

به نام خداوند جان و خرد

# راه وکالت

نشریه خبری، اطلاع رسانی، آموزشی، تحلیلی و پژوهشی  
سال سیزدهم، شماره بیست و ششم، پاییز و زمستان ۱۴۰۰



دوفصلنامه حقوقی کانون وکلای دادگستری گیلان

## شیوه نامه راه وکالت

مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریه چاپ شده باشد. تحریریه در چاپ، تلخیص ویرایش مقالات آزاد است. ارائه متن زبان اصلی مطالب ترجمه، الزامی است. چنانچه مقاله برگرفته از پایان نامه یا گزارش طرح پژوهشی باشد ذکر آن در ابتدای مقاله الزامی است. و حجم مقالات ارسالی حداکثر ۲۰ صفحه باشد. نقد آرای الزاماً مربوط به آرای قطعیت یافته باشد. مقالات به صورت تایپ شده با ورد ۲۰۰۷ یا نسخه های بعدی همراه با فایل مربوطه تحویل کانون شده یا به نشانی کانون ایمیل گردد

نقل مطالب این نشریه به شرط ذکر منبع بلامانع است.

مطالب مندرج در این نشریه بیانگر آرای نویسندگان آنهاست و موضع رسمی کانون نمی باشد.

با تشکر از آقای حمیدرضا اثمی برای تهیه مطالب.

صاحب امتیاز

کانون وکلای دادگستری گیلان

مدیرمسئول

محمود اخوان توکلی

شورای سردبیری

دکتر محمدرضا نظری نژاد، دکتر عباس سلمان پور،

حمیدرضا اثمی

اعضای تحریریه

دکتر عباداله رستمی، دکتر مجتبی جانی پور،

دکتر محمود کهنی، حسین رسول زاده، اسفندیار سلمان،

سعیده رضانی نژاد، دکتر فائزه سلیم زاده، میترا محتشمی،

امیر فامیل زوار جلالی، سیدعلی موسوی

ویراستار

ماهان تیرماهی

خدمات نشر

انتشارات جنگل

نشانی نشریه

رشت، بلوار چمران،

کانون وکلای دادگستری گیلان

تلفن

۰۱۳۳۲۸۵۸۶۱۶

پیامک

۹۹۹۹۵۸۴۳۶۹

ایمیل

help@guilanbar.ir

## فهرست مطالب

یادداشت مدیرمسئول / محمود اخوان / ۱

درآمدی بر بومی‌سازی مجازات‌های جایگزین حبس، الزامات، چالش‌ها و راهکارها / دکتر علی نجفی توانا، مهران سهرابی اسمرود / ۵

ضابطه تشخیص تخلف و جرم در سازمان تعزیرات حکومتی / محمود اخوان / ۲۲

ملاحظات درباره ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی / رسول احمدزاده / ۳۷

تحلیل مسئولیت ناشی از روابط مبتنی بر رمزارزها / سعیده رضائی‌نژاد / ۴۵

نحوه ابطال آیین‌نامه‌ها، نظامات و مقررات دولتی در دیوان عدالت اداری و اثر ابطال آن‌ها

«موضوع ماده ۱۲ و ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری» / دکتر فائزه سلیم زاده کارودی / ۵۴

مطالعه تطبیقی اصل تفکیک قوا در نظام حقوقی ایران و ایالات متحده آمریکا / سید علی

موسوی / ۶۰

بررسی وضعیت پرداخت خسارت به راننده مسبب حادثه با نگاهی به رویه قضایی / علیرضا

جهانگیری / ۸۱

طرفین دعوی ورشکستگی / آرمان یعقوبی مقدم / ۹۳

اثر واخواهی در تعلیق مهلت تجدیدنظر / مسلم تشدید / ۱۰۷

آیت‌الله صافی گلپایگانی؛ نماینده واقعی فقه سنتی / دکتر محسن برهانی / ۱۲۲

سفه و اثبات آن در پرتو آرای دیوان عالی کشور / دکتر عیسی امینی / ۱۲۷

نگاهی پساساختارگرایانه و کارکردی به چند انگاره‌ی حقوقی / حسین رسول‌زاده / ۱۳۲

بررسی نظریه شورای نگهبان مبنی بر نامشروع دانستن ارائه مجوز برداشت از حساب

تسهیلات‌گیرنده و ضامنین توسط بانک / جاوید غیاث‌خواه / ۱۴۰

در باب دفاتر خدمات قضایی الکترونیک / مطهره فرد صبوری / ۱۴۷

حق تجدیدنظرخواهی دادستان در جرایم قابل گذشت (نقدی بر رأی وحدت رویه مورخ ۱۴۰۱/۱/۱۶

هیأت عمومی دیوان عالی کشور) / دکتر فیروز محمودی جانکی / ۱۵۲

اثر انجام مورد وکالت از سوی موکل / امیر فامیل زوار جلالی / ۱۶۰

از اخته‌سازی اجتماعی تا نهادهای بی‌باوری؛ در جستجوی عدالت از دست‌رفته / مصاحبه با

پروفسور میراواله، استاد دانشگاه تورین ایتالیا (مصاحبه‌کننده: سوسن رنجبر نوعی با پیش‌درآمدی از

دکتر جمشید غلاملو) / ۱۶۳

هزارتوی رمزارزها (در معرفی کتاب «دارایی‌های رمزنگاری‌شده») / سعیده رضائی‌نژاد / ۱۷۶

آراء محکومیت دادگاه‌های کانون وکلای دادگستری گیلان به توبیخ با درج در مجله

کانون / ۱۷۹

۱. بحث راجع به استقلال وکیل و نهاد وکالت (کانون‌های وکلای دادگستری) ظاهراً به‌صورت یک بحث تکراری در جامعه حقوقی درآمده است اما نقش وکیل و کانون‌های وکلا در تقویت ارزش‌هایی نظیر حاکمیت قانون و حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی و نهایتاً دفاع از نقش آنان در تحقق عدالت اقتضاء دارد به استقلال وکیل و نهاد وکالت نگاه عمیق‌تری صورت گیرد و با دفاع مستمر از استقلال وکیل و نهاد وکالت از تضعیف آنان جلوگیری شود. بیش از یک‌صد سال است که اشتغال به وکالت دادگستری به‌عنوان یک حرفه خاص پذیرفته شده است و در فصل چهارم قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه مصوب ۲۱ رجب ۱۳۲۹ هجری قمری در کمیسیون عدلیه وکالت دادگستری به‌عنوان یک حرفه به رسمیت شناخته شده است.

مقوله استقلال کانون‌های وکلای دادگستری در این زمان بیش از پیش، مورد مناقشه قرار گرفته و چالش‌های فراوانی پیش روی آن‌ها قرار داده شده است. بنابراین برای ورود به یک بحث مختصر باید چند نکته مورد توجه قرار گیرد: معنا و مفهوم استقلال کانون‌های وکلای دادگستری برای تطبیق وضعیت این نهاد با وضعیت استقلال کانون‌های وکلا در نظام‌های حقوقی دیگر مورد توجه قرار گیرد. موضوع بعدی این است که قوانین و مقررات کشور ما به استقلال کانون وکلای دادگستری چه نگاهی دارد. نهایتاً باید بینیم که قوانین و مقررات به کدام سو می‌رود و کدام سویه برای حفظ حقوق فردی و اجتماعی، با توجه به محدودیت‌های نظام حقوقی مناسب‌تر است.

استقلال در لغت به معنای این است که «در تصمیمات و یا رفتار خود تابع دستور یا خواست دیگران نبودن، داشتن حق یا توانایی تصمیم‌گیری در اداره کارها» اما در اصطلاح حقوقی منظور از استقلال کانون‌های وکلای دادگستری این است که وکلا برای امور حرفه‌ای خود کنترل داشته باشند و اقتدار و صلاحیت آموزش‌های حرفه‌ای و صدور پروانه کار و اعمال مسئولیت‌های انضباطی را در اختیار داشته باشند. معنای استقلال در منشور هاوانا که یک سند غیرمعاهده‌ای و پذیرفته شده است در این مقوله می‌گوید: «وکلا باید حق تشکل و عضویت در کانون‌های

حرفه‌ای خودگردان جهت نمایندگی در منافع خود و ترویج آموزش و تعلیم مستمر و دفاع از اصالت حرفه‌ای خود را داشته باشند. مدیران کانون‌های حرفه‌ای باید از طریق اعضای این حرفه انتخاب شده و کارکردهای آن را بدون دخالت دیگران انجام دهند. کانون‌های وکلای دادگستری از مصادیق انجمن‌های حرفه‌ای هستند که وجود این انجمن‌ها را قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد تأیید قرار داده و تضمین کرده است. استقلال و آزادی انجمن‌ها در حدود قانون مورد پشتیبانی همه اسناد و اعلامیه‌های حقوق بشری است. قوای سه‌گانه مجاز به دخالت فراقانونی در این انجمن‌ها نیستند. کانون‌های وکلا نماینده یک نظام حرفه‌ای هستند و نوع خدمت آن‌ها یک خدمت عمومی است که مورد اجماع همگانی است.

مهم‌ترین قوانین و مقرراتی که اصل وکالت دادگستری و وجود کانون‌های وکلای دادگستری و استقلال آن‌ها را تضمین کرده‌اند اصول بیست و ششم و سی و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و لایحه قانونی استقلال کانون‌های وکلای دادگستری مصوب سال ۱۳۳۳ می‌باشد. در اصل بیست و ششم آمده است: «احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده آزادند، مشروط به این‌که اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی و موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند» و در اصل سی و پنجم قانون اساسی آمده است: «در همه دادگاه‌ها طرفین دعوا حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند باید برای آن‌ها امکانات تعیین وکیل فراهم شود» و در ماده ۱ لایحه قانونی استقلال کانون‌های وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳، استقلال این نهاد تحت عنوان این‌که «کانون‌های وکلای دادگستری موسسه‌ای است مستقل و دارای شخصیت حقوقی که در مقر هر استان تشکیل می‌شود» مورد تضمین قرار گرفته است. در مورد ادعای این‌که در قانون اساسی راجع به این موضوع صریحاً قانون‌گذاری نشده، نویسندگان و حقوقدانان بزرگ نظر داده‌اند علت آن این بوده که حدود سی سال قبل از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در قوانین موضوعه استقلال کانون‌های وکلای دادگستری به رسمیت شناخته شده و تضمین گردیده است و حتی واژه استقلال در ماده ۱ فوق‌الذکر صریحاً آمده است لذا نیازی به تصریح مجدد آن احساس نمی‌کردند. به طوری که از آن به عنوان یک اصل نانوشته قانون اساسی نام برده‌اند. این اصل مستلزم خودگردانی و اداره امور وکلا توسط خود وکلا و ممنوعیت مداخلات فراقانونی است.

در نظام‌های حقوقی نسبت به استقلال کانون‌های وکلای دادگستری سه گروه قابل مشاهده است. اولاً نظام‌های حقوقی که استقلال کانون‌های وکلا در آن‌ها تضمین شده است. ثانیاً نظام‌های حقوقی که کانون‌های وکلای دادگستری استقلال نسبی دارند و ثالثاً کشورهایی که اساساً استقلال نهاد وکالت را به رسمیت نمی‌شناسند و اداره امور وکلا و دادن پروانه وکالت به عهده دستگاه قضایی آن کشورهاست.

در اصول یک‌صد و پنجاه و ششم قانون اساسی که اختیارات قوه قضاییه و یک‌صد و پنجاه و هشتم قانون اساسی که وظایف رئیس قوه قضاییه در آن‌ها پیش‌بینی شده راجع به دخالت در امور وکالت دادگستری صراحتی وجود ندارد. ولی در ماده ۲۱۲ قانون پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی مصوب سال ۱۳۸۹ قوه قضاییه موظف شده است که با رعایت سیاست کلی نظام در امور قضایی لایحه جامع وکالت و مشاوره حقوقی را در طول سال اول برنامه تهیه و از طریق دولت به مجلس شورای اسلامی تقدیم نماید. ولی در سیاست‌های کلی نظام در امور قضایی مصوب ۱۳۷۱/۰۷/۲۸ و سیاست‌های کلی قضایی پنج ساله مورخ ۱۳۸۱/۰۹/۰۱ مقام رهبری اشاره خاصی به نهادهای حرفه‌ای و صنفی نشده است. بنابراین در مقررات جمهوری اسلامی ایران به‌طور اخص در لایحه قانونی استقلال کانون‌های وکلای دادگستری و آیین‌نامه آن، استقلال کانون‌های وکلای دادگستری صراحتاً تأیید و تضمین شده است. در اصول قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام و مقررات پنج ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران هم این استقلال، نفی نشده و تحدید آن تجویز نگردیده است. نهایتاً تضعیف و تحدید استقلال کانون‌های وکلا دادگستری و وضع مقرراتی مثل آیین‌نامه سال ۱۴۰۰ رئیس قوه قضاییه سابق یا تضعیف عملی کانون‌های وکلای دادگستری بدون وضع مقررات در بعد داخلی به علت اقتدارات پیش‌بینی شده در قانون اساسی برای قضات و قوه قضاییه در امر قضاوت و دادرسی، امری غیر لازم و از بعد بین‌المللی، تضعیف و تحدید استقلال کانون‌های وکلای دادگستری به علت عدم انطباق با استانداردهای بین‌المللی و حقوق بشری امری غیرمفید است. جز آثار زیان‌بار، فایده‌ای بر آن متصور نیست.

اساساً نظام‌های حقوقی همیشه در اهداف اصلی یعنی حاکمیت قانون و تضمین آزادی‌های فردی و اجتماعی و تحقق عدالت رو به جلو حرکت می‌کنند. تضعیف و تحدید نهادهای حرفه‌ای مثل کانون‌های وکلای دادگستری که نقش بی‌بدیلی در تحقق این امور دارند بازگشت به قهقرا محسوب می‌شود. به‌طوری که یکی از نویسندگان و اساتید حقوق در کتابی راجع به وکالت و وکالت در ایران نوشته‌اند لایحه استقلال کانون‌های وکلای دادگستری یک استقلال محدود شده برای وکالت در ایران در نظر گرفته‌اند. آیا شایسته است که همین استقلال محدود هر روز به شکلی محدودتر شود؟

۲. مسائل مبتلا به نهاد وکالت دادگستری مثل استقلال وکیل و کانون‌های وکلای دادگستری به قدری فراوان و محتاج به بررسی تحلیلی است که هنوز از یک موضوع فارغ نشده معضل دیگری حادث می‌شود. از جمله طرح تسهیل صدور برخی مجوزهای کسب و کار که از سوی تعدادی از نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی به مجلس تقدیم شده بود. در واقع طرح تکثیر وکیل دادگستری بدون نیازسنجی و تقلیل دادن معیار سنجش دانش حقوقی متقاضیان ورود به این حرفه است. همان‌طور که رئیس محترم کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی

که قبل از ورود به مجلس از اشخاص شاغل در قوه قضاییه بوده‌اند در مقام مخالفت با طرح مذکور اعلام کرده‌اند با همین وضعیت فعلی بخشی از دارندگان پروانه وکالت دادگستری در عمل بیکار هستند. بنابراین این طرح نه تنها موجب اشتغال و رفع بیکاری تحصیل‌کردگان حقوق نمی‌شود بلکه خود موجب تشدید بیکاری است. اما مجلس محترم متأسفانه به توصیه‌ها و تذکرات اساتید دانشگاه و کانون‌های وکلا و حقوقدانان و حتی بعضی از اقتصاددانان توجهی نکرده است. واقعیت قضیه این است که شتاب‌زدگی و عدم کارشناسی گسترده در تصویب قوانین، موجب ناپایداری قانون می‌گردد و احتمالاً مفسده‌های آن وضع اشتغال را بدتر خواهد کرد. هیچ‌کس از جمله کانون‌های وکلای دادگستری مخالف رفع موانع مجوزهای کسب و کار نیستند و رفع مشکلات جامعه از جمله معضل بیکاری و تورم جزء آرزوهای آن‌هاست. اما اعتقاد دارند قانون باید دقیق، آینده‌گر و پایدار باشد. اگر ملزومات تصویب قوانین رعایت نشود نتیجه عکس خواهد داشت.

۳. دو فصلنامه «راه وکالت» نشریه کانون وکلای دادگستری گیلان در سیزدهمین سال انتشار از شماره ۲۵ نشریه تغییراتی در شکل و محتوای مجله به عمل آورده است. جلد مجله به روز شده و تغییرات ادامه پیدا کرده است. سردبیر به شورای سه نفره سردبیری تبدیل گردیده است. اعضای هیأت تحریریه برای تحرک بیشتر افزایش یافته است. محتوای نشریه هم تنوع بیشتری پیدا کرده است. علاوه بر مقالات متعارف از جستارها و نظریه‌های مکتوب وکلای دادگستری، حقوقدانان و اساتید دانشگاه‌ها بیشتر استفاده شده است. به نقد آرای قضایی هم توجه بیشتری مبذول گردیده است. درج مصاحبه با حقوقدانان هم مورد توجه قرار گرفته است. در شماره‌های آتی تغییرات با سرعت بیشتر ادامه خواهد یافت. نظر به این‌که نشریه کانون وکلای دادگستری گیلان ارگان اطلاع‌رسانی، آموزشی ناشر نظریات علمی، تحلیلی و پژوهشی وکلا و حقوقدانان است؛ برای آموزش همکاران جوان اهتمام ویژه‌ای دارد. این نشریه تلاش می‌کند برای اعتلا، ترویج و دفاع از حقوق شهروندی هم نقش مؤثر داشته باشد. انتظار از همکاران محترم و حقوقدانان ارجمند و اساتید گرامی دانشگاه‌ها کمک و تقویت این نشریه است. در این برهه که نهاد وکالت دادگستری و وکلا آماج حملات گوناگون قرار گرفته‌اند و در تلاطم حملات و تعرضات به استقلال، ادامه موجودیت این نهاد در خطر قرار گرفته است؛ این همیاری بیش از پیش مورد نیاز است.

## درآمدی بر بومی‌سازی مجازات‌های جایگزین حبس، الزامات، چالش‌ها و راهکارها

دکتر علی نجفی توانا  
مهران سهرابی اسمرود

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دانشجوی دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، پژوهشگر حوزه بومی‌سازی جرم‌شناسی و وکیل پایه یک دادگستری

### چکیده

مجازات‌های محلی، جامعی و جایگزین حبس در مناطق مختلف ایران، ۵. پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری، مدنی و انضباطی برای تعیین افراطی کیفر حبس در آراء جزایی برای قضات متخلف، ۶. حذف یا کاهش موارد صدور قرار بازداشت موقت اجباری، ۷. متدرج کردن کیفر حبس با توجه به شدت جرم، شخصیت متهم، شدت مجازات، آثار و نتایج زیان‌بار حاصله از جرم و ۸. متنوع کردن پاسخ‌های کیفری ضمن تقلیل کاربست حبس در صدور آراء، عبور کم‌ضرر سامانه کیفری ایران از وضعیت هشدار فعلی و رفع بحران جمعیت کیفری زندان‌ها را تا حد زیادی، تضمین کرده است. در پایان نگارندگان، راهبردهایی را هم در جهت برون‌رفت از موانع و محدودیت‌های حاکم بر بومی‌سازی جایگزین‌های حبس ارائه کرده‌اند.

راهبردهای اساسی جهت برون‌رفت از چالش‌های حاکم بر بومی‌سازی جایگزین‌های حبس چیست؟ برای پاسخ به پرسش‌های فوق، ضمن تبارشناسی مفاهیم بومی‌سازی و مجازات‌های جایگزین حبس، با استفاده از روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و با ابراز کتابخانه‌ای و ملاحظه آراء محاکم کیفری در ارتباط با مجازات‌های جایگزین حبس با کاربست روش‌های بومی‌سازی جایگزین‌های حبس از طریق ۱. بازخوانی مفهوم و ماهیت کیفر حبس، ۲. تحدید قلمرو حبس در قوانین کیفری موضوعه، ۳. پایبندی نظری، عملی و قضایی به حبس‌زدایی در مرحله جرم‌انگاری و کیفر‌گذاری، ۴. توجه عمیق و هدفمند به مؤلفه‌های بومی‌ساز نظیر فرهنگ، آداب و رسوم باورهای تثبیت شده محلی و استانی مرتکبین جرایم در تعیین کیفر حبس و بسترسازی مناسب برای اجرای بهینه

بومی‌سازی و گونه‌های متنوع آن در ایران، به درستی فهم نشده و قرائت رسمی و متداول از آن وجود ندارد. به عبارت دیگر، این مفهوم با بحران معنا مواجه است. با این وجود، در ضرورت بومی‌سازی دانش حقوق، علوم اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، امنیتی، نظامی و حتی ادوات کشاورزی، کمتر کسی تردید به خود راه می‌دهد. در مقاله حاضر، نگارندگان درصدد پاسخ‌دهی به این پرسش‌ها هستند که اولاً بومی‌سازی چیست و بومی‌سازی جایگزین‌های حبس به چه معنا به کار می‌رود؟ آیا بومی‌سازی جایگزین‌های حبس در نظام کیفری ایران امکان‌پذیر است؟ اگر پاسخ منفی است، دلایل عدم امکان و اگر پاسخ مثبت است، الزامات حاکم بر آن کدام‌اند؟ در نظام کیفری ایران چه موانع و محدودیت‌هایی پیش روی بومی‌سازی مجازات‌های جایگزین حبس وجود دارد؟ ثانیاً راهکارها و

واژگان کلیدی: بومی‌سازی، مجازات‌های جایگزین حبس، جمعیت کیفری، الزام، چالش و راهکار

## ۱. درآمد

بررسی و مطالعه تاریخ حقوق کیفری، از مجازات‌هایی خبر می‌دهد که حقیقتاً قلم از بیان آن شرمگین و زبان از ایضاح و تشریح کیفیت اجرای آن عاجز و الکن است.<sup>۱</sup> وقتی به این قبیل مجازات‌های موهن و حشیمانه نگاه می‌کنیم، مجازات حبس به تعبیر میشل فوکو<sup>۲</sup> «کیفر جامعه مدرن» [زندان] به نظر می‌رسد که در زمان ابداع و تأسیس خود، بزرگ‌ترین پیشرفت برای ابناء بشر بالأخص محکومین به کیفرهای سبانه بود. اما دیری نپایید که چند سال بعد از اتمام جنگ دوم جهانی،<sup>۳</sup> با تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر، کرامت‌محوری و پاسداشت ارزش‌های انسانی، حقوق و آزادی‌های فردی به گفتمان غالب و رویکرد مسلط اکثریت جوامع تبدیل شد<sup>۴</sup> و با جرم‌انگاری‌های نزولی به قوانین موضوعه کشورها ورود یافت و از طرفی در هر کشور نیز با لحاظ وضعیت خاص جغرافیایی و تاریخی، اصولی از قانون اساسی یا موادی از قانون موضوعه به پیش‌بینی نحوه رفتار کرامت‌مدار با محکومین و اجرای انسانی مجازات‌ها اختصاص می‌یافت<sup>۵</sup> که نقش بسیار مهمی در حفظ کرامت ذاتی ابناء بشر داشته است. اما بعد از گذشت سالیان متمادی از حبس‌گرایی، توالی فاسد این مجازات بیش از پیش آشکار شد؛ «رسوایی‌های بزرگ عدالت سنتی»<sup>۶</sup> روز به روز با اجرای ناکارآمد حبس آشکارتر شد و به تعبیر مارک آنسل فرانسوی، «امروز بحث بر سر این است که چگونه می‌توان جز در موارد استثنایی و اجتناب‌ناپذیر، جامعه را از شر زندان‌ها ساخت؟»<sup>۷</sup> طرفه آن‌که همین نویسنده و نظریه‌پرداز سیاست جنایی فرانسه اعتقاد راسخ داشت: «زندان، ضمن آن‌که باید ابزار اصلی واکنش در مقابل بزهکاری باشد، از همان آغاز به‌صورت یک مدرسه تکرار جرم بوده و یا به آن تبدیل شده است.»<sup>۸</sup> اما فوکو با این مطلق‌اندیشی آنسل، سر سازگاری کامل نداشت و حبس را شر ضروری برای

۱. به‌عنوان نمونه‌ای از هزاران و شاید معمول‌ترین مثال مجازات‌ و حشیمانه آن هم در آغاز دوره روشنگری، اجرای حکم محکومیت «دامی ین [به جرم سوء قصد به جان شاه] در دوم مارس ۱۷۵۷ میلادی است. او محکوم شد که در برابر درب اصلی کلیسای پاریس به جرم خود اعتراف و طلب مغفرت کند...» (فوکو میشل، ۱۳۸۷) مراقبت و تنبیه، تولد زندان؛ جهان‌دیده، افشین، سرخوش، نیکو. ص ۱۱).

2. Foucault, Michel (1926-1984)

۳. البته تلاش برای تثبیت و تحفیظ کرامت ابناء بشر از ابتدای خلقت انسان وجود داشته اما در ادوار و دهه‌هایی، این کرامت محوری پر رنگ بوده است مانند عصر روشنگری در اروپا و عصر حاکمیت قوانین اسلام در زمان نبی اکرم (ص) و ائمه اطهار (ع).

۴. در این زمینه، نقش سازمان ملل متحد (U.N) بی‌بدیل است (با وجود انتقاداتی که بر اساس و ارکان این سازمان بین‌المللی وارد است) نقش سیاست جنایی سازمان ملل متحد در تدوین مجموعه قواعد و مقررات حداقل درباره طرز رفتار مصوب متفق‌الرأی نخستین کنگره سازمان ملل متحد درباره پیشگیری از جرم و رفتار با مجرمان مصوب ۱۹۵۵ ژنو و مصوبات پنجمین کنگره سازمان ملل متحد مصوب ۱۹۷۵ در این خصوص قابل ذکر است.

۵. سوءاستفاده دولت‌ها از این آرمان‌ها و مشکلات اجرایی و قضایی موضوع نوشتار حاضر نیست.

۶. فوکو میشل، ۱۳۸۷) مراقبت و تنبیه، تولد زندان؛ جهان‌دیده، افشین، سرخوش، نیکو. ص ۱۶.

۷. گودرزی، محمدرضا، ۱۳۹۲، «گستره قوانین کیفری از دیدگاه نظریه‌های جرم‌شناسی»، سال ۶۸، شماره ۵۷، ص ۱۱۴.

۸. گودرزی، همان



جامعه می دانست و اعتقاد داشت: «با این همه، جایگزینی برای آن دیده نمی شود و زندان راه حل کریه‌ی است که نمی توان از آن اجتناب کرد...»<sup>۱</sup> و نهایتاً فوکو فرزندخواندگی زندان را برای عدالت کیفری پذیرفت<sup>۲</sup> اما جامعه جهانی و عقلای عالم، تسلیم محض میراث فکری فوکو و پیروان وی نشدند و به فکر کاستن از توالی و عواقب فاسد مجازات حبس بر آمده و به چاره‌جویی پرداختند و در این میان جایگزین‌های حبس، مؤثرترین راهبرد و راهکار برگزیده شد. مقنن کیفری ایران نیز نهایتاً به تبعیت از اسناد حقوقی بین‌المللی و لحاظ توالی فاسد مجازات حبس و بحران جمعیت کیفری زندان‌ها، نهایتاً در تدوین قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ (هـ ش) [از این پس ق.م.ا] در فصل نهم تحت عنوان «مجازات‌های جایگزین حبس» از بخش دوم [مجازات‌ها] رسماً نهاد مجازات‌های جایگزین حبس را پذیرفت و تسلیم شد<sup>۳</sup> اما در کمال ناباوری و به حکایت آمارهای جنایی موجود و واقعیات عینی جامعه، مجازات‌های جایگزین حبس که یگانه اکسیر نجات محکومین به حبس بود، کارنامه درخشانی از خود بجای نگذاشت و حتی در برخی برهه‌ها و درست در زمان بحبوحه تسلط گفتمان حبس‌زدایی، جمعیت کیفری حبس به حد اعلاء و اجلای خود رسید!<sup>۴</sup>

پرسشی که دیگر بار در اذهان متبادر شد و دغدغه اصلی نویسندگان در نگارش مقاله حاضر هم بوده این است که به جای طرح سؤال فلاسفه کیفری «چرا مجازات؟» و «چرا تنبیه؟»، ضمن قبول اصل واقع‌گرایی حقوقی و پذیرش حبس در موارد معدود و منصوص، باید پرسید: «در مقابل ناکارآمدی کیفر حبس و توالی فاسد جایگزین‌های حبس چه باید کرد؟»، «مؤثرترین، علمی‌ترین و قابل دفاع‌ترین راهبرد و راهکار و الگوی پاسخ‌دهی به مرتکبین جرایم چیست؟». این مقاله متکفل پاسخ‌دهی به این قبیل پرسش‌های کشنده بوده و فرضیه‌ای را که نگارندگان ارائه می‌دهند «بومی‌سازی جایگزین‌های مجازات حبس» است.

مقاله حاضر پس از تبارشناسی اجمالی بومی‌سازی و مجازات‌های جایگزین حبس، به نحوه بومی‌سازی پرداخته از چالش‌ها و موانع و محدودیت‌های حاکم بر نحوه بومی‌سازی جایگزین حبس برمی‌دارد و در پایان با ارائه و کاربرست پیشنهادهای نظری کلان، عملیاتی و اجرایی تحقیق ضمن خروج از بحران جمعیت کیفری زندان‌ها جامعه‌ای امن، سالم و کمتر جرم‌زده داشته و ترس از جرم<sup>۵</sup> به حد معقولی کاهش یابد و ترس‌ها و خطرات موجود نیز مدیریت شود.

۱. فوکو میشل، (۱۳۸۷) مراقبت و تنبیه، تولد زندان؛ جهان‌دیده، افشین، سرخوش، نیکو. ص ۲۸۶.
۲. میشل فوکو در عباراتی جالب و شوک‌آور که لرزه بر اندام کاخ دادگستری می‌اندازد در زیر سؤال بودن حبس در کتاب دوران‌ساز خود «مراقبت و تنبیه؛ تولد زندان» می‌گوید: «قابل درک است که چرا عدالت به این راحتی، زندان را به فرزندخواندگی پذیرفت؛ زندانی که با این حال مولود اندیشه‌های عدالت نبود و عدالت به واقع، این پذیرش و قدرشناسی را به زندان بدهکار بود.» (فوکو میشل، (۱۳۸۷) مراقبت و تنبیه، تولد زندان؛ جهان‌دیده، افشین، سرخوش، نیکو. ص ۳۱۸).
۳. درباره ماهیت حقوقی جایگزین‌های حبس در بخش‌های بعدی مقاله به تفصیل سخن خواهیم گفت.
۴. درخصوص وجه تسمیه مجازات‌های جایگزین حبس و آمارهای جنایی بعد از انقلاب در بخش‌های بعدی مقاله بحث خواهیم کرد.

##### 5. Fear of crime

## ۲. تبارشناسی مفاهیم کلیدی پژوهش

در این قسمت از مقاله، برای آن‌که مخاطبین و خوانندگان، مراد نگارندگان را از واژه‌های «بومی‌سازی» و «مجازات‌های جایگزین حبس» به خوبی درک کنند، ارائه توضیحی موجز و مختصر و در عین حال مفید از واژگان و تعابیر فوق را ضرورتی حتمی برای تحقیق حاضر دانستیم.

### ۲-۱. بومی‌سازی

مطالعات تاریخی نشان می‌دهد که «تجلی بومی بودن از پانصد سال قبل، رشد و نمو پیدا کرده است»<sup>۱</sup>. با این حال قرائت رسمی، متداول و آکادمیک از این مفهوم وجود ندارد اما کمتر کسی در بومی‌سازی دانش‌هایی نظیر حقوق، جامعه‌شناسی، اقتصاد، مدیریت، کشاورزی و تکنولوژی‌های نظامی تردید به خود راه می‌دهد. واقعیت قضیه این است که در روش‌ها، متدها و مدل‌های بومی‌سازی، زبان‌ها و بیان‌ها الکن و ساکت است و ادبیات فاخر و گفتمان و پارادایم مسلطی در این خصوص وجود ندارد. نکته دیگر این‌که بسته به این‌که متعلق و مضاف بومی‌سازی چه باشد (حقوق، جامعه‌شناسی، اقتصاد، تجهیزات نظامی و ...) مدل‌ها، تعریف و روش‌های بومی‌سازی هم متفاوت خواهد بود. به عبارت بهتر «معادله بومی‌سازی برای همه یکسان است. با وجود این، نتایج مطابق با بومی‌شناسی جغرافیایی، ماهیت ارتباطات قومی، زبانی، ساختار جمعیت، وجوه، سیطره زمانی و زمان‌بندی تغییرات ویژه، با یکدیگر فرق می‌کند»<sup>۲</sup>.

در این مقاله منظور از بومی‌سازی، اتخاذ روش‌های علمی، عملی و کاربردی در خصوص مجازات‌های جایگزین‌های حبس متناسب با شرایط، اوضاع و احوال و نیاز محکومین به حبس بوده که در عمل، حل مسئله نموده و رسالت‌های مجازات‌های جایگزین حبس را کماحقه برآورده سازد. به عبارت دیگر، منظور از بومی‌سازی جایگزین‌های مجازات حبس، اتخاذ روش‌ها، راهکارها و راهبردهایی است که مجازات‌های جایگزین حبس مندرج در مواد ۶۴ تا ۸۷<sup>۳</sup> (ق.م.ا) را برای محکومین به کیفر حبس، حذف، تعدیل، اصلاح، تغییر ماهیت، تغییر روش اجرا متناسب با نیازها و خواسته‌های محکومین به حبس سازگار نماید و با این روش، اهداف و سیاست‌های کلان جایگزین حبس که همانا بازپذیری اجتماعی محکومین و اصلاح و تهذیب و بعضاً مدیریت حالت خطرناک آن‌هاست برآورده نماید.

۱. Saliko. S Mufwene (2008:1): جهت کسب اطلاعات تفصیلی و جزئی‌تر درباره مفهوم دقیق بومی‌سازی، تاریخچه، مدل‌ها و روش‌های بومی‌سازی به رساله دکتری نگارنده (مهران سهرابی اسمرود) به راهنمایی جناب آقای دکتر علی نجفی توانا و مشاورت استاد بزرگوار جناب آقای دکتر علی حسین نجفی ایرن‌آبادی در موضوع «بومی‌سازی جرم‌شناسی در ایران: راهکارها و چالش‌ها» دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی مراجعه نمایید (در حال نگارش).

2. Saliko.s.op.cit:3

۳. جهت ملاحظه متن مواد استنادی به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ (هـ ش) مراجعه نمایید.

## ۲-۲. مجازات‌های جایگزین حبس<sup>۱</sup>

درخصوص تعریف و تبیین مجازات‌های جایگزین حبس در دکترین کیفری هم اجماع نظر وجود ندارد و بی‌آنکه بخواهیم به تمام اختلاف‌نظرها در این خصوص اشاره‌ای داشته باشیم، به تعریف مختار نویسندگان و ویژگی‌های مجازات‌های جایگزین حبس اشاره می‌کنیم:

مجازات‌های جایگزین حبس، پاسخ بینابین (کیفری - جامعه‌ی) و تبعی به بزه است که مقنن در موارد مجاز و قضات محاکم کیفری در موارد منصوص، توان کاربست آن‌ها را جهت مدیریت پدیده مجرمانه، حالت خطرناک و برای تحقق اهداف مجازات‌ها اعمال می‌نمایند از قبیل خدمات عمومی رایگان،<sup>۲</sup> جزای نقدی، جزای نقدی روزانه و محرومیت از حقوق اجتماعی<sup>۳</sup> که در صورت تحصیل رضایت شاکی<sup>۴</sup> وجود جهات مخففه ... تقنین و اعمال می‌شود. ویژگی‌های کیفرهای جایگزین حبس عبارتند از:

۱. مجازات مستقل و اصلی و اصیل نیستند بلکه وصف جانشین و تبعی برای کیفر حبس تعزیری دارند.
۲. در صورت تعسر یا تعذر اجرای مجازات جایگزین حبس، برگشت‌پذیر هستند.
۳. صرفاً در مجازات‌های حبس تعزیری، قابل اعمال هستند.

۱. عنوان مقاله نگارندگان «درآمدی بر بومی‌سازی مجازات‌های جایگزین حبس ...» است. واقعیت قضیه این است که نگارندگان با این عنوان هم‌نوا نیستند بلکه با تعبیر پر مفهوم «مجازات‌های اجتماعی» و به عبارت بهتر «پاسخ‌های جامعه‌ی به بزه و انحراف» هم‌دل‌اند، لیکن با توجه به این‌که خوشبختانه یا متأسفانه در صدر فصل نهم از بخش دوم (ق.م.ا) هم تعبیر «مجازات‌های جایگزین حبس» استعمال شده که این نحوه استعمال، مورد نقد پاره‌ای از نویسندگان هم واقع شده است، جهت دیدن تفصیل انتقادات مراجعه کنید به الف: نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «مجازات‌های جامعه‌مدار در لایحه قانون مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان: راهکاری برای کاهش جمعیت زندان» صفحات ۱۱۷ - ۱۱۴ و ب: مقاله شمس ناتری، محمدابراهیم و جواد ریاحی تحت عنوان «ارزیابی مجازات‌های اجتماعی مندرج در لایحه مجازات اسلامی در پرتو الگوی جایگزینی» صفحات ۱۹۸ - ۱۹۶.
۲. علی‌رغم به رسمیت شناخته شدن مجازات‌های جایگزین حبس در (ق.م.ا) و ذکر صریح آن در پیشانی فصل نهم آن قانون، مقنن هرچند در ماده ۶۴ این مجازات را تعریف می‌نماید اما به جای تعریف، به ذکر مصادیق و شرایط استحقاق محکوم بسنده کرده است و از طرفی مصادیق آن هم به نحو کامل بیان نشده و شرایط استحقاق هم جامع و مانع نیست. رجوع کنید به ماده ۶۴ (ق.م.ا).
۳. مطلبی که کمتر مورد کنکاش حقوقدانان و قضات محاکم کیفری قرار گرفته طرح این پرسش مهم است که آیا محرومیت از حقوق اجتماعی هم جایگزین حبس محسوب می‌شود؟ چون علی‌الاصول طبق نص صریح ماده ۲۵ (ق.م.ا) محرومیت از حقوق اجتماعی در کیفر حبس (به غیر از حبس ابد) اعمال نمی‌شود، مضاف بر آن در جایگزین حبس، اصلاً حبس تعیین نمی‌شود. نگاهی به مصادیق حقوق شهروندی در ماده ۲۶ همان قانون نشان می‌دهد اعمال محرومیت از حقوق اجتماعی مندرج در ماده ۶۴ (ق.م.ا) در مقام جایگزین حبس، نقض غرض است و نوعی تشدید مجازات هم محسوب می‌شود و اهداف کیفر جایگزین را برآورده نمی‌سازد و حذف این عبارت از ماده ۶۴ به مقنن پیشنهاد می‌شود.
۴. طبق رأی وحدت رویه شماره ۷۴۶-۱۰/۲۹/۱۳۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، شرط تحصیل گذشت شاکی خصوصی در استحقاق محکوم به کیفر جایگزین حبس، مدبرانه حذف شد که اقدام مهمی در راستای سیاست حبس‌زدایی عملی و قضایی محسوب می‌شود.

۴. در صورت تحقق استحقاق محکوم علیه، اعمال آن الزامی است.
۵. اعمال بیش از دو نوع مجازات جایگزین حبس، امکان پذیر نیست.
۶. در اعطای جایگزین حبس، لحاظ مفاد پرونده شخصیت الزامی است.
۷. احراز تناسب قضایی بین مجازات جایگزین حبس با نوع و شدت جرم ارتكابی، الزامی است مانند رعایت تناسب قانونی جرم و مجازات.
۸. مجازات های جایگزین حبس، جامعوی و مشارکتی بوده و اعمال آن ها در اکثر موارد با رضایت محکوم علیه تعیین و اجرا می شود و در زمره پاسخ های توافقی اند.

### ۳. روش های بومی سازی مجازات های جایگزین حبس

این مقاله درصدد اثبات فرضیه کارایی و اثربخشی مجازات های جایگزین حبس بومی شده به جای اعمال کیفر جایگزین حبس وارداتی و ترجمه ای محض است. بررسی آماری آراء محاکم صادره در سامانه کیفری ایران نیز نشان از ناکارآمدی اعمال جایگزین های حبس موجود بدون لحاظ مؤلفه های بومی سازی، شرایط اقلیمی، مناسبات محلی، عادات، آداب، رسوم، دین و مذهب تابعان حقوق کیفری در لباس محکوم علیه دارد. در زیر به مهم ترین روش های بومی سازی مجازات های جایگزین حبس می پردازیم:

#### ۳-۱. بومی سازی جایگزین های حبس از طریق بازخوانی دقیق مفهوم و قلمرو حبس در سامانه کیفری اسلام

مهم ترین سؤالی که در بادی امر، به ذهن متبادر می شود این است که با توجه به این که جایگزین های حبس در نظام کیفری ایران از «الگوی جایگزینی»<sup>۱</sup> تبعیت می کنند و فاقد وصف اصیل و مستقل اند و از طرفی، نظر به این که جایگزین مجازات حبس زمانی اعمال می شود که خود مجازات اصلی کارآمد نباشد، حال سؤال این است که آیا مجازات حبس در سامانه کیفری اسلام مشروعیت دارد یا خیر؟ به عبارت بهتر، روش های بومی سازی در این مقاله به ضرر کیفر حبس، استدلال می کند و مدعی بوده که مجازات حبس در نظام حقوقی اسلام فاقد مشروعیت لازم و کافی است و در حال حاضر هم با آشکار شدن آثار و توالی فاسد این مجازات وارداتی و غریبی، از منزلت هنجاری و اخلاقی خود به زیر کشیده شده و این مجازات بدو ناتوان از اثبات استقلال و مشروعیت خود در زرادخانه سامانه کیفری اسلام بوده و مضاف بر آن به لحاظ آثار زیان بار و نارسایی های حاکم بر آن، از محتوا و ادعای اصلی اش خالی شده و بایست در سامانه کیفری ایران در خصوص جایگاه و مشروعیت آن تأمل شایسته کرده و به منابع و مراجع شرعی اکتفاء شود زیرا:

۱. جهت مطالعه عمیق در خصوص تعریف، مفهوم و اوصاف الگوی جایگزینی ر.ک به مقاله آقایان شمس ناتری، محمدابراهیم و جواد ریاحی، پیشین، صفحات ۲۰۶ - ۱۹۶

اولاً با تدقیق در آیات قرآن کریم، مخصوصاً آیات الاحکام (مدنی، کیفری) آیه‌ای که صراحتاً به پذیرش حبس در سامانه کیفری اسلام اشاره کند وجود ندارد و حتی مواردی که برخی مفسرین قرآن کریم و دکترین حقوق کیفری به‌عنوان شاهد ادعا، ذکر کرده‌اند حبس به معنای واقعی کلمه و مفهوم مدرن آن نبوده و نیست و حداکثر می‌تواند در زمان نزول قرآن نوعی اقدام تأمینی، تربیتی، بازدارنده و یک تدبیر سلبی و محدودکننده آزادی موردی برای فرد خاص بوده باشد.<sup>۱</sup>

ثانیاً، با مطالعه و تدقیق «در گزاره‌های کتاب نهج‌البلاغه، مرتبط با مقوله مجازات استفاده شده، گزاره‌ای مبنی بر زندانی کردن کجروان به دست نیامد».<sup>۲</sup> صرف‌نظر از این عدم تجویز شرعی، در کتب محدثین و فقهای بزرگوار اسلام هم از تأسیس مجازاتی به نام حبس که کلی، همه‌گیر و قاعده عمومی باشد یافت نمی‌شود و حتی فیض کاشانی به‌عنوان یک فقیه برجسته، مایه فخر و مباهات مذهب امامیه،<sup>۳</sup> گفت‌مان بسیار نزدیکی را با آنچه امروز «کیفر زدایی» نامیده می‌شود ارائه کرده است که ناخواسته و ندانسته از آن غافل مانده‌ایم.

ثالثاً،<sup>۴</sup> از لحاظ تحلیل فقهی یکی از فقهای معظم حوزه‌های علمی ایران و عراق که زمانی سکاندار قوه قضاییه هم بود (مرحوم فقید آیت‌الله محمود هاشمی شاهرودی) در کتاب صحیفه عدالت به نحو احسن اثبات کرده است که در نظام حقوقی کیفری اسلام، اولاً مجازات حبس مشروعیت ندارد و استفاده از حبس رویه طاغوتی است و مضاف بر آن صرفاً «در حقوق اسلام برای ۵ جرم، حبس داریم»<sup>۴</sup> البته به ایده و گزاره فقهی آن مرحوم فقید هم می‌توان این نقد جدی را وارد کرد که از لحاظ تاریخی در سامانه حقوقی اسلام، اصلاً مکانی به نام زندان به معنای امروزی وجود نداشته است و صرفاً امساک در بیوت، مساجد و منابر مطرح بوده که معنای حبس از آن مستفاد نمی‌شود اما به فرض صحت ایده‌های مرحوم آیت‌الله شاهرودی، اگر مقنن کیفری ما به همین پنج مورد حبس احصاء شده در نصوص شرعی، محدود می‌شد مشکلی پیش نمی‌آمد که در واقعیت امر این چنین نشده و کیفر حبس، شایع‌ترین پاسخ کیفری به بزه و انحراف تبدیل شده است.

۱. به‌عنوان مثال یکی از حقوقدانان در مقاله خویش در مشروعیت نسبی کیفر حبس به آیه ۱۵ سوره نساء استناد فرموده‌اند که قوله تعالی می‌فرماید: «... وَاللّٰتِ یٰۤاَتِیْنَ الْفٰحِشَہٗ مِنْ نِّسٰنِکُمْ فَاَسْتَشْہَدُوْا عَلَیْہِمْ اَرْبَعَ مِنْکُمْ فَاَنْ شَہَدُوْا فَاَمْسِکُوْہُمْ فِی الْبَیُوْتِ ...» (از زنان امت شما کسانی که مرتکب زنا می‌شوند، چهار نفر مرد از خودتان را بر آنان به گواهی بخواهید پس اگر گواهی دادند آن زشت‌کاران را در خانه‌ها نگاه دارید ... اظہر من الشمس است که «فامسکوهن فی البیوت» حتی در زمان نزول آیه هم معنای حبس نداشته است و بعد از حاکمیت قوانین اسلامی در کشور ما هم چنین مجازاتی برای فواحش دیده نمی‌شود مضاف بر آن متصدی امساک در خانه شوهر یا اهل‌البیت است (ضمیر جمع با استعمال فعل جمع فامسکوا) ولی متصدی امساک در زندان، حاکم شرع و قاضی است و این دو کاملاً با هم متفاوت‌اند.

۲. محسنی تبریزی و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۹۹

۳. صفری و دیگران، ۱۳۹۴: ۵۶

۴. هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۶: ۸۰

## ۲-۳. بومی‌سازی حبس از طریق انطباق مقررات کیفری با موازین شریعت اسلام

حال که اثبات شد از لحاظ تحلیل شرعی و فقهی، مجازات حبس و تأسیس و نهاد زندان در صدر اسلام و زمان حکومت نبی مکرم اسلام (ص) و ائمه اطهار علیهم‌السلام یا وجود نداشته و یا در صورت وجود هم بسیار بسیار محدود و منحصر بوده است.<sup>۱</sup> سؤال دیگری که در ذهن متبادر می‌شود این است که چطور با این سوابق شرعی و فقهی به یکباره شاهد تقنین و تعیین افراطی کیفر حبس برای اکثر جرایم و انحرافات هستیم؟ به عبارت بهتر چرا حبس؟ چرا باید حبس محور باشیم تا با ایجاد توالی فاسد در مجازات اصلی به جایگزین‌های حبس پناه ببریم که بسترهای اجرایی متعدد طلبیده و خود با مشکلات متعدد روبرو است؟ حبس محوری مقنن ما می‌تواند چند دلیل داشته باشد که به چند مورد آن اشاره می‌کنیم؛

اولاً، به لحاظ فضای خاص اوایل انقلاب و کیفرگرایی حکومتی و عمومی از نوع اجرای شریعت اسلام در سیاست و تلاش برای شرع‌الاسلام کردن قوانین از قبیل مقنن، مخصوصاً در تعزیرات با لحاظ مخالفت‌های عمیق مرحوم آیت‌الله لطف‌الله صافی (عضو فقهای شورای نگهبان) که تعزیرات را به دلایل متعدد، منحصر در ضرب می‌دانستند، هرچند نظرات ایشان در بین اعضای شورای نگهبان هم طرفدار جدی نیافت اما نمی‌توان از نظرات این فقیه بزرگوار و همفکران او در شلاق‌گرایی اوایل انقلاب غافل ماند و در راستای همین اثرپذیری در قانون دائمی تعزیرات سال ۱۳۶۲ که با اقتباس ناقص و نارسا از قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ به جای مجازات حبس برای اکثر جرایم، کیفر، شلاق تعیین شد و مجدداً با آشکار شدن توالی فاسد و عدم بازدارندگی شلاق، مقنن، به مجازات حبس برگشت صرف‌نظر از این افراط و تفریط تقنینی، مقنن کیفری ما به نوعی از چاله به چاه افتاد، با عدم قبول مجازات شلاق و پیروی از نظریه عدم انحصار تعزیرات به شلاق<sup>۲</sup> باعث اقبال دو چندان مقنن آن هم به صورت افراطی به حبس شد و برای جرایم سبک و سنگین، مجازات حبس تعیین شد و به عبارت بهتر، مقنن کیفری بعد از انقلاب در عرض حدوداً ۱۰ سال (۵۷ تا ۶۷) از حبس‌گریزی به حبس‌ابدگرایی تغییر مذاق داده که باورناکردنی است!

ثانیاً، مجازات حبس، دم‌دستی و هنوز توالی فاسد آن بر مقنن آشکار نشده بود. طبق آمارهای موجود کل زندانیان در سال ۱۳۵۸، ۹/۹۹۴ نفر بود یعنی کمتر از متوسط و استاندارد جهانی، اما به لحاظ کثرت و استعمال افراطی حبس، سال به سال به تعداد زندانیان و بازداشت‌موقت‌ها افزوده شد تا این‌که با شروع زعامت و ریاست آیت‌الله شاهرودی و تیم قضایی او که شعار و گفتمان مشهورشان، توسعه قضایی از طریق حبس‌زدایی بود با گسترش تشکیلات قضایی و با جلب نظر

۱. با توجه دقیق به نظام سیاست اسلامی مشاهده می‌گردد که اکثریت قریب به اتفاق مجازات‌های اسلامی، بدنی و جسمی نظیر شلاق، صلب و اعدام و ... هستند و خبری از سلب آزادی در مکانی به نام زندان نبوده و نیست.  
۲. آقای دکتر سید مصطفی محقق داماد در کتاب ارزشمند خویش به نام «قواعد فقه جزایی»، ادله موافقان و مخالفان انحصار و عدم انحصار تعزیرات در ضرب را بررسی و نهایتاً خود نیز به طرفداری از نظریه رقیب یعنی عدم انحصار تعزیرات در تازیانه‌گرایش نشان داده‌اند.

دانشگاهیان و اساتید، بر طبل عدم مشروعیت حبس کوبیدند و حق نیز با این گفتمان بود زیرا تعداد زندانیان چندین برابر شده بود. حتی با وجود اعمال سیاست‌های حبس‌زدایی شخص ریاست محترم وقت قوه قضاییه<sup>۱</sup> از سال ۱۳۷۷ لغایت ۱۳۸۷ صرفاً بعد از چند سال از اتمام سیاست حبس‌زدایی، بالاترین درصد زندانی از اوایل انقلاب را شاهد بودیم که تعداد کل زندانیان در سال ۱۳۹۱ به بالاترین حد خود یعنی ۲۵۰/۰۰۰ نفر رسید! پس معلوم می‌شود که سیاست حبس‌زدایی صرف، بدون بسترسازی و بومی‌سازی در کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها مؤثر واقع نشده است! این در حالی است که طبق استانداردهای جهانی در جمعیت زندان‌ها برای هر ۱۰۰ هزار نفر جمعیت کشور، صرفاً ۱۴۴ نفر زندانی باید باشد که در کشور ما این تعداد به ۲۳۲ نفر در هر صد هزار نفر رسیده است! از لحاظ سرانه فضای فیزیکی اختصاص یافته به زندانی هم باید دست‌کم سرانه فضا ۲۰ تا ۲۶ مترمربع باشد در حالی که در ایران این فضا ۵/۵ تا نهایتاً ۶ متر است و از طرفی هر ۵۴ ثانیه یک نفر [به‌عنوان محکوم به حبس یا بازداشتی] روانه زندان می‌شود. طرفه آن‌که از نیمه دوم سال ۱۳۷۸ تا مهر ماه ۱۳۸۱، ۸۰ کیلوگرم هروئین در زندان‌های کشور کشف و در این مدت ۱۲ هزار پرونده مربوط به کشف مواد مخدر در زندان‌های کشور برای ارجاع به مراجع قضایی تشکیل شده است.<sup>۲</sup> با این اوصاف و آمارها، وقتی مقنن به توالی فاسد حبس پی برد، نهایتاً در سال ۱۳۹۲ به مجازات‌های جایگزین حبس روی آورد اما این بار هم تدبیر قانونی مناسب به خرج نداد و نهایتاً قانونی تصویب و بدون بومی‌سازی نهادهای جایگزین حبس، بدون توجه به بسترهای قضایی، فرهنگی و اجتماعی<sup>۳</sup> جهت اجرای دقیق این قبیل مجازات‌ها، ناکامی دیگری برای مقنن و دستگاه قضایی در ارتباط با مجازات حبس و جایگزین‌های حبس ثبت شد. این بار حساسیت انتخاب موضوع حاضر برای مقاله این بود که وقتی مجازات جایگزین حبس هم ناکارآمد شد و تغییر قابل توجهی در آمار جمعیت کیفری زندان‌ها ایجاد نشد، استفاده از عفو رهبری در ایام خاص، مناسبت‌ها و اعیاد اسلامی هم بیشتر یک مُسکن بوده و این قبیل اقدامات، صبغه کیفرشناختی و به عبارت بهتر پاسخ‌شناختی<sup>۴</sup> علمی ندارد، مسئله بیشتر جنبه مدیریتی و سود

۱. در بررسی ادوار ۵ گانه زعامت بر قوه قضاییه، هیچ فردی به اندازه مرحوم آیت‌الله شاهرودی از معایب حبس سخن نگفته و دغدغه نداشته است که این نکته از محسنات مدیریتی ایشان محسوب می‌شود.

۲. گودرزی، ۱۳۹۱: صفحات ۱۱، ۱۱۴، ۱۳۶ و ۱۳۷

۳. شکست نسبی مجازات‌های جایگزین حبس در مقاله آقای حسین پورمند و همکاران علمی ایشان تحت عنوان «واکاوی تدابیر قانونی ناظر به تقلیل حبس در نظام کیفری ایران» [مستخرج از رساله دکترای ایشان] به خوبی اثبات شده است، اما نگارندگان محترم مقاله مذکور، شکست مجازات‌های جایگزین حبس را عدم تدارک اعمال یک سیاست کیفری سنجیده و صحیح و عدم ساز و کار لازم از جمله آیین‌نامه‌های اجرایی و نبود الزامات قانونی مکفی برای نهادهای پذیرنده و ... اعلام و به صورت غیرمستقیم، بومی‌سازی را هم پیشنهاد داده اما روش‌های بومی‌سازی به سکوت برگزار شده است (پورمند و دیگران ۱۳۹۶: ۱۴۵).

۴. پروفوسور آلبرشت در مقدمه‌ای که بر کتاب ارزشمند کیفرشناسی جناب آقای دکتر حسین غلامی نوشته‌اند، از تعبیر پاسخ‌شناسی استفاده کرده و می‌فرماید: «پاسخ‌شناسی جرم باید جایگزین مفهوم سنتی کیفرشناسی شود» (غلامی

و زیان اقتصادی دارد و علت مهم ناکامی دستگاه قضا هم در همین نکته نهفته است.

### ۳-۳. بومی سازی از طریق تصحیح فرهنگ ناصحیح حبس گرایی در حوزه تقنین و قضاء

ناگفته پیداست ملتی حبس گرا و حبس محور شده ایم؛<sup>۱</sup> قضات ما خواسته و ناخواسته حکم حبس می دهند، در نصوص کیفری ما اشتباهای سیری ناپذیری در گرایش به تعیین مجازات حبس<sup>۲</sup> دیده می شود. از طرف دیگر با نگاهی گذرا به نصوص کیفری ملاحظه می شود که مقنن ما با اقتباس ناقص و نارسا از موازین شرعی و فقهی حقوق کیفری مرتبط با حبس، از پاسخ کیفری نه به عنوان آخرین گزینه<sup>۳</sup> بلکه به عنوان گزینه و مجازات اولی استفاده می کند! این جای تأمل بسیار فراوان دارد. به عبارت بهتر حقوق کیفری و حبس، علاج کئی است و آخرین داروست.<sup>۴</sup> در نظام کیفری اسلام، سوابق شرعی مشروعیت حبس هم مستفاد نمی شود. استفاده افراطی از حبس، زیننده نظام تقنینی و دستگاه قضایی کشور ما نیست. در تأیید ادعا این که در کل نصوص کیفری حدوداً ۲۰۰۰ عنوان مجرمانه داریم که برای بیش از ۴۰۰ مورد آن، کیفر حبس پیش بینی شده است. به عبارت بهتر دایره جرم در ایران وسیع بوده و حدود ۱۵۰ رفتار در ایران جرم انگاری شده است در حالی که میانگین عناوین مجرمانه در دنیا ۶۰ تا ۹۰ عنوان است نه ۲۰۰۰ عنوان مجرمانه! یعنی  $\frac{1}{5}$  جرایم و انحرافات با کیفر حبس، پاسخ داده می شود در حالی که در سامانه کیفری اسلام، صرفاً ۵ مجازات دارای مجازات حبس است یعنی  $\frac{1}{4}$  کل عقوبات شرعیه! پس بایسته و شایسته است که حبس زدایی قانونی و قضایی در سرلوحه برنامه های تقنینی مجلس شورای اسلامی و دستگاه قضایی در تهیه لوایح قضایی قرار گیرد.

۱۳۹۵: ۹). به نظر می رسد این تعبیر مناسب و شایسته است زیرا نشان می دهد که پاسخ کیفری منحصر به حبس نیست مضاف بر آن، به جای واژه کیفر استفاده از تعبیر پاسخ، پاسخ های جامعه ی را در اذهان متبادر کرده و بار منفی کمتری دارد.

۱. نگارندگان به عنوان وکلای دادگستری در عمل بارها شاهد مراجعه موکلین و مراجعینی بوده اند که به عنوان مثال بابت یک تصادف فوتی و حتی جرحی، صرف نظر از مطالبه زیان وارده، تقاضای محبوس کردن مقصر حادثه به این نحو را داشته اند! و این واقعیتی غیر قابل انکار است که حبس زدایی صرفاً نباید زینت بخش کتب، مقالات، و رسالات ما باشد بلکه در عمل نیز باید پایبند به این آرمان ها و ایده ها باشیم.

۲. بین حبس، زندان و بازداشتگاه و توقیف غیر قانونی، تفاوت وجود دارد؛ حبس مجازات شرعی و قانونی است، زندان مؤسسه یا نهادی است که مجازات حبس در آن اجرا می شود، بازداشتگاه قسمتی از زندان یا جدا از آن است که مخصوص نگهداری افراد تحت قرار بازداشت موقت یا قرارهای تأمینی بوده که منجر به بازداشت موقت می شود و توقیف غیر قانونی هم یک جرم تعزیری است اما بعضاً بین حبس و زندان خلط مفهومی در نوشتگان حقوقی دیده می شود.

#### 3. Last resort

۴. به تعبیر حافظ شیرازی «علاج کی کنت آخرالدواء الکی ...» البته کئی دو معنا دارد: یکی به معنای داغ و نشان و دیگری به معنای آخرین معالجه، دارو، تجویز پزشکی و داغ کردن جراحاتی است که به هیچ روی قابلیت درمان ندارد.



### ۳-۴. بومی‌سازی جایگزین‌های حبس از طریق توسل به آداب و رسوم تابعان و محکومین کیفری

نگاهی گذرا به احکام محاکم کیفری<sup>۱</sup> در ارتباط با جایگزین‌های حبس نشان می‌دهد علی‌رغم حسن‌نیت قضات در استفاده از مجازات‌های جایگزین حبس چون مؤلفه‌های بومی‌گرایی، عادات، آداب، فرهنگ حاکم و دین و مذهب محکوم‌علیه در تعیین مجازات‌های جایگزین حبس رعایت نشده است، مجازات‌های جایگزین حبس هم از کارایی لازم برخوردار نشده فلذا اصل مجازات جایگزین حبس هم زیر سؤال رفته است. در این خصوص نگارندگان به‌عنوان کنشگران بومی‌سازی جرم‌شناسی و جایگزین‌های حبس، قویاً معتقدند تا زمانی که در تقنین، در قضا و اجرا، مؤلفه‌های بومی‌سازی رعایت نشود، مجازات اصلی حبس و جایگزین‌های آن کارایی، کارآمدی و اثربخشی لازم را نخواهد داشت در حالی که رعایت مؤلفه‌های بومی‌ساز زیر تا حدودی کارایی مجازات‌های جایگزین حبس را تضمین خواهد کرد.

#### ۳-۴-۱. دین و مذهب تابعان حقوق کیفری و محکومان به حبس

در کیفرگذاری قوانین ماهوی و قوانین مربوط به اجرای احکام کیفری می‌توان مقرر داشت در صورتی که دین و مذهب مرتکب جرم با محکوم‌علیه کیفری یا اقلیت‌ها، مطابق دین اکثریت ملت نباشد در تعیین مجازات، کیفرگذاری و اجرای مجازات دین و مذهب محکوم‌علیه لحاظ گردد تا از این طریق هم به تقلیل حبس‌گرایی و کاربست مناسب کیفر جایگزین حبس از طریق احکام قضایی اقدام کرد.

#### ۳-۴-۲. لحاظ فرهنگ و آداب و رسوم محلی و منطقه‌ای

در نقاطی از کشور ما مخصوصاً استان‌هایی که فرهنگ عشیره‌ای و قبیله‌ای در آن‌ها حاکم است، فرهنگ سازش ریشه بسیار عمیق و قدیمی دارد و مجازات حبس در این قبیل مناطق، به نوعی محروم کردن یک نیروی کار از تولید و کارآفرینی به حساب می‌آید. مضاف بر آن به لحاظ این‌که از لحاظ مؤلفه‌های روانی، میزان پابندی به مقررات حاکمیت از نظر وجود گرایش‌های خونی و عشیره‌ای در این قبیل مناطق کم است، از این رو امکان انتقام خصوصی و تشکیل پرونده‌های متعدد

۱. در خصوص ناکارآمدی مجازات‌های جایگزین حبس از باب نمونه می‌توان به آراء زیر استناد کرد:  
الف) دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۴۲۵۲۰۰۶۴۸ از پرونده کلاسه ۹۶۰۹۹۸۴۵۲۲۰۰۶۸۴ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان اردبیل در موضوع اتهامی آقای ..... دایر بر اختلاس  
ب) دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۴۵۴۰۱۰۱۴ از پرونده کلاسه ۹۷۰۹۹۸۴۵۴۰۱۰۱۳ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی کوثر در موضوع اتهامی آقای ..... دایر بر اخلاف در نظم عمومی  
ج) دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۴۰۴۰۰۰۴۶۰ از پرونده کلاسه ۹۶۰۹۹۸۴۵۴۰۲۸۰۰۳۳۰ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان اردبیل در موضوع اتهام آقای ..... دایر بر سرقت احشام و اغنام  
د) دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۴۵۲۰۲۰۰۳۵۶ از پرونده کلاسه ۹۷۰۹۹۸۴۵۲۰۲۰۰۱۵۱ شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو خلخال در موضوع اتهام آقایان و خانم‌ها ... دایر بر تخریب وسیله نقلیه، افتراء و تهدید به قتل

کیفری وجود دارد و همین مسئله تورم جمعیت کیفری را افزایش می‌دهد. از لحاظ داده‌های تطبیق حقوقی<sup>۱</sup> «به‌طور مثال در کشور نروژ، پرونده متهمان بسیار جوان، به وسیله هیأت حل اختلاف رسیدگی می‌شود و میانجیگری به‌عنوان یکی از تدابیر قضایی در بیشتر کشورهای اروپایی و آمریکای شمالی نمایان شده است و توسعه امروزی میانجیگری در غرب ناشی از تفکرات مذهبی و پشتیبانی کلیسا بوده زیرا در مسیحیت این باور وجود دارد که خداوند خود ما را به ایجاد صلح در جهان توصیه می‌کند...»<sup>۲</sup> و از طرف دیگر «جایگزین‌ها نیز مشکلات خاص خود را دارند و باید از ساختار معقول و مناسبی برخوردار باشند تا دادگاه‌ها بتوانند با اعتماد کامل به مفید و مؤثر بودن، آن‌ها را اعمال کنند. برای تأمین این اهداف، قانون مربوط به هر جایگزین باید به خوبی تهیه و با استفاده از تجربیات سایر کشورها و لحاظ مقتضیات فرهنگ ملی و اوضاع و احوال هر کشور، تقنین شود تا در کاهش جمعیت کیفری قرین موفقیت باشد...»<sup>۳</sup> مشکل تقنینی ما در این حوزه این است که رویکرد متون تقنینی ما رویکرد اقتباسی، ترجمه‌ای تقلیدی است<sup>۴</sup> و خلاقیت و ابتکار خاص دیده نمی‌شود و از ظرفیت‌های بومی، ملی و منطقه‌ای و ذخایر ادبی، فرهنگی و اجتماعی و نیروهای خودجوش مردمی، جامعه مدنی، سمن‌ها و تمن‌ها،<sup>۵</sup> ریش سفیدان، عشایر و قبایل، روحانیون، مراجع عظام، ائمه جماعات، پدران شهداء، معتمدین، معمرین محلی، ورزشکاران و پهلوانان و غیره استفاده نمی‌شود. «بدیهی است اقتباس این جایگزین‌ها و وارد کردن آن‌ها در نظام حقوق کیفری کنونی ایران، نیازمند شناخت دقیق آن تدابیر از سویی و شناخت وضع موجود و امکانات و توانایی‌های بالعقل و بالقوه است. برخی از این تدابیر، با توجه به سنت‌ها،<sup>۶</sup> آداب و رسوم<sup>۷</sup> حاکم بر جامعه ایران و نیز همخوانی آن‌ها با نظام کیفری ایران، به راحتی بر پیکره این نظام حقوقی قابل پیوندند<sup>۸</sup> و امکان موفقیت آن‌ها بالاتر از بقیه است...»<sup>۹</sup> از طرف دیگر فرهنگ

۱. که به اشتباه حقوق تطبیقی نوشته و خوانده می‌شود
۲. پورمند، حسین، رضائی، احمد، جعفری، محمدجواد، ۱۳۹۶، «واکای تدابیر قانونی ناظر به تقلیل حبس در نظامی کیفری ایران»، فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، صص ۱۳۰ - ۱۲۹.
۳. آشوری، محمد، ۱۳۹۴، «جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین» در عدالت کیفری (۲)، مجموعه مقالات، نشر دادگستر، تهران، چاپ ۲، ص ۲۷۷.
۴. طرفه آن‌که در رویکرد ترجمه‌ای محض هم عقب هستیم چرا که «جایگزین‌های حبس فعلی ما، تقلید خط‌مشی گذران کشورهای غربی در دهه ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ م در خصوص ارائه مجازات‌های جایگزین حبس هستند (شمس ناتری: پیشین: ۲۰۰) که در ۲۰۱۳ میلادی وارد نصوص کیفری ما شده و ما را با این پرسش مواجه ساخته که آیا مشکل و راهکار غرب، مشکل و راهکار ما هم باید باشد؟ فیه ما فیه!
۵. سمن مخفف سازمان مردم‌نهاد و تمن هم مخفف تشکل مردم‌نهاد است.
۶. مثل فرهنگ صلح و سازش و «آیین فصد» در بین قبایل عرب‌نشین خوزستان و ...
۷. آیین خون بس قابل ذکر است.
۸. جریمه‌های روزانه با توجه به تعریف مقرر در ماده ۸۵ از (ق.م.ا) تقریباً قابل پیوند با نظام اجرای مجازات‌های ما نیست زیرا «... ۷۰ درصد از زندانیان، جزو افراد فقیر و مسکین هستند...» (غلامی، پیشین: ۱۳). در جامعه‌ای که فقر علت عمده ارتکاب جرایم و انحرافات است، تعیین جریمه نقدی روزانه، نقض غرض و حتی خنده‌دار بوده و این نشان از عدم توجه به شرایط بومی و مقتضیات خانوادگی محکوم‌علیه است.
۹. همان: ص ۳۲۲

اجتماعی ایران و شرایط حاکم بر آن، آمادگی توسل به این شیوه در امور کیفری را دارد و زمینه‌های فقهی و شرعی آن نیز موجود است.<sup>۱</sup> در بومی‌سازی جایگزین‌های حبس، نکته مهمی که از نگاه مقنن مغفول مانده نظارت الکترونیکی از طریق پابندهای الکترونیکی است که تحلیل سود و زیان، شرایط اقتصادی و زیست‌بوم تابعان حقوق کیفری در آن لحاظ نشده است زیرا تعداد دستگاه‌ها و پابندهای الکترونیکی بسیار کمتر از محکومین به حبس است و استفاده از آن هزینه مالی زیادی برای فرد مستحق دارد طوری که عملاً بسیاری از محکومین به حبس عاجز از استفاده از این امتیازات قانونی خواهند بود و این ارفاق قانونی، به‌واقع در اختیار محکومین یقه سفیدان قرار می‌گیرد که مراد مقنن نبوده و نیست و در رژیم اجرای مجازات‌های جایگزین حبس، به ایجاد تبعیض ناخواسته منتهی می‌شود. از این رو مقتضی بود در راستای بومی‌سازی، زمینه استفاده هرچه بیشتر محکومین فقیر هم مهیا شود.

### ۳-۴-۳. توسعه کرامت‌مداری متهم و محکوم به حبس در پرتو اندیشه رحمانی شریعت اسلام

دین اسلام، دین صلح است. دین اسلام، دین رحمت و مغفرت است اما این گزاره نباید صرفاً زینت‌بخش کتب حدیثی و روایی ما باشد بلکه باید طوری برنامه‌ریزی، ضابطه‌مند و پی‌ریزی بشود که اثر خود را در مسائل کلان تقنینی، قضایی و اجرایی نشان دهد. در روایات وارده، قاضی به پزشک دلسوز و شفیق تشبیه شده است، پس چرا باید چهره غضب‌آلود اسلام و «أشداء علی الکفار» را در تمام قوانین کیفری اسلام در دادرها و محاکم کیفری به نمایش بگذاریم؟ چرا نباید چهره متبسم اسلام باشیم؟<sup>۲</sup> چرا اصل رحمت را در حکمرانی قضایی و سیاسی در جامعه پیاده نکنیم؟<sup>۳</sup>

### ۳-۴-۴. بومی‌سازی جایگزین‌های حبس در مرحله دادرها و صدور قرارهای تأمین کیفری

یکی از مقاطع و مراحل حساس دادرسی کیفری، تحقیقات مقدماتی دادرهای ذی صلاح است؛ از بدو کشف جرم تا ختم تحقیقات، طبق قوانین ترجمه‌ای عمل می‌کنیم و رویه قضایی ما هم بر مبنای این قوانین ترجمه‌ای شکل گرفته است. بازجویی‌های ما طعم غربی می‌دهند، قرارهای تأمینی کیفری و قرارهای نظارت ما عیناً برگرفته از آخرین اراده مقنن فرانسوی در قانون آیین دادرسی

۱. همان: ص ۳۲۴

۲. رعایت چهره رحمانی اسلام در تمام دادرسی‌ها بالاخص دادرسی‌های اطفال و نوجوانان بسیار حائز اهمیت است و زمینه بازگشت بی‌بازگشت اطفال و نوجوانان را به جامعه تا حدودی تضمین کرده و حس جامعه‌پذیری و تقویت حس وفاداری به جامعه و تبعیت از قواعد آن را ایجاد می‌کند.

۳. جهت ملاحظه ابعاد دیگر، آثار، مبانی اندیشه رحمت در آموزه‌های رحمانی اسلام به مقاله «اصل رحمت در حکمرانی از منظر قرآن» صص ۱۹۰ - ۱۸۴ نوشته آقای محمدجواد ارسطا و همکاران مراجعه کنید.

کیفری فرانسه است<sup>۱</sup> اما کمتر خواستیم بدانیم که قرار بازداشت موقت در سامانه کیفری اسلام صرفاً در اتهام قتل عمد آن هم حداکثر ۶ روز و صرفاً برای تدارک ادله است! مقنن ما در تقنین قوانین کیفری از بازداشت موقت، به عنوان اولین گزینه، اهرم کیفری، چماق جزایی استفاده می‌کند! در قوانین کیفری که تجلی‌گاه اصلی شفافیت و رعایت دقیق «اصل کیفی بودن قوانین» است، نباید از الفاظ و تعبیر کشدار، دو پهلو، مبهم، لغزنده و قابل تفسیر استفاده شود<sup>۲</sup> و دست قضات را در صدور قرارهای بازداشت موقت کاملاً آزاد گذاشته شده است. در مواردی هم که الفاظ مقنن صریح است، صدور قرار بازداشت موقت اجباری شده و اختیار بررسی پرونده شخصیت و ارزیابی درجه خطرناکی متهم را از مقام قضایی شده است و راهی جز بازداشت موقت پیش پای قاضی گذاشته نشده است در حالی که با لحاظ فاکتورها و مدل‌های بومی سازی رعایت مقتضیات بومی، محلی و جامعه‌ای از قبیل نوع شغل متهم و اشتغال به خوشنامی، برای مقام قضایی کمتر اهمیت دارد و باید با لحاظ مؤلفه‌های محلی و پرونده شخصیت، قرار تأمین کیفری به معنای واقعی کلمه و متناسب برای متهم صادر شود.

## نتایج و راهکارها

پس از بررسی اجمالی کیفر حبس در سوابق شرعی و فقهی سامانه کیفری اسلام و تجزیه و تحلیل مجازات‌های جایگزین حبس، به نتایج زیر می‌رسیم:

۱. علی‌رغم این‌که در نظام کیفری اسلام، مجازات حبس، مشروعیت ندارد و کاربست کیفر حبس جز در موارد معدود، توصیه نشده است. اما امروزه این مجازات، به اصلی‌ترین و رایج‌ترین واکنش رسمی کیفری به جرایم و انحرافات تبدیل شده است!
۲. استفاده افراطی از کیفر حبس در آراء محاکم کیفری ایران از یک طرف و ترجمه‌محور بودن نصوص مربوطه به مجازات‌های جایگزین حبس از طرف دیگر و نیز عدم توجه به علایق، سلاقی، عادات، آداب، باورها، دین و مذهب تابعان حقوق کیفری در صدور حکم محکومیت

---

۱. طرفه آن‌که در برخی موارد در تقلید و اقتباس هم ناشیانه عمل می‌کنیم؛ به عنوان مثال «تصمیم دادستان به بایگانی کردن پرونده یک تصمیم اداری است که قابل شکایت نیست...» (آشوری: پیشین: ۲۸۵) ولی طبق نص صریح ماده ۸۰ (ق.آ.د.ک) مصوب ۱۳۹۲، این قرار قابل اعتراض اعلام شده است و این یعنی نقض غرض و بی‌اطلاعی از روح حاکم بر قانون ترجمه‌شده و بی‌توجهی به مقاصد تقنینی ترجمه‌ای!

