), **Black's Law Dictionary**, Eighth Edition, St. Paul: West Publishing Co. Dallas, Texas
- Graveson, R. (1961). The Ninth Hague Conference of Private International Law. **The International and Comparative Law Quarterly**, 10(1), 18-69.
- Haight, James T. (1975), "The Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalization for Foreign Public Documents. (Report of the Committee on the International Unification of Private Law, with Action by the Section of International Law and the House of Delegates)." **The International Lawyer**, vol. 9, no. 4, pp. 755-766.
- Hartoyo, B., & Fauziah, N. M. (2019). "The Hague Convention 1961: Solution of Foreign Public Document Legalization for Indonesia and ASEAN Member Countries". **ABC Research Alert**, 7, 37-47.
- HCCH, **Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents**, available at:
- <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=41> (Last visited on 5/17/2020)
- HCCH, **Outline Apostile Convention** (HCCH Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents), n.d., available at: <https://assets.hcch.net/docs/80d0e86f-7da8-46f8-8164-df046285bcdd.pdf>.
- Knight, J. (2012), "Student Mobility and Internationalization: Trends and Tribulations", **Research in Comparative and International Education** 7(1), 20-33.
- Leich, M. (1982). "The Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalization for Foreign Public Documents". **The American Journal of International Law**, 76(1), 182-183.
- Loussouarn, Y. "Explanatory Report on the Hague Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents; Offprint from the Acts and Documents of the Ninth Session" (1961), Rennes. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=52> (Last visited on 6/7/2020)
- Nadelmann, H.K. (1977), "Clouds over International Efforts to Unify Rules of Conflict of Laws", **Law and Contemporary Problems** 41(2), 54-84.
- Permanent Bureau of HCCH (2009), Summary of responses to the questionnaire of August 2008 relating to the Apostille Convention, with analytical comments, available at:

[https://www.hcch.net/en/publications-and-](https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=4696&dtid=33)

[studies/details4/?pid=4696&dtid=33](https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=4696&dtid=33) (Last visited on 6/7/2020)

- Permanent Bureau of the HCCH (2013). **Apostille handbook: Handbook on the practical operation of the apostille convention**. HCCH, Hague, the Netherlands: The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau.
- Permanent Bureau of Hcch. (2010). **The ABCs of Apostilles**. The Hague: Hague Conference on Private International Law.
- Tsouka, C. (2015). Simplifying the Circulation of Public Documents in the European Union-Present and Future Solutions. ELTE LJ, 43-50.
- United States Court of Appeals, Eighth Circuit, United States of America, Appellee, U.S. V. Larry P. GOODYKE, Appellant. United States of America, Appellee, v. David L. Robinson, Appellant., April 25, 2011
- United States District Court, E.D. Washington., United States of America, Plaintiff, v. Dixie Ellen Randock, Steven Karl Randock Heid Kae Lorhan, Robrta Lynn Markishtum, Defendants. July 8, 2008.
- Webster's, **Encyclopedic Unabridged Dictionary of the EnglishLanguage** (1994), New rev. Ed. New Jersey: Random House ValuePublishing, Inc.
- World Bank Group staf (2010), **Investing across Borders 2010** (Indicators of foreign direct investment regulation in 87 economies), Washington, D.C.

Apostille Convention and the Effect of its Accession on the Iranian Legal System

Seyed Saeed Hashemi*

Researcher of the Judiciary Research Institute, Tehran, Iran

Abstract

At the initiative of the Hague Conference on Private International Law, the Convention Abolishing the Need to Certify Official Documents of Foreign Government Documents was adopted in 1961. In 2012, the Islamic Republic of Iran approved the Act of "the Accession of the Government of the Islamic Republic of Iran to the Apostille Convention". However, the instruments of the accession to this convention have not yet been deposited to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands. So after several years, Iran is not considered a member of this convention. The main purpose of this convention is to facilitate the certification of documents as well as to facilitate the use of internal documents in other member states of the convention. By acceding to this convention, the consular representations that mediate the certification of documents are eliminated. This research uses a descriptive-analytical method to examine different parts of this convention and in each part analyzes the view of Iranian law based on the executive regulations of the Act of accession to the Convention and explains the appropriate solution in this regard. In the final part of the research, the consequences of accession to this convention are explained. With the passage of this Act, some domestic acts of Iran in reciprocal relations with the member states of this treaty have been implicitly abrogated, including the fourth paragraph of Article 1295 and Article 1296 of the Civil Code, as well as paragraph A of Article 2 of the Act of the Translation of statements and documents in courts and official offices. Accession to the convention also facilitates the attraction of foreign investment and reduces the outflow of foreign currency for certification. Therefore, Iran's accession to this convention is a positive step for the national interest and it is recommended to take other executive steps to join this treaty.

Keywords

The Hague Conference, Hague 1961 Convention, Formal documents, Public documents, Official documents

* Email: saeedhashemi1994@gmail.com

Issue Preclusion res Judicta Penal in Civil in Iran and France Law

Ali Asgari-tavani

PhD Student in Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Islamic Azad University (Tehran Science and Research Branch), Tehran, Iran

Hassan Mohseni*

Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Mohammad Ali Mahdavi-sabet

Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Theology and Political Science, Islamic Azad University (Tehran Science and Research Branch), Tehran, Iran

Mansoor Amini

Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

The enactment of the Code of Criminal Procedure in 2014, following the 1999 law that considered general courts, raised the question of what the consequences would be for the separation of legal and criminal authorities. One of these effects is the influence of the legal authority from the criminal due to the compliance of the legal authority with the criminal verdict. However, the question is "to what extent" and "in which condition"? In Article 18 of the Code of Criminal Procedure, the legislature only mentions the phrase "effective" criminal verdict on a law. While the phrase is not clear and should be analyzed by studying the elements of the criminal verdict. In this article, by mentioning the principles, characteristics, conditions and effects of the rule of validity of the final criminal case in civil law in the legal system of Iran and France, we explain the superiority of criminal law over civil law by mentioning the votes. Finally, we make the exception of the fact that the third party is the victim of the criminal verdict and the buyer of the property in the transaction intends to flee from the debt. The research method is based on a descriptive-analytical and applied method (judicial procedure). The main result is to prove the existence of the right of the third party affected by this rule.

Keywords

Escape from Debt Deals, Issue Preclusion, Third Party, Trading Documents

* Email: hmohseny@ut.ac.ir (Corresponding Author)

The Concept of Verdict Certainty and its Effect on the Statute of Limitations in Criminal Absentee Sentences

Behnam Ghaffari*

*Judge of Justice, PhD in Private Law, Faculty of Law and Political Science,
University of Tehran, Tehran, Iran*

Seyyed Hamid Shahcheragh

*Judge of Justice, PhD in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Qom
University, Qom, Iran*

Abstract

One of the major problems at present in the branches of criminal Judgment's execution throughout the country, which have a significant volume of cases in these units, are cases involving default convictions where their judgments have not been actual notice. Such cases, which were not executed due to the lack of recognition and access to the convicted person, now constitute a large part of the older cases of these branches. Certainly one of the most effective legal tools for overcoming such an undesirable situation is the regulations governing the execution prescription. However, due to ambiguity in jurisprudence over the concept of "definitive verdict", this legal instrument is not well used and the Legal Department of the Judiciary has not been able to assist in resolving this dilemma by providing a proper interpretation of the provisions. On the contrary, it has added to the ambiguity of the field with its controversial and critical advisory opinions. In this article, in addition to exploring the concept of the definitive verdict, numerous opinions of the legal department in this field will be criticized, and eventually, it will be shown that default judgments along with other judgments commonly accepted as definitive and non-appealable are subject to execution time-lapse set forth in Article 107 of the Islamic Penal Act, 2013.