۲. مثلاً تعبیر بیم فساد و بیم فرار در صدور قرار بازداشت موقت هیچ مبنا و معیار علمی، عینی، ارزیابی‌شده و شناختی ندارد و رسیدگی قضات محترم دادسرا در این خصوص ذوقی و از روی کشف و شهود است! رسیدگی قضایی بر پایه داده‌های تجربی و مدیریت خطر و برآورد عینی خطر نیست و اشتهای سیری‌ناپذیر برخی قضات و حس قدرت‌طلبی و تمایل به صدور قرارهای وثیقه سنگین با علم به عدم توانایی متهم و یا صدور قرار وثیقه برای متهم در آخرین ساعات اداری بالاخص روز پنجشنبه و عدم پذیرش کارت هیأت علمی، گذرنامه، بیمه‌نامه و ... به عنوان تضامینی برای متهمین که چهره شاخص شهر و منطقه هستند و سعی وافر در بازداشت متهم به هر طریق ممکن را هم به این موارد اضافه کنید!

کیفری، منجر به ازدحام جمعیت کیفری زندان‌ها شده و سامانه کیفری ایران را در مرز هشدار قرار داده است.

۳. بررسی الزامات و چالش‌های پیش روی بومی‌سازی مجازات‌های جایگزین حبس نشان می‌دهد که مؤثرترین راهبرد و راهکار در کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها، بومی‌سازی مجازات‌های جایگزین حبس، با لحاظ مؤلفه‌ها، فاکتورها، پیش‌زمینه‌ها و بسترهای حاکم بر نحوه بومی‌سازی است. فلذا با لحاظ ارزیابی‌های صورت گرفته و نتایج حاصل از تحقیق، فرضیه تحقیق نگارندگان مبنی بر بومی‌سازی جایگزین‌های حبس، راهکار مؤثر در خروج از بحران جمعیت کیفری اثبات می‌شود. البته بدیهی است ارزیابی نتایج اجرای مجازات‌های جایگزین حبس بومی‌شده هم برای روشن شدن نقاط قوت و ضعف و تقویت خلاءهای موجود ضروری است. در خاتمه اجمالاً دیگر راهکارها و مؤلفه‌های بومی‌سازی جایگزین‌های حبس به شرح زیر پیشنهاد می‌شود:

الف) تقویت کنشگری وکلاء با لحاظ سوابق نهاد وکالت در شرع<sup>۱</sup> و فقه در امر صلح و سازش و میانجیگری  
ب) حذف یا تعدیل موارد صدور قرار بازداشت موقت اجباری و ضابطه‌مند کردن «بیم فرار» یا «بیم فساد» در قوانین کیفری ماهوی و مشکلی.

ج) پیش‌بینی ضمانت اجرای صنفی، انتظامی، مدنی و کیفری برای قضات متخلفی که قرار تأمین کیفری غیرمتناسب با اتهام صادر و همچنین قضاتی که کیفر حبس نامتناسب یا غیر ضروری یا افراطی تعیین کرده‌اند.

د) استفاده از نقش بی‌بدیل نهادهای جامعه‌ای از قبیل سمن‌ها و تمن‌ها در حل و فصل اختلاف کیفری با توجه به فرهنگ بومی و منطقه‌ای

ه) ایمان عمیق به نقش پیشگیری رشدمدار، اجتماعی و اجرایی کردن حقوق ملت مندرج در فصل سوم قانون اساسی، چرا که پیشگیری بهتر و کم‌هزینه‌تر از درمان است.

و) تأسیس اندیشکده و پژوهشگاه جرم‌شناختی و کیفرشناختی و استفاده از ظرفیت‌های علمی و عملی اساتید و پژوهشگران حوزه بومی‌سازی در مدیریت و کاهش جمعیت کیفری زندان‌ها.

ز) امضاء تفاهم‌نامه همکاری علمی - پژوهشی بین‌رشته‌ای جهت تقویت پژوهش‌های فرارشته‌ای و پیراحقوقی و احتراز از انجام تحقیقات جزیره‌ای.

ح) تأسیس سایت‌های اطلاع‌رسانی نتایج اجرایی و قضایی تحقیقات بین‌رشته‌ای و ارائه آن‌ها به مسئولین اداره زندان‌ها و وزارت دادگستری و دستگاه‌های ذی‌ربط جهت تدوین قوانین و جایگزین‌های حبس بومی.

۱. در قرآن کریم بیش از ۴۰ بار از کلمه وکیل و مشتقات آن استفاده شده است. وکیل یکی از اسماء الهی بوده و قداست خاصی دارد اما از لحاظ عملی به جای ضابطه‌مند کردن نهاد وکالت در کشور، مصرف‌کننده محض قانون، لباس، آرم و کت و شلوار و سایر البسه وکالت در کانون‌های وکلای دادگستری تشکیلات و شده‌ایم.

## منابع

### منابع فارسی

۱. ارسطا، محمدجواد، حبیب نژاد، ۱۳۹۴، مجله قرآن، فقه و حقوق اسلامی، «اصل رحمت در حکمرانی از منظر قرآن»، سال دوم، شماره ۳
۲. اردبیلی، محمدعلی، سعیدی نژاد، یاسمن، ۱۳۹۷، «پزشکی شدن جرم و انحراف، درآمدی بر تحلیل گفتمان انتقادی رویکرد بالینی به مسئله بزهکاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی
۳. آشوری، محمد، ۱۳۹۴، «جایگزین‌های زندان یا مجازات‌های بینابین» در عدالت کیفری (۲)، مجموعه مقالات، نشر دادگستر، تهران، چاپ دوم
۴. پورمند، حسین، رضائی، احمد، جعفری، محمدجواد، ۱۳۹۶، «واکاوای تدابیر قانونی ناظر به تقلیل حبس در نظام کیفری ایران»، فصلنامه علمی - پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱
۵. حاجی ده‌آبادی، احمد، ۱۳۹۰، «تأملی پیرامون مجازات حبس در نظام حقوقی اسلام» مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ۴
۶. حسینی، سید محمد، صابری تولایی، علی، ۱۳۹۳، «توجیه مجازات، بررسی یک نظریه ترکیبی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۷
۷. خزایی، یعقوب، ۱۳۹۵، فرآیند ساخت‌یابی نهاد زندان از مشروطه تا پایان پهلوی اول، نشر آگه، تهران، چاپ اول
۸. رشادتی، جعفر، ۱۳۹۰، پیشگیری از جرم در قرآن کریم، انتشارات پیام راشده، تهران، چاپ اول
۹. شمس ناتری، محمد ابراهیم، ریاحی، جواد، ۱۳۹۱، «ارزیابی مجازات‌های اجتماعی مندرج در لایحه مجازات اسلامی در پرتو الگوی جایگزینی» حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۳
۱۰. صادقی فسایی، سهیلا، پروین، ستار، ۱۳۹۰، «جرم: برساخته ذهنیت، گفتمان و قدرت»، فصلنامه پژوهش حقوق، سال سیزدهم، شماره ۳۳
۱۱. صفری، محسن، زهروی، رضا، ۱۳۹۱، «مطالعه تطبیقی مصادیقی از سیاست کیفرزدایی در اندیشه فیض کاشانی با قانون مجازات اسلامی در دو گستره ثبوتی و اثباتی»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۹
۱۲. صفاری، علی، ۱۳۹۴، «تأملی بر مجازات زندان در اسلام»، در مقالاتی در جرم‌شناسی و کیفرشناسی، انتشارات جنگل، جاودانه، تهران، چاپ سوم
۱۳. ضرغامی، فرید، ۱۳۸۶، «کارکرد دادسرا در مرحله تحقیقات مقدماتی در کاهش جمعیت کیفری زندان»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۰
۱۴. غلامی، حسین، ۱۳۹۵، کیفرشناسی (کلیات و مبانی پاسخ‌شناسی جرم) نشر میزان، تهران، چاپ اول
۱۵. فوکو، میشل، ۱۳۸۷، مراقبت و تنبیه، تولد زندان، مترجمین: نیکو سرخوش و افشین جهان‌دیده، نشر نی، تهران، چاپ هفتم
۱۶. گودرزی، محمدرضا، ۱۳۹۲، «گستره قوانین کیفری از دیدگاه نظریه‌های جرم‌شناسی»، سال ۶۸، شماره ۵۷
۱۷. گودرزی، محمدرضا، ۱۳۸۲، «نارسایی‌های زندان»، مجله الهیات و حقوق، سال سوم، شماره ۳ و ۴
۱۸. محسنی تبریزی، علیرضا فولادی، حفیظ الله، ۱۳۹۴، «مجازات آخرین راه‌کار کنترل انحرافات اجتماعی با تأکید بر دیدگاه امام علی (ع) در نهج‌البلاغه»، فصلنامه علمی - پژوهشی نظریه‌های اجتماعی متفکران مسلمان، سال پنجم، شماره ۲
۱۹. میر خلیلی، سید محمود، یعقوبی، تقی، ۱۳۹۶، «بررسی عوامل قضایی افزایش جمعیت کیفری زندان‌ها»، فصلنامه راهبرد، سال ۲۶، شماره ۸۲
۲۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، ۱۳۸۵، «مجازات‌های جامعه‌مدار در لایحه قانون مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان: راهکاری برای کاهش جمعیت زندان» در مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان، نشر میزان، تهران، چاپ اول
۲۱. نجفی توانا، علی، ۱۳۸۹، جرم‌شناسی، انتشارات آموزش و سنجش، تهران، چاپ هفتم
۲۲. هاشمی شاهرودی، محمود، ۱۳۸۶، صحیفه عدالت، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، تهران، جلد چهارم، چاپ اول

### منابع انگلیسی

1. Salikoko s. Mufwene, 2008, "The Indigenization of English In north America", university of Chicago press, American native Journal, No, 13.
2. Jos'e Luis serrano Najera, 2009. "chicana. Indigenous Affirmation as Trans formational Consciousness Indigeneity and transnational Human Rights Advocacy since the chicana Movement" peer reviewed, No 15, Published in world Englishes: problems, properties by Thomas Hoffmann and Lucia siebers, Amsterdam: Benjamins.

## ضابطه تشخیص تخلف و جرم در سازمان تعزیرات حکومتی

محمود اخوان

وکیل دادگستری

### چکیده

در اصل ۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قوای سه‌گانه مقننه، مجریه و قضاییه در ساختار حکومتی ایران پیش‌بینی شده است. وظایف این سه قوه در فصول مختلف قانون اساسی تعریف شده است. سازمان تعزیرات حکومتی تشکیلاتی مربوط به قوه مجریه است. این تشکیلات به‌عنوان یک مرجع شبه قضایی بر اساس ضرورت، بخشی از تکالیف قوه

قضاییه را انجام می‌دهد. طبق اصل ۳۶ قانون اساسی حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد. ولی به منظور نظارت و کنترل بر فعالیت‌های اقتصادی جامعه و جلوگیری از هرج و مرج اقتصادی از طریق اختیارات پیش‌بینی شده در اصل ۱۱۰ قانون اساسی، رهبری به تشکیلاتی که به موجب قانون تحت نظر قوه مجریه ایجاد شده اختیارات

شبه قضایی تفویض کرده‌اند که به‌صورت یک سازمان گسترده در سراسر کشور به وظایف محول شده یعنی به تخلفات اقتصادی (نه جرایم اقتصادی) رسیدگی می‌کنند. ولی ضابطه تشخیص تخلف قابل رسیدگی در سازمان تعزیرات حکومتی با جرم به‌صورت دقیق تعریف نشده است.

واژگان کلیدی: تعزیرات حکومتی، تخلف، جرم، تخلفات بهداشتی، قاچاق کالا و ارز

### مقدمه

سازمان تعزیرات حکومتی به‌عنوان بخشی از قوه مجریه از تاریخ ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ بر اساس مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام ایجاد گردیده است. این مصوبه مشتمل بر ۵۶ ماده و ۲۹ تبصره می‌باشد. در این مصوبه گفته شده است: «موضوع تعزیرات حکومتی در جلسات متعدد مجمع تشخیص مصلحت نظام مورد بررسی قرار گرفت و پس از بحث‌های مفصل قانون تعزیرات حکومتی به شرح زیر در جلسه مورخ ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ به تصویب نهایی رسید». در ماده ۱ این مصوبه آمده است: «با توجه به ضرورت نظارت و کنترل دولت در فعالیت‌های اقتصادی و لزوم اجرای مقررات قیمت‌گذاری و ضوابط توزیع، متخلفین از اجرای این مقررات بر اساس مواد این قانون تعزیر می‌شوند». تأکید مصوبه بر تعزیر متخلفین بوده و در مقدمه از عنوان مجرمین استفاده نشده بود. اگرچه تأکید این مصوبه بر تعزیر متخلفین بوده و در مواد مختلف تکرار شده است؛ در موارد متعدد از جمله در ماده ۵۱ همین مصوبه از واژه تخلف و جرم به‌صورت مترادف استفاده شده



است. نتیجتاً به علت ترادف واژه تخلف و جرم باید ببینیم که آیا قانونگذار در به کار بردن آن‌ها قائل به تفکیک بوده و یا بر اساس تسامح دو واژه را بدون توجه به ماهیت آن‌ها استفاده کرده است.

## بخش اول: تعریف جرم و انواع آن در قانون مجازات عمومی سابق و قانون مجازات اسلامی

**الف) تعریف جرم در قانون مجازات عمومی (سابق) و قانون مجازات اسلامی**  
در قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ پس از تعریف جرم در ماده ۲ در مقام تقسیم‌بندی جرایم از نظر شدت و ضعف مجازات‌ها در ماده ۷ این قانون آن‌ها را به خلاف و جنحه و جنایت تقسیم کرده بود و در اصلاحات سال ۱۳۵۲ جرم جنحه نیز به دو درجه تحت عنوان جنحه کوچک و جنحه بزرگ تقسیم شده بود. به جرایم خلافی در دادگاه‌های بخش و جرایم جنحه در دادگاه‌های جنحه و جرایم جنایی در دادگاه‌های جنایی رسیدگی می‌شد. بر اساس شدت و ضعف مجازات قانونی، نوع جرم مشخص می‌گردید. با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۶۲ بر اساس اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مقرر گردیده بود تمام قوانین باید بر اساس احکام و قواعد شرعی نوشته شود، طبقه‌بندی متفاوتی از طبقه‌بندی جرایم در قانون مجازات عمومی سابق پیش‌بینی شد. این مجازات‌ها عبارتند از مجازات‌های تعزیری، حدود و قصاص (نفس و عضو) و دیه. در سال ۱۳۷۰ با اصلاح قانون مجازات اسلامی علاوه بر طبقه‌بندی فوق، مجازات دیگری تحت عنوان مجازات‌های بازدارنده تعریف شد. مجدداً در سال ۱۳۹۲ با تصویب قانون مجازات اسلامی، طبقه‌بندی جرایم به حدود و قصاص و دیات و تعزیر محدود گردید و عنوان مجازات‌های بازدارنده به‌عنوان گروهی از مجازات‌ها از طبقه‌بندی جرایم حذف شد. مجازات‌های تعزیری به تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی تقسیم شد<sup>۱</sup> که سیر تاریخی قانون‌گذاری در کتاب‌های حقوق کیفری به‌طور مفصل قابل مطالعه است. اما مبنای بحث این است که در مقررات تعزیرات حکومتی چگونه جرم و تخلف از یکدیگر تفکیک شده است؟ بر چه مبنایی رسیدگی به تخلفات اقتصادی و مجازات متخلفین به سازمانی وابسته به قوه مجریه محول گردیده است؟ زیرا در مقررات تعزیرات حکومتی رسیدگی به تخلفات اقتصادی به عهده سازمان تعزیرات حکومتی است.

## ب) قوانین و مقررات مربوط به تعزیرات حکومتی

در قانون تعزیرات حکومتی سال ۱۳۶۷ و اصلاحات آن در سال ۱۳۷۳ و قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۷۴ و قانون مبارزه با قاچاق کالا و

۱. ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی

ارز مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات این قانون در سال ۱۳۹۴، تخلف مستقلاً به عنوان یک کنش قابل مجازات تعریف نشده است. ولی انواع تخلفات و مجازات‌های مقرر برای هر نوع تخلف معین گردیده است و تأکید شده به جرایم اقتصادی در مراجع قضایی رسیدگی می‌شود. بنابراین ضابطه دقیقی برای تشخیص تخلف از جرم و تمیز آن پیش‌بینی نشده است. مگر این‌که با توجه به ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ با توجه به تفکیک تعزیرات به تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی گفته شود که تخلفات قابل مجازات پیش‌بینی شده در مقررات مربوط به سازمان تعزیرات حکومتی بخشی از تخلفات تعزیرات حکومتی است که بنا به ضرورت و بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اختیارات حکومتی مقام رهبری به قوه مجریه واگذار شده است. عنوان خلاف و جرم در مقررات مربوط به سازمان تعزیرات حکومتی سهواً تداخل پیدا کرده است. عنوان تخلفات قابل مجازات مستقلاً موضوعیت ندارد. تخلفات اقتصادی قابل رسیدگی در سازمان تعزیرات حکومتی، بخشی از جرایم از نوع تعزیرات حکومتی است که استثنائاً رسیدگی آن به قوه مجریه محول گردیده است.

### ج) سابقه مقررات تعزیرات حکومتی:

برای اولین بار در سال ۱۳۶۲ به درخواست نخست‌وزیر وقت از رهبر جمهوری اسلامی برای کنترل نظام اقتصادی و قیمت‌گذاری کالاها کسب تکلیف شد. به دولت اجازه داده شد کمیسیون‌هایی در وزارت کشور تحت عنوان کمیسیون‌های امور تعزیرات حکومتی تشکیل شود. این کمیسیون‌ها به تخلفات اقتصادی رسیدگی می‌کردند. پس از پایان جنگ تحمیلی رهبر انقلاب اسلامی برای تعیین تکلیف، موضوع را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع فرمودند. در تاریخ ۱۳۶۷/۰۹/۲۳ دو قانون تصویب کردند. یکی قانون تعزیرات حکومتی و دیگری قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی. رسیدگی به تخلفات بخش دولتی را به کمیسیون‌های امور تعزیرات حکومتی و تخلفات مربوط به بخش غیردولتی را به قوه قضاییه محول نمودند. به علت ناکافی بودن قانون و ضعف اجرایی و عدم تأثیر تذکر و اخطار مشغله زیاد دادگاه‌های انقلاب، قانون کارایی کافی نداشت.<sup>۱</sup> در سال ۱۳۷۳ مجدداً با تصویب ماده واحده این نقیصه مرتفع شد. علت ارجاع موضوع به مجمع تشخیص مصلحت نظام بعد از جنگ تحمیلی این بود که در قانون اساسی سال ۱۳۵۸ نهادی تحت عنوان مجمع تشخیص مصلحت نظام پیش‌بینی نشده بود. وضع قانون برای تعزیرات حکومتی و محول کردن رسیدگی آن‌ها به قوه مجریه با توجه به این‌که به موجب قانون اساسی رسیدگی به جرایم و تعیین مجازات به قوه قضاییه محول شده بود، این واگذاری به صورت عادی امکان‌پذیر نبود. ولی بعد از اصلاح و بازنگری قانون اساسی و تشکیل

۱. جمشیدی، علی (۱۳۸۷)، تأثیر ابعاد محتوایی بر ابعاد ساختاری در طراحی ساختار سازمان (مطالعه موردی در سازمان تعزیرات حکومتی) پیک نور، دوره ۶ شماره ۱، ص ۱۰۷-۱۲۶.

مجمع تشخیص مصلحت نظام بر اساس فرمانی که امام خمینی (ره) خطاب به مجمع تشخیص مصلحت نظام صادر کردند؛ نهایتاً در تاریخ ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ قانون تعزیرات حکومتی در مجمع تشخیص مصلحت نظام به‌عنوان مصوبه تصویب گردید. این مصوبه مشتمل بر ۵۶ ماده و ۲۹ تبصره بود که در آن مجازات‌ها و عناوین تخلفات تعزیراتی و آیین رسیدگی به آن‌ها پیش‌بینی شده بود و تخلفات اقتصادی به دو بخش دولتی و غیردولتی تقسیم گردیده و رسیدگی به تخلفات دولتی به کمیسیون تعزیراتی مخصوص واگذار گردیده بود. رسیدگی به تخلفات اقتصادی بخش غیردولتی به دادسراها و دادگاه‌های انقلاب اسلامی واگذار شده بود. با توجه به مشکلات اجرای قانون تعزیرات حکومتی سال ۱۳۶۷ در تاریخ ۱۳۷۳/۰۷/۱۹ مجدداً مجمع تشخیص مصلحت نظام با تصویب یک ماده واحده و شش تبصره در اجرای بند هشتم اصل ۱۱۰ قانون اساسی تغییرات قابل توجهی در قانون تعزیرات حکومتی سال ۱۳۶۷ ایجاد کرد که مهم‌ترین این تغییرات به شرح زیر است. در این مصوبه به‌عنوان مقدمه «به نظارت و کنترل دولت بر امور اقتصادی و لزوم هماهنگی راجع به قیمت‌گذاری و توزیع کالا» توجه شده بود و برای «اجرای مقررات و ضوابط مربوط به امور تعزیرات حکومتی بخش دولتی و غیردولتی اعم از بازرسی و نظارت و رسیدگی، صدور حکم قطعی و اجرای آن» دولت (قوه مجریه) مکلف شده بود تا بر اساس قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ اقدام نماید.

با تصویب ماده واحده سال ۱۳۷۳ در مجمع تشخیص مصلحت نظام و بر اساس تبصره ۲ این مصوبه، نوشتن آیین‌نامه برای سازمان و تشکیلات و عوامل نظارت و بازرسی و رسیدگی و صدور حکم اجرای آن و تجدیدنظر و رسیدگی به شکایات و نحوه رسیدگی و ضوابط اجرایی و مالی و استخدامی به هیأت دولت محول گردید. با توجه به مقررات موجود صلاحیت‌های سازمان تعزیرات حکومتی برای رسیدگی به تخلفات اعم از بخش دولتی و غیردولتی به سه بخش تقسیم شد:

۱. رسیدگی به تخلفات در امور اقتصادی بخش دولتی و غیردولتی.
۲. رسیدگی به تخلفات بهداشتی و دارو و درمان.
۳. رسیدگی به قاچاق کالا و ارز.

تأسیس سازمان تعزیرات حکومتی در درون قوه مجریه تجلی بارزی از مداخله دولت در حفظ حقوق عمومی و منافع و مصالح همگانی می‌باشد. در راستای اجرای سیاست مذکور این سازمان به‌عنوان یک نهاد شبه قضایی در بدنه دولت با ساختار اداری و قضایی شروع به فعالیت نموده است.<sup>۱</sup>

۱. قربانی، علیرضا، رستمی، فرشته (۱۳۹۷)، منابع قانونی رسیدگی به تخلفات در سازمان تعزیرات حکومتی، دومین همایش بین‌المللی فقه و حقوق، وکالت و علوم اجتماعی.

## بخش دوم: محتوای بخش‌های سه‌گانه در مصوبات سال ۱۳۶۷ و ۱۳۷۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام و قانون مربوط به مجازات‌های قاچاق کالا و ارز در سازمان تعزیرات حکومتی

### الف) تخلفات و مجازات‌های مقرر در قانون تعزیرات حکومتی سال ۱۳۶۷

در ماده یک این قانون برای تخلفات اقتصادی تحت عنوان گران‌فروشی، کم‌فروشی، تقلب، احتکار، عرضه خارج از شبکه، عدم درج قیمت، اخفاء و امتناع از عرضه کالا، عدم صدور فاکتور، عدم اجرای ضوابط قیمت‌گذاری و توزیع، عدم اجرای تعهدات واردکنندگان در قبال دریافت ارز و خدمات دولتی، عدم اجرای تولیدکنندگان در قبال دریافت ارز و خدمات دولتی، نداشتن پروانه کسب واحدهای صنفی، نداشتن پروانه بهره‌برداری واحدهای تولیدی، فروش ارزی - ریالی، فروش اجباری، عدم اعلام موجودی کالا، قرار دادن کالا در اختیار اشخاص غیر واجد شرایط، بر اساس دفعات تخلف جریمه‌های متفاوت تعیین شده بود. رسیدگی به تخلفات مشمول تعزیرات حکومتی در بخش غیردولتی، اعم از رسیدگی و صدور حکم و اجرای آن توسط دادگاه‌های انقلاب صورت می‌گرفت و دادسرا و دادگاه‌های انقلاب مکلف شده بودند پرونده‌های تعزیرات حکومتی را خارج از نوبت رسیدگی کنند و احکام دادگاه‌های انقلاب در این زمینه قطعی بود.<sup>۱</sup> مگر این‌که قاضی صادرکننده حکم اعلام اشتباه نماید یا این‌که دادستان مجری حکم یا وزارت بازرگانی مدعی اشتباه قاضی باشند.<sup>۲</sup> در صورت عدم پذیرش به مرجع تجدیدنظر ارسال می‌شد. مرجع تجدیدنظر رئیس دیوان عالی کشور بود. رئیس دیوان عالی کشور می‌توانست رسیدگی را به قضات معینی واگذار کند. طبق ماده ۱۹ مصوب سال ۱۳۶۷ مسئولیت رسیدگی به تخلفات اقتصادی بخش دولتی به کمیسیون مرکزی تعزیرات حکومتی بخش دولتی واگذار شده بود.

به‌عنوان مثال در قانون تعزیرات حکومتی سال ۱۳۶۷ در فصل اول تخلفات و تعزیرات مربوط به آن‌ها در ماده ۲ گران‌فروشی تعریف شده بود و در تعریف گران‌فروشی گفته شده بود: «گران‌فروشی عبارت است از عرضه کالا و خدمات به بهای بیش از نرخ تعیین شده توسط مراجع رسمی به‌طور علی‌الحساب یا قطعی و عدم اجرای مقررات و ضوابط قیمت‌گذاری و انجام هر نوع اقدام دیگر که منجر به افزایش بهای کالا یا خدمات برای خریدار شود». تعزیر گران‌فروشی بر اساس میزان گران‌فروشی و مراتب تخلف تعیین شده بود. به‌عنوان مثال در بند الف ماده ۲ برای گران‌فروشی تا مبلغ بیست هزار ریال برای مرتبه اول تذکر کتبی و تشکیل پرونده و برای مرتبه دوم اخطار شدید و اخذ تعهد کتبی مبنی بر عدم تخلف و مه‌مور نمودن پروانه واحد به مهر

۱. ماده ۳۶ قانون تعزیرات حکومتی ۱۳۶۷

۲. علت مداخله وزارت بازرگانی اصلاحات قانون تعزیرات حکومتی در سال ۱۳۷۳ بود که بر اساس تصویب‌نامه ۱۳۸۵/۰۷/۲۳-۵۲۰۲ امور مربوط به تعزیرات حکومتی به قوه قضاییه و بازرسی و نظارت به وزارت بازرگانی محول شده بود.

تخلف اول و برای مرتبه سوم جریمه تا پنج هزار ریال تا پنج برابر میزان گران‌فروشی و ممه‌ور نمودن پروانه واحد به مهر تخلف دوم و مرتبه چهارم جریمه از ده هزار ریال تا ده برابر میزان گران‌فروشی و قطع تمام یا برخی از خدمات دولتی از یک تا شش ماه و ممه‌ور نمودن پروانه واحد به مهر تخلف سوم. مرتبه پنجم اخذ جریمه طبق مرتبه چهارم و تعطیل موقت از یک ماه تا شش ماه و نصب پارچه به‌عنوان گران‌فروشی. مرتبه ششم تعطیل و لغو پروانه واحد. به همین ترتیب برای گران‌فروشی بیش از بیست هزار ریال بر اساس مراتب تخلف تعزیر تعیین شده بود و نهایتاً طبق بند د همین ماده برای گران‌فروشی بیش از یک میلیون ریال جریمه از دو تا پنج برابر میزان گران‌فروشی اخطار کتبی و ممه‌ور نمودن پروانه واحد به مهر تخلف اول و در مرتبه دوم به جریمه از پنج تا هشت برابر میزان گران‌فروشی و قطع تمام یا برخی از خدمات دولتی از یک تا شش ماه و ممه‌ور نمودن پروانه واحد به مهر تخلف دوم و همین‌طور مجازات به تعطیل یا لغو پروانه واحد و لغو کارت بازرگانی منجر شده بود. در صورت تکرار تخلف اعمال تعزیرات متناسب با مبلغ و مراتب تخلف تعیین شده بود. برای انواع تخلفاتی را که فوقاً ذکر شد بر اساس مراتب و میزان تعزیر تعیین شده بود. این مجازات‌ها از ماده ۱۲ تا ۱۷ قانون تعزیرات ۱۳۶۷ تعیین گردیده بود. در ماده ۱۸ تخلفات بخش دولتی و مراتب تعزیر آن تعیین شده بود. در آخرین مرتبه برای مأمور متخلف انفصال دائم از خدمات دولتی پیش‌بینی شده بود. (بند ج ماده ۱۸). در تبصره ۱ ماده واحده قانون اصلاح قانون تعزیرات حکومتی سال ۱۳۷۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام مراتب تعزیری تذکر، اخطار و اخذ تعهد کتبی حذف شده است.

### ب) مجازات‌های قانون امور بهداشتی و درمانی سازمان تعزیرات حکومتی:

سازمان تعزیرات حکومتی یکی از کنشگران حوزه بهداشت، دارو و درمان است که هدف کنترل تخلفات را در قالب این نظریه جستجو کرده است؛ این سازمان با بهره‌گیری از شعب مختلف و صدور احکام جزایی و اعمال پاسخ‌های واکنشی و تنبیهی متعدد به موجب قوانین مربوطه، هدف کنترل رفتارهای پرخطر در حوزه بهداشت، دارو و درمان را در ایران دنبال می‌کند.<sup>۱</sup> در قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ نیز نوع تخلف و میزان مجازات آن تعیین شده بود. مثلاً در ماده ۱ این قانون گفته شده بود که ایجاد مؤسسات پزشکی غیرمجاز توسط اشخاص فاقد صلاحیت جرم بوده و متخلف به مجازات‌های زیر محکوم می‌شود. مرتبه اول تعطیل موسسه و ضبط کلیه ملزومات موسسه به نفع دولت. مرتبه دوم علاوه بر مجازات‌های مرتبه اول، جریمه نقدی به میزان یک میلیون تا ده میلیون ریال و اعلام نام در جراید. مرتبه سوم علاوه بر مجازات‌های مرتبه دوم، زندان از شش ماه تا یک سال. در ماده ۲ گفته شده بود، ایجاد موسسه

۱. بیرانوندی، نعمت اله، کاظمی، قباد (۱۳۹۹) با‌زدارندگی راهبردهای سازمان تعزیرات حکومتی، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ش ۱۶، ص ۳۳-۵۱.

پزشکی توسط افراد متخصص بدون پروانه کار جرم بوده و متخلف برای مرتبه اول به تعطیل موسسه و توبیخ کتبی و درج در پرونده پزشکی و مرتبه دوم علاوه بر مجازات‌های مرتبه اول جریمه نقدی به میزان یکصد هزار ریال تا یک میلیون ریال و مرتبه سوم علاوه بر مجازات‌های مرتبه اول، جریمه نقدی به میزان یک میلیون تا ده میلیون ریال و ضبط اموال موسسه به نفع دولت محکوم می‌شدند. در ماده ۳ مجازات خودداری بیمارستان‌ها از پذیرش و خدمات اولیه لازم به بیماران اورژانس جرم محسوب شده و برای متخلف مجازات‌هایی بر اساس مراتب تخلف تعیین گردیده بود. نکته جالب در همین ماده ۳ یعنی خودداری بیمارستان‌ها از پذیرش و ارائه خدمات اولیه به بیماران اورژانس عنواناً کلمه «جرم» به کار برده شده بود. ولی برای مجازات از عنوان «تخلف» استفاده شده بود. همین‌طور در قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی برای تخلفات مربوط به امور دارو و درمان و خدمات پزشکی مجازات‌هایی تعیین گردیده بود. باید توجه داشت مجازات‌های مقرر در این قانون با قانون مربوط مقررات امور پزشکی و دارویی و خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴/۰۳/۲۹ متفاوت است و به جرایم قانون سال ۱۳۳۴ در دادگاه‌های انقلاب اسلامی رسیدگی می‌شود. در ماده ۴۴ قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی سال ۱۳۶۷ گفته شده بود اعمال تعزیرات حکومتی موضوع این قانون، مانع اجرای مجازات‌های قانونی دیگر نخواهد بود و معنای آن این است که به تخلفات مشمول قانون فوق در سازمان تعزیرات حکومتی و در مورد جرایم قانون سال ۱۳۳۴ در دادسراها و دادگاه‌های انقلاب اسلامی رسیدگی می‌شود.

### تغییرات قانونی مربوط به میزان جرایم امور پزشکی و دارو و درمان

طبق ماده ۲۸ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ کلیه مبالغ مجازات‌های نقدی مذکور در این قانون و سایر قوانین از جمله مجازات‌های نقدی به تناسب نرخ تورم اعلام شده به‌وسیله بانک مرکزی، هر سه سال یک‌بار به پیشنهاد وزیر دادگستری و تصویب هیأت وزیران تعدیل شده و در مورد احکامی که بعد از آن صادر می‌شود لازم‌الاجرا می‌گردد. هیأت وزیران در جلسه ۱۳۹۹/۱۱/۰۸ به پیشنهاد شماره ۲۴۷۸۴ مورخ ۱۳۹۹/۰۳/۲۱ وزارت دادگستری و به استناد ماده ۲۷۸ اصلاحی قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۹ تصویب کرده که میزان مجازات نقدی جرایم و تخلفات مندرج در قوانین به شرح جدول‌های شماره ۱ و ۲ تعدیل می‌گردد و این تعدیل در تاریخ ۱۳۹۹/۱۲/۲۵ ابلاغ گردیده است. به‌عنوان مثال در قانون تعزیرات حکومتی در ماده ۶ جریمه از سیصد و پنجاه هزار ریال به سه میلیون و پانصد هزار ریال تعدیل شده و در جدول شماره ۲ تعدیل مربوط به مجازات‌های نقدی مربوط به تخلفات قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی مصوب سال ۱۳۶۷، در ماده ۱ جریمه پنجاه میلیونی به پانصد میلیون ریال تبدیل شده است که برای ملاحظه تعدیل مجازات‌های نقدی مربوط به تخلفات مربوط به سازمان تعزیرات حکومتی

باید به جدول شماره ۲ مراجعه شود. زیرا جدول شماره ۱ مربوط به مجازات‌های نقدی مربوط به جرایم و جدول شماره ۲ مربوط به مجازات‌های نقدی مربوط به تخلفات در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است.

### ج) تعزیرات مربوط به قاچاق کالا و ارز

مقررات قاچاق کالا و ارز کمی متفاوت از دو بخش دیگر یعنی تعزیرات حکومتی در بخش دولتی و غیردولتی و تعزیرات مربوط به امور پزشکی و دارو و درمان است. پس از انقلاب وضع خاص اقتصادی کشور اقتضاء داشت «سیاست جنایی افتراقی» و به تبع آن «رویکرد افتراقی در خصوص آیین رسیدگی به جرم» اتخاذ شود. قانون‌گذار پس از کوشش‌هایی ناقص در جلوه‌های دادرسی افتراقی نهایتاً در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۹۲ به شکل انسجام‌یافته و موجه به طراحی نظام افتراقی پرداخته که یکی از مهم‌ترین موارد آن عبارت است از اعطای صلاحیت رسیدگی عمده موارد قاچاق کالا و ارز به سازمان تعزیرات حکومتی.<sup>۱</sup> زیرا در مورد قاچاق کالا و ارز قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۱۳۱۲/۱۲/۲۹ با اصلاحات بعدی آن تا سال ۱۳۹۲ قابل اجرا بوده است. ولی بعد از انقلاب اسلامی در راستای قانون‌گذاری راجع به تعزیرات حکومتی علاوه بر دو بخش تعزیرات حکومتی بخش خصوصی و دولتی و امور پزشکی و دارو و درمان، مجمع تشخیص مصلحت نظام قانونی در تاریخ ۱۳۷۴/۰۲/۱۲ تصویب نمود و بخشی از تخلفات مربوط به قاچاق کالا و ارز را به سازمان تعزیرات حکومتی محول کرد. این قانون در سازمان تعزیرات حکومتی اجرا می‌شد تا این‌که در تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۰۳ برخلاف رویه سابق، مجلس شورای اسلامی در این موضوع به جای مجمع تشخیص مصلحت نظام ورود کرد و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در ۷۷ ماده و ۷۹ تبصره تصویب نمود و در تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۱۸ به تأیید شورای نگهبان رسید. در ماده ۷۷ قانون فوق‌الذکر قانون قاچاق مصوب ۱۳۱۲/۱۲/۲۹ و قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۷۴/۰۲/۱۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام و قوانین و مقررات معارض قانون فوق‌القاء گردید. در قانون جدید مقررات پیشگیری و چگونگی برخورد با قاچاق اعم از کالا و ارز پیش‌بینی شده است. خصوصاً تعاریف و مصادیق مربوط به قاچاق به روز گردیده است. در این قانون برای پیشگیری از قاچاق هم قانون‌گذاری شده است. از جمله در بند ب ماده ۱۱ قانون مصوب سال ۱۳۹۲ برای پیشگیری از قاچاق اختصاص شعب بدوی و تجدیدنظر ویژه رسیدگی به تخلفات قاچاق کالا و ارز متشکل از افراد حائز شرایط استخدام قضات مطابق آیین‌نامه‌های مربوط پیش‌بینی شده است. حتی میزان فوق‌العاده ویژه رئیس و اعضای شعب سازمان تعزیرات حکومتی معادل هشتاد درصد فوق‌العاده ویژه مستمر قضات در

۱. فتحی، محمدجواد، امیرحاجلو، فضل اله (۱۳۹۷) جلوه‌های دادرسی افتراقی قاچاق کالا، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۸ ش ۲، ص ۳۷۹-۳۹۹.

گروه‌های ۱ تا ۸ قضایی تعیین شده است. در این قانون انواع قاچاق تعریف شده که عبارتند از قاچاق کالای مجاز، مجاز مشروط، یارانه‌ای، قاچاق کالای ممنوع، قاچاق سازمان‌یافته و حرفه‌ای و جرایم مرتبط با آن مثل جعل اسناد گمرکی اعم از کتبی یا دیجیتالی، مهر و موم و پلمب و سایر امور مشابه آن برای آن‌ها قانون‌گذاری شده است.

راجع به تعزیرات مربوط به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۷۴/۰۲/۱۲ در ماده ۱ قانون مزبور گفته شده بود از تاریخ تصویب این قانون در کلیه امور مربوط به مبارزه با قاچاق کالا و ارز موضوع قانون اخلاط‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹/۰۱/۰۹ و قانون مجازات مرتکبین قاچاق مصوب ۱۳۱۲/۱۲/۲۹ و اصلاحات بعدی آن و اصلاح ماده ۱ آن قانون به شرح آتی عمل خواهد شد. در این قانون برای رسیدگی به قاچاق کالا بر اساس ارزش کالا با میزان معین، فقط به ضبط و جریمه اکتفا شده بود، در صورت تمایل متهم به پرداخت جریمه و ضبط کالا همان مجازات کافی بود. در این قانون بر اساس میزان قاچاق کالا و ارز مجازات‌های بیشتری تعیین گردیده بود. ولی موضوع مهم در تبصره ۲ ماده ۱۴ این قانون بود که گفته شده بود در صورت عدم رسیدگی و یا تطویل دادرسی و عدم تعیین تکلیف قطعی در مدت یک ماه پرونده به سازمان تعزیرات حکومتی برای رسیدگی بر اساس اصلاح قانون تعزیرات حکومتی مصوب سال ۱۳۷۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال می‌گردید و یا با درخواست سازمان شاکی مقرر شده بود پرونده از محاکم قضایی اخذ و به سازمان تعزیرات ارسال شود. در ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اجرای تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز در کلیه مواردی که سازمان تعزیرات حکومتی برای رسیدگی صالح بود شعب سازمان تعزیرات حکومتی دارای همان اختیاراتی بودند که مراجع قضایی برای رسیدگی آن پرونده‌ها داشتند.

در قانون مصوب ۱۳۹۲ برای تعیین مرجع صالح رسیدگی به جرم قاچاق در ماده ۴۴ قانون‌گذاری شده است. در ماده ۴۴ رسیدگی به جرایم قاچاق کالا و ارز سازمان‌یافته و حرفه‌ای، قاچاق کالاهای ممنوع، قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس یا انفصال از خدمات دولتی در صلاحیت دادسرا و دادگاه‌های انقلاب اسلامی و سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز تخلف محسوب شده و در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی قرار گرفته است. چنانچه پرونده متهمان متعدد داشته باشد، رسیدگی به اتهام یکی از آنان در صلاحیت مراجع قضایی باشد به اتهامات سایر اشخاص نیز در این مرجع رسیدگی می‌شود. در صورتی که پس از ارجاع پرونده به سازمان تعزیرات حکومتی و انجام تحقیقات محرز شود رسیدگی به جرم ارتكابی در صلاحیت مرجع قضایی است شعبه مرجع‌الیه مکلف است بلافاصله قرار عدم صلاحیت خود را صادر کند این قرار بعد از تأیید مقام مافوق شعبه در سازمان تعزیرات حکومتی یا در صورت اعلام نظر آن مقام ظرف یک هفته قطعی و پرونده مستقیماً به مرجع ذی‌صلاح قضایی ارسال می‌شود.



در مواردی که پرونده به تشخیص مرجع قضایی در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است پرونده مستقیماً به مرجع مذکور ارسال می‌گردد. شعب سازمان تعزیرات حکومتی مکلف به رسیدگی می‌باشند. مقررات این ماده از شمول ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مستثنی است. هر کدام از شعب دادرسی و دادگاه انقلاب اسلامی و تعزیرات حکومتی و شعب تجدیدنظر آن ظرف یک ماه از زمان تحویل پرونده باید به موضوع رسیدگی و رأی نهایی را صادر کنند. مگر در مواردی که حسب نوع جرم و یا تخلف و یا علل دیگر تکمیل تحقیقات نیاز به زمان بیشتری داشته باشد. در این صورت حسب مورد مرجع رسیدگی‌کننده موظف است علت تأخیر را به صورت مکتوب به مقام مافوق گزارش دهد. آرای شعب بدوی تعزیرات حکومتی در مورد قاچاق کالا و ارز که ارزش آن‌ها کمتر از بیست میلیون ریال باشد قطعی است. در سایر موارد آرای شعب ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ با درخواست محکوم‌علیه قابل تجدیدنظرخواهی است. جهات تجدیدنظرخواهی در شعب سازمان تعزیرات حکومتی مطابق با مقررات قانون آیین دادرسی کیفری است.

یکی از مسائل مهم راجع به این قانون این است که در تبصره ۲ ماده ۵۰ قانون فوق آمده است که آرای صادره از شعب تعزیرات حکومتی در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری و سایر مراجع قضایی نیست. آرای صادره از شعب بدوی تعزیرات حکومتی اگر منتهی به براءت متهم باشد ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ با درخواست دستگاه مأمور وصول درآمد و رئیس سازمان تعزیرات حکومتی قابل تجدیدنظر در شعب تجدیدنظر می‌باشد. نسبت به آرای بدوی قطعی یا قطعی شده به علت عدم تجدیدنظرخواهی رئیس سازمان می‌تواند به علت عدم انطباق رأی با قانون و عدم تناسب جریمه با قانون تجدیدنظرخواهی کند.

از جمله موارد قابل توجهی را که در این قانون به آن اشاره شده این است که برای تعدد و تکرار و معاونت در قاچاق و مجازات‌های تبعی و تکمیلی به قانون مجازات اسلامی ارجاع شده است (ماده ۶۳ قانون قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۹۲). برای ضوابط رسیدگی در مواردی که در این قانون پیش‌بینی نشده به قانون آیین دادرسی کیفری ارجاع گردیده است. برای شروع به جرم هم مجازات مشخصی مقرر گردیده است.

یکی از مواردی را که از این قانون رفع ابهام گردیده و در عنوان این مقاله مؤثر بوده رأی وحدت رویه شماره ۷۳۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۴/۰۹/۰۴ می‌باشد. در رأی وحدت رویه آمده است نظر به این‌که در ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۰۳ مجلس شورای اسلامی عبارت «مستلزم حبس و انفصال از خدمات دولتی» به قرینه جمله بعد آن با این عبارت «سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز تخلف محسوب و رسیدگی آن در صلاحیت تعزیرات حکومتی است» معطوف به قاچاق کالا و ارز منصرف از قاچاق کالای ممنوع است بنابراین رسیدگی به بزه قاچاق کالاهای ممنوع همانند رسیدگی به بزه قاچاق کالا و ارز

سازمان‌یافته و حرفه‌ای و بزه قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس یا انفصال از خدمات دولتی، مطلقاً در صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب اسلامی است. اگر با توجه به ماده ۴۴ قانون فوق تصور می‌شد که قانون‌گذار اعمال خلاف قانون در رابطه با قاچاق کالا و ارز، مستلزم حبس و انفصال از خدمات دولتی را جرم محسوب و مرجع رسیدگی آن را دادگاه انقلاب تعیین و سایر جرایمی که مجازات آن‌ها جریمه بوده در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی دانسته است، متنفی است. زیرا مجازات برخی از قاچاق کالای ممنوع فقط جریمه است و با وصف جریمه بودن در صلاحیت دادگاه انقلاب قرار گرفته است.

### تشکیلات و آیین رسیدگی در سازمان تعزیرات حکومتی

در سال ۱۳۷۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام با تصویب یک ماده واحده در تشکیلات و رسیدگی به تخلفات مشمول تعزیرات حکومتی تغییراتی اساسی به عمل آورده است. این مصوبه دارای یک ماده واحده و شش تبصره بود که به موجب این تبصره‌ها اختیارات وسیعی به قوه مجریه داده شده بود. بر اساس این ماده واحده آیین‌نامه‌های متعددی توسط قوه مجریه تهیه شده است که بر اساس این آیین‌نامه‌ها تشکیلات فعلی تعزیرات حکومتی و شیوه رسیدگی سازمان تغییرات زیادی به عمل آمد.

این ماده واحده کلیه امور تعزیرات حکومتی بخش دولتی و غیردولتی اعم از بازرسی و نظارت و رسیدگی و صدور حکم قطعی و اجرای آن را به دولت محول کرده تا بر اساس تخلفات (جرایم) و مجازات‌های مقرر در قوانین تعزیرات حکومتی ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ اقدام نماید. طبق تبصره ۲ این ماده واحده سازمان و تشکیلات و عوامل نظارت، بازرسی و رسیدگی و صدور حکم و اجرای آن، تجدیدنظر و رسیدگی به شکایات و شرح وظایف آن‌ها و نحوه رسیدگی بر ضوابط اجرایی، مالی، استخدامی از طریق تصویب آیین‌نامه به هیأت وزیران محول گردید. طبق تبصره ۴ این ماده واحده، دادگستری و نیروی انتظامی و کلیه دستگاه‌های اجرایی و شرکت‌های تحت پوشش دولت، ملی شده و نهادهای انقلابی و مؤسسات عمومی غیردولتی، شرکت‌ها و سازمان‌های تابعه، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، سازمان زندان‌ها موظف شدند به اجرای احکام تعزیراتی این قانون اقدام نمایند.

طبق تبصره ۶ این ماده واحده مقرر شده برای رسیدگی به تخلفات تعزیرات حکومتی بخش دولتی مقرر در قانون سال ۱۳۶۹ و سایر قوانین مغایر از زمان تصویب این مقرر ملغی شود. با تصویب ماده واحده سال ۱۳۷۳ در مجمع تشخیص مصلحت نظام و تفویض اختیار ساماندهی جدید سازمان تعزیرات حکومتی به قوه مجریه از طریق تصویب آیین‌نامه‌های لازم، هیأت وزیران با تصویب چندین آیین‌نامه تشکیلات و شیوه رسیدگی به تخلفات در سازمان تعزیرات حکومتی را تعیین کرد.

ابتدا هیأت وزیران با تصویب یک مقرر در تاریخ ۱۳۷۳/۰۷/۲۳ در چهار ماده مقرر کرد برای بازرسی و نظارت و قیمت‌گذاری و ضوابط توزیع کالا، سازمان بازرسی و نظارت بر قیمت و توزیع کالا و خدمات در وزارت بازرگانی تشکیل گردد و مقرر کرد سازمان تعزیرات حکومتی تحت نظر وزیر دادگستری تشکیل گردد. این سازمان برای رسیدگی و صدور حکم راجع به تخلفات موضوع قانون تعزیرات حکومتی در تهران و مراکز استان‌ها و شهرستان‌ها دارای شعب رسیدگی اعم از بدوی و تجدیدنظر برای رسیدگی به تخلفات اعم از متخلفین و مجریان تشکیل شود.

تشکیلات رسیدگی در شعبات بدوی و تجدیدنظر سازمان تعزیرات حکومتی که زیر نظر وزیر دادگستری تشکیل می‌گردید دارای یک نفر رئیس بود که رئیس سازمان تعزیرات حکومتی به‌عنوان معاون وزیر دادگستری تلقی و تعیین رئیس سازمان به عهده وزیر دادگستری محول گردیده بود. امور اجرایی سازمان به معاون وزیر دادگستری تفویض شده است.

در شهرستان‌ها شعبه بدوی رسیدگی به تخلفات تعزیراتی و در مراکز استان‌ها شعب تجدیدنظر تعزیرات حکومتی تشکیل شد و اداره تعزیرات حکومتی در استان‌ها به اداره کل تعزیرات حکومتی استان‌ها تفویض گردید.

طبق ماده ۸ آیین‌نامه مورخ ۱۳۷۳/۰۸/۰۲ که به منظور رسیدگی و صدور حکم راجع به تخلفات موضوع قانون تعزیرات حکومتی در استان‌ها و شهرستان‌ها شعب بدوی و تجدیدنظر تشکیل گردید؛ شعب بدوی با حضور یک نفر رئیس و شعب تجدیدنظر با حضور یک رئیس و دو عضو تشکیل می‌گردد. جلسه شعبه تجدیدنظر با حضور دو نفر هم رسمیت داشت. به شرط این‌که رأی صادره با توافق باشد. در این صورت رأی قابل اجرا بود.

قبل از اصلاحات قانون مربوط به استخدام قضات شعب تعزیرات حکومتی طبق ماده ۱۰ آیین‌نامه سابق روسا و اعضای شعب بدوی و تجدیدنظر می‌توانستند از بین قضات و کارمندان شاغل و بازنشسته، روحانیون، نیروهای مسلح یا از بین فارغ‌التحصیلان رشته‌های حقوق و الهیات و علوم سیاسی و علوم اداری و بازرگانی و علوم اجتماعی که دارای حسن شهرت و عامل به احکام اسلام باشند انتخاب شوند. ولی در آیین‌نامه جدید جذب و انتخاب و پرداخت فوق‌العاده‌ی روسا و اعضای شعب بدوی و تجدیدنظر تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۹۳/۰۸/۲۸ شرایط انتخاب تغییر کرد و داشتن حداقل مدرک کارشناسی در رشته حقوق و علوم قضایی از دانشگاه‌ها و سطح ۳ حوزه و بالاتر ملاک انتخاب قرار گرفت. اعضای منصوب قبل از تصویب این قانون باید مورد تطبیق قرار بگیرند. طبق ماده ۱۲ این آیین‌نامه تعداد شعب بدوی و تجدیدنظر و تشکیلات و شرح وظایف آن‌ها باید به تصویب وزیر دادگستری و تأیید رئیس‌جمهور قرار گیرد و طبق تبصره ماده ۱۷ این آیین‌نامه کلیه ضابطین دستگاه قضایی و مأمورین سازمان بازرسی و نظارت، ضابط سازمان تعزیرات حکومتی تلقی می‌شوند.

رسیدگی در شعبه بدوی تعزیرات حکومتی با انجام این اقدامات آغاز می‌شود: الف) گزارش مأمورین سازمان بازرسی و نظارت بر قیمت و توزیع کالا و خدمات. ب) گزارش سازمان بازرسی کل کشور و سایر مراجع قضایی و دولتی. ج) شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی. د. اعلام اطلاعات و اخبار و گزارش‌های موردی و اشخاص. سپس رسیدگی شعب بدوی با احضار متهم به تخلف در شعب تعزیرات حکومتی آغاز می‌گردد و مدافعات متهم استماع می‌شود. حضور در جلسه و ارسال لایحه دفاعیه ممکن است. چنانچه متهم ظرف ده روز پس از ابلاغ حاضر نشود رسیدگی غیاباً صورت می‌گیرد و به تخلفات شرکاء و معاونین در شعبه مأمور رسیدگی به پرونده متخلف اصلی صورت خواهد گرفت به تخلفات متعدد یکجا رسیدگی می‌شود اگر در چند حوزه مرتکب تخلف شده باشد مرجع صالح برای رسیدگی محل تخلف اشد است. اگر مساوی باشد مرجع رسیدگی محل اشتغال او خواهد بود. در صورت تعدد تخلف به جریمه تمام تخلفات محکوم می‌شود. مهلت اجرای حکم ده روز است. آرای شعب بدوی و تجدیدنظر تعزیرات حکومتی باید مستند به مواد قانونی و مقررات مربوط باشد. مواد استنادی مقید در قانون باید ذکر شود. از نکات قابل توجه آرای شعب بدوی و تجدیدنظر این است که قبل از رأی باید حاوی گزارش کار و شرح تفصیلی تخلفات و رسیدگی به‌عنوان مقدمه رأی باشد.

اعتراض به آرای شعب تعزیرات حکومتی نیز ممکن است. آرای شعب بدوی که مجازات پیش‌بینی شده در قانون برای هر بار تا دو میلیون ریال جریمه باشد قطعی و نسبت به مازاد آن قابل تجدیدنظر است. اشخاصی را که حق تجدیدنظر دارند: الف) شاکی خصوصی در صورت برائت متهم ب) اعضای کمیسیون هماهنگی تعزیرات در استان و شهرستان. ج) رؤسای سازمان تعزیرات حکومتی و بازرس و نظارت. روش‌های تجدیدنظرخواهی فوق‌العاده نیز در قانون پیش‌بینی شده است. طبق ماده ۲۳ این آیین‌نامه محکوم‌علیه و روسای سازمان تعزیرات حکومت و بازرسی و نظارت، اگر آرای قطعی سازمان تعزیرات حکومتی را خلاف قانون بدانند می‌توانند با ذکر دلیل از وزیر دادگستری تقاضای رسیدگی نمایند. چنانچه وزیر دادگستری تقاضا را وارد تشخیص دهد یا رأساً رأی را غیر قانونی بداند می‌تواند پرونده را جهت رسیدگی به شعب عالی تجدیدنظر که به همین منظور در مرکز تشکیل می‌گردد ارجاع دهد و رأی این شعبه قطعی است. اقدامات موضوع این ماده مانع اجرای حکم قطعی نیست. مدت تجدیدنظرخواهی عادی برای محکوم‌علیه و شاکی ده روز از ابلاغ رأی و سایر اشخاص که حق تجدیدنظرخواهی دارند سه ماه است.

### اعتراض اشخاص نسبت به آرای شعب تعزیرات حکومتی در دیوان عدالت اداری

الف) طبق بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، آرای کمیسیون‌های شبه قضایی از جمله شعب بدوی و تجدیدنظر سازمان تعزیرات حکومتی قابل شکایت در دیوان عدالت اداری است. مهلت شکایت ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ رأی قطعی، قابل

شکایت در دیوان عدالت اداری می‌باشد. بنابراین نسبت به آرای شعب تعزیرات حکومتی در صورتی می‌توان به دیوان عدالت اداری شکایت کرد که رأی قطعی گردد.

ب) طبق بند ۲ ماده ۵۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب سال ۱۳۹۲ مقرر شده که آرای صادره از شعب تعزیرات حکومتی در پرونده‌های قاچاق کالا و ارز قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری و سایر مراجع قضایی نیست.

ج) آرای شعب تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز قابل شکایت در دیوان عدالت اداری نیست اما آرای شعب بدوی و تجدیدنظر تعزیرات حکومتی در تخلفات ارزی خارج از عنوان قاچاق یعنی تخلفات موضوع ماده ۱۰ قانون تعزیرات حکومتی ۱۳۶۷ کماکان قابل شکایت در دیوان عدالت اداری است.

### تفکیک جرم و تخلف در ماده ۲۶ آیین‌نامه

در ماده ۲۶ آیین‌نامه مقرر شده هرگاه تخلف اشخاص عنوان یکی از جرایم قوانین جزایی را نیز داشته باشد، شعب تعزیرات حکومتی مکلفند به تخلف رسیدگی و رأی قانونی صادر نمایند و مراتب را برای رسیدگی به آن جرم به دادگاه صالح اعلام دارند. محل و تصمیم مراجع قضایی مانع اجرای مجازات تعزیرات حکومتی نخواهد بود.

### نتیجه‌گیری

همان‌طور که قبلاً گفته شد صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی شامل سه بخش است:

۱. رسیدگی به تخلفات اقتصادی در بخش دولتی و غیردولتی.
  ۲. رسیدگی به تخلفات بهداشتی و دارو و درمان.
  ۳. رسیدگی به تخلفات راجع به قاچاق کالا و ارز.
- در قانون مجازات عمومی سابق طبقه‌بندی جرایم به عمل آمده و جرمی تحت عنوان خلاف با مجازات مشخص پیش‌بینی شده بود. بعد از انقلاب اسلامی و تصویب قانون مجازات اسلامی در دفعات متعدد طبقه‌بندی جرایم دچار تغییرات اساسی شده است و جرمی تحت عنوان خلاف وجود ندارد. در طبقه‌بندی جرایم در قانون مجازات اسلامی عنوان یکی از مجازات‌ها تعزیرات است. در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی به تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی تقسیم شده است. رسیدگی به جرایم با توجه به صلاحیت عام قوه قضاییه باید در قوه قضاییه رسیدگی شود ولی بر اساس ضرورت قانون‌گذار بخشی از افعال و ترک افعال را که قانوناً قابل مجازات است به سازمانی تحت نظارت قوه مجریه (سازمان تعزیرات حکومتی) واگذار کرده است. برای تشخیص و تفکیک صلاحیت رسیدگی نمی‌توان به عنوان‌ها تمسک جست. بلکه باید به متن مقررات بر اساس تفویض صلاحیت رجوع کرد. چنان‌چه رسیدگی و مجازات فعل و یا ترک فعلی منصوصاً به

سازمان تعزیرات حکومتی واگذار شده باشد، سازمان مزبور رسیدگی خواهد کرد. وگرنه در صلاحیت مراجع دادگستری است. در ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز گفته شده: «رسیدگی به جرایم قاچاق کالا و ارز سازمان یافته و حرفه‌ای، قاچاق کالاهای ممنوع و قاچاق کالا و ارز، مستلزم حبس و انفصال از خدمات اداری در صلاحیت دادسرا و دادگاه انقلاب اسلامی است. سایر پرونده‌های قاچاق کالا و ارز تخلف محسوب و رسیدگی آن‌ها در صلاحیت سازمان تعزیرات حکومتی است.» بنابر ظاهر قانون فوق‌الذکر و بر اساس شدت و ضعف مجازات‌ها ممکن است تصور می‌شد مجازات‌های حبس و انفصال از خدمت، جرم و سایر مجازات‌ها مثلاً جریمه تخلف است. ولی با رأی شماره ۷۳۶ وحدت رویه دیوان عالی کشور که قاچاق کالای ممنوع را که مجازات آن فقط جریمه بوده جرم تلقی و در صلاحیت دادگاه انقلاب قرار داده است. این ضابطه‌ی ظاهری هم متزلزل شده است. به نظر می‌رسد که ضابطه دقیقی برای تمیز تخلف و جرم ارائه نشده و قانون‌گذار باید در خصوص تعریف تخلف و جرم، ضابطه دقیقی قانونی معین کند تا از سردرگمی و اختلاف نظر جلوگیری شود.

## منابع

۱. بیرانوندی، نعمت‌الله، کاظمی، قباد (۱۳۹۹) بازدارندگی راهبردهای سازمان تعزیرات حکومتی، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ش ۱۶، ص ۵۱-۳۳.
۲. جمشیدی، علی (۱۳۸۷)، تأثیر ابعاد محتوایی بر ابعاد ساختاری در طراحی ساختار سازمان (مطالعه موردی در سازمان تعزیرات حکومتی) پیک نور، دوره ۶ شماره ۱، ص ۱۰۷-۱۲۶.
۳. عارفی‌نیا، عبدال، مجموعه قوانین و مقررات تعزیرات حکومتی، معاونت حقوق و امور مجلس میزان، ۱۳۹۷.
۴. فتحی، محمدجواد، امیرحاجلو، فضل‌الله (۱۳۹۷) جلوه‌های دادرسی افتراقی قاچاق کالا، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴۸ ش ۲، ص ۳۷۹-۳۹۹.
۵. قربانی، علیرضا، رستمی، فرشته (۱۳۹۷)، منابع قانونی رسیدگی به تخلفات در سازمان تعزیرات حکومتی، دومین همایش بین‌المللی فقه و حقوق، وکالت و علوم اجتماعی.
۶. کمانگر، احمد، کلیه قوانین کیفری و قانون دادرسی و کیفر ارتش، گلشن، ۱۳۴۸.
۷. منصور، جهانگیر، قوانین و مقررات مربوط به تعزیرات حکومتی، نشر دوران، ۱۳۸۸.

## ملاحظات دربارۀ ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی

رسول احمدزاده

قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی،  
دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

### مقدمه

اصل عطف بماسبق نشدن قوانین که به لزوم قابل پیش‌بینی بودن قواعد حقوقی برمی‌گردد، از پایه‌های اساسی علم حقوق به شمار می‌رود به گونه‌ای که این اصل در حقوق خصوصی، حقوق جزا، حقوق عمومی و حتی در اسناد بین‌المللی از اهمیت بسزایی برخوردار است و یکی از اصولی است که حافظ حقوق و آزادی‌های فردی است؛ زیرا اگر قرار باشد قانون لاحق به گذشته عطف شود، هیچ‌کس از حقوق و آزادی‌هایی که امروز از آن برخوردار است، در امان نخواهد بود و همین امر مایه تشویش خاطر خواهد شد. به تعبیر دیگر، مفهوم این اصل آن است که قاضی حق ندارد قانون جدید را در مورد اعمال سابق اجرا کند و اعمالی که قبل از قانون جدید جرم نبوده است، بر اساس قانون جدید قابل تعقیب نیست. ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی در واقع ترجمانی از اصل یک‌صد و شصت و نهم قانون اساسی<sup>۱</sup> است:

«در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است و مرتکب هیچ رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل را نمی‌توان به موجب قانون مؤخر به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم کرد، لکن چنانچه پس از وقوع جرم، قانونی مبنی بر تخفیف یا عدم اجرای مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی یا از جهاتی مساعدتر به حال مرتکب وضع شود نسبت به جرایم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حکم قطعی، مؤثر است. هرگاه به موجب قانون سابق، حکم قطعی لازم‌الاجرا صادر شده باشد به ترتیب زیر عمل می‌شود:

الف) اگر رفتاری که در گذشته جرم بوده است به موجب قانون لاحق جرم شناخته نشود، حکم قطعی اجرا نمی‌شود و اگر در جریان اجرا باشد اجرای آن موقوف می‌شود. در این موارد و همچنین در موردی که حکم قبلاً اجرا شده است هیچ‌گونه اثر کیفری بر آن مترتب نیست.

۱. اصل یک‌صد و شصت و نهم قانون اساسی: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود.»

ب) اگر مجازات جرمی به موجب قانون لاحق، تخفیف یابد، قاضی اجرای احکام موظف است قبل از شروع به اجرا یا در حین اجرا از دادگاه صادرکننده حکم قطعی، اصلاح آن را طبق قانون جدید تقاضا کند. محکوم نیز می‌تواند از دادگاه صادرکننده حکم، تخفیف مجازات را تقاضا نماید. دادگاه صادرکننده حکم با لحاظ قانون لاحق، مجازات قبلی را تخفیف می‌دهد. مقررات این بند در مورد اقدام تأمینی و تربیتی که در مورد اطفال بزهکار اجرا می‌شود نیز جاری است. در این صورت ولی یا سرپرست وی نیز می‌تواند تخفیف اقدام تأمینی و تربیتی را تقاضا نماید.

تبصره. مقررات فوق در مورد قوانینی که برای مدت معین و یا موارد خاص وضع شده است، مگر به تصریح قانون لاحق، اعمال نمی‌شود.»

تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری و تخفیف در میزان مجازات برخی از جرایم اختلاف‌هایی را در رویه قضایی پدید آورد به نحوی که در خصوص گستره شمول بند ب این ماده اختلاف جدی رخ داد. دسته اول بر آن‌اند که صرف تغییر در میزان مجازات‌های قانونی جرایم موجب اعمال بند ب نیست و تغییر در برخی از قواعد تعیین کیفر که می‌تواند منجر به تغییر میزان مجازات نهایی گردد، نیز از موجبات اعمال بند ب ماده ۱۰ است. این گروه با اخذ ملاک از صدر ماده، جهات مساعدتر به حال مرتکب را نیز نوعی تخفیف تلقی کرده و اساساً تفاوتی بین صدر ماده ۱۰ و بند ب قائل نبوده و تنها تفاوت آن‌ها را در موضوع احکام می‌دانند. به عبارت دیگر صدر ماده را راجع به قبل از صدور حکم قطعی دانسته و بند ب را ناظر به بعد از صدور حکم قطعی می‌دانند. در مقابل دسته دیگری بر آن‌اند که بند ب ماده ۱۰ صرف‌نظر از تفاوت در موضوع، در گستره شمول نیز با هم تفاوت جدی دارند به نحوی که بند ب صرفاً و صرفاً درباره تغییر میزان مجازات قانونی جرایم دانسته و تغییر در قواعد ناظر به تعیین کیفر را منصرف از این بند دانسته‌اند. برای روشن شدن موضوع مثالی را ذکر می‌کنیم.

بر اساس بند الف ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی، در مقام تخفیف مجازات حبس صرفاً تقلیل حبس به میزان یک تا سه درجه میسر بود و برای مثال در خصوص بزه جاسوسی موضوع ماده ۵۰۲ کتاب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، مجازات قانونی یک تا پنج سال حبس با اعمال بیشترین تخفیف قابل تبدیل به مجازات حبس تا سه ماه (درجه هشت) بود. با توجه به اصلاحات مقرر در ماده ۳۷ به موجب ماده ۶ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، امکان تبدیل مجازات حبس به جزای نقدی متناسب با همان درجه (درجه پنج) فراهم شده است. حال پرسش آن است که اگر قبل از اصلاح ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی حکم قطعی صادر شده باشد، اصلاح این مقرره می‌تواند موجبی برای اصلاح حکم صادره باشد؟



## تغییرات قانون کاهش مجازات حبس تعزیری

قانون کاهش مجازات حبس تعزیری،<sup>۱</sup> مجازات قانونی برخی از جرایم را وفق مواد ۱ و ۳ و تبصره الحاقی به ماده ۱۰۴ تخفیف داده است.<sup>۲</sup> در نتیجه وفق بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی، پرونده‌های مرتبط جهت اصلاح حکم به دادگاه صادرکننده حکم قطعی ارسال می‌شود.<sup>۳</sup> چنانچه مجازات قانونی جرمی به موجب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ۱۳۹۹ تخفیف یافته باشد، هرچند که مجازات تعیین شده در دادنامه قطعی که بر اساس قانون قبلی صادر شده است، در محدوده مجازات قانونی جدید باشد، از مصادیق تخفیف مجازات قانونی به شمار آمده و مشمول مقررات بند «ب» ماده ۱۰ است و باید رأی دادگاه اصلاح شود.<sup>۴</sup> در مورد پرونده‌هایی که هنوز حکم آن‌ها قطعی نشده است، اگر قبلاً بر اساس قانون سابق، حکم به مجازات صادر شده و مجازات قانونی تخفیف یافته یا مساعد به حال متهم باشند، دادگاه تجدیدنظر به استناد بند «پ» ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری<sup>۵</sup> حکم را نقض و حکم جدیدی بر اساس قانون لاحق صادر

۱. برای مطالعه تفصیلی در خصوص این قانون، نک: احمدزاده، رسول و مجتبی تام (۱۴۰۰)، ملاحظاتی درباره قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، چاپ چهارم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه
۲. مقررات مواد ۷، ۸ و ۹ این قانون، ناظر به نحوه اجرای مجازات‌اند و تخفیف در مجازات قانونی به شمار نمی‌آیند و لازم است مشمولان این دسته از مقررات درخواست خود را به مرجع مربوطه ارسال نمایند
۳. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۴۳۴ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۸ اداره کل حقوقی قوه قضاییه مقرر داشته است: «ملاک اعمال مقررات بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اخف بودن قانون لاحق نسبت به قانون سابق است؛ نه مجازات قضایی مندرج در حکم؛ بنابراین با توجه به بند «ج» ماده یک قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، مجازات جرم توهین به جزای تقلدی درجه شش تبدیل شده است و چون این مجازات نسبت به مجازات سابق اخف است، قاضی اجرای احکام کیفری مکلف است مطابق بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از دادگاه صادرکننده حکم قطعی درخواست اصلاح حکم کند. بر این اساس، اجرای محکومیت سابق محکوم به شلاق تعزیری موضوعاً منتهی شده و حکم جدید اجرا خواهد شد. بدیهی است که مجازات تعیین شده اخیر که در اجرای بند «ب» ماده ۱۰ قانون فوق‌الذکر تعیین می‌شود، باید با لحاظ معیارهای قانونی نظیر معیارهای مذکور در ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نسبت به مجازات قبلی تخفیف یافته محسوب شود.»
۴. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۴۰۶ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۱ اداره کل حقوقی قوه قضاییه: «با عنایت به منطوق و اطلاق بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اگر مجازات جرمی به موجب قانون لاحق تخفیف یابد، مقررات بند «ب» ماده مذکور در هر صورت قابل اعمال است، اعم از این که مجازات مقرر در دادنامه در محدوده مجازات قانونی تعیین شده به موجب قانون اخیر باشد یا نباشد؛ یعنی معیار اعمال این بند، کاهش مجازات قانونی جرم به موجب قانون لاحق است؛ نه مجازات قضایی. از طرفی دادگاه با در نظر گرفتن حداکثر مجازات در قانون سابق و بر اساس معیارهای مقرر در بندهای ذیل ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تعیین کیفر کرده است؛ لذا در صورت کاهش مجازات قانونی جرم طبق قانون لاحق، رعایت احتیاط و اصل تفسیر به نفع متهم ایجاب می‌کند که فرض سؤال نیز مشمول مقررات بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ باشد.»
۵. ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی کیفری: «دادگاه تجدیدنظر استان پس از تشکیل جلسه رسیدگی و اعلام ختم دادرسی به شرح زیر اتخاذ تصمیم می‌کند:

الف) ...

ب) چنانچه رأی تجدیدنظرخواسته را مخالف قانون تشخیص دهد با استدلال و ذکر مبانی و مستند قانونی، آن را نقض و در ماهیت، انشای رأی می‌کند. ...»

می‌کند و اگر پرونده در دیوان باشد، دیوان به استناد شق ۴ بند «ب» ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری حکم را نقض و به شعبه هم‌عرض دادگاه کیفری یک ارسال می‌نماید.

## مرجع صالح به اصلاح حکم قطعی

تغییر در میزان مجازات قانونی جرم، چنان‌چه منجر به تغییر در صلاحیت دادگاه رسیدگی‌کننده به جرم باشد، اعمال قواعد بند «ب» ماده ۱۰ همچنان با دادگاه صادرکننده حکم قطعی خواهد بود. برای مثال چنان‌چه فردی بر اساس حکم صادره از دادگاه کیفری یک به تحمل ۱۵ سال حبس تعزیری از بابت اتهام آدم‌ربایی محکوم شده و این حکم بدون تجدیدنظرخواهی به قطعیت رسیده باشد، با توجه به تصریح بند «ب» ماده ۱۰ به «دادگاه صادرکننده حکم قطعی»، عدم صلاحیت دادگاه کیفری یک برای رسیدگی به جرم آدم‌ربایی بر اساس مقررات جدید منجر به عدم صلاحیت این دادگاه در تخفیف مجازات مندرج در دادنامه صادره قبلی نخواهد بود.<sup>۱</sup> در مورد صدور حکم به آزادی مشروط نیز از این قاعده پیروی خواهد شد. بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۷۳۱ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۲۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور<sup>۲</sup> و مستفاد از ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی،<sup>۳</sup> صدور حکم به آزادی مشروط نیز با دادگاه صادرکننده حکم قطعی است و تغییر صلاحیت دادگاه

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۴۲۸ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۴ اداره کل حقوقی قوه قضاییه: «نظر به صراحت بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که اشعار داشته «دادگاه صادرکننده حکم قطعی» لذا در فرض سؤال با توجه به این که حکم قطعی از سوی دادگاه کیفری یک صادر شده و دادگاه مذکور در زمان رسیدگی صلاحیت رسیدگی را داشته است، لذا اقدام بعدی مبنی بر تخفیف مجازات با لحاظ قانون جدید لاحق با همان دادگاه خواهد بود.»

۲. رأی وحدت رویه شماره ۷۳۱ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۲۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور: «مقررات مربوط به پیشنهاد آزادی مشروط ناظر به اجرای احکام قطعی و لازم‌الاجراست و اظهارنظر قانونی درخصوص مورد هم علی‌الاصول با دادگاه صادرکننده حکم قطعی (اعم از بدوی یا تجدیدنظر) خواهد بود همچنان که در مقررات نیمه‌آزادی موضوع ماده ۵۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز این امر مورد تصریح قرار گرفته است، لذا رأی شعبه نوزدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران در حدی که با این نظر انطباق دارد صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی مطابق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.»

۳. ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی: «در مورد محکومیت به حبس تعزیری، دادگاه صادرکننده حکم می‌تواند در مورد محکومان به حبس بیش از ده سال پس از تحمل نصف و در سایر موارد پس از تحمل یک‌سوم مدت مجازات به پیشنهاد دادستان یا قاضی اجرای احکام با رعایت شرایط زیر حکم به آزادی مشروط را صادر کند.  
الف) محکوم در مدت اجرای مجازات همواره از خود حسن اخلاق و رفتار نشان دهد.  
ب) حالات و رفتار محکوم نشان دهد که پس از آزادی، دیگر مرتکب جرمی نمی‌شود.  
پ) به تشخیص دادگاه محکوم تا آنجا که استطاعت دارد ضرر و زیان مورد حکم یا مورد موافقت مدعی خصوصی را بپردازد یا قراری برای پرداخت آن ترتیب دهد.  
ت) محکوم پیش از آن از آزادی مشروط استفاده نکرده باشد.»

انقضای مواعد فوق و همچنین مراتب مذکور در بندهای (الف) و (ب) این ماده پس از گزارش رئیس زندان محل به تأیید قاضی اجرای احکام می‌رسد. قاضی اجرای احکام موظف است مواعد مقرر و وضعیت زندانی را درباره تحقق شرایط مذکور بررسی و در صورت احراز آن، پیشنهاد آزادی مشروط را به دادگاه تقدیم نماید.»

در رسیدگی به جرمی خاص، در صلاحیت آن دادگاه نسبت به صدور حکم به آزادی مشروط همان جرایم که قبلاً درخصوص آن‌ها رأی صادر کرده است، به وجود نمی‌آورد.

### گستره شمول بند ب ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی

اعمال بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی صرفاً در صورتی است که مجازات قانونی جرم تخفیف یابد، اما اگر قانون جدید حاوی حکمی مساعدتر به حال متهم باشد، مجوزی برای تغییر حکم صادر شده در زمان قانون سابق ایجاد نخواهد شد و حکم صادره قبلی قابل اصلاح نیست.<sup>۱</sup> برای مثال قواعد ناظر بر تعیین مجازات از جمله مواردی هستند که از شمول بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی خارج‌اند:

الف) حکم به بیش از حداقل مجازات قانونی صادر شده، ولی به یکی از بندهای ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی یا سایر جهات قانونی تشدید مجازات استناد نشده باشد؛<sup>۲</sup>

ب) بر اساس ماده ۳۷ اصلاحی قانون مجازات اسلامی و تبصره الحاقی امکان اعمال تخفیف بیشتری برای دادگاه فراهم باشد؛<sup>۳</sup>

پ) محکوم دارای تعدد جرایم عمدی که مجازات قانونی آن‌ها کمتر از یک سال حبس بوده و قبلاً مانع استفاده از حکم به مجازات جایگزین حبس شده و در حال حاضر بر اساس ماده ۷۲ اصلاحی قانون مجازات اسلامی شرایط فراهم شود؛

ت) در تعدد و تکرار جرم و همچنین تعدد و تکرار توأم با تخفیف، حکم بر اساس مقررات مواد مربوط قبل از اصلاح صورت گرفته باشد.<sup>۴</sup>

۱. البته برخی از نویسندگان، قاضی اجرای احکام کیفری را مکلف به بررسی ضابطه نوعی دانسته‌اند. (برای مطالعه بیشتر نک: اعظمی، حسین (۱۳۹۷)، تحلیلی بر ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر با تکیه بر نحوه اعمال آن در مراجع قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ص ۸۷.