Keywords

Definitive and non-appealable verdicts, Lapse of time, Criminal default judgments, Definitive judgment, Injunction of suspending the enforcement of a judgment

* Email: bghaffary@ut.ac.ir (Corresponding Author)

Payment of Unrelated Compensation to the Acquisition of Land in Implementation of Public Projects (Comparative Study of British and Iranian Judicial Precedent)

Amirhossein Alizadeh*

Judge of Justice, PhD Student in Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Mohammadbagher Parsapour

Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Abstract

In order to implement public projects which are carried out by the executive systems, apart from the ownership, the owners of the property in these projects' realm may be affected by the implementation of public projects. The question is whether the executive system can be held liable for such damages? This is one of the most important issues in many countries, which has sometimes been overlooked. In the present article, this issue has been studied in an analytical and comparative manner in the Iranian judicial procedure. In general, British law's spoken about three types of damages: damages resulting from the ownership of a part of the property; damages resulting from the type of work and exploitation of the project and damages resulting from the deprivation (disturbance) of rights. Determining the compensation in the first case is done on the base of three rules of concurrent value or value reduction and the rule of before and after, and in the second case is based on the method of payment of damages in the scope of civil liability and in the third case, is based on the evaluation of relocation costs or completion of business activities. Iranian law and judicial precedent have no corresponding rules regarding the damages of the first and second types, and the judicial procedure does not provide a clear criterion for damages of the third type. In some cases, determining the compensation is subject to the agreement of the parties or to the extent of definite damages. However, it seems that in Iranian law, based on accepted rules and principles, it's possible to provide acceptable justification for the application of rules in British law.

Keywords

McCarthy Rules, Liability, Damage compensation, Public project

* Email: alizadeh.amir@modares.ac.ir (Corresponding Author)

Right of Retention in Securities Transactions

Bahram Taghipour

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran

Narjes Salehi*

PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran

Abstract

In the capital market, there is a range of transactions between the issuer and the investor or between the securities buyer's and seller's brokers. These transactions, like other kinds of transactions in the non-regulated markets, require efficient rules and sanctions. Some of the sanctions are individually restricted to the capital market transactions and have been enacted by the Securities Exchange Organization and Securities and Exchange High Counsel. Some other sanctions can be drawn out of the general rules governing contracts. It is expected that the right of retention, as a general rule governing contracts, is applicable in capital market transactions, as well. However, given the specific rules governing the securities market and the necessity of using brokers' services in this market, there are some scepticisms on the right of retention in securities transactions. This study, in a descriptive-analytic way, shows that despite the fact that the right of retention is the general rule of contracts, there are serious scepticisms regarding its application in securities transactions because of the unique nature of these transactions and the fact that these transactions are realized through brokers and central depository company. This is sometimes for the purpose of protecting investors in the context of capital market regulations but in some situations can violate both investors' and brokers' rights. Therefore, it is necessary to set up the Delivery vs. Payment (DVP) system to cover the gaps.

Keywords

Broker, Conditional block transactions, Primary market, Secondary market, Securities

* Email: nargessalehi200316@gmail.com (Corresponding Author)

The Best Interests of Juvenile in Iranian Criminal Law; Focusing on Flexible Punishment Solutions

Hadi Rostami*

*Assistant Professor, Faculty of Law, Faculty of Humanities, Bu Ali Sina University,
Hamadan, Iran*

Seyed Poria Mousavi

*Master Student of Criminal Law for Children and Adolescents, Faculty of Law and
Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

Abstract

Achievements of different knowledge such as criminology and penology and also the use of answering experiences to criminals, show that equivalent giving response and answering to crimes perpetrators, were inefficient and that lead to stabilizing crimes of the juvenile offender. In the meantime, documents and international regulations of human rights also with an emphasis on different components are still in search of blockage of the cycle of becoming a habit of delinquent of this category of citizens. The best interests of a juvenile offender, that as a strategic and fundamental principle was important for system of the criminal policy of united nations, and considered as an index so that internal criminal policymakers of countries by that can make a decision about choosing methods for removal and stop of the relationship of children and teens with a criminal process forever and can be provided as a goal. By these changes in 2013 and following paragraph 1 of article 3 of the convention on the rights of the children, the criminal justice system of Iran tried to respect this principle and, in the light of readings of it, select a cohesive policy and that to what extent it was successful, is a subject that this writing will consider it. Because it seems that on one hand legislator had tried to respect the bests interests of juvenile in punishable crimes and on the other hand, try to respect laws (limits and retaliation) that in this way had faced significant duality.