۲. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۴۱۵ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۷ اداره کل حقوقی قوه قضاییه بیان داشته است: «در تبصره موضوع ماده ۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، مجازات قانونی جرم تقلیل نیافته است تا درخصوص پرونده‌هایی که منجر به صدور حکم قطعی شده است، موجب اعمال بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ شود؛ لیکن رعایت مقررات این تبصره در کلیه پرونده‌هایی که پس از لازم‌الاجرا شدن قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در حال رسیدگی است، لازم‌الرعايه است.»

۳. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۴۱۵ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۷ اداره کل حقوقی قوه قضاییه: «نظر به این‌که در فرض استعلام، مجازات قانونی جرم تخفیف نیافته و اعمال کیفیات منخفه مورد استعلامی نیز الزامی نبوده است، لذا موجبی برای اعمال بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیست.»

۴. البته اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۴۳۱ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۸ در پاسخ به این سؤال که ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی اصلاحی ۱۳۹۹ در چه مواردی مساعد به حال محکوم است تا قاضی اجرای احکام کیفری بر اساس ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی پرونده‌ها را به دادگاه ارسال نماید؟ چنین اظهار داشته است: «تخصیص اخف بودن قانون لاحق نسبت به قانون سابق حسب مورد به عهده قاضی رسیدگی‌کننده است.» به نظر می‌رسد که این دیدگاه از قوت چندانی برخوردار نباشد، چراکه به صراحت بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی ملاک اخف محسوب شدن مجازات، میزان مجازات قانونی آن جرم است و تغییر در قواعد حاکم بر تعیین کیفر منجر به تغییر میزان مجازات قانونی جرم نخواهد شد. بدیهی است چنانچه مجازات جرمی به موجب قانون تخفیف یابد، مقررات حاکم بر تعیین کیفر (در زمان صدور حکم اصلاحی جدید) لازم‌الرعايه است.

چنانچه دادگاه به عللی از قبیل: اعاده دادرسی (ماده ۴۷۴ و ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری)،<sup>۱</sup> وخواهی (ماده ۴۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری)، ادغام محکومیت‌های متعدد (ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری)، تشدید مجازات صادره پس از احراز تکرار جرم (ماده ۵۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری) در محکومیت‌های صادره قبلی وارد رسیدگی شود، در صدور حکم جدید، موارد مذکور (همچون تعدد، تکرار و ...) را بر اساس قانون فعلی رعایت خواهد کرد؛ زیرا این دسته از قواعد ناظر به تعیین مجازات‌اند.

نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۱۲۳۰ مورخ ۱۳۹۹/۰۸/۲۷ اداره کل حقوقی قوه قضائیه درخصوص عطف بماسبق شدن شرط گذراندن یک‌چهارم حبس در مواد ۵۷ و ۶۲ قانون مجازات اسلامی چنین بیان داشته است: «تبصره‌های الحاقی به مواد ۵۷ و ۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۹ موضوع مواد ۸ و ۹ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹، ناظر به تجویز استفاده از نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه الکترونیکی در جرایم تعزیری درجه دو، سه و چهار است و از آنجا که قانون کاهش مجازات حبس تعزیری از «زمره قوانین مساعد به حال مرتکبین» موضوع صدر ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است، نسبت به جرایم سابق بر وضع آن قانون قابل اعمال (مؤثر) است.» اما به نظر ما قواعد ناظر بر نحوه اجرای مجازات تخصصاً از شمول ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی خارج بوده و بدیهی است نظام اجرای کیفر تابع قانون زمان اجرای مجازات است. از این رو چنانچه قانون‌گذار به هر دلیلی نظام اجرای کیفر را دستخوش تحول کرد، بر همان اساس رفتار خواهد شد.

اعمال مقررات تخفیف، ناظر به تعیین مجازات تلقی می‌شود و از شمول بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی خارج است. بنابراین چنانچه دادگاه به عللی از قبیل اعاده دادرسی (ماده ۴۷۴ و ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری)، وخواهی (ماده ۴۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری)، ادغام

---

۱. ماده ۴۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری: «در تمام جرایم، به استثنای جرایمی که فقط جنبه حق‌اللهمی دارند، هرگاه متهم یا وکیل او در هیچ‌یک از جلسات دادگاه حاضر نشود یا لایحه دفاعیه نفرستاده باشد، دادگاه پس از رسیدگی، رأی غیابی صادر می‌کند. در این صورت، چنانچه رأی دادگاه مبنی بر محکومیت متهم باشد، ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ واقعی، قابل وخواهی در همان دادگاه است و پس از انقضای مهلت وخواهی برابر مقررات حسب مورد قابل تجدیدنظر یا فرجام است. مهلت وخواهی برای اشخاص مقیم خارج از کشور، دو ماه است.

تبصره ۱. هرگاه متهم در جلسه رسیدگی حاضر و در فاصله تنفس یا هنگام دادرسی بدون عذر موجه غائب شود، دادگاه رسیدگی را ادامه می‌دهد. در این صورت حکمی که صادر می‌شود، حضوری است.

تبصره ۲. حکم غیابی که ظرف مهلت مقرر از آن وخواهی نشود، پس از انقضای مهلت‌های وخواهی و تجدیدنظر یا فرجام به اجرا گذاشته می‌شود. هرگاه حکم دادگاه ابلاغ واقعی نشده باشد، محکوم‌علیه می‌تواند ظرف بیست روز از تاریخ اطلاع، وخواهی کند که در این صورت، اجرای رأی، متوقف و متهم تحت‌الحفظ به همراه پرونده به دادگاه صادرکننده حکم اعزام می‌شود. این دادگاه در صورت اقتضاء نسبت به اخذ تأمین یا تجدیدنظر در تأمین قبلی اقدام می‌کند.

تبصره ۳. در جرایمی که فقط جنبه حق‌اللهمی دارند، هرگاه محتویات پرونده، مجرمیت متهم را اثبات نکند و تحقیق از متهم ضروری نباشد، دادگاه می‌تواند بدون حضور متهم، رأی بر برائت او صادر کند.»

محکومیت‌ها (ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری)، تشدید مجازات صادره پس از احراز تکرار جرم (ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری) در محکومیت‌های صادره قبلی وارد رسیدگی شود، در صدور حکم جدید، رعایت مفاد تبصره ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی لازم‌الاتباع است. با توجه به ماده ۱۵ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری و نسخ کلیه صور شروع به جرم‌های قوانین خاص، لازم است قضات اجرای احکام کیفری حسب مورد چنانچه مجازات شروع به جرم بر اساس ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی تخفیف یابد، پرونده را در اجرای بند «ب» ماده ۱۰ به دادگاه صادرکننده حکم قطعی ارسال و چنانچه شروع به جرم فاقد وصف جزایی باشد بر اساس بند «الف» قرار موقوفی اجرا صادر نمایند. در این صورت آثار تبعی جرم نیز زائل خواهد شد.<sup>۱</sup>

### قطعیّت یا عدم قطعیّت آراء اصلاحی بر اساس ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی

در خصوص قطعیّت یا عدم قطعیّت آراء صادره بر اساس ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی به نظر می‌رسد، این آراء مطابق مقررات عمومی حسب مورد قطعی، قابل تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی باشند؛ زیرا به موجب ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری<sup>۲</sup> برخلاف مقررات سابق، اصل بر قابلیت تجدیدنظر آراء کیفری است. از طرفی آراء قضایی ممکن است در مرحله اولیه و یا پس از ختم دادرسی صادر شود و یا دادگاه به علل مختلف همانند تجمیع مجازات‌ها به شرح ماده ۵۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری، اعمال مقررات تکرار، تبدیل مجازات جایگزین به مجازات اصلی و ...، مبادرت به صدور «رأی ثانوی» بنماید. لذا با توجه به اطلاق کلمه آراء در ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری این رأی تابع قواعد عمومی است و به‌طور کلی در مورد آراء ثانوی باید با ملاک قرار دادن مجازات مقرر در قانون برای جرمی که تحت رسیدگی است، حسب مورد رأی قطعی را قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان یا قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور دانست. بدیهی است در برخی موارد مشخص مثل مواد ۴۴۲ و ۴۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری،

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۴۳۲ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۶ اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز بیان داشته است: «بنا به نص ماده ۱۵ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹/۲/۲۳ تمامی مصادیق خاص قانونی که در آن‌ها برای شروع به جرم و معاونت در جرم مشخص تحت همین عناوین مجازات تعیین شده، نسخ شده است. بنابراین درخصوص مجازات بزه شروع به ارتشا با نسخ تبصره ۳ ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مطابق ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ رفتار می‌شود و چنانچه با لحاظ بند «ب» ماده ۱۰ قانون اخیرالذکر، مجازات آن به‌موجب ماده ۱۲۲ مرقوم تخفیف یافته باشد مشمول مقررات بند «ب» ماده مذکور است.»

۲. ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری: «رأی دادگاه‌های کیفری جز در موارد زیر که قطعی محسوب می‌شود، حسب مورد در دادگاه تجدیدنظر استان همان حوزه قضایی قابل تجدیدنظر و یا در دیوان عالی کشور قابل فرجام است: الف) جرایم تعزیری درجه هشت باشد.

ب) جرایم مستلزم پرداخت دیه یا آرش، در صورتی که میزان یا جمع آن‌ها کمتر از یک‌دهم دیه کامل باشد. ...»

قانون گذار برای نادیده گرفتن این حکم کلی، به صورت خاص اعلام نموده است که رأی ثانوی قطعی است. این نحوه بیان قانون گذار خود قرینه‌ای است که سایر آراء ثانوی (رأی موضوع ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی) تابع مقررات عمومی بوده و حسب مورد قابل تجدیدنظر یا فرجام می‌باشند. این تفسیر موافق اصل قابلیت تجدیدنظر تصمیمات قضایی که یکی از اصول کلی دادرسی‌های قضایی است، نیز می‌باشد.<sup>۱</sup> بنابراین چنانچه اعمال بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی و تخفیف میزان مجازات توسط دادگاه تجدیدنظر یا دیوان عالی کشور صورت پذیرد، رأی صادره قطعی است، اما اگر توسط محاکم بدوی، مجازات تخفیف یابد، رأی جدید حسب مورد قابل تجدیدنظر یا فرجام خواهی است، مگر این که به موجب قانون حکم صادره در آن پرونده به موجب قانون قطعی باشد.

با توجه به این که حکم غیابی که ابلاغ واقعی نشده باشد قطعی نبوده و همچنان امکان واخواهی محکوم علیه نسبت به آن وجود دارد، اجرای احکام نباید پرونده‌های مربوط به این گونه احکام را حتی اگر مشمول تخفیف مجازات مقرر در قانون جدید بدانند، به دادگاه ارسال کند. زمان اعمال قانون اخف جدید در مورد آن‌ها، پس از واخواهی، و هنگام رسیدگی به واخواهی یا تجدیدنظرخواهی خواهد بود.

در مورد احکامی قابل تجدیدنظرخواهی یا احکام غیابی که علی القاعده قابل رسیدگی مجدد هستند، اجرای بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصداق ندارد و دادگاهی که به تقاضای واخواهی یا تجدیدنظرخواهی رسیدگی می‌کند، در رأی صادره جدید قانون مخفف را مدنظر قرار خواهد داد.<sup>۲</sup>

چنانچه در خصوص فردی حکم محکومیت صادر شده و به جهت تسلیم به رأی، تا یک چهارم از مجازات مندرج در دادنامه کسر شده باشد (ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری) و بر اساس قانون کاهش حبس تعزیری نیاز به اعمال بند «ب» ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی (تخفیف مجازات قانونی) باشد، به نظر می‌رسد که دادگاه ملزم است در اعمال تخفیف و تعیین میزان مجازات بر اساس قانون جدید، حق محکوم بر کاهش یک چهارم از کیفر جرم به جهت تسلیم به رأی را در نظر داشته و در میزان مجازات اصلاحی لحاظ کند. از سویی شاید بتوان استدلال کرد که دادگاه میزان کیفر را حسب مجازات جدید قانونی تعیین کند و چون حکم صادره جدید قطعی محسوب می‌شود، اساساً تسلیم به رأی برای محکوم متصور نیست و تسلیم به رأی سابق حقی برای متهم جهت کاهش مجازات جدید ایجاد نمی‌کند، اما این تفسیر به نفع متهم نیست و حقوق مکتسبه وی را زائل می‌سازد. به عبارت دیگر، نهادهای ارفاقی که دادرسی‌های قبلی ضروری تشخیص و در مورد متهم اعمال شده‌اند از مصادیق حقوق مکتسبه متهم است.

۱. برای مطالعه تفصیلی این دیدگاه نک: طهماسبی، جواد (۱۳۹۶)، آیین دادرسی کیفری، جلد سوم، تهران: نشر میزان، ص ۲۲۹ و برای دیدن نظر مخالف نک: عابدی، احمد رضا (۱۳۹۷)، اجرای احکام کیفری، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، صص ۴۵ و ۴۶.

۲. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۴۰۷ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۱۵ اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز مؤید این دیدگاه است: «در صورت صدور حکم و عدم قطعیت آن، پس از اعتراض، مرجع تجدیدنظر نسبت به اعمال قانون لاحق که نسبت به قانون سابق اخف است اقدام می‌کند ...»

## تحلیل مسئولیت ناشی از روابط مبتنی بر رمزارزها

سعیده رضائی نژاد

پژوهشگر دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

### چکیده

روابط مالی مبتنی بر رمزارزها، علی‌رغم جذابیت‌های ناشی از عدم تمرکز و غیرقابل کنترل بودن از سوی دولت‌ها و بانک‌های مرکزی، با ریسک‌هایی آمیخته‌اند که از کنترل‌ناپذیری‌شان نشأت می‌گیرد. این ریسک‌ها می‌تواند به مسئولیت قانونی اعم از قراردادی و غیر قراردادی برای کنشگران حوزه رمزارز بیانجامد. در حالی که مسائل مربوط به مسئولیت مدنی ناشی از رمزارز به دلیل بدیع بودن این ابزار، آمیخته با ابهام و پیچیدگی است و با توجه به کاربرد روزافزون رمزارز، عملکرد قانون‌گذاران و تنظیم‌گران در مواجهه با دعاوی مرتبط با

رمزارز بسیار ضعیف و متناقض بوده است. این نوشتار درصدد است با تبیین روابط کنشگران ارزهای دی برای حل و فصل دعاوی مسئولیت قانونی مبتنی بر رمزارزها به اقتضای ماهیت خاص آن یک رویکرد راهنما به دست دهد.

واژگان کلیدی: رمزارز، مسئولیت مدنی، مسئولیت قراردادی، مسئولیت غیر قراردادی

### مقدمه

به موازات گسترش محبوبیت و استفاده از رمزارزها، نیاز به تبیین ابعاد مختلف این پدیده نوظهور تشدید می‌شود. بر این اساس تألیفاتی در خصوص مفهوم و ماهیت حقوقی رمزارزها به رشته تحریر در آمده که علی‌رغم تلاش برای اثبات قابلیت پذیرش رمزارز به عنوان پول، هنوز ابهامات پیرامون رمزارز را پوشش نداده است. مفهوم و ماهیت رمزارز آن قدر بدیع و پیچیده است که یک نگاه اجمالی به قوانین کشورهای مختلف نشان می‌دهد کشورها در ارائه یک مفهوم و ساختار واحد از رمزارز عاجزند حتی اگر در یک نگاه کلی در یک کشور، مفهومی یکسان از رمزارز استنباط شود. همین مفهوم یکسان در قوانین مختلف دستخوش تغییر می‌شود مثلاً ایالات متحده آمریکا در قوانین مالیاتی، رمزارز را «دارایی»<sup>۱</sup> و در قوانین مربوط به بورس اوراق بهادار، قراردادهای رمزارز را «اوراق بهادار» تلقی

1. Matthew Blumenfeld et al., "Regulatory Brief. Carving up crypto: Regulators begin to find their footing," (New York: PwC, 2018): 3, <https://www.pwc.com/us/en/financial-services/regulatory-services/publications/assets/cryptocurrency.pdf>

می‌کند،<sup>۱</sup> دادگاهی در رأی صادره، رمزارز را ثمن قراردادی<sup>۲</sup> و CFTC رمزارز را یک کالا می‌داند.<sup>۳</sup> وقتی قوانین یک کشور مترقی نظیر ایالات متحده نمی‌تواند برداشت خود از رمزارز را به صورت منسجم ابراز کند، ضعف مطالعات و بررسی‌های انجام‌شده در این باب بهتر خودنمایی می‌کند. موضع کشورها نیز در قبال رمزارزها متفاوت است. تحلیل رویکرد کشورها نشان می‌دهد شناسایی و اعتبار بخشیدن به پرداخت از طریق رمزارز تا حد زیادی به سطح توسعه یک کشور وابسته است. کشورهایی که اقتصاد و زیرساخت‌های ضعیفی دارند، آمادگی پذیرش رمزارز را به عنوان یک ابزار پرداخت ندارند و از جمله دلایلی که به آن استناد می‌کنند، فرار مالیاتی و مسائل مربوط به پولشویی است. در مقابل، کشورهای توسعه‌یافته همواره در تلاش جهت گسترش استفاده از رمزارز به علت اشرف بر جذابیت آن برای سرمایه‌گذاران و کاربران هستند.

گذشته از ابهامات مربوط به ماهیت رمزارزها، از دیگر مسائلی که سبب طرح دعاوی در این حوزه می‌شود، مسئولیت‌های ناشی از روابط مبتنی بر رمزارز است. بدیهی است تنظیم و ساماندهی هر رابطه اجتماعی، نیاز به مقرره مناسب از یک سو و وضع ضمانت اجرای قانونی از سوی دیگر دارد. لذا با توجه به استفاده فزاینده از رمزارز لازم است تحلیل‌هایی در خصوص مسئولیت ناشی از روابط مبتنی بر رمزارز ارائه شود تا هم برای قانون‌گذاران و هم برای قضات رسیدگی‌کننده به پرونده‌های مربوط به رمزارز و هم برای کنشگران این روابط راهگشا باشد. در این راستا و در یادداشت حاضر، ابتدا به تحلیل مسئولیت قراردادی ناشی از روابط مبتنی بر رمزارزها و سپس مسئولیت خارج از قرارداد پیرامون رمزارزها می‌پردازیم.

## ۱. مسئولیت قراردادی ناشی از روابط مبتنی بر رمزارزها

زمانی که یک قرارداد منعقد و تعهد یکی از طرفین در آن، پرداخت رمزارز تعیین می‌شود و سپس در زمان اجرا، طرفین در این خصوص به اختلاف می‌رسند، مسئولیت‌هایی در ارتباط با شخصی که تعهد به پرداخت رمزارز دارد، قابلیت طرح پیدا می‌کند که در ادامه بررسی می‌شود.

### ۱-۱. ماهیت قرارداد خرید کالا به ازای رمزارز

با وجود مطالعات مختلف در خصوص ماهیت رمزارز و ترجیح ماهیت پولی بر ماهیت غیرپولی آن، کماکان در باب تلقی رمزارز به عنوان پول اتفاق نظر وجود ندارد. اگر در قرارداد خرید کالا مابه‌ازای رمزارز را پول در نظر بگیریم این قرارداد، قرارداد خرید در ازای ثمن و مشمول خیاراتی

1. Ibid,2.

2. Jamie Redman, "New York Judge Classifies Bitcoin As Money," Bitcoin.com, Accessed 24 February 2020, <https://news.bitcoin.com/judge-classifies-bitcoin-money/>

3. Scott D. Hughes, "Cryptocurrency Regulation and Enforcement in the U.S.," Western State University Law Review 45, 1 (2017): 5, <http://www.scotthugheslaw.com/documents/CRYPTOCURRENCY-REGULATIONS-AND-ENFORCEMENT-IN-THE-US-2.pdf>



نظیر خیار تأخیر ثمن خواهد شد. اما اگر در این مقام، رمزآرز را کالا و دارای ماهیت غیرپول قلمداد کنیم، قرارداد مذکور کالا به کالا و خارج از قلمرو خیار فوق بررسی می‌شود. اینکه چنین قراردادی، قرارداد خرید کالا به ازای پول یا قرارداد کالا به کالا باشد از جنبه دیگری نیز منشأ بحث است. اگر رمزآرز را کالا ببنداریم و زمان پرداخت ارز مذکور دچار نوسان شدید قیمتی شده باشد، بایع نمی‌تواند ارزش روز آن را مطالبه کند و مکلف است مقدار رمزآرز معین در قرارداد را بدون تعدیل و به مثابه کالا دریافت کند. از این رو اگر رمزآرز از نظر قاضی رسیدگی‌کننده ماهیت پولی داشته باشد، در صورت تأخیر در پرداخت، تحت شرایطی امکان الزام خریدار به پرداخت ارزش تعدیل شده رمزآرز وجود دارد.

مسأله فوق در جایی که موضوع قرارداد، معامله پول فیات در مقابل رمزآرز است نیز مصداق دارد. به‌عنوان نمونه اگر در قراردادی رمزآرز در مقابل دلار معامله شود، بسته به این‌که ماهیت رمزآرز پول است یا صرفاً یک مال، نوع قرارداد از فروش (فروش دلار به ازای ارز دی) تا مبادله‌ای (مبادله دو ارز) متغیر است و در حالت اخیر، مسائل مربوط به نوسان ارزش رمزآرز قابلیت طرح پیدا می‌کند؛ به این شرح که اگر قرارداد مبادله‌ای تلقی شود و رمزآرز به‌عنوان پول در مقابل دلار قرار گیرد، می‌توان حکم به تعدیل آن داد، اما اگر رمزآرز یک مال کالا محسوب شود قرارداد مذکور، قرارداد فروش دلار به ازای مقدار رمزآرز تصریح‌شده در متن قرارداد است.<sup>۱</sup>

## ۱-۲. الزام بایع به قبول رمزآرز در فرض آزادی پرداخت

اصل آزادی قراردادی به طرفین این اختیار را می‌دهد که ثمن را مطلق قرار دهند و پرداخت از طریق هرگونه ارز رایج را جایز شمارند. در این موارد اگر خریدار تعهد خود را به‌وسیله رمزآرز پرداخت کند، این بحث ایجاد می‌شود [که] آیا بایع می‌تواند از قبول رمزآرز امتناع کند یا استناد خریدار به آزادی قراردادی و حمل عنوان ارز خارجی بر رمزآرز موجه و مسموع است! ثمره این بحث این است که چنان‌چه بایع را مکلف به قبول رمزآرز به‌عنوان ثمن بدانیم، او دیگر امکان استناد به خیار تأخیر ثمن و مطالبه حقوق و خسارات قراردادی مرتبط با تأخیر در ایفاء تعهد را ندارد. از این رو، چنان‌چه قاضی پرونده رمزآرز را واجد ماهیت پولی نداند،<sup>۲</sup> تملیک آن به بایع را

1. Arkhyphenco, Iryna, THEORETICAL AND LEGAL PERSPECTIVE OF CIVIL LIABILITY IN CRYPTOCURRENCY RELATIONS, P 49 Available at:

file:///C:/Users/User/AppData/Local/Temp/Masters\_Arkhyphenko\_Final.pdf

۲. کما این‌که برخی از محاکم ایران، در پرونده‌های این‌چنینی، به جهت عدم پذیرش رمز ارز به‌عنوان ثمن، قرار عدم استماع صادر می‌نمایند. مضافاً آن‌که تصویب‌نامه شماره ۵۸۱۴۴/ت ۵۵۶۳۷ مورخ ۱۳۹۸/۵/۱۳ هیأت وزیران در بند ۱ حکم به ممنوعیت مبادلات رمز ارزها داده است، حال آن‌که طبق حقوق موضوعه و مسلمات فقهی، حق مالکیت مالک و جواز تصرفات مشروع وی محترم شمرده شده و ممنوعیت مبادله چیزی که با وجود اختلاف در ماهیت پولی یا مالی آن، در مالیاتش تردیدی نیست، فاقد وجهت و قابل ابطال از طریق دیوان عالی کشور است.

ساقط‌کننده حق فسخ بایع نمی‌داند که ناشی از عدم پرداخت ثمن است و رأی به فسخ قرارداد صادر می‌کند.

بدیهی است آزادی قراردادی متعاملین در این باب و در حوزه‌های قضایی مختلف به علت تفاوت قوانین هر حوزه، متفاوت است. یک کشور ممکن است علی‌رغم عدم پذیرش رمز ارز به عنوان پول رسمی، آن را به عنوان ارز خارجی بپذیرد و از این رو در جایی که پرداخت با ارز خارجی ممکن است، پرداخت به وسیله رمز ارز را نیز صحیح انگارد. اما کشوری دیگر، به دلیل منع قانونی هرگونه مبادله مبتنی بر رمز ارز، چنین پرداختی را فاقد مشروعیت قانونی بداند.

پذیرش صحت چنین پرداختی در شرایط آزادی پرداخت در قرارداد، در عرصه روابط بین‌المللی متفاوت است. طرفین قراردادهای بین‌المللی همان‌طور که می‌توانند تعیین‌کننده قانون حاکم بر قرارداد باشند، قادرند ارز خارجی ترجیحی را نیز مشخص کنند، در غیر این صورت پرداخت به وسیله رمز ارز تا جایی معتبر است که با قانون صالح بر قرارداد تعارض نداشته باشد.<sup>۱</sup> در چنین فرضی اگر متعاملین صراحتاً یا تلویحاً مقدار و قیمت ارز را تعیین کرده باشند، ملاک محاسبه رمز ارز نیز همان مقدار تعیین می‌شود<sup>۲</sup> در غیر این صورت نوسان رمز ارز می‌تواند به ایجاد اختلاف بیانجامد.

### ۳-۱. نوسان شدید رمز ارز

چنانچه رمز ارز به عنوان پول مورد قبول باشد، در شرایطی که اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد دستخوش تغییر و ارزش رمز ارز با نوسان مواجه شود، این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان با طرح دعوا علیه خریدار، الزام وی به پرداخت نرخ تعدیل‌شده رمز ارز را مطالبه نمود؟

همان‌طور که بیان شد، تصمیم‌گیری در این باره در وهله اول به این مهم بازمی‌گردد که رمز ارز در آن قرارداد به چه عنوانی لحاظ شده و ماهیت استنباطی آن طبق مقررات حوزه قضایی محل اجرای قرارداد چیست. اگر ماهیت آن صرفاً کالا باشد، امکان تعدیل وجود ندارد، اما اگر ماهیت رمز ارز پول تلقی شود، امکان دارد با استناد به حقوق قراردادهای و تحقق معیارهای مربوط به تغییر اوضاع و احوال حکم به تعدیل داد. این معیارها عبارتند از: تحقق رویداد بعد از انعقاد قرارداد، عدم قابلیت پیش‌بینی تغییر برای خواهان در زمان انعقاد قرارداد، خروج رویداد از کنترل خواهان تعدیل، عدم ارتباط رویداد به خواهان.<sup>۳</sup> در صورت اجتماع شرایط مذکور، توازن قراردادی مختل و

1. Klaus Peter Berger, "The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles," Trans-Lex, Accessed 14 March 2020, [https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles\\_ID8](https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8)
2. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (New York: United Nations, 2010), 5, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>
3. Miklos Kiraly, "The Vienna Convention on International Sales of Goods and the Bitcoin," US-Chine Law Review 16, 5 (2019): 182, <https://www.davidpublisher.org/Public/uploads/Contribute/5d81db8d2160e.pdf>

هزینه اجرای قرارداد به نحو غیرعادلانه‌ای بر دوش یک طرف قرار می‌گیرد. تغییر اوضاع و احوال در چنین شرایطی، به خواهان این امکان را می‌دهد تا تعدیل یا فسخ قرارداد را مطالبه کند. قراردادهای مبتنی بر پرداخت از طریق رمزارز به دلیل امکان نوسان قیمتی شدید، واجد ریسک بالایی هستند. بنابراین طرفین در صورت عدم پیش‌بینی بندهایی ناظر بر تغییر اوضاع و احوال، ناگزیر به تمکین از رأی دادگاه در خصوص تعیین نرخ پایه برای رمزارز خواهند بود؛ حال آن‌که ممکن است در شرایطی که ارزش رمزارز در مقایسه با ارزش پول ملی به سرعت در حال کاهش است، مقدار خسارت تأخیر تأدیه تعیینی از سوی دادگاه برای جبران ارزش از دست‌رفته رمزارز مندرج در قرارداد کافی نباشد. پیش‌بینی معیار محاسبه ارزش رمزارز در زمان پرداخت حتی در فرضی که تغییر اوضاع و احوال حادث نشده نیز به نفع طرفین است. چرا که ممکن است یک قرارداد مبتنی بر پرداخت از طریق رمزارز، به حکم دادگاه باطل اعلام شود و متعاقباً طرفین مکلف به پس دادن چیزی باشند که به‌عنوان عوض قراردادی دریافت کرده‌اند. در این فرض، فروشنده‌ای که رمزارز را به‌عنوان ثمن دریافت کرده است، مکلف به استرداد آن است. چنان‌چه در اثنای دریافت ثمن تا ابطال قرارداد، رمزارز دچار نوسان شدید شده باشد، پیش‌بینی شرط مذکور می‌تواند طرفین را از طرح دعوی مطالبه خسارت در دادگاه بی‌نیاز سازد.

## ۲. مسئولیت قهری ناشی از تراکنش‌های مبتنی بر رمزارز

مسئولیت مدنی در معنای اخص ناظر بر مسئولیت غیر قراردادی بوده که نیازمند سه رکن است: خسارت، فعل زیان‌بار، رابطه سببیت. جهت تحلیل مسئولیت مدنی خارج از قرارداد ناشی از روابط مبتنی بر رمزارز، ضمن بررسی توأمان حقوق رومی - ژرمنی و کامن‌لا، صرفاً اعمالی را که در حوزه رمزارز قابلیت ارتکاب دارند مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۲-۱. مسئولیت قهری ناشی از غفلت و تکلیف مراقبت

در کامن‌لا در صورتی مسئولیت مبتنی بر غفلت ایجاد می‌شود که زیان‌دیده بتواند اثبات کند خواننده، احتیاطات مورد انتظار از یک شخص متعارف را مبذول نداشته است و در نتیجه، خساراتی به وی وارد شده که به سبب غفلت خواننده بروز کرده است.<sup>۱</sup> وظیفه مراقبت امری پیچیده و انتزاعی است که ارزیابی آن در هر مورد از طریق دادگاه انجام می‌شود. در حقوق رومی - ژرمنی، وظیفه مراقبت بدین شکل متجلی می‌شود که افراد از اقدامی که ممکن است موجب تضییع حقوق دیگران شود خودداری کنند و در اعمال خود قصد اضرار به غیر نداشته باشند.

1. Jenny Steele, Tort Law: Text, Cases, and Materials (Oxford: Oxford University Press, 2017), 113.

### ۲-۱-۱. مسئولیت قهری صاحبان پلتفرم‌های رمزارزها

صاحبان پلتفرم‌های رمزارزها یا ارائه‌دهندگان خدمات مرتبط با رمزارز، موظف به مراقبت از حقوق کاربران رمزارز هستند. به این معنا که پلتفرم می‌تواند به‌طور بالقوه مسئول خسارات کاربران باشد چرا که کاربران، کنترلی بر تصمیمات مدیریتی یا بهبود و ارتقای پلتفرم و اقدامات برنامه‌نویسان پلتفرم ندارند. بنابراین منطقی است بپذیریم وظیفه مراقبت برای صاحبان پلتفرم وجود دارد.

### ۲-۱-۲. مسئولیت قهری برنامه‌نویسان پلتفرم‌های رمزارزها

در خصوص وظیفه مراقبت برای برنامه‌نویسان، عملاً یک شرط اساسی برای احراز تقصیر وجود دارد و آن قابلیت پیش‌بینی خطاهای برنامه است. زمانی که برنامه پلتفرم نوشته می‌شود، چندین تست را پشت سر می‌گذارد. به این ترتیب که نخست خود برنامه‌نویس آن را تست می‌کند، سپس برنامه قبل از استفاده عمومی و توسط مهندسان دیگر تست می‌شود. از آنجا که ممکن است برخی خطاها در این تست‌ها آشکار نشوند و صرفاً در مرحله اجرا و طی فرایندی رخ دهند که توسط کاربر اجرا می‌شود،<sup>۱</sup> از این رو منصفانه نیست برای برنامه‌نویس بابت خطاهای این‌چنینی که زمان نوشتن برنامه مطلقاً قابل‌انتظار و پیش‌بینی نبودند، مسئولیتی قائل بود. در غیر این صورت چنان‌چه برنامه‌نویس پس از استقرار برنامه بابت خطاهای غیرقابل‌پیش‌بینی و مخفی، مسئول تلقی شود، رژیم مسئولیت سخت‌گیرانه غیرقابل‌توجهی حاکم خواهد شد که علاوه بر ناعادلانه بودن، مانع ابتکارات برنامه‌نویسان جهت ایده‌ها و برنامه‌های نوین خواهد بود زیرا در مواردی که خسارت بی‌ارتباط به فعل شخص باشد مسئولیت با ماهیت تقصیر در تضاد خواهد بود چرا که وظیفه مراقبت مبتنی بر تقصیر و سهل‌انگاری است.

### ۲-۱-۳. نقض وظیفه مراقبت

نقض وظیفه مراقبت به این معنا است که در اثر فعل غیرمتعارف یک شخص، خسارتی که انتظار تحقق آن دور از ذهن نبوده، به شخص دیگر وارد آید. با این حال در مورد کنشگران حوزه رمزارز مانند صاحبان پلتفرم‌های پرداخت، برنامه‌نویسان یا استخراج‌کنندگان رمزارز، این ملاک از وضوح کافی برخوردار نیست چراکه این افراد اصولاً از دانش و مهارت کافی در حرفه خود برخوردار هستند و مراقبت عرفی از آن‌ها پذیرفته نیست. مضافاً آن‌که هیچ استاندارد و دستورالعمل خاص یا نهاد نظارتی در حوزه رمزارز وجود ندارد که وقتی قاضی فعل خواننده را ارزیابی می‌کند، از آن الگو برداری کند.

1. Arkhynchenco, Iryna, THEORETICAL AND LEGAL PERSPECTIVE OF CIVIL LIABILITY IN CRYPTOCURRENCY RELATIONS, P 63 Available at:  
file:///C:/Users/User/AppData/Local/Temp/Masters\_Arkhyphenko\_Final.pdf

در حوزه رمزآرز، مدعی خسارت، نه تنها نقض وظیفه مراقبت توسط مدعی علیه بلکه انتساب خسارت به همین نقض را نیز باید اثبات کند که این مهم با توجه به تخصصی و پیچیده بودن سیستم‌های پرداخت مبتنی بر رمزآرز و فرایند غیر متمرکز آن، عملاً غیرممکن است. بر اساس تحلیل‌های فوق می‌توان گفت صاحبان پلتفرم‌های دی یا سایر ارائه‌کنندگان خدمات مرتبط با رمزآرزها می‌توانند به دلیل نقض وظیفه مراقبت در خسارات وارده به خریداران رمزآرز مانند سرقت به دلیل عدم امنیت سیستم و وجود امکان هک، مسئول شناخته شوند. اما لازمه این مسئولیت استدلال و ادله متقن مدعی در دادگاه است. به این معنا که مدعی باید وجود ارکان سه‌گانه مسئولیت مدنی را اثبات نماید.

## ۲-۲. مسئولیت قهری ناشی از تخلف از تکلیف قانونی

### ۲-۲-۱. تخلف از تکلیف قانونی در نظام کامن‌لا

در نظام کامن‌لا اگر شخص از یک تکلیف تصریح شده در متن قانون تخلف کرده باشد، می‌تواند از سوی مدعی، طرف دعوا قرار گیرد؛ با این قید که این تکلیف لزوماً باید در قانون به معنای اخص باشد. برای نمونه در انگلستان صرفاً قوانین مصوب پارلمان ملاک نقض تکلیف قانونی‌اند، نه حقوق عرفی.<sup>۱</sup>

این موضوع از این جهت به رمزآرز ارتباط می‌یابد که گرچه رمزآرز به دلیل بدیع بودن در بسیاری از نظام‌های قانونی مورد توجه مستقیم واقع نشده است اما زمانی که زیرمجموعه ابزارهای مالی قرار می‌گیرد، می‌تواند مشمول قوانین مرتبط با بازارهای مالی شود. از این رو صاحبان پلتفرم‌ها ناگزیرند قوانین مربوط به ساز و کارهای مالی را در مورد رمزآرزها نیز رعایت کنند. در همین زمینه، در آمریکا این گرایش شکل گرفته است که قراردادهای رمزآرز را زیرمجموعه اوراق بهادار می‌دانند و از این حیث، قوانین بورس اوراق بهادار و الزامات و مجوزهای آن برای ثبت نام و ورود کنشگران روابط مبتنی بر رمزآرزها را در حوزه رمزآرزها اعمال می‌کنند یا در اروپا رمزآرز را به‌عنوان یک دارایی مالی می‌شناسند و از این رو، مقررات بازارهای مالی را به آن تسری می‌دهند.<sup>۲</sup>

### ۲-۲-۲. تخلف از تکلیف قانونی در نظام رومی - ژرمنی

تخلف از تکالیف قانونی در نظام حقوقی رومی - ژرمنی تنها به قوانین مصوب مجلس محدود نمی‌شود بلکه تمامی مقررات وضع شده از سوی دولت می‌تواند سبب مسئولیت قهری ناشی از

1. Nicholas J. McBride, Roderick Bagshaw, "Breach of Statutory Duty," Tort Law (Harlow: Pearson Education Limited, 2018), <https://books.google.com.ua/books?id=l71dDwAAQBAJ>

2. "MiFID II, Crypto Assets and the Cryptocurrency Market," eflow, Accessed 4 April 2020, <https://eflowglobal.com/2019/06/17/mifid-ii-crypto-assets-and-the-cryptocurrency-market/>

تخلف از تکالیف قانونی شود. این حالت بسته به تفسیری که از ارزش‌های دی به عمل می‌آید، امکان ایجاد مسئولیت قهری به جهت نقض قوانین مختلف را بیشتر می‌کند.

## نتیجه‌گیری و پیشنهادات

### ۱. مسئولیت قراردادی ناشی از پرداخت مبتنی بر رمزارزها

۱-۱. برای تحلیل مسئولیت قراردادی ناشی از روابط مبتنی بر رمزارزها، آنچه بیش از پیش اهمیت می‌یابد، درکی روشن از ماهیت رمزارز است تا قاضی بتواند در دعوی مسئولیت مرتبط با قراردادهای رمزارز در خصوص پول یا کالا بودن آن و سپس طبق قواعد عمومی قراردادهای در مورد موضوعاتی چون اسقاط حق فسخ و سایر حقوق قراردادی ناشی از تأخیر در پرداخت ارز دی، امکان الزام بایع به قبول ارز دی و تعدیل رمزارز در صورت تغییر اوضاع و احوال اظهار نظر کند.

۱-۲. پیشنهاد می‌شود طرفین قرارداد مبتنی بر رمزارزها، زمان انعقاد قرارداد، در صورت تغییر اوضاع و احوال یا بطلان قرارداد، بندی مربوط به نرخ تعدیل رمزارز پیش‌بینی کنند تا نوسانات و حتی ممنوعیت‌های قانونی غیرمنتظره را پوشش دهد. همچنین با توجه به این‌که رمزارز در هیچ کشوری پول قانونی تلقی نمی‌شود و نرخ پایه رسمی ندارد، ملاکی برای تأخیر در پرداخت آن نیز وجود ندارد. لذا طرفین زمان انعقاد قرارداد، طبق اصل آزادی قراردادی بندهایی ناظر بر تعیین مبنای محاسبه نرخ روز پرداخت پیش‌بینی کنند.

### ۲. مسئولیت قهری ناشی از رمزارزها

۲-۱. در مورد مسئولیت قهری، در حوزه ارزش‌های دی، غفلت و تخلف از تکالیف قانونی بیش از سایر اسباب، ایجاد مسئولیت می‌کند. در این راستا با تحلیل امکان‌سنجی مسئولیت قهری برنامه‌نویسان پلتفرم‌های رمزارز و صاحبان این پلتفرم‌ها به این یافته رسیدیم که مسئولیت برنامه‌نویسان به دلیل عدم ارتباط نزدیک با خطای بروز یافته در مرحله اجرا منطقی نیست. از این رو صاحبان پلتفرم‌ها به دلیل تخصص و مهارت بالا و کنترل و مدیریت سیستم‌های پرداخت رمزارز در صورت اجتماع چند شرط از جمله تخلف از قوانین مرتبط یا غفلت و نقض وظیفه مراقبت، مسئولیت قهری دارند.

۲-۲. ایجاد استانداردها و چهارچوب‌های بین‌المللی مدرن در حوزه امنیت سایبری، طراحی و تست برنامه‌ها و پلتفرم‌های مربوط به رمزارز حائز اهمیت بسیار بوده تا هر شرکتی که ارائه‌دهنده خدماتی نظیر طراحی برنامه و پلتفرم است، از چنین استانداردهایی پیروی کند و بتواند در دعوی غفلت و نقض وظیفه مراقبت با استناد به این استانداردها، بذل احتیاط خود را اثبات نماید. همچنین نیاز است شرکت‌ها شرایط بومی ناحیه خویش را هم اعمال کنند،

مثلاً اگر در کشوری خطر هک سیستم‌های سایبری به‌طور چشمگیری بالا است، شرکت‌ها باید مکلف باشند امکان‌سنجی حمله هکرها را به‌صورت مداوم روی پلتفرم‌های خود آزمایش کنند، چراکه اگر تنها استانداردهای بین‌المللی الزامی باشد اما همچنان خسارات ایجاد شود، صاحبان پلتفرم‌ها با استناد به انجام مراقبت و احتیاط در چهارچوب استانداردهای بین‌المللی از زیر بار مسئولیت شانه خالی می‌کنند.

همچنین لازم است کشورها به منظور حمایت از صنعت ارزهای دی و در عین حال حراست از حقوق خریداران و سرمایه‌گذاران، قوانین شفاف و یکپارچه‌ای را برای کنشگران بازار رمزارزها وضع کنند که لازمه این امر روشن شدن ماهیت رمزارزها است. لکن این مقررات‌گذاری نباید آن‌قدر فزاینده باشد که مزایای رمزارزها از قبیل کاهش دخالت و نظارت دولت‌ها و مقررات‌زدایی را کمرنگ سازد.

## منابع

1. Matthew Blumenfeld et al., "Regulatory Brief. Carving up crypto: Regulators begin to find their footing," (New York: PwC, 2018): 3, <https://www.pwc.com/us/en/financial-services/regulatory-services/publications/assets/cryptocurrency.pdf>
2. Jamie Redman, "New York Judge Classifies Bitcoin As Money," Bitcoin.com, Accessed 24 February 2020, <https://news.bitcoin.com/judge-classifies-bitcoin-money/>
3. Scott D. Hughes, "Cryptocurrency Regulation and Enforcement in the U.S.," Western State University Law Review 45, 1 (2017): 5, <http://www.scotthugheslaw.com/documents/CRYPTOCURRENCY-REGULATIONSAND-ENFORCEMENT-IN-THE-US-2.pdf>
4. Arkhynchenco, Iryna, THEORETICAL AND LEGAL PERSPECTIVE OF CIVIL LIABILITY IN CRYPTOCURRENCY RELATIONS, P 49 Available at: [file:///C:/Users/User/AppData/Local/Temp/Masters\\_Arkhyphenko\\_Final.pdf](file:///C:/Users/User/AppData/Local/Temp/Masters_Arkhyphenko_Final.pdf)
5. Klaus Peter Berger, "The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles," Trans-Lex, Accessed 14 March 2020, [https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles\\_ID8](https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8)
6. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (New York: United Nations, 2010).
7. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>
8. Miklos Kiraly, "The Vienna Convention on International Sales of Goods and the Bitcoin," US-Chine Law Review 16, 5 (2019): 182, <https://www.davidpublisher.org/Public/uploads/Contribute/5d81db8d2160e.pdf>
9. Jenny Steele, Tort Law: Text, Cases, and Materials (Oxford: Oxford University Press, 2017), 113.
10. Nicholas J. McBride, Roderick Bagshaw, "Breach of Statutory Duty," Tort Law (Harlow: Pearson Education Limited, 2018), <https://books.google.com.ua/books?id=l71dDwAAQBAJ>
11. "MiFID II, Crypto Assets and the Cryptocurrency Market," eflow, Accessed 4 April 2020, <https://eflowglobal.com/2019/06/17/mifid-ii-crypto-assets-and-the-cryptocurrency-market/>

## نحوه‌ی ابطال آیین‌نامه‌ها، نظامات و مقررات دولتی در دیوان عدالت اداری و اثر ابطال آن‌ها «موضوع ماده ۱۲ و ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»

دکتر فائزه سلیم‌زاده کاکرودی دکترای حقوق عمومی و وکیل پایه یک دادگستری

### چکیده

یکی از وظایف و تکالیف هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، ابطال مصوبات و نظامات دولتی تحت شرایط مندرج در ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری است. براساس قاعده کلی و مطابق ماده ۱۳ قانون مذکور، اثر ابطال مصوبه، از زمان تصمیم هیأت عمومی است مگر در دو حالت؛ اولاً در مورد مصوبات خلاف شرع و ثانیاً در مواردی که به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیأت عمومی اثر آن را به زمان تصویب مصوبه مترتب نماید. در صورتی که خواهان تسری اثر ابطال به زمان تصویب مصوبه باشیم، می‌بایست ضمن دادخواست ابطال، تقاضای اعمال ماده ۱۳ مطرح نماییم.

واژگان کلیدی: هیأت عمومی، ابطال مصوبه، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری

### مقدمه

یکی از وظایف و اختیارات دولت، تصویب آیین‌نامه‌ها و مقررات دولتی است. براساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «علاوه بر مواردی که هیأت وزیران یا وزیری مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیأت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه بپردازد. هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیأت وزیران حق وضع آیین‌نامه و صدور بخشنامه را دارد اما مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد. دولت می‌تواند تصویب برخی از امور مربوط به وظایف خود را به کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر واگذار نماید. مصوبات این کمیسیون‌ها در محدوده قوانین پس از تأیید رئیس‌جمهور لازم‌الاجرا است. تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت و مصوبات کمیسیون‌های مذکور در این اصل، ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی می‌رسد تا در صورتی که آن‌ها را برخلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدیدنظر به هیأت وزیران بفرستد.» بنابراین مشاهده می‌شود اولاً، شرط تصویب چنین مصوباتی، عدم مخالفت آن‌ها با متن و روح قوانین اعم از قانون اساسی و قانون عادی است و ثانیاً نظارت رئیس قوه مجریه و رئیس قوه مقننه را به همراه دارد. همچنین در



راستای نظارت رئیس مجلس، آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اصلاحات بعدی، در دی ماه ۱۳۹۱ به تصویب مجلس رسید و در آن هیأت بررسی و تطبیق مصوبات دولت با قوانین تشکیل گردید تا امور مربوط به نظارت مصوبات را این هیأت به نمایندگی از رئیس مجلس شورای اسلامی رسیدگی نماید.

با وجود این، قانون‌گذار (اعم از قوه مؤسس و قوه مقننه) علاوه بر نظارت از رهگذر رئیس مجلس، به موضوع نظارت قضایی مصوبات دولت نیز توجه کرده است. بر این اساس، اصل ۱۷۰ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.» در این راستا، قانون‌گذار عادی ابطال مصوبات را در اختیار هیأت عمومی دیوان عدالت قرار داده است. مطابق بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، از جمله وظایف هیأت عمومی دیوان «رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی در مواردی که مقررات مذکور به علت مغایرت با شرع یا قانون و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی است که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود».

در ادامه قانون‌گذار، آثار ابطال مصوبات توسط هیأت عمومی را نیز مورد توجه قرار داده است و اعلام می‌کند: «اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیأت عمومی است مگر در مورد مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیأت مذکور اثر آن را به زمان تصویب مصوبه مترتب نماید.»

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که در مواردی که مصوبه‌ای که به سبب خلاف شرع بودن یا به سبب خلاف قانون بودن یا عدم صلاحیت مرجع یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قانون و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که منجر به تضییع حقوق اشخاص شده، ابطال گردد، چگونه در مورد آثار زمانی ابطال مصوبه نظر هیأت عمومی کسب می‌گردد؟ ذکر این نکته خالی از وجه نیست که یکی از ایرادات ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، جمله پایانی ماده است که گویی صرفاً زمانی که مصوبه‌ای که در راستای خودداری از انجام وظایف تصویب شده است منجر به تضییع حقوق می‌شود و اثر ابطال آن از زمان تصویب مصوبه است، اما با تفسیر موسع به نفع حقوق اشخاص و رعایت اصول اولیه، در هر موردی که مصوبه‌ای با حقوق اشخاص مرتبط بوده و به واسطه وضع آن، حقوق افراد تضییع شود، قابل ابطال و ترتب زمانی به هنگام تصویب آن مصوبه است. البته مشاهده رویه هیأت عمومی دیوان می‌تواند زمینه اعمال محتوای ماده ۱۲ را برای ما روشن سازد؛ زیرا در عمل تا به امروز هیأت عمومی تمایل دارد

تا نسبت به مصوباتی که خلاف قانون یا خارج از صلاحیت مرجع بوده، صرفاً حکم به ابطال صادر نماید! علی‌رغم این موضوع، در موارد بسیار اندکی که مصوبه‌ای به سبب خلاف شرع بودن در هیأت عمومی مطرح می‌شود، روال کار براساس بند و ماده ۱۵ آیین‌نامه اداره جلسات هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری به این صورت است: «در مواردی که در جریان رسیدگی به موضوع در هیأت تخصصی، اعلام مغایرت مصوبه با شرع نیز واصل شود، مراتب ابتدا به رئیس دیوان منعکس می‌شود تا مراتب مغایرت یا عدم مغایرت مصوبه موضوع درخواست ابطال با شرع از شورای نگهبان استعلام شود. پس از وصول نظریه شورای نگهبان، پرونده به هیأت تخصصی مربوط اعاده و ارجاع می‌شود تا حسب مورد اتخاذ تصمیم لازم به عمل آید.»

### اعمال ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری

مطابق ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان «اثر ابطال مصوبات (موضوع ماده ۱۲) از زمان صدور رأی هیأت عمومی است مگر در مورد مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیأت مذکور اثر آن را به زمان تصویب مصوبه مترتب نماید.»

با توجه به پیش‌بینی مقررۀ فوق، در صورتی که مصوبه‌ای به سبب یکی از دلایل مندرج در ماده ۱۲ از سوی هیأت عمومی ابطال گردد، از زمان ابطال مصوبه قابلیت استناد نخواهد داشت جز در دو حالت ۱. اگر مصوبه‌ای به سبب خلاف شرع بودن و یا ۲. تضییع حقوق اشخاص ابطال شده باشد، اثر ابطال از زمانی است که مصوبه به تصویب رسیده است و حقوق مکتسبه افراد از زمان تصویب مصوبه ابطال شده در نظر گرفته خواهد شد.

مطابق رویه در حالتی که مصوبه‌ای به جهت خلاف شرع بودن ابطال می‌شود، در رأی هیأت عمومی، زمان ابطال مصوبه از تاریخ تصویب مصوبه اعلام و در متن رأی قید می‌گردد. اما در صورتی که مصوبه‌ای به جهت خلاف قانون بودن یا خارج از حدود صلاحیت بودن از سوی هیأت عمومی ابطال گردد، اگر اجرای مصوبه تا قبل از ابطال منجر به تضییع حقوق مکتسبه افراد شود، می‌بایست دلایل تضییع حقوق در دادخواست ابطال ذکر شود و هیأت عمومی رأساً اثر ابطال را در این شرایط از زمان تصویب مصوبه تسری نمی‌دهد. در این حالت مطابق ماده ۳۴ آیین‌نامه اداره جلسات هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری، «در مواردی که اعمال ماده ۱۳ قانون مبنی بر تسری اثر ابطال مصوبه به زمان تصویب در دستور کار هیأت عمومی قرار دارد، پس از قرائت گزارش هیأت تخصصی مربوط و استماع نظرات موافقین و مخالفین، رأی‌گیری به عمل می‌آید.»

با مراجعه به آرای هیأت عمومی و تعمق در آن‌ها، روشن می‌شود در غالب موارد شاکی به جهت عدم اطلاع، نسبت به درخواست تسری ابطال مصوبه از زمان تصویب اقدامی نمی‌کند و در

موارد اندکی نیز هیأت عمومی دیوان نسبت به این درخواست واقعی نمی‌نهد؛ زیرا دلایل و مدارک و مستندات مربوط به تضييع حقوق اشخاص در نظر گرفته نشده است. در حالت اخیرالذکر، براساس ماده ۳۵ آیین‌نامه فوق، «چنانچه درخواست ابطال مصوبه متضمن درخواست تسری ابطال به زمان تصویب آن به شرح ماده ۱۳ قانون بوده، لکن هیأت عمومی در جلسه رسیدگی به اصل موضوع نسبت به این درخواست اتخاذ تصمیم نکرده باشد، به محض اطلاع، موضوع از طریق اداره کل هیأت عمومی در اولین جلسه هیأت عمومی طرح و نسبت به این قسمت از درخواست نیز اتخاذ تصمیم به عمل خواهد آمد.» اما در فرضی که اشخاص در شکایت خود نسبت به اعمال ماده ۱۳ اشاره‌ای نکرده باشند، امکان طرح دعوی مستقلی برای اشخاص فراهم است. در نتیجه، می‌توان با ارائه دادخواست با موضوع «اعمال مقررات ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری نسبت به رأی شماره .... هیأت عمومی و تسری ابطال مصوبه ابطال‌شده به زمان تصویب آن»، تقاضای قانونی را مطرح نمود. در این حالت در ادامه ماده ۳۵ آیین‌نامه اشاره می‌شود: «... در فرضی که درخواست مزبور پس از اتمام جلسه رسیدگی هیأت عمومی و به‌طور جداگانه واصل شود، موضوع خارج از نوبت و بدون نیاز به تبادل لایحه به هیأت تخصصی مربوط ارجاع تا در اولین جلسه هیأت تخصصی مورد رسیدگی قرار گرفته و نتیجه بلافاصله به اداره کل هیأت عمومی اعلام می‌شود. این نظریه در نخستین جلسه هیأت عمومی طرح و مورد رسیدگی قرار می‌گیرد.»

در ذیل نمونه رأی مرتبط با موضوع اعمال ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مشاهده می‌شود:

**شاکي:** شرکت عمرانی شهر جدید گلپه‌ار با وکالت آقای محمدرضا یزدانی  
موضوع شکایت و خواسته: درخواست اعمال مقررات ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری نسبت به رأی شماره ۹۵۵ - ۱۳۹۶/۹/۲۸ هیأت عمومی و تسری ابطال مصوبه ابطال‌شده به زمان تصویب آن

#### گردش کار

۱. با شکایت آقای محمدرضا یزدانی به وکالت از شرکت عمران شهر جدید گلپه‌ار و به موجب دادنامه شماره ۹۵۵ - ۱۳۹۶/۹/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مصوبه جلسه مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۴ شورای اسلامی شهر جدید گلپه‌ار ابطال شده است.
۲. متعاقباً شاکي به موجب درخواستی در تاریخ ۱۳۹۷/۸/۰۲۵ ابطال مصوبه جلسه مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۴ شورای اسلامی شهر جدید گلپه‌ار را از تاریخ تصویب و در اجرای ماده ۱۳

۱. روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۱۶۷۸، ۱۳۹۸/۵/۲۷، منتشر شده در سایت:  
<https://rrk.ir/Laws/ShowLaw.aspx?Code=18183>

قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری درخواست می‌کند که متن آن به قرار زیر است:

«مدیرکل محترم هیأت عمومی دیوان عدالت اداری  
موضوع: درخواست اعمال ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در خصوص موضوع دادنامه شماره ۹۵۵ - ۱۳۹۶/۹/۲۸ در پرونده کلاسه ۹۴/۷۱۴ و تسری ابطال مصوبه باطل شده شورای اسلامی شهر جدید گلبهار به زمان تصویب آن  
با سلام و احترام

توکیلاً از سوی شرکت عمران شهر جدید گلبهار به استحضار عالی می‌رساند: موکل اینجانب طی دادخواست تقدیمی که به کلاسه ۹۴/۷۱۴ در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری منتج به صدور دادنامه شماره ۹۵۵ - ۱۳۹۶/۹/۲۸ گردیده است درخواست ابطال مصوبه مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۴ شورای اسلامی شهر جدید گلبهار را از تاریخ تصویب نموده و مجدداً نیز در قسمت اخیر لایحه‌ای که به شماره ۱۳۵۹ - ۱۳۹۴/۹/۲۴ ثبت دفتر اندیکاتور هیأت عمومی گردیده درخواست خود را مبنی بر ابطال مصوبه فوق‌الذکر از تاریخ تصویب تکرار نموده است. لیکن متأسفانه این قسمت از خواسته در دادنامه اصداری تعیین تکلیف نگردیده است. از آنجا که اولاً: مشابه مصوبه ابطال شده پیش از این نیز در آراء مکرر و متعدد دیوان من‌جمله رأی شماره ۱۸۵۰ - ۱۳۹۳/۱۱/۱۲ و رأی شماره ۵۵۶ - ۱۳۸۷/۸/۱۹ ابطال گردیده و بالتبع می‌باید موضوع از سوی شورای مزبور نیز رعایت می‌گردید. ثانیاً: متأسفانه شهرداری شهر جدید گلبهار در اقدامی غیرمنصفانه با استناد به این مصوبه غیرقانونی نسبت به اخذ عوارض به مبالغ کلان اقدام می‌نماید که از بدو تصویب مصوبه موجبات تضییع حقوق اشخاص کثیر و نارضایتی شهروندان کم برخوردار این شهر را فراهم آورده، صدور حکم مقتضی مبنی بر اعمال ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و تسری ابطال مصوبه مورد نظر به زمان تصویب مورد استدعاست.

**متن رأی هیأت عمومی:** با توجه به این که در آراء متعدد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری وضع عوارض برای اراضی و املاک بلااستفاده، خالی و متروکه و عدم احداث ساختمان در مدت یک سال در اراضی محصور در مصوبات شوراهای اسلامی شهرها مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات تشخیص و ابطال شده است، بنابراین مصوبه شورای اسلامی شهر گلبهار مبنی بر وضع عوارض برای زمین‌های افتاده و فاقد حصار و بناهای مخروبه و نیمه‌تمام به دلایل مندرج در آراء شماره ۵۵۶ - ۱۳۸۷/۸/۱۹ و ۱۸۵۰ - ۱۳۹۳/۱۱/۱۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات قانونی تصویب شده و با استناد به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.»

۳. پرونده در اجرای فراز اول ماده ۳۵ آیین‌نامه اداره جلسات هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری در دستور کار هیأت عمومی دیوان عدالت اداری قرار گرفت. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۹۸/۲/۲۴ با حضور معاونین دیوان عدالت اداری و رؤسا و مستشاران و دادرسان شعب دیوان تشکیل شد و پس از بحث و بررسی با اکثریت آراء به شرح زیر به صدور رأی مبادرت کرده است.

### رأی هیأت عمومی

نظر به این‌که در رأی شماره ۹۵۵ - ۱۳۹۶/۹/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مصوبه جلسه مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۴ شورای اسلامی شهر جدید گلبهار ابطال شده است. هیأت عمومی با لحاظ درخواست شرکت عمران شهر جدید گلبهار و در اجرای ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ و فراز اول ماده ۳۵ آیین‌نامه اداره جلسات هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی و به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، رأی به تسری ابطال مصوبه باطل شده از تاریخ تصویب مصوبه مذکور صادر کرد.

بنابراین در این پرونده مشاهده می‌شود که پس از یک سال از تاریخ دادخواست اولیه از سوی وکیل شاکی، دادخواست اعمال ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت مجدداً مطرح شده است. در نتیجه از حیث زمانی محدودیتی برای تسری اثر ابطال وجود ندارد. همچنین از لحاظ مقررات شکلی، در درخواست اعمال ماده ۱۳ مدیرکل هیأت عمومی دیوان مخاطب قرار می‌گیرد.

### منابع

۱. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲
۲. آیین‌نامه اداره جلسات هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۳
۳. سایت روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران: <https://rrk.ir>

## مطالعه تطبیقی اصل تفکیک قوا در نظام حقوقی ایران و ایالات متحده آمریکا

سید علی موسوی دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تبریز و وکیل پایه یک دادگستری

### چکیده

برتری قوه مجریه بر سایر قوا نیست. کنگره و دیوان عالی فدرال نیز از اختیارات قابل توجهی برخوردارند که از جمله آنها می توان به لزوم تأیید وزرا و قضات منتخب رئیس جمهور توسط مجلس سنا و نقش دیوان عالی فدرال در دادرسی اساسی اشاره نمود. در جمهوری اسلامی ایران کلیه قوا، زیر نظر مقام رهبری و در چارچوب وظایف و اختیارات مصرح در قانون اساسی به فعالیت می پردازند؛ امری که می توان آن را به مثابه پیوند ارکان «جمهوریت» و «اسلامیت» نظام دانست.

تعادل میان آنها برقرار گردد؛ البته در این زمینه، ریشه های تاریخی شکل گیری تفکیک قوا در هر کشور و عرف های سیاسی منبعث از آن، بسیار حائز اهمیت است. در نوشتار حاضر، با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، ملاحظه می نمایم که در ایالات متحده به دلیل گرایش به وحدتی که در عین کثرت ایالات و از جهت تبیین جایگاه دولت فدرال مورد نظر قانون گذاران اساسی این کشور بوده، شرح وظایف و اختیارات متعددی برای رئیس جمهور در نظر گرفته شده است اما این به معنای تفوق و

اصل تفکیک قوا، به عنوان ابرازی مؤثر جهت مهار و کنترل قدرت هیأت حاکمه، در حقوق اساسی کشورهای مختلف از جایگاه ویژه ای برخوردار است؛ هریک از قوا می بایست ابزار کافی جهت نظارت بر یکدیگر را دارا باشند. در عین حال، بسیاری از امور مملکتی، تنها با همکاری و تعامل قوا به نتیجه می رسند؛ از این رو تفکیک مطلق قوا، اساساً امکان پذیر نیست. توزیع قدرت بین قوای مملکتی و ابزارهای نظارتی که هرکدام از آنها در روابط خود با قوه دیگر از آن بهره می برند باید به گونه ای باشد که توازن و

واژگان کلیدی: تفکیک قوا، قوه مجریه، قوه مقننه، قوه قضاییه، ساختار، کارکرد

### مقدمه

گرچه تا قرون ۱۷ و ۱۸ میلادی که اصولاً فصل تازه ای در اندیشه سیاسی گشوده شد، سرنوشت ملل مختلف جهان همچنان در گرو تصمیمات خودسرانه حکام مستبد بود ولی با آغاز این دوران جدید، نظریه مهار قدرت و تحدید اقتدارات فائقه حکومت براساس تفکر اومانیزم به تدریج در اذهان دانشمندان بزرگی چون لاک، منتسکیو و روسو نضج گرفت و با گذراندن چالش های نظری متعدد، حکومت برمدار نظم از پیش تعیین شده و به اصطلاح «قانون» پیشنهاد شد که براساس آن قدرت مطلقه حکومت در چارچوب قانون، به سه شعبه مختلف تفکیک که برحسب نوع

کارکردشان در اجتماع، قوای مقننه، مجریه و قضاییه نامیده می‌شدند.<sup>۱</sup> از لحاظ مفهومی تفکیک قوا، به اصل تقسیم و جدایی کارکردهای دولتی و وظایف حکومتی در داخل یک دولت (یا کشور) و سپردن اجرای اختصاصی و انحصاری هر حوزه به قوه‌ای مستقل و صاحب صلاحیت اطلاق می‌شود.<sup>۲</sup>

لاک و منتسکیو محتوای اصل مذکور را از پیشرفت‌های صورت گرفته در حقوق اساسی بریتانیا در اوایل قرن هجدهم میلادی استخراج نمودند. در انگلستان، بعد از جدالی طولانی بین پادشاه و پارلمان، در نهایت پارلمان توانست در سال ۱۶۸۸ به پیروزی برسد و در جایگاه مرجع قانون‌گذاری قرار بگیرد. نقطه اوج این پیروزی، تصویب اعلامیه حقوق بود. این مسئله در نهایت موجب شد که شاه قدرت قانون‌گذاری و وضع مالیات توسط پارلمان و همچنین صلاحیت‌های قضایی دادگاه را به رسمیت بشناسد. در آن زمان، پادشاه به‌عنوان قوه مجریه، پارلمان به‌عنوان قوه مقننه و دادگاه‌ها به‌عنوان قوه قضاییه فعالیت می‌کردند.<sup>۳</sup>

هدف از ظهور و بروز اندیشه تفکیک قوا، جلوگیری از انحصار قدرت و مهار آن از طریق توزیع متوازن قدرت در سه قوه بوده است. مفهوم تفکیک قوا در بستر تاریخ دچار تغییراتی شد و امروزه مشخص شده است که تفکیک مطلق و کامل قوا از یکدیگر امکان‌پذیر نیست. ایالات متحده آمریکا از دیرباز به‌عنوان کشوری دارای نظام تفکیک مطلق قوا شناخته شده است اما با بررسی دقیق ساختار و کارکردهای این قوا به وضوح پیداست که آن‌ها از ابرازهایی جهت تأثیر بر یکدیگر برخوردارند. در کشور ما بر طبق اصل ۵۷ قانون اساسی قوای سه‌گانه، زیر نظر ولایت امر و امامت امت اعمال و اصل تفکیک قوا در چارچوب نظام ولایی ترسیم و تبیین می‌شود.

فهم و درک مفهوم تفکیک قوا در هریک از دو کشور در وهله نخست، مستلزم بررسی ریشه‌های تاریخی تفکیک قوا در آن‌ها است، از این رو در نوشتار حاضر که به دو بخش کلی تقسیم می‌شود، ابتدا به بررسی ریشه‌های تاریخی پرداخته و سپس در بخش دوم، جایگاه هر یک از قوا را در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و آمریکا مورد بررسی قرار می‌دهیم و با روش توصیفی - تحلیلی به دنبال یافتن پاسخی برای این پرسش خواهیم بود که آنچه به‌عنوان مدلی از تفکیک قوا در هریک از دو کشور اجرا می‌شود، تا چه میزان با مقتضیات حکمرانی مطلوب در آن‌ها انطباق دارد؟

۱. غمامی، ۱۳۸۶: ۹۸-۹۷

۲. طباطبایی، ۱۳۹۶: ۱۳

3. Massey, 2001: 33

## ۱. ریشه‌های تاریخی

حقوق اساسی در هر کشور با سوابق و سنن تاریخی آن همبستگی تام دارد. بعضی دولت‌ها نظیر ایران، یونان، ژاپن و سوئد محصول تاریخ طولانی و ملیت واحدی‌اند و برخی دیگر همچون کنگو و لائوس، دستگاه‌هایی بوده‌اند که برای اداره امور مستعمره تشکیل و بعدها ادامه یافته‌اند. نحوه به استقلال رسیدن یک دولت نیز شایسته بررسی و توجه است. کشورهایمانند ایالات متحده آمریکا شمالی و اندونزی که استقلال خود را با مبارزه و جنگ و دفاع به دست آورده‌اند، تحرک بسیاری در آن‌ها دیده می‌شود و گاهی سابقه ممتد و طولانی حکومت یک کشور خارجی، موجبات تحکیم ملیت را فراهم می‌سازد چنان‌که در هندوستان و مصر اتفاق افتاد.<sup>۱</sup>

اصل تفکیک قوا نیز به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اصول حقوقی اساسی از این قاعده مستثنی نیست و سیر تاریخی هر کشور، در شکل‌گیری مفهوم مشخصی از آن در قلمرو سرزمینی‌اش، نقش قابل توجهی ایفاء می‌کند.

### ۱-۱. ریشه‌های تاریخی تفکیک قوا در آمریکا

نخستین گروه‌های انگلیسی در قرن هفدهم و در سرزمین ایالات متحده فعلی مستقر شدند. مستعمراتی به‌وسیله انگلیسیان در ویرجینیا (۱۶۰۷)، پلیموت (۱۶۲۰)، ماساچوست (۱۶۳۰) و مریلند (۱۶۲۳) ایجاد شد. مستعمره نیویورک که از سوی هلندیان تأسیس شده بود در ۱۶۶۲ به تصرف انگلیس در آمد و مستعمره پنسیلوانیا که در آغاز سوئدی بود، در ۱۶۸۱ انگلیسی شد. بدین‌سان، در ۱۷۲۲ سیزده مستعمره تشکیل شده بود.<sup>۲</sup> سختی زندگی، برخی مستعمره‌نشینان را بی‌قرار و حتی آشوب‌طلب کرد. خارج از شهرها که محل اسکان اکثر مردم بود، میان فقیران و ثروتمندان نزاع در گرفت. کشاورزان سفیدپوست کارولینای شمالی در سال ۱۷۶۶ میلادی، جنبشی به نام «جنبش رگیولیتور»<sup>۳</sup> (به معنی جنبش «تعدیل‌کننده») ترتیب دادند. در بوستون حادثه مهمی در حال وقوع بود. این حادثه توسط مردانی چون جیمز آتیس و ساموئل آدامز آغاز شد. آن‌ها به گروه نخبگان محلی تعلق داشتند اما با گروه حاکم که وابسته به انگلستان بود، رابطه‌ای نداشتند. آن‌ها از طریق سخنوری‌های فصیح و مقالات متعدد احساس خشم مردم را برانگیختند و قشر پایین جامعه را به حرکت و فعالیت فراخواندند.<sup>۴</sup>

ریشه‌های نظری و فکری انقلاب آمریکا در راستای تحولات و دگرگونی‌های فکری پس از رنسانس در اروپا بود. گسترش اندیشه دموکراسی و حکومت مردم‌سالار، به‌ویژه پس از قرن

۱. بوشهری، ۱۳۹۰، ج ۳۳:۳

۲. داوید، ۱۳۹۵:۳۹۰

3. Regulator Movement.

۴. زین، ۱۳۸۹:۷۱



هفدهم در اروپا، به تدریج به آن سوی اقیانوس اطلس و مهاجرنشین‌های آمریکای شمالی نیز منتقل شد. نظریات دانشمندانی چون ژان ژاک روسو<sup>۱</sup> و جان لاک<sup>۲</sup> درباره‌ی حقوق مردم، آزادی، تفکیک قوا و حکومت مردم‌سالار به بیداری اندیشه‌ی مردم ساکن در مهاجرنشین‌ها انجامید و به تدریج اندیشه‌ی استقلال و ضد استعماری را در میان مردم شایع کرد. خودمختاری نسبی به دست آمده در سده هفدهم نیز به تشدید اندیشه‌های آزادی خواهانه در مهاجرنشین‌ها منتهی شد. تحولات ژرف و زیربنایی درون مهاجرنشین‌ها نظیر توسعه آموزشی همگانی و عمومی، توسعه دانشگاه‌ها و آزادی مطبوعات نیز سهم بسزایی در وقوع انقلاب آمریکا داشت.<sup>۳</sup>

سیزده مهاجرنشین به موجب اعلامیه استقلال<sup>۴</sup> اعلام کردند که دیگر حکومت انگلستان بر خویش را برنخواهند تافت. از این رو میثاقی را امضاء نمودند که به موجب آن، کنفدراسیونی متکی به کنگره مرکب از نمایندگان سیزده ایالت تشکیل شد که تصمیماتش به رأی موافق ۹ عضو نیاز داشت و بایستی پیش از اجرا توسط مجالس محلی نیز به تصویب می‌رسید. کنگره فاقد کارایی لازم بود و کاری جز رسیدگی به اختلافات اعضاء نداشت.

بین سال‌های ۱۷۷۵ و ۱۷۸۰ هر سیزده ایالت، نظام‌های خودمختاری تازه‌ای ایجاد کردند. ویرجینیا نخستین ایالتی بود که به تدوین قانون اساسی همت گماشت. قانون اساسی ویرجینیا با یک منشور حقوق آغاز می‌شد و تأکید می‌کرد همه قدرت از آن مردم است. ایالت‌های دیگر به سرعت از الگوی ویرجینیا پیروی کردند. رودآیلند و کنتیکت، با افزودن پیش‌درآمدها و حذف تمام اشارات به پادشاهی انگلستان، منشورهای خود را حک و اصلاح کردند. یازده ایالت دیگر قوانین اساسی تازه‌ای نوشتند. تا سال ۱۷۸۰ هر سیزده ایالت براساس یک سند مدون حکومت جایگزین تازه‌ای داشتند.<sup>۵</sup>

جنگ‌های انقلاب آمریکا با تصویب پیمان صلح<sup>۶</sup> میان آمریکا و انگلستان، به پایان رسید و براساس آن حاکمیت و استقلال سیزده ایالت، تثبیت گردید. در سال ۱۷۸۶ مجادله بین ایالت مریلند و ایالت ویرجینیا درخصوص کشتی‌رانی در رودخانه پوتوماک به تشکیل کنفرانسی از نمایندگان پنج ایالت در شهر آنآپولیس انجامید. یکی از نمایندگان به نام همیلتون، از مدت‌ها قبل طرفدار یک حکومت مقتدر مرکزی بود. او نیز مانند واشینگتن معتقد بود فرمانروایی از طریق سیزده ایالت خودمختار ناممکن است.<sup>۷</sup>

1. Jean Jacques Rousseau.  
2. John Locke.  
3. Nemeth, 1992:207

۴. چهارم ژوئیه ۱۷۷۶

۵. بجزرولوند، ۱۳۸۳: ۵۰.

۶. ژانویه ۱۷۸۴

۷. کشوری، ۱۳۹۳: ۸۶.