Keywords

Legislator, Juvenile, Protective and educational actions, Punishment, Judicial authority

* Email: h.rostami@basu.ac.ir (Corresponding Author)

Constitutionalisation of Basic Principles of Criminal Procedure: Analysis of the Conflicts Between the Criminal Procedure Code Adopted in 2013 and the Constitution

Vali Rostami

*Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science,
University of Tehran, Tehran, Iran*

Sina Rostami*

*PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political
Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

Hasan Kabgani

Researcher of Judiciary Research Institute, Tehran, Iran

Abstract

The point of departure for the law and the sign of adherence to the rule of law is the existence of a constitution in any country. In the legal system of Iran, the safeguarding of the constitution is enforced by the Guardian Council and the Judiciary. Nevertheless, the Guardian Council seems not to be fully in line with the principles of fair trial enshrined in the constitution. Because by reviewing the legal and fundamental principles of the Code of Criminal Procedure, approved in 2013, one may easily realise that some of the provisions of this law are in conflict with the principles of fair trial enshrined in the constitution. Accordingly, it seems necessary to analyze the existing conflicts as well as to examine the possibility for court judges to invoke the constitution, as well as the non-implementation of legal articles contrary to the principles of the constitution. The present study uses a descriptive-analytical method to measure the compliance of ordinary laws related to the principles of superior proceedings and in case of changes and non-compliance, to describe the guarantee of implementation of these discrepancies. The results indicate that the Code of Criminal Procedure, passed in 2013, despite the great progress made in observing the principles of fair trial enshrined in the constitution, in cases related to the right to appoint a lawyer and the publicity of dealing with political and press crimes, the principles related to the separation of powers and other cases, still contain sentences contrary to the spirit of the Constitution.

Keywords

Rule of Law, Constitution, Constitutionalisation, Principles governing fairness, Conflict of Laws

* Email: sinarostami.1372@yahoo.com (Corresponding Author)

The Foundations of the Right Not to be Punished in Penal Law

Sayed Hamid Hoseyni*

*Judge of Justice, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law,
Islamic Azad University (North Tehran Branch), Tehran, Iran*

Firouz Mahmoudi-Janaki

*Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law
and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

Abstract

he mental disposition of individualism and natural law advocates is the main trough of the "right not to be punished". This right is an innovative and great disputable issue among the law philosophers of Criminal Law. Multidimensionality and ambiguity of "right" and "punishment" have caused a wider area of the aforementioned challenge. This article presents the meaning of the "right to not be punished" besides doing some studies on its main philosophical and criminological foundations through the descriptive-analytic method. The findings of the study indicate that the "right to not be punished" is in the category of a priori, natural and fundamental human rights and is of the type of "conditional negative claim-right". Human dignity, philosophical principles of avoiding harm and harassment as philosophical theories of pressure, radical (critical) and labelling are among the criminological foundations of the formation of this right, which has made its philosophical underpinnings more understandable and acceptable by referring to other researches in social sciences. It is obvious that paying attention to the concept and foundations of the aforesaid right, results in reasonable saving on both criminalization and sentencing in criminal law.

Keywords

Right not to be punished, Principle of avoiding harm, Principle of non-interference, Criminal law as the last solution

* Email: ho3eini64@gmail.com (Corresponding Author)

Transition from Legislative Rule to Judicial Regulation in the Jurisprudence of the Court of Administrative Justice with Emphasis on Employment Law

Mohammad Hasanvand*

Judge of Justice, PhD in Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Mina Akbari