نمایندگان، به اصرار همیلتون، از کنگره خواستند برای بازنگری در اصول اتحادیه جلسه‌ای برگزار کند. کنگره با تصویب قطعنامه‌ای، برگزاری این مجمع را تأیید و از ایالات دعوت کرد جهت ارائه قانون اساسی حکومت فدرال، متناسب با مقتضیات اتحادیه که به نظرشان ضروری می‌رسد، نمایندگانی را اعزام دارند.<sup>۱</sup> در همین راستا، اجلاس فیادلفیا<sup>۲</sup> که از آن با عنوان «مجمع قانون اساسی» نیز یاد می‌شود، شکل گرفت؛ دوازده ایالت به فراخوان مجمع پاسخ داده و مجموعاً ۵۵ نماینده از سوی آن‌ها در کنوانسیون فیادلفیا<sup>۳</sup> حاضر شده بودند. جورج واشنگتن سمت رئیس مجمع را به عهده داشت، بنجامین فرانکلین نماینده ایالت پنسیلوانیا بود، الکساندر همیلتون روشنفکر نیز به نمایندگی از ایالت نیویورک در مجمع حضور داشت. جیمز مدیسون از ایالت ویرجینیا به واسطه نقش پررنگش در مذاکرات، نطق‌ها و تلاش‌هایش برای ایجاد و حفظ صلح و مصالحه به «پدر قانون اساسی» مشهور شد.<sup>۴</sup>

در ابتدای امر دو طرح که اولی را هیأت نمایندگی ایالت ویرجینیا و دومی را نمایندگان ایالت نیوجرسی<sup>۵</sup> تهیه کرده بودند تسلیم شد. اصول کلی طرح اول عبارت بود از: ۱. قوه مقننه‌ای مرکب از دو مجلس که اعضای مجلس اول به وسیله مردم ایالات انتخاب شوند و اعضای مجلس دوم را مجلس اول از میان اشخاصی انتخاب کنند که قوه مقننه ایالات پیشنهاد خواهند کرد. هر ایالت که مالیات بیشتری به دولت مرکزی پردازد و یا نسبت به تعداد شهروندانش، حق رأی بیشتری در قوه مقننه خواهد داشت. به قوه مقننه اختیار داده شود که مصوبات قوه مقننه هر یک از ایالات را لغو و ابطال نماید. ۲. قوه مجریه به وسیله قوه مقننه انتخاب شود. ۳. دادرسان قوه قضاییه به وسیله قوه مقننه انتخاب شوند و تا زمانی که مرتکب تقصیری نشده‌اند، به خدمت ادامه دهند. طرح دوم به کلی با طرح قبلی مغایرت داشت و اصول آن از این قرار بود: ۱. قرارداد اتحاد که قبلاً مجرا بود و به موجب آن هر ایالت استقلال خود را حفظ و فقط برای اجرای بعضی امور و منافع عمومی به دولت مرکزی اختیاراتی تفویض کرده بود، مورد اصلاح و تجدیدنظر قرار گیرد، نه آن که قانون اساسی جدیدی تهیه و تدوین شود. ۲. به کنگره‌ای که مطابق قرارداد فوق تشکیل و در آن زمان وجود داشت و یک مجلس بود، اختیار وضع پاره‌ای مالیات‌ها و تنظیم امور بازرگانی و داد و ستد داده شود. ۳. قوه مجریه مرکب از هیأت منتخب کنگره، حق رد مصوبات کنگره را نداشته و فقط مجری آن‌ها باشد. ۴. یک دادگاه عالی تشکیل شود که دادرسان آن را قوه مجریه انتخاب کند و مادام که مرتکب تقصیری نشده‌اند، در مقام خود باقی بمانند.<sup>۶</sup>

1. Bowen, 1986:13

۲. می ۱۷۸۷

3. Philadelphia.

۴. جهت مطالعه بیشتر رجوع کنید به: درباره آمریکا، قانون اساسی ایالت متحده آمریکا همراه با یادداشت‌های تکمیلی برگرفته از دائره‌المعارف World Book چاپ ۲۰۰۴، شرکت ورلد بوک.

5. New Jersey.

۶. پوشهری، ۱۳۹۰، ج ۱: ۲۶۳-۲۶۲

البته هیچ‌کدام از این دو طرح و همچنین طرح‌های دیگر مورد پذیرش قرار نگرفتند و در نهایت تفکیک قوای سه‌گانه به شکلی که امروز نیز در قانون اساسی آمریکا وجود دارد، مورد تصویب قرار گرفت که در بخش دوم، به صورت مجزا، هر یک از قوا را مورد تحلیل و واکاوی قرار خواهیم داد.

قانون اساسی آمریکا پس از امضاء آن در سال ۱۷۸۷، در سال ۱۷۸۹ و پس از افزوده شدن ده متمم اول در خصوص آزادی‌های فردی، به تصویب کلیه ایالات رسید و اجرایی شد؛ اولین رئیس‌جمهور، جورج واشینگتن بود.<sup>۱</sup>

واشینگتن از دو شخصیت مهم به‌عنوان اعضای کابینه خود دعوت به عمل آورد؛ الکساندر همیلتون از طرف وی به سمت وزیر خزانه‌داری و تامس جفرسون به‌عنوان وزیر کشور انتخاب شدند. از طرفی کنگره برای تشکیل سازمان قضایی نیز اقدام نمود و نه تنها یک دیوان‌عالی کشور با ریاست شخصیتی قضایی به نام جان جی و عضویت پنج قاضی دیگر تشکیل داد، بلکه سه دادگاه شهر و سیزده دادگاه بخش تأسیس کرد.<sup>۲</sup> پس از واشینگتن، جان آدامز،<sup>۳</sup> سپس جفرسون و پس از او جیمز مدیسون به ریاست جمهوری ایالات متحده انتخاب شدند. آنچه در این سیر تاریخی واضح و مبرهن است، نفی تفکیک مطلق قواست بدان‌گونه که در نظام ریاستی آمریکایی از آن یاد می‌شود. به‌عنوان مثال می‌توان از تأثیر جفرسون (رئیس‌جمهور وقت آمریکا) بر کنگره، در جریان تصویب قانون تحریم بازرگانی با کشورهای خارجی و منع ورود کشتی‌های آن‌ها به بندرگاه‌های آمریکا یاد کرد.

## ۱-۲. ریشه‌های تاریخی تفکیک قوا در ایران

نخستین بار مفهوم تفکیک قوا از خلال مباحث روشنفکران و پدران مشروطیت از جمله ملکم، طالبوف و مستشارالدوله وارد نظام اندیشه ایرانیان شد. آن‌ها نکاتی را در خصوص تفکیک قوا و رابطه قوا با هم بیان کردند. فقیهان نیز بعد از پیروزی آن انقلاب بزرگ، به بسط این مفهوم و گفتن نکاتی جدید همت نمودند که بیشتر این مباحث ذیل سخنان روشنفکران پیش از مشروطیت قرار می‌گیرد.<sup>۴</sup> تاریخ قانون‌گذاری جدید ایران با وزارت عدلیه سپهسالار آغاز و دستگاه عدلیه جدید به کوشش او و مستشارالدوله تأسیس شد. در این دوره قوانین نوینی وضع شد، دستگاه قضایی استقلال نسبی پیدا کرد، «نخستین طرح قانون اساسی» نوشته شد و نظام قانونی بر اصول موضوعه «عرف» و بر پایه «علم و عقل» و در جهت «عدالت و مساوات» بنا

۱. جورج واشینگتن که از طرف کالج انتخاباتی به اتفاق آراء به ریاست جمهوری انتخاب گردید، در ۳۰ آوریل ۱۷۸۹ سوگند یاد کرد.

۲. کشوری، همان: ۹۴.

3. John Adams

۴. مرادخانی، ۱۳۹۴: ۱۸۹.

نهاده شد. مستشارالدوله، که همکار میرزا حسین خان و مستشار وزارت عدلیه بود، در تدوین قوانین عدلیه دخالت مستقیم داشت و نخستین طرح رسمی قانون اساسی را نوشت.<sup>۱</sup> اصول ۲۶ و ۲۷ متمم قانون اساسی مشروطه به اصل تفکیک قوا اختصاص پیدا کرد و سه قوه به رسمیت شناخته شد، اما بحث در خصوص جایگاه تفکیک قوا به عنوان یک مفهوم غربی در نظام سیاسی اسلام به قوت خویش باقی مانده و موافقین و مخالفین دارد.

علامه نائینی معتقد است: «از وظایف لازمه سیاسی، تجزیه قوای مملکت است که هریک از شعب نوعیه را در تحت ضابطه و قانون صحیح علمی منضبط نموده، اقامه آن را با مراقبت کامله در عدم تجاوز از وظیفه مقررّه به عهده کفایت و درایت مجربین در آن شعبه بسپارند».<sup>۲</sup>

ملاّ احمد نراقی به عنوان یکی از مخالفان نظریه تفکیک قوا، بر این باور است [که]: «ولایت فقیه و قلمرو آن در دو امر خلاصه می شود: اول، همه اموری که پیامبر (ص) و امام معصوم (ع) در آن‌ها ولایت داشته‌اند، مگر آن‌که توسط دلیلی (اجماع یا نص یا جز این‌ها) استثنا شده باشد. دوم، هر امری که متعلق به دین و دنیای مردم باشد، به گونه‌ای که به حکم عقل و شرع لازم بوده، معاش و معاد مردم به آن‌ها بستگی داشته باشد...».<sup>۳</sup>

مبانی و اصول حکومت اسلامی مستلزم تمرکز قدرت بوده در حالی که ذات اندیشه تفکیک قوا جلوگیری از تمرکز قدرت است. این نکته بنیادی‌ترین تناقض میان حاکمیت اسلامی و چارچوب فکری تفکیک قواست.<sup>۴</sup> در نظام سیاسی اسلام، تفکیک قوا تنها به دلیل کارآمدی و تخصصی بودن امور انجام می شود. اسلام مسئله استبداد و سوءاستفاده از قدرت را به گونه دیگری حل کرده است. اگر حاکم اسلامی معصوم باشد، جای هیچ گونه نگرانی از تمرکز قدرت در او وجود ندارد، اما اگر قدرت و ثروت همه جهان نیز در اختیار وی قرار گیرد، اندکی انحراف و فساد به وجود نخواهد آمد. در این حالت، معصوم علیه السلام مظهر کامل تمامی قوا و اقتدار حکومت اسلامی است. در عصر غیبت هرچند حاکم اسلامی برخوردار از عصمت نیست، اما باید از درجه بالایی از عدالت و تقوا و وارستگی نفسانی برخوردار باشد، به گونه‌ای که جامعه اسلامی اطمینان پیدا کند که او از هرگونه روحیه استبداد و استکبار برکنار می ماند. در کنار کنترل درونی برآمده از ملکه عدالت، کنترل بیرونی بر حاکم اسلامی نیز با دقت و حساسیت انجام شده، تمام ملاحظاتی که در نظام‌های مردم‌سالار برای حل مشکل استبداد مورد توجه قرار گرفته است همچون «حاکمیت قانون»، «سیستم‌های نظارتی» و «فرهنگ عمومی»، بی‌کم و کاست مورد استفاده قرار می گیرد.<sup>۵</sup>

۱. آدمیت، ۱۳۵۱: ۱۷۴-۱۷۱

۲. نائینی، ۱۳۶۱: ۱۰۳-۱۰۲

۳. مدنی، ۱۳۶۷، ج ۲: ۵۳۷-۵۳۶

۴. عارف کیا، مسعود و راعی، ۱۳۹۸: ۱۷۶

۵. جوان آراسته، ۱۳۹۵: ۵۸

در واقع اصل ۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران<sup>۱</sup> را می‌توان به مثابه رشته پیوندی میان اصل تفکیک قوا و حاکمیت اسلامی تلقی کرد؛ امری که متمم قانون اساسی مشروطه فاقد آن بود. مشروطه ایران، پارلمانی تک‌مجلسی بود که می‌خواست تفکیک عمودی قوا در آن برقرار باشد و سایر قوا ذیل مجلس باشند. اگرچه دخالت زیاد مجلس در تمام امور و انتظارات بسیار مردم از این نهاد نوآیین از ایرادات آن بود، اما به‌عنوان نقطه آغاز گامی بزرگ تلقی می‌شود. تجربه مجلس اول که ایرانیان به نحو عملی با این مفهوم برخورد کردند، بسیار حائز اهمیت بود و نشان داد که از خلال مباحث در حوزه عمومی، مفاهیم شکل می‌گیرند و کامل می‌شوند. بسیاری از مسائل مربوط به تفکیک قوا از جمله رابطه مجریه و مقننه، مسئولیت وزرا در برابر مجلس، تفکیک سلطنت از حکومت و موارد دیگر در خلال مباحث این مجلس شکل گرفت.<sup>۲</sup> آنچه امروز در نظام جمهوری اسلامی ایران به‌عنوان مفهوم تفکیک قوا شناخته می‌شود، در وهله نخست، تابعی از نظام ولایی و مقتضیات خاص آن است. پس از انقلاب سال ۱۳۵۷ ش در ایران، تلاش بر این بود تا در جهت تحکیم هرچه بیشتر اسلامیت و جمهوریت نظام، این دو امر مهم در نگارش اصول قانون اساسی مدنظر قرار بگیرند. در پیش‌نویس قانون اساسی از سه قوه نام برده شد و رئیس‌جمهور مسئول ارتباط میان آن‌ها بود. گروه مربوط به بررسی اصل، سه قوه را به پنج قوه افزایش دادند که شامل قوه ملت و قوه رهبری در کنار قوای سه‌گانه بود که قوه رهبری به‌عنوان مسئول ارتباط میان قوا شناخته می‌شد. این امر با انتقاداتی مواجه شد و در نهایت اصل به این شکل به تصویب رسید که قوای سه‌گانه زیر نظر ولایت امر و امامت امت بوده و ارتباط میان آن‌ها به‌وسیله رئیس‌جمهور برقرار گردد. در بازنگری سال ۱۳۶۸، قید «مطلقه» به «ولایت امر و امامت امت» افزوده شد و ذیل اصل که برقراری ارتباط میان قوا را بر عهده رئیس‌جمهور قرار داده بود، حذف گردید.<sup>۳</sup>

## ۲. تحلیل جایگاه قوا در ایران و آمریکا

نظریات منتسکیو در زمینه تفکیک قوا تأثیرات عمیقی بر قوانین اساسی کشورهای مختلف گذاشت، به‌گونه‌ای که تأثیرپذیری از نظریات وی منجر به دو برداشت متفاوت از تفکیک قوا گردید. اقلیتی از صاحب‌نظران معتقد بودند که هدف منتسکیو تفکیک مطلق قوا بوده به‌طوری که هریک از قوا در حوزه خود کاملاً مستقل باقی بمانند. اما گروه دیگر اعتقاد داشتند منتسکیو هرگز فکر تفکیک کامل قوا را در سر نداشت بلکه برای حل مشکلات تمرکز قوا، راهی اصلاحی مبنی بر

۱. «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند.»  
۲. مرادخانی، همان  
۳. جهت مطالعه بیشتر رجوع کنید به: ورعی، ۱۳۸۵: ۳۷۰-۳۶۰

تفکیک نسبی قوا پیشنهاد کرد.<sup>۱</sup> در جوامع آزاد امروز که اصل تفکیک قوا پذیرفته شده، باز هم تعیین مرز مشخص برای هریک از سه قوه دشوار است زیرا قوه مقننه به اموری می‌پردازد که در صلاحیت قوه مجریه است چنان‌که رئیس‌جمهور ایالات متحده آمریکا به موجب قسمت دوم از اصل دوم قانون اساسی آن کشور، مکلف است سفرا و مأموران عالی رتبه دولت و قضات دیوان عالی کشور را به سنای ایالات متحده پیشنهاد کند و هرگاه مجلس سنا تصویب کرد، آنان را به خدمت منصوب دارد. قوه مجریه در موارد عدیده وظایفی را انجام می‌دهد که در صلاحیت قانون‌گذار است مانند تصویب‌نامه‌های جایگزین قانون که در غیاب مجلس به وسیله دولت صادر و به مورد اجرا گذاشته می‌شود.<sup>۲</sup> این مرزناپذیری باعث نمی‌شود که اصل تفکیک قوا را عبث و غیرضروری بپنداریم زیرا چنان‌چه قدرت به نحو متوازن میان قوا تفکیک و توزیع نگردد، زمینه برای استبداد فراهم می‌شود، از این رو اصل تفکیک قوا از ضروریات حکمرانی مطلوب، محسوب می‌شود؛ اگرچه صرف وجود آن کافی نبوده و مملکت‌داری به بسیاری از عوامل دیگر نیز بستگی دارد. در حال حاضر سه مدل از تفکیک قوا در نظرات و مباحث مطرح می‌شود: تفکیک مطلق قوا (مطروحه در نظام ریاستی)، تفکیک نسبی قوا (مطروحه در نظام پارلمانی) و مدل نیمه‌ریاستی - نیمه‌پارلمانی که در واقع تلفیقی از دو مدل مذکور است. در مقام تئوری، ایالات متحده آمریکا از تفکیک مطلق قوا و جمهوری اسلامی ایران از مدل نیمه‌ریاستی - نیمه‌پارلمانی برخوردار است. اینک در مقام نقد و بررسی، هرکدام از قوا را به تفکیک در دو کشور، از لحاظ ساختار و کارکرد مورد ارزیابی قرار خواهیم داد.

## ۲-۱. قوه مقننه

### ۲-۱-۱. ساختار

در ساختار دولت فدرال ایالات متحده آمریکا، اصل بر صلاحیت دولت‌های ایالات است و صلاحیت دولت فدرال صرفاً در چارچوب قانون اساسی فدرال می‌گنجد، لذا حدود اختیارات کنگره دولت فدرال به‌عنوان قوه قانون‌گذار از این اصل مهم تبعیت می‌کند، اما در جمهوری اسلامی ایران، مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی از اختیار وضع قوانین برخوردار است.<sup>۳</sup>

کنگره دولت فدرال در آمریکا، از دو مجلس نمایندگان و سنا تشکیل می‌شود.<sup>۴</sup> نظام دو مجلسی در کشور مزبور دلایل متعددی دارد که از جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. پروین و اصلانی، ۱۳۹۵: ۱۷۴

۲. بوشهری، همان: ۹۸-۹۹

۳. اصل ۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۴. بند اول از ماده‌ی یک قانون اساسی آمریکا.

تأثیرپذیری از شیوه معمول در انگلستان که آمریکا یکی از مستعمرات آن بوده است، اجتناب از سلطه و تراکم قدرت که در صورت یک مجلسی بودن امکان بروز می‌یافت، پاسخ به خواست ایالت‌های کوچک‌تر که خواهان مشارکت و نفوذ در تصمیمات دولت مرکزی بوده‌اند در عین ترتیب اثر دادن به جمعیت و وسعت ایالت‌های بزرگ‌تر.<sup>۱</sup> قوه مقننه جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر نظام یک مجلسی است. انتخاب نظام یک مجلسی بدین صورت قابل توجیه است که در کشور ما، مطلق، ملت، صرف نظر از هرگونه تمایز طبقاتی، قبیله‌ای و نژادی<sup>۲</sup> مدنظر در قانون اساسی می‌باشد. بنابراین قبول قوه مقننه یک مجلسی را باید ناشی از یکپارچگی ملت و حقوق مساوی مردم بدانیم. علی‌رغم مراتب مذکور، قوه مقننه کشور ما چندان هم بسیط و ساده نیست زیرا بنابر ملاحظات شرعی، سیاسی و اساسی، این نهاد مرکب از دو رکن کاملاً متمایز یعنی مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان است و بدون موجودیت و اشتراک مساعی آن‌ها اعمال قوه مقننه میسر نخواهد بود. مؤید این مطلب اصل نود و سوم<sup>۳</sup> قانون اساسی است.<sup>۴</sup>

اعضاء هر یک از مجالس نمایندگان و سنا بر اساس روش مشخصی انتخاب می‌شوند. اعضای مجلس نمایندگان در چارچوب ایالت‌ها با انتخابات همگانی، مستقیم، تک‌نام، اکثریتی و یک مرحله‌ای و متناسب با جمعیت هر یک از ایالت‌ها، انتخاب می‌شوند در حالی که در مجلس سنا هر ایالت بدون توجه به وسعت و جمعیت، از دو نماینده برخوردار است. مجلس سنا در واقع نماد فدرالیسم و تثبیت‌کننده برابری ایالات در عین کثرت آن‌هاست. رسیدگی به شکایات انتخاباتی و اعتبارنامه‌های نمایندگان هر کدام از مجالس، در صلاحیت مجلس مربوطه است. در جمهوری اسلامی ایران، قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، ساز و کارهای انتخاباتی را در این حوزه مشخص کرده است؛ رأی‌گیری به صورت مستقیم، عمومی و مخفی برگزار می‌شود، فرد منتخب در مرحله اول انتخابات باید حداقل بیست درصد از آراء را کسب نماید،<sup>۵</sup> چنان‌چه در مرحله اول برای یک یا چند نفر از داوطلبان حداقل یک‌پنجم آراء کسب نکرده، فقط به تعداد دو برابر نمایندگان مورد نیاز از بین کسانی که در مرحله اول بیشترین آراء را داشته‌اند، به مرحله دوم راه می‌یابند و اگر نامزدهای باقیمانده از دو برابر کمتر باشند، کلیه آن‌ها در مرحله دوم شرکت می‌کنند<sup>۶</sup> و انتخاب نماینده در مرحله دوم با اکثریت نسبی انجام می‌شود. نظارت بر انتخابات مجلس شورای اسلامی بر عهده شورای نگهبان است و این شورا به‌عنوان رکن دیگر قوه مقننه به شکایات

۱. هریسی‌نژاد، ۱۳۸۷: ۱۵۳

۲. اصل ۱۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۳. «مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوقدان اعضای شورای نگهبان»

۴. هاشمی، ۱۳۹۹: ۸۸-۸۹

۵. ماده ۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، اصلاحی طبق روزنامه رسمی شماره ۲۰۷۶۵ مورخ ۱۳۹۵/۴/۱.

۶. ماده ۹ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، اصلاحی طبق روزنامه رسمی شماره ۲۰۷۶۵ مورخ ۱۳۹۵/۴/۱.

انتخاباتی رسیدگی می‌کند که این مورد یکی از وجوه تمایز میان نظام رسیدگی به شکایات انتخاباتی در ایران و آمریکا به شمار می‌آید. در ایالات متحده رسیدگی به شکایات انتخاباتی هرکدام از مجالس در صلاحیت همان مجلس است و رکن دیگری به این امر ورود نمی‌کند. بررسی اعتبارنامه نمایندگان در مجلس شورای اسلامی همچون مجالس سنا و نمایندگان، در زمره اختیارات نمایندگان مجلس است.

رؤسای مجالس نمایندگان در آمریکا و مجلس شورای اسلامی در ایران به وسیله اعضای مجلس انتخابات می‌شوند ولی رئیس مجلس سنا از قبل در قانون اساسی<sup>۱</sup> مشخص شده و معاون رئیس جمهور، با حفظ سمت، توأمان رئیس مجلس سنا نیز خواهد بود، هر چند فقط در صورت تساوی آراء سناتورها حق رأی خواهد داشت و اداره مجلس سنا نیز در مقام عمل با رئیس علی‌البدل است. اما یکی از تفاوت‌های بارز و برجسته میان کنگره در آمریکا و مجلس شورای اسلامی، در جایگاه و نقش احزاب در ساختار کمیسیون‌ها و فراکسیون‌ها جلوه‌گر می‌شود. در نظام حزبی ایالات متحده، نقش احزاب در شکل‌گیری کمیسیون‌ها و فراکسیون‌ها و سپس فرآیند تصمیم‌گیری در آن‌ها، بسیار اثرگذار است. تعداد نمایندگان هرکدام از احزاب در کمیسیون‌ها، متناسب با تعداد نمایندگان آنان در مجلس تعیین می‌شود و فراکسیون مربوط به هر حزب در تعیین نامزدهای آن حزب برای تصدی سمت‌های ریاست مجلس نمایندگان<sup>۲</sup>، ریاست علی‌البدل مجلس سنا و عضویت در کمیسیون‌ها، نقش اصلی را ایفا می‌کند. در کشور ما نظام حزبی به آن شکلی که در ایالات متحده وجود دارد فاقد معناست. ائتلاف‌های همسو فراکسیون‌هایی را تشکیل می‌دهند که متشکل از نمایندگانی با گرایش‌های فکری نزدیک به هم است ولی این پیوند فکری هیچ الزامی برای نمایندگان ایجاد نمی‌کند، البته در آمریکا نیز انضباط حزبی به شدت انگلستان نیست.

## ۲-۱-۲. کارکرد

در آمریکا از لحاظ صلاحیت و اختیارات قانون‌گذاری، هر دو مجلس از حقوق برابر برخوردارند. سنا به‌عنوان مظهر فدراسیون و اتحاد دولت‌ها، در انتصاب مقامات حکومت فدرال و امور بین‌الملل صلاحیت اختصاصی دارد و مجلس نمایندگان نیز در امور مالی از نوعی برتری بر سنا برخوردار است. انتصاب کلیه قضات دیوان عالی، وزیران، سفیران و برخی مقامات عالی باید به تأیید سنا برسد و نیز پیمان‌ها و معاهدات بین‌المللی که توسط رئیس جمهور منعقد می‌شوند، پس از تأیید سنا به موقع اجرا شود<sup>۳</sup>. پیشنهاد قوانین تنها از طریق دو مجلس امکان‌پذیر است و در صورتی که قانون تبدیل می‌شوند که به تصویب هر دو مجلس برسند. در صورت بروز اختلاف میان دو مجلس، تنها

۱. قسمت چهارم از بند سوم ماده اول قانون اساسی آمریکا.

2. speaker.

۳. طباطبایی مومنی، ۱۳۹۶: ۲۶۷-۲۶۶



راه حل ارجاع امر به «کمیسیون سازش»<sup>۱</sup> مرکب از نمایندگان هر دو مجلس است که در صورت عدم حصول نتیجه، طرح کنار گذاشته خواهد شد.

در ایران مجلس شورای اسلامی از صلاحیت عام برای قانون گذاری برخوردار است اما پیشنهاد قوانین منحصر به طرح های نمایندگان نیست بلکه بخش اعظمی از قوانین مصوب، برآمده از لوایح تقدیمی قوه مجریه است ضمن این که کلیه عهدنامه ها، مقاله نامه ها، قراردادها و موافقت نامه های بین المللی نیز باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسند. هریک از وزراء باید از مجلس رأی اعتماد بگیرند اما برخلاف مجلس سنای آمریکا، مجلس شورای اسلامی نقشی در تعیین قضات ندارد.

مصوبات مجلس شورای اسلامی زمانی تبدیل به قانون خواهند شد که از سوی رکن دوم قوه مقننه (شورای نگهبان) با شرع و قانون اساسی مغایر شناخته نشوند، البته چنانچه پس از اعلام مغایرت مصوبه از سوی شورای نگهبان، مجلس بر مواضع خود اصرار نماید، با تصویب مجلس، موضوع به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع خواهد شد تا از بُعد احکام ثانویه موضوع را بررسی نماید. در اینجا علی رغم وجود اختلافات بنیادین و ماهوی میان مجمع تشخیص مصلحت نظام در ایران و کمیسیون سازش در آمریکا، هر دو نهاد از حیث پرداختن به مسئله حل اختلاف با هم مشابه اند.

کنگره آمریکا نقش بسیار مهمی در خصوص بازنگری قانون اساسی فدرال ایفا می کند و می تواند از طریق پیشنهاد، آغازگر روند اصلاح باشد.<sup>۲</sup> در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ده نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی در شورای بازنگری قانون اساسی حضور دارند و براساس موارد اصلاحی اعلام شده از سوی مقام رهبری، در کنار سایر اعضای شورای مذکور به بحث و بررسی می پردازند.<sup>۳</sup> اعلان جنگ نیز در ایران برعهده مقام معظم رهبری است<sup>۴</sup> در حالی که در ایالات متحده، به عنوان یکی از اختیارات کنگره محسوب می شود،<sup>۵</sup> اگرچه به موجب قانون موسوم به «قانون اختیارات جنگی»<sup>۶</sup> در موارد بروز تهدید جدی برای امنیت کشور، رئیس جمهور می تواند بدون اخذ مجوز سنا، عملیات نظامی را آغاز نماید اما حداکثر ظرف مدت شصت روز از تاریخ شروع عملیات باید مجوز کنگره را اخذ کند در غیر این صورت، وی ملزم به توقف عملیات است. درست است که رئیس جمهور و وزیران به لحاظ سیاسی، در برابر کنگره مسئولیت ندارند اما کنگره بر عملکرد آنها نظارت می کند. این نهاد از راه کمیسیون های دائمی تخصصی یا تشکیل

1. Conference committee.

۲. ماده ۵ قانون اساسی آمریکا.

۳. اصل ۱۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۴. بند پنجم اصل ۱۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

۵. قسمت یازدهم از بند هشتم ماده اول قانون اساسی آمریکا

6. War Powers Act.

کمیسیون‌های تحقیق ویژه در نظارت بر قوه مجریه، تشکیلات اداری و خدمات عمومی به‌ویژه با تکیه بر رسانه‌های عمومی از اختیارات مهمی برخوردار است.<sup>۱</sup> کمیسیون‌ها می‌توانند اشخاص عادی یا اعضاء قوه مجریه (به غیر از رئیس‌جمهور و معاون وی) را احضار نموده و اظهاراتشان را استماع کنند که البته منجر به برکناری مسئول مربوطه نمی‌شود و از این جهت مشابه اختیار مجلس شورای اسلامی در احضار وزراء<sup>۲</sup> است. هم‌چنین در این زمینه می‌توان به اختیاران کمیسیون اصل ۹۰ در رسیدگی به شکایات واصله نیز اشاره کرد. بحث برکناری رئیس‌جمهور و وزراء در ایران و آمریکا از رهگذر استیضاح امکان‌پذیر است که البته ماهیت این دو استیضاح با یکدیگر فرق دارد. با امضاء ده نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی هر یک از وزراء قابل استیضاح هستند. این نصاب در مورد رئیس‌جمهور بالاتر و شامل یک‌سوم نمایندگان است. در خصوص وزراء، مجلس این اختیار را دارد تا با صدور رأی عدم اعتماد، موجب عزل وزیر مربوطه یا هیأت وزیران شود اما در خصوص رئیس‌جمهور موضوع تا حدودی متفاوت است؛ اولاً، دوسوم مجموع نمایندگان بایستی رأی به عدم کفایت وی بدهند. ثانیاً، این موضوع باید به تأیید رهبری برسد تا منجر به برکناری رئیس‌جمهور شود. این نوع از نظارت صرفاً سیاسی بوده و فاقد وصف قضایی است.

کنگره آمریکا می‌تواند رئیس‌جمهور، معاون وی، مقامات عالی رتبه فدرال و قضات را به اتهام خیانت، فساد، ارتشا یا دیگر جرایم و جنبه‌های مهم مورد تعقیب<sup>۳</sup> قرار داده و محاکمه کند.<sup>۴</sup> ایراد اتهام، جلب، پیگرد، تحقیق<sup>۵</sup> و صدور کیفرخواست علیه آن‌ها با تصمیم مجلس نمایندگان و با رأی اکثریت نسبی‌شان است که به توصیه کمیسیون حقوقی و قضایی آن مجلس صورت می‌گیرد. سپس محاکمه مقامات و صدور رأی به برکناری آن‌ها در جلسه غیرعلنی با رأی اکثریت دوسوم مجلس سنا به‌عنوان دادگاه عالی انجام می‌شود. البته چنان‌چه مقامی که محاکمه می‌شود رئیس‌جمهور باشد، ریاست جلسه دادرسی با رئیس دیوان عالی کشور است.<sup>۶</sup> به نظر می‌رسد در اینجا وصف قضایی رسیدگی بر وصف سیاسی آن غلبه دارد و از این جهت با شیوه نظارت مجلس شورای اسلامی متفاوت است.

یکی دیگر از ابزارهای نظارت پارلمان بر قوه مجریه، تصویب بودجه بوده که در هر دو کشور ایران و آمریکا، داخل در صلاحیت قوه‌ی مقننه است.

۱. عباسی، ۱۳۹۷: ۱۲۶.

۲. اصل ۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

3. Impeachment.

۴. هریسی نژاد، همان: ۱۶۱.

5. Hearings.

۶. عباسی، همان: ۱۳۰.

## ۲-۲. قوه مجریه

### ۲-۲-۱. ساختار

در ایالات متحده آمریکا، رئیس جمهور به صورت توأمان ریاست کشور و ریاست دولت را بر عهده دارد، لذا قوه مجریه در این کشور یک رکنی است در حالی که در جمهوری اسلامی ایران قوه مجریه از دو رکن مقام رهبری و رئیس جمهور تشکیل شده است که در این خصوص، اصل شصتم قانون اساسی صراحت دارد.<sup>۱</sup> در هر دو کشور رئیس جمهور توسط مردم انتخاب می شود ولی ساز و کار این انتخاب متفاوت است؛ در آمریکا پس از انتخاب نامزد ریاست جمهوری توسط هر یک از احزاب سیاسی، هیأت های انتخاب کننده (الکتورال)<sup>۲</sup> در سطح هر ایالت، توسط مردم انتخاب می شوند و سپس افراد منتخب، رئیس جمهور و معاون وی را انتخاب می کنند. در ایران، هرکسی حق دارد برای انتخابات ریاست جمهوری داوطلب شود، البته قانون اساسی شرایط رئیس جمهور را مشخص<sup>۳</sup> و شورای نگهبان را مسئول نظارت بر انتخابات ریاست جمهوری تعیین کرده است.<sup>۴</sup> شورای نگهبان بر کلیه مراحل انتخابات نظارت داشته و اشخاص واجد صلاحیت را از میان داوطلبین، تعیین می کند. سپس رئیس جمهور از میان اشخاص واجد صلاحیت، توسط مردم انتخاب می شود و در نهایت حکم وی به امضاء مقام رهبری می رسد.<sup>۵</sup>

رئیس جمهور در ایران، برخلاف آمریکا، در انتخاب معاون از آزادی عمل برخوردار بوده و نیاز به تأیید مردم ندارد، علاوه بر این انتخاب معاون توسط رئیس جمهور یک امر اختیاری است زیرا در صدر اصل مربوطه<sup>۶</sup>، از واژه «می تواند» استفاده شده، این در حالی است که در قانون اساسی ایالات متحده، معاون رئیس جمهور از نقشی تثبیت شده در ساختار قوه مجریه برخوردار بوده و حتی ریاست مجلس سنا را (هرچند به صورت تشریفاتی) بر عهده دارد.

در آمریکا وزرا توسط رئیس جمهور و با موافقت مجلس سنا انتخاب می شوند و فقط در برابر رئیس جمهور مسئولیت سیاسی دارند و از سوی او نیز ممکن است عزل شوند. کنگره نمی تواند با ابراز رأی عدم اعتماد، آنها را به کناره گیری از مقام خود وادار کند. از لحاظ حقوقی وزرا فاقد شخصیت جمعی هستند، تصمیم گیری در امور و مسائلی که مطرح می شود با رئیس جمهور است و وزیران در تمام امور تابع نظر او و دستیارهای او محسوب می شوند. رئیس جمهور می تواند با کابینه

۱. اصل ۶۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «اعمال قوه مجریه به جز در اموری که در این قانون مستقیماً بر عهده رهبری گذارده شده، از طریق رئیس جمهور و وزراء است.»

2. Electoral college.

۳. اصل ۱۱۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۴. اصل ۱۱۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۵. بند ۹ اصل ۱۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۶. اصل ۱۲۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

و وزیرانش مشورت کند ولی مجبور به پیروی از نظر آنها نیست.<sup>۱</sup> در ایران وزراء تعیین شده توسط رئیس جمهور، برای کسب رأی اعتماد به مجلس شورای اسلامی معرفی می‌شوند<sup>۲</sup> که می‌توان آن را تا حدودی مشابه موافقت مجلس سنا با وزراء انتخابی رئیس جمهور در آمریکا دانست اما در ایران مسئولیت سیاسی وزراء علاوه بر رئیس جمهور، در مقابل مجلس شورای اسلامی نیز برقرار است و نمایندگان از زمان صدور رأی اعتماد، نظارت مستمری بر عملکرد وزراء دارند و می‌توانند با رأی عدم اعتماد، موجب عزل وزیر شوند.<sup>۳</sup> همچنین وزراء علاوه بر مسئولیت فردی که از وظایف خاص آنها ناشی می‌شود، در اموری که به تصویب هیأت وزیران می‌رسد، مسئولیت جمعی دارند<sup>۴</sup> و کلیه تصمیمات در هیأت دولت با اکثریت مطلق حاضران اتخاذ می‌شود.<sup>۵</sup>

در ساختار نهاد ریاست جمهوری ایالات متحده، اداراتی با خصیصه اجرایی به چشم می‌خورند که در قوه مجریه جمهوری اسلامی ایران نیز مشابه آنها وجود دارد. به عنوان مثال، اداره مدیریت و بودجه در زمینه تهیه و اجرای بودجه فدرال به فعالیت می‌پردازد که از این جهت با بخشی از کارکردهای سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی تشابه دارد و این سازمان نیز در کشور ما تحت نظر ریاست جمهوری اداره می‌شود یا می‌توان به شورای مشاوره اقتصادی در آمریکا اشاره نمود که به بررسی و پیش‌بینی‌های اقتصادی می‌پردازد و تا حدودی مشابه با شورای پول و اعتبار در کشور ما است. همچنین در نهاد ریاست جمهوری ایالات متحده، شورایی به نام شورای امنیت ملی وجود دارد که نقش هماهنگ‌کننده سیاست‌های خارجی، داخلی، امور راهبردی و نظامی را ایفاء می‌کند و از جهت شرح وظایف، تا حدودی با شورای عالی امنیت ملی در کشور ما مشابهت دارد، اگرچه شورای عالی امنیت ملی به عنوان یک نهاد مستقل از قوه مجریه و در فصلی جداگانه<sup>۶</sup> ذکر شده است، لکن ریاستش بر عهده رئیس جمهور است و تصمیماتش با موافقت مقام رهبری، لازم‌الاجراء می‌شود.

## ۲-۲-۲. کارکرد

در آمریکا، اختیارات مربوط به روابط خارجی میان رئیس جمهور و سنا تقسیم شده است. رئیس جمهور، سفیران را منصوب اما این امر باید با رضایت و موافقت سنا صورت گیرد. رئیس جمهور درباره پیمان‌های بین‌المللی مذاکره و آنها را امضاء می‌کند اما سنا باید با اکثریت

۱. طباطبایی مؤتمنی، همان: ۲۶۱-۲۶۰
۲. اصل ۱۳۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۳. اصل ۸۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۴. اصل ۱۳۷ قانون جمهوری اسلامی ایران.
۵. ماده ۱ آیین‌نامه داخلی هیأت دولت.
۶. فصل سیزدهم، اصل ۱۷۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

دوسوم آراء آن‌ها را تصویب کند. اما رئیس‌جمهور آمریکا با توجه به نقش جهانی این کشور، در عمل، مسئولیت سیاست خارجی را که مستلزم رهبری و هدایتی واحد و انحصاری است از آن خود نموده است. وی سیاست خارجی را به کمک وزیر امور خارجه تعیین و رهبری می‌نماید.<sup>۱</sup>

در ایران، برای تعیین سفیران نیازی به تصویب مجلس نیست و به پیشنهاد وزیر امور خارجه و تأیید رئیس‌جمهور، در این سمت منصوب می‌شوند.<sup>۲</sup> در ایران نیز همچون آمریکا، کلیه پیمان‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس برسد؛ البته باید به این مطلب مهم توجه داشت که قوه مجریه ایران دو رکنی است و اگرچه رئیس‌جمهور، ریاست قوه مجریه را بر عهده دارد اما پس از مقام رهبری، دومین مقام رسمی کشور محسوب می‌شود، از این رو حوزه اختیاراتش با مقام ریاست‌جمهور در ایالات متحده آمریکا، که هم‌زمان رئیس‌کشور و رئیس‌دولت است و بر پایه نظام ریاستی اداره می‌شود، متفاوت است؛ در آمریکا، رئیس‌جمهور فرماندهی کل قوا را بر عهده دارد و از اختیار عفو و تخفیف مجازات مجرمین برخوردار است<sup>۳</sup> در حالی که در جمهوری اسلامی ایران، قوای سه‌گانه زیر نظر مقام رهبری بوده<sup>۴</sup> و همچنین ایشان فرمانده کل نیروهای مسلح هستند<sup>۵</sup> و اختیار عفو یا تخفیف مجازات محکومین نیز از اختیارات ایشان است.<sup>۶</sup>

در آمریکا، رئیس‌جمهور در زمینه قانون‌گذاری، دارای سه گونه اثر قاطع است؛ اولاً، نظارت تامه بر اجرای قوانین دارد و برای دستیابی به این هدف، «دستورهای اجرایی» صادر می‌کند، پس دارای قدرت نظام‌نامه‌ای است. ثانیاً، همراه با پیام سالانه خود به کنگره، خط‌مشی تصمیمات مجالس قانون‌گذاری را رسم می‌کند و قاعدتاً کنگره با قبول رهبری رئیس‌جمهوری و اذعان به این‌که وی بهتر از هر مقام دیگر، اولویت‌ها را تشخیص می‌دهد، در چارچوب ترسیم‌شده از سوی وی، گام بر می‌دارد. این واقعیت، در صورتی که رئیس‌جمهوری و اکثریت اعضای کنگره از یک حزب باشند، برجستگی خاصی پیدا می‌کند. ثالثاً، رئیس‌جمهوری، هرگاه که لازم بداند می‌تواند به‌وسیله یکی از اعضای کنگره، پیشنهادات و ابتکارات قانونی خود را تقدیم مجلس کند و تصویب آن را از کنگره، مع‌الواسطه بخواهد.<sup>۷</sup> همچنین رئیس‌جمهور برنامه‌های مالی خود را در پیامی در خصوص بودجه به اطلاع نمایندگان می‌رساند و همراه با آن لایحه بودجه که به‌وسیله دفتر مدیریت و بودجه ریاست‌جمهوری تهیه و تنظیم شده است به کنگره تقدیم می‌گردد.<sup>۸</sup> در ایران

۱. عباسی، همان: ۱۴۱.

۲. اصل ۱۲۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۳. قسمت اول از بند دوم ماده‌ی ۲ قانون اساسی آمریکا.

۴. اصل ۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۵. بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۶. بند ۱۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۷. قاضی، ۱۳۸۳: ۴۹۳.

۸. هریسی‌نژاد، همان: ۱۶۸.

اختیارات قوه مجریه برای وضع آیین‌نامه، فراتر از دستورهای اجرایی بوده و هیأت وزیران علاوه بر آیین‌نامه‌های اجرایی، می‌تواند برای انجام وظایف اداری و تنظیم سازمان‌های اداری نیز تصویب‌نامه و آیین‌نامه صادر کند؛<sup>۱</sup> لوایح قانونی نیز توسط هیأت وزیران تصویب و تقدیم مجلس می‌شود. در اینجا و در مقام مقایسه، جایگاه رفیع هیأت دولت در قوه مجریه ایران و تمایز آن با وزرای کابینه ریاست جمهوری ایالات متحده، که صرفاً همکاران رئیس‌جمهور محسوب می‌شوند، به وضوح مشخص است. لایحه بودجه در ایران نیز همچون آمریکا، از سوی قوه مجریه تهیه شده و جهت تصویب به پارلمان ارسال می‌شود.

در قانون اساسی آمریکا، رئیس‌جمهور از حق وتوی تعلیقی برخوردار است؛ به این معنا که می‌تواند در فرجه زمانی ده روزه از توشیح مصوبه کنگره خودداری نموده و آن را برای رسیدگی مجدد به کنگره عودت دهد، البته چنانچه اکثریت دو سوم نمایندگان در هر دو مجلس، مصوبه عودت داده شده را مورد تصویب قرار دهند، وتوی رئیس‌جمهور ختنی خواهد شد؛<sup>۲</sup> در ایران رئیس‌جمهور فاقد چنین اختیاری است و موظف است مصوبات مجلس شورای اسلامی را پس از طی مراحل قانونی و ابلاغ به وی، امضاء نموده و برای اجرا در اختیار مسئولان قرار دهد.<sup>۳</sup> همچنین رئیس‌جمهور در ایالات متحده برخلاف رئیس‌جمهور در ایران، فاقد مسئولیت سیاسی است و آیین استیضاح وی در کنگره صرفاً در خصوص مسئولیت کیفری وی در صورت ارتکاب جرایم است.

## ۲-۳. قوه قضاییه

### ۲-۳-۱. ساختار

در آمریکا با توجه به فدرال بودن ساختار درونی و سرزمینی این دولت، هر ایالت دارای قوه قضاییه و دادگستری خاص خود بوده که متشکل از شماری دادگاه و یک دیوان عالی ایالت است که در رأس آن‌ها قرار دارد. در رأس این پنجاه دادگستری ایالت‌ها، قوه قضاییه فدرال مرکب از سه سطح قرار گرفته است؛<sup>۴</sup> دادگاه‌های بخش، دادگاه‌های پژوهش و دیوان عالی کشور، عناصر تشکیل دهنده قوه قضاییه فدرال را تشکیل می‌دهند. طبق قانون اساسی، قضات دیوان عالی کشور توسط رئیس‌جمهور پیشنهاد شده و پس از مشورت و موافقت مجلس سنا به این سمت منصوب می‌شوند.<sup>۵</sup> دیوان عالی کشور از هشت قاضی عالی‌رتبه و یک رئیس تشکیل می‌شود؛ رئیس دیوان به‌عنوان رئیس قوه قضاییه محسوب شده و پس از رئیس‌جمهور، دومین شخصیت مهم کشور است.

۱. اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۲. قسمت دوم بند هفتم ماده اول قانون اساسی آمریکا.
۳. اصل ۱۲۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۴. عباسی، همان: ۱۴۹
۵. قسمت دوم بند دوم ماده ۲ قانون اساسی آمریکا

در جمهوری اسلامی ایران قوه قضائیه‌ای واحد و متمرکز، با تشکیلات مشخص به اعمال صلاحیت‌های مقرر در قانون اساسی می‌پردازد. ریاست قوه قضائیه بر عهده یک نفر مجتهد عادل و آگاه به امور قضایی و مدیر و مدبر، با انتخاب مقام رهبری خواهد بود.<sup>۱</sup> استخدام قضات توسط رئیس قوه قضائیه و به موجب قانون صورت می‌گیرد؛ همچنین وی رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل کشور را نیز پس از مشورت با قضات دیوان عالی کشور، تعیین می‌نماید. به وضوح پیداست که شیوه تعیین قضات در ایران و آمریکا از الگوهای متفاوتی پیروی می‌کنند. از دیگر وجوه تمایز، شیوه انتخاب و جایگاه وزیر دادگستری است؛ در ایران وزیر دادگستری از میان افراد پیشنهادی رئیس قوه قضائیه به رئیس جمهور انتخاب شده و جهت اخذ رأی اعتماد به مجلس شورای اسلامی معرفی می‌شود اما در آمریکا رئیس قوه قضائیه (رئیس دیوان عالی)، نقشی در انتخاب وزیر دادگستری ندارد و این وزیر نیز همچون سایر وزراء توسط رئیس جمهور انتخاب شده و با موافقت سنا، عضوی از کابینه می‌شود؛ نکته حائز اهمیت دیگر قضیه این‌که در آمریکا، وزیر دادگستری به صورت توأمان، دادستان کل کشور نیز هست در حالی که در ایران، دو سمت وزارت دادگستری و دادستانی کل کشور، کاملاً مجزا و منفک از یکدیگر بوده و مسئولین هر کدام از این نهادها، با شیوه‌ای متفاوت برگزیده شده و شرح وظایف مستقلی دارند.

از لحاظ انواع مراجع قضایی، قوه قضائیه در ایران نسبت به آمریکا از ساختار گسترده و متنوع‌تری برخوردار است، در ایران علاوه بر دادگاه‌های عمومی حقوقی و جزایی، محاکم تجدیدنظر و دیوان عالی کشور، مراجع قضایی اختصاصی‌ای همچون دیوان عدالت اداری، دادگاه‌های انقلاب و محاکم نظامی نیز وجود دارند.

## ۲-۳-۲. کارکرد

صلاحیت‌های مربوط به دادگاه‌های بخش و پژوهش در ایالات متحده را می‌توان به ترتیب مشابه دادگاه‌های بدوی (اعم از جزایی و حقوقی) و محاکم تجدیدنظر در ایران تلقی نمود اما در خصوص دیوان عالی کشور می‌بایست قائل به تفکیک شد؛ این دیوان در آمریکا از صلاحیت‌های گسترده و عدیده‌ای برخوردار است و علاوه بر رسیدگی به دعاوی‌ای که قبلاً توسط دادگاه‌های فدرال مادون و دادگاه‌های ایالات مورد رسیدگی قرار گرفته‌اند، شکایات اداری را نیز مورد بررسی قرار داده و به امر دادرسی اساسی هم می‌پردازد در حالی که در جمهوری اسلامی ایران، رسیدگی به شکایات اداری در محکمه‌ای اختصاصی به نام دیوان عدالت اداری، صورت می‌گیرد و دادرسی اساسی از حیث کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی و شرع، از وظایف شورای نگهبان است.

در آمریکا همه دادگاه‌ها حتی دادگاه‌های پایین مکلف‌اند چنان‌چه یکی از متداعین در جریان رسیدگی ایراد کند که طرف او قانونی را که به آن استناد می‌نماید مغایر قانون است، به موضوع رسیدگی

۱. اصل ۱۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

و اعلام نظر کنند. در این باره دادگاه‌ها برای متوقف کردن قانون مغایر، از اختیارات وسیعی برخوردارند و دیوان عالی نظارت دارد که در این باره از دادگاه‌ها آراء متناقض صادر نشود.<sup>۱</sup> اگر دادگاه‌ها قانونی را مغایر با قانون اساسی تشخیص دهند، آن را اجرا نخواهند کرد، اگرچه موجب لغو قانون نمی‌شود، اما اگر دیوان عالی کشور، قانونی را خلاف قانون اساسی تشخیص دهد، چنین تصمیمی برای کلیه محاکم لازم‌الاتباع بوده و در مقام عمل به لغو قانون مغایر با قانون اساسی منجر می‌شود.

در ایران، قضات موظف‌اند از اجرای آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های مخالف قانون خودداری کنند<sup>۲</sup> اما نمی‌توانند از اجرای قوانینی که ممکن است به نظرشان با قانون اساسی مطابقتی نداشته باشد، خودداری نمایند زیرا فرض بر این است که قبلاً کلیه قوانین، از حیث عدم مخالفت با قانون اساسی و شرع، توسط شورای نگهبان مورد بررسی قرار گرفته‌اند. البته امکان طرح دادخواست در دیوان عدالت داری، جهت ابطال آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های مخالف قانون (اعم از قانون عادی و قانون اساسی) برای اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی خصوصی وجود دارد که در واقع می‌توان آن را به مثابه سپرده شدن بخشی از حوزه دادرسی اساسی به یک محکمه اختصاصی زیر مجموعه قوه قضاییه تلقی نمود.

در ایالات متحده، دیوان عالی کشور، تفسیر قانون اساسی را بر عهده دارد. تمامی تحول حقوق ایالات متحده، تفکیک بین حقوق فدرال و حقوق ایالتی و حتی تاریخ ایالات متحده، تابع تفسیر دیوان عالی از پاره‌ای عبارات قانون اساسی ایالات متحده است.<sup>۳</sup> لذا با تفسیر موسعی که از قانون اساسی دارد، می‌تواند مسیر قانون‌گذاری را به سوی تحولات اجتماعی و سیاسی سوق دهد.<sup>۴</sup> در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مرجع تفسیر قانون اساسی مشخص شده و شورای نگهبان، عهده‌دار این وظیفه خطیر است.<sup>۵</sup> با توجه به این که بهترین مقام برای تفسیر هر قانونی، مرجع تصویب‌کننده آن است، شورای نگهبان در اینجا به‌عنوان قائم مقام قوه مؤسس محسوب می‌شود. لذا مسئولیت تفسیر قانون اساسی در ایران، برخلاف آمریکا، در صلاحیت قوه قضاییه نبوده و بر عهده شورایی مستقل از قوای سه‌گانه است؛ اگرچه در ساختار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان به‌عنوان رکن دیگر قوه مقننه تلقی شده است.

## نتیجه‌گیری

از مباحث مطروحه در خصوص اندیشه تفکیک قوا و جایگاه آن در کشورهای ایالات متحده و جمهوری اسلامی ایران به این نتیجه می‌رسیم که چنانچه به دنبال تحلیلی واقع‌بینانه در این حوزه هستیم، ابتدا باید از قالب‌های مرسوم انواع تقسیم‌بندی‌های مربوط به تفکیک قوا، خارج شده و این مفهوم را در هر کشور، با توجه به مقتضیات تاریخی، اجتماعی و نظم تعریف‌شده در حقوق اساسی آن

۱. طباطبایی مؤتمنی، همان: ۲۷۳

۲. اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

۳. داوید، همان: ۴۳۰

۴. طباطبایی مؤتمنی، همان: ۲۷۴

۵. اصل ۹۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران



کشور مورد تحلیل و ارزیابی قرار دهیم. بسیاری از امور در قوانین اساسی ذکر نشده‌اند اما به‌عنوان اصولی رایج و مسلم در روابط و صلاحیت‌های قوا شناخته می‌شوند، به‌عنوان مثال در نظام تفکیک مطلق قوا در ایالات متحده، قوه مجریه از لحاظ قانون اساسی، مجوزی برای ارائه لایحه ندارد اما در مقام عمل بسیاری از قوانین، از رهگذر ابتکارات و پیشنهادات قوه مجریه وضع می‌شوند؛ اگرچه می‌توان این امر را ناشی از اقتضائات نظام کامن‌لا تلقی کرد که نظام حقوقی ایالات متحده، ریشه در آن دارد اما این امر اختصاص به کامن‌لا ندارد و در نظام حقوقی کشور ما نیز به چشم می‌خورد، به‌عنوان مثال شورای نگهبان موظف است قوانین مصوب مجلس را از حیث مطابقت با شرع و قانون اساسی بررسی نماید ولی در رویه عملی، شورا به انطباق این مصوبات با سیاست‌های کلی نظام نیز نظر داشته است؛ امری که در وهله نخست، ناشی از مقتضیات نظام ولایی است. از سوی دیگر شیوه توزیع قدرت در دولت فدرال و دولت متمرکز از الگوهای کاملاً متفاوتی پیروی می‌کند. در دولت فدرال، مجموعه‌ای از دولت‌ها، متشکل از قوای سه‌گانه، به‌گونه‌ای سازمان‌بندی شده‌اند که اصل بر صلاحیت خودشان است مگر این‌که پاره‌ای از امور همچون سیاست خارجی و مجوز اعلام جنگ را به دولت فدرال واگذار کرده باشند اما در دولت متمرکز، در کلیه امور اصل بر صلاحیت دولت مرکزی است مگر مواردی که ممکن است تحت نظارت قیمومتی دولت مرکزی، در راستای عدم تمرکز و تمرکززدایی به واحدهای محلی سپرده شده باشند. از این رو ساختار قدرت و تفکیک قوا در ایران و ایالات متحده علی‌رغم مشابهت‌هایی همچون انتخاب رئیس‌جمهور توسط مردم و چهار ساله بودن دوره ریاست جمهوری، کاملاً متفاوت از یکدیگر بوده و هرکدام بر پایه بسترهای تاریخی و اجتماعی خاص خویش، شکل گرفته‌اند؛ از سوی دیگر نه آنچه تحت عنوان تفکیک مطلق قوا در ایالات متحده از آن یاد می‌شود، منطبق با واقعیت است و نه نظام تفکیک قوا در ایران از الگوهای مشخص جوامع غربی، پیروی می‌کند.

## منابع

۱. آدمیت، فریدون، (۱۳۵۱)، اندیشه ترقی و حکومت قانون؛ عصر سپهسالار، تهران، انتشارات خوارزمی
۲. ازغندی، علیرضا و عامری گلستانی، حامد، (۱۳۸۹)، مبانی اندیشه قانون‌گرایی میرزا یوسف‌خان مستشارالدوله، فصلنامه تحقیقات سیاسی و بین‌المللی دانشگاه آزاد واحد شهرضا، شماره چهارم
۳. بجورنلوند، لیدیا، بنیانگذاری آمریکا و قانون اساسی آن، ترجمه مهدی حقیقت‌خواه، (۱۳۸۳)، تهران، ققنوس
۴. بوشهری، جعفر، (۱۳۹۰ الف)، حقوق اساسی (اصول و قواعد)، جلد اول، چاپ دوم، ناشر: شرکت سهامی انتشار
۵. بوشهری، جعفر، (۱۳۹۰ ب)، حقوق اساسی (حقوق اساسی تطبیقی)، جلد سوم، چاپ دوم، ناشر: شرکت سهامی انتشار
۶. بوشهری، جعفر، (۱۳۹۰ ج)، حقوق اساسی (متون قوانین اساسی)، جلد چهارم، چاپ دوم، ناشر: شرکت سهامی انتشار
۷. جوان آراسته، حسین، (۱۳۹۵)، تفکیک قوا در نظام سیاسی اسلام و جمهوری اسلامی ایران، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و نهم، شماره یکم
۸. پروین، خیرالله واصلانی، فیروز، (۱۳۹۵)، اصول و مبانی حقوق اساسی، چاپ سوم، انتشاران دانشگاه تهران
۹. داوید، رنه، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه: حسین صفایی، محمد آشوری و عزت‌الله عراقی، (۱۳۹۵) چاپ پنجم، تهران، ناشر: مرکز نشر دانشگاهی
۱۰. زین، هاوارد، رؤیای آمریکایی: روایتی دیگر از تاریخ مردم آمریکا، ترجمه: فاطمه شفیعی سروستانی، (۱۳۸۹)، تهران، ناشر: هلال
۱۱. طباطبایی، سید محمد، (۱۳۹۶)، نظریه تفکیک قوا و سازمان‌دهی قدرت سیاسی نزد دولت، فصلنامه دولت‌پژوهی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال سوم، شماره ۱۲
۱۲. طباطبایی مؤتمنی، (۱۳۹۶)، حقوق اساسی، چاپ هجدهم، تهران، ناشر: نشر میزان
۱۳. عارف‌کیا، امید، مسعود، غلامحسین و راعی، مسعود، (۱۳۹۸)، بررسی تطبیقی چالش‌های پیش روی کاربست نظریه تفکیک قوا در نظام حقوقی اتحادیه اروپا و ج.ا.ایران، فصلنامه رهیافت انقلاب اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۴۹
۱۴. عباسی، بیژن، (۱۳۹۷)، حقوق اساسی تطبیقی، چاپ دوم، تهران، ناشر: انتشارات دادگستر
۱۵. غمامی، سید محمد مهدی، (۱۳۸۶)، تفکیک قوا؛ مفهوم و شیوه‌های اجرایی، فصلنامه حقوقی گواه، شماره ۱۰
۱۶. قاضی، سید ابوالفضل، (۱۳۸۳)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ یازدهم، تهران، ناشر: نشر میزان
۱۷. قانون اساسی ایالات متحده آمریکا
۱۸. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۱۹. کشوری، اصغر، (۱۳۹۳)، گذری بر تاریخ آمریکا، چاپ نخست، تهران، ناشر: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی
۲۰. مدنی، سید جلال‌الدین، (۱۳۶۷)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران، ناشر: سروش
۲۱. مرادخانی، فردین، (۱۳۹۴)، پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و نهم، شماره ۹۲
۲۲. نائینی، محمدحسین، (۱۳۶۱)، تنبیه‌الامه و تنزیه‌المه، با مقدمه و توضیحات سید محمود طالقانی، تهران، ناشر: شرکت سهامی انتشار
۲۳. ورعی، سید جواد، (۱۳۸۵)، مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانون‌گذار، چاپ اول، قم، ناشر: دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری
۲۴. وکیل، امیرسعد و عسکری، پوریا، (۱۳۸۹)، قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی، چاپ هشتم، تهران، ناشر: انتشارات مجد
۲۵. هاشمی، سید محمد، (۱۳۹۹)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، چاپ سی‌ام، تهران، ناشر: نشر میزان
۲۶. هریسی‌نژاد، کمال‌الدین، (۱۳۸۷)، حقوق اساسی تطبیقی، چاپ اول، تبریز، ناشر: انتشارات آیدین
27. Bowen, (1986), Miracle at Philadelphia, NewYork.
28. I.P. Massey, (2001), Administrative Law, 5<sup>th</sup> edition, Eastern Book Company, New Delhi.
29. Thomas Nemeth, (1992), The 1992 Almanac, 45<sup>th</sup> edition, Houghton Mifflinco, U.S.A.

## بررسی وضعیت پرداخت خسارت به راننده مسبب حادثه با نگاهی به رویه قضایی

علیرضا جهانگیری

دانشجوی دکتری جزا و جرم‌شناسی دانشگاه خوارزمی

### چکیده

تا قبل از تصویب قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵، وضعیت پرداخت خسارت راننده مسبب حادثه با ابهاماتی روبه‌رو بود که آرای دادگاه‌ها را نیز با تشتت مواجه می‌ساخت. از دلایل اصلی آن، اجباری شدن بیمه حوادث راننده به موجب قانون برنامه پنجم توسعه در سال ۱۳۹۰ و متعاقباً تصویب آیین‌نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه می‌باشد که نهایتاً با صدور رأی وحدت رویه ۷۸۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور تا حدی و نه به‌طور کامل رویه محاکم را یک‌دست ساخت. از سال ۹۵ که قانون‌گذار موضع صریح خود در رابطه با راننده مسبب حادثه را اعلام نمود، پیش‌بینی می‌شد که دیگر با تفاسیر مختلف دادگاه‌ها در خصوص محاسبه پرداخت خسارت

واژگان کلیدی: راننده مسبب حادثه، بیمه‌نامه مسئولیت، بیمه‌نامه حوادث، بیمه اجباری

### درآمد

در بدو ایجاد رشته اتومبیل تحت عنوان «بیمه حوادث اتومبیل» که در سال ۱۳۱۸ توسط شرکت بیمه ایران به وجود آمد، بحث مسئولیت مدنی دارنده و راننده مطرح نبود و بیمه‌نامه بر این اساس پایه‌گذاری نشده بود، بلکه بیمه‌نامه صادره خسارات بدنی وارده به راننده - سرنشین و افراد ثالث خارج از وسیله نقلیه مورد بیمه را شامل می‌شد که صدور و اجرای این نوع بیمه‌نامه تا سال ۱۳۴۸ کمابیش ادامه داشت. قانون بیمه شخص ثالث که پس از طی مراحل در سال ۳۴ قطعیت یافت نیز علاوه بر خسارات وارده به اشخاص ثالث، خسارات وارده به سرنشینان و نیز راننده مورد بیمه را نیز شامل می‌شد و لذا این قانون که در اساس بر مبنای مسئولیت مدنی دارنده تهیه و تصویب شده بود، مع‌هذا یک نوع بیمه‌نامه ترکیبی از بیمه مسئولیت و بیمه حوادث سرنشین و راننده بود که البته اجرای این قانون نیز در عمل چندان توأم با موفقیت نبود.

در قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری در مقابل شخص ثالث مصوب سال ۴۷ که از ابتدای سال ۴۸ اجرایی شد، راننده مسبب حادثه را از شمول بیمه‌نامه خارج

و علاوه بر آن برخی از سرنشینان وسیله نقلیه مورد بیمه مانند مالک، افراد تحت تکفل راننده و کارکنان بیمه‌گذار را نیز از شمول مزایای بیمه‌نامه شخص ثالث خارج اعلام نمود. در این حالت، شرکت‌های بیمه بنا به ابتکار خود «بیمه‌نامه حوادث سرنشین» را که خسارات وارده به راننده مسبب حادثه و نیز سرنشینان وسیله نقلیه مورد بیمه را در برمی‌گرفت که از شمول بیمه‌نامه شخص ثالث خارج شده بودند، به صورت یک بیمه اختیاری ایجاد نمودند که به همراه بیمه‌نامه شخص ثالث به فروش می‌رسید و هرچند اختیاری بود، اما اکثریت قریب به اتفاق آن را خریداری می‌نمودند. در بدو امر بیمه شخص ثالث و بیمه حوادث سرنشین هرکدام دارای کارت جداگانه بود اما با گذشت چند سال پس از انقلاب این دو کارت در هم ادغام و در قالب یک کارت عرضه می‌شد.

در تصویب قانون بیمه شخص ثالث مصوب سال ۸۷ نیز هرچند کلیه افراد مستثنی شده از شمول قانون بیمه‌نامه شخص ثالث مندرج در قانون سال ۴۷ (به غیر از راننده مسبب حادثه) مشمول بیمه‌نامه شناخته شدند و صرفاً راننده مسبب حادثه از شمول بیمه‌نامه ثالث خارج شناخته شد اما در همین قانون نیز همانند قانون سال ۴۷، در خصوص خسارت وارده به راننده مسبب حادثه تکلیف و حکمی مقرر نشد و در نتیجه شرکت‌های بیمه به ابتکار خود و تحت نظر شورای عالی بیمه و بیمه مرکزی ایران، صدور بیمه‌نامه حوادث سرنشین را النهایه به نام «بیمه حوادث راننده» مخصوص راننده ادامه دادند و این بیمه‌نامه به غیر از راننده مسبب حادثه، شخص دیگری را شامل نمی‌شد زیرا بقیه افراد همه مشمول بیمه شخص ثالث بودند.

با توجه به اختیاری بودن بیمه‌نامه حوادث سرنشین و همچنین بیمه‌نامه حوادث راننده، اقدام دیگر قانون‌گذار جهت حمایت از رانندگان مسبب حادثه با تصویب بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۹۰ به منظور اجباری نمودن بیمه‌نامه حوادث محقق شد که در نهایت با عنایت به ضعف‌ها و ابهامات موجود در بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون مذکور و همچنین آیین‌نامه اجرایی شماره ۶۷ آن که موجبات اختلاف نظر و تفاوت در آراء قضایی را فراهم می‌نمود، با تصویب قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث ناشی از حوادث وسیله نقلیه مصوب ۱۳۹۵ و بالاخص ماده ۳ آن تکلیف وضعیت خسارت راننده مسبب حادثه تا حد زیادی مشخص شد.<sup>۱</sup> در این نوشتار ابتدا با مفاهیم، اصطلاحات و مقررات مرتبط با موضوع حاضر آشنا شده و سپس با ورود به بحث اصلی درصدد روشن‌سازی و رفع ابهاماتی برمی‌آیم که به واسطه تفاسیر مختلف دادگاه‌ها در رویه قضایی حاکم است.

۱. حسنی بهابادی، سید محمود، مسئولیت مدنی و بیمه آن، انتشارات رایحه عترت، ۱۳۹۷، ص ۱۶۹

## گفتار اول: مفهوم‌شناسی اصطلاحات و مقررات بیمه‌ای

### ۱. شخص ثالث

قانون‌گذار در بند (ت) ماده ۱ قانون بیمه اجباری شخص ثالث را این‌طور تعریف می‌کند: «[شخص ثالث] هر شخصی است که به سبب حوادث موضوع این قانون دچار خسارت بدنی و مالی شود به استثنای راننده مسبب حادثه». براساس بند مذکور، ضابطه‌ای تعیین شده که به موجب آن تنها راننده مسبب حادثه از شمول ثالث خارج و سایر افراد زیان‌دیده مشمول آن می‌شوند.<sup>۱</sup>

### ۲. راننده مسبب حادثه

بند (ت) ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳ به صراحت راننده مسبب حادثه را تعریف می‌نماید: «فردی که بر اثر وقوع هر یک از حوادث موضوع این آیین‌نامه دچار خسارت بدنی شده و شخص ثالث محسوب نشود». لذا تمامی افرادی که داخل و خارج وسیله نقلیه باشند مشمول ثالث گردیده غیر از راننده مسبب حادثه.

واژه راننده مسبب حادثه در این تعریف را بایستی مسامحتاً تفسیر و تعبیر کرد چرا که در برخی از حوادث اصولاً راننده هیچ‌گونه تقصیر و سببیتی در بروز حادثه ندارد، در حالی که به موجب قانون بایستی خسارت وارده از محل بیمه‌نامه شخص ثالث وی جبران شود. بنابراین بایستی چنین ادعان نمود که منظور از راننده مسبب حادثه فردی است که خودروبی که در زمان حادثه در تصرف و یا مالکیت وی بوده است در بروز حادثه دخالت و نقش داشته باشد.<sup>۲</sup>

### ۳. بیمه حوادث راننده

این بیمه‌نامه که برای راننده مسبب حادثه در نظر گرفته شده با هدف حمایت از راننده که داخل در اشخاص ثالث نبوده و به منظور جبران خسارات بدنی وی و اعاده وضع او به سابق در قانون تعیین

---

۱. توضیح این‌که در قانون بیمه شخص ثالث مصوب سال ۴۷، اشخاص متعددی از شمول قانون خارج شناخته شده بودند. به موجب ماده ۲ قانون مذکور، بیمه‌گذار، مالک، راننده وسیله نقلیه مسئول حادثه، کارکنان بیمه‌گذار مسئول حادثه حین انجام کار و انجام‌وظیفه، همسر، پدر، مادر اولاد، اولاد اولاد و اجداد تحت تکفل بیمه‌گذار (که سرنشین وسیله نقلیه مورد بیمه بوده و راننده یا بیمه‌گذار مسئول حادثه باشند)، از شمول بیمه‌نامه مستثنی شده بودند و بدین ترتیب طیف نسبتاً وسیع و قابل‌توجهی که اکثراً نیز می‌توانستند سرنشین وسیله نقلیه مورد بیمه باشند، از مزایای بیمه ثالث محروم شده بودند و به همین جهت نیز «بیمه حوادث سرنشین» به‌صورت اختیاری همراه با بیمه ثالث اجباری فروخته می‌شد. علاوه بر موارد مذکور به موجب بند ج ماده ۴ قانون مذکور «خسارات وارده به متصرفین غیرقانونی وسایل نقلیه یا به رانندگان فاقد گواهی‌نامه رانندگی» نیز از شمول بیمه‌نامه خارج اعلام شده بود. اما در قانون بیمه شخص ثالث مصوب سال ۸۷ هیچ‌کدام از موارد مذکور آورده نشد و صرفاً راننده مسبب حادثه از شمول بیمه‌نامه مستثنی دانسته شد و این رویه در قانون جدید مصوب سال ۹۵ نیز تکرار شد با این توضیح که برای راننده مسبب حادثه نیز بیمه حادث راننده به‌صورت اجباری در نظر گرفته شده است. (حسینی بهابادی، ۱۶۸)

۲. میرقاسمی، سید جواد، محشای قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثری حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ به همراه مقررات مربوط، انتشارات پژوهشکده بیمه، ۱۳۹۹، ص ۲۲

شده است تا بدین ترتیب کلیه افراد مرتبط با حادثه رانندگی مورد حمایت مالی قانونگذار قرار گیرند.

#### ۴. بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه<sup>۱</sup> و آیین‌نامه ۶۷ شورای عالی بیمه

از آنجایی که بیمه‌نامه حوادث سرنشین و از سال ۸۷ بیمه‌نامه حوادث راننده به هر حال اختیاری بوده و مبلغ سرمایه بیمه‌نامه بنا به درخواست بیمه‌گذار تعیین می‌شد که در مواردی کمتر از سقف بیمه‌نامه شخص ثالث بود، دولت و مجلس مصمم شدند که نسبت به بیمه حوادث راننده نیز قانوناً تعیین تکلیف شود. بر این اساس به موجب بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه مقرر شد که وزارت دارایی در خصوص تهیه بیمه‌نامه برای راننده مسبب حادثه که شرایط بیمه ثالث را همراه داشته باشد، اقدام نماید و بدین ترتیب این بیمه نیز به تبع بیمه‌نامه شخص ثالث اجباری شد. این تکلیف توسط وزارت دارایی و امور اقتصادی به بیمه مرکزی ایران و شورای عالی بیمه ارجاع شد و شورای عالی بیمه در این رابطه در تاریخ ۹۰/۰۶/۰۲ آیین‌نامه شماره ۶۷<sup>۲</sup> را به تصویب رسانید.

بر اساس این آیین‌نامه حداقل مبلغ بیمه (سرمایه بیمه‌نامه) معادل ریالی دیه کامل مرد مسلمان تعیین شد که در صورت وقوع حادثه و فوت در ماه حرام، دیه ماه حرام باید پرداخت شود. ضمناً این آیین‌نامه، موارد مورد تعهد بیمه‌گر را شامل دیه فوت - دیه نقض عضو و یا ازکارافتادگی و اعم از کلی یا جزئی - تعیین کرد و مقرر داشت مبنای محاسبه غرامت نقض عضو و ازکارافتادگی تابع ضوابط مندرج در آیین‌نامه شماره ۲۳ (مصوب شورای عالی بیمه) است. بدین ترتیب هرچند منظور قانونگذار در بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه، تعلق مزایایی مشابه بیمه شخص ثالث به راننده مسبب حادثه بود، اما با تصویب آیین‌نامه ۶۷ در عمل شورای عالی بیمه، موضوع را از جمله مصادیق بیمه حوادث تلقی نمود که هرچند مصوبه شورای عالی بیمه در ماهیت امر صحیح است و مزایای قابل تعلق به راننده مسبب حادثه ذاتاً از نوع بیمه حوادث است ولی در هر حال این آیین‌نامه برخلاف مراتب استنباطی از بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه است. در عمل مفاد این آیین‌نامه و دامنه شمول آن مورد اختلاف بین شرکت‌های بیمه و بیمه‌گذار و راننده مسبب حادثه و نیز بین شرکت‌های بیمه و مراجع قضایی بود و رانندگان مسبب حادثه خود را مشمول دریافت هرگونه مزایای ناشی از قانون بیمه شخص ثالث (از جمله دیه هر نوع صدمات بدنی نظیر دیه جراحات) نیز می‌دانستند و دادگاه‌ها نیز مستنبط از بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه

۱. وزارت امور اقتصادی و دارایی مکلف است نسبت به بیمه شخص ثالث در مورد راننده همچون سرنشین، بیمه شخص ثالث را اعمال کند.

۲. این آیین‌نامه توسط شورای عالی بیمه با تصویب آیین‌نامه شماره ۶۷/۲ در تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۹ اصلاح و تکمیل شد.

پنجم به نفع آن‌ها رأی می‌دادند و این اختلاف در طول دوره اجرای آیین‌نامه ۶۷ ادامه داشت تا این‌که با تصویب ماده سوم قانون بیمه شخص ثالث مصوب سال ۹۵، آیین‌نامه ۶۷ ملغی‌الاثرب شد.

##### ۵. رأی وحدت رویه شماره ۷۸۱ - ۲۶/۶/۱۳۹۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

با توجه به تعارض آرای محاکم به دلیل تفاسیر مختلف از بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه و آیین‌نامه اجرایی آن (شماره ۶۷)<sup>۱</sup> و متعاقباً تصویب قانون سال ۹۵ که وضعیت پرداخت خسارت به رانندگان مسبب حادثه را روشن کرده بود، هیأت عمومی دیوان عالی کشور با هدف تعیین تکلیف خساراتی که در فاصله زمانی سال‌های ۹۰ تا ۹۵ در رابطه با جراحات رانندگان وارده آمده پرداخت تا اشخاصی که به واسطه مقررات وقت، موفق به دریافت خسارت خود نگردیده‌اند با مراجعه به شرکت‌های بیمه نسبت به اخذ آن اقدام نمایند که متن آن به شرح ذیل می‌باشد:

نظر به این‌که مقررات بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون «برنامه پنج ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران» مصوب سال ۱۳۸۹ وزارت امور اقتصادی و دارایی را مکلف کرده است در مورد راننده وسیله نقلیه همچون سرنشین، بیمه شخص ثالث را اعمال نماید و با توجه به این‌که طبق بند (الف) ماده ۱ «قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» مصوب سال ۱۳۹۵ خسارت بدنی هر نوع صدمه به بدن را شامل می‌شود که حتی به نقص عضو و فوت منتهی نشود و با عنایت به این‌که به موجب حکم مقرر در ماده ۶۵ این قانون احکام موضوع مواد مصرح در آن ماده نسبت به بیمه‌نامه‌های صادره پیش از لازم‌الاجرا شدن قانون که خسارات تحت پوشش آن‌ها پرداخت نشده نیز لازم‌الرعایه است؛ بنابراین حکم این ماده با توجه به اطلاق آن نسبت به بیمه‌نامه‌های موضوع بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون مورد اشاره نیز که بعد از تصویب آن قانون تنظیم شده ولی خسارات بدنی راننده پرداخت نگردیده قابل تسری و تعمیم است. بر این اساس رأی شعبه دهم دیوان عالی کشور در حدی که با این نظر انطباق دارد صحیح و موافق قانون تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.

رأی صادره از چند حیث دارای اشکال است. اول این‌که برای حل تعارض میان آراء صادره در زمان حاکمیت قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷ و قانون برنامه پنجم توسعه و آیین‌نامه ۶۷ به مفاد قانون لاحق یعنی قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ استناد گردیده با این توضیح که اختلاف شعب

۱. علت اختلاف نظر میان شرکت‌های بیمه و محاکم در آن بود که محاکم با این استدلال که آیین‌نامه شماره ۶۷ با مفاد بند (ب) ماده ۱۱۵ در تعارض است و تاب مقاومت در برابر قانون را ندارد، حکم قانون را قابل اجرا می‌دانستند، در حالی که استدلال شرکت‌های بیمه آن بود که قانون مذکور تنها در مقام بیان تکلیف دولت به اجباری نمودن بیمه حوادث راننده از باب امتنان بوده و در خصوص سازوکار اجرایی آن آیین‌نامه حکومت دارد. با این نگاه هیچ تعرض و اختلافی میان آیین‌نامه و قانون وجود نداشته و قابل جمع است.