Researcher of Judiciary Research Institute, Tehran, Iran

Abstract

The high-standing status of the written law in Iran's legal system has been manifested as an obvious and unchangeable affair in the ideas of legal thinkers. However, in the field of administrative law, particularly the law of employment, causes such as politically affected legislative system and non-pursuit of scientific and specialized ideas as well as repeated alterations of administrative rules have triggered unstable, dispersive, contradictory and cumulative rules to appear in this field, leading to inefficiency of rules. Law has been weak to play its inherent role as a predictable, regulative and decisive source and has followed diversified procedures of administrative authorities and branches of the Administrative Court of Justice. Among the other things, judges of the Administrative Court of Justice as administrative justice for obligating their adjudication and resolution of cases, have this ability to deal with this inefficiency while acting as judge of the branch, and members of specialized bodies and public bodies. The present paper has aimed to prove the mentioned claim, firstly by describing and naming applications of such laws and secondly by analyzing rules and ideas of the Administrative Court of Justice. The inefficiency of the legislative system in this area and the issuance of judicial rulings in the Administrative Court of Justice have implicitly identified the customary role of judicial regulation for the Court of Administrative Justice and somewhat similar to the position of the Supreme Court in the common law system. It has also promoted the status of the judiciary as the main source in Iran's administrative law system, such as the customary law system. However, the law itself is the first source of Administrative Law in Iran's Legal system.

Keywords

Regulating, Judiciary precedent, Administrative adjudication, Administrative Court of Justice, Inefficiency of Laws

* Email: md.hasanvand@gmail.com (Corresponding Author)

Right of Access the Internet: Bases and Content

Baqer Ansari*

Associate Professor, Department of Human Rights, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

Individuals' access to the internet is one of the current debates at international and national levels from economic, cultural, social, political and legal perspectives. From a legal perspective, the main question is that: "is the access to the internet an individual right?" if so: "what is its content and how can it be protected and realised?" This article, based on the desk research method, by studying international and regional instruments and interpretations, national legislative administrative and judicial practices and legal scholars' viewpoints, has concluded that the existence of this right is known as the dominant view but, its content still remains disputable. Nevertheless, the right to connect to the Internet, the principle of neutrality, the right to anonymity, the right to use encryption technology and the right to secure and transparent Internet can be recognized as the main elements of this right. Also, this right is mainly formal and structural in nature. In other words, it's about the principle of Internet access, not the content that is exchanged as a result of access.

Keywords

Internet access, Net neutrality, Anonymity, Encryption right to safe and transparent internet

* Email: b_ansari@sbu.ac.ir

Instrumental or Thematic Validity of Criminal Confession In the Legal System of Islamic Countries with Emphasis on Iranian Legal System

Ruhollah Akrami*

*Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of
Law, Qom University, Qom, Iran*

Abstract

In regard to proving criminal cases, although each legal system has its own view over the validity of Confession, yet it has a special position in all legal system. Confession has an intrinsic value in different countries' regulations subject to the system of legal reasons, thus in some legal systems, the judge is obliged to issue a judgment based solely on the confession for the absolute validity given to it by the legislator. Whereas in countries affected by the system of moral reasons, the confession itself is not valid and its value is as a means of assuring the judge of the event to which the confession has been made. In the present article, an attempt has been made to examine the validity of the confession in proving the case with a descriptive-analytical method. In this regard, it is examined whether a criminal judge can issue a sentence as soon as the accused confesses, and this validity remains until the judge is aware of its inaccuracy? Or that the sentence can be issued only on the basis of a confession when the judge is satisfied with it? And basically, this persuasion can be based on confession alone or does it need other supporting evidence? In order to answer these questions, while briefly studying the legal system of some Islamic countries, the issue has been specifically examined from the perspective of the Codified regulations, legal doctrine and judicial procedure of the Islamic Republic of Iran. The superficial conflict between the approach of the Islamic Penal Code and the Code of Criminal Procedure on this issue has added to the complexity of the issue, which makes it necessary to rely on interpretive methods to accept the relevant validity of the criminal confession.