در برداشت از قوانین برنامه پنجم و آیین‌نامه اجرایی مصوب شورای عالی بوده است و حل این تعارض با استناد به قانون مصوب ۱۳۹۵ بلاوجه است. دوم این که در مفاد رأی صادره فرض بر عطف به‌ماسبق شدن مفاد ماده ۳ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۹۵ قرار داده شده است که ماده ۶۵ قانون مذکور صرفاً برخی مواد را عطف به‌ماسبق کرده و این موضوع مشمول ماده ۳ نگردیده که موضوع آراء صادره بوده است.<sup>۱</sup>

### گفتار دوم: پرداخت خسارت به رانندگان مسبب حادثه؛ چالش‌ها و راهکارها

با توجه به توضیحات ارائه‌شده در بالا و آشنایی با مفاهیم و مقررات لازم در بحث حاضر، مجال آن فرا رسیده تا به طرح موضوع پرداخت خسارت به رانندگان مسبب حادثه پرداخته شود که با توجه به مقررات جاری از دو جهت می‌توان آن را مورد تأمل و مذاقه قرار داد: الف) با توجه به مقررات پیش از تصویب قانون سال ۹۵ که دامنه آن در محاکم قضایی به پس از تصویب قانون جدید نیز گسترش یافته است، ب) با توجه به مقررات قانون سال ۹۵ که گاه با تفاوت دیدگاه و آراء در محاکم قضایی روبرو می‌شود.

در این خصوص صور مختلفی را می‌توان در نظر گرفت که در زیر به آن اشاره می‌شود؛  
۱. رانندگانی که تا قبل از رأی وحدت رویه شماره ۷۸۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، به موجب آیین‌نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه در رابطه با جراحات ناشی از تصادف (که مشمول بیمه‌نامه نمی‌شد) خسارتی دریافت نکرده‌اند

باید توجه داشت که هدف اصلی از صدور رأی وحدت رویه مذکور، حل اختلاف ناشی از اجرای بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون برنامه پنجم توسعه و آیین‌نامه اجرایی آن (۶۷) در محدوده سال ۱۳۹۰ تا ۱۳۹۵ بوده و نسبت به حوادثی که پس از تصویب قانون سال ۹۵ به وقوع پیوسته است، این رأی محلی از بحث ندارد. لذا در فاصله زمانی ذکرشده، رانندگان مسبب حادثه به دلیل جراحات وارده به شرکت‌های بیمه مراجعه و تقاضای پرداخت خسارت می‌نمودند که این شرکت‌ها نیز با استناد به آیین‌نامه شماره ۶۷ و با این استدلال که جز در موارد فوت و نقص عضو، از کار افتادگی دائم اعم از کلی و جزئی<sup>۲</sup> تعهدی به تأدیه خسارت به راننده مسبب حادثه ندارند از پرداخت خسارت امتناع می‌ورزیدند. در چنین حالی رأی وحدت رویه حکم به پرداخت خسارت توسط شرکت‌های بیمه می‌دهد،

۱. میرقاسمی، ص ۴۲

۲. بند ۲ آیین‌نامه ۶۷: «تعهدات بیمه‌گر نسبت به راننده وسیله نقلیه مسبب حادثه (اعم از این‌که داخل یا خارج از وسیله نقلیه باشد) شامل پرداخت غرامت فوت، نقص عضو و ازکارافتادگی دائم اعم از کلی و جزئی ناشی از هرگونه سانحه وسیله نقلیه مسبب حادثه، ترپلر، یدک متصل به آن و یا محمولات آن از قبیل تصادم، تصادف، سقوط، واژگونی، آتش‌سوزی و یا انفجار خواهد بود.»



اما به چه میزان؟ با توجه به این که ماهیت بیمه‌نامه حوادث بوده که جنبه قراردادی داشته و دارای سقف تعهداتی است که در بیمه‌نامه درج گردیده است، مبنای محاسبه براساس ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی ماده ۳ قانون بیمه شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵<sup>۱</sup>، برابر با حاصل ضرب درصد دیه یا آرش تعیین شده در مبلغ مندرج در بیمه‌نامه است. برای مثال می‌توان راننده‌ای را در نظر گرفت که مقصر حادثه بوده و به واسطه آن حادثه، پزشکی قانونی میزان جراحات وارده به وی را ۱۰ درصد اعلام نموده است. اگر زمان وقوع تصادف را سال ۹۴ در نظر بگیریم و خودروی وی نیز از حداقل پوشش بیمه حوادث راننده در آن سال (دیه کامل مرد مسلمان در ماه غیر حرام به میزان ۱.۶۵۰.۰۰۰.۰۰۰ ریال) برخوردار باشد، مبنای پرداخت ۱۰ درصد مبلغ مذکور یعنی به میزان ۱۶۵.۰۰۰.۰۰۰ ریال خواهد بود نه معادل دیه روز در سال صدور رأی وحدت رویه و نه معادل هیچ رقم دیگری.

۲. رانندگانی که در زمان حاکمیت قانون سابق تمام یا بخشی از خسارت خود را به موجب حکم دادگاه و یا توافق با شرکت‌های بیمه دریافت کرده‌اند

در چنین حالتی با توجه به صراحت مفاد رأی وحدت رویه ۷۸۱ که مقرر می‌دارد «... حکم این ماده {۶۵} با توجه به اطلاق آن نسبت به بیمه‌نامه‌های موضوع بند (ب) ماده ۱۱۵ قانون مورد اشاره نیز که بعد از تصویب آن قانون تنظیم شده ولی خسارات بدنی راننده پرداخت نگرندیده قابل تسری و تعمیم است...» تنها مربوط به مواردی است که خسارات وارده به زیان‌دیده (راننده مسبب حادثه) پرداخت نشده باشد و چنانچه این خسارات به انحاء مختلف نظیر صدور حکم از سوی دادگاه (متعاقب طرح دعوی در آن دوره زمانی) و یا توافق میان زیان‌دیده و شرکت بیمه‌گر تأدیه شود، عطف به‌ماسبق شدن قانون جدید به موارد سابق امکان‌پذیر نمی‌باشد. به بیان ساده‌تر، در فرض صدور حکم به پرداخت خسارت به راننده مسبب حادثه، با توجه به این که وی یک‌بار خسارت خود را دریافت نموده است، اقدام مجدد با توسل به رأی وحدت رویه مذکور به دلیل اعتبار امر مختوم امکان‌پذیر نمی‌باشد.

۱. این ماده مقرر می‌دارد: «میزان تعهد بیمه‌گر در هر حادثه برای جبران خسارت فوت، معادل مبلغ مندرج در بیمه‌نامه و برای جبران خسارت جرح و یا صدمه بدنی، برابر با حاصل ضرب درصد دیه یا ارزش تعیین شده در مبلغ مندرج در بیمه‌نامه است که حداقل به میزان دیه مرد مسلمان در ماه غیر حرام خواهد بود. هزینه معالجه بیمه‌شده نیز بر اساس تعرفه‌های مصوب هیأت وزیران و با رعایت ماده (۳۵) قانون تحت پوشش بیمه است. در هر حال مجموع خسارت بدنی قابل پرداخت به راننده مسبب حادثه در هر حادثه از مبلغ بیمه مندرج در بیمه‌نامه بیشتر نخواهد بود.»

۳. رانندگانی که علی‌رغم دریافت خسارت به موجب حکم دادگاه یا توافق حاصله با شرکت بیمه، به جهت تعدد دیات تعیین شده توسط پزشکی قانونی و فراتر بودن خسارت از سقف تعهدات مندرج در بیمه‌نامه اقدام به طرح دعوی مجدد علیه بیمه‌گر می‌نمایند

فرض فوق ناظر به حالتی است که شخص راننده به دلیل تصادف و آسیب‌های متعدد، بیش از یک دیه کامل (سقف مندرج در بیمه‌نامه) و مثلاً به میزان ۳۰۰ درصد دیه متحمل زیان گردیده، لکن به دلیل آن‌که بیمه‌نامه وی تنها به میزان یک دیه کامل مرد مسلمان در ماه غیر حرام (حداقل سرمایه اجباری بیمه حوادث راننده) تنظیم شده است و نه بیشتر<sup>۱</sup>، شرکت بیمه‌گر اقدام به پرداخت خسارت تا سقف تعهدات مندرج در بیمه‌نامه می‌نماید و بعد از آن راننده با طرح دعوی حقوقی، خواهان اخذ مازاد بر سقف تعیین شده یعنی ۲۰۰ درصد دیه می‌شود که در این خصوص نیز با توجه به این‌که شرکت‌های بیمه بیش از مبلغ مورد تعهد، مسئولیتی ندارد، حکم به پرداخت آن فاقد وجاهت و موضوعیت است.

ب) با تصویب قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۹۵، قانون‌گذار در ماده ۳ این قانون تا حدود زیادی به اختلافات موجود در مورد خسارت قابل پرداخت به راننده مسبب حادثه پایان داد، لکن نحوه بیان آن به‌گونه‌ای بوده که گاه با برخی تفاسیر نادرست از سوی دادگاه‌ها همراه می‌شود به‌طوری‌که راننده مسبب حادثه را همچنان مستحق دیه پنداشته و احکام مقرر در مورد شخص ثالث را بر وی نیز بار می‌کنند. لذا شایسته است که در این نوشتار جهت روشن شدن موضوع به‌طور مفصل‌تری این ماده را از نظر بگذرانیم.

ماده ۳ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه «دارنده وسیله نقلیه مکلف است برای پوشش خسارت‌های بدنی واردشده به راننده مسبب حادثه، حداقل به میزان دیه مرد مسلمان در ماه غیرحرام، بیمه حوادث اخذ کند. مبنای محاسبه میزان خسارت قابل پرداخت به راننده مسبب حادثه، معادل دیه فوت یا دیه و یا آرش جرح در فرض ورود خسارت بدنی به مرد مسلمان در ماه غیرحرام و هزینه معالجه آن است. سازمان پزشکی قانونی مکلف است با درخواست راننده مسبب حادثه یا شرکت بیمه مربوط، نوع و درصد صدمه بدنی واردشده را تعیین و اعلام کند. آیین‌نامه اجرایی و حق بیمه مربوط به این بیمه‌نامه به پیشنهاد بیمه مرکزی پس از تصویب شورای عالی بیمه به تصویب هیأت وزیران می‌رسد.»  
اول: به موجب این ماده بیمه خسارات وارده به راننده مسبب حادثه اجباری اعلام شده و برخلاف قانون سال ۸۷ که اخذ بیمه‌نامه اختیاری بود، دارنده وسیله نقلیه ملزم به خریداری بیمه خسارت راننده مسبب حادثه به همراه بیمه‌نامه شخص ثالث شده است.

۱. با این توضیح که حداقل سرمایه برای بیمه حوادث راننده را قانون‌گذار اجبار نموده، اما حداکثری برای بیمه نمودن اعلام ننموده و آن را در اختیار بیمه‌گذار قرار داده تا برای مثال سقف تعهد بیمه‌نامه را ۲ یا چند برابر قرار دهد که غالباً به جهت بی‌اطلاعی بیمه‌گذار همان حداقل مبلغ در قسمت بیمه‌نامه حوادث درج می‌شود.

**دوم:** نوع بیمه برای پوشش خسارت راننده مسبب حادثه از نوع بیمه حوادث است و نه بیمه مسئولیت و این که چرا قانون‌گذار دیه مرد مسلمان را به‌عنوان غرامت فوت راننده مسبب حادثه معین کرده تنها به منظور تعیین معیار تعهد شرکت بیمه بوده و این امر نوع بیمه‌نامه را تغییر نمی‌دهد. موضوعی که گاهاً در محاکم به اشتباه تفسیر می‌شود و با تصور این که مقنن در مقام بیان پرداخت دیه به راننده مسبب حادثه همچون شخص ثالث است، حکم به پرداخت دیه داده می‌شود. باید توجه داشت که در اینجا راننده خود مسبب حادثه بوده و مبنای پرداخت دیه که جنایت شخص علیه شخص دیگر بوده در موضوع حاضر صدق نمی‌کند و اقدام قانون‌گذار تنها به جهت حمایت مالی از راننده و خانواده وی بوده که تا حد امکان وضعیت آن‌ها به شرایط سابق اعاده می‌شود.

**سوم:** قانون‌گذار مبنای محاسبه میزان خسارت را معادل دیه فوت یا دیه و یا آرش جرح ماه غیرحرام در نظر گرفته است و نه خود دیه. لذا چنانچه منظور مقنن از پرداخت خسارت دیه بود آن را ذکر می‌کرد، نه واژه معادل را. این امر خود بر انصراف قانون‌گذار از واژه دیه و غرامت دانستن خسارت پرداختی به راننده مسبب حادثه دلالت دارد.

**چهارم:** با توجه به این که موضوع بیمه‌نامه حوادث، غرامت است و نه دیه، لذا بحث تغلیظ دیه در ماه‌های حرام، تعدد دیات، دیات مسری و غیره نیز موضوعیت نمی‌یابد. چرا که بحث دیه در رابطه با جنایت شخصی علیه شخص دیگر است و ماهیتاً با غرامت فوت حوادث راننده متفاوت است، مضافاً در خصوص تغلیظ دیه نیز، فلسفه این نهاد تشدید مجازات مرتکب به دلیل انجام عمل ممنوعه در ماه‌های اربعه بوده که چنانچه این امر در مورد راننده صدق کند، تناقضی حاصل می‌شود که مجازاتش به انتفاع وی نیز می‌انجامد.

**پنجم:** در رابطه با چگونگی پرداخت خسارت بدنی غیر فوت نیز نسبت صدمه وارده با مبلغ دیه در ماه غیرحرام محاسبه می‌شود که به این منظور و به جهت جلوگیری از بروز اختلاف فی‌مابین بیمه‌گر و زیان‌دیده، قانون‌گذار سازمان پزشکی قانونی را مکلف نموده تا پس از درخواست از سوی هریک از طرفین نسبت به تعیین نوع و درصد صدمه بدنی وارده به‌عنوان نهادی بی‌طرف اقدام نماید.

**ششم:** انتهای ماده نیز به تنظیم و تصویب آیین‌نامه اجرایی ماده ۳ طی همکاری مشترک بیمه مرکزی، شورای عالی بیمه و هیأت وزیران اختصاص یافته است. این آیین‌نامه مشتمل بر ۱۶ ماده و ۹ تبصره در تاریخ ۱۳۹۶/۰۴/۲۸ به تصویب هیأت وزیران رسید و در تاریخ ۱۳۹۶/۰۵/۰۱ جهت اجرا ابلاغ شد. مهم‌ترین ماده‌ای که در بحث حاضر از اهمیت برخوردار بوده و در استناد و استدلال‌ات پرونده‌هایی با موضوع راننده مسبب حادثه می‌بایست مورد التفات قرار گیرد، ماده ۴ این آیین‌نامه است که مقرر می‌دارد: «میزان تعهد بیمه‌گر در هر حادثه برای جبران خسارت فوت، معادل مبلغ مندرج در بیمه‌نامه و برای جبران خسارت جرح و یا صدمه بدنی، برابر با

حاصل ضرب درصد دیه یا آرش تعیین شده در مبلغ مندرج در بیمه نامه است که حداقل به میزان دیه مرد مسلمان در ماه غیرحرام خواهد بود. هزینه معالجه بیمه شده نیز بر اساس تعرفه های مصوب هیأت وزیران و با رعایت ماده (۳۵) قانون تحت پوشش بیمه است. در هر حال مجموع خسارت بدنی قابل پرداخت به راننده مسبب حادثه در هر حادثه از مبلغ بیمه مندرج در بیمه نامه بیشتر نخواهد بود»

در قسمت اول ماده، نحوه محاسبه غرامت ذکر شده که کاملاً مشخص بوده و پیش تر نیز توضیح داده شد و ملاک اصلی همان مبلغ مندرج در بیمه نامه است. در قسمت پایانی ماده، بر عدم امکان تجاوز از سقف مبلغ مندرج در بیمه نامه حوادث مجدداً تأکید می شود. بدین ترتیب حتی اگر راننده مسبب حادثه در اثر تصادف به دلیل ضربات متعدد صدمات زیادی دیده باشد که موجب تحمیل خساراتی بیش از سقف مبلغ مندرج در بیمه نامه شود، صرفاً مازاد بر تعهد خود مسئولیتی به پرداخت نخواهد داشت. این امر به جهت ماهیت دوگانه بیمه حوادث و مسئولیت است. در بیمه شخص ثالث که بیمه مسئولیت است، چنانچه صدمات منجر به بیش از یک دیه کامل شود، شرکت های بیمه مکلف به پرداخت آن نیز خواهند بود حال آنکه در خصوص راننده مسبب حادثه چنین تکلیفی ندارند. لذا ماده مذکور به صراحت وضعیت پرداخت خسارت را مشخص نموده و به نظر نمی رسد جای ابهامی در این خصوص باقی مانده باشد.

تبصره ماده ۴ مقرر می دارد: «بیمه گر مکلف است در ایفای تعهدات موضوع این بیمه نامه، خسارت وارده به راننده مسبب حادثه را بدون لحاظ جنسیت و دین تا سقف مبلغ مندرج در بیمه نامه پرداخت نماید.»

تبصره فوق در مقام بیان عدم هرگونه تمایز در پرداخت خسارت به لحاظ جنسیت و دین است. دلیل آن نیز روشن است؛ بحث بر سر پرداخت غرامت است و نه دیه. لذا مانند تمامی قراردادهای مالی که طرفین صرف نظر از جنس و دین برابر فرض می شود، در این قرارداد نیز تفاوتی میان افراد وجود ندارد. نکته مهمی که باید در نظر داشت عبارت «تا سقف مبلغ مندرج در بیمه نامه» بوده که ملاک محاسبه را دیه قرار داده و تا سقف مبلغ مندرج در بیمه نامه می بایست پرداخت نماییم. برای مثال راننده ای بیمه نامه حوادث خود را در سال ۱۳۹۹ با سقف تعهدات ۳۳۰ میلیون تومان اخذ می کند و پس از تصادف با میزان خسارت ۷۰ درصد، در سال ۱۴۰۰ که سقف تعهدات ۴۸۰ میلیون تومان است تقاضای خسارت می کند. در این حالت مبنای محاسبه همچنان ۷۰ درصد ۳۳۰ میلیون (مبلغ مندرج در بیمه نامه) است و نه این که ۷۰ درصد ۴۸۰ میلیون تومان محاسبه و تا سقف ۳۳۰ میلیون تومان به وی پرداخت شود. چنین تفسیری نادرست بوده و تفاوت چشمگیری را به همراه دارد.

## نتیجه گیری

قانون بیمه اجباری شخص ثالث در طول دوره موجودیت خویش، همواره به دلیل ابهاماتی که در متن خود داشته، موجب تفاسیر مختلفی شده است. از جمله موادی که تاکنون به وحدت رویه محاکم منتهی نشده و ممکن است با فهم متفاوت از آن با آرای متفاوتی روبه‌رو شویم، موضوع مربوط به پرداخت خسارت به رانندگان مسبب حادثه است که مقنن طی تاریخ قانون‌گذاری خویش هم به لحاظ تعیین مصادیق آن و هم موارد پرداخت خسارت و نیز از نظر ماهیت خسارت پرداختی، آن را دستخوش تغییراتی نموده است. در حال حاضر و با تصویب «قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵/۰۲/۲۹» در رابطه با مصادیق راننده مسبب حادثه و موارد پرداخت خسارت ابهامی وجود ندارد، لکن در مورد ماهیت خسارت پرداختی همچنان اختلاف نظر بوده که محاکم نه تنها نسبت به قانون برنامه پنجم توسعه و آیین‌نامه اجرایی آن (۶۷) با وجود رأی وحدت رویه شماره ۷۸۱ دچار ابهامند بلکه در مواردی مشاهده شده که در قانون سال ۹۵ و در ماده ۳ و آیین‌نامه آن نیز علی‌رغم ذکر قانون‌گذار نسبت به ماهیت غرامت بودن خسارت پرداختی، آن را دیه پنداشته و حکم به پرداخت دیه به نرخ یوم‌الاداء صادر می‌نمایند. با این حال با توضیحاتی که در بالا ارائه شد، پُر واضح است که ماهیت مبلغی که به راننده یا وارثانش پرداخت می‌شود هرچند جنبه جبران خسارت دارد، اما دیه نیست تا به صورت یوم‌الاداء پرداخت شود.<sup>۱</sup> بلکه غرامتی است معادل دیه که در زمان صدور بیمه‌نامه به نرخ سال تنظیم آن درج گردیده و می‌بایست میزان دیات تعیین شده در پزشکی قانونی با در نظر گرفتن آن مبلغ محاسبه و تأدیه شود. لذا در تمامی صور پرداخت خسارت از قبیل: ۱. رانندگانی که تا قبل از رأی وحدت رویه شماره ۷۸۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، به موجب آیین‌نامه شماره ۶۷ شورای عالی بیمه در رابطه با جراحات ناشی از تصادف (که مشمول بیمه‌نامه نمی‌شد) خسارتی دریافت نکرده‌اند، ۲. رانندگانی که در زمان حاکمیت قانون سابق تمام یا بخشی از خسارت خود را به موجب حکم دادگاه و یا توافق با شرکت‌های بیمه دریافت کرده‌اند؛ ۳. رانندگانی که علی‌رغم دریافت خسارت به موجب حکم دادگاه یا توافق حاصله با شرکت بیمه، به جهت تعدد دیات تعیین شده توسط پزشکی قانونی و فراتر بودن خسارت از سقف تعهدات مندرج در بیمه‌نامه اقدام به طرح دعوی مجدد علیه بیمه‌گر می‌نمایند؛ ۴. موضوع ماده ۳ قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵، معیار پرداخت خسارت تفاوتی نداشته و به شرح مذکور در سطور پیشین است.

۱. ایزنلو، محسن و کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد - مسئولیت مدنی، جلد سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۷، ص ۳۵۶

## منابع

۱. حسنی بهابادی، سید محمود، مسئولیت مدنی و بیمه آن، انتشارات رایحه عترت، ۱۳۹۷
۲. میرقاسمی، سید جواد، محشای قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ به همراه مقررات مربوط، انتشارات پژوهشکده بیمه، ۱۳۹۹
۳. ایزانلو، محسن و کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد - مسئولیت مدنی، جلد سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۷
۴. قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵/۰۲/۲۹
۵. آیین‌نامه اجرایی ماده (۳) قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه (بیمه حوادث راننده مسبب حادثه)
۶. قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران
۷. آیین‌نامه شماره ۶۷ در خصوص آیین‌نامه اجرایی بند (ب) ماده (۱۱۵) قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۰۲/۰۶/۱۳۹۰ شورای عالی بیمه
۸. رأی وحدت رویه شماره ۷۸۱ - ۱۳۹۸/۶/۲۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

## طرفین دعوی ورشکستگی

### آرمان یعقوبی مقدم

دانشجوی مقطع ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی تهران

### چکیده

ورشکستگی شرکت‌های تجاری ابعاد مختلف اجتماعی، اقتصادی و سیاسی دارد. همراه با بحران‌های مالی و اقتصادی، دعوی اعلام ورشکستگی در سال‌های اخیر افزایش قابل توجهی یافته است. از مسائل مهم در حوزه آیین دادرسی ورشکستگی، طرفین دعوی ورشکستگی است که در دکتترین حقوقی به خوبی تبیین نشده است. در این تحقیق ضمن اشاره به مهم‌ترین مباحث آیین دادرسی

ورشکستگی، درصدد شناسایی و بررسی افراد و نهادهای ذی‌نفع در دعوی ورشکستگی و همچنین واکاوی دلایل افزایش دعوی اعلام ورشکستگی هستیم.

واژگان کلیدی: ورشکستگی، ذی‌نفع، آیین دادرسی، رد دعوا

### مقدمه

امروزه ورشکستگی شرکت‌های تجاری که ابعاد مختلف اجتماعی، اقتصادی و سیاسی به خود گرفته، یک مسئله مهم در دنیای تجارت تلقی می‌شود. زمانی که یک شرکت تجاری توان پرداخت دیون خود را ندارد، با صدور حکم ورشکستگی وارد فرایند تصفیه می‌شود.

لازمه تداوم فعالیت شرکت‌های خصوصی ایجاد نوعی تعادل میان منافع کسانی است که ارتباط مؤثری با شرکت دارند و بستر لازم برای موفقیت آن را در درازمدت فراهم می‌کنند. برخی از این ذی‌نفعان، همانند سهام‌داران، کارکنان، تأمین‌کنندگان، مصرف‌کنندگان کلیدی هستند و مستقیماً در امر تولید و سودآوری نقش دارند. برخی دیگر همچون جامعه، محیط‌زیست و دولت، اگرچه ارتباطی دورتر با شرکت دارند، از آنجایی که تحت تأثیر قدرت اجتماعی شرکت هستند، شرکت در برابر آن‌ها نیز مسئولیت اجتماعی دارد.<sup>۱</sup>

مطابق ماده ۴۱۵ قانون تجارت، ورشکستگی تاجر به حکم محکمه بدایت در موارد ذیل اعلام می‌شود:

الف) برحسب اظهار خود تاجر

ب) به موجب تقاضای یک یا چند نفر از طلبکارها

ج) برحسب تقاضای مدعی‌العموم بدایت

۱. نوری، ۱۳۹۷، ص ۳۳۳

علی‌رغم بدیهی دانستن مرجع اعلام ورشکستگی شرکت‌های تجاری توسط مدیران شرکت<sup>۱</sup> در این تحقیق بر آنیم که علاوه بر مدیران شرکت به بررسی وظیفه سایر نهادها مانند سهام‌داران، مدیرعامل، دادستان، حسابداران، حسابرسان شرکت و اعطاکنندگان تسهیلات مالی در این خصوص بپردازیم.

تعیین مراجع ذی‌صلاح در اعلام ورشکستگی شرکت‌های تجاری از آن جهت اهمیت می‌یابد که در صورتی که مرجع ذی‌نفع مبادرت به اقامه دعوی ورشکستگی شرکت تجاری ننموده باشد، مطابق بند ۱۰ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی دعوا رد می‌شود.

### اهداف حقوق ورشکستگی

پیشرفت نظام اقتصادی می‌بایست متناسب با پیشرفت سایر نظامات مورد نیاز به خصوص نظام حقوقی صورت پذیرد؛ امری که در ایران محقق نشده است؛ در حالی که نظام حقوقی بایست همراه و همگام با پیشرفت‌های اقتصادی، پیشرفت و با دقت نظر در روابط پیچیده تجاری، نقش مهم خود را ایفا نماید. نظام حقوقی ایران از قافله پیشرفت‌های تجاری و روابط آن بازمانده است. هدف تجارت اعم از شرکت‌ها و واحدهای تجاری دیگر کسب سود است. متعاقباً سرمایه‌گذاری که در تشکیل شرکت اقدام به تأمین سرمایه می‌کند یا شخصی که یک واحد تجاری را با سرمایه خود تأسیس می‌کند، در پی تحصیل سود است. با این که هدف نهایی در تجارت‌های پیش‌گفته کسب سود است، تأسیس آن‌ها آثاری به همراه دارد که صرفاً اقتصادی نیست: فرصت‌های شغلی ایجاد می‌شود، سرمایه اجتماعی افزایش می‌یابد، سطح رفاه جامعه ارتقا می‌یابد و ... در واقع ارزش‌های اخلاقی، اقتصادی و سیاسی را برای جامعه به دنبال خواهد داشت. از این رو با هدف تحصیل سود، ارزش‌های اجتماعی گوناگون نیز محقق می‌شود.<sup>۲</sup> تشخیص و تبیین مبانی نظری و اهداف حقوق ورشکستگی و طبقه‌بندی آن اهداف بر اساس یک نظم منطقی در تفسیر مقررات ورشکستگی و آرای دادگاه‌ها بسیار اهمیت دارد. شناخت هدف اصلی و اولویت‌بندی در اهداف حقوق ورشکستگی برای تمامی تصمیم‌گیران، محققان، دادگاه‌ها، دانشجویان و وکلای امری ضروری است. اهمیت موضوع از آن رو بیشتر می‌شود که قانون‌گذار هم در باب یازدهم قانون تجارت (در ورشکستگی) ذیل ماده ۴۱۳ قانون تجارت ضرورت اعلام به‌موقع و سریع توقف تاجر و شرکت تجاری را مدنظر داشته و مهلت سه روزه برای آن در نظر گرفته است.<sup>۳</sup> هدف حقوق ورشکستگی را می‌توان از جنبه‌های مختلف بررسی نمود؛ در بُعد اقتصادی هدف حقوق ورشکستگی

۱. قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۹۵، ۴۵

۲. رضانی آکردی، ۱۳۹۹

۳. تاجر باید در ظرف سه روز از تاریخ وقفه که در تأدیه قروض یا سایر تعهدات نقدی او حاصل شده است توقف خود را به دفتر محکمه بدایت محل اقامت خود اظهار نموده صورت‌حساب دارایی و کلیه دفاتر تجاری خود را به دفتر محکمه مزبوره تسلیم نماید



حداکثرسازی ثروت است که در قالب حداکثرسازی ارزش اموال موجود و حفظ بنگاه اقتصادی ظهور می‌یابد. در بعد اجتماعی توزیع بهینه اموال هدف حقوق ورشکستگی است. در این بعد دو رویکرد مطرح است؛ در رویکرد نخست توزیع باید منطبق بر توافق قبل از شروع آیین ورشکستگی باشد و رویکرد دوم، آن نوع توزیع را بهینه می‌داند که به نفع طرف ضعیف در بحران ورشکستگی صورت گیرد.<sup>۱</sup> دیدگاه اقتصادی هدف حقوق ورشکستگی را حداکثرسازی ارزش منابع موجود می‌داند و حامی طلبکاران است اما دیدگاه سنتی یا عدالت اجتماعی منافع گروه‌های مختلف را مورد حمایت قرار می‌دهد (مانند کارگران شرکت، مصرف‌کنندگان و ...). انتقاد وارد بر دیدگاه سنتی آن است که حقوق ورشکستگی متمایز از سایر حوزه‌های حقوقی همچون حقوق کار، مسئولیت مدنی و حقوق مصرف است فلذا برای جبران خسارت کارگران، سهامداران و مصرف‌کنندگان باید از حقوق فوق کمک گرفت و حقوق ورشکستگی مختص حقوق تجار (حقیقی و شرکت‌های تجاری) است و در صورت پذیرش دیدگاه سنتی، مرز بین حقوق ورشکستگی و سایر حوزه‌های حقوق نادیده گرفته خواهد شد. این انتقاد بر دیدگاه سنتی حقوق ورشکستگی را می‌توان این گونه رد نمود که غایت حقوق عدالت است و حقوق نوین مسائل را از جنبه‌های مختلف بررسی می‌نماید لذا تلاقی حقوق ورشکستگی با حوزه‌های حقوق کار، مسئولیت مدنی و حقوق مصرف در حقوق نوین بلاشکال است. برخی صاحب‌نظران اهداف حقوق ورشکستگی را حفظ کارا بودن مؤسسات اقتصادی، تقسیم عادلانه و منصفانه اموال بین طلبکاران، جلوگیری از بروز اختلافات بین طلبکاران و در نظر گرفتن منافع عمومی می‌دانند.<sup>۲</sup>

### آیین دادرسی دعوای ورشکستگی

در بحران‌های مالی شرکت‌های تجاری، اشخاص متعددی متحمل هزینه و ضرر می‌شوند. در نگاه اول تأمین‌کنندگان مالی، سهامداران، طلبکاران، مدیران و همچنین کارمندان و کارگران از جمله این اشخاص‌اند؛ حتی حسابرس نیز ممکن است به دلیل عدم اطلاع‌رسانی و اخطار به موقع با دعوای مسئولیت مدنی مواجه شود. در خصوص طرفین دعوای ورشکستگی با توجه به ذی‌نفع بودن اشخاص متعدد در شرکت‌های تجاری، با خلاء در دکنترین حقوق تجارت مواجهیم و قانون هم در این خصوص ساکت است. برخی از حقوقدانان معتقدند که اعلام ورشکستگی شرکت‌های تجاری بر عهده مدیران شرکت است و حتی این امر را بدیهی تلقی نموده‌اند،<sup>۳</sup> اما تدقیق بیشتر و در نظر گرفتن نیازهای شرکت و اوضاع و احوال اقتصادی جامعه، ناکافی بودن این نظر را می‌رساند. در ادامه به پرسش اصلی این تحقیق در خصوص مراجع ذی‌صلاح اعلام ورشکستگی شرکت‌های تجاری خواهیم پرداخت.

۱. رضانی آکردی، ۱۳۹۹

۲. طجریلو، ۱۳۸۹

۳. قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۹۵

## ۱. مدیران

به طور کلی مدیران موظف‌اند با صداقت و تلاش منطقی شرکت را مدیریت نمایند و هرگونه فعل یا ترک فعل مجرمانه یا غیرصادقانه آن‌ها را در معرض اتهام قرار خواهد داد و هیچ عذری در این راه از آنان پذیرفته نیست. این قاعده‌گذاری مسئولیت مدیران بابت فعل یا ترک فعلشان به قاعده‌ای تحت عنوان *business judgment rule* که در برخی از حوزه‌های قضایی آمریکا توسعه یافته بود شباهت دارد.<sup>۱</sup> این قاعده در مفهوم گسترده مقرر می‌کند که هرگونه تصمیم‌گیری لازم یا اعطاشده به مدیران طبق اساسنامه شرکت بایستی مطابق اصل حسن نیت اجرا شود. در خصوص مدیران پرسش این است که آیا در صورتی که مدیری در جلسات هیأت مدیران وضعیت توقف شرکت را به اطلاع دیگر مدیران برساند از مسئولیت‌های مدنی و کیفری متعاقب عدم اعلام ورشکستگی رهایی می‌یابد؟ فلسفه و هدف حقوق ورشکستگی و ارتباط آن با نظم عمومی و همچنین توجه به این نکته که شرکت‌های تجاری طرف معاملات گسترده تجاری با افراد مختلف قرار می‌گیرند، اجازه رفع مسئولیت مدیر را در فرض اعلام آن به هیأت مدیران نمی‌دهد و مدیر موظف به اقامه دعوی ورشکستگی در دادگاه صالح است.

پرسش مطرح آن است که در صورت تأخیر مدیران در اقامه دعوی توقف و ورشکستگی، آیا سهامداران می‌توانند دعوی مسئولیت مدنی علیه مدیران به جهت تأخیر در اقامه به موقع دعوی توقف و ضررهای وارده به آنان بابت کاهش ارزش سهام را اقامه نمایند؟ مطابق تست اگر نبود (*but for*) در صورت تأخیر در اعلام ورشکستگی به هر حال توقف و ورشکستگی متعاقب شرکت در عالم ثبوت به وقوع پیوسته است، لذا صرفاً به دلیل تأخیر دعوی مسئولیت مدنی علیه مدیران پذیرفتنی نیست؛ بدیهی است این امر نافی پذیرش دعوی مسئولیت مدنی علیه مدیران به جهت عدم مراقبت و دقت کافی در امور شرکت نیست و اختیار اعطای چنین دعاوی علیه مدیران به سهامداران نشأت گرفته از نقش نظارتی آنان به عنوان عضو شرکت است.

## ۲. حسابرس و بازرس

حسابرس و بازرس شرکت به عنوان رکن نظارتی شرکت‌ها تعیین می‌شوند و شرایطی برای پذیرش آن‌ها (من جمله حرفه‌ای بودن و خیره بودن) به عنوان مؤسسات حسابرسی معتمد سازمان بورس در دستورالعمل مربوطه آمده است و تا زمانی که این شرایط وجود نداشته باشد، انتخاب آن‌ها به عنوان مؤسسه حسابرسی معتمد سازمان امکان‌پذیر نیست.

1. L.ALTMAN,2008

بازرسان طبق مواد ۱۴۸ و ۱۴۹<sup>۱</sup> لایحه اصلاحی قانون تجارت مکلفند درباره صحت و درستی صورت دارایی و صورت حساب دوره عملکرد و حساب سود و زیان و ترازنامه‌ای که مدیران برای تسلیم به مجمع عمومی تهیه می‌کنند و همچنین در خصوص صحت مطالب و اطلاعاتی که مدیران در اختیار مجمع عمومی گذاشته‌اند، اظهار نظر کنند. آگاهی بازرسان از صورت حساب‌های شرکت و لزوم بررسی رعایت حقوق صاحبان سهام در حدود قانون و اساسنامه شرکت مقتضی است در صورتی که وضعیت صورت حساب‌های شرکت مطلوب نبوده و شرکت در آستانه توقف است اولاً مجمع عمومی سهامداران را مطلع نماید و در صورت عدم ترتیب اثر از سوی هیأت مدیران، مطابق ماده ۱۵۱<sup>۲</sup> لایحه اصلاحی قانون تجارت به مرجع قضایی صلاحیت‌دار اعلام نمایند.

بر اساس ماده ۲۴۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت حسابداران رسمی توسط مجمع عمومی عادی بایستی انتخاب شود.<sup>۳</sup> منظور قانون‌گذار از لفظ «حسابدار رسمی» در این مقرر قانونی، حسابرس شرکت است. وجود حسابرس (به تعبیر قانون حسابدار رسمی) بر اساس این ماده در شرکت‌های سهامی عام الزامی است. بر اساس فصل هفتم قانون مالیات‌های مستقیم که در این ماده بدان اشاره شده است، حسابرسان در صورت‌های مالی شرکت نظر می‌دهند. یکی از وظایف اصلی حسابرسان، اظهار نظر در خصوص صورت‌های مالی در شرکت‌های سهامی عام است و در صورتی

۱. «بازرس یا بازرسان علاوه بر وظایفی که در سایر مواد این قانون برای آنان مقرر شده است مکلفند درباره صحت و درستی صورت دارایی و صورت حساب دوره عملکرد و حساب سود و زیان و ترازنامه‌ای که مدیران برای تسلیم به مجمع عمومی تهیه می‌کنند و همچنین درباره صحت مطالب و اطلاعاتی که مدیران در اختیار مجمع عمومی گذاشته‌اند اظهار نظر کنند. بازرسان باید اطمینان حاصل نمایند که حقوق صاحبان سهام در حدودی که قانون و اساسنامه شرکت تعیین کرده است، به‌طور یکسان رعایت شده باشد و در صورتی که مدیران اطلاعاتی برخلاف حقیقت در اختیار صاحبان سهام قرار دهند، بازرسان مکلفند که مجمع عمومی را از آن آگاه سازند. بازرس یا بازرسان می‌توانند در هر موقع هرگونه رسیدگی و بازرسی لازم را انجام داده و اسناد و مدارک و اطلاعات مربوط به شرکت را مطالبه کرده و مورد رسیدگی قرار دهند. بازرس یا بازرسان می‌توانند به مسئولیت خود در انجام وظایفی که بر عهده دارند، از نظر کارشناسان استفاده کنند به شرط آن‌که آن‌ها را قبلاً به شرکت معرفی کرده باشند. این کارشناسان در مواردی که بازرس تعیین می‌کند مانند خود بازرس حق هرگونه تحقیق و رسیدگی را خواهند داشت»

۲. «بازرس یا بازرسان باید در صورت مشاهده هرگونه تخلف یا تقصیری در امور شرکت از ناحیه مدیران و مدیرعامل به اولین مجمع عمومی اطلاع دهند و در صورتی که ضمن انجام مأموریت خود از وقوع جرمی مطلع شوند، باید به مرجع قضایی صلاحیت‌دار اعلام نموده و نیز جریان را به اولین مجمع عمومی گزارش دهند.»

۳. «در شرکت‌های سهامی عام هیأت مدیره مکلف است که به حساب‌های سود و زیان و ترازنامه شرکت گزارش حسابداران رسمی را نیز ضمیمه کند. حسابداران رسمی باید علاوه بر اظهار نظر درباره حساب‌های شرکت گواهی نمایند که کلیه دفاتر و اسناد و صورت حساب‌های شرکت و توضیحات مورد لزوم در اختیار آن‌ها قرار داشته و حساب‌های سود و زیان و ترازنامه تنظیم شده از طرف هیأت مدیره وضع مالی شرکت را به نحو صحیح و روشن نشان می‌دهد.»

تبصره. منظور از حسابداران رسمی مذکور در این ماده حسابداران موضوع فصل هفتم قانون مالیات‌های مستقیم مصوب اسفند سال ۱۳۴۵ است و در صورتی که به موجب قانون شرایط و نحوه انتخاب حسابداران رسمی تغییر کند و یا عنوان دیگری برای آنان در نظر گرفته شود شامل حسابداران مذکور در این ماده نیز خواهد بود.

که در بررسی و اظهارنظر در خصوص صورت‌های مالی و ... از مقررات قانونی تخلف نمایند، مرتکب جرم موضوع ماده ۴۹ قانون بازار اوراق بهادار شده‌اند.<sup>۱</sup>

صورت‌های مالی عبارت‌اند از: ترازنامه، صورت سود و زیان، صورت گردش جریان نقد و صورت سود و زیان انباشته، صورت‌های دارایی (در مواردی که در مالکیت شرکت است) و بدهی‌ها (در مواردی که پرداخت آن‌ها بر عهده شرکت است) را در یک مقطع زمانی خاص (معمولاً پایان سال) نشان می‌دهد. صورت سود و زیان نشان می‌دهد که در طول یک دوره مالی شرکت چه میزان درآمد داشته و در همین دوره چه میزان هزینه وجود داشته و با کسر هزینه‌ها از درآمد، چه میزان سود خالص برای شرکت باقی مانده است. صورت گردش وجه نقد بیانگر آن است که شرکت در ابتدای دوره مالی با چه میزان نقدینگی فعالیت خود را آغاز کرده و چه میزان نقدینگی به آن افزوده شده و این افزایش ناشی از چه مواردی بوده و نیز چه میزان نقدینگی باقی مانده است.

صورت سود و زیان انباشته شرکت نیز بیانگر آن است که چه تغییراتی در طول یک دوره مالی در مانده سود و زیان انباشته رخ داده است (طول دوره مالی معمولاً یک ساله است).<sup>۲</sup> همان‌طور که مشخص است، صورت‌های مالی که نوعاً اطلاعات مالی شرکت‌ها تلقی می‌شوند، از مهم‌ترین اطلاعات مورد نیاز سهامداران و سرمایه‌گذاران برای شناسایی میزان سود و زیان عملیات شرکت و بدهی و نقدینگی‌اند، بنابراین صورت‌های مالی از مهم‌ترین اطلاعات در شناساندن شرکت به عموم جامعه است و همین‌جاست که اهمیت حسابرس و بازرس شرکت در اظهارنظر در خصوص این اطلاعات خود را نشان می‌دهد. در دنیای تجارت، حسابداری نقش مهمی در کمک به تصمیم‌گیران ایفاء می‌نماید. تصمیم‌گیری هر اندازه پیچیده‌تر باشد، اطلاعات جزئی بیشتری برای اجرای آن لازم است.<sup>۳</sup> در صورتی که اظهارنظر حسابرس و بازرس قانونی شرکت اشتباه یا کذب باشد یا بدون

۱. ماده ۴۹. اشخاص زیر به حبس تعزیری از یک ماه تا شش ماه یا جزای نقدی معادل یک تا سه برابر سود به‌دست آمده یا زیان متحمل نشده یا هر دو مجازات محکوم خواهند شد:

۱. هر شخصی که بدون رعایت مقررات این قانون تحت هر عنوان به فعالیت‌هایی از قبیل کارگزاری، کارگزار / معامله‌گری، یا بازارگردانی که مستلزم اخذ مجوز است مبادرت نماید یا خود را تحت هر یک از عناوین مزبور معرفی کند.

۲. هر شخصی که به موجب این قانون مکلف به ارائه تمام یا قسمتی از اطلاعات، اسناد و یا مدارک مهم به سازمان و یا بورس مربوط بوده و از انجام آن خودداری کند.

۳. هر شخصی که مسئول تهیه اسناد، مدارک، اطلاعات، بیانیه ثبت یا اعلامیه پذیرهنویسی و امثال آن‌ها جهت ارائه به سازمان است و نیز هر شخصی که مسئولیت بررسی و اظهارنظر یا تهیه گزارش مالی، فنی یا اقتصادی یا هرگونه تصدیق مستندات و اطلاعات مذکور را بر عهده دارد و در اجرای وظایف محوله از مقررات این قانون تخلف نماید.

۴. هر شخصی که عالماً و عامداً هرگونه اطلاعات، اسناد، مدارک یا گزارش‌های خلاف واقع مربوط به اوراق بهادار را به هر نحو مورد سوءاستفاده قرار دهد.

۲. مدیریت آموزش بورس اوراق بهادار تهران، بی تا، ۱-۶

۳. پاکزاد، ۱۳۸۹

دقت کافی تنظیم شده باشد یا صورت‌های مالی به غلط یا اشتباه یا از سر بی‌دقتی یا به هر دلیل دیگری صحیح جلوه داده شده باشد یا از مقررات قانونی در این خصوص تخلف صورت گرفته باشد، احتمال می‌رود سهامداران و عموم جامعه به استناد تأیید صورت‌های مالی توسط بازرس و حسابرس شرکت، به آن شرکت اعتماد نمایند و سرمایه خود را به اشتباه وارد آن شرکت کرده و ضرر و زیان زیادی متوجه آنان شود.

بر اساس ماده ۴۲ قانون بازار اوراق بهادار<sup>۱</sup> وظیفه تهیه صورت‌های مالی و تطبیق آن‌ها با استانداردهای حسابداری بر عهده ناشر است. با توجه به این‌که تهیه و تنظیم صورت‌های مالی ناشر نیازمند تخصص در رشته‌های مالی است، معمولاً شرکت‌ها برای تهیه صورت‌های مالی خود از حسابرسان استفاده می‌نمایند. حسابرس به‌عنوان کارمند شرکت صورت‌های مالی و اطلاعات مالی شرکت را تهیه و تنظیم کرده و در اختیار هیأت مدیره شرکت قرار می‌دهد. هیأت مدیره شرکت نیز با بررسی صورت‌های مالی، آن‌ها را امضاء می‌کنند و پس از آن بازرس و حسابرس شرکت نسبت به این اطلاعات و صورت‌های مالی اظهار نظر می‌کند. در همین‌جا لازم به ذکر است هرچند تهیه صورت‌های مالی قانوناً بر عهده ناشر و بر اساس مواد مختلف قانون تجارت بر عهده هیأت مدیره شرکت است، لیکن با توجه به تخصصی بودن اطلاعات مالی، معمولاً این وظیفه را حسابرس داخلی شرکت که در اینجا به‌عنوان کارمند شرکت محسوب می‌شود یا یکی از مؤسسات حسابرسی که ارائه‌دهنده خدمات مالی است بر عهده می‌گیرد. لیکن مؤسسه حسابرسی تهیه‌کننده صورت‌های مالی مجدداً حق اظهار نظر در خصوص صورت‌های مالی همان شرکت را ندارد؛ چراکه بر اساس ماده ۱۳ «دستورالعمل مؤسسات حسابرسی معتمد سازمان بورس و اوراق بهادار»، مؤسسات حسابرسی معتمد سازمان در خصوص حفظ استقلال حرفه‌ای، علاوه بر جامعه یا سازمان حسابرسی حسب مورد، مجاز نیستند نسبت به یک صاحب‌کار هم‌زمان هم به ارائه خدمات حسابرسی بپردازند و هم حسابداری داخلی شرکت را انجام دهند. لذا هم از لحاظ منطق قانونی و هم از نظر اصول فنی حاکم بر رکن نظارتی بودن بازرس شرکت‌ها و استقلال آن‌ها در اظهار نظر، یکی بودن حسابرس داخلی شرکت (که کارمند شرکت محسوب می‌شود) و حسابرس و بازرس قانونی شرکت امکان‌پذیر نبوده و عدم رعایت آن تخلف محسوب می‌شود. لازم به ذکر است بر اساس مواد مربوط به فصل پنجم قانون بازار اوراق بهادار، ناشران موظف‌اند صورت‌های مالی را مطابق استانداردهای حسابداری و گزارش‌دهی مالی تهیه و بر اساس استانداردهای حسابرسی نسبت به اظهار نظر در خصوص این صورت‌های مالی اقدام نمایند.

۱. ناشر اوراق بهادار موظف است صورت‌های مالی را طبق مقررات قانونی، استانداردهای حسابداری و گزارش‌دهی مالی و آئین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرایی که توسط سازمان ابلاغ می‌شود، تهیه کند.

### ۳. حسابدار

حسابداران وظایفی فراتر از نوشتن دفاتر و اظهارنظر در خصوص مسائل مالی دارند. آن‌ها اغلب در فرایند تجارت‌های آتی، راه‌های منتج به پیشرفت شرکت، حفظ دارایی‌های شرکت و سرتاسر مدیریت دارایی (سرمایه) آن اظهارنظر می‌نمایند؛ بنابراین نقش حسابداران در شرکت‌های تجاری بسیار حائز اهمیت است.

اولین و مهم‌ترین قدم در هر موقعیتی بالاخص مشکلات مالی، شناسایی وجود یک مشکل است؛ چون اقدام اصلاحی صحیح باید بلافاصله و در اولین فرصت انجام شود تا از هرگونه وخامت اوضاع شرکت جلوگیری نماید. از بین مدیران، کارگران، وکلا، حسابداران، مصرف‌کنندگان، رقبا، فراهم‌کنندگان مواد اولیه، صاحبان (مالکان) و دولت فقط مدیران شرکت‌ها و حسابداران هستند که توانایی تشخیص مشکلات مالی شرکت را دارند. حسابداران بنا به تخصص خود در وهله اول وظیفه تشخیص مشکلات مالی شرکت و در مرحله بعد وظیفه اعلام این موارد را به مدیران دارند.<sup>۱</sup> در صورتی که شرکت در آستانه بدهی‌های گسترده باشد به دلیل ارتباط حسابداران با وضعیت مالی شرکت، اولاً شرکت با پیشنهاد صحیح حسابداران به نحو مطلوب‌تری با مشکل مالی مواجه خواهد شد و ثانیاً طلبکاران به نحو مطلوب‌تری به طلب‌های خود دست پیدا خواهند نمود. با ملاحظه جمیع این اوصاف آیا حسابداران محدود به بررسی حساب‌های شرکت و ارائه گزارش به مدیران شرکت هستند و در صورت تشخیص در آستانه ورشکستگی قرار گرفتن شرکت، حق اقامه دعوی ورشکستگی را ندارند؟ به نظر می‌رسد حسابداران ذی‌نفع در اقامه دعوی ورشکستگی شرکت‌های تجاری بوده و برای رهایی از مسئولیت‌های حقوقی و کیفری متعاقب عدم اعلام ورشکستگی شرکت، مکلف به اقامه دعوی ورشکستگی در مراجع ذی‌صلاح هستند.

### ۴. مدیرعامل

مدیرعامل مطابق ماده ۱۲۵<sup>۲</sup> لایحه اصلاحی قانون تجارت در حدود اختیارات تفویض از سوی هیأت‌مدیره نماینده شرکت محسوب می‌شود و از طرف شرکت حق امضا دارد. در صورتی که مدیرعامل شرکت از دارندگان حق امضای شرکت باشد، بلاشک حق اقامه دعوی ورشکستگی از سمت شرکت را دارد. در صورتی که مدیرعامل فاقد حق امضا از سمت شرکت باشد، فاقد سمت جهت اقامه دعوا تلقی خواهد شد. در هر حال در صورتی که مدیرعامل موضوع توقف شرکت را

1. Grant. W. Newton, 1999

۲. «مدیرعامل شرکت در حدود اختیاراتی که توسط هیأت‌مدیره به او تفویض شده است، نماینده شرکت محسوب و از طرف شرکت حق امضاء دارد».

به دادستان اعلام نماید، دادستان مطابق بند ج ماده ۴۱۵ قانون تجارت مکلف به اقامه دعوی توقف خواهد بود.

## ۵. سرمایه گذاران

سرمایه گذاران بر اساس صورت‌های مالی شرکت تجاری در مورد خرید، نگهداری یا فروش سهام تصمیم‌گیری می‌کنند و عملکرد مدیریت واحد تجاری و توان واحد تجاری را جهت پرداخت سود سهام مورد ارزیابی قرار می‌دهند. در شرکت‌های سهامی عام که وارد بازار بورس نیز شده‌اند، سرمایه‌گذاران به جد پیگیر بازار معاملاتی سهام شرکت هستند؛ لذا منطقی است که حق اقامه دعوی توقف شرکت را داشته باشند.

## ۶. اعطاکنندگان تسهیلات مالی

اعطاکنندگان تسهیلات مالی بر اساس توان واحد تجاری در بازپرداخت به موقع اصل و متفرعات تسهیلات دریافتی، اقدام به اعطای تسهیلات به شرکت‌های تجاری می‌نمایند. تأخیر در بازپرداخت اصل و متفرعات تسهیلات دریافتی اماره بر توقف و ورشکستگی شرکت تجاری است؛ بنابراین ذی‌نفع تلقی نمودن اعطاکنندگان تسهیلات مالی منطقی است.

## ۷. دادستان

مطابق بند ج ماده ۴۱۵ قانون تجارت، دادستان از افرادی است که حق تقاضای اعلام ورشکستگی تاجر را دارد. اگرچه دادستان از افرادی دانسته شده که حق (در مواردی تکلیف) در تقاضای صدور حکم ورشکستگی را داراست، اما در رویه قضایی سال‌های اخیر دادستان‌ها از ورود به پرونده‌های ورشکستگی امتناع نموده و دخالت خود را صرفاً به مواردی اختصاص داده‌اند که ابعاد مخرب ورشکستگی بسیار گسترده باشد. اگرچه حضور دادستان در جلسات رسیدگی به پرونده‌های ورشکستگی الزامی دانسته نشده است اما بدیهی است عدم حضور دادستان از موارد نقص دادرسی خواهد بود به‌ویژه در فصل اول، دوم و سوم از باب دوازدهم قانون تجارت، از ورشکستگی به تقصیر، ورشکستگی به تقلب و در جنحه و جنایاتی که اشخاصی غیر از تاجر ورشکسته در امر ورشکستگی مرتکب می‌شوند سخن به میان آمده است؛ نقش دادستان در احراز این موارد حائز اهمیت فوق‌العاده‌ای خواهد بود.

۱. ورشکستگی تاجر به حکم محکمه بدایت در موارد ذیل اعلام می‌شود:

الف) برحسب اظهار خود تاجر

ب) به موجب تقاضای یک یا چند نفر از طلبکارها

ج) برحسب تقاضای مدعی‌العموم بدایت

## آیین دادرسی دعوای ورشکستگی شرکت‌های تجاری دادگاه صالح

مطابق ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی<sup>۱</sup> دعوای ورشکستگی شرکت تجاری در صلاحیت مرکز اصلی شرکت است.

### منضمات دادخواست ورشکستگی شرکت‌های تجاری

در قانون تجارت به صورت کلی قانون‌گذار در مواد ۴۱۳ و ۴۱۴<sup>۲</sup> به مواردی که در زمان اعلام توقف توسط تاجر بایستی به دادگاه ارائه نماید، اشاره کرده است. همچنین مطابق بند ۶ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی<sup>۳</sup> خواهان بایستی در دادخواست ادله و وسایل مثبت ادعای خود را ذکر نماید. مطابق شیوه معمول در پرونده‌های ورشکستگی خواهان رونوشت اساسنامه شرکت، آگهی آخرین تغییرات شرکت در روزنامه رسمی، لیست اموال و بدهی‌های شرکت را ضمن دادخواست پیوست می‌نماید. یکی از موارد اختلافی در دکتین و رویه قضایی لزوم یا عدم لزوم پیوست مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده شرکت در دادخواست ورشکستگی است. علی‌رغم تفکیک انحلال ارادی و قهری (ورشکستگی) در بندهای ماده ۱۹۹ لایحه اصلاحی در دکتین حقوقی<sup>۴</sup>، برخی معتقدند که مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده شرکت بایستی در پیوست دادخواست ورشکستگی منضم گردد.<sup>۵</sup> از فواید تفکیک بین تقسیم انحلال ارادی و قهری می‌توان به لزوم پیوست نمودن مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده در حالت اول و عدم لزوم پیوست نمودن و حتی

۱. دعوای راجع به ورشکستگی شرکت‌های بازرگانی که مرکز اصلی آن‌ها در ایران است، همچنین دعوای مربوط به اصل شرکت و دعوای بین شرکت و شرکاء و اختلافات حاصله بین شرکاء و دعوای اشخاص دیگر علیه شرکت تا زمانی که شرکت باقی است و نیز در صورت انحلال تا وقتی که تصفیه امور شرکت در جریان است، در مرکز اصلی شرکت اقامه می‌شود.

۲. ماده ۴۱۳: تاجر باید ظرف سه روز از تاریخ وقفه‌ای که در تأدیه قروض یا سایر تعهدات نقدی او حاصل شده است، توقف خود را به دفتر محکمه بدایت محل اقامت خود اظهار نموده، صورت حساب دارایی و کلیه دفاتر تجاری خود را به دفتر محکمه مزبوره تسلیم نماید.

ماده ۴۱۴: صورت حساب مذکور در ماده فوق باید مورخ بوده و به امضاء تاجر رسیده و متضمن مراتب ذیل باشد:

۱. تعداد و تقویم کلیه اموال منقول و غیر منقول تاجر متوقف به طور مشروح  
۲. صورت کلیه قروض و مطالبات.  
۳. صورت نفع و ضرر و صورت مخارج شخصی  
در صورت توقف شرکت‌های تضامنی، مختلط یا نسبی اسامی و محل اقامت کلیه شرکاء ضامن نیز باید ضمیمه شود.

۳. بند ۶ ماده ۵۱: ذکر ادله و وسایلی که خواهان برای اثبات ادعای خود دارد، از اسناد و نوشتجات و اطلاع مطلعین و غیره، ادله مثبت به ترتیب و واضح نوشته می‌شود و اگر دلیل، گواهی گواه باشد، خواهان باید اسامی و مشخصات و محل اقامت آنان را به‌طور صحیح معین کند.

۴. جوهر، ۲۷:۱۳۹۸

۵. همان



تشکیل مجمع عمومی در حالت دوم اشاره نمود. در ادامه به یک رأی که حاصل برداشت نابجا و ناصحیح از مواد لایحه اصلاحی قانون تجارت است اشاره می‌نماییم و مختصراً رأی مزبور را نقد می‌کنیم تا جهات تفکیک و آثار آن مشخص شود.

در بخشی از رأی آمده است: «نظر به این که خواهان شرکت سهامی خاص می‌باشد و حسب ماده ۸۳ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت تصمیم انحلال شرکت بایست به تصویب مجمع عمومی فوق‌العاده صاحبان سهام برسد و حسب بند ۳ ماده ۱۹۹ قانون تجارت، ورشکستگی از زمره موارد انحلال شرکت سهامی است که مدیران شرکت نسبت به درخواست تشکیل مجمع عمومی فوق‌العاده و کسب نظر مجمع یادشده اقدام ننموده‌اند. بنابراین دعوی خواهان به نحو مطروحه قابلیت استماع نداشته، قرار رد دعوی خواهان را صادر و اعلام می‌گردد.» رأی مذکور دارای اشکالاتی است که در ذیل بدان‌ها اشاره می‌شود:

۱. اختلاط بین دو مفهوم انحلال و ورشکستگی با این استدلال که ورشکستگی یکی از طرق انحلال شرکت است مقبول نیست زیرا اگرچه ورشکستگی یکی از طرق انحلال شرکت است، اما این دو به یک مفهوم نیستند؛ مراجع درخواست هر یک از این دو امر متفاوت بوده و آثار این درخواست متفاوت خواهد بود. با تدقیق در بند ۳ و ۴ ماده ۱۹۹ و ماده ۲۰۰ لایحه اصلاحی ق.ت تفاوت این دو مقوله محرز خواهد بود.
۲. دادگاه با توجه به ماده ۸۳ لایحه اصلاحی ق.ت مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده را در تقاضای ورشکستگی شرکت تجاری لازم دانسته است با این فرض که چون انحلال پیش از موعد در صلاحیت مجمع عمومی فوق‌العاده است، بنابراین ورشکستگی نیز انحلال پیش از موعد بوده لذا مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده را احتیاج دارد حال آن که ورشکستگی از موارد انحلال قهری شرکت است و منوط نمودن بررسی تقاضای صدور حکم ورشکستگی شرکت تجاری به مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده برخلاف نص ماده ۸۳ لایحه خواهد بود. از طرفی بند ۴ ماده ۱۹۹ لایحه مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده را در صورتی که به هر علتی رأی به انحلال شرکت توسط مجمع مذکور داده شود الزامی دانسته است. جمع بین این دو مقرر نشان می‌دهد که فقط در انحلال ارادی، مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده لازم است نه در انحلال قهری (ورشکستگی).
۳. اشکال دیگر این رأی به اعتباری است که در صورت عدم تفکیک بین انحلال و ورشکستگی شرکت تجاری به مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده قائل خواهیم شد: اگر در صورت ورشکستگی شرکت تجاری مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده را ضروری بدانیم، در آن صورت اعتباری بیشتر از حکم دادگاه برای آن قائل نشده‌ایم؟ اگر دادگاه ورشکستگی را احراز نماید و به آن حکم دهد اما مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده رأی به انحلال ندهد، تکلیف چه خواهد بود؟ اصل عدم نیز عدم ضرورت مصوبه مجمع عمومی فوق‌العاده را تقویت خواهد نمود.<sup>۱</sup>

۱. رادان جلی، ۱۳۹۸: ۲۵.

با توجه به استدلال‌ات مطروحه، انحلال به طریق ورشکستگی بر سایر طرق انحلال غلبه و برتری دارد. همان‌طوری که شعبه ۳۵ دادگاه حقوقی یک تهران در سال ۱۳۶۶ استدلال نموده «در ماهیت قضیه گرچه در ماده ۱۹۹ ق. ت ورشکستگی نیز در ردیف انجام موضوع یا انقضای مدت شرکت یا تصمیم مجمع عمومی فوق‌العاده صاحبان سهام یا حکم قطعی دادگاه از جمله طرق انحلال به حساب آمده، لکن با توجه به ماده ۲۰۰ قانون یادشده که مقرر می‌دارد انحلال شرکت در صورت ورشکستگی تابع مقررات مربوط به ورشکستگی است و ماده ۲۰۳ قانون مزبور دایر به این‌که تصفیه امور شرکت سهامی با رعایت مقررات این قانون انجام می‌گیرد، مگر در مورد ورشکستگی که تابع مقررات مربوط به ورشکستگی است و ماده ۴۱۵ قانون موصوف مبنی بر این‌که ورشکستگی تاجر به حکم محکمه بدایت در موارد ذیل اعلام می‌شود ... و ماده ۴۲۳ قانون مزبور به این‌که محکمه در حکم ورشکستگی امر به مهر و موم را نیز می‌دهد و با مستفاد از سایر مقررات قانون تجارت و قانون تصفیه امور ورشکستگی در این باب بدیهی و روشن است که انحلال به علت ورشکستگی مقدم و حاکم بر سایر طرق پیش‌بینی شده در ماده ۱۹۹ ق. ت است. چه ورشکستگی واجد ابعاد و جنبه‌های عمومی و اجتماعی و مقررات راجع به آن نوعاً و لزوماً از مقررات آمره و مربوط به نظم عمومی است، به همین لحاظ در بند ۳ ماده ۴۱۵ به دادستان به‌عنوان نماینده جامعه و به منظور صیانت و حفظ حقوق مردم حق درخواست توقف تفویض ... و بر این اساس با حصول حالت توقف تمسک به سایر طرق انحلال مقرر در ماده ۱۹۹ خلاف قانون و متضمن نقض مقررات راجع به نظم عمومی است...»<sup>۱</sup>

مطابق ماده ۱۴۱ لایحه اصلاحی<sup>۲</sup> در صورت کاهش حداقل نصف سرمایه شرکت، هیأت مدیران مکلف به دعوت از مجمع عمومی فوق‌العاده است. از این ماده برداشت می‌شود که اولاً هیأت مدیران بر میزان سرمایه شرکت نظارت دارند؛ ثانیاً در صورت عدم تشکیل مجمع عمومی فوق‌العاده، هر ذی‌نفع می‌تواند از دادگاه صلاحیت‌دار انحلال شرکت را تقاضا نماید؛ پرسش این است که آیا اصطلاح ذی‌نفع شامل اشخاص خارج از شرکت همچون طرفین معامله با شرکت یا طلبکاران شرکت هم می‌شود یا تنها سهام‌داران ذی‌نفع در اقامه دعوی انحلال شرکت هستند؟ دو نوع پاسخ می‌توان به این پرسش داد:

۱. صقری، حقوق بازرگانی ورشکستگی، ص ۴۱۹

۲. اگر بر اثر زیان‌های وارده حداقل نصف سرمایه شرکت از میان برود هیأت مدیره مکلف است بلافاصله مجمع عمومی فوق‌العاده صاحبان سهام را دعوت نماید تا موضوع انحلال یا بقاء شرکت مورد شور و رأی واقع شود. هرگاه مجمع مزبور رأی به انحلال شرکت ندهد باید در همان جلسه و با رعایت مقررات ماده ۶ این قانون سرمایه شرکت را به مبلغ سرمایه موجود کاهش دهد. در صورتی که هیأت مدیره برخلاف این ماده به دعوت مجمع عمومی فوق‌العاده مبادرت ننماید و یا مجمعی که دعوت می‌شود نتواند مطابق مقررات قانونی منعقد گردد هر ذی‌نفع می‌تواند انحلال شرکت را از دادگاه صلاحیت‌دار درخواست کند.

۱. قدر متیقن از این ماده شمول سهامداران ذیل اصطلاح ذی‌نفع است و اشخاص خارج از شرکت داخل در لفظ ذی‌نفع نیست و اطلاق‌گیری نیز صحیح نیست چون یکی از شرایط اطلاق‌گیری، عدم انصراف است در حالی که در این مورد متبادر از واژه ذی‌نفع، سهامداران شرکت هستند و ذی‌نفع منصرف به سهامداران شرکت است.
۲. توجه به صدر ماده که ابتدا بایستی مدیران، مجمع عمومی فوق‌العاده را که از اجتماع صاحبان سهام شرکت تشکیل می‌شود (ماده ۷۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت) دعوت نماید و در صورت عدم تشکیل مجمع ذی‌نفع می‌تواند انحلال شرکت را تقاضا نماید؛ این امر می‌رساند که اشخاص خارج از شرکت اعم از طرفین معامله با شرکت و طلبکاران شرکت هم جزو ذی‌نفعان در این تقاضا هستند در غیر این صورت دلیلی ندارد قانون‌گذار به جای لفظ سهامدار از لفظ ذی‌نفع استفاده نماید؛ به عبارتی قانون‌گذار در استفاده از لفظ ذی‌نفع دقت عمل به خرج داده است تا حقوق اشخاص ثالث نیز حفظ شود.

### دلایل افزایش دعاوی اعلام ورشکستگی شرکت‌های تجاری

در ایران قبل از بحران‌های مالی و اقتصادی، تجار و شرکت‌های تجاری، ورشکستگی را نشانه ضعف و نداشتن مدیریت منابع مالی خود می‌دانستند، لذا با تمام توان و همت خود به رونق کسب و کار می‌انداشیدند و اعلام ورشکستگی را برابر با از بین رفتن آبروی تجاری و شرف و حیثیت خود می‌دانستند،<sup>۱</sup> در نتیجه در بحران‌های مالی و اقتصادی امروزی، دیگر اعلام ورشکستگی نشانه ضعف و نداشتن مدیریت منابع مالی و برابر با از بین رفتن آبروی تجاری و شرف و حیثیت تجاری نیست؛ برعکس گاهی نشانه درایت و زرنگی تجار و شرکت‌های تجاری در فرار از بدهی‌های خود و جلوگیری از حبس نیز هست! البته این واقعیت را نباید نادیده گرفت که بعضاً تقاضای صدور حکم ورشکستگی از سوی خود تاجر، با سوءنیت بوده و هدف از اقامه آن، برخورداری از مزایایی همچون فرار از پرداخت خسارت تأخیر تأدیه یا جلوگیری از حبس است اما بایستی جهت حل این معضل، تفاسیر منطقی و مطلوبی از مواد قانون ارائه نمود.<sup>۲</sup> به‌طور کلی دلایل ترغیب شرکت‌های تجاری به اعلام ورشکستگی را می‌توان به‌طور خلاصه در سه عنوان بیان نمود:

۱. بحران‌های مالی و اقتصادی
۲. ناکارآمد بودن قوانین مرتبط با حوزه ورشکستگی
۳. کاسته شدن از قبج اعلام ورشکستگی

۱. در ادبیات غنی زبان فارسی نمونه‌های متعددی در این خصوص وجود دارد. به‌طور مثال در گلستان سعدی باب چهارم حکایت شماره دو چنین آمده است: بازرگانی را هزار دینار خسارت افتاد. پسر را گفت: نباید که این سخن با کسی در میان نهی. گفت: ای پدر! فرمان تو راست، نگویم، ولکن خواهم مرا بر فایده این مطلع گردانی که مصلحت در نهان داشتن چیست؟ گفت: تا مصیبت دو نشود: یکی نقصان مایه و دیگر شماتت همسایه.

۲. کاویانی، ۱۳۹۹

## نتیجه

امروزه فعالیت شرکت‌های تجاری به نحو قابل توجهی افزایش یافته است و بالتبع، ورشکستگی شرکت‌های تجاری ابعاد گسترده اقتصادی، اجتماعی و سیاسی در جامعه به همراه دارد. از جمله مباحث مهم در حوزه آیین دادرسی دعوی ورشکستگی، طرفین (خواهان و خوانده) این دعواست. در دکتترین حقوق تجارت در خصوص تاجر حقیقی به این بحث پرداخته شده است اما در خصوص وجه غالب تجار (شرکت‌های تجاری) با خلاء مواجهیم. در این تحقیق اثبات کردیم که علاوه بر مدیران شرکت، سرمایه‌گذاران، اعطاکندگان تسهیلات مالی، تأمین‌کنندگان کالا و خدمات و سایر بستانکاران، کارکنان واحد تجاری، حسابداران، حسابرسان، مدیرعامل، مدیر سایه، سهامداران صوری، وکلای شرکت، کارشناسان حقوقی شرکت، دولت و مؤسسات دولتی و جامعه به‌طور اعم ذی‌نفع در اقامه دعوی ورشکستگی‌اند و شرکت نیز خوانده دعوی ورشکستگی است. لذا شایسته است در اصلاح قانون تجارت این موارد مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد.

## منابع

۱. پاکزاد، علیرضا، حسابداری برای افراد غیر حسابدار، تهران، انتشارات کیومرث، ۱۳۸۹
۲. جوهر، سعید، آیین دادرسی ورشکستگی، انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۹۸
۳. صقری، محمد، حقوق بازرگانی ورشکستگی، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶
۴. قائم‌مقام فراهانی، محمد حسین، ورشکستگی و تصفیه، نشر میزان، ۱۳۹۵
۵. کاویانی، کوروش، نقد آراء ورشکستگی دادگاه عمومی و تجدیدنظر استان تهران از شهریور ۹۱ تا اسفند ۹۲، پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۹
۶. رضوانی آکردی، حبیب، هدف حقوق ورشکستگی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی ش ۲، تابستان ۱۳۹۹
۷. طجریلو، رضا، بررسی مبانی نظری حقوق ورشکستگی در سیستم حقوقی آمریکا و انگلستان، فصلنامه حقوق دوره ۴۰، ش ۲، تابستان ۱۳۸۹
۸. میرسعیدی، سید منصور، جوانمردی، محمود، تحلیل جرم اظهارنظر غیرقانونی بازرس و حسابرس نسبت به اطلاعات مالی ارائه‌شده، پژوهش حقوق کیفری، سال پنجم، شماره شانزدهم
۹. نوری، محمد، تأملی بر رابطه شرکت‌های تجاری و ذی‌نفعان آن‌ها، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۸۲، تابستان ۱۳۹۷
۱۰. رادان جبلی، علی، سخنرانی کارگاه مرجع صالح در تقاضای صدور حکم ورشکستگی در شرکت‌های سهامی، ۲۷ مرداد ۱۳۹۸، کمیسیون کارآموزی کانون وکلای دادگستری اصفهان
۱۱. مدیریت آموزش بورس اوراق بهادار تهران. (بی‌تا) صورت‌های مالی، قابل دسترسی در تارنمای [www.irbourse.com](http://www.irbourse.com)
12. Bankruptcy and Insolvency Accounting – volume one – seventh edition-Grant. W. Newton,1999
13. Corporate Financial Distress and Bankruptcy -Third Edition-EDWARD L. ALTMAN -EDITH HOLTCHKISS,2008

## اثر واخواهی در تعلیق مهلت تجدیدنظر

مسلم تشدید

دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

### چکیده

چنانچه با قرار رد مواجه شود و پس از تجدیدنظرخواهی مورد تأیید قرار گیرد، باید قائل به این بود که همان دادخواست به‌عنوان تجدیدنظر قابل رسیدگی در مرحله تجدیدنظر است یا باید قائل به مختومه شدن آن و تقدیم دادخواست تجدیدنظر بود. در این یادداشت سعی می‌شود از اثر واخواهی در مهلت تجدیدنظر به‌عنوان تعلیق ظرف زمانی دوم دفاع کرد تا وضعیتی منطبق با اصول و منطق حقوقی افاده شود.

حکم آگاه نگردیده می‌تواند دادخواست واخواهی خود را خارج از مهلت‌های یادشده، به دادگاه صادرکننده حکم غیابی تقدیم کند. ممکن است تقدیم دادخواست واخواهی خارج از هر دو مهلت واخواهی و تجدیدنظر و یا در مهلت دوم اعتراض یعنی مهلت تجدیدنظرخواهی باشد. در فرض اول شاید مناقشه نباشد و چنانچه واخواه عذر موجه در تأخیر تقدیم دادخواست نداشته باشد، فرصت تجدیدنظر را از دست داده است. اما بحث بر فرض دوم است. این‌که تقدیم دادخواست واخواهی

واخواهی یکی از طرق عادی شکایت از احکام غیابی است. خواننده که در نتیجه یک دادرسی ماهوی محکوم گردیده است حق دارد برابر قانون ظرف مهلت بیست روز یا برای اشخاص مقیم خارج از کشور دو ماه از تاریخ ابلاغ واقعی آن واخواهی نماید. چنانچه ابلاغ واقعی باشد و خواننده ظرف مهلت‌های تعیین‌شده بدون عذر موجه اعتراض نکند، واخواهی او به موجب قرار رد خواهد شد. اگر ابلاغ واقعی ممکن نباشد ابلاغ قانونی معتبر است اما در این مورد چنانچه خواهان مدعی باشد از مفاد

واژگان کلیدی: واخواهی، تجدیدنظرخواهی، حکم غیابی، مهلت‌های قانونی، تعلیق

### پیش‌درآمد

خواننده دعوی ممکن است به جهات مختلف، توان حاضر شدن در جلسه دادگاه و دفاع از ادعای خواهان را نداشته، در این بین لایحه نداده و وکیل نیز معرفی نکرده باشد، رأی صادره از نوع حکم بوده و علیه ایشان صادر شده باشد. خواننده پس از اطلاع از محکومیت خود این حق را دارد تا به حکم صادره تحت عنوان واخواهی اعتراض کند. برابر قانون آیین دادرسی مدنی<sup>۱</sup> (از این پس به اختصار قانون) وجود عذر موجه این امکان را به خواننده می‌دهد تا بدون رعایت مواعد قانونی تعیین‌شده در همین ماده (بیست روز برای اشخاص مقیم ایران و دو ماه برای کسانی که خارج از

۱. نک: ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹

کشور هستند) مراتب اعتراض خود را اعلام دارد. علاوه بر بندهای مندرج در این ماده به‌عنوان معاذیر قانونی در صورت ابلاغ واقعی، چنانچه ابلاغ قانونی باشد به دلالت تبصره یک ماده مذکور، خواننده غیرآگاه از مفاد رأی می‌تواند از همین جهت درخواست وخواهی کند. در واقع، پذیرش وخواهی در فرض عدم ابلاغ واقعی مشروط به داشتن عذر موجه مشمول بندهای چهارگانه مصرح در ماده ۳۰۶ قانون نیست. دادگاه با پذیرش ادعای عدم آگاهی از مفاد رأی، قرار قبولی دادخواست وخواهی را صادر می‌نماید و در صورت عدم قبول، قرار رد دادخواست انشاء می‌شود. این رأی برابر مقررات قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان می‌باشد.<sup>۱</sup> وخواهی از رأی صادره یک حق محسوب می‌شود و در عرض تجدیدنظرخواهی است و به مانند هر حقی خصوصی دیگر قابل اسقاط است. (لکل ذی حق إسقاط حق) از این جهت، تقدیم دادخواست تجدیدنظر در مهلت وخواهی، برابر مقررات تجدیدنظر یعنی عنوانی که خود انتخاب نموده قابل رسیدگی است.<sup>۲</sup> نظر مخالف با توجه به تبصره قانون جدید قابل دفاع است.<sup>۳</sup> با این وجود، خواننده حق دارد عنوان اعتراضی به رأی را به انتخاب خود برگزیند. تشخیص و توصیف نوع اعتراض در اختیار معترض است، حتی آنجا که دادگاه علی‌رغم اعلام حضوری بودن رأی خود، با دادخواست وخواهی از سوی خواننده محکوم‌علیه مواجه شود زیرا با وحدت ملاک از مقررات تجدیدنظرخواهی،<sup>۴</sup> دادگاه ذیل دادنامه صادره باید حضوری یا غیابی بودن رأی خود را ذکر کند. رویه قضایی نیز بر همین مدار است.<sup>۵</sup> در نهایت، چنانچه دادگاه بر حضوری بودن حکم خود اصرار داشته باشد، قرار عدم استماع دعوای وخواهی را صادر و ابلاغ می‌کند. این قرار برابر قانون<sup>۶</sup> چنانچه حکم راجع به اصل دعوا قابل تجدیدنظر باشد، رسیدگی پژوهشی خواهد شد.<sup>۷</sup> دادخواست وخواهی ممکن است در ظروف زمانی متفاوت تقدیم گردد. حالت اول که مطابق قانون بوده و آن ارائه دادخواست وخواهی در مهلت بیست روزه یا دو ماه است. در این صورت، مهلت تجدیدنظر پس از تعیین تکلیف مرحله وخواهی است اعم از این‌که در نتیجه آن به دادخواست وخواهی رسیدگی یا به دلیلی قرار رد وخواهی صادر شود. قانون نیز بر این امر صراحت دارد. به موجب ماده ۳۳۶: «مهلت درخواست تجدیدنظر اصحاب دعوا، برای اشخاص مقیم ایران بیست روز و برای اشخاص مقیم خارج از کشور دو ماه از تاریخ ابلاغ یا انقضای مدت وخواهی است.» انقضای مهلت در این ماده شامل پایان مدت وخواهی به علت عدم اعمال این

۱. شمس، ج دوم، ۱۳۹۰، ص: ۲۹۸

۲. همان، ص: ۲۹۴

۳. نک: تبصره ۳ ماده ۳۰۶ قانون

۴. نک: تبصره ۳ ماده ۳۳۹ قانون

۵. حکم شماره ۳۱۰/۶۷۰۷ دیوان عالی کشور

۶. نک: بند ۱ ماده ۳۳۲ قانون

۷. همان، ص: ۳۰۶

حق (بیست روز یا دو ماه) یا تداوم آن برای مشخص شدن نتیجه واخواهی است.» برای نمونه، ممکن است دادگاه به دلیل عدم وجود دلیل در دادخواست واخواهی، قرار رد دادخواست صادر کند. واخواه حق دارد به این قرار اعتراض کند زیرا تقدیم لایحه و یا دلایل واخواهی الزامی نبوده و صرف اعتراض کفایت می‌کند. تا تعیین نتیجه استیناف، مهلت تجدیدنظر آغاز نمی‌شود و در صورت نقض قرار، رسیدگی به دادگاه تالی ارجاع و مهلت تجدیدنظر پس از صدور رأی جدید لحاظ شده و در صورت تأیید، از تاریخ ابلاغ رأی قطعی ظرف زمانی دوم آغاز می‌شود. اما پژوهش حاضر درصدد تعیین وضعیتی است که دادخواست واخواهی خارج از مهلت واخواهی بدون پذیرش عذر موجه و اثبات عدم آگاهی از مفاد آن، تقدیم می‌گردد. بنابراین، شایسته است در دو فرض موضوع مورد فحص و تتبع قرار گیرد. فرض اول، اعتراض خارج از هر دو مهلت واخواهی و تجدیدنظر و فرض دوم، اعتراض به‌عنوان واخواهی در مهلت تجدیدنظرخواهی است.

### ۱. واخواهی خارج از مهلت تجدیدنظرخواهی

واخواهی طریق عدولی شکایت از احکام غیابی است. این حق خواننده محکوم‌علیه است که فرصت دفاع در برابر ادعای خواهان را داشته باشد. دادگاه با فراهم کردن موجبات یک دادرسی این حق را غالباً به خواننده می‌دهد تا از مدعی به دفاع کند. اما گاهی اوقات خواننده بدون اطلاع از طرح چنین دعوایی علیه وی محکوم به خواسته خواهان شده است. اطلاع از دادنامه صادره ممکن است به درازا کشد. برای نمونه، آدرس اشتباهی که خواهان در دادخواست ذکر کرده یا خواهان، خواننده را مجهول‌المکان اعلام داشته است و از طریق جراید، وقت دادرسی تعیین شده است. حال با فرض این‌که خواننده پس از سه ماه از مطالعه روزنامه منتشره، حکم محکومیت خود را مشاهده و مبادرت به واخواهی نماید در صورت عدم پذیرش واخواهی، آیا حق تجدیدنظرخواهی منتفی است؟ پاسخی که می‌توان در دفاع از این موضع ارائه داد این است: تجدیدنظرخواهی یک حق اعتراضی در طول واخواهی نیست. با این توضیح که ملاک شروع مهلت تجدیدنظرخواهی، همان انقضاء مدت واخواهی یا تعیین تکلیف نتیجه واخواهی در ظرف زمانی بیست روزه یا دو ماهه قانون‌گذار است. پذیرش دادخواست اعتراضی به استناد عدم اطلاع از مفاد رأی صادره خارج از مهلت تعیین شده، یک استثناء بر اصل عدم تجزیه بین ابلاغ واقعی و قانونی است. قانون‌گذار این تمییز را فقط برای مهلت واخواهی در نظر گرفته است. البته به مانند واخواهی نیز مقررات تجدیدنظر وجود عذر موجه برای تأخیر در تقدیم دادخواست تجدیدنظر را از موارد قبولی دانسته است.<sup>۱</sup> از سویی عدم پذیرش واخواهی، دلالت بر ناموجه بودن ادعای واخواه در عدم اطلاع از مفاد دادنامه و نداشتن عذر موجه است. به واقع بی‌معنا است که دادگاه به همان جهاتی که پذیرش واخواهی را مردود می‌داند، به‌عنوان جهات موجه در تجدیدنظرخواهی آن را قبول کند. در

۱. نک: ماده ۳۴۰ قانون.

حقیقت، دادگاه با عدم پذیرش و اخواهی «تقصیر» خواننده را احراز می‌کند و این مفهوم در مهلت تجدیدنظر مؤثر است و به از دست دادن حق تجدیدنظر می‌انجامد. پس به دو سبب می‌توان قائل به عدم پذیرش تجدیدنظرخواهی به‌عنوان عدم اطلاع از مفاد حکم پس از اتمام مهلت آن بود. اول استثناء بودن پذیرش آن است که قانون فقط در و اخواهی مورد قبول دانسته است. در ثانی رد و اخواهی با همین منشأ حکایت از تقصیر خواننده دارد که این تقصیر در مهلت تجدیدنظر قابل استناد است. در نشست قضایی استان خراسان رضوی، پذیرش دادخواست تجدیدنظر را پس از اتمام مهلت قانونی آن، چنانچه و اخواهی مردود اعلام شود، منتفی دانسته‌اند.<sup>۱</sup> مضاف بر این که اگر بپذیریم محکوم علیه غایب بعد از رد و اخواهی امکان تقدیم دادخواست تجدیدنظر دارد، زمینه‌ای برای سوء استفاده خواهد شد. زیرا اشخاص با عدم و اخواهی در مهلت قانونی، تجدیدنظر را به تأخیر خواهند انداخت. البته مشتبّه نشود که چنانچه حکم دادگاه تجدیدنظر اوصاف غیابی بودن رأی را داشته باشد، قابلیت و اخواهی دارد. پذیرش دادخواست اعتراضی به معنای پذیرش تجدیدنظر در این دادگاه نیست بلکه همان و اخواهی از حکم مرجع تجدیدنظر است و این در صورتی است که خواننده در مرحله بدوی حاکم شده (اعم از حکم یا قرار) اما با تجدیدنظرخواهی خواهان، حکم علیه او به‌صورتی غیابی صادر شده است.<sup>۲</sup>

## ۲. و اخواهی در مهلت تجدیدنظرخواهی

تکیه اصلی تحقیق در این پژوهش راجع به همین گفتار است؛ آنجا که خواننده محکوم علیه پس از اطلاع از محکومیت خود به خواسته خواهان، دادخواست و اخواهی تقدیم می‌کند. بدیهی است این حق قانونی خواننده است که طریق اعتراضی خود را در دادخواستی که به مرجع صادرکننده حکم ابراز می‌دارد، تعیین کند. این حق انتخاب اعم است از این که خواسته او وارد باشد یا خیر. اقتضای غیابی بودن حکم، حق و اخواهی است. اما قانون‌گذار برای آن ظرف زمانی مشخص کرده است. خواننده باید اصولاً در همان زمان تعیین شده دادخواست خود را تقدیم کند. در عین حال، قانون جدید به خواننده این فرصت را داده است که خارج از مهلت تعیین شده بیست روزه یا دو ماهه با داشتن حق و اخواهی، مراتب اعتراض خود را به دادگاه اعلام دارد. در این صورت، خواننده ممکن است در مهلت تجدیدنظرخواهی که شروع آن پس از انقضاء و اخواهی بوده است، دادخواست و اخواهی به شعبه ارسال دارد. شعبه مکلف است پس از رسیدن دادخواست، تحت عنوان ذکرشده در متن، آن را ثبت و وفق مقررات اقدام نماید. از آن رو که پس از بررسی شرایط دادخواست، تکلیف دادگاه به دو حالت متصور است. یک حالت آن است که دادگاه صادرکننده حکم غیابی، عذر موجه یا عدم اطلاع از مفاد دادنامه صادره را از و اخواه بپذیرد. حالت دوم آن است که

۱. نشست شماره ۵۱۶۶-۱۳۹۷ مورخ: ۱۳۸۰/۱۱/۱۶

۲. نک: ماده ۳۶۴ قانون.



واخواهی را مردود بدانند. هر یک از حالات فوق جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد تا وضعیت تجدیدنظرخواهی روشن شود.

## ۲-۱. پذیرش دادخواست وخواهی در فرجه تجدیدنظر

خواننده دعوی به دلیل عدم دفاع از خواسته خواهان که غالباً عدم انجام آن مرهون ابلاغ قانونی است باید امتیاز دو مرحله‌ای بودن دادرسی را از دست ندهد. وخواهی مقتضی رسیدگی مجدد در همان شعبه بدوی است. به این عبارت که وخواهی ادامه مرحله نخستین است و مرحله جدیدی نیست. اثر آن را در انتقالی بودن وخواهی مشاهده می‌کنیم. در واقع «... به وسیله وخواهی، اختلاف از مرحله پیشین (رسیدگی غیابی) به مرحله وخواهی، با تمام مسائل موضوعی و حکمی که داشته باشد، با لحاظ اعتراضات و دلایل وخواه، منتقل می‌شود.»<sup>۱</sup> از این رو، وخواه و خواننده دارای تمام حقوق و تکالیفی هستند که در مرحله نخستین بر عهده داشتند. البته اختلاف ناچیزی در برخی مصادیق این بحث وجود دارد. برای مثال، پذیرش دعوی تقابل در وخواهی مورد تردید است. یکی از استادان آیین دادرسی مدنی معتقد است: «اولاً، وخواهی دنباله مرحله بدوی است و ثانیاً برای اولین بار است که خواننده دعوای اصلی (وخواه)، در مقام پاسخگویی به دعوای مدعی برمی‌آید و لذا باید بتواند، ضمن وخواهی، از کلیه طرق دفاعی استفاده کند.» دیگر استاد آیین دادرسی مدنی به جهت سکوت قانون‌گذار و حدود اشتغال دادگاه در جهت فسخ یا تأیید حکم غیابی مورد اعتراض، نظر به عدم پذیرش دعوی تقابل دارد.<sup>۲</sup> با این وجود، دادگاه پس از بررسی دادخواست و شرایط تأخیر در تقدیم دادخواست وخواهی ممکن است عذر موجه وخواه یا عدم اطلاع او از مفاد رأی غیابی را بپذیرد. در این مقام، اختیارات و تکالیف دادگاه در رسیدگی همان است که در مرحله نخستین است.<sup>۳</sup> با همین عنوان، چنانچه دادگاه اعتراض وخواهی را وارد تشخیص ندهد، با رد وخواهی، حکم را عیناً تأیید می‌نماید. اما اگر دادگاه دلایل اعتراضی وخواه را وارد دانست باید با لحاظ ضرورت دفاع وخواننده یا جلب ثالث، جلسه دادرسی تعیین شود. نظریه اکثریت قضات دادگاه حقوقی دو تهران بیان می‌دارد: «تعیین وقت برای رسیدگی ضرورت قانونی ندارد بلکه دادگاه مخیر است حسب مورد عمل کند. چنانچه وخواه به دلایلی استناد نموده که احتیاج به رسیدگی داشته باشد، تعیین وقت می‌کند لیکن اگر لزومی به رسیدگی وخواهی نباشد مثلاً در مواردی که رأی مورد اعتراض باید تأیید شود، تعیین وقت رسیدگی موجب اطلاع دادگستری است و دادگاه می‌تواند در وقت فوق‌العاده اتخاذ تصمیم نماید.»<sup>۴</sup> پس نتیجه از دو حالت

۱. همان، ص: ۳۰۳

۲. شمس، ج اول، ۱۳۸۶، ص: ۴۶۷

۳. شمس، پیشین، ص: ۳۰۸

۴. نویخت، ۱۳۷۲، ص: ۸۹

خارج نیست. دادگاه نخستین یا حکم انشایی را تأیید می‌نماید و یا از آن عدول کرده و رأی جدید دیگر صادر می‌نماید. اگر دادگاه اعتراض وخواه را وارد دانست، حسب مورد ممکن است قرار یا حکم علیه وخوانده (خواهان) صادر نماید. به جهت تغییر در مفاد حکم پیشین، این حق برای وخوانده هست که برابر قانون جدید به آن اعتراض کند.<sup>۱</sup> شروع مهلت بیست روزه یا دو ماهه تجدیدنظرخواهی از تاریخ ابلاغ رأی است. چنانچه تصمیم بر رد وخواهی باشد دادگاه باید حکم مجدد صادر کند و مفاد حکم پیشین را عیناً در دادنامه جدید انشاء نماید و اعلام دارد که ضمن رد وخواهی، حکم سابق ماهیتاً تأیید می‌گردد. حکم دیوان عالی کشور<sup>۲</sup> مشعر بر این است: «اگر دادگاه اعتراض معترض بر حکم غیابی را وارد ندید، نباید به اصدار قرار عدم ورود ایراد اکتفا کند بلکه باید مجدداً حکمی مبنی بر تأیید حکم سابق بدهد.»<sup>۳</sup> حکم صادره در حدود قانون می‌تواند قابل تجدیدنظر یا فرجام باشد. احتساب مهلت تجدیدنظر از تاریخ ابلاغ دادنامه است. البته این شبیه را باید از ذهن زدود که جهت مهلت جدید تجدیدنظر یا فرجام، مستقل بودن رأی جدید از حکم سابق است زیرا همان‌طور که گفته شد، وخواهی ادامه مرحله نخستین است و موقعیت وخواه همان خواننده دعوا و موقعیت وخوانده همان خواهان است.<sup>۴</sup> بلکه باید علت آن را در اثر انتقالی آن دانست. وخواهی به مانند تجدیدنظرخواهی اثر انتقالی دارد. اختلاف با تمامی مسائل موضوعی و حکمی که داشته مجدداً مورد قضاوت قرار می‌گیرد.<sup>۵</sup> در آرای که واجد وصف دو مرحله‌ای بودن هستند، این حق وجود دارد که محکوم‌علیه بتواند از امتیاز مزبور استفاده کند. وخواهی اعتراض به نقص یک دادرسی است؛ دادرسی که غیابی منجر به محکومیت شده است، بدون این‌که خواننده حضور داشته یا توانسته باشد امکانات دفاعی از جمله ارسال لایحه یا انتخاب وکیل را فراهم کند. آنچه باعث می‌شود مهلت تجدیدنظر یا فرجام مجدداً از سر گرفته شود، کمال یافتن رأی مرحله نخستین است. رأی نخستین پس از دادرسی وخواهی اعتبار یافته و آثار آن از جمله قاعده فراغ دادرسی، قابلیت اعتراض به رأی نخستین و غیره، به پیامد حاصل می‌شود. بر همین اساس است که در حقوق فرانسه، وخواهی مرحله جدیدی را به وجود نمی‌آورد بلکه همان مرحله نخستین است که دوباره آغاز می‌شود. از همین‌رو، به جای استعمال «مرحله پیشین» از اصطلاح «مقطع پیشین» استفاده می‌کنند.<sup>۶</sup> رویه قضایی نیز پس از قبول دادخواست وخواهی، چه حکم صادره را تأیید و یا رأی شایسته دیگر صادر کند، ذیل دادنامه خود قابلیت تجدیدنظر را ذکر می‌کند. شروع آن از تاریخ ابلاغ و مهلت آن بیست روز یا دو ماه است.

۱. نک: مواد ۳۳۱ و ۳۳۲ قانون

۲. حکم شماره ۳۰۸/۳۲۸۷

۳. کمانگر کریم‌زاد، ۱۳۴۳، ص: ۵۹

۴. شمس، ج دوم، ص: ۳۰۶

۵. همان، ص: ۳۴۸

۶. همان، ص: ۲۸۸

## ۲-۲. رد دادخواست و اخواهی در فرجه تجدیدنظر

محکوم علیه غایب ممکن است عنوان اعتراض خود را در دادخواست تقدیمی به شعبه، و اخواهی انتخاب کند. در هر حال او حق دارد مستقیماً از مرحله نخستین عبور نکند و امتیاز دو مرحله‌ای بودن دادرسی را از دست ندهد. در این صورت، و اخواه باید ضمن دادخواست تقدیمی خود، جهات عذر موجه و یا عدم اطلاع از مفاد حکم صادره را به دادگاه اعلام دارد. دادگاه بدواً خارج از نوبت برابر پاراگراف دوم تبصره یک قانون جدید به ادعای موجه بودن تأخیر در ارائه دادخواست و اخواهی رسیدگی می‌کند.<sup>۱</sup> در صورت پذیرش، قرار قبولی آن را صادر می‌کند که پیشتر مورد مطالعه قرار گرفت. اما بحث این گفتار راجع به موردی است که دادگاه، دادخواست و اخواهی که خارج از مهلت قانونی تقدیم شده است، به دلیل عدم وجود عذر موجه یا عدم اطلاع از مفاد حکم، مردود می‌داند. در این صورت دادگاه مبادرت به صدور قرار رد دادخواست و اخواهی خواهد نمود. این قرار ظرف بیست روز یا دو ماه برای اشخاص مقیم خارج از کشور قابل اعتراض در محاکم تجدیدنظر است.<sup>۲</sup> چنانچه مرجع تجدیدنظر پس از رسیدگی، قرار صادره را نقض کند، پرونده را جهت رسیدگی و اخواهی به دادگاه تالی ارسال می‌دارد. اما اگر اعتراض را وارد نداند، مفاد قرار را عیناً تأیید و پرونده را به مرجع نخستین اعاده می‌کند. حال سؤال این است که وضعیت مهلت تجدیدنظر پس از تأیید قرار رد دادخواست و اخواهی چیست؟ آیا پس از ابلاغ این قرار، مهلت تجدیدنظر مجدداً شروع می‌شود؟ آیا مدت زمانی که از مهلت تجدیدنظر گذشته احتساب و از تاریخ تقدیم دادخواست و اخواهی مابقی زمان معلق می‌شود یا اساساً نیازی به بحث از مهلت تجدیدنظر نیست بلکه دادخواست و اخواهی در مهلت تجدیدنظر، به‌عنوان تجدیدنظر محسوب شده و برابر مقررات به آن رسیدگی می‌شود؟ هر یک از سه فرض فوق به تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرند. اما قبل از ورود در این مباحث، سخنی به اختصار از خصیصه مردود دانستن و اخواهی که حکایت از تقصیر خواننده محکوم علیه دارد، گفته خواهد شد.

### ۲-۲-۱. تقصیر خواننده محکوم علیه

چنانچه حکم غیابی ابلاغ واقعی شده باشد، تنها عامل توجیه‌کننده تأخیر در و اخواهی وجود عذر موجه در قانون است.<sup>۳</sup> هرچند این موارد تمثیلی است نه حصری، اما در هر حال باید وجود عنصری که تأخیر اقدام را موجه سازد ارائه شود. اگر ابلاغ قانونی باشد علاوه بر معاذیر موجه، اثبات عدم اطلاع یافتن از مفاد دادنامه برای اقدام خارج از مهلت‌های پیش‌بینی شده از نگاه تقنینی در حکم عذر موجه است. حال دادگاه صادرکننده حکم غیابی ممکن است و اخواهی را پس از

۱. نک: ماده ۳۰۶ قانون

۲. نک: بند «الف» ماده ۳۳۲ قانون

۳. نک: بندهای ماده ۳۰۶ قانون

بررسی کافی وارد نداند. وارد نبودن به معنی نبودن عذر موجه و آگاهی خواننده از مفاد رأی صادره است. در حقیقت، رد دادخواست و اخواهی تلویحاً به این مفهوم است که اخواه مرتکب تقصیر شده است. این تقصیر، مفهومی جز اقدام علیه خود ندارد. لذا فرصت‌های سوخته قابل بازیابی نیست. قانون‌گذار نبایستی اجازه دهد اشخاص با اهمال‌کاری نظم قضایی را برهم زنند. لذا باید هر آنچه از زمان گذشته است به‌عنوان مهلت تلف‌شده علیه متخلف قاصر محاسبه گردد زیرا مهلت‌های تعیین‌شده از سوی مقنن حکم محسوب می‌شوند نه یک حق که هر وقت ذی‌حق اراده کرد آن را اعمال کند. نکته حائز اهمیت این است که کشف تقصیر خواننده با قرار رد دادخواست و اخواهی، با حق درخواست و اخواهی خلط نگردهد. نباید پنداشت چون با رد و اخواهی محرز می‌شود، خواننده حسن نیت نداشته است پس با تقدیم چنین دادخواستی، مهلت تجدیدنظر را از دست می‌دهد زیرا در هر حال او حق دارد دلایل خود را به دادگاه نخستین ارائه بدهد و شانس خود را در رسیدگی دو مرحله‌ای آزمایش کند و البته این قید در این شرط وجود دارد که اخواهی در خارج از مهلت تجدیدنظر موضوع بحث پیشین از بند یک یعنی خارج از مهلت تجدیدنظرخواهی نباشد، در غیر این صورت نظریه «تقصیر» در پی اعتراض اعمال حق و اخواهی است و نمی‌تواند دربرگیرنده مهلت تجدیدنظر باشد. در واقع دو مرتبه برای تمییز حق و اخواهی وجود دارد. مرحله اول با محکوم‌علیه غایب است و مرحله دوم با دادگاه. شاید به باور خواننده عذر او موجه اما دادگاه چنین اعتقادی نداشته باشد. از سویی نمی‌توان تجویز کرد خواننده برای رعایت احتیاط هر دو دادخواست و اخواهی و تجدیدنظر را در ظرف زمانی دوم (مهلت تجدیدنظر) تقدیم کند تا با رد دادخواست و اخواهی، تجدیدنظر در مهلت باشد زیرا دادگاه دریافت‌کننده هر دو دادخواست با مشکلاتی مواجه خواهد شد. از یک‌طرف باید دادخواست تجدیدنظر را بعد از تبادل لوایح به مرجع عالی ارسال دارد و از طرف دیگر ممکن است نظر بر قبول و اخواهی داشته باشد. بنابراین نباید بین حق و اخواهی خارج از مهلت و رعایت مواعد تعارض ایجاد کرد. ضمن حق اعتراض به‌عنوان و اخواهی، احراز تقصیر و اخواه سبب محاسبه فرصت تلف‌شده از مرحله دوم (تجدیدنظر) خواهد بود زیرا هیچ‌کس نباید از تقصیر خود منتفع شود. مضاف بر این که همان‌طور که بحث آن گذشت، قرار رد دادخواست و اخواهی و رسیدگی این مرحله، ادامه همان دادرسی بدوی است، از این رو نباید این دو مرحله را مستقل از یکدیگر دانست. تالی فاسد آن ممکن است مهلت تجدیدنظر را در معرض خطر قرار دهد زیرا آغاز مهلت تجدیدنظر پس از انقضای مهلت و اخواهی است. با صدور قرار رد دادخواست و اخواهی و عنداللزوم قطعیت آن، مفهومی که به ذهن تداعی می‌شود چیزی جز کشف حقیقت منقضی شدن مهلت و اخواهی در حق خواننده محکوم‌علیه و شروع مهلت تجدیدنظر در گذشته نبوده است. این استنباط به دلالت التزامی قابل درک است. لذا چون ممکن است فرآیند صدور قرار و تأیید آن به درازا بکشد، مهلت تجدیدنظر نیز خاتمه یافته است. اما اگر فرآیند رسیدگی و اخواهی را همان

فرآیند دادرسی بدوی بدانیم، حتی پس از صدور قرار رد و اخواهی و عندالافتضاء اعتراض به قرار و تأیید آن، مهلت تجدیدنظر خاتمه یافته لحاظ نمی‌شود. حال برمی‌گردیم به بحث اصلی که همان اثر دادخواست و اخواهی در مهلت تجدیدنظر است. سه راهکار در قسمت پیشین مطرح شد که هر یک مورد ارزیابی قرار می‌گیرد تا نظر منتخب ارائه شود.

### ۲-۲-۲. تلقی دادخواست و اخواهی به عنوان تجدیدنظر

یکی از استادان آیین دادرسی مدنی در خصوص حق تجدیدنظرخواهی خواننده پس از قرار رد دادخواست و اخواهی یا تأیید آن پس از اعتراض می‌گویند [که]: «تبصره ۳ ماده ۳۰۶ قانون جدید در پاسخ مقرر می‌دارد که دادخواست مزبور قابل رسیدگی در مرحله تجدیدنظر برابر مقررات مربوط به آن مرحله است. به بیان دیگر، در صورتی که دادخواست مزبور در مهلت تجدیدنظر تقدیم شده باشد، باید تجدیدنظرخواهی شمرده شده و پس از رفع نقص و تبادل برای رسیدگی به دادگاه تجدیدنظر فرستاده شود.» ایشان ادامه می‌دهند: «... چنانچه دادخواست و اخواهی از جمله، به ادعای عذر موجه و یا حتی عدم آگاهی از مفاد حکم غیابی (در صورت ابلاغ قانونی)، خارج از مهلت و اخواهی تقدیم شده باشد، اما دادگاه ادعا را نپذیرد و قرار رد دادخواست و اخواهی صادر و حتی قطعی شود، چنانچه دادخواست مزبور در مهلت تجدیدنظرخواهی تقدیم شده باشد، با قطعیت قرار رد دادخواست و اخواهی، دادخواست مزبور باید تجدیدنظرخواهی شمرده شده و برابر مقررات این مرحله با آن رفتار شود.»<sup>۱</sup> این دیدگاه ایراداتی دارد اما قبل از بررسی آنها، ضرورت دارد تبصره مذکور مورد توجه قرار گیرد. به موجب این تبصره: «تقدیم دادخواست خارج از مهلت یادشده بدون عذر موجه قابل رسیدگی در مرحله تجدیدنظر برابر مقررات مربوط به آن مرحله می‌باشد.» استناد به این تبصره با تحلیل ارائه‌شده از سوی این استاد برجسته ناصواب است. اگر بپذیریم که دادخواست تقدیم شده تحت عنوان و اخواهی، بدون عذر موجه است، دادگاه باید با توجه به متن تبصره آن را تجدیدنظر تلقی کند و بدون صدور قرار رد و اخواهی، با تبادل لوایح آن را به مرجع تجدیدنظر ارسال نماید. از متن تبصره بیش از این قابل استنباط نیست. در حقیقت، تقدیم دادخواست در مهلت تجدیدنظر، تجدیدنظرخواهی است ولو خواننده وصف و اخواهی را برای آن انتخاب کرده باشد. دلالت ماده بر تلقی تجدیدنظر از دادخواست و اخواهی است بنابراین دیگر نمی‌توان مبادرت به صدور قرار نمود و این قرار نیز برابر مقررات قابل تجدیدنظر باشد. زیرا از یک دادخواست نمی‌توان دو عنوان برداشت نمود. وقتی دادگاه قرار رد دادخواست را صادر نمود یعنی محدوده اشتغال همان و اخواهی بوده است نه تجدیدنظر. پس چگونه می‌توان از یک دادخواست دو تکلیف برای دادگاه شناخت. به نظر نگارنده این تبصره این اختیار را به دادگاه نمی‌دهد که حق و اخواهی را از محکوم‌علیه غایب سلب کند. او حق دارد و اخواهی را برای

۱. همان، ص: ۲۹۴

دادخواست خود انتخاب کند اعم از این که دادگاه آن را وارد بداند یا نه. این باوری اشتباه است که تصور شود دادگاه باید تصمیم خود از دادخواست را به عنوان تجدیدنظر در قالب قرار رد و اخواهی صادر کند. اما استناد به تبصره و البته موضع تقنینی محل اشکالاتی است. اول آن که حدود اشتغال دادگاه را خواسته خواهان مشخص می‌کند. دادگاه باید در همان محدوده رسیدگی کند. چه از تبصره استنباط کنیم که دادگاه می‌تواند بدون صدور قرار، دادخواست را تجدیدنظر تلقی کند و چه قرار رد و اخواهی صادر و پس از قطعیت، آن را به عنوان تجدیدنظر ارسال دارد هر دو متضمن اصل مذکور است زیرا مستنبط از این استدلال، تجدیدنظرخواهی نه مقصود خوانده غایب بوده است و نه دادگاه بایستی امر نخواست را ایجاد کند. بیراهه نیست اگر تقدیم دادخواست و اخواهی را یک عمل حقوقی انشایی از جنس ایقاع بدانیم. ایقاع در زمره اعمال ارادی است و اراده موقع رکن اصلی و منبع سازندگی و نفوذ در عالم حقوق است.<sup>۱</sup> قانون‌گذار برای حفظ حق تجدیدنظرخواهی گویا قصد داشته است این مرحله را بر خوانده تحمیل کند. اما ممکن است خوانده از مرحله تجدیدنظر صرف‌نظر کند. در این صورت چیزی جز اضافه نمودن بر بار مسئولیت محاکم نیست. دادگاه بایستی اخطار رفع نقص صادر کند و برای نمونه چنانچه خواهان قصد تجدیدنظر نداشته باشد، هزینه دادرسی این مرحله و تبادل لوایح انجام ندهد و در نهایت دفتر قرار رد دادخواست تجدیدنظر صادر کند. چرا و بنا بر چه مصلحتی باید تکلیف محکوم‌علیه بر عهده مقامات قضایی یا اداری دادگاه قرار گیرد؟ مضاف بر این که دادخواست ارائه شده، اخواهی محسوب می‌شود و پس از صدور قرار رد دادخواست و قطعیت آن اعتبار مختومه می‌یابد. ورود در آن به عنوان جدید جایز نیست زیرا به ماهیت هر دعوا (دادخواست) فقط یک مرتبه می‌توان رسیدگی کرد. ایجاد عنوان جدید (تجدیدنظر) نمی‌تواند باب جدیدی برای رسیدگی به دادخواست رسیدگی شده باشد. علاوه بر این، مکلف کردن دادگاه به تلقی تجدیدنظر از دادخواست و اخواهی که منتهی به رد شده است، مغایر مفاهیم حقوقی و اصولی است زیرا علاوه بر سوءاستفاده از حق و اخواهی، خوانده غایب را در وضعیت مطلوب‌تری قرار می‌دهد. توضیح این که محکوم‌علیه غایب در مهلت تجدیدنظر دادخواست و اخواهی تقدیم می‌کند. صدور قرار رد دادخواست و اخواهی و اعتراض به آن زمانی نسبتاً طولانی به نفع او به همراه داشته و خاطر جمع می‌کند که بعد از منتهی شدن به قطعیت قرار، قانون‌گذار خود به دست خویش، حق تجدیدنظرخواهی را برای او با همان دادخواست و اخواهی پیش‌بینی کرده است و لذا از حق ایجاد شده به ناحق استفاده می‌کند. همچنین، با این تدبیر مقنن و تفسیر از تبصره مزبور عملاً خواننده قاصر در وضعیت بهتر قرار می‌گیرد. در حقیقت، قانون از تقصیر و تقلب حمایت کرده است. برای مثال اگر خوانده غایب در روز هفدهم از موعد تجدیدنظر دادخواست و اخواهی تقدیم کرده باشد و قرار رد و اخواهی قطعیت یابد، معلوم نیست برای هر کدام از مقررات تجدیدنظر چه زمانی در

۱. کاتوزیان، ۱۳۹۷، ص: ۱۵۲

نظر گرفته می‌شود. بالفرض برای پرداخت هزینه دادرسی موعده روزه اخطار رفع نقص در نظر می‌گیریم و برای تبادل لوایح همان مهلت بیست روزه یا به مانند تجدیدنظرخوانده ده روز؟ و در هر مورد وضعیت او نسبت به گذشته بهتر شد زیرا برابر مهلت باقی مانده از تجدیدنظر او سه روز دیگر مهلت تجدیدنظر داشت و هم‌اکنون با وجود تقصیر، فرصت بیشتری دارد. شاید همین انتقادات بر قانون‌گذار لازم کند تا با اصلاح تبصره مذکور این دو مرحله را از هم جدا و تکلیف ارائه دادخواست تجدیدنظر را با منطق اصولی و حقوقی سازگار کند. در ادامه به ارائه راهکار مطلوب می‌پردازیم.

### ۲-۲-۳. تکلیف به ارائه دادخواست مستقل تجدیدنظر

آنچه می‌تواند به‌عنوان راهکار اصولی و منطقی پیشنهاد شود، تکلیف محکوم‌علیه غایب به ارائه دادخواست تجدیدنظر پس از قطعیت و ابلاغ قرار رد دادخواست وخواهی است. چنانچه ایشان تمایل به تجدیدنظرخواهی داشته باشند این حق را دارند تا برابر مقررات به حکم صادره در مرجع عالی‌تر اعتراض کنند. در حقیقت جمع بین حق وخواهی و تجدیدنظرخواهی می‌شود. همان‌طور که پیشتر اشاره‌ای شد، خوانده غایب نمی‌تواند به تصور این‌که وخواهی او ممکن است رد شود، هم‌زمان در مهلت تجدیدنظر دادخواست آن را نیز تقدیم کند چرا که تقدیم هم‌زمان دو دادخواست در نظام قضایی تعارض و بی‌نظمی ایجاد خواهد کرد. دادگاه بدوی حق ندارد انتخاب کند یا تصمیم بگیرد که ابتدا به وخواهی رسیدگی کند و در صورت عدم پذیرش آن، دادخواست تجدیدنظر را برای تبادل لوایح به خواهان دعوا ارسال و یا در صورت پذیرش، قرار رد دادخواست تجدیدنظر صادر نماید. دور از انتظار است کسی قائل به چنین نظری باشد. لذا شایسته است اگر وخواه مصمم بر قصد وخواهی است، صرفاً همین دادخواست را تقدیم نماید. از جهتی هم گفته شد تسلیم دادخواست وخواهی خارج از مهلت قانونی در ادامه مرحله نخستین، یک حق قانونی است و ملاک موجه بودن عذر یا عدم اطلاع واقعی در بدو امر خود وخواه است هر چند دادگاه پس از بررسی آن را نپذیرد. اثبات این تقصیر در تأخیر تقدیم دادخواست تأثیری در حق تجدیدنظر (با لحاظ عدم زائل شدن فرجه تجدیدنظر) ندارد لذا نباید مدت تجدیدنظر را نیز منقضی دانست. همین اندیشه نیز در قانون‌گذار دیده می‌شود و بر همین اساس تقدیم دادخواست در خارج از مهلت وخواهی را که منجر به عدم پذیرش شده است، به‌عنوان تجدیدنظر قابل استماع دانسته است. اما در بند پیشین نقدهای بر انتخاب راهکار قانونی وارد شد چرا که لازمه رعایت حق تجدیدنظرخواهی تلقی همان دادخواست وخواهی به‌عنوان تجدیدنظر نیست بلکه بهتر آن است که مهلت لازم به خوانده محکوم‌علیه داده شود تا تکلیف خود مبنی بر تجدیدنظرخواهی را انجام دهد. اما جدال ممکن است بر سر این باشد که دادن مهلت به خوانده برای تقدیم دادخواست تجدیدنظر بر پایه چه ضابطه و معیار باشد! در واقع، پس از انقضاء مهلت اعتراض به

قرار رد دادخواست و اخواهی یا ابلاغ قطعی آن از مرجع عالی‌تر، مهلت بیست روزه یا دو ماهه تجدیدنظر شروع ده یا موعده گذشته از مهلت تجدیدنظر محاسبه و باقیمانده در حق او لحاظ می‌شود. احتساب مدت باقی‌مانده از مهلت تجدیدنظر را می‌توان تعبیر به اثر و اخواهی در تعلیق مهلت تجدیدنظر کرد. برای نمونه، چنانچه خواه دادخواست خود را در روز پانزدهم از مهلت تجدیدنظر تقدیم دادگاه بدوی کرده باشد، باید مهلت تجدیدنظر را پنج روز از تاریخ ابلاغ قطعی قرار یا بیست روز دانست. هر یک از این موارد در ذیل و به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرد تا نظر برتر انتخاب شود.

### ۱-۲-۲. تجدید مهلت تجدیدنظر

پس از نقد تبصره قانون و بررسی آثار فاسد آن در نظام قضایی بدین باور رسیدیم که واقعیت این است تا خارج از محتوای دادخواست و اخواهی، رسیدگی نشود. خواننده چنانچه قصد تجدیدنظرخواهی دارد، باید دادخواست مستقلی با لحاظ دفاعیات خود به دادگاه صادرکننده حکم غیابی تقدیم کند. حال با فرض تکلیف به تجدیدنظرخواهی، اگر این حق را برای تجدیدنظرخواه قائل باشیم که مهلت بیست روزه یا دو ماهه از سر گرفته شود با انتقاداتی مواجه است. آنجا که دادخواست و اخواهی به هر جهت با قرار رد مواجه می‌شود و در نتیجه اعتراض نیز مورد تأیید قرار می‌گیرد، تقصیر خواننده در تأخیر ارائه دادخواست اثبات می‌شود. بهای این تقصیر را جز خود او نباید کسی تاوان دهد. در هر حال اگرچه او حق دارد خارج از موعده، و اخواهی کند اما اعمال آن نباید نوعی تقصیر و سوء استفاده از حق باشد. به واقع او باید دادخواست تقدیمی خود را تجدیدنظر انتخاب می‌کرد. در نتیجه باید بین دو حق تجدیدنظرخواه و تجدیدنظرخواننده جمع کرد. (الجمع مهما أمکن اولی من الطرح) عرف نیز بر این امر صحه می‌گذارد. در هر حال او بخشی از فرصت تجدیدنظرخواهی را با تأخیر در تقدیم دادخواست و اخواهی هدر داده است. پس لحاظ کردن این فرصت بدون وجود عذر موجه روا نیست. همان‌طور که اصولیین در ملاک جمع بین دو حق یا دلیل بیان داشتند که باید مرجع قواعد جمع عرفی و مقبول باشد.<sup>۱</sup> علاوه بر این، برابر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.<sup>۲</sup> صحیح است که استفاده از طریق شکایت و اخواهی یک حق برای محکوم‌علیه غایب است، اما همان‌طور که بحث آن گذشت با قطعیت قرار رد و اخواهی و کشف تقصیر و خواه، سوء استفاده از حق و قصد اضرار محرز می‌شود. تجدید مهلت بیست روزه یا دو ماهه فرصتی را برای تجدیدنظرخواه مهیا می‌کند تا تمام اقدامات علیه تجدیدنظرخواننده را به کار گیرد. قاعده لاضرر و لاضرار فی الإسلام نیز نفی چنین امتیازی را برای تجدیدنظرخواه دارد

۱. هاشمی، ۱۴۲۶، ص: ۱۱۰

۲. نک: اصل چهل از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران



زیرا به موجب این قاعده هیچ کس نمی تواند از اقدام زیان بار و مقصرانه خود به ضرر دیگری نفع ببرد.<sup>۱</sup> برای درک بهتر این مفهوم می توان از قواعد مسئولیت مدنی کمک گرفت. برابر قاعده مقابله با خسارت در فقه امامیه، زیان دیده از صدور حکم غیابی باید بهترین اقدام را انتخاب کند. انتخاب های نادرست در حقوق ضمان آور است. گاهی بهای آن از دست دادن بخشی از فرصت هایی است که اشخاص توانایی اعمال آن را داشتند. برابر قاعده اشاره شده، زیان دیده باید در مقابله با خسارت و کاهش آن اقدامات لازم را به عمل آورد و تقصیر او بخشی از خسارت را مستند به خود او می کند و لذا نباید توقع جبران کل خسارت را داشته باشد.<sup>۲</sup> با این توصیف، خواننده با انتخاب و اخواهی در مهلت تجدیدنظر نسبت به آنچه از زمان گذشته است، خود از باب تسبیب در تلف رفتن آن، مسئول است و نباید بتواند جبران آن را از قانون بخواهد. نکته حائز اهمیت دیگر که اشاره مختصر هم در گفته های پیشین شد، منع تحصیل موقعیت مطلوب تر برای و اخواه است. برای نمونه، چنان چه از مهلت تجدیدنظر پانزده روز گذشته باشد و او دادخواست و اخواهی را در این زمان تقدیم دادگاه کرده باشد، در واقع برای تجدیدنظرخواهی پنج روز دیگر باقی مانده است. حال اگر برای او پس از قطعیت دادنامه قرار رد دادخواست و اخواهی، مهلت بیست روزه یا دو ماهه در نظر بگیریم، تردیدی در بهتر شدن وضع او نیست. در حالی که، بنا بر نظر کشف تقصیر، جمع بین دو حق، قاعده لاضرر، بهای انتخاب نادرست،<sup>۳</sup> تکلیف بهترین اقدام،<sup>۴</sup> مقابله با خسارت، نباید موقعیت ارزنده ای در اختیار خواننده قرار داد. به همین جهات باید از این

۱. علامه حلی، ۱۴۱۳، ص: ۴۴۹

۲. صفایی؛ رحیمی، ۱۳۹۷، ص: ۳۴۰

۳. نویسنده بر این اعتقاد است که انسان در تعیین سرنوشت خود نقش فعال دارد. او در زندگی اجتماعی برای بهتر زیستن باید انتخاب هایی داشته باشد. هر چه انتخاب معقول و مناسب باشد او سود بیشتری را تحصیل خواهد کرد. در مقابل هر چه انتخاب او ناصواب باشد، باید بهای این انتخاب نادرست خود را بدهد. بهای این انتخاب نادرست می تواند فرصت از دست دادن یک موقعیت برتر یا غیرقابل بازیابی بودن آن باشد. انسان با قوه تعقل و علم خود باید از بین دو یا چند انتخاب با موقعیت سنجی دست به انتخاب بهترین آن ها بزند و گرنه ممکن است از یک بخش یا تمام سهم متعلق به آن گزینه محروم ماند. خواننده باید با سنجش موقعیت خود، و اخواهی یا تجدیدنظرخواهی را انتخاب کند. او نمی تواند به تصور حق و اخواهی، خارج از مهلت و در فرجه تجدیدنظر، دادخواست و اخواهی تقدیم کند.

۴. نویسنده بر این باور است اگرچه اشخاص جامعه حق نحوه اعمال حقوق خود را دارند، لکن این حقوق متضمن یک تکلیف است. اشخاص باید چنان چه بین دو حق قرار گرفتند در تزامم بین آن دو، بنا بر تکلیف اخلاقی و قانونی یا اجتماعی خود، بهترین انتخاب را داشته باشند. انتخاب باید با لحاظ حقوق دیگران صورت گیرد. برای نمونه اگرچه بنا بر قاعده تسلیط (الناس مسلطون علی اموالهم) اشخاص حق همه گونه تصرف در اموال خود را دارند اما رعایت قاعده لاضرر (لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام) دارند حق را مکلف می کند، از تصرفات مضر به حال همسایگان خودداری کند. خواننده غائب نیز در بین دو حق و اخواهی و تجدیدنظرخواهی، باید به گونه ای اعمال حق کند که موجبات تضرر طرف دعوا نباشد و گرنه نباید توقع حمایت قانونی را داشته باشد. او با انتخاب و اخواهی در عوض تجدیدنظرخواهی این تکلیف را نقض کرده است و تاوان آن قرار گرفتن در همان وضعیت سابق بر اعمال این حق است.

نظر گذشت و به دنبال راهکار دیگر بود. ما در بحث بعدی که خاتمه پژوهش حاضر است به ارائه راهکار مناسب خواهیم پرداخت.

### ۲-۲-۳-۲. نظریه تعلیق مهلت تجدیدنظر

واژه «تعلیق» از نظر لغوی دارای معانی متفاوتی است اما نزدیک‌ترین معنا در این جایگاه بلا تکلیف ماندن امری بدون مشخص بودن زمان قطعی انجام آن است. تعلیق، اثر توقیفی دارد نه انقطاعی. در حقیقت، ما در تعلیق زمان را متوقف می‌کنیم و آن را از سر نمی‌گیریم در حالی که در انقطاع زمان، مهلت مجدداً از نو شروع می‌شود. برابر آنچه که در مبحث پیشین به‌عنوان ایرادات شروع بیست روزه یا دو ماهه مهلت تجدیدنظر گفته شد، نظریه تعلیق مهلت قابل پذیرش است. برای نمونه، چنانچه خواه با گذشت پانزده روز از مهلت تجدیدنظر دادخواست و خواهی تقدیم کرده باشد و پس از صدور قرار رد دادخواست و تأیید آن در مرجع عالی تر قریب شش ماه گذشته باشد، او می‌تواند پس از ابلاغ قطعی دادنامه قرار رد دادخواست و خواهی، ظرف پنج روز باقی‌مانده دادخواست تجدیدنظر خود را تقدیم دادگاه نماید. دادگاه چنانچه ارائه دادخواست را در موعد قانونی بداند، آن را برای تبادل لوائح به تجدیدنظر خوانده ابلاغ می‌نماید و چنانچه خارج از مهلت باشد، قرار رد دادخواست از سوی دفتر دادگاه صادر می‌گردد. بنابراین دیدگاه، دیگر مقامات اداری دادگاه با تکلیف راجع به اخطار رفع نقص و الزام خواه به تبادل لوائح مواجه نیستند. خواننده غایب دیگر با خاطری آسوده و خواهی و اطلاع دادرسی بیهوده را دستاویز قرار نمی‌دهد. از این رو، او بیش از آنچه مستحق است، به ناروا حقی به دست نمی‌آورد. با از دست دادن بخشی از مهلت تجدیدنظر، در همان موقعیت قبل قرار می‌گیرد و دو مرتبه حقی را به دست نمی‌آورد. این استدلال با منطق حقوقی سازگارتر و اقناع وجدانی بیشتری دارد.

### نتیجه‌گیری

واخواهی طریق اعتراض به احکام غیابی صادره علیه خواننده دعواست. مهلت وخواهی برابر قانون بیست روز برای افراد مقیم ایران و دو ماه برای افراد خارج از کشور است. وخواهی یک حق محسوب می‌شود از این رو به مثابه سایر حقوق خصوصی قابل اسقاط است. خواننده غایب ممکن است از حکم صادره علیه خود در مهلت تعیین شده وخواهی نماید. در این صورت دادگاه به خواسته او رسیدگی می‌کند و در صورت وارد بودن اعتراض، حکم صادره را نقض و رأی مقتضی صادر می‌نماید و چنانچه آن را وارد نداند حکم سابق را ضمن دادنامه جدید که از لحاظ مفادی همان است، تأیید می‌نماید. ممکن است محکوم علیه غایب خارج از مهلت قانونی دادخواست وخواهی تقدیم دادگاه نماید. این دادخواست ممکن است در مهلت تجدیدنظر یا خارج از آن مهلت باشد. چنانچه خواه بتواند دادگاه را در داشتن عذر موجه یا اثبات عدم آگاهی از مفاد رأی قانع سازد، دادگاه قرار قبولی دادخواست را در هر دو حالت صادر می‌کند و در صورت نیاز تعیین وقت نموده و اصحاب دعوا را به

جلسه دعوت می‌کند. رأیی که در نتیجه آن صادر می‌شود با لحاظ وابسته بودن به دادرسی نخستین مطابق مقررات قابل اعتراض در مراجع عالی تر است. با این حال، اگر نظر دادگاه بر عدم پذیرش وخواهی باشد ممکن است به صدور قرار رد وخواهی مبادرت نماید. اگر تقدیم دادخواست وخواهی خارج از مهلت مراحل دیگر اعتراضی باشد، پس از قطعیت قرار، حق تجدیدنظر نیز ساقط است. اما چنانچه دادخواست وخواهی در مهلت تجدیدنظر باشد موضوع محل تأمل است. مقنن با یک رویکرد مبهم در تبصره ۳ ماده ۳۰۶ قانون جدید، تقدیم دادخواست وخواهی خارج از مهلت بدون عذر موجه را به عنوان تجدیدنظر برابر مقررات قابل رسیدگی در آن مرحله می‌داند. این که مشخص نیست دادگاه باید بدون صدور قرار رد وخواهی، تجدیدنظرخواهی بودن را از دادخواست تلقی کند یا با لحاظ انشاء تصمیم خود در قالب قرار، محل ایراد است. با فرض دوم مشکلات عدیده خواهد شد. قرار دادن وخواه در جایگاه تجدیدنظرخواه پس از قطعیت قرار رد وخواهی، بدون اراده او، پیش‌دستی قانون‌گذار است. گویا قانون‌گذار برای رعایت مهلت حق تجدیدنظر چنین رویکردی اتخاذ نموده است. اما این امر برخلاف مصالح اداری و قضایی دادگستری‌ها و زمینه‌ساز سوءاستفاده از حق خواهد شد. تقصیر خواننده غایب در انتخاب نادرست عنوان شکایت سبب قرار گرفتن بار مسئولیت بر ایشان خواهد بود. بهای این اشتباه از دست دادن بخشی از فرصت تجدیدنظر خواهد بود. در هر حال او با اقدام علیه خویش از جهت تکلیف به انتخاب بهتر، نباید موقعیت بهتری نسبت به گذشته داشته باشد. لذا شایسته می‌نماید او موظف به دادن دادخواست تجدیدنظر باشد. مهلت این تجدیدنظر نباید از سر گرفته شود زیرا انتقادات بر آن مانع از پذیرش خواهد بود. بلکه به دلیل جمع بین دو حق وخواهی و تجدیدنظرخواهی باید قائل به توقیف زمان در این برهه بود. اثر وخواهی توقیفی است نه انقطاعی. لذا بایستی باقی‌مانده از مهلت تجدیدنظر را در حق او محاسبه کرد. این شیوه تأمین‌کننده حقوق هر دو طرف دعواست. از همین رو، تا اصلاح تبصره مذکور لازم است رویه قضایی، با تحلیل ارائه‌شده جمع بین حق وخواهی و تجدیدنظرخواهی در رعایت مواعد کند.

## منابع

۱. اسدی، حسن بن یوسف بن مطهر. مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه. ویرایش دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳
۲. شاهرودی، سید محمودی، جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، اصطلاحات فقهی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام. قم: موسسه دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۴۲۶
۳. شمس، عبدالله. آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته. جلد دوم. ویرایش بیست و پنجم. تهران: انتشارات دراک، ۱۳۹۰
۴. شمس، عبدالله. آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته. جلد اول. ویرایش شانزدهم. تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۶
۵. صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب‌الله. مسئولیت مدنی تطبیقی. ویرایش اول. تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۷
۶. کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی، ایقاع. ویرایش هفتم. تهران: نشر میزان، ۱۳۹۷
۷. کمانگر کریم‌زاد، احمد. اصول قضایی، حقوقی (عبده)، احکام دیوان‌عالی کشور و هیأت عمومی، انتشار اتحاد، ۱۳۴۳
۸. نوبخت، یوسف. اندیشه‌های قضایی. ویرایش چهارم. تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۲

## آیت‌الله صافی گلپایگانی؛ نماینده واقعی فقه سنتی

دکتر محسن برهانی  
وکیل دادگستری و عضو هیأت علمی دانشگاه تهران

فقه و فقیهان بخش لایتجزایی از ساختار حقوقی ایران بوده و هستند؛ حتی آنگاه که اوایل دوران حکومت پهلوی اول، در دوگانه شریعت/قانون و شریعت/عرف، موقعیت فقه و فقیهان به ضعیف‌ترین جایگاه تاریخی خود تنزل یافته بود، باز هم بخشی از قدرت اجتماعی را فقیهان در دست داشتند و همین واقعیت باعث شد قانون مدنی ایران براساس فقه اسلامی و با محوریت شرایع‌الاسلام نگارش پیدا کند. و این دوگانه ادامه دارد؛ چه مقبول و مطلوب ما باشد یا نباشد و چه بدان معتقد باشیم چه نامعتقد. چه از حرص وجود فقه سر به دیوار بکوبیم و چه از شعف وجود فقه، آدرنالین خون ما افزایش یابد. مهم آن است که بدانیم فقه به‌عنوان امری موجود، قابل انکار و قابل حذف نیست. هنر آن است که با شناخت امر موجود، به پیگیری دغدغه‌های فکری پرداخت و نه با بیان آدرسی غلط، ناکجاآبادی را ترسیم نمود که نتوان بدان رسید و تنها سرمایه‌ها در این میانه به فنا برود؛ خطری که هر دو گروه مدافعان و مخالفان افراطی فقه در آن مسیر گام برداشته‌اند و به خاطر این تمامیت‌خواهی، در بسیاری از اولیّات رعایت حقوق شهروندی انسان‌ها کمیت نظام حقوقی ما می‌لنگد.

## گام اول، شناخت دانش فقه است و قابلیت‌ها و ضعف‌ها و اقتضائات آن در نظام حقوقی

فقه و رویکردهای مختلفی که در این دانش وجود دارد، باید با دقت مورد کنکاش و دقت قرار گیرد و آنگاه با چشمی باز به انتخاب دست بزنیم. پیشاپیش بر این واقعیت بایستی تأکید نمود که رویکردهای مختلف فقهی معصوم و مطلق نیستند و نباید به‌صورت سیاه و سفید بدان نگرست بلکه هر یک از این رویکردها، ضعف‌های خاص خود را دارند اما بحث در بر مقایسه است. به نظر اینجانب مرحوم آیت‌الله صافی گلپایگانی را می‌توان مصداق بارزی برای رویکرد فقه سنتی تلقی کرد؛ فقیهی که در نظام‌واره فکری او یک سازواری روشن، جلوه‌گری می‌کند، روبنا با زیربنا سازگاری کامل دارد، دچار اعوجاج نیست و تا حد بالایی از سلیقه به دور است و معیارهای آن تا حد بسیار زیادی عینی است و نه شخصی و ذهنی.

حال باید دید که فقه سنتی چه مزایا و معایبی دارد؛ طبیعی است که نگارنده در مقام استقصاء تام نیست بلکه برخی از این امور را تقدیم می‌کند؛ چهار مؤلفه فقه سنتی بسیار حائز اهمیت است: اول؛ غلبه رویکرد عینی‌گرایی در اجتهاد بر رویکرد ذهنی‌گرایی. به این تعبیر که نحوه استدلال فقیه در رویکرد فقه سنتی تا حدود زیادی قابل ارزیابی است و وقتی شخص فتوایی صادر می‌کند می‌توان از وی مستند خواست و مستند وی را مورد بررسی قرار داد. این گونه نیست که حکم به تشخیص و امر ذهنی وی ارجاع داده شود که قابل ارزیابی نباشد. به عبارت دیگر این رویکرد دارای متر بوده و این متر نیز قابل بررسی است. تکلیف مخاطبان و منتقدان و مدافعان با این فقه روشن است و می‌دانند که این فتاوی به چه استناد و استدلالی، استنباط شده است. این رویکرد دقیقاً در نحوه تطبیق قوانین با قانون اساسی تأثیرگذار است و رویکرد عینی اجازه بسیاری از امور را نمی‌دهد. برای مثال به دو اظهار نظر ایشان می‌توان اشاره نمود؛ مورد اول، در مورد اختیارات رئیس‌جمهور است. اگر رئیس‌جمهور دید نمی‌گذارند وی از اختیاراتش استفاده کند، به نظر ایشان رئیس‌جمهور باید استعفا دهد و نباید در این خصوص مماشات نماید: «اگر دید نمی‌تواند و خلاف قانون اساسی است، باید استعفا دهد. هرکجا رئیس‌جمهور دید که اموری با قانون اساسی مخالف است ولو شخص رهبر (رهبر از جنبه مقام شرعی نمی‌گوییم، آن مطلب دیگری است) بگوید این موافق قانون اساسی است، او که خودش این را مخالف قانون اساسی می‌داند باید کنار رود و می‌گوید من برخلاف قانون اساسی عمل نمی‌کنم». لازم به ذکر است که این کلام ایشان در زمان زعامت و رهبری مرحوم امام صادر شده است که در جای خود بسیار قابل تأمل است. مورد دوم، زمانی است که ایشان در مقابل اخذ اختیارات از دولت و تفویض آن به سپاه ایستادند و مانع شدند و تصریح کردند: «قانون اساسی نقشه مملکت است چرا که قانون اساسی برای دولت تعیین کرده است اگر برای دیگری قرار بدهید صحیح نیست». و در جای دیگر زمانی که بحث تقدم سپاه بر سایر نیروها در اخذ نیرو مطرح شد، به صراحت موضع گرفتند و فرمودند: «پس ژاندارمری چه خاکی به سرش بریزد؟ سپاه پاسداران عزیز است ولی قانون اساسی از سپاه بالاتر است. قانون باید طبق راهبردی که قانون اساسی تعیین کرده تنظیم و تصویب شود».

دوم؛ وجود خطوط قرمز روشن و عدم اجازه نقض این خطوط. فقه سنتی دارای خطوط قرمز روشن است و به هیچ وجهی اجازه نمی‌دهد که بتوان از این خطوط قرمز عبور کرد. به‌عنوان مثال مالکیت شخصی از خطوط قرمز روشن این رویکرد است و نمی‌گذارد به‌راحتی به استناد مصلحت و ... از افراد جامعه سلب مالکیت شود. اهمیت این خط قرمز آنجاست که احترام به مالکیت، سنگ بنای یک نظام حقوقی و اجتماعی است و فقه سنتی به‌درستی از این سنگ بنا دفاع کرده و اجازه نمی‌دهد به بهانه‌های واهی اموال مردم مصادره شود. در این راستا به این عبارت از مرحوم آیت‌الله صافی توجه شود: «اگر این قانون (کار و زمین شهری) صد بار هم به مجلس برود و برگردد، بنده نظرم عوض نخواهد شد ... هدف این است که اختیار مردم را به کلی دست بگیرند ... من مخالفم».

سوم؛ باز نبودن دست حکومت‌ها. در فقه سنتی حکومت فعال مایشاء نیست چرا که بایستی برای مداخله دلیل بیاورد. اصل عدم ولایت یکی از شاهکارهای فقه سنتی است؛ اصاله عدم ولایت احد علی احد. هیچ‌کس بر هیچ شخصی دارای ولایت نیست و ولایت خلاف اصل است و مدعی ولایت باید با دلیل شرعی چنین ولایتی را به اثبات برساند. به همین دلیل دست حکومت‌ها در تعرض به حقوق و آزادی‌های شهروندان بسته است و نمی‌توانند به راحتی این امور را مورد تعرض قرار دهند. به عبارت دیگر در این نگاه، فقه به مثابه سپری در برابر تعرضات حکومت نسبت به حقوق و آزادی‌های شهروندان عمل می‌کند و نمی‌گذارد نسبت به ساحاتی که صلاحیت ندارد بسطید پیدا کند. در این راستا این عبارت از ایشان حائز اهمیت است: «نمی‌شود به صرف عدم پرداخت عوارض کسی را تعقیب کرد و برای اشخاص پرونده‌سازی کرد ... این روش اینجوری که این‌ها دارند می‌کنند روش شاهی است، این شیوه شیوه طاغوتی است، روش اسلامی نیست...» و یا این عبارت: «در اداره امور اقتصادی و مالی دولت، اتکاء به زور و اعمال فشار و جریمه تأخیر تأدیه و ممیز حساب‌های قسم‌خورده و این‌گونه روش‌ها کارساز نیست...». شاید برای افراد جالب باشد که شورای نگهبان و البته با محوریت مرحوم صافی زمانی که در آن شورا تشریف داشتند با گرفتن عوارض خروج از کشور مخالفت کردند، با این استدلال که: «حق مسافرت و آزادی سفر از اعمال عادی و حقوق مسلم فردی و اجتماعی هر شخص است که طبق اصل ۲۰ قانون اساسی همگان از آن برخوردارند و حسب بند ۷ اصل سوم قانون اساسی برحسب قانون باید تأمین شود. سلب این حق در شرایط عادی با موازین شرعی و قانون اساسی مغایرت دارد ولی نظر به وضع فوق‌العاده فعلی و جنگ تحمیلی با اکثریت آراء تأیید شد». همان‌طور که ملاحظه می‌کنید، ایشان می‌گویند به چه حقی از مردم عوارض خروج از کشور می‌گیرید؛ بله، چون جنگ بود با عنوان ثانوی اضطرار قبول کردند. حال، این نگاه را مقایسه کنید با امروز که حکومت تصور می‌کند اموال ملت ملک طلق اوست و بر هر چه خواست بی‌قاعده مالیات می‌بندد و شورا هم کاملاً در این تعرض به حقوق مردم هم‌فکر حکومت شده است.

**چهارم؛ سیاست‌زدگی.** به علت آن‌که مستند استنباط فقهی روشن است و نحوه استنباط هم روشن، این رویکرد اجازه مداخله مؤلفه‌های دیگر را در استنباط حکم نمی‌دهد. این رویکرد زمانی بیشتر جلوه‌گری می‌کند که همین نحوه فهم نص در فهم قانون و قانون اساسی به کار گرفته شود و آنگاه از تفسیرهای ذهنی‌گرایانه جلوگیری شود. شاید در راستای ممانعت از تأثیرپذیری حوزه‌های علمیه و سیاست‌زدگی ناشی از این وابستگی بود که ایشان بر استقلال حوزه‌های علمیه تأکید می‌کردند. در سال ۱۳۶۳ برای اولین بار در لایحه بودجه، ردیفی اختصاصی به حوزه تعلق پیدا کرد که تا شصت میلیون تومان در اختیار دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه برای کمک تخصیص یابد. بعد از ارسال بودجه به شورای نگهبان، آن مرحوم ایستاد و با این بودجه مخالفت فرمود و بر این نکته تأکید کردند که حوزه باید در تبلیغات و غیرتبلیغات مستقل باشد و بودجه‌های دولتی، حوزه را

وابسته می‌کند، مسیر اعمال نفوذ را باز خواهد کرد و به‌درستی اظهار نظر کردند که: «تأمین اعتبار برای بخش تبلیغات حوزه و سایر بخش‌ها از طریق اعتبارات دولتی، منافعی با استقلال حوزه و منجر به دخالت و اعمال نفوذ و بی‌نظمی‌هایی در امور حوزه می‌گردد».

زندگی مرحوم آیت‌الله صافی و بخصوص دورانی که دبیر شورای نگهبان بودند، مهم‌ترین دلیل بر مدعاهای فوق است. دفاع ایشان از مالکیت، مخالفت با مداخله حکومت در همه امور، نگاه انتقادی نسبت به تصمیمات حکومت و نقد آن در جای جای حیات سیاسی اجتماعی ایشان روشن است؛ آنگاه که مشاهده کردند عنصر مصلحت با قدرت در ساختار سیاسی در حال نهادینه شدن است، از حکومت کناره گرفتند و تذکر دادند که مسیر خطرناکی در پیش گرفته شده است که با گذشت بیش از سی سال، شاید بتوان به‌درستی قضاوت کرد که آیا مسیر خطرناک باز شده یا خیر و آیا احساس خطر مرحوم صافی درست بود؟!

بسیاری در ارزیابی نظرات تنها به جنبه ایجابی آن‌ها توجه می‌کنند، اما برخی موارد جنبه سلبی و ممانعت از تصویب برخی مصوبات بسیار حائز اهمیت است؛ حیات سیاسی مرحوم صافی در شورای نگهبان در هر دو جنبه نتایج بسیار قابل توجهی داشت در ساحت ایجابی بایستی به تفاسیر شورای نگهبان از قانون اساسی و نیز نحوه حل اختلاف فی‌مابین رئیس‌جمهور و نخست‌وزیر وقت مراجعه کرد و در جنبه سلبی به مخالفت‌هایی که با تعرضات بی‌قاعده حکومت در قالب مصوبات مجلس محقق شد. خدا می‌داند که اگر مرحوم صافی در شورای نگهبان نبودند، با غلبه تفسیری خام از نگاه چپ، قرار بود بر سر مالکیت خصوصی و حقوق و آزادی‌های شهروندان در ایران چه بلایی بیاید!

از سوی دیگر باید به انتقادات وارد بر این رویکرد سنتی نیز اشاره کرد: مهم‌ترین انتقاد وارد بر رویکرد فقه سنتی، ضعف در موضوع‌شناسی است. در بسیاری موارد، فقه سنتی به علت عدم تشخیص دقیق موضوع و عدم توجه به تغییر آن، بر حکمی پافشاری می‌کند که موضوعش تغییر کرده است و باید به‌نحو دیگری به استنباط حکم پرداخت.

انتقاد دیگر، اولویت دادن به اموری است که دارای اولویت نیستند و در برخی مواقع فاصله گرفتن با واقعیات اجتماعی و عدم توجه به این واقعیات است. واقعیاتی که اگر مورد توجه قرار گیرند، امکان دارد بر استنباط فقیه تأثیرگذار باشند.

اتفاقاً همین موارد در برخی فتاوای مرتبط با بحث زنان یا موسیقی و یا برخی امور اجتماعی تأثیرگذار بود و منجر به فتاوایی شد که شاید مورد قبول بخش قابل توجهی از جامعه نبود اما در عین حال در همین رویکرد فقه سنتی، فقهای دیگری نیز بودند و هستند که موضوع را به‌نحو دیگری تحلیل و در عین عدم قبول رویکردهای ساختارشکنانه نسبت به دانش فقه، احکام متفاوتی را استنباط کردند که این نوشته مختصر در مقام آن نیست که به همه این موارد بپردازد.

به نظر نگارنده می‌توان و می‌شد با حفظ فقه سنتی، ضعف‌های این رویکرد را کاهش داد و بدان بالندگی بیشتری بخشید اما مع‌الاسف اجازه این فرصت فراهم نشد و خیلی سریع سر و کلهٔ عنصر مصلحت در نظام سیاسی و فقهی حکومت پیدا شد و همه چیز را متزلزل کرد؛ و فقیه سنتی نیز عطای بقاء در این ساختار را به لقاتش بخشید و عازم قم شد. قطعاً اگر مرحوم آیت‌الله صافی در شورای نگهبان باقی مانده بود، وضعیت شورای نگهبان با اکنون از آسمان تا زمین متفاوت بود؛ در دوران ایشان به قطع نمی‌توان یک تصمیم و تفسیر را یافت که مبتنی بر رویکرد دقیق فقهی یا تفسیر دقیق متن نباشد و نگاه سیاسی بر نگاه فقهی و حقوقی در آن‌ها غلبه پیدا کرده باشد. اتوریتهٔ فقهی و تفوق علمی ایشان در شورا، نگذاشت شورا درگیر برخی حواشی سیاسی و غیرعلمی شود. زمانی که ایشان در شورای نگهبان بودند، جوانان خام مدعی سوپرانقلابی بودن به رویکردهای عالمانهٔ ایشان انتقاد داشتند؛ منتقدینی که سال‌ها گذشت تا بفهمند انتقاداتشان بی‌مورد بوده است و پیر، واقعیتی را در خشت می‌دید که جوان در آینه نمی‌دید. امروزه همان منتقدین، مؤیدین آن مرحوم‌اند و برخی دیگر که مبتلای به عقب‌ماندگی تاریخی هستند، مدافع همان انتقادات شده‌اند و خطب رقبای سیاسی خود در دهه شصت را در دهه نود و ۱۴۰۰ تکرار می‌کنند و تا به ایشان انتقاد می‌شود، می‌گویند که جناح مقابل هم در دههٔ شصت چنین کرد و چنان کرد! گویا تاریخ همیشه در حال تکرار است؛ دیدیم و دیدید که در ماه‌های آخر عمر شریف ایشان، برخی کوته‌فکران چه هجمه‌ای را به راه انداختند چرا که فرموده بود با تمام دنیا رابطه برقرار کنید تا مشکلات مردم کمتر شود.

رحمت و رضوان الهی بر او که صادقانه زیست و عالمانه مشی کرد و عزیز از دنیا رفت.



## سفه و اثبات آن در پرتو آرای دیوان عالی کشور

دکتر عیسی امینی

وکیل پایه یک دادگستری و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکزی

## مقدمه

برای آن‌که متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ، عاقل و رشید باشند؛ یعنی اگر صغیر، مجنون یا سفیه باشند محجور هستند و از اداره اموال یا انجام اعمال حقوقی ممنوع یا محدود می‌شوند. اگر این افراد در زمره صغیر غیر ممیز یا مجنون باشند، معاملات آن‌ها اساساً به جهت فقدان قصد انشاء باطل است و اگر در زمره صغیر ممیز و سفیه باشند، ممکن است معاملاتشان با ضمانت اجرای عدم نفوذ مواجه شود. تمییز جنون و سفه، که گاهی به اختلاف این دو مفهوم و حتی نحوه اثبات آن‌ها از یکدیگر توجهی نمی‌شود، می‌تواند محل بحث قرار گیرد. لذا جهت تحلیل مفهوم سفه، نحوه اثبات آن و نگاه نقادانه به برخی از دیدگاه‌های متشکته، در ابتدا به گردش کار یک دعوا و تحلیل آرای صادره می‌پردازیم:

فرزندان فرد سالخورده‌ای از دادگاهی تقاضا کردند که پدرشان، جهت احراز زوال عقل، به پزشکی قانونی معرفی شود. پزشکی قانونی اعلام کرد نامبرده معاینه روان‌پزشکی شد و در حال حاضر دچار ضعف قوای عقلانی است و قادر به اداره امور مالی خود نیست، ولی به دلیل ضعف ادله و مدارک ابرازی، امکان تعیین دقیق تاریخ حجر مزبور میسر نیست. پس از اعتراض فرد سالخورده (خواننده)، پزشکی قانونی باز بر ضعف قوای عقلانی وی اصرار کرد و اعتراض وی مبنی بر سلامت کامل را نپذیرفت. وکیل وی به دادگاه اعلام کرد که موکل وی فاقد هرگونه سابقه مشکلات اعصاب و روان است و تاجر موفق‌تری در گذشته و زمان حاضر بوده است، ولی دادگاه با رد دفاعیات خواننده، حکم حجر وی را بر اساس سفاهت صادر و دادگاه تجدیدنظر استان تهران رأی بدوی را تأیید کرد. شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور پس از نقض دادنامه به جهت نقض تحقیقات، موضوع را جهت رسیدگی به همان شعبه دادگاه تجدیدنظر استان تهران مرجوع کرد. در این میان، شخص ثالثی هم در دعوی مزبور، دعوی ورود ثالث اقامه و ادعا کرد طرح این درخواست صرفاً جهت تزلزل معامله خواننده با ایشان است. دادگاه تجدیدنظر مجدداً با پذیرش ادعای حجر و اصدار حکم، ادعای خواننده بر عدم حجر را رد کرد. شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره

۱۴۰۰/۰۳/۳۰ مورخ ۱۴۰۰۶۳۹۰۰۰۰۲۲۱۴۸۰ م با تکیه بر نظریه کارشناسی و اعلام عدم مابینت نظریه کارشناسی پزشکی قانونی با اوضاع و احوال محقق و معلوم، رأی دادگاه مبنی بر اعلام حجر خوانده، حداقل از خردادماه ۱۳۹۵ و عدم توانایی تصمیم‌گیری در امور مالی (سفه) را تأیید و ابرام کرد.

برای ارزیابی درستی یا نادرستی رجوع به دلیل کارشناسی در دعوی فوق و اصولاً ادله اثبات در دعوی اثبات سفه لازم است مفهوم حجر از نظر حقوقی و فقهی به دقت ملاحظه شود تا بتوانیم ارزش هریک از آن ادله را حسب اسباب حجر ارزیابی کنیم. در این خصوص، سه ماده از قانون امور حسبی تعیین‌کننده و اساسی است:

ماده ۵۷ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد: «در رسیدگی به درخواست حجر دادگاه نسبت به اشخاصی که مجنون یا سفیه معرفی شده‌اند هرگونه تحقیقی که لازم بدانند به عمل می‌آورد و می‌تواند اشخاصی که اطلاعات آن‌ها را قابل استفاده بدانند، احضار نموده و یا برای تحقیق از اشخاص نامبرده نماینده بفرستد و پس از رسیدگی و تحقیقات لازم و احراز حجر حکم به حجر می‌دهد و در صورت عدم احراز حجر، درخواست حجر را رد می‌نماید.»

سپس ماده ۵۸ اضافه می‌نماید: «هرگاه دادگاه لازم بداند از کسی که محجور معرفی شده تحقیق کند و آن شخص نتواند در دادگاه به واسطه عذر موجه حاضر شود، دادرس دادگاه شخصاً یا به وسیله نماینده در خارج از دادگاه از او تحقیق می‌نماید.»

بالاخره ماده ۵۹ مقرر می‌دارد: «هرگاه صغیری که ولی خاص ندارد در زمان رسیدن به سن رشد سفیه یا مجنون باشد، قیم باید به دادستان جنون یا سفه او را اطلاع دهد و دادستان پس از اطلاع به این امر مکلف است در موضوع جنون و سفاهت تحقیق نموده و دلایل آن را اعم از نظریات کارشناس و اطلاعات مطلعین و غیره به دادگاه بفرستد و دادگاه پس از رسیدگی و احراز جنون یا سفه حکم به استمرار و بقای حجر صادر می‌نماید؛ در این صورت، ممکن است قیم سابق را هم به قیمومت ابقا نمود.»

مسلم است که جنون و سفه مفهوم متفاوتی دارند و دادنامه‌های مزبور را از جهاتی محل نقد قرار می‌دهند که در ضمن مقاله، به نقد و تحلیل آن می‌پردازیم:

## بخش اول: جنون

قانون‌گذار در ماده ۱۲۱۱ قانون مدنی در مورد جنون چنین مقرر می‌دارد: «جنون به هر درجه که باشد موجب حجر است». در قانون مدنی ایران تعریفی از جنون ارائه نشده است، ولی جنون به هر درجه‌ای که باشد باید موجب فقدان تشخیص نفع و ضرر و حسن و قبح بر اثر اختلال روانی گردد که «زوال عقل» مدنظر قانون‌گذار از تعریف فقهی بر آن اطلاق یابد.<sup>۱</sup>

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ سی‌ام، ۱۳۹۷، ش ۱۶۰۸، ص ۲۰۷

تشخیص مصادیق جنون اصولاً بر عهده کارشناسان امور پزشکی و روان‌پزشکی از جمله پزشکی قانونی است. اگر با اختلال حواس مواجه شویم، کارشناس پزشکی قانونی باید تشخیص دهد که این اختلال در حد جنون است یا خیر و در موارد تردید، تصمیم نهایی با دادگاه است (مواد ۵۷ و ۵۸ قانون امور حسبی).<sup>۱</sup>

حال باتوجه به آن‌که پدیده اختلالات روانی در جوامع امروز، به‌ویژه جوامع صنعتی فراوان شده و از سوی دیگر، «جنون» مدنظر حقوق خصوصی، قلمرو متفاوتی در مقایسه با مفهوم پزشکی آن داشته، تشخیص مصادیق آن به‌عنوان «حجر» دشوار شده است. ولی باید توجه نماییم: اولاً، جنون وضعیتی است با تعریف پزشکی، ولی پزشکی قانونی یا سایر کارشناسان حقوقی موظف هستند جنون مدنظر قوانین مدنی و امور حسبی را ضمن تطبیق با تعریف فقها بررسی کنند که آیا به‌طور دائمی یا ادواری، زوال عقل رخ داده است یا نه. به‌ویژه آنکه، دایره جنون در برابر بیماری‌های روانی محدود است و جنون متفاوت از صرف بیماری اعصاب و روان و برخی بدبینی‌هاست.

ثانیاً، چه آن فرد مبتلا به جنون دائمی (اطباقی) باشد و چه جنون ادواری، متفاوت از زوال عقل در یک حادثه و مورد خاص است. استعمال مواد مخدر، مسکرات، بیهوشی و یا اختلال‌های مغزی مانند صرع ممکن است زوال عقل در یک مقطع خاص و حتی بطلان معاملات را در پی داشته باشد (وفق ماده ۱۹۵ قانون مدنی) ولی آن را جنون و حجر نمی‌نامند؛<sup>۲</sup> زیرا یک وضعیت پایدار به‌صورت دائم یا با زمان‌های تکراری ندارد.

## بخش دوم: سفه

عدم رشد و صف کسی است که به سن بلوغ رسیده است، ولی هنوز «عقل معاش» در امور مالی ندارد و یا آن‌که پس از رشد، عقل معاش را به دست آورده و سپس از دست داده است که به آن وضعیت، سفه می‌گویند. وصف رشد یا عدم سفه مانع از بین رفتن مال و موجب استفاده شخص حقیقی از اموال در مسیر عقلایی می‌شود. ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی در تعریف غیر رشد مقرر می‌کند: «غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد». برای مثال، شخص سالخورده‌ای بدون آن‌که مجنون شود، عقل معاش خود را از دست بدهد و اموالش را به نحو غیر عقلایی خرج، بذل و بخشش کند. همچنین ممکن است شخصی که گرفتار اعتیاد شده است و باوجود ناچیز بودن درآمدش و فقدان تناسب هزینه‌کردش با وضعیت مالی، اموال و درآمدهای خود را مصروف اعتیاد و هزینه‌های غیرضروری جهت امرار معاش خود و خانواده کند

۱. گودرزی، فرامرز و کیانی، مهرزاد، پزشکی قانونی، انتشارات سمت، چاپ پنجم (با اصلاحات)، ۱۳۸۷، ص ۱۶۱۰- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج دوم، شرکت سهامی انتشار، ج سوم، ۱۳۷۱، ص ۳۷  
۲. امینی، عیسی، حقوق قراردادها، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۱۵۶

و عرفاً اموال سفیه تلقی شود. در واقع، رشد تعریف شرعی دقیق با شرایط و چهارچوب قانونی مشخص ندارد، بلکه مفهومی است عرفی.<sup>۱</sup>

در نظر عرف، سفاهت نوعی ناتوانی در حفظ مال بر اثر ناپختگی و یا سبک‌سری و حماقت است که به یک وضعیت و ملکه نفسانی وی تبدیل می‌شود. لذا صرف ابتلا به بیماری‌هایی همچون آلزایمر و نوسانات خلقی به مفهوم سفه و حتی الزاماً جنون نیست. احراز سفه بر اساس عقلایی نبودن تصرفات مالی فرد با «ملاک‌های عرفی» است که اثبات آن با مقایسه کردن رفتار فرد با سایر تصرفات و به کمک شهادت شهود، امارات، کارشناسی و غیره است، نه اتکای کامل آن به نظریات پزشکی.

شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور در مقام نقض دادنامه شماره ۴۹۰۳۰۷-۴۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۲۳ صادره از شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در پرونده دیگری چنین رأی صادر نمود:

«...سفیه در اصطلاح قانون کسی است که تصرفات او در امور مالی خود عقلایی نباشد. این وصف در محجور با استقرا و بررسی اعمال حقوقی او قابل احراز است و تعیین تاریخ شروع برای سفاهت و تسری دادن آن به قبل بر اساس نظریات پزشکی قانونی امکان احراز ندارد و مدعی سفاهت باید دلایل و مدارکی ارائه نماید که محجور سفیه در اموال و دارایی خود تصرفات سفیهانه انجام داده است و چنین دلیلی در پرونده مشاهده نمی‌گردد. لذا به دادگاه تجدیدنظر صادرکننده رأی اعاده می‌نماید تا اسناد و مدارک معاملات و اعمال حقوقی محجور را مطالبه و چنانچه در سابق عمل حقوقی سفیهانه انجام داده، عنداللزوم با ارجاع امر به کارشناسی درباره سفیهی بودن تصرفات مالی بررسی‌های لازم انجام و تصمیم مقتضی اتخاذ نماید».

دیوان عالی کشور در این رأی اخیر به درستی نقش پزشکی در اثبات رشد یا وقوع سفه را اندک دید و دادگاه را موظف نمود که از سایر ادله موضوعی متناسب و مؤثر (غیر از نظریات پزشکی) جهت اثبات سفه بهره‌مند شود. لذا به نظر می‌رسد:

نخست آنکه، عموماً دعوی حجر، مرتبط به امور حسبی است، ولی موضوع و حدود رسیدگی دادگاه باید مشخص باشد. این که دادگاه به ادعای انتساب جنون رسیدگی می‌نماید یا سفه، باید به طور مشخص برای دادگاه و اصحاب دعوا معلوم باشد و ماهیت ویژه رسیدگی به دعوی حجر موجب تجویز مردد بودن موضوع رسیدگی و اختلاط نحوه اثبات دعوی اثبات سفه و جنون نمی‌شود.

دوم آنکه، جنون تعریف پزشکی دارد و رسیدگی به این امر موضوعی و فنی، مستلزم توجه به نظریه کارشناسی است. زوال عقل مستلزم توجه به وضعیت مغزی و یا روانی است و سایر ادله از جمله شهادت شهود، از ادله فرعی اثبات آن محسوب می‌شوند. ولی در اثبات عدم رشد و سفه نقش کارشناسی و پزشکی فرعی است. دادگاه باید با سؤالات متعدد از شخص مورد بحث، استماع

۱. همان منبع، ص ۱۵۸

شهادت شهود و ملاحظه سایر معاملات سفیه در پی احراز این امر برآید که آیا آن شخص ارزش و اهمیت مال و مفهوم معاملات را درک می‌کند و طبعاً نقش علم قاضی و امارات قضایی در احراز آن چشمگیر است. این که به نظریات کارشناسان پزشکی قانونی جهت اثبات سفیه و زمان شروع سفیه مانند اثبات جنون استناد شود و بر این اساس، وجود سفیه را محرز دانست شیوه صحیح اثبات سفیه نیست. باید بپذیریم که سفیه به بیماری مغزی و دماغی مبتلا نیست.

اصولاً سفیه را باید از منظر اجتماعی و در مقایسه با سایر اقدامات ایشان و اشخاص متعارف جامعه سنجید نه فعل و انفعالات مغزی و اعصاب فرد از نظر پزشکی. در اثبات سفیه، علم روان‌شناسی و علوم اجتماعی بیشتر از علم پزشکی به یاری دادرسی می‌رسد و علم پزشکی دلیل فرعی اثباتی است؛ زیرا سفیه صرفاً موجب حجر در امور مالی می‌شود نه کلیه امور ایشان و حال این ابهام و پرسش مطرح می‌شود که چگونه پزشکان قادر به تمییز حجر فرد در امور مالی از سایر امور شدند و چگونه دادگاه با تکیه بر آن به این قناعت وجدان می‌رسد که فرد عقل دارد، ولی عقل معاش ندارد؟ ضمناً ممکن است این سؤال مطرح شود که در قرار ارجاع امر به کارشناسی پزشکی، باید چه پرسشی از این کارشناسان مطرح شود و قرار است کارشناسان پزشکی چگونه علائم سفیه را احراز نمایند؟

وقتی که در بحث اثبات رشد برای شخص بالغی که مدعی رشد بوده و درخواست صدور گواهی رشد می‌نماید به پزشکی قانونی و کارشناسان پزشکی ارجاع نمی‌شود، همان مبنا و منطق حقوقی اقتضا می‌کند که در اثبات سفیه نیز به آن کارشناسان ارجاع نگردد و یا لاقلاً رأی دادگاه متکی به آن نباشد؛ زیرا اثبات رشد و اعلام حجر به جهت سفیه دو روی یک سکه هستند. اگر ارجاع امر به کارشناسی ضروری باشد ممکن است ارجاع به کارشناسان مربوطه‌ای باشد که قرار است معاملات وی را از نظر اقتصادی مورد مطالعه و مقایسه قرار دهند تا امکان ارزیابی سفیهانه بودن یا نبودن رفتار شخص برای دادرسی فراهم شود.

غرض نویسنده از این یادداشت در نقد رأی، ایجاد فرصت بحث و چالش در مبحث حدود رجوع به ادله در دعوای حجر است که گاهی در قالب امور حسبی محدود نبوده و ممکن است محل نزاع اصحاب دعوای ترافعی جهت صحت و بطلان معاملات نیز قرار گیرد.

## نگاهی پساساختارگرایانه و کارکردی به چند انگاره حقوقی

تقدیم به استاد بهمن حیدری‌نژاد

حسین رسول‌زاده

وکیل پایه یک دادگستری

مراد از نگرش پساساختارگرایانه - در این جستار - تبیین موضوعات مفروض حقوقی از منظری است که بتواند موضوعات مذکور را نه فقط در حدود متن‌های خودبسند، بلکه هم‌پیوند با «زمینه‌های» مرتبط و همکنار، مورد کنکاش و جستجو قرار دهد. بنابراین رویکرد پساساختارگرایانه در پایگانی متفاوت با تأملات ساختارگرایانه صرف قرار دارد. در رویکردهای ساختارگرایانه اگرچه به اجزای درونی و بازتاب‌های بیرونی پدیدارهای متنی، توجه می‌شود اما در نهایت، متن به مجموعه‌ای از مصداق‌ها و نمونه‌های یک الگوی مثالی تقلیل پیدا می‌کند. چنین الگویی در بافتارهای پساساختارگرایانه فرو می‌پاشد و متن، هم‌پیوند با آنچه که «زمینه» نامیده شده و به سبب آن، امکان گفتگو با متن‌های همکنار را فریافته، بازخوانی می‌شود. بنابراین در خوانش‌های پساساختارگرایانه، شالوده‌های متنی «بن فکنی» شده و شکسته می‌شوند و «یقینی بودن آن‌ها» به چالش گرفته می‌شود. به عبارتی دیگر پاسخ به پرسش فرا می‌روید و از نگاه‌های عادت‌زده، عادت‌زدایی می‌گردد. به تعبیر دکتر حسن جعفری‌تبار (در کتاب «دیو در شیشه»، در فلسفه رویه قضایی) «اهتمام رویکردهای پساساختارگرایانه آن است که «آرای گوناگون دادگاه‌ها را در چند قالب روشن و تکراری محدود نکنند» و مفاهیم و معانی قضایی را نه صرفاً از اشتراکات بلکه از تفاوت‌ها و تضادها استخراج نماید. و بدین‌سان حقیقت قضایی را نه فقط در درون متن، که در تعامل میان متن و زمینه‌های مؤثر «بینامتنی» جستجو کند.

با این وصف نباید فراموش کرد در رویکردهای پساساختارگرایانه نمی‌توان به پاسخ‌های قطعی رسید بلکه دقیق‌تر اگر بگوییم از پاسخ‌های قطعی، قطعیت‌زدایی می‌شود و در گزاره‌های قطعی و مسلم انگاشته شده، چنان کنجکاوی‌هایی صورت می‌دهد که اندک‌اندک این گزاره‌های قطعی و بدیهی پنداشته شده، انسجام خود را از دست داده و در برابر چالش‌ها و پرسش‌های جدیدی قرار می‌گیرند. به گمان این قلم، پاری از تألیف‌های دکتر ناصر کاتوزیان که در آن‌ها مخاطب به گزاره‌ها و نتایج نهایی و قطعی در نمی‌رسد و برعکس، در پایانی بستارزدایانه، مخاطب را در برابر مجموعه‌ای از احتمالات و پرسش‌ها و پاسخ‌های موازی، در اندیشه فرو می‌گذارد به گونه‌ای ناخواسته (شاید) ملهم از همین نگرش یا تأملات پساساختارگرایانه بوده است.

آنچه در پی می‌آید سعی دارد با درنگی پس‌اساختارگرایانه، از خوانش‌های معمول و قاطع‌نما عادت‌زدایی کرده و با رویکردی - به تعبیر حافظ «خلاف آمد» - در قطعیت چند انگاره حقوقی بسیار مهم تردیدهایی ایجاد کند. ممکن است چنین جستجویی به گزاره‌های نهایی در نرسد - که اساساً در تأملات پس‌اساختارگرایانه، افق‌های نهایی، غایب است - و یا در نتیجه‌گیری‌هایش قانع‌کننده به نظر نیاید، اما اگر تنها توانسته باشد در قطعیت گزاره‌های تاکنونی، درنگ‌هایی ایجاد کند و افقی از تفسیرها و تأویل‌های نوپدید را پیش‌روی مخاطب بگستراند، به هدف خود نائل شده است.

## ۱

گاهی دیده می‌شود پس از قطعیت حکم در مرحله تجدیدنظر، متقاضی ضمن اعاده دادرسی، اعسار از هزینه دادرسی مربوط به درخواست اعاده دادرسی را نیز تقاضا می‌کند. دادگاه تجدیدنظر که حکم مورد درخواست در آنجا قطعیت یافته ضمن ثبت دادخواست، رسیدگی به ادعای اعسار را به دادگاه بدوی که حکم نخستین را صادر کرده ارجاع می‌دهد. دادگاه بدوی به موضوع اعسار (از هزینه دادرسی درخواست اعاده دادرسی) رسیدگی و در نفی یا اثبات آن حکم خود را صادر و مرجع رسیدگی‌کننده به درخواست اعاده دادرسی (دادگاه تجدیدنظر) نیز حسب مورد، پس از قطعیت حکم دادگاه نخستین در خصوص اعسار و به هر حال پس از تعیین تکلیف مسئله اعسار، به ماهیت درخواست اعاده دادرسی رسیدگی می‌کند.

سؤال این است: آیا اساساً در درخواست اعاده دادرسی، ادعای اعسار از پرداخت هزینه دادرسی پذیرفته است و به عبارت دیگر چنین درخواستی قابلیت استماع دارد؟ و در فرض قابلیت استماع، مرجع رسیدگی به ادعای اعسار از هزینه دادرسی مربوط به درخواست اعاده دادرسی، کدام است؟

در بادی امر مسلّم انگاشته می‌شود که منعی در رسیدگی به ادعای اعسار در چنین فرضی وجود ندارد و دادگاه باید به آن رسیدگی کند. اما شاید بتوان با رویکردی جستجوگرایانه در قطعیت چنین گزاره‌ای تردیدهایی ایجاد کرد.

مطابق ماده ۵۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی «ادعای اعسار از پرداخت هزینه دادرسی ضمن درخواست نخستین یا تجدیدنظر یا فرجام مطرح خواهد شد» و در ادامه: «اظهارنظر در مورد اعسار از هزینه تجدیدنظرخواهی یا فرجام‌خواهی با دادگاهی می‌باشد که رأی مورد درخواست تجدیدنظر یا فرجام را صادر نموده است.»

بر اساس ماده ۵۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی نیز «معافیت از هزینه دادرسی باید برای هر دعوا به‌طور جداگانه تحصیل شود ولی معسر می‌تواند در تمام مراحل مربوط به همان دعوا از معافیت استفاده کند.»

چنان‌که ملاحظه می‌شود ادعای اعسار از پرداخت هزینه دادرسی مربوط است به «مراحل دعوا» که آن نیز صراحتاً شامل «دعوی نخستین»، «تجدیدنظرخواهی» و «فرجام‌خواهی» است. لیکن اعاده دادرسی نه «دعوا» است و نه جزو «مراحل دعوا» محسوب می‌گردد چنان‌که قانون‌گذار نیز در برشماری مراحل دعوا از «اعاده دادرسی» به مثابه مرحله‌ای از دعوا سخن به میان نیاورده است. کما این‌که کسی که در دعوی سابق حکم اعسار گرفته باشد نمی‌تواند عملاً از حکم اعسار مذکور در پرونده اعاده دادرسی استفاده نماید.

اعاده دادرسی طریق فوق‌العاده و محدود اعتراض است که در آن نه می‌شود به چیزی جز آنچه مورد اعاده قرار گرفته رسیدگی کرد و نه می‌توان به امری خارج از شقوق احصاء‌شده در ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی پرداخت. این سختگیری قانون‌گذار در راستای استحکام احکام قطعی و اعتبار دادن به امر مختوم است تا دعوی قضاوت شده، بی‌جهت مورد قضاوت مجدد قرار نگیرد. بر این سختگیری آثاری مترتب است. متقاضی اعاده دادرسی باید اثبات کند درخواست وی حداقل با یکی از شقوق هفتگانه مندرج در ذیل ماده ۴۲۶ انطباق دارد تا دادگاه بتواند قرار قبولی درخواست را صادر و وارد رسیدگی شود. چنین محدودیتی در اعتراضات عادی (تجدیدنظر و فرجام) وجود ندارد. پیداست اعاده دادرسی جزو مراحل عادی مربوط به دعوا نبوده تا مشمول درخواست اعسار از هزینه دادرسی شود و متقاضی اعاده دادرسی باید هزینه‌ی آن را بپردازد.

در فرض آن‌که ادعای اعسار از پرداخت هزینه دادرسی مربوط به اعاده دادرسی قابل پذیرش باشد، مرجع رسیدگی به آن نیز به تبعیت از قسمت اخیر ماده ۵۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی با دادگاهی خواهد بود که حکم مورد درخواست را صادر نموده است. مطابق قسمت اخیر ماده ۵۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی «... اظهارنظر در مورد اعسار از هزینه تجدیدنظرخواهی یا فرجام‌خواهی با دادگاهی می‌باشد که رأی مورد درخواست تجدیدنظر یا فرجام را صادر نموده است»

## ۲

فرضی را در نظر بگیرید که دادگاه نخستین در رسیدگی به دعوی خواهان با استدلالی شکلی، حکم ماهیتی صادر کرده و به عبارت دیگر با استدلالی شکلی، حکم بر بی‌حقی خواهان صادر نموده باشد و حال آن‌که چنان استدلالی مقتضی صدور قرار بوده و نه حکم. با تجدیدنظرخواهی خواهان، دادگاه تجدیدنظر به این نکته توجه می‌کند و با این استدلال که موجبات صدور رأی دادگاه نخستین، از موارد قرار (مثلاً قرار عدم استماع) بوده و نه حکم، و دادگاه نخستین در ماهیت رسیدگی نکرده و یا رسیدگی‌های ماهیتی را در رأی خود دخالت نداده، نظر به این‌که رأی صادره در ماهیت و قاطع آن نبوده، حکم تجدیدنظرخواسته را از مصادیق قرار دانسته و آن را نقض و قرار عدم استماع دعوی را صادر می‌کند.



سؤال این است: آیا دادگاه تجدیدنظر می‌تواند حکم تجدیدنظرخواسته را قرار (عدم استماع) تلقی کرده و سپس آن را نقض و جهت رسیدگی ماهوی به دادگاه نخستین اعاده نماید؟

شاید در نگاه نخستین ایرادی به تصمیم مرجع تجدیدنظر وارد نباشد. آنچه که دادگاه نخستین صادر کرده در واقع قرار بوده ولی دادگاه آن را حکم نامیده است لذا دادگاه تجدیدنظر می‌تواند ابتدا ساختار رأی را اصلاح و آن را قرار تلقی نماید و سپس حسب مورد آن را نقض و جهت رسیدگی ماهیتی به دادگاه بدوی اعاده کند. اما چنین تصمیمی چالش‌برانگیز است زیرا هنگامی که دادگاه تجدیدنظر، حکم صادره را از مصادیق قرار تشخیص دهد می‌تواند همان را نقض و مثلاً به قرار عدم استماع تبدیل و تصحیح کند. لیکن اقدام بعدی مبنی بر نقض قرار است که در واقع خود صادر کرده با قاعده فراغ تداخل پیدا می‌کند. چرا که رأی تجدیدنظرخواسته، حکم بوده و دادگاه تجدیدنظر به این دلیل که مبانی رأی صادره بر پایه‌های ماهیت استوار بوده آن را از مصادیق قرار تشخیص داده و به همین مناسبت آن را نقض کرده است. بنابراین قرار، صادره خود مرجع تجدیدنظر بوده و دیگر نمی‌تواند رأیی را که خود صادر نموده نقض و آن را به دادگاه نخستین اعاده کند. در اینجا لفظ «تلقی» کارساز نخواهد بود زیرا به هر حال لفظ مذکور بر نقض دلالت دارد و آثار حکم را - که دادگاه نخستین صادر کرده - از چهره‌ی رأی تجدیدنظرخواسته زدوده و آثار قرار را بر آن مترتب ساخته است. همین‌که مرجع تجدیدنظر، حکمی را از مصادیق قرار تشخیص دهد و آن را نقض و به قرار بدل سازد، در واقع رأی نهایی خود را صادر کرده و دیگر بار نمی‌تواند قرار را که خود صادر نموده نقض کند. شاید گفته شود دادگاه تجدیدنظر در حقیقت حکم تجدیدنظرخواسته را اساساً قرار تلقی نموده و آن را به مثابه قرار - گویی که دادگاه نخستین از همان ابتدا قرار صادر کرده - مورد بازبینی قرار داده است و لذا آنچه مورد تجدیدنظرخواهی است در واقع قرار بوده است. اما این استدلال قانع‌کننده به نظر نمی‌رسد زیرا آنچه صراحتاً دادگاه نخستین صادر کرده «حکم» بوده و آنچه نیز مورد تجدیدنظرخواهی قرار گرفته حکم بوده است و چه بسا اگر دادگاه نخستین «قرار» صادر می‌نمود، مورد تجدیدنظرخواهی قرار نمی‌گرفت. با این حال آنچه صادر گردیده صراحتاً حکم نامیده شده و آثار حکم را بر خود دارد.

ممکن است گفته شود با تبدیل حکم تجدیدنظرخواسته به قرار، ملاحظه می‌شود چنین قرار است نیز نمی‌تواند درست باشد. به عبارت دیگر حتی با تلقی حکم تجدیدنظرخواسته به قرار، باز هم ملاحظه می‌شود قرار صادره نیز نمی‌تواند درست باشد. در چنین مواردی چاره‌ای نیست که پس از نقض حکم تجدیدنظرخواسته و تبدیل آن به قرار، در رأی مرجع تجدیدنظر تصریح شود این قرار مانع طرح دعوای مجدد خواهان نخواهد شد.

۳

مطابق قاعده، خواهان می‌تواند در جلسه نخست دادرسی، خواسته خود را اصلاح و تغییر دهد. سؤال این است: آیا خواهان می‌تواند مادام که جلسه اول دادرسی به اتمام نرسیده خواسته خود را که در جلسه تغییر داده، مجدداً به خواسته دیگری تغییر دهد؟

فرضی را در نظر بگیرید که خواهان دادخواستی بخواسته رفع تصرف عدوانی و مطالبه اجرت‌المثل به طرفیت مستأجری که پس از انقضای مدت اجاره، عین مستأجره را بدون اذن موجر (خواهان) در تصرف نگاه داشته، تقدیم می‌کند. خواهان در جلسه نخست دادرسی، خواسته خود را از رفع تصرف عدوانی به تخلیه عین مستأجره تغییر می‌دهد. با دفاع خواننده مبنی بر این‌که درخواست تخلیه، خود اقرار تلویحی بر مأذونیت ید او بوده زیرا اگر خواهان ادعا دارد استدامه تصرفات، غیر مأذون بوده باید مطابق ماده ۳۱۰ قانون مدنی دعوای خلع‌ید مطرح کند، خواهان مجدداً خواسته خود را از تخلیه به خلع‌ید تغییر می‌دهد. آیا چنین تغییری جایز است؟

ظاهراً بر این تغییرات ایرادی وارد نیست زیرا مادام که جلسه نخست دادرسی به پایان نرسیده خواهان می‌تواند خواسته خود را تغییر دهد لیکن با دقت در عبارات مندرج در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان به نتیجه‌ای مغایر در رسید. به صراحت ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی «خواهان می‌تواند خواسته خود را که در دادخواست تصریح کرده در تمام مراحل دادرسی کم کند ولی افزودن آن یا تغییر نحوه دعوا یا خواسته یا درخواست در صورتی ممکن است که با دعوای طرح‌شده مربوط بوده و منشأ واحدی داشته باشد و تا پایان اولین جلسه، آن را به دادگاه اعلام کرده باشد.»

با دقت در متن ماده ۹۸ قانون مشخص می‌شود خواهان تنها در صورتی می‌تواند خواسته خود را تغییر دهد که آن خواسته در «دادخواست» تصریح شده باشد، بنابراین در فرضی که خواهان در جلسه نخست دادرسی خواسته خود در دادخواست را به خواسته‌ای دیگر تغییر داده باشد دیگر نمی‌تواند خواسته جدید را نیز به خواسته‌ای دیگر تغییر دهد زیرا خواسته تغییر داده شده، آن خواسته‌ای نبوده که در دادخواست تصریح شده بود. مطابق قواعد منطقی نیز تجویز تغییر، دلالت بر یکبارگی داشته و دلالتی بر تکرار ندارد. از طرفی پرهیز از تطویل دادرسی و اجتناب از چندگانگی نیز ایجاب می‌کند تجویز تغییر خواسته به صورت مضیق تفسیر گردد.

۴

در فرضی که دادگاه تجدیدنظر، حکم تجدیدنظرخواسته را منطبق با موازین و بایسته‌های قانون و دلایل ابرازی مضبوط در پرونده تشخیص ندهد، آیا می‌تواند حکم تجدیدنظرخواسته را نقض و رأی مقتضی صادر کند؟

ظاهراً سؤال چنان واضح است که پاسخی جز «آری» را در پی ندارد. بر اساس ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی «چنانچه دادگاه تجدیدنظر، ادعای تجدیدنظرخواه را موجه تشخیص دهد، رأی

دادگاه بدوی را نقض و رأی مقتضی را صادر می‌نماید.» در خوانش نخست هیچ‌گونه خدشه‌ای به پاسخ «آری» در برابر پرسش مطروحه وارد نمی‌آید اما در یک پژوهش پساساختارگرایانه می‌توان ساختار پرسش را به شکل زیر به هم ریخت:

آیا دادگاه تجدیدنظر می‌تواند «بدون تشکیل جلسه دادرسی» حکم تجدیدنظرخواسته را نقض و رأی مقتضی را صادر نماید؟

هرچند در مواد قانونی مربوط به «باب تجدیدنظر» عبارت صریحی مبنی بر ضرورت تشکیل جلسه دادرسی به چشم نمی‌خورد، اما با دقت در برخی مواد قانونی و سیاق عبارات به‌کاررفته در آن‌ها می‌توان به این نتیجه رسید که اگرچه در فرض تأیید حکم تجدیدنظرخواسته، تشکیل جلسه دادرسی ضرورتی ندارد لیکن در فرض نقض حکم تجدیدنظرخواسته، تشکیل جلسه دادرسی و استماع دفاعیات طرفین، ضرورت دارد. ماده ۳۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی صراحت دارد: «مقرراتی که در دادرسی بدوی رعایت می‌شود در مرحله تجدیدنظر نیز جاری است مگر این‌که به موجب قانون، ترتیب دیگری مقرر شده باشد.»

در فرضی که دادگاه تجدیدنظر حکم تجدیدنظرخواسته را تأیید می‌کند، در واقع آن حکم را استوار و مستحکم می‌سازد و بدان قطعیت می‌بخشد. اما در فرضی که حکم تجدیدنظرخواسته را نقض می‌کند در واقع حکم جدیدی صادر می‌کند. لذا صدور حکم جدید مستلزم تشکیل جلسه دادرسی است، چنان‌که در مرحله بدوی نیز دادگاه نمی‌تواند بدون تشکیل جلسه دادرسی حکمی صادر کند. رعایت «اصل احتیاط» نیز ایجاب می‌کند در فرض نقض حکم تجدیدنظرخواسته، مرجع تجدیدنظر با تشکیل جلسه دادرسی، اظهارات طرفین را استماع نماید تا ابهامات احتمالی در سوء برداشت از محتویات پرونده، مرتفع شود. از طرفی هرچند در مواد قانونی فصل مربوط به تجدیدنظر، بر ضرورت تشکیل جلسه دادرسی تأکید نشده است اما صراحتی نیز بر عدم تشکیل جلسه دادرسی به چشم نمی‌خورد. لذا با توجه به مدلول و گستره ماده ۳۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی و ضرورت رعایت مقررات حاکم بر «دادرسی» بدوی در مرحله تجدیدنظر، به نظر می‌رسد دست کم در فرض نقض حکم تجدیدنظرخواسته، تشکیل جلسه دادرسی ضروری باشد. آنچه آشکار است مواد قانونی درباره ضرورت تشکیل جلسه دادرسی در مرحله تجدیدنظر ساکت است. اما این سکوت را باید در جهت استصحاب مقررات مرحله بدوی تفسیر کرد.

در ماده ۳۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است: «در مواردی که رأی دادگاه تجدیدنظر مبنی بر محکومیت خوانده باشد و خوانده و یا وکیل او در هیچ‌یک از مراحل دادرسی حاضر نبوده، لایحه دفاعیه و یا اعتراضیه‌ای هم نداده باشند، رأی دادگاه تجدیدنظر ظرف مدت ۲۰ روز پس از ابلاغ به محکوم‌علیه و یا وکیل او قابل اعتراض و رسیدگی در همان دادگاه تجدیدنظر می‌باشد.» با توجه به عبارت «... رأی دادگاه تجدیدنظر مبنی بر محکومیت خوانده...» و «... خوانده و یا وکیل او در هیچ‌یک از مراحل دادرسی، حاضر نبوده» می‌توان به خوبی استنباط نمود در فرض آن‌که

دادگاه تجدیدنظر به نقض حکم بدوی نظر داشته باشد، تشکیل جلسه دادرسی ضروری به نظر می‌رسد.

ماده ۳۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز در تفاوت چگونگی رسیدگی‌های دیوان عالی کشور با مرجع تجدیدنظر، بر این ضرورت صحه گذاشته است.

## ۵

در پرونده‌ای، مطرح در دادگاه نخستین، دادگاه در پرتو رسیدگی‌های بنیادین ماهوی، به این یقین رسیده است که برای خواهان در زمینی که او نسبت بدان ادعای مالکیت داشته، هیچ حقی متصور نیست و لذا در نهایت حکم بر بی‌حقی خواهان صادر کرده است. خواهان نسبت به این حکم تجدیدنظرخواهی کرده و دادگاه تجدیدنظر پس از رسیدگی و بازبینی، صرف‌نظر از رسیدگی‌های همه‌جانبه‌ای که در ماهیت صورت گرفته است به این نتیجه می‌رسد که دعوی خواهان واجد ایراد شکلی بوده و اساساً مهیای رسیدگی ماهیتی نبوده است لذا به استناد همین ایراد شکلی، حکم را نقض و قرار عدم استماع دعوا را صادر می‌کند.

در یک رویکرد ساختارگرایانه، چنین رأیی کاملاً درست و ایرادی بدان وارد نیست زیرا دعوی خواهان متضمن ایراد شکلی بوده و اساساً قابلیت استماع نداشته تا در ماهیت منجر به صدور حکم گردد. با این وصف در نگاهی پس‌ساختارگرایانه می‌توان در استحکام این رأی، تردیدهایی ایجاد کرد. اما چگونه؟

بیاید به این پرونده فرضی، نگاهی از نزدیک بیفکنیم:

خواهان با طرح دعوایی به خواسته اثبات مالکیت و خلع ید از یک قطعه زمین زراعی، با توسل به «پاره دلایلی» از قبیل یک برگ سند عادی که تمام مسجلین آن، دو نسل پیش فوت کرده‌اند، یک فقره درخواست ثبت توسط جد پدری‌اش که در مرحله نشر آگهی، متوقف و رها شده، مدعی است شالیزاری که نسل بعد نسل، بیش از هشتاد سال در تصرف بلامنازعه خواندگان بوده متعلق به او و ملک موروثی اوست.

دادگاه وارد رسیدگی شده، قطع نظر از این که اصالت سند عادی ابرازی خواهان محرز نیست و صرف معامله میان دو نفر، درباره ثالث متصرف، اثری ندارد و قطع نظر از این که صرف درخواست ثبت که در مقطعی، متروکه مانده است دلیل مالکیت تلقی نمی‌شود، با ارجاع امر به کارشناسی که تا هیأت هفت نفره نیز پیش رفته، معلوم شده است زمین متصرفی خواندگان اساساً خارج از پلاکی است که مورث خواهان در زمانی دوردست، درخواست ثبت آن را نموده بود. از سوی دیگر میان دلایل ابرازی خواهان تناقضی وجود دارد. زیرا از سویی به سابقه پرونده ثبتی متوسل شده و از سوی دیگر به سند عادی فروشنامه استناد نموده است در حالی که درخواست ثبت مورث خواهان مقدم بر سند عادی ابرازی است که طی آن مدعی است زمین مورد دعوا را از ثالث خریداری کرده

است. با این اوصاف با رسیدگی‌های ماهیتی دقیقاً معلوم شده است در زمین مورد دعوا هیچ حقی برای خواهان وجود ندارد.

با این حال، خواهان مبادرت به تجدیدنظرخواهی نموده و مرجع تجدیدنظر صرف‌نظر از رسیدگی‌های انجام شده، دریافته است دعوی خواهان اساساً قابلیت استماع نداشته و لذا با نقض حکم صادره، قرار عدم استماع دعوی را صادر نموده است.

به گمان این قلم و در پرتو رویکرد پساساختارگرایانه با وجود رسیدگی‌های ماهیتی که با قاطعیت اثبات می‌کند برای خواهان هیچ حقی در زمین مورد دعوا متصور نبوده، ایراد شکلی نمی‌تواند پرونده را به حالت سابق بازگرداند زیرا وقتی ثابت شده است او حق مالکانه‌ای بر زمین ندارد، چنین قطعیتی با ایراد شکلی مستور در دعوی خواهان - که اکنون آشکار شده است - فرو نمی‌پاشد و خواهان را در فرصتی دگرباره برای طرح دعوی واهی مجدد قرار نمی‌دهد به عبارت دیگر با توجه به این‌که در رسیدگی‌های ماهوی، بی‌حقی خواهان احراز شده، ایراد شکلی موجود در دعوایی که منجر به اثبات بی‌حقی وی شده برای او حق مجدد ایجاد نمی‌کند لذا بی‌حقی بر ایراد شکلی غلبه پیدا می‌کند.



آنچه آمد شمه‌ای از رویکردی بود که بر اساس آن می‌توان در انگاره‌های قطعیت یافته یا بدیهی پنداشته شده، درنگ‌ها و تردیدهایی ایجاد کرد که منشأ تفحص و تفکر بیشتر قرار گیرد. جستار را با پرسشی به پایان می‌برم: آیا قرار عدم استماع دعوی که در مرحله تجدیدنظر قطعیت یافته، اعتبار امر مختوم ندارد؟ ممکن است گفته شود چنین قراری - که منصرف از قرار سقوط دعوا و متفاوت از حکم است - از اعتبار امر مختوم برخوردار نیست و خواهان می‌تواند مجدداً دعوی سابق را مطرح کند، اما چنین پاسخی در تعارض با ضرورت الزام محاکم بدوی با آرای دادگاه‌های تجدیدنظر قرار می‌گیرد. آیا دادگاه بدوی می‌تواند دعوایی را که پیشتر مطابق رأی قطعی مرجع تجدیدنظر، غیرقابل استماع دانسته شده، مجدداً استماع نماید؟ گمان شما چیست؟

## بررسی نظریه شورای نگهبان مبنی بر نامشروع دانستن ارائه مجوز برداشت از حساب تسهیلات‌گیرنده و ضامنین توسط بانک

جاوید غیاث‌خواه

وکیل پایه دادگستری، کارشناس ارشد حقوق خصوصی و کارشناس حقوقی بانک

### چکیده

بر اساس بخشنامه‌های بانکی، بانک مرکزی فرمت‌های واحدی را آماده کرده که بانک‌ها از مشتریان (تسهیلات‌گیرنده یا ضامنین) مجوزی اخذ می‌کنند تا در صورت تأخیر در پرداخت بدهی، بانک بتواند طلب خود را از حساب‌های آنان برداشت و وصول کند. این حق طبیعی سال‌ها مورد استفاده قرار می‌گرفت تا این‌که اخیراً شورای نگهبان طی مکاتباتی با دیوان عدالت اداری، اخذ چنین تعهداتی را تحت شرایطی غیرقانونی اعلام کرد. مقاله حاضر بر آن است تا به بررسی این مسئله بپردازد.

واژگان کلیدی: شورای نگهبان، دیوان عدالت اداری، خلاف شرع، بانک، برداشت از حساب

### مقدمه

یکی از فرمت‌های ارسالی بانک مرکزی، قالبی است که بر اساس آن به صورت مکتوب از مشتری اذن گرفته می‌شود تا بانک بتواند مطالبات خود را در زمان تعویق رأساً از یکی از حساب‌های موجود مشتری / ضامن نزد بانک بدون مراجعه به محکمه و رأساً برداشت و تسهیلات را تا آن مقدار تسویه کند. این اذن یا به صورت اذنی مکتوب و علی‌حده دریافت شده و یا داخل در متون قراردادهای عقود اسلامی درج می‌شود تا بانک مأذون در برداشت وجه باشد. بخشنامه‌های شماره‌های ۹۳/۱۲۰۲۸۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۰۲ و ۹۴/۳۴۷۱۷۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۷ و ۹۴/۲۴۹۶۰۱ مورخ ۱۳۹۴/۰۹/۰۲ و ۹۲/۲۰۶۵۴۶ مورخ ۱۳۹۲/۰۷/۱۱ صادره از بانک مرکزی در امتداد تعیین سیاست‌های اخذ اذن فوق از مشتریان است.

اخیراً شورای نگهبان بر اساس نامه شماره ۱۰۲/۲۸۸۱۵ مورخ ۱۴۰۰/۰۹/۲۷ خطاب به رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، اعطاء اختیار یا وکالت به بانک را مبنی بر برداشت از هر یک از حساب‌های گیرندگان تسهیلات و ضامن را که وجوهات موجود در حساب متعلق به غیر است، بابت بدهی بانک خلاف شرع اعلام کرد. حال در این خصوص که آیا ابعاد حقوقی موضوع در این نظریه مراعات گردیده یا خیر و منافع و مضار و مشکلات ناشی از این نظریه در این مقاله مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۱. ماهیت برداشت‌ها از حساب مشتریان توسط بانک

در نخستین گام بایست راجع به ماهیت برداشت از حساب بحث کرد؛ این امکان برداشت یا وابسته به اذن بوده و یا مبتنی بر ماهیت غیر قراردادی و قهری است. اذن برداشت از حساب اصولاً با واژه‌هایی چون «به بانک وکالت می‌دهم» یا «به بانک اجازه می‌دهم» از سوی مشتریان به بانک واگذار می‌شود. ولی برداشت قهری پشتوانه غیر قراردادی داشته و قراردادی نیست.

### ۱-۱. اذن و وکالت

فرض اصلی در خصوص ماهیت این اذن، وکالت است و بانک می‌تواند وجوهات را رأساً به استناد وکالت از حساب‌ها برداشت کند. اگر این فرض پذیرفته شود در این صورت در زمان تأخیر در پرداخت بدهی با وجود پول در حساب مشتری یا ضامن، بانک نمی‌تواند خسارات تأخیر تأدیه را مطالبه کند چرا که بانک به‌عنوان وکیل می‌توانست وجه را از حساب برداشت نموده و تسهیلات را تسویه کند. عدم انجام این امر به‌عنوان قصور از مصادیق «قاعدۀ اقدام» تلقی یا با فوت وکالت‌دهنده عقد وکالت باطل می‌شود، بنابراین بانک بعد از فوت به استناد وکالت، حق برداشت از حساب را نخواهد داشت (تبدیل به دین متوفی بحثی دیگر است). یا ایراد دیگری که می‌تواند وارد باشد این است که موکل (مشتری/ضامن) مجاز باشد وکالت تفویضی را فسخ کند (موکل را عزل کند).

در روابط فی‌مابین، شاهد هستیم که طرفین اهمیتی به موضوعات فوق نمی‌دهند و در برداشت از حساب، بانک وجوهات را برداشت و مشتریان یا وراث اقدام بانک را مجاز تلقی می‌کنند. این نگاه عرفی جامعه به اقدامات بانک تبیین‌گر این است که نگاه عرفی (عرف به‌عنوان یکی از منابع حقوق شناخته می‌شود). به موضوع نشان می‌دهد برداشت از حساب در چهارچوب وکالت نیست و صرفاً مجوزی مبتنی بر اذن است تا اگر بانک مطالبات خود را از آن محل تأمین کرد، مورد بازخواست قرار نگیرد.

### ۱-۲. تهاتر

اگر بانک مجوزی از مشتریان دریافت نکند آیا نمی‌تواند طلب خود را با برداشت از حساب وصول کند؟ پاسخ این سؤال قابل تأمل است که بانک می‌تواند طلب خود را با توسل به تهاتر دو دین برداشت نماید. (ماده ۲۹۴ قانون مدنی: «وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند، بین دیون آن‌ها به یکدیگر به طریقی ... تهاتر حاصل می‌شود») با توجه به این که در قراردادهای متحدالشکل بانک مرکزی اشاره دارد اگر سه قسط از مطالبات اقساطی کل دین تبدیل به حال شود، بانک می‌تواند کل طلب را یک‌جا از مشتری مطالبه نماید که در خصوص تسهیلات رأسی (تسهیلات مدت‌داری که معمولاً در یک قسط پرداخت می‌شود مانند تسهیلات مضاربه‌ای ۶ ماهه) پس از

حلول موعد تهاتر می‌تواند محقق گردد. با این وصف اخذ مجوزهای مکتوب از مشتری برای برداشت وجه که مضمون بخشنامه شورای نگهبان تلقی گردد دیگر فاقد ارزش حقوقی خواهد بود و مبنای برداشت از حساب براساس تهاتر صورت می‌پذیرد. به عبارتی ماهیت قسمتی از برداشت‌ها از حساب مشتری و ضامن بر اساس بخشنامه و اعطاء اختیار یا وکالت صورت نمی‌پذیرد و مبنای آن بر اساس یکی از اسباب سقوط تعهدات یعنی «تهاتر» شکل می‌گیرد که چون قهری است، ورود توافق یا ایجاب و قبول نقشی در کیفیت برداشت ندارد. با این فرض بایستی هرکدام از حساب‌های مشتری را به صورت مجزاء بررسی کرد تا نتیجه صحیحی را استنباط نمود. اصولاً حساب‌های ریالی مشتری نزد بانک به دو شکل قرض‌الحسنه و سپرده سرمایه‌گذاری است؛

### ۱-۲-۱. قرض‌الحسنه

۱-۲-۱-۱. قرض‌الحسنه پس‌انداز: این نوع وجوه نزد بانک ماهیت تملیکی دارد که وجه واریزی مشتری بنام بانک تملیک می‌شود و بانک مکلف به عودت مثل آن به مالک آن (سپرده‌گذار) است. در این سپرده‌گذاری مشتری وجه را در اختیار بانک قرار می‌دهد تا مصرف در اعطاء وام قرض‌الحسنه به ثالث گردد و بانک وجه را به دیگری وام دهد. هر زمان مشتری مطالبه طلب خود را بنماید، بانک وجه را به ایشان عودت می‌کند. با این فرض، دین مؤجلی نزد بانک است که أجل آن با مطالبه دین از جانب دائن فرا می‌رسد. در مانحن فیه به سبب این‌که قرض‌دهنده از بانک (علی‌رغم این‌که هم‌زمان بدهکار تسهیلاتی به بانک است) طلب دین نکرده به سبب عدم اتحاد زمان، تهاتر شکل نمی‌گیرد. (ماده ۶۵۱: «اگر برای أداء قرض به وجه ملزومی أجلی معین شده باشد، مقترض نمی‌تواند قبل از انقضاء مدت طلب خود را مطالبه کند» و ماده ۲۹۶ قانون مدنی: «تهاتر وقتی در مورد دو دینی حاصل می‌شود که موضوع آن‌ها از یک جنس باشد با اتحاد زمان و مکان تأدیه، ولو به اختلاف سبب.») که با این وصف برداشت از حساب نیز مصداق نخواهد داشت.

۱-۲-۱-۲. قرض‌الحسنه جاری: در این نوع حساب، وجوه نزد بانک به صورت قرض‌الحسنه بوده و ماهیت آن همانند قرض‌الحسنه پس‌انداز است و این‌که وجه از جانب مشتری در اختیار بانک برای پرداخت وجه چک اصداری قرار داده می‌شود. با این وصف مجوزی برای برداشت وجه از حساب توسط بانک وجود ندارد.

### ۱-۲-۲. سپرده سرمایه‌گذاری

۱-۲-۲-۱. سپرده سرمایه‌گذاری بلندمدت: این نوع سپرده سرمایه‌گذاری به مدت بیش از یک ماه اطلاق می‌گردد. ماهیت حقوقی این سپرده‌گذاری که مشتری پولش را به بانک می‌دهد تا در قالب پرداخت تسهیلات یا سرمایه‌گذاری مجاز در حیطه بانکی هزینه کند و سود ماهیانه سپرده‌گذار را بدهد «وکالت» است و بانک در این میان وکیل سپرده‌گذار بوده که طبعاً احکام وکالت بر آن



مترتب است. در این سپرده‌گذاری هر چند وجوہات به‌عنوان وکالت درید بانک است و از طرفی همان مشتری بدهکار به بانک است، ولی به نظر می‌رسد به سبب این‌که با تعیین مدت برای سپرده‌گذاری، وکالت برای بانک در آن مدت غیرقابل استعفاء شده (برای سپرده‌گذار وکالت فوق قابل عزل است، یعنی سپرده‌گذار می‌تواند وجوہات خود را از بانک در هر زمان مطالبه نماید ولی با این مطالبه نرخ سود سپرده به شدت کاهش می‌یابد مثلاً سود سپرده‌گذاری یک ساله ۲۲٪ با مطالبه مشتری در ماه دهم، تبدیل به نرخ ۱۵٪ می‌شود اما چنین امتیازی به بانک واگذار نشده است) به نظر می‌رسد به سبب مدت‌دار بودن تا زمان عدم حلول موعد یا فسخ از جانب مشتری امکان ایجاد تهاتر و برداشت از وجوہات و تسویه تسهیلات میسر نیست.

**۲-۲-۱. سپرده سرمایه‌گذاری کوتاه‌مدت:** این نوع سپرده‌گذاری که همانند سپرده سرمایه‌گذاری بلندمدت، ماهیت وکالت دارد و به سبب عدم تقید تعهدات به مدت، به نظر می‌رسد وکالت فاقد مدت بوده و از جانب طرفین قابل فسخ است و بانک می‌تواند از محل سپرده‌ای که فسخ شده است، نسبت به برداشت وجه و تسویه تسهیلاتی که مستعد تسویه است اقدام نماید.

## ۲-۲. شمول نظریه

نظریه اصداری شورای نگهبان در راستای بیان غیرشرعی بودن وکالت یا اذن صادره از ناحیه مشتری و ضامن به نفع بانک است. با این وصف نظریه مزبور شامل برداشت بانک از حساب مشتریان ناشی از تهاتر قهری نیست و همچنین برداشت وجه از حساب حتی اگر وجوہات متعلق به غیر باشد در ظاهر تهاتر شکل می‌گیرد. شمول نظریه در خصوص اذن برداشت از حسابی است که صاحب حساب به بانک اذن می‌دهد اما شرعاً اختیار و اذن صدور چنین اذنی را نداشته است مانند موردی که تسهیلات‌گیرنده به بانک اذن می‌دهد تا در صورت تعویق بدهی وجوہات را از حساب صغیری که وی قیم یا حتی ولی قهری او است برداشت نماید.

## ۲-۳. نقد وارد بر نظریه

نظریه مزبور قالبی ادبی نیست تا به آن به دیده ادبی یا تاریخی نگریسته شود، بلکه این بیان نظر عملاً بانک‌ها و مشتریان را وارد تفسیر نظریه و ورود به عمل و احتمالاً در ادامه وارد فاز قضایی می‌کند و شاید تبعاتی را برای بانک‌ها و کارمندان داشته باشد، لذا به نقد نظریه فوق می‌پردازیم.

### ۲-۳-۱. مبنای حقوقی

به نظر می‌رسد استنباط نظریه مبنی بر این‌که اگر وجه موجود در حساب بدهکار متعلق به غیر باشد و بانک آن وجه را بابت تسهیلات برداشت نماید، آن برداشت نامشروع بوده و وجه مأخوذه بایستی به ذی‌نفع منتقل شود، استدلال صحیحی است. (ماده ۳۰۱ قانون مدنی: «کسی که عمداً یا

اشتباهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند.» با این وصف وجهی که شخص غیر به حساب بدهکار بانک واریز می‌کند و این انتقال، ماهیت انتقال مالکیت نداشته و صرفاً ماهیت پوششی و شکلی داشته و قابلیت تملیک از سوی بانک را ندارد؛ مثلاً شخصی با توجه به این که احتمال توقیف وجوہات وجود دارد پولش را بنام شخص دیگری منتقل می‌کند تا قابلیت توقیف نداشته باشد؛ یا قرار است به حساب شخصی وجهی واریز شود و چون قرار بر این شده پول به بانک به خصوص واریز شود و گیرنده وجه در آن بانک حسابی ندارد با انتقال وجه به حساب شخصی که در آن بانک حساب دارد، موافقت می‌کند و او از قضاء بدهکار بانک است و به محض واریز وجه، بانک پول را از حساب وی برای تسویه وام برداشت می‌کند. این‌ها مصادیقی از انتقال شکلی است که ماهیتاً وجهی به صاحب حساب تملیک نگردیده، پس برداشت وجه توسط بانک نیز نامشروع بوده از این رو ماهیت مبنایی این نظریه صحیح است.

### ۲-۳-۲. تمییز مالکیت

چالشی که بانک و در واقع کارمند بانک با آن مواجه است بحث تمییز وجوہات موجود در حساب بدهکار است که چگونه می‌توان در خصوص این‌که وجوہات موجود (واریزی توسط غیر) به عنوان مال تملیکی صاحب حساب قلمداد گردد و یا از جنس مال امانی موجود در حساب بدهکار بانکی! عملاً، قانوناً و منطقاً تمییز این دو برای بانک، نه تنها دشوار است بلکه غیرممکن است. پس به نظر می‌رسد نظریه اصداری در این خصوص قابلیت اجراء ندارد و اصل بر این است که بر اساس قاعده ید متصرف، مالک است (ماده ۳۵ قانون مدنی: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است، مگر این که خلاف آن ثابت شود.») و با توجه به این ماده وقتی فردی داوطلبانه وجهی به حساب اختصاصی شخص دیگری واریز می‌کند و این در حالی است که هر کس می‌تواند به آسانی در تمامی بانک‌ها بنام خود افتتاح حساب کند، مجاز بودن برداشت از حساب بیشتر نمود می‌یابد.

### ۲-۳-۳. دعوی استرداد

با بررسی نظریه و شواهد فوق چنین به نظر می‌رسد که نظریه صادره قابلیت اجرایی عملی را نداشته باشد چرا که در عمل افتتاح‌کننده حساب یا تسهیلات‌گیرنده هیچ‌وقت به بانک وکالت نمی‌دهد که اگر وجهی را شخص ثالث به حساب وی واریز کند و وجه متعلق به صاحب حساب نباشد، بانک مجاز در برداشت وجه باشد! بنابراین فایده عملی در آن خواهد بود که اگر بانک برداشتی از حساب وی انجام داد که وجه به مالک حساب تعلق ندارد، واریزکننده (صاحب وجه) بتواند استرداد وجه را از بانک مطالبه نماید و پس از اثبات نظریه فوق استدلال کافی را به محکمه داده تا حکم دهد که بانک وجه را به صاحب وجه مسترد نماید.

#### ۲-۳-۴. استرداد وثائق

مسئله‌ای که چالش دیگری برای بانک محسوب می‌شود این است که پس از برداشت وجه و تسویه آن، وثائق تسهیلاتی به تسهیلات‌گیرنده و ضامنین مسترد می‌شود، اما صاحب وجه متعاقباً با طرح دعوی وجه را مسترد می‌نماید و به سبب این که وثیقه مسترد شده است، بانک با مشکل وثیقه مواجه خواهد شد.

وقتی وثیقه از جنس وثیقه عینی (مانند رهن ملک) باشد، موضوع وثیقه شکل غامض تری خواهد داشت. وقتی ملکی که به‌عنوان وثیقه تسهیلات است با تصور تسویه تسهیلات فک رهن شده و سپس مالک، ملک رهنی را به ثالثی واگذار نموده (چه با حسن نیت و چه بدون آن)، آیا بانک می‌تواند استرداد مال به‌عنوان رهن یا همان احياء سند رهن و به تبع آن وثیقه را از دادگاه طلب نماید؟

به نظر می‌رسد با توجه به این که رهن عقد تبعی و پیرو وجود دین تشکیل یافته، اگر ایقاع فک رهن مبتنی بر تصور اشتباه تسویه بدهی صورت گرفته است، به سبب اشتباه در صدور اراده فک رهن، وثیقه قابل احياء است و معاملات متعاقب نیز به این دلیل قابل ابطال است.

#### نتیجه گیری

۱. نظریه شورای نگهبان قابلیت اجرایی عملی را نداشته و عملاً هم هیچ مشتری به بانک مجوز نمی‌دهد تا اگر وجه واریزی متعلق به غیر باشد، بانک بتواند وجه را بابت تسویه تسهیلات برداشت نماید.
۲. اساس نظریه صادره شورای نگهبان بر پایه اصول حقوقی است و بر اساس اصول حاکم، وجه متعلق به غیر در صورت برداشت بانک بایستی به مالک واقعی اعاده گردد که البته این موضوع فقط شامل موارد قراردادی مانند وکالت نبوده و حکم آن در خصوص امور قهری نیز حاکم است. (مانند برداشت وجه غیر از سپرده سرمایه‌گذاری کوتاه‌مدت تسهیلات‌گیرنده یا ضامن).
۳. تمییز ماهیت وجوه موجود در سپرده‌های تسهیلات‌گیرنده / ضامن عملاً برای بانک‌ها میسر نیست، فلذا اولویت بانک در برداشت وجه است و در صورت ادعای ثالث متعاقباً دعوی قابل بررسی است.
۴. نظریه مزبور بخشنامه‌هایی از بانک مرکزی را ابطال می‌کند که تسهیلات‌گیرنده وکالت می‌دهد تا بانک، وجه ثالث را برداشت نماید دز غیر این صورت وکالتی که به بانک اجازه می‌دهد در صورت تعویق از وجوهات خود صاحب حساب برداشت و تسهیلات را تسویه نماید و همچنین این وکالت در صورت وقوع تهاثر نیز همچنان معتبر است.
۵. فایده عملی نظریه صادره زمانی است که تعلق وجه موجود به غیر در حساب تسهیلات‌گیرنده که بابت تسویه برداشت شده اثبات و به استناد نظریه فوق در کنار سایر ادله حکم به استرداد وجه برداشتی به مالک اصلی صادر شود.

## منابع

۱. ایزانلو، ناصر. (۱۳۸۲) شروط محدودکننده و ساقطکننده مسئولیت در قراردادها. تهران: انتشارات سهام
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷) حقوق مدنی (رهن و صلح). تهران: گنج دانش
۳. خاوری، محمودرضا. (۱۳۷۱) حقوق بانکی. تهران: مؤسسه بانکداری ایران
۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲). عقود معین ۴ (عقود اذنی - وثیقه‌های دین). تهران: انتشار
۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷) قواعد عمومی قراردادها ۴. تهران: انتشارات سهام

رئیس قوه قضاییه در راستای رفع اطلاع دادرسی، تسریع در امور جاری محاکم و پیشگیری از وقوع جرم و استفاده از فناوری‌های جدید در روند دادرسی، آیین‌نامه ارائه خدمات الکترونیک قضایی را در ۲۲ خرداد ماه سال ۱۳۹۱ تصویب کرد و در اجرای ماده ۲ آیین‌نامه ارائه خدمات الکترونیک قضایی مصوب ۲۲ خردادماه سال ۱۳۹۱ رئیس قوه قضاییه، دستورالعمل ضوابط و شرایط تأسیس، فعالیت و انحلال دفتر خدمات الکترونیک قضایی را ابلاغ کرد. آیین‌نامه مصوب سال ۱۳۹۶ رئیس قوه قضاییه و دستورالعمل ضوابط و شرایط تأسیس، فعالیت و انحلال دفتر خدمات الکترونیک قضایی به موجب ماده ۳۹ آیین‌نامه جدید، جایگزین آیین‌نامه پیشین شد.

ارائه خدمات الکترونیک قضایی از طرح‌های بزرگ و مهم دستگاه قضایی و مورد توجه و تأکید مدیران عالی است. در طرح خدمات الکترونیک قضایی جهت طرح دعوی حقوقی، خانواده، تجدیدنظر، واخواهی و ... می‌بایست بدون مراجعه به محاکم یا دادرها، از طریق مراجعه به دفاتر خدمات الکترونیک قضایی نسبت به طرح دعوا اقدام شود. شواهد نشان می‌دهد که مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضاییه در جهت تسهیل ارائه خدمات قضایی و تحقق عدالت الکترونیک گام محکمی برداشته و توانسته با الکترونیکی کردن خدمات قضایی، سرعت رسیدگی به پرونده‌ها را بیشتر کند.

ارائه ابلاغ‌های قضایی به صورت الکترونیک هم در مقایسه با نمونه سنتی خود یک نوآوری کارا در امر قضایی بود که توانست سرعت رسیدگی به پرونده‌های قضایی را افزایش دهد.

انواع خدمات ارائه شده در دفاتر خدمات الکترونیک قضایی عبارتند از:

۱. ثبت دادخواست‌های حقوقی، خانواده، شورای حل اختلاف
۲. ثبت شکواییه
۳. ثبت اظهارنامه و ارائه گواهی ابلاغ اظهارنامه
۴. ثبت دعوی اعتراضی از جمله تجدیدنظرخواهی، واخواهی، اعاده دادرسی مدنی، اعاده دادرسی کیفری، اعتراض ثالث، اعتراض به قرار دادر
۵. ثبت شکایات دیوان عدالت اداری

۶. ثبت دعاوی طاری (تقابل، جلب ثالث، ورود ثالث در محاکم حقوقی و خانواده)
۷. ثبت لوایح (دفاعیه، رفع نقص، استرداد دادخواست، اعتراض به نظریه کارشناس و ...)
۸. دریافت ابلاغیه‌های قضایی
۹. اطلاع‌رسانی از پرونده‌ها
۱۰. ثبت نام ثنا و ...

مزایا و محاسن دفاتر خدمات قضایی در چند فراز به شرح ذیل است:

۱. وجود دفاتر خدمات قضایی برای قوه قضاییه یک فرصت و امکان فوق‌العاده و به‌مثابه دو بال پرواز برایش است که می‌تواند در رسیدن به اهداف بلندپروازانه و طرح‌های مبتکرانه و مدرن آن را یاری دهد. دفاتر خدمات قضایی بدون تحمیل هیچ هزینه‌ای با داشتن هزاران مترمربع ساختمان و هزاران میلیارد تومان تجهیزات و هزاران نفر پرسنل فنی و ماهر و بانگیزه می‌توانند هر طرح و برنامه مدرن و مبتکرانه‌ای را در مرحله عمل به سرانجام رسانند. به‌عنوان مثال افزایش صلاحیت دفاتر در استعلام و اخذ پاسخ استعلامات می‌تواند تعیین وقت احتیاطی و نظارتی را به صفر برساند و یا دادرسی مجازی در دفاتر خدمات قضایی می‌تواند از سفرهای برون‌شهری و اتلاف هزینه مراجعین بکاهد. در این دو فقره چه نهادی می‌تواند جایگزینی بهتر و مطمئن‌تر از دفاتر خدمات قضایی باشد!
۲. باید بپذیریم وظایفی که به دفاتر خدمات قضایی محول شده اولاً بسیار فنی و تخصصی است، ثانیاً گستردگی و تنوع زیادی دارد، ثالثاً اجرای آن از عهده هر فرد عادی و عامی برنخواهد آمد و تسلط و اشراف بر آن مستلزم معلومات عمیق و تمرین و ممارست فراوان است، رابعاً این وظایف قابلیت توسعه و افزایش را دارد و با آینده‌نگری می‌توان وظایف مدرن پیچیده و متنوع‌تری را تعریف کرد. لذا برای نیل به مقصود، واگذاری این امور به نهادی تخصصی با چهارچوب مشخص و دارای انگیزه کافی ضروری به نظر رسیده و عامل انگیزه نیز شرط موفقیت خواهد بود.
۳. تجربه کشورهای پیشرفته و علم توسعه ثابت کرده برون‌سپاری و واگذاری امور در تسهیل و تسریع و ارتقا خدمات بسیار موفق بوده و هیچ دولتی در دنیا نمی‌تواند اهداف توسعه‌طلبانه خود را بدون مشارکت بخش خصوصی‌ای که دارای انگیزه است، به منصفه ظهور برساند.
۴. کیفیت و نوع خدمات در قوه قضاییه از نوع خدمات تجاری و کاسب‌کارانه به معنای عام نبوده و در واگذاری این خدمات اگر تعاریف و مختصات علمی اخلاقی و تخصصی لحاظ نشود، نه تنها با فساد گسترده روبرو می‌شود، بلکه محکوم به شکست خواهد شد. از این رو واگذاری آن به طیف گسترده‌ای از افراد جامعه و یا واگذاری به عامه مردم خالی از اشکال نخواهد بود.

۵. با نگاه مختصری به دوربین‌های منصوبه در دفاتر ملاحظه می‌شود تمامی اجزای دفاتر بدون وقفه در حال تعامل و گفتگو با مراجعین هستند. عقل سلیم حکم می‌کند که این گفتگو تماماً متضمن راهنمایی و ارشاد و تذکر به مراجعین است که حکایت از فنی و پیچیده بودن و نیز گستردگی وظایف دفاتر خدمات دارد.
۶. تعداد بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های صادره در طول عمر ۶ ساله دفاتر خدمات قضایی به حدی زیاد و متنوع و پیچیده است که تسلط و اشراف بر آن به ایجاد یک نهاد تخصصی نیاز دارد. حال که دفاتر خدمات قضایی این حجم عظیم از بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها را که ضرورت یک دادرسی بی‌نقص و مطلوب است، رعایت نموده‌اند آیا توقف این نهاد مشکل‌ساز نخواهد بود؟!
۷. بدون تحمیل یک ریال برای بیش از ۱۰ هزار نفر شغل ایجاد شده است.
۸. یک دادرسی خوب و مطلوب مستلزم نظارت و بررسی دقیق مدارک و مستندات و احراز هویت و پالایش دادخواست و لوایح توسط یک نهاد مطمئن و ماهر است؛ چه نهادی مطمئن‌تر و حرفه‌ای‌تر از دفاتر خدمات قضایی؟!
۹. از آنجا که بخش اعظم امور قضایی الکترونیکی شده و هر خدمتی مستلزم فرایند یا فرایندهای خاصی بوده که اعمال آن در فضای مجازی و عالم الکترونیک از عهده افراد غیرحرفه‌ای برنمی‌آید و تسلط بر سامانه مستلزم سال‌ها کار و ممارست است، لذا امر قضایی چه در مرحله ابتدایی و چه مراحل بعدی و تبعی، علاوه بر معلومات حقوقی مستلزم اشراف و تسلط بر سامانه است. به‌عنوان مثال دعاوی‌ای همچون اعتراض ثالث، ورود ثالث، جلب ثالث، تجدیدنظرخواهی، لوایح دفاعی و غیره مستلزم دسترسی و قید مختصات پرونده همچون شماره پرونده، نام شعبه، شماره دادنامه، نام طرفین دعاوی اصلی و غیره است که قطعاً افراد غیرحرفه‌ای قادر به تمیز و تشخیص این موارد نیستند.
۱۰. با نگاهی به بعضی آمارها می‌توان به برکات و محسنات عظیم دفاتر در کاهش اطاله دادرسی، کاهش هزینه‌ها و خلوت شدن دادگستری‌ها و جلوگیری اشتباهات متداعیین پی برد که ذیلاً به ذکر چند مورد از صدها مورد آن بسنده می‌کنم.
- ۱-۱۰. در بخش قواعد شکلی دادخواست (اعم از خواهان، خوانده، تعیین خواسته، امضائات، پیوست‌های دادخواست، هزینه‌ها) موضوع ماده ۵۱ ق.آ.د.م که با نظارت و عملکرد دقیق دفاتر خدمات قضایی به عمل آمده است، با آمارهای حیرت‌انگیز ذیل مواجه می‌شویم:
- کاهش قرارهای توقیف دادخواست و نقص دادخواست و بالتبع قرار رد دادخواست
  - کاهش قرار عدم استماع دعوی

- به صفر رسیدن اخطار استحضاری (موردی که خواهان دادخواست را امضا نکرده باشد)
- کاهش قابل توجه نقص امضاء خواهان‌های متعدد و همچنین یکی از وکلای متعدد دعاوی
- کاهش تعیین وقت احتیاطی جهت نقص ضمایم و پیوست‌های دادخواست و اخطار رفع نقص آن
- کاهش اخطار و ابلاغ رفع نقص دادخواست
- کاهش قابل توجه ابلاغ پرداخت کسری تمبر وکلا
- کاهش قرار عدم صلاحیت
- نظم و انتظام و دقت در وصول تمبر وکلا
- کاهش دادخواست‌های با خواسته‌های واهی، بی‌اساس و غیرمنجز
- کاهش عدم تطابق ستون خواسته با شرح خواسته
- کاهش تغییر خواسته در نتیجه راهنمایی‌ها و ارشاد دفاتر و حتی کاهش و یا افزایش خواسته
- کاهش تغییر نحوه دعوا و خواسته آن در نتیجه ارشاد و راهنمایی مدیران دفاتر چرا که اگر چنین ارشادی به عمل نیاید، باید در جلسه اول درخواست شود و از همه مهم‌تر موجب قرار عدم صلاحیت و در بعضی موارد رد دعوی شود.

### کاهش ایراد به ارزش منطقه‌ای غیرمنقول

- کاهش ایراد دعوی خارج از مهلت
- مطابقت فعل مجرمانه با عناوین قانونی جرم
- پس از راه‌اندازی سامانه دفاتر خدمات الکترونیک قضایی، کانون محترم دفاتر خدمات الکترونیک قضایی با هدف سهولت و تسریع امور قضایی توسط وکلا «سامانه خود کاربری وکلا» را طراحی و از تاریخ ۱۳۹۸/۰۴/۰۳ جهت بهره‌برداری شبانه‌روزی و هرچه بهتر تمامی وکلا در سطح کشور راه‌اندازی نمود.
- با تمام این اوصاف، ثبت دادخواست‌ها توسط وکلا در «سامانه خود کاربری وکلا» در برخی موارد مستقل از دفاتر خدمات الکترونیک قضایی نخواهد بود و وکیل ناگزیر به مراجعه به دفاتر خواهد شد. یکی از موارد بدین شرح است:
- «محاسبه ارزش منطقه‌ای ملک» شامل عرصه زمین و اعیان بنا است که برای محاسبه عوارض و هزینه‌های دادرسی به شهرداری‌ها و دادگستری محاسبه می‌شود. علی‌هذا محاسبه آن به شدت زمانبر و بر عهده دفاتر خدمات الکترونیک قضایی است.



- محاسبه ارزش منطقه‌ای ملک، یکی از موارد دغدغه وکلا جهت ثبت دادخواست‌های حقوقی با خواسته‌هایی همچون خلع‌ید - الزام به تنظیم سند رسمی ملک - قلع و قمع مستحقات و غیره در سامانه خودکاربری وکلا است که ناگزیر به مراجعه به دفاتر خدمات الکترونیک قضایی خواهند بود. پیشنهاد می‌شود سامانه‌ای آنلاین طراحی شود که وکلا هم با دسترسی به این سامانه درصدد محاسبه ارزش معاملاتی املاک پرونده‌های خود در هرکجای کشور برآیند.
- عدم وجود عنوان «سایر» در قسمت ثبت لایحه؛ یکی از خدمات بسیار مهم و کاربردی در سامانه خودکاربری وکلا، ثبت و ارسال لوایح است که در بسیاری از موارد مشاهده می‌شود که عنوان مورد نظر در سامانه طراحی نشده و وکیل ناگزیر به انتخاب عنوان لایحه دفاعیه است در حالی که مصداق لایحه دفاعیه به مفهوم اعم نیست.
  - در قسمت ثبت امضاء علاوه بر امضای وکیل، درج امضاء برای موکل و یا نماینده وی درج شده که بعضاً به دلیل عدم اطلاع وکلا جهت دریافت رمز امضاء از موکل و نماینده اقدام می‌شود که با توجه به ثبت توسط وکیل ضرورتی برای درج امضای موکل و نماینده نخواهد بود.
  - در بخش پرداخت هزینه‌های دادرسی، سامانه با اختلالات فراوانی در پرداخت مواجه می‌شود که این امر موجبات نارضایتی و تحمیل هزینه‌های مضاعف برای وکیل و موکل را فراهم می‌آورد که در موارد اضطراری، وکلا ناگزیر به مراجعه به دفاتر خدمات الکترونیک قضایی خواهند شد.
  - عدم اطلاع‌رسانی اختلالات سامانه وکلا که منجر به بروز مشکلاتی چون از دست رفتن حق اعتراض موکل در پرونده‌های دارای فرجه قانونی خواهد شد.
- امید است با توجه به محاسن بسیار چشمگیر سامانه الکترونیک قضایی و سامانه خودکاربری وکلا، در آینده شاهد کاهش معایب موجود در سیستم باشیم و خدمات و دسترسی‌های بیشتری برای مردم و وکلا فراهم آید.

حق تجدیدنظرخواهی دادستان در جرایم قابل گذشت  
نقدی بر رأی وحدت رویه مورخ ۱۴۰۱/۱/۱۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

دکتر فیروز محمودی جانکی دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

الف) گزارش رأی

به حکایت گزارش پرونده وحدت رویه قضایی ردیف ۲/۱۴۰۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در اولین جلسه خود در سال جدید در تاریخ ۱۶ فروردین ۱۴۰۱، رأی شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در خصوص حق تجدیدنظرخواهی دادستان از آرای صادره در مورد جرائم قابل گذشت را تأیید نمود.

بر اساس گزارش پرونده مزبور شعبه ۱۱۶۳ دادگاه کیفری ۲ تهران به موجب دادنامه ۹۹۰۹۹۷۲۱۸۰۳۰۰۲۶۱ مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۵ در خصوص اتهام آقای ... دایر بر خیانت در امانت نسبت به خودرو هیوندا موضوع شکایت آقای میلاد ... به لحاظ فقد ادله کافی، بزه انتسابی به مشارالیه را محرز ندانست و در اجرای ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری حکم به برائت مشارالیه صادر کرد. معاون دادستان و سرپرست دادرسی عمومی و انقلاب تهران از این رأی تجدیدنظرخواهی نمود. شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۰۶۸۳۹۰۰۰۰۱۹۸۰۹۸ مورخ ۱۴۰۰/۱/۱۸ چنین رأی داد:

«نظر به این که جرم مزبور مطابق ماده ۱۱ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری و ماده ۱۰۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از جرایم قابل گذشت بوده و صرفاً با شکایت شاکی قابل تعقیب است و در بزه مذکور جنبه خصوصی بر جنبه عمومی غلبه دارد، لذا شروع به تعقیب، رسیدگی و اجرای حکم جزا با شکایت شاکی و اراده وی مبنی بر ادامه فرآیند مذکور میسر خواهد بود و تجدیدنظرخواهی معاون دادستان نیز به منزله تحت تعقیب قرار دادن متهم و مجازات وی محسوب می شود. لذا دادگاه به استناد ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری ناظر به ماده ۴۳۳ قانون مذکور قرار رد تجدیدنظرخواهی را صادر می نماید.»

از سوی دیگر به حکایت دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۲۱۹۲۱۰۱۶۱۶ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۷ شعبه ۱۰۴۶ دادگاه کیفری ۲ تهران در خصوص اتهام آقایان ... دایر بر توهین، افترا و نشر اکاذیب در فضای مجازی موضوع شکایت آقای ... به دلیل فقد ادله رأی بر برائت متهمان صادر نمود که با تجدیدنظرخواهی معاون دادستان و سرپرست دادرسی ناحیه ۳۱ دادرسی عمومی و انقلاب تهران،

شعبه ۵۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۰۶۸۳۹۰۰۰۰۱۹۸۰۹ مورخ ۱۴۰۰/۳/۴ چنین رأی داد:

«نظر به اینکه مراتب تجدیدنظرخواهی مطروح منطبق با بندت ماده ۴۳۴ قانون آیین دادرسی کیفری است، لذا تجدیدنظرخواهی به عمل آمده وارد تشخیص داده می‌شود و به استناد بند پ ماده ۴۵۵ قانون مرقوم، ضمن نقض رأی برائت نامبردگان به استناد مواد ۶۰۸، ۶۹۷ و ۷۴۶ قانون مجازات اسلامی و با رعایت بند ج ماده ۱ و بندهای ب و ث ماده ۱۲ قانون کاهش مجازات حبس و به استناد ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی و با رعایت قاعده تعدد مادی جرم و رعایت میانگین بین حداقل و حداکثر مجازات قانونی بابت بزه توهین هر یک از متهمان را به پرداخت یک میلیون ریال جزای نقدی و بابت افترا نیز هر یک را به پرداخت یک میلیون ریال جزای نقدی به نفع دولت محکوم می‌نماید و بابت نشر اکاذیب به وسیله سامانه رایانه‌ای در فضای مجازی هر یک از متهمان را به ۱۴ ماه حبس تعزیری و اعاده حیثیت شاکی به طریق ممکن صادر و اعلام می‌دارد.»

هیأت عمومی در اجرای ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی، نظر شعبه ۵۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران را تأیید نمود. با این‌که در زمان نگارش این نقد، رأی هیأت محترم عمومی منتشر نشده تا عیناً نقل شود، روشن است که با توجه به گزارش فوق و استناد به اطلاق حق تجدیدنظرخواهی دادستان در جرایم قابل گذشت مورد پذیرش قرار گرفت.

### **ب) مبانی رأی وحدت رویه: جرم به مثابه نقض نظم عمومی**

صرف نظر از استدلال حقوقی و تفسیر لفظی که شعبه ۵۷ دادگاه تجدیدنظر و به تبع آن هیأت عمومی دیوان عالی کشور در پذیرش این حق ارائه دادند، این رأی بر مبانی دیگری نیز استوار است؛ نخست، به تبع شکل‌گیری مفهوم جرم در حقوق کیفری مدرن که متأثر از مبانی شکل‌گیری و مشروعیت دولت مدرن است، جرم رفتاری است که نظم عمومی را نقض می‌کند و بدان آسیب می‌زند. زیرا رفتار مجرمانه «خطایی عمومی» تلقی می‌شود و نه صرف خطایی که به حق شخصی آسیب وارد می‌کند. این‌که «عمومی» بودن یک خطا به چه معناست، در جای خود محل گفتگو است اما می‌توان به همین اندازه بسنده کرد که خطا بدان جهت عمومی است که نه صرفاً یک شخص یا اشخاص معین، بلکه به عموم ضرر وارد می‌کند؛ عموم نیز مجموعه‌ای از افراد است که وقتی خطایی علیه آن سر می‌زند و یا ضرری بر آن وارد می‌شود، بزه‌دیده معینی ندارد. همچنان‌که می‌توان عموم را یک کل دانست که منافع مشترکی دارد که جرم آن منافع را هدف قرار می‌دهد. در این تعاریف، جرم رفتاری است که حقوق و منافع عموم را به مثابه یک کل نقض می‌کند و نه یک یا چند بزه‌دیده مشخص را. اگر هم جرم علیه یک شخص معین ارتکاب می‌یابد، ماهیت رفتار به گونه‌ای است که به دیگران نیز ارتباط پیدا می‌کند. اینجا سخن ما بر سر یک نظریهٔ هنجاری

جرم‌انگار نیست بلکه بیان نقطه انقراضی است که در حقوق کیفری مدرن، جرم را رفتاری متضمن یک خطای عمومی می‌دانند و نه یک رفتار خصوصی. از این رو، رفتار مجرمانه صرف نقض روابط متقابل میان مجرم و بزه‌دیده‌اش نیست تا در دایره حقوق خصوصی باقی بماند. وجه عمومی جرم است که «صلاحیت» حقوق کیفری را به‌مثابه حقوق عمومی معنادار می‌کند. حال آن‌که در «خطای خصوصی» چنین صلاحیتی به رسمیت شناخته نمی‌شود و مداخله قدرت عمومی حداکثر برای حل و فصل اختلاف است و نه این‌که خود در جایگاه یکی از دو طرف دعوا قرار گیرد.

بر اساس چنین مبنایی، قوانین موقتی محاکمات جزایی (آیین دادرسی کیفری) ۱۲۹۱ ایران در ماده ۲ مقرر می‌داشت که «محکومیت به جزا ناشی از جرم است و جرم می‌تواند دو حیثیت داشته باشد؛ (اول) حیثیت عمومی از جهتی که منحل نظم و حقوق عمومی است. (دوم) حیثیت خصوصی از آن جهت که راجع به تضرر شخص یا اشخاص یا هیأت معینی است. علی‌هذا جرمی که دارای دو حیثیت است موجب دو ادعا می‌شود: ادعای عمومی برای حفظ حقوق عمومی و ادعای خصوصی برای مطالبه ضرر و زیان شخصی». بر اساس ماده ۳ «قامه دعوی و تعقیب مجرم یا متهم به جرم از حیث حقوق عمومی بر عهده اداره مدعی‌العموم است و اقامه دعوی از حیث ضرر و زیان شخصی بر عهده مدعی خصوصی است (رجوع به ماده ۹) مستثنیات این ماده در مواد آتی تصریح است». منطبق بر برداشتی از حیثیت عمومی جرم، اقتضای آن را داشت که مدعی‌العموم یا دادستان متکفل طرح شکایت و تعقیب آن باشد و این مهم برخلاف حقوق پیشامدرن از دوش بزه‌دیده برداشته شد. در قانون اصول تشکیلات دادگستری مصوب ۱۳۰۷ نیز که اداره مدعی‌العمومی را به اقتباس از قوانین فرانسه ایجاد کرد، مقام تعقیب تحت نام مدعی‌العموم برای حفظ حقوق عامه و نظارت بر اجرای قوانین پیش‌بینی شده بود.

با این حال، از همان آغاز قانون‌گذاران رفتارهایی را نیز جرم‌انگاری کردند که به‌زعم خودشان دارای حیثیت عمومی غالب نیستند بلکه غلبه با حیثیت خصوصی آن‌ها است. ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۱ به صراحت این ادعا را تأیید می‌کند: «در آن قسمت امور جزایی که راجع به محاکم صلاحیه است و حیثیت عمومی آن‌ها دارای اهمیتی نیست اقامه دعوی و تعقیب امر جزایی بر عهده مدعی خصوصی است و همچنین موافق قوانین به عهده مأمورین نظمی است که در این موارد تا اندازه‌ای که قانون معین کرده قائم‌مقام مدعی‌العموم هستند». این ماده به خوبی نشان می‌دهد که قانون‌گذاران ما از ابتدا با این‌که جرم را نقض نظم عمومی می‌دانستند، باز هم رفتارهایی را جرم‌انگاری کردند که برخلاف این مفهوم از جرم، حیثیت خصوصی آن‌ها غالب بود. پس از انقلاب این رویکرد و فهم دوگانه از «مفهوم جرم» ادامه یافت تا جایی که به‌عنوان یک نهاد مهم در حقوق کیفری با نام «جرایم قابل گذشت» در کنار جرایم عمومی که غیرقابل گذشت نام گرفته بودند، تثبیت شد. ایجاد چنین نهادی بر سایر نهادهای دیگر کیفری مانند حق شکایت و تعقیب، حق گذشت در مراحل مختلف رسیدگی جزایی، تجدیدنظرخواهی و مانند آن اثرگذار

است و در هر مورد قانون‌گذار باید احکام خاص این دسته از جرایم قابل گذشت را بیان نماید. ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) مصوب ۱۳۷۸ با اصلاحات و الحاقات بعدی، بر پیچیدگی مفهوم جرم که در قانون قبلی بود، افزود و سه جنبه برای جرم قائل شد: «کلیه جرایم دارای جنبه الهی است و به شرح ذیل تقسیم می‌شود: اول: جرایمی که مجازات آن در شرع معین شده مانند موارد حدود و تعزیرات شرعی. دوم: جرایمی که تعدی به حقوق جامعه و یا مخل نظم همگانی باشد. سوم: جرایمی که تعدی به حقوق شخص یا اشخاص معین حقیقی یا حقوقی است».

جدای از ایرادات مبنایی بر این تقسیم، مشخص است قانون‌گذار حتی ۲۰ سال پس از وضع و اجرای قوانین کیفری جدید، باز هم نمی‌داند که جرم چه ویژگی منحصر به فردی دارد که سایر رفتارهای ناقض حقوق و آزادی‌ها از آن برخوردار نیستند؛ از سویی همه جرایم را دارای جنبه الهی می‌داند. یعنی هر جرمی ذاتاً نقض احکام و اوامری است که به شارع نسبت داده می‌شوند. حال چنین رفتاری ممکن است ناقض حقوق جامعه یا مخل نظم همگانی باشد یا تعدی به حقوق شخص یا اشخاص معین حقیقی یا حقوقی. اگر قانون آیین دادرسی کیفری ۱۲۹۱ ماهیت جرم را نقض نظم عمومی می‌دانست، خلف انقلابی آن حتی نقض حقوق اشخاص را بدون این‌که ناقض نظم عمومی باشند، به صرف نقض حق الله در قالب مفهومی جرم قرار داده است. به هم‌ریختگی و آشفتگی نظری در این قانون وقتی به اوج می‌رسد که در تبصره ۲ همین ماده بدون توجه به صدر ماده می‌گوید: «جرمی که دارای دو جنبه باشد می‌تواند موجب دو ادعا شود:

*الف) ادعای عمومی برای حفظ حدود الهی و حقوق و نظم عمومی.*

*ب) ادعای خصوصی برای مطالبه حق از قبیل قصاص و قذف یا ضرر و زیان اشخاص حقیقی یا حقوقی».*

اگر در صدر ماده همه جرایم جنبه الهی دارند، چرا از سویی ادعای عمومی را به جهت جنبه الهی و عمومی جرم محدود می‌کند و از سوی دیگر در بندهای ۲ و ۳ ماده ۴ همین قانون تعقیب برخی از جرایم را صرفاً با شکایت شاکی میسر می‌داند؟ اگر همه جرایم جنبه الهی دارند و این جنبه از جرم در کنار جنبه عمومی موجب طرح یک ادعای عمومی می‌شود، چرا وقتی جنبه خصوصی جرم در کنار جنبه الهی آن قرار می‌گیرد، تنها با شکایت بزه‌دیده قابل تعقیب است؟ بزه‌دیده صرفاً از باب ضرری که از رفتار مجرمانه متحمل شده، طرح شکایت می‌کند و نه از باب نقض حق الله.

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با اندکی تغییر، همان موضع را در ماده ۸ اتخاذ کرد و در ماده ۱۱ با لحاظ بند الف ماده ۸ تعقیب متهم و اقامه دعوا را از جهت حیثیت عمومی بر عهده دادستان، و اقامه دعوا و درخواست تعقیب متهم از جهت حیثیت خصوصی را با شاکی یا مدعی خصوصی دانسته است.

مجموع مواد فوق به خوبی نشان می‌دهد که قانون‌گذاران ما در هیچ دوره‌ای از قانون‌گذاری به خوبی نتوانستند مفهومی از جرم را دریابند که متناقض و یا مبهم نباشد. شاید ماندن در میانه حقوق سنتی و حقوق مدرن که الزامات متفاوتی دارد، آنان را واداشت که یکی به نعل بزنند و یکی به میخ. اگر جرم، نقض نظم عمومی است، یعنی باید همواره وجهه عمومی آن بر حیثیت خصوصی آن غلبه داشته باشد. اگر بر عکس شد، یعنی این‌که رفتار مورد نظر نباید موضوع مداخله کیفری قرار گیرد. وقتی قانون‌گذار آیین دادرسی کیفری در سال ۱۲۹۱ می‌پذیرد، حیثیت عمومی برخی از جرایم دارای اهمیت نیستند و اقامه دعوی و تعقیب امر جزایی را در خصوص آن‌ها بر عهده مدعی خصوصی قرار می‌دهد، بدین معناست که از نظر قانون‌گذار رفتارهایی هم هستند که جرم محسوب شدند بدون این‌که از نظر نقض حقوق عمومی اهمیت داشته باشند. با این حال، برای این‌که نظریه خود را چندان مخدوش نبیند، مدعی است جنبه عمومی دارد ولی غلبه با جنبه خصوصی آن است. اگر چنین است، بسیاری از رفتارهایی که در حقوق مدنی موضوع قانون‌گذاری قرار گرفتند به نحوی می‌تواند به نظم عمومی ارتباط پیدا بکنند. همچنان که رفتارهای اداری و انضباطی دارای چنین خصلتی‌اند. حال آن‌که در حقوق کیفری جدید، جرم یک «خطای عمومی» است و خطاهای خصوصی نمی‌توانند و نباید وارد قلمرو کیفری شوند. بنابراین از همان ابتدا قانون‌گذار کیفری ایران باید صرفاً رفتارهایی را که به زعم او دارای چنین ویژگی‌ای هستند، جرم‌نگاری می‌کرد.

دلایل متعددی را می‌توان درباره تخطی از این ضابطه اقامه کرد. مهم‌ترین آن‌ها ناراستی فهم دولت مدرن و حقوق کیفری برآمده از آن از سویی و دشواری عبور از سنت‌های کیفری ماقبل مدرن بود که به تبع فهم سنتی و فقهی از جرایم، در اندیشه قانون‌گذاران و افکار عمومی رسوخ کرده بود. حقوق کیفری ما در این زمینه، میانه سنت و مدرنیسم ره پیمود و راهی گشود تا رفتارهایی را هم که به زعم او بعد عمومی پر اهمیتی ندارند، تحت سلطه اقتدار قهرآمیز قرار دهد. این شیوه قانون‌گذاری، به شکل‌گیری نهادی به نام «جرایم قابل گذشت» انجامید که تعقیب آن‌ها منوط به شکایت شاکی خصوصی شد اما توقف رسیدگی در همه موارد و همیشه با گذشت او میسر نمی‌شد تا این‌که در ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ گذشت شاکی را موجب موقوفی تعقیب دانست.

این رویکرد، در واقع امر به توسعه حقوق کیفری و گستراندن مرزهای آن به درون خطاهای خصوصی و روابط میان‌فردی انجامید. شکل‌گیری نهاد جرایم قابل گذشت، بر پایه تفوق وجهه خصوصی آن‌ها، این نهاد را بیشتر مهبای طرح ایده «جرم‌زدایی» از این جرایم می‌کند تا بقا در حیطه کیفری. با این حال، این نهاد به مثابه یک مزیت در دسترس، درهای عدالت کیفری موجود را به روی «عدالت ترمیمی» می‌گشاید. «قابل گذشت بودن» دریچه ورود به چنین پارادایمی است که نظریه‌پردازان مهمی چون نیلس کریستی بر این باور بودند که حقوق مدرن «اختلاف‌ها را به مثابه دارایی»<sup>۱</sup> تصاحب

۱. برای مطالعه رجوع کنید به: نیل کریستی، «اختلاف‌ها به مثابه دارایی»، مجله فقه و حقوق، سال دوم، بهار ۱۳۸۵، صص. ۱۹۵-۱۶۷

کرده است، بزه‌دیدگان را از مشارکت فعال در فرایند عدالت کیفری باز داشتند، عدالت را به وجه «کیفری» آن تقلیل دادند، توانایی جامعه محلی را در حل و فصل اختلافات نادیده گرفتند و مشروعیت جایگزین‌های کیفری را زیر سؤال بردند. با تأکید دوباره بر این‌که اصل جرم‌انگاری بسیاری از جرایم قابل گذشت با تردید مواجه است، وجود چنین نهادی در حقوق کیفری ایران، نقطه اتصال مناسبی برای ترمیمی‌سازی عدالت و فراتر رفتن از یک عدالت کیفری صوری است.

رای وحدت رویه در چنین بستر حقوقی، جانب مبنای مدرن حقوق کیفری را گرفت که اساساً جرم را نقض نظم عمومی می‌داند و تعقیب آن را بر عهده دادستان به‌عنوان نماینده جامعه قرار می‌دهد. از این‌رو، پس از شروع به تعقیب نیز، نظارت بر تحقیقات مقدماتی، صدور کیفرخواست و دفاع از آن در دادگاه و همچنین اعتراض به رای دادگاه در صورت عدم انطباق با دلایل یا موازین قانونی را بر عهده مقام تعقیب قرار می‌دهد. ظاهراً برداشت قضات دیوان عالی کشور این بود که در جرایم قابل گذشت، به لحاظ تفوق اهمیت ضرر و زیان بزه‌دیده در مقایسه با صدمه‌ای که به نظم عمومی وارد کرده (بنا بر فرض)، شرط شروع به تعقیب توسط دادستان، تقاضای بزه‌دیده است. اما با طرح شکایت توسط شاکی، شروع به تعقیب توسط دادستان و ادامه فرایند کیفری در این جرایم همچون جرایم غیرقابل گذشت است. لذا در صورتی که شاکی از رای دادگاه کیفری تجدیدنظرخواهی نکند، دادستان در صورت وجود مقتضی قانونی می‌تواند از حکم صادره تجدیدنظرخواهی کند. ظاهراً رای صادره منصرف از مواردی است که شاکی اعلام گذشت کرده است. زیرا به موجب ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی کیفری، در این صورت دادگاه باید قرار موقوفی تعقیب صادر نماید. اما اگر پس از صدور رای کیفری، خصوصاً در موارد محکومیت متهم، شاکی اعلام گذشت نماید، حتی بر اساس رای مزبور حق تجدیدنظرخواهی دادستان ساقط می‌شود.

در تعلیل این رای می‌توان دلیل دیگری را هم اضافه کرد که اگر در مواردی شاکی بدون این‌که اعلام گذشت کرده باشد، نسبت به دادنامه کیفری تجدیدنظرخواهی نکرده باشد و درعین حال دادنامه به‌طور صریح و مبرهنی خلاف قانون صادر شده باشد، دادستان مکلف است به حسب اطلاق وظیفه دوشم که نظارت بر اجرای قانون است، نسبت به رای تجدیدنظرخواهی کند.

افزون بر این، با استظهار به مواد ۲۷۹ و ۳۵۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۱ که پژوهش‌خواهی شاکی در همه جرایم را، اعم از قابل گذشت و غیرقابل گذشت، منحصر به دعوای خصوصی یا حکم ضرر و زیان نمود، و نه جنبه کیفری حکم، اعم از محکومیت یا برائت، و با توجه به این‌که قوانین دادرسی کیفری پس از آن حق تجدیدنظرخواهی دادستان را در جرایم قابل گذشت نفی یا محدود نکرده است، رای وحدت رویه بر تثبیت چنین حقی صادر شد.

### ج) ایرادات وارد بر رأی وحدت رویه

نخست، همان‌طور که اشاره شد، رأی صادره در میانه دو رویکرد متفاوت و تا حدی متعارض، به حق اعتراض دادستان نگریسته است. اگر جرم نقض نظم عمومی است و این وجهه جرم باید بعد غالب آن باشد، وجود جرایمی با غلبه بعد خصوصی در تناقض با آن است. شاید گفته شود که جرم در هر حال ناقض نظم عمومی است ولی بعد خصوصی آن غلبه دارد. در این صورت، ایراد این است که این نظام حقوقی مشخصاً چه تعریفی از جرم دارد و جرم چه تفاوتی با عناوین مدنی و اداری و انضباطی دارد؟ این رویکرد نمی‌تواند پاسخ روشنی به این پرسش ارائه دهد.

دوم، رأی مزبور فلسفه وضع و جعل نهاد جرایم قابل گذشت را نادیده گرفته است. تفوق یا تقدم جنبه خصوصی رفتار مجرمانه اقتضا می‌کند که دادستان، عدم تجدیدنظرخواهی شاکی را حمل بر گذشت او یا انصراف از ادامه رسیدگی کند و از درخواست تجدیدنظر نسبت به حکم خودداری کند. حال آن‌که در جرایم غیرقابل گذشت که فرض بر این است که رفتار مجرمانه متضمن خطایی عمومی و پر اهمیت بوده و جنبه خصوصی جرم در حاشیه قرار دارد، حق دادستان در تجدیدنظرخواهی منطقی و مطابق میناست. با این همه، ایراد اصلی به مفهومی است که قانون‌گذار از جرم و الزامات و شرایط جرم‌انگاری یک رفتار داشته است؛ به‌گونه‌ای که خطای عمومی و خطای خصوصی را به یکسان در قلمرو رفتارهای قابل جرم‌انگاری قرار داده است. گرچه برخی از مصادیق جرایم قابل گذشت به جهت ماهیت ارزشی که نقض می‌کنند و ارتباط قوی که با حقوق عموم دارند، قابلیت جرم‌انگاری دارند، بقیه این جرایم به‌طور اساسی نباید وارد حقوق کیفری شوند. در خصوص این دسته از مصادیق، عدالت ترمیمی آن هم مستقل از عدالت کیفری جایگزین مناسب‌تری است. مقبولیت نسبی روش‌های ترمیمی برای پرداختن به این دسته از رفتارها در فرهنگ عمومی در ایران که اثر خود را در توسعه دایره جرایم قابل گذشت گذاشته، مانع از این است که در عین حال که شاکی تجدیدنظرخواهی نکرده است، به دادستان حق چنین اقدامی داده شود.

سوم، می‌دانیم بنا بر فرض درباره مفهوم جرم در حقوق کیفری مدرن، دادستان که از جانب جامعه حق تعقیب را دارد، باید حق تجدیدنظرخواهی را داشته باشد، اما باز هم بنا به فرض همین قانون‌گذاران، جرایم قابل گذشت از اساس نقض نظم عمومی نیستند تا بخواهیم وجود حق تجدیدنظرخواهی را برای او ثابت بدانیم. به بیان دیگر، در این موارد ما با دو حق مواجهیم. حق خصوصی شاکی و حق دادستان برای تجدیدنظرخواهی. رأی وحدت رویه تفوق را به حق دادستان در این خصوص داده است. زیرا دادستان را مرجع عمومی برای تعقیب جرم از ناحیه همگان به شمار آورده که ولو شاکی خصوصی نخواهد رسیدگی در مرجع بالاتر ادامه یابد، دادستان را صاحب چنین حقی دانسته که در مقام تراحم، بر حق اشخاص برای تعقیب کیفری تقدم دارد. اگر چنین است، چرا در قانون آیین دادرسی کیفری، حق شاکی را برای شروع به تعقیب مقدم بر حق



دادستان قرار داده است؟ و چرا در تعریف این جرایم، غلبه را به حیثیت خصوصی این جرایم داده است؟ از این رو، تقدم حق دادستان در تجدیدنظرخواهی در تعارض با تقدم حق شاکی در طرح دعوا و شروع به تعقیب است. خصوصاً این که می دانیم عملاً در نظام کیفری ما، در این دسته از جرایم بار اصلی دفاع از اتهام بر عهده خود شاکی است و نه دادستان. برای رعایت هماهنگی نظری در مورد این جرایم، درست این بود که همچنان تقدم با حق شاکی برای تجدیدنظرخواهی باشد تا در مواردی که او به هر دلیلی تجدیدنظرخواهی نکرده باشد، پرونده مختومه شود. ممکن است گفته شود، در برخی موارد علی رغم این که رأی دادگاه کیفری متضمن اشتباه است، شاکی به دلایلی از جمله ناآگاهی نسبت به نادرستی رأی، تجدیدنظرخواهی نمی کند. لذا پذیرش این حق برای دادستان از باب نظارت بر اجرای قوانین ضرورت دارد. با این که این احتمال همیشه وجود دارد، ماهیت جرایم قابل گذشت به شرحی که گفته شد به گونه ای است که عدم تجدیدنظرخواهی شاکی را باید به مثابه عدم تمایل او برای ادامه فرایند کیفری تلقی کرد. در این موارد پیش بینی تکلیف دادستان مبنی بر تذکر به شاکی در خصوص اشتباه رأی و جهت هدایت او به اتخاذ تصمیم درست تر، راه مناسب تر و قابل دفاع تری است تا پذیرش حق تجدیدنظرخواهی برای دادستان مستقل از اعمال این حق توسط شاکی.

چهارم، پذیرش این حق برای دادستان، به جای تقویت روندهای ترمیمی و نیز کاهش اطاله دادرسی، به تقویت اختلاف و مشاجره و پرهزینه کردن دخالت حکومت در جرایم قابل گذشت می انجامد که مغایر با سیاست جنایی اتخاذی در سال های اخیر برای توسعه عدالت ترمیمی است.

## شرح ماوقع

وکیل خواهان دادخواستی را علیه خواندگان دعوی به خواسته تأیید انفساخ قرارداد و ابطال اجاره‌نامه مطرح می‌نماید. با این شرح که: موکل آقای ن. الف، طی وکالت‌نامه‌ای رسمی مورخ ۹۶/۲/۱۳ به خواننده آقای ع. ف اختیار اجاره یا صلح مغازه خود را می‌دهد اما سپس در مورخ ۹۶/۱۲/۲۰ خود موکل شخصاً اقدام به اجاره ملک موضوع وکالت‌نامه می‌نماید پس با این اقدام مستند به ماده ۶۸۳ ق.م.عقد وکالت خود به خود منفسخ گردیده است. با این وصف، خواننده ردیف اول آقای ع. ف با علم و اطلاع از جریان ماوقع و انفساخ قرارداد وکالت در مورخ ۹۷/۱۲/۹ اقدام به اجاره و انتقال سرقفلی به خواننده ردیف دوم آقای م. الف می‌نماید. لذا با تقدیم دادخواست، رد و عدم اجازه این انتقال اعلام و سپس ابطال اجاره‌نامه را از دادگاه تقاضا می‌نماید.

خواننده ردیف دوم (م. الف) با وکالت آقای پ طی دادخواستی که ضمایم آن سند صلح سرقفلی و حق کسب و پیشه مبنی بر انتقال از خواهان به خانم پ است و سپس وکالت‌نامه‌ای مورد اشاره قرار می‌گیرد که در آن خواهان به آقای ع. ف وکالت می‌دهد در فروش، مصالحه، اجاره، رهن و در پایان این وکالت‌نامه، عبارت: «وکالت ضمن عقد خارج لازمی از جانب موکل تا پایان موضوع انجام مورد وکالت بلاعزل شرط شده و موکل حق عزل وکیل یا ضم امین یا وکیل را در مدت مرقوم از خود سلب و ساقط نموده است» درج شده است. وکیل در ادامه لایحه به نکاتی اشاره می‌کند: ۱. خواهان در وکالت‌نامه تنظیمی تمامی اختیارات از جمله رهن، صلح، اجاره را به موکل ایداع داشته و در سه خط پایانی وکالت‌نامه حق عزل وکیل، ضم وکیل یا امین دیگر و حتی حق انجام مورد وکالت را از خود سلب نموده است. ۲. اساساً ماده ۶۸۳ ق.م.متعلق به زمانی است که موکل مدنی، ملک را به شخص دیگری واگذار نماید و اساساً دیگر در آن مالکیتی نداشته باشد تا وکالت وکیل و در مانحن فیه موکل بی‌اثر و فاقد مقتضی شود. ۳. اگر اصیل شخصاً یک‌بار مورد وکالت را انجام دهد، دیگر وکیل حق انجام آن را ندارد؟ (منظور، قطعاً دارد).

### رأی دادگاه؛ دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۱۳۳۸۲۰۰۵۲۹

شعبه ۱۰ دادگاه عمومی حقوقی رشت مورخ ۹۹/۵/۲۱ اقدام به صدور رأی می‌نماید: «... با عنایت به این‌که خواهان طی مبایعه‌نامه ۵۳۰۶۳ مورخ ۹۵/۸/۲۳ ملک را به علی اصغر پور فلاح انتقال داده است، پس دیگر مالکیتی نسبت به ملک موصوف نداشته لذا صلح سرقفلی و انتقال مورد اجاره از سوی ایشان در تاریخ بعد نیز فضولی است، لذا خواسته خواهان وارد تشخیص داده نشده و مستنداً به مواد ۲ و ۱۹۷ حکم به بطلان دعوی خواهان صادر می‌گردد».

خواهان پرونده از این رأی تجدیدنظرخواهی می‌کند که به شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان ارجاع می‌شود و این شعبه در مورخ ۱۳۹۹/۸/۳ طی دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۱۳۳۶۷۰۱۱۸۳ بیان می‌دارد: تجدیدنظرخواهی وارد نیست زیرا عمل موکل زمانی موجب انفساخ وکالت می‌شود که خلاف مقتضای عقد وکالت باشد و عقد وکالت از بین رفته باشد، مانند این‌که برای اجاره دادن ملک وکالت داده باشد و سپس ملک را بفروشد و موضوع وکالت امکان محقق آن میسر نگردد و لذا دادنامه بدوی تأیید می‌گردد.

### نقد رأی

در رابطه با موضوع پرونده که بحث اصلی آن اتمام یا ادامه جریان وکالت است، دو نکته بسیار مهم جلب توجه می‌کند که می‌توان آن‌ها را در قالب دو سؤال مطرح نمود:

۱. در صورتی که اصیل در وکالت مدنی که به وکیل می‌دهد، حق عزل وی و نیز ضم امین یا وکیل دیگر را از خود سلب نماید آیا می‌تواند خود مورد وکالت را انجام دهد؟ به عبارت دیگر آیا این اصیل می‌تواند اقدام به امری نماید که مغایر با وکالت ایداعی در امر خاصی باشد؟  
ماده ۶۸۳ قانون مدنی در این رابطه اشعار می‌دارد: «هرگاه متعلق حق وکالت از بین برود یا موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا به‌طور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد بجا آورد، مثل این‌که مالی را که برای فروش آن وکالت داده بود خود بفروشد، وکالت منفسخ می‌شود». بنابراین همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، اصیل می‌تواند خود نیز مورد وکالت را انجام دهد و در این صورت قرارداد وکالت منفسخ خواهد شد. اما در رابطه با حالتی که وکالت بلاعزل باشد، نیز اصیل مجاز به انجام این کار است یا خیر، میان حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. به نظر می‌رسد اعطای وکالت بلاعزل مانع انجام عمل موضوع وکالت توسط خود موکل نیست مگر این‌که موکل حق انجام آن را صریحاً یا ضمناً از خود سلب و ساقط کرده باشد. بدین ترتیب در پرونده حاضر با توجه به این‌که در این مدل از وکالت‌نامه‌ها، وکالت در مقام معامله ناقله است و نه یک وکالت صرف، بنابراین از عبارات و الفاظ و شروط درج‌شده در قسمت انتهایی وکالت‌نامه این‌طور مستفاد می‌گردد که اصیل نمی‌توانسته اقدام به امری نماید که مورد وکالت را از متفی نماید.
۲. آیا بعد از انجام مورد وکالت از سوی اصیل و به تبع آن انفساخ قرارداد، اصیل می‌بایست به وحدت ملاک ماده ۶۸۰ این موضوع را به اطلاع وکیل برساند تا از نفوذ اعمال وکیل جلوگیری نماید یا نیازی به این امر نیست؟

ماده ۶۸۰ ق.م در خصوص لزوم اطلاع وکیل از عزل بیان می‌دارد: «تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید، نسبت به موکل نافذ است». همان‌طور که مشخص است نفوذ اعمال وکیل عزل‌شده، خلاف قواعد و معاملات و حکم ثانوی است که در نتیجه اعمال قاعده لاضرر در رابطه وکیل و موکل اجرا می‌شود. البته این نکته را باید خاطر نشان ساخت که در صورتی می‌توان اعمال وکیل را نافذ دانست که وکیل و طرف معامله از عزل آگاه نباشند و در انجام معامله، حسن نیت داشته باشند. به‌طور مشابه می‌توان به مفهوم مخالف ماده ۱۰۰ قانون امور حسبی نیز اشاره نمود که مقرر می‌دارد: «اعمال قیم بعد از ابلاغ حکم عزل او نافذ نیست» و از متن اخیر چنین مستفاد می‌گردد که اعمال قیم، پیش از رسیدن خبر عزل به او نافذ است.

بر اساس نظریات مشورتی که در رابطه با این ماده از اداره حقوقی قوه قضاییه صادر گردیده مشخص است که حکم این ماده که خلاف اصل نیز است، قابل تعمیم به سایر موارد نیست و در موارد خلاف اصل می‌بایست تفسیر مضیق را جاری ساخت. برای مثال نظریه مشورتی شماره ۷/۴۲۴۲ - ۱۳۶۱/۸/۳ اشعار می‌دارد: «حکم ماده ۶۸۰ در مورد فوت جاری نمی‌شود و اعمال وکیل بعد از فوت غیر نافذ است ولو معامله قبل از رسیدن خبر فوت انجام شده باشد». همچنین از ماده ۶۸۱ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «بعد از این که وکیل استعفا داد، مادامی که معلوم است موکل به اذن به خود باقی است می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند»، این‌طور استنباط می‌شود که در مورد استعفای وکیل، دیگر نمی‌توان ادعا کرد که آگاه شدن موکل، شرط انحلال وکالت است و نباید حکم استثنایی ماده ۶۸۰ را به یاری قیاس در استعفای وکیل اجرا کرد. در راستای تقویت این نظر می‌توان به ماده ۶۸۲ نیز اشاره نمود که محجوریت موکل را موجب بطلان یا انفساخ وکالت می‌داند و استثنایی از باب رسیدن اطلاع به وکیل وارد نمی‌کند زیرا همان‌طور که مشخص است، طبق ظاهر قانون مدنی و نظر مشهور فقها، حکم ماده ۶۸۰ جنبه استثنایی داشته و قابل تسری به موارد فوت، جنون و سفه نیست.

با توجه توضیحات ذکر شده، رأی دادگاه بدوی کاملاً دقیق صادر شده است. دادگاه تجدیدنظر نیز رأی بدوی را تأیید می‌نماید اما با استدلالی نه چندان درست زیرا در قسمت پایانی دادنامه آمده است: «عمل موکل زمانی موجب انفساخ وکالت می‌شود که عمل موکل خلاف مقتضای عقد وکالت باشد و عقد وکالت از بین رفته باشد، مانند این که برای اجاره دادن ملک وکالت داده باشد و سپس ملک را بفروشد و موضوع وکالت امکان محقق آن میسر نگردد». این در حالی است که استدلال اخیر برخلاف نص ماده ۶۸۳ است. همان‌طور که در بند اول نقد رأی اشاره شد، عبارت «... هرگاه متعلق حق وکالت از بین برود یا موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا به‌طور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد...» در ماده ۶۸۳ حاکی از این است که هرگاه موکل مورد وکالت را نیز انجام دهد، موجب انفساخ قرارداد وکالت خواهد شد. بنابراین ضرورتی ندارد که متعلق حق وکالت را به‌طور کلی از میان ببرد. در نتیجه می‌توان پس از وکالت دادن برای اجاره یا عاریه یا ودیعه یک مال، خود شخص موکل اعمال یادشده را انجام دهد و بدین ترتیب موجبات انفساخ عقد وکالت را فراهم نماید در حالی که همچنان، خود نیز مالک مال موصوف است.

## از اخته‌سازی اجتماعی تا نهادهای بی‌باوری؛ در جستجوی عدالت از دست‌رفته

مصاحبه با پروفسور میراواله، استاد دانشگاه تورین ایتالیا

مصاحبه‌کننده: سوسن رنجبر نوعی، دانشجوی رشته حقوق از دانشگاه تورین ایتالیا

### پیش‌درآمد گفت‌وگو

### جای خالی دفاعیات بینابینی در حقوق کیفری ایران

دکتر جمشید غلاملو، عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

وکلا دادگستری وقتی وکالت متهمی را بر عهده می‌گیرند، به‌ویژه در پرونده‌های قتل عمدی، در مقام دفاع و برای اثبات بی‌گناهی یا عدم مسئولیت کیفری<sup>۱</sup> آن‌ها اصولاً یکی از راهبردهای دفاعی ذیل را بر می‌گزینند:

نخست، دفاع از موکل به روش انکار اتهام و ارکان تشکیل‌دهنده جرم انتسابی است. محور این‌گونه دفاع، به چالش کشیدن ادله اثباتی ارکان تشکیل‌دهنده جرم و انتساب آن به موکل است. به بیانی ساده‌تر، در این راهبرد دفاعی، وکیل مدعی بی‌گناهی موکل خود می‌شود و از نظر زبانی و لفظی، بیشتر با عبارت‌هایی مانند «موکل من مرتکب جرم نشده، کار موکل نبوده، موکل فاقد رکن روانی بوده، موکل بی‌گناه است و...» بیان می‌شود. برای مثال، وقتی آقای وکیل در قبال اتهام قتل عمدی موکل خود، اساساً منکر می‌شود که موکلش ضربه‌ای به مقتول وارد کرده و یا این‌گونه دفاع می‌کند که هرگز در صحنه جرم حضور نداشته است، اثبات رکن مادی و انتساب آن به موکلش را با مانع روبرو می‌کند. همین‌طور، وقتی خانم وکیل در دفاع ابراز می‌دارد که موکلش گمان می‌کرده است که به یک شیء یا حیوانی تیراندازی می‌کرده و علم نداشته آنچه را مورد اصابت قرار داده، یک انسان زنده بوده، درواقع رکن روانی جرم قتل عمدی را انکار کرده است. در این فرض، وکیل مدافع بر پایه فرض برائت مندرج در اصل ۳۷ قانون اساسی و ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری، به درستی خود را فارغ از اثبات بی‌گناهی موکل می‌بیند و از دادستان به‌عنوان مدعی‌العموم (البته به

۱. بنابراین، دفاعیات مربوط به استفاده از تخفیف و تعلیق مجازات و تعویق صدور حکم و... منظور این یادداشت نیست.

نظرم در نظام عدالت کیفری ایران در عمل و عمدتاً، شاکی) ارائه ادله اثبات کننده علم آور را مطالبه می کند تا پس از آن، ادله ارائه شده را به چالش بکشد. برآیند موفقیت آمیز این دفاع، بی گناهی متهم خواهد بود. عمده دفاعیات متهمان و وکلای آنها در دادسراها و دادگاهها از همین دسته است.

دوم، دفاع از موکل به روش انکار ارکان تشکیل دهنده مسئولیت کیفری است. در این دفاع برخلاف راهبرد دفاعی پیش گفته، انتساب ارکان جرم (دست کم رکن مادی) به متهم محرز است و انکار آن بی ثمر، ولی وکیل مدعی می شود که موکلش در شرایط و موقعیتهایی مرتکب جرم شده است که سزاوار سرزنش و محکومیت کیفری نیست. به عبارت دیگر، وکیل متعرض وجود ارکان مسئولیت کیفری می شود که به موجب ماده ۱۴۰ قانون مجازات اسلامی و با لسان فقهی - حقوقی شامل عقل، بلوغ و اختیار خواهد بود که با فقدان هر یک از آنها متهم از نظر قانونی فاقد مسئولیت کیفری محسوب خواهد شد. آنچه از آن به دفاعیات عام<sup>۱</sup>، مانند دفاع جنون، دفاع مشروع، اکراه، اضطرار، اجازه قانون و ... یاد می شود، در این دسته قرار می گیرد که هر کدامشان یکی از ارکان مسئولیت کیفری را نشانه می گیرند. برای مثال، در دفاع جنون رکن عقل زایل است و در دفاع اکراه، اراده و اختیار. برآیند موفق این دفاعیات، عدم مسئولیت کیفری متهم است که در قانون مجازات اسلامی با عنوان «موانع مسئولیت کیفری» بیان شده و به دفاعیات تام<sup>۲</sup> نیز مشهور است.

سوم، گاه راهبرد دفاعی وکیل متهم، نه به عدم اثبات ارکان تشکیل دهنده جرم انتسابی مربوط می شود و نه به عدم وجود ارکان تشکیل دهنده مسئولیت کیفری، بلکه این دفاع مطرح می شود که گرچه انتساب ارکان مادی و روانی جرم به متهم محرز بوده و گرچه ارکان مسئولیت کیفری نیز فراهم است، اما موکل در شرایط و وضعیتی دست به ارتکاب جرم زده که نه تنها از نظر اخلاقی سزاوار تحمل مسئولیت کیفری به نحوی کامل و تام نیست، بلکه مستحق ارفاق و کاهش مسئولیت کیفری است. برآیند موفقیت آمیز این دفاع، معمولاً محکومیت به جرم و مجازاتی خفیف تر است، ولی از نظر حقوقی با موضوع تخفیف مجازات تفاوت داشته و در حوزه مسئولیت کیفری قرار می گیرد. برای مثال، مرتکب به جای محکومیت به قتل عمدی به مجازات قتل غیر عمدی محکوم می شود. اصطلاحاً به این دسته، دفاع جزئی، نسبی یا ناقص<sup>۳</sup> اطلاق می شود که به نظرم تعبیر «دفاعیات بینابینی» که اشاره به وضعیت های بینابینی نه سیاه و نه سفید دارد نیز مناسب است. یکی از مهم ترین مواردی که وکلای مدافع در پرونده های خود با آن مواجه می شوند، وضعیت موکلی است که از نظر روانی خیلی عادی به نظر نمی رسند و اگر شخص موکل یا اطرافیانش نیز اعلام نکنند، یک وکیل حاذق دیر یا زود خود پی خواهد برد که او مبتلا به یکی از اختلالات روانی و هیجانی است. در این صورت، از یک سو، اختلال متهم در حدی نیست که منتهی به زایل شدن قوه

1. General defenses
2. Complete defense
3. Partial defense

تمیز و اراده شود و بتوان بر اساس ماده ۱۴۹ قانون مجازات به دفاع جنون استناد کرد، مانند بیماری روانی اسکیزوفرنی و از سویی دیگر، مسئولیت تام آن‌ها همانند یک مرتکب عادی ناعادلانه به نظر می‌آید. واقعیت این است که در این زمینه دست وکیل ایرانی برای ارائه مناسب‌ترین دفاع بسته است، زیرا دفاعیات بینابینی جایگاهی مشخص در گفتمان تقنینی ایران ندارند. البته در ماده ۳۶ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲ در کنار جنون، به اختلال نسبی شعور یا قوه تمیز یا اراده اشاره صریح شده بوده و به نوعی مسئولیت کیفری نسبی پذیرفته شده بود که در قوانین جزایی پس از انقلاب شاهد آن نیستیم.

دفاع مسئولیت کاهش یافته<sup>۱</sup> نمونه شناخته شده‌ای است که بر اساس آن فردی که مرتکب قتل عمدی شده، چنانچه از نابهنجاری در عملکرد روانی رنج ببرد که بر درک ماهیت رفتار ارتكابی، قضاوت منطقی و خودکنترلی‌اش اختلال ایجاد کند، به جای قتل عمدی به قتل غیرعمدی محکوم خواهد شد (بخش دوم قانون قتل مصوب ۱۹۵۷ انگلستان).<sup>۲</sup> بدیهی است که اگر اختلال روانی مرتکب در حد جنون باشد، وکیل به آن استناد خواهد کرد؛ زیرا جنون برخلاف دفاع مسئولیت کاهش یافته از موانع تام مسئولیت کیفری است. جالب است که در قانون جزای الگوی ایالات متحده (ماده ۳، ۲۱۰)، به ارتکاب قتل تحت تأثیر اختلالات شدید ذهنی یا احساسی<sup>۳</sup> توجه شده که در صورت اثبات، قتل عمدی به قتل غیرعمدی تقلیل می‌یابد. مقرر فوق، دفاعی جز دفاع جنون را مدنظر دارد. شاید علت این که دفاعیات بینابینی عمدتاً درباره قتل عمدی مطرح شده‌اند، به ماهیت پیچیده و شدید آن و نیز به مجازات آن که شدیدترین کیفرها را در بر دارد، مرتبط باشد. در حقوق خیلی از کشورهای دیگر، مجازات قتل عمدی حبس ابد اجباری بوده و دست قاضی بسته است. به نظر می‌رسد «جنون»، خود یک بیماری روانی نیست، بلکه اثر آن دسته از اختلالات روانی است که موجب قطع ارتباط بیمار با واقعیت و به اصطلاح سلب قوه تمیز و اراده می‌شود. بنابراین، همان‌طور که در ماده ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به درستی اشاره شده است، هر اختلال روانی که منتهی به فقدان اراده یا قوه تمیز شود، جنون محسوب و مرتکب فاقد مسئولیت کیفری خواهد بود. این همان چیزی است که تقریباً در روان‌پزشکی، سایکوز<sup>۴</sup> نامیده می‌شود؛ یعنی اختلالات روانی که موجب می‌شوند تا فرد مبتلا ارتباطش با واقعیت‌های بیرونی قطع شود و

#### 1. Diminished responsibility

گفتنی است دو دفاع «تحریک‌شدگی»، *Provocation defense* و «از دست دادن کنترل»، *Loss of self-control defense* نیز دفاعیات نسبی و بینابینی ویژه قتل عمدی هستند. دفاع تحریک‌شدگی، یک دفاع کامن‌لایی محسوب می‌شود که البته در قانون قتل سال ۱۹۵۷، جنبه تقنینی به خود گرفت. دفاع از دست دادن کنترل در سال ۲۰۰۹ و به موجب قانون «اموران پزشکی قانونی و عدالت، *Coroners and Justice Act 2009*» تأسیس و جایگزین دفاع تحریک شده است.

#### 2. Homicide Act 1957

#### 3. Extreme Mental and Emotional Disturbance (EMED)

#### 4. Psychosis

تشخیصی نداشته باشد. دیگر اختلالات روانی‌ای که چنین اثری نداشته باشند، قاعدتاً از دسته نوروز (روان‌رنجور)<sup>۱</sup> محسوب می‌شوند و در نتیجه، مانع مسئولیت تام مرتکبی که مبتلا به آن باشد، نمی‌شوند که البته شمار آن‌ها زیاد است. در واقع، جنون<sup>۲</sup> یک مفهوم حقوقی برای مفهوم روانپزشکی سایکوز (روان‌پریش) است.

قانون مجازات اسلامی تنها اختلالات روانی در حد جنون/سایکوز را مانع مسئولیت کیفری دانسته و درباره تأثیر دیگر بیماری‌های روانی سخنی و تدبیری نیندیشیده، جز این‌که وضعیت خاص مرتکب را در بند ۳۸ از جهات تخفیف‌دهنده مجازات محسوب کرده است که بیماری روانی می‌تواند یکی از مصادیق بند یادشده باشد. این مقررہ برخلاف دفاع مسئولیت کاهش‌یافته، اولاً؛ منحصر به جرایم تعزیری است؛ ثانیاً؛ تقلیل و تبدیل مجازات است، نه تقلیل مسئولیت ثالثاً؛ اعمال آن اختیاری است و رابعاً؛ فاقد ضابطه و معیاری مشخص است.

در مجموع، گرچه دفاعیات تام در حقوق کیفری ایران موقعیت شناخته‌شده‌ای دارند، درباره دفاعیات نسبی و بینابینی گفتمان تقنینی چنین نیست. به عبارت دیگر، از نظر حقوق کیفری ایران مرتکبان جرایم یا کاملاً مسئولیت کیفری دارند یا اصلاً فاقد مسئولیت‌اند که این رویکرد، نه منطقی محسوب می‌شود و نه عادلانه. افزون بر این، یکی دیگر از پیامدهای عدم پیش‌بینی وضعیت‌های میانه، پیش‌بینی نکردن پاسخ‌ها و تدابیر قانونی ویژه و لازم (اعم از کیفری و تأمینی و حمایتی) چه برای مرتکب و چه برای جامعه خواهد بود.

1. Neurosis
2. Insanity



## از اخته‌سازی اجتماعی تا نهادهای بی‌باوری؛ در جستجوی عدالت از دست‌رفته

مصاحبه با پروفسور میراواله، استاد دانشگاه تورین ایتالیا

مصاحبه‌کننده: سوسن رنجبر نوعی، دانشجوی رشته حقوق از دانشگاه تورین ایتالیا

در گفت‌وگوی پیش رو، بعضی از موضوعات دانش جرم‌شناسی را با پروفسور میراواله به بحث گذاشتم. تمرکز اصلی ایشان بر وضعیت زندان‌ها در ایتالیا و رویکردهای درمانی به مجرمین روان‌رنجور است. گفت‌وگوی فعلی محصول تلاش تیمی چندنفره از من، مهرناز حسن‌دخت و دکتر رکسانا مستغانی است. مهرناز حسن‌دخت، دانش‌آموخته رشته حقوق از دانشگاه تیلبرگ هلند در تهیه پرسش‌ها و فرایند گفت‌وگو همکاری مؤثری داشت و رکسانا مستغانی دکترای حرفه‌ای از دانشگاه علوم پزشکی ایران در ترجمه تخصصی متن نقش اصلی را ایفا کرد.

### رویکرد قانون جزای ایتالیا به مسئولیت کیفری

پرسش اول: حقوق ایران نسبت به مسئولیت کیفری رویکرد صفر و یکی دارد. به بیان بهتر، فرد تنها در صورت آن حد از اختلال که منجر به زوال اراده یا قوه تمیز باشد از کیفر معاف خواهد شد. لطفاً کمی در مورد رویکرد حقوق کیفری ایتالیا به ما بگویید.

پروفسور میراواله: از زمان رشد مباحث مربوط به اثبات‌باوری، همیشه میان افراد واجد مسئولیت کیفری و فاقد آن تفکیکی انجام شده است. از طرف دیگر، دانشگاه تورین جایی بود که سزار لومبرزو، جرم‌شناس سرشناس، ایده‌های خود را برای نخستین بار مطرح کرد. به باور او اگر مرتکب فاقد اراده باشد، باید او را بیماری ذهنی دانست و کیفر، تأثیری در وضعیت او نخواهد داشت؛ هم‌چنین مجازات چنین فردی از اساس ربطی به مباحث مربوط به حق عمومی ندارد. بنابراین دوگانه مدنظر لومبرزو افراد طبیعی و غیرطبیعی بودند. او تئوری‌اش را در بحبوحه پایان قرن ۱۹ و زمانی مطرح کرد که ایتالیا در شرف تدوین نخستین قانون کیفری‌اش بود. به همین خاطر نظریات جرم‌شناسانه لومبرزو تا به امروز تأثیر بسیاری در قانون ایتالیا داشته است. البته قانون‌گذاران ایتالیایی تماماً به آنچه مد نظر او بود عمل نکرده‌اند. امروز در ایتالیا ملاک، مفهومی نسبی از مسئولیت است. اگر مرتکب از بیماری جدی ذهنی رنجور باشد، توسط یک پزشک و یک روان‌پزشک معاینه می‌شود تا در مورد مسئولیت کیفری او اظهارنظر کنند. هم‌چنین دادگاه از کارشناسان می‌خواهد که در مورد «خطر اجتماعی» مرتکب نیز نظر دهند. بنابراین نکته

کلیدی در دستگاه قضایی ما «حالت خطرناک» مرتکب است که به نظر من مفهوم بسیار بسیار فریبنده و خطرناکی است زیرا که قانون نیز تعریف مشخصی از آن ارائه نکرده است و شهروند را در معرض انگی قرار می‌دهد که می‌تواند پیامدهای سرکوب‌گرانه زیادی به همراه داشته باشد.

قانون کیفری ایتالیا به شدت از ایده‌های او تأثیر پذیرفته است، بنابراین نظریه‌اش را بر اساس تفاوت میان افراد طبیعی و غیرطبیعی بنا نهاد. او این قضیه را در بحبوحه پایان قرن اخیر تدریس می‌کرد؛ دقیقاً دورانی که ایتالیا در حال نوشتن اولین کد کیفری خود بود، در نتیجه آن دست از نظریات لومبروزو بر آنچه که اکنون در کد کیفری نوشته شده تأثیر بسزایی داشته است. اما این ترکیب برای قانون‌گذاران ایتالیا بسیار بسیار فریبنده است. در این حیطه هیچ‌کس به‌واقع نمی‌داند که چه کسی برای جامعه خطرناک است یا نیست و شما می‌توانید به افراد برجسب خطر اجتماعی بزنید حتی اگر این مسئله به دلایلی به جز نیاز به درمان پزشکی باشد.

در قانون ایتالیا، درجاتی از بیماری روانی به رسمیت شناخته شده است و ما از یک دیدگاه رسمی، میان دیوانگی محض و دیوانگی نسبی یا نیمه‌دیوانگی تفاوت قائلیم. در این مورد بزهکار علاوه بر مجازات با اقدامات تأمینی روبه‌رو خواهد شد مانند برنامه بازپروری. بنابراین ما درجات مختلفی داریم اما باید اعتراف کنیم که در دادرسی و برای تصمیم‌گیری در مورد درجه دیوانگی نه تنها در خصوص عوامل پزشکی بلکه راجع به فاکتورهایی از قبیل خانواده بزهکار، سطح اقتصادی و جایگاه اجتماعی آن نیز اظهارنظر می‌شود. البته اگر شما با یک قاضی کیفری صحبت کنید او به شما می‌گوید نه، این‌ها تأثیری ندارند ولی در واقع اثرگذارند. منظورم این است که وقتی وارد آسایشگاه مجرمین می‌شوید، که البته دیگر به‌عنوان آسایشگاه مجرمین شناخته نمی‌شود، شما دقیقاً این حس را خواهید داشت که افراد روبرویتان نه تنها مجرم بلکه زباله‌های اجتماعی‌اند؛ ما این اصطلاح را استفاده کردیم [که] آن‌ها زباله‌های جامعه‌اند، آن‌ها افراد فقیر مهاجر بدون خانواده‌اند. افرادی که حتی توانایی دفاع مؤثری از خود در دادگاه نداشته‌اند. پس افرادی که وارد تدابیر مراقبتی می‌شوند، معمولاً افراد بدون وکیل و در نتیجه بدون دفاع کیفری مناسب هستند. غالباً وکیل تسخیری دارند که دفاع ضعیف‌تری نسبت به مواردی ارائه می‌دهند که پول را موکل پرداخت می‌کند. این فاکتورها برای مطالعه بسیار جالبند زیرا نشان‌دهنده این است که خطر اجتماعی بیشتر به زمینه اجتماعی مرتبط است تا بیماری روانی. من زمانی که وارد یک بخش روانپزشکی یا آسایشگاه می‌شوم به وضوح چنین احساسی دارم.

مهرناز حسن دخت: گفتید زباله‌های جامعه؟

پروفسور میراواله: بله. به باور جرم‌شناسی به نام واکوانت از کانادا، سیستم کیفری آمریکای شمالی فقرا را مجازات می‌کند، به خاطر فقیر بودنشان، و مجرمین را نه. او مقاله بسیار جالبی دارد که در آن توضیح می‌دهد منظورش از عدالت کیفری انتخابی چیست.<sup>۱</sup>

سوسن رنجبر: آیا مرز مشخصی برای تعیین وضعیت خطرناک وجود ندارد؟

پروفسور میراواله: مسئله دقیقاً همین جاست. قانون کیفری از ارائه تعریف دقیق ناتوان است و تنها از قاضی می‌خواهد که «احتمال ارتکاب مجدد جرم در آینده» را بررسی کند؛ این خطرناک است زیرا از قاضی می‌خواهد که به جای گذشته، در رابطه با امری که در آینده نامعلوم قرار دارد و هنوز چیزی از آن نمی‌داند، اظهار نظر کند.

## درمان اجباری مجرمان

پرسش دوم: تا چه اندازه برای جامعه درمان اجباری مجرمان رنجور از اختلالات روانی را در یک سیستم کیفری کارآمد مفید می‌دانید؟

پروفسور میراواله: مشخص است که درمان اجباری این مزیت را به همراه دارد که ارتکاب تکرار رفتار مجرمانه را محال می‌سازد. ولی پرسش این است که تا چه مدت می‌توانید فرد را در بیمارستان‌های روانی به‌طور قهری نگاه دارید؟ در قانون اساسی ایتالیا محرومیت دائمی از آزادی تنها در موارد بسیار محدودی مجاز شناخته شده است. بنابراین بازداشت افراد در بیمارستان‌های روانی، آن هم در جایی که جرم سنگینی رخ نداده است با محدودیت‌های حقوقی نیز می‌تواند روبه‌رو باشد. به بیان بهتر، بعد از اتمام دوران درمان چه می‌کنید؟ آیا فرد را تا جایی که به یقین خود دیگر از اختلال رنج نمی‌برد در حبس درمانی قرار می‌دهید یا پس از دوره‌ای آن را به درمان داوطلبانه تبدیل می‌کنید؟ اگر شخص تمایلی به مشارکت در فرایند درمان نداشت، چه رویکردی را در پیش می‌گیرید؟ درمان اجباری در زمینه قضایی مشکلات بسیاری را به همراه خواهد داشت.

مهرناز حسن دخت: بیشتر مایلیم از واقعیت رویکرد کیفری ایتالیا صحبت کنید.

پروفسور میراواله: تا سال ۲۰۰۸ ارسال بیماران روانی به آسایشگاه مجرمین برای قاضی دستوری قانونی و برای مرتکب حکمی لازم‌الاجراء بود. در سال ۲۰۰۸ دادگاه قانون اساسی ایتالیا این اختیار را به قضات اعطا کرد تا بهترین تصمیم را برای خود فرد اتخاذ نماید. اکنون بیشتر تصمیمات دادگاه‌ها رویکردهای ترکیبی را در برمی‌گیرد که بیشتر شامل برنامه‌های بازپروری است که در درون انجمن‌هایی مشارکت‌محور

۱. «مجازات فقرا: دولت نئولیبرال ناامنی اجتماعی» نوشته لوایک واکوانت

و گفتگومحور صورت می‌گیرد و اگرچه انجمن‌ها نیز فضاهایی محصور تلقی می‌شوند اما از بسیاری جهات با آسایشگاه‌ها تفاوت دارند. برای این‌که چشم‌انداز بهتری به وضعیت پیدا کنید، باید بگویم که اکنون در سرتاسر ایتالیا ۶۵۰ نفر در آسایشگاه‌های مجرمین محبوس هستند که در مقایسه با گذشته آمار بسیار کمی است و بیش از ۵۰۰۰ نفر هم در خارج از محیط‌های اجباری درمان، تحت پوشش برنامه‌های بازپروری قرار دارند. مهرناز حسن‌دخت: آیا جنبش‌ها یا اعتراضاتی نسبت به این آسایشگاه‌ها شکل گرفته است؟ به‌هرحال این آسایشگاه‌ها می‌توانند با ایده‌های حقوق شهروندی در تعارض قرار بگیرند. پروفیسور میراواله: بله. ما کمپین بزرگی علیه این آسایشگاه‌های مجرمین داشتیم زیرا این را هم در نظر بگیرید که ایتالیا جنبش ضد روانپزشکی قدرتمندی دارد. ما بیمارستان‌های مجرمین را در سال ۱۹۷۸ تعطیل کردیم و بیش از ۴۰ سال است که در ایتالیا بیمارستان - زندان تأسیس نشده است. همین شش آسایشگاه نیز به شدت مشکل‌زا هستند. بین سال‌های ۲۰۰۸ و ۲۰۱۰ ما یک کمپین سیاسی قوی علیه این آسایشگاه‌ها داشتیم. برای نخستین بار مجلس ایتالیا به همراه دوربین وارد این شش آسایشگاه شد و برای نخستین بار در این مورد، فیلم مستندی از تلویزیون پخش شد که شرایط حساسیت‌برانگیزی به همراه داشت. در واقع تأثیر بسیار قدرتمندی بر حیطه عمومی گذاشت و سرانجام در سال ۲۰۱۴ جنبش ما بر آن آسایشگاه‌ها هم غلبه کرد. از ۲۰۱۴ ما حتی همان شش آسایشگاه مجرمین را هم با کیفیت سابق نداریم چرا که آنجا نه محلی برای بازپروری یا درمان بلکه مکانی برای خنثی‌سازی و سرکوب بود. اگر شما تصاویر موجود را ببینید، متوجه خواهید شد که شرافت افراد در آنجا مورد تعرض قرار می‌گیرد.

شما در مقاله «نهادزدایی و نهادسازی برای مجرمان روان‌رنجور با نگاه به روند اروپا و نمونه ایتالیا» گفتید که ایتالیا هنوز راه درازی تا رهایی کامل مجرمین روان‌رنجور از سلطه آسایشگاه‌ها و ورود آن‌ها به جامعه در پیش دارد. رویکرد جایگزین مدنظر شما چیست؟

پروفیسور میراواله: در تاریخ روان‌پزشکی ایتالیا فردی به نام فرانتکو بازالیا اقدام به تعطیلی آسایشگاه‌ها در ایتالیا کرد. در یک مصاحبه خبرنگاران از او درباره مشکل آسایشگاه‌ها پرسیدند. او پاسخ داد که متأسفانه هیچ‌کس بیماری روانی را آن چیزی که هست، یعنی بیماری نمی‌پندارد بلکه به‌عنوان مشکلی اجتماعی دیده

می‌شود. بازالیا در نوشته‌هایش، تفاوت میان بیماری روانی و سرطان را به پرسش می‌کشد. به نظر او از منظر دانش پزشکی دلیلی برای برخوردهای متفاوت میان بیماران روانی، سرطانی یا قلبی وجود ندارد، پس چه دلیلی برای استانداردهای دوگانه بازپروری و ارائه خدمات متفاوت به بیماران روانی وجود دارد؟ به باور او مسئله از جایی شروع می‌شود که پای سایر عوامل به میان می‌آید؛ این‌که بیماری روانی بیشتر از این‌که بیماری باشد یک موقعیت اجتماعی است؛ و برای همین باید مرتکب را در یک آسایشگاه پنهان کرد.

سخنان بازالیا تکان‌دهنده بود و می‌توان آن را نقطه آغازین برنامه‌های بازگشت افراد روان‌رنجور به جامعه قلمداد کرد. اگر شما به دنبال نتیجه خوبی هستید باید برحسب اجتماعی را از بیماران روانی بردارید. برای همین بازالیا می‌گوید که نخستین گام برای بهبود و درمان بیماران روان‌رنجور تخریب دروازه‌های آسایشگاه‌ها است؛ کاری که او با شجاعت و به‌طور فیزیکی انجام داد تا اجازه دهد مردم شهر به درون این فضاهای محصور در بسته بروند. او آسایشگاه‌ها را که در واقع قرار بود چیزهایی را از چشم شهر مخفی کند، به فضای عمومی تبدیل کرد و در آن‌ها نمایشگاه، کنسرت و رویدادهای فرهنگی برگزار کرد زیرا آسایشگاه هم باید جزئی از شهر باشد. بنابراین فکر می‌کنم رویکرد جایگزینم را توضیح دادم. اگر مسئله مجرمان روان‌رنجور پزشکی است باید آن را از یک موقعیت اجتماعی خارج کرد. شما بیماران قلبی را ایزوله نمی‌کنید بلکه برعکس، با برنامه‌های متفاوت می‌کوشید تا بخشی از شهر باقی بمانند. اگرچه می‌پذیرم که امروز دیگر رویکرد مدّ نظر امثال فرانکو بازالیا چندان خریدار ندارد. احساس می‌کنم جامعه امروز بیشتر از این‌که به فکر نهادسازی برای روان‌رنجوران باشد، در پی مدیریت مشکل پناهجویان است، یا حتی مشکل افراد کهن‌سال. در ایتالیا شیوه مدیریت بحران پاندمی کرونا و برخوردهایی که با افراد مسن صورت گرفت، محل نقد بسیار شد. گمانم حرفم واضح بود.

## مرز دانش پزشکی با دانش حقوق

پرسش چهارم: می‌دانیم که بسیاری از اندیشمندان نظیر فوکو، جنون و اختلال روانی را انگلی از جانب هنجارهای اکثریت به اقلیت می‌دانند. برای نمونه در کشتی احمق‌ها، افرادی که گرایش‌های جنسی نامتعارف داشتند نیز در حبس بودند. برای اجتناب از چنین رویکردهایی چه تدابیری باید اتخاذ شود؟ به بیان بهتر، چگونه باید مرز میان دانش حقوق و روان‌پزشکی را ترسیم کرد؟ آیا مداخله دانش‌های پزشکی در قلمرو حقوق کیفری را امری مفید فایده می‌دانید؟

پروفسور میراواله: نمی‌دانم در ایران وضعیت چگونه است اما در ایتالیا روند ارجاع امر از سوی قاضی به کارشناسان پزشکی یا عصب‌شناسی روند رو به افزایشی دارد. بیشتر پرونده‌های کیفری بر اساس نظر فنی صادره از سوی روان‌پزشک یا دانشمند عصب‌شناسی تصمیم‌گیری می‌شود. ایتالیا نخستین کشور اروپا است که گواهی صادره براساس علم اعصاب و روان را در یک پرونده کیفری ملاک صدور حکم قرار داد. گمان می‌کنم مسئله به سال ۲۰۰۴ یا ۲۰۰۵ برمی‌گردد. به نظرم انتقاد فوکو این بود که افراد نمی‌توانند صرفاً بر اساس دانش تخصصی خود و جدا از فرهنگ کلی جامعه نظر بدهند. برای نمونه، در قانون جزای ایتالیا اظهارنظر غیرعلمی برای روان‌پزشک ممنوع است و متخصص باید تنها در مورد بیماری و در حدود پرسش دادگاه نظر بدهد. ولی آنچه که اتفاق می‌افتد خلاف این است. در ۹۹ درصد فرایندهای کیفری می‌بینیم که قاضی با وجود ممنوعیت قانونی از روان‌پزشک می‌خواهد که در مورد «وضعیت خطرناک» مجرم هم اظهارنظر کند و این خارج از حیطه صلاحیت پزشک است. به ندرت می‌توان دادرس دلیری را یافت که بگوید از نظر فنی شما سپاسگزارم و تصمیم‌گیری در مورد حالت خطرناک مجرم بر عهده من است. این چیزی است که فوکو می‌خواست به ما بگوید و به ما هشدار دهد تا مراقب برداشت‌ها از زبان، فرهنگ و فرهنگ تخصصی در درون قانون و فرایند دادرسی باشیم؛ به‌ویژه جایی که صحبت از جنون و دیوانگی است که می‌توانند مفاهیمی لغزان و اجتماعی هم باشند. بخش بزرگی از نقد، به ماهیت دستگاه حقوقی در غرب بازمی‌گردد که به دنبال پاسخ‌های صفر و یکی است. هم‌چنین یک نکته تأمل‌برانگیز در خصوص رابطه کارشناسان و دادگاه‌ها وجود دارد. به هر روی، کارشناسان پول زیادی برای اظهارنظر می‌گیرند پس چرا باید از خود سلب صلاحیت کنند؟

## جرم‌شناسی در ایتالیا

سؤال پنجم: کمی از رویکردهای جرم‌شناسی در ایتالیا به ما بگویید. رویکرد هژمون و رویکردهای جایگزین چه ماهیتی دارند؟

پروفسور میراواله: ما دو نوع رویکرد در جرم‌شناسی داریم: یکی رویکرد علوم اجتماعی است که من در این حیطه فعالیت می‌کنم و رویکرد دیگر پزشکی است. رویکرد پزشکی هم‌بسته روش پوزیتیویستی است که بخش بزرگی از تحقیقات و پذیرش بودجه را برای پژوهش به خود اختصاص داده است. در اینجا هم می‌توانیم جایگاه پول را مورد تدقیق بیشتری قرار دهیم. امتیاز رویکردهای پزشکی همیشه این است که

می‌توانند پاسخ قطعی به پرسش‌ها بدهند و با لوازم عینی‌تری ایده خود را توجیه کنند. رکن اصلی گزارش‌های کارشناسان هم تکیه بر شواهد قطعی و داده‌های علمی معتبر است. رویکرد حقوقدانان هم وجود دارد که در واقع همان رویکرد پوزیتیویستی است که با رویکرد پزشکی هم‌بستگی بیشتری دارد.

## استقلال و کلاء و بینامتنیت آن با جامعه‌شناسی

پرسش ششم: مخاطبین اصلی ما وکلای دادگستری و قضات هستند. جایگاه استقلال و کلاء در برگزاری یک دادرسی عادلانه را چگونه ارزیابی می‌کنید؟

پروفسور میراواله: بگذارید به این پرسش از منظری وسیع‌تر نگاه کنیم. امروزه در اروپا، به خاطر غلبه نگاه تخصصی به همه امور، چشم‌انداز فرهنگ‌باوری حقوقی در معرض خطر است. در دانشگاه‌ها از حقوق‌دانان جز نگاه به اموری خاص و بررسی متون قانونی انتظار دیگری ندارند. گویی دانش حقوق از جامعه بیگانه است و سرفصل‌های دیگر نظیر تاریخ، جامعه‌شناسی و اقتصاد در این دانش در وضعیت ضعیفی قرار دارند. برای نمونه در حالی که دانشجو پنج یا شش ترم برای درس حقوق مدنی آزمون می‌شود، اما روبرو شدن او با سرفصل تاریخ حقوق تنها یک‌بار است. من منتقد این رویکرد هستم زیرا که با این کار اگرچه متخصصین توانمندی برای بررسی قوانین پرورش می‌دهیم اما درک دانشجویان از جامعه را تضعیف می‌کنیم. برای غلبه بر این رویکرد اکنون در ایتالیا جنبشی شکل گرفته است که تحصیلات بالینی قضایی را دنبال می‌کند؛ راه جدیدی از تدریس قانون که نه از تئوری بلکه از عمل شروع می‌شود و پس از کنش‌ورزی به تئوری می‌رسد. مباحث کاربردی و غیرکاربردی نباید منجر به تقلیل این نکته شود بلکه مسئله درک دیگرگونه خود مفاهیم و امر نظری است. به‌طور سنتی ما عادت داشتیم تئوری را توضیح دهیم و سپس به مصادیق آن نگاه کنیم. کلینیک‌های قضایی برعکس این عمل می‌کنند. برای نمونه ما کلینیک قضایی در مورد زندان‌ها داریم و همه درگیر آن می‌شویم ما از موارد عملی زندانی‌ها آغاز کرده و سعی می‌کنیم روی آن کار کنیم و در آخر به تئوری می‌رسیم. این جنبش جدیدی در ایتالیا بوده و روز به روز قوی و قوی‌تر می‌شود. برخی حامیان رویکرد پوزیتیویزم در حال درک این‌اند که قانون در کار و در عمل حتی مهم‌تر از قانون درون کتاب‌هاست. ما در حال تلاش برای این کار هستیم که امر ساده‌ای نیست.

در مسیر مد نظر من فارغ‌التحصیلان حقوق اگرچه در حیطه خود حرفه‌ای و مستقل عمل می‌کنند اما درکی از امر سیاسی و اهمیت دموکراسی و برساختی

بودن قوانین نیز دارند. برای نمونه ما قضات جوان زیر ۳۵ سال در حوزه قضایی ایتالیا داریم که وقتی با آنها مصاحبه می‌کنیم، متوجه می‌شویم که آنها نسبت به کاری که انجام می‌دهند، هیچ دید سیاسی‌ای ندارند. آنها در زمینه اصلاح قانون‌گذاری و فنی در دانش قضایی بسیار بسیار باهوش‌اند اما وقتی در مباحثه راجع به اقتصاد سیاسی از آنها پرسش می‌کنید، نظری ندارند. آنها استقلال قضایی را با بی‌باوری اشتباه گرفته‌اند و همیشه از این می‌ترسند که هر بار باید تکرار کنند که من قاضی هستم و ایده‌ای ندارم.

**مهرناز حسن‌دخت:** فکر می‌کنید استقلال وکلا و قضات می‌تواند از منظر رویکرد پوزیتیویستی مخرب باشد؟ آیا این نوع استقلال را خطرناک می‌دانید؟

**پروفسور میراواله:** بسیار سؤال خوبی است. من میان انواع استقلال تمایز قائل می‌شوم. اگر استقلال به معنای جدایی از قدرت حاکمان است، مانند نظریه تفکیک قوای مونتسکیو، به قطع کماکان معتقدم که این چیز بسیار خوبی است که باید از آن دفاع کنیم. اگر استقلال به این معناست که من فاسد نیستم، البته که از این هم باید با تمام قدرت دفاع کرد، یا من عضوی از مجلس نیستم، البته که از این هم باید با تمام قدرت دفاع کرد، اما مشکل اینجاست که ما استقلال را با خنثی بودن اشتباه می‌گیریم. مستقل بودن با خنثی بودن متفاوت است. مستقل بودن - البته که در قضاوتان مستقل‌اید - به این معنا نیست که شما برای آنچه به‌عنوان قاضی یا وکیل انجام می‌دهید عقیده‌ای درباره دنیا و امر سیاسی ندارید. پس اگر شما محکوم می‌کنید برای مثال در حال فرستادن شخصی به بیمارستان روانپزشکی هستید فقط به این خاطر که او فقیر و یا بدون خانواده است، به اعتقاد من شما در حال استفاده از قدرتتان در جهت آسب‌زا هستید زیرا شما باید برسید من باید با این فرد چه کنم و در چنین شرایطی چه مسئولیتی بر عهده من است. شما فقط در حال خنثی کردن این فرد هستید اما زمینه ماجرا را در نظر نمی‌گیرید. من باور ندارم که این استقلال باشد و فکر می‌کنم خنثی بودن دقیقاً چیزی نیست که من برای یک حقوقدان بپسندم. من دوست دارم یک حقوقدان در نظر بگیرد که قانون بر روی مریخ یا سیاره‌ای دیگر متفاوت اعمال نمی‌شود بلکه بسیار مرتبط با دنیاست. این کاری است که من می‌کوشم در درس‌هایم پیاده کنم.

**سوسن رنجبر:** آیا سخنان شما در مورد خنثی نبودن یا در نظر گرفتن فرهنگ عمومی و

پیش‌داوری‌های ذهنی بیشتر بر روی حیطة حقوق کیفری تمرکز دارد؟

**پروفسور میراواله:** نه ضرورتاً. در قانون مدنی مفاهیمی نظیر خیر مشترک وجود دارد، یا مبحث دسترسی به آب و غذا که مرتبط با قانون کیفری نیست اما این یک مسئله خنثی



نیست بلکه چالشی همگانی و البته سیاسی است و فکر می‌کنم اگر یک حقوق‌دان، حتی یک وکیل مدنی در مورد آن اطلاع داشته باشد مفید است. برای مثال چیزی که ما جنبش انتقادی می‌نامیم، در ۱۹۷۰ در ایتالیا و همه نقاط دنیا باور داشت که قاضی برای تصمیم‌گیری باید فهم سیاسی نیز داشته باشد. آن جنبش از میان وکلای مدنی آغاز شد نه وکلای کیفری. یا در نمونه‌ای دیگر در مورد مسکن، حق دسترسی به مسکن، یا موضوعاتی نظیر این مقوله که آیا تعرض به ملک کسی در صورتی که شما بی‌چیز و فقیر باشید ضمانت‌آور است یا خیر؛ به نظر من این پرسشی مربوط به حیطه عمومی است نه موضوعی راجع به حقوق کیفری.

## دانشگاه و حیطه وکالت

پرسش هفتم: در ایران اکثر اساتید در کنار تدریس در دانشگاه به حرفه وکالت هم مشغول بودند. آیا همکاران شما در تورین هم وکالت می‌کنند؟  
این مورد در حال تغییر است. بیشتر اساتید با سابقه وکیل هم هستند. مشاغل دانشگاهی حاشیه‌ای بود بر شغل حرفه‌ای. از این رو شما وکیل یا قاضی هستید و بعد در دانشگاه هم تدریس می‌کنید. قبلاً این‌طور بود. ما اساتید پیشکسوت زیادی داریم که این نوع حرفه را دارند. اما اکنون وضعیت در حال تغییر است. برای مثال من آزمون وکالت را قبول شدم پس من یک وکیل دادگستری هستم اما تصمیم گرفتم که روی حرفه دانشگاهی تمرکز کنم. بسیاری از همکاران جوان من هم در حال حاضر فقط کار آکادمیک می‌کنند.

سعیده رضمانی نژاد

نویسنده کریس برنسیک و جک تاتار

مترجمان: محمد جلال، محمدابراهیم سماوی، شاهین احمدی

نشر: چالش

امروزه با تحولات روزافزون جهان پیرامون و نیز تخصصی شدن امور، وکلا نیز به تمرکز بر یک حیطه مشخص و قبول دعاوی تخصصی گرایش عمده‌ای پیدا کرده‌اند. این میان، یکی از موضوعات بدیع و جذاب و در عین حال دشوار و پیچیده، پدیده نوین رمزارزها بوده که در اغلب موارد به دلیل بالا بودن ارزش موضوع دعوا، حق‌الوکاله‌ای که وکیل دریافت می‌کند نیز رقم چشمگیری است. اما وکالت در حیطه رمزارز برخلاف وکالت در سایر حوزه‌ها، صرفاً به دانش و مهارت حقوقی نیاز ندارد بلکه وکیل رمزارز به اندازه یک متخصص بازارهای پولی و مالی و نیز یک کارشناس فناوری اطلاعات، به دانش و اطلاعات در آن حوزه‌ها نیز نیاز دارد.

بدیهی است یکی از راهکارهای کسب دانش در حیطه رمزارزها، مطالعه کتب مربوطه در این حوزه است. در این خصوص و در متن پیش‌رو، به معرفی یکی از جامع‌ترین کتاب‌ها در [حوزه] ادبیات رمزارزها در سطح جهانی خواهیم پرداخت.

کتاب «دارایی‌های رمزنگاری‌شده» در سال ۲۰۱۷ میلادی توسط کریس برنسیک و جک تاتار به رشته تحریر در آمد. این کتاب با زبانی شیوا و در توضیح مبانی اولیه سرمایه‌گذاری بیت‌کوین، ارزش‌های دیجیتال، نحوه ارزش‌گذاری دارایی‌های دیجیتال و نیز بررسی رمزارزها از سطوح مقدماتی تا پیشرفته آن مطالبی ارائه می‌دهد.

سه بخش اصلی کتاب عبارت است از:

بخش اول: چیستی؟

- فصل ۱: بیتکوین و بحران مالی ۲۰۰۸
- فصل ۲: مبانی بیتکوین و فناوری زنجیره بلوک
- فصل ۳: زنجیره بلوک و نه بیتکوین؟
- فصل ۴: رده‌بندی دارایی‌های رمزنگاری‌شده
- فصل ۵: کانال و توکن‌های رمزنگاری‌شده

### بخش دوم: چرایی؟

- فصل ۶: اهمیت مدیریت سبد و دارایی‌های جایگزین
- فصل ۷: بهترین دارایی‌های جایگزین در قرن ۲۱
- فصل ۸: تعریف دارایی‌های رمزنگاری‌شده به‌عنوان یک طبقه دارایی جدید