Keywords

Criminal litigation, Evidences for proving litigation, Confession, Proof of litigation, Instrumental validity of confession, Relevant validity of a confession

* Email: r.akrami@qom.ac.ir

Situational Preventive Measures Against Traffic Offenses and Their Pathologies

Mehdi Aghaei*

*Judge of Justice, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law,
Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Nasrin Mehra

*Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of
Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Abstract

Country's chaos regarding car accidents, Justifies the necessity of growing attention and importance of preventive measures of these offences, and makes this issue known as a major concern. This also reveals the necessity of interactive (non-criminal) preventive measures with respect to traffic crimes and violations. Situational prevention or situation oriented, as the most moderate, possessing the most widespread measures, is considered as an effective non-criminal prevention pattern and based on the statistics given by official organizations, it has a tremendous impact on the reduction of crimes and violation in different countries. In proportion to scientific and technological developments, different situational preventive measures have been updated, and due to their consistency, they can be applied in traffic violations and offences. On one hand, the analysis of suggested measures in the framework of situational prevention and on the other hand, statutory criminal policy pathology and some other practical plans linked with this kind of prevention of the offences and traffic violations are the main purposes of this article. In the sphere of Iran's statutory criminal policy "The law of compulsory insurance for damages inflicted to third parties arising from an accident of vehicles" and "The law of adjudication of traffic violations are the most important legal sources that their analysis shows that most of the components and enforcement measures either have not been predicted or their enforcement process have not been codified even in the form of by-laws, or they are far from the situational technics and criteria over them. Unfortunately, the legislature has taken situational prevention aspects into consideration only in few cases of its statutory criminal policy, although this matter is significant: the practical potentials of situational prevention has been restricted to nominal and brief dimensions. Besides, the guarantee of situational prevention approach in the society needs systematization of the variety of adopted situational measures.

Keywords

Situational prevention, Traffic offences and violation, Car accidents, Safety and road management, Criminal policy

* Email: mehdiaghaee2008@gmail.com (Corresponding Author)

Contents

Situational Preventive Measures Against Traffic Offenses and Their Pathologies	A
Mehdi Aghaei, Nasrin Mehra	
Instrumental or Thematic Validity of Criminal Confession In the Legal System of Islamic Countries with Emphasis on Iranian Legal System	B
Ruhollah Akrami	
Right of Access the Internet: Bases and Content	C
Baqer Ansari	
Transition from Legislative Rule to Judicial Regulation in the Jurisprudence of the Court of Administrative Justice with Emphasis on Employment Law	D
Mohammad Hasanvand, Mina Akbari	
The Foundations of the Right Not to be Punished in Penal Law	E
Sayed Hamid Hoseyni, Firouz Mahmoudi-Janaki	
Constitutionalisation of Basic Principles of Criminal Procedure: Analysis of the Conflicts Between the Criminal Procedure Code Adopted in 2013 and the Constitution	F
Vali Rostami, Sina Rostami, Hasan Kabgani	
The Best Interests of Juvenile in Iranian Criminal Law; Focusing on Flexible Punishment Solutions	G
Hadi Rostami, Seyed Poria Mousavi	
Right of Retention in Securities Transactions	H
Bahram Taghipour, Narjes Salehi	
Payment of Unrelated Compensation to the Acquisition of Land in Implementation of Public Projects (Comparative Study of British and Iranian Judicial Precedent)	I
Amirhossein Alizadeh, Mohammadbagher Parsapour	
The Concept of Verdict Certainty and its Effect on the Statute of Limitations in Criminal Absentee Sentences	J
Behnam Ghaffari, Seyyed Hamid Shahcheragh	
Issue Preclusion res Judicata Penal in Civil in Iran and France Law	K
Ali Asgari-tavani, Hassan Mohseni, Mohammad Ali Mahdavi-sabet, Mansoor Amini	
Apostille Convention and the Effect of its Accession on the Iranian Legal System	L
Sayed Saeed Hashemi	



The Judiciary's Law Journal

Volume 84 / Issue 112 / 2021 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, Mohammad Hasan
Sadeghi Moghadam, Abbas Ali Kadkhodaei, Fazlollah Mousavi,
Hossein Mirmohammad Sadeghi

Senior Editor: Zahra Mashayekhi

English Text Editor: Mahdi Ebrahimi

Price: 420.000 Rials

Print ISSN: 1735-4358

Online ISSN: 2676-7198

Tel-Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: Law.journal1316@gmail.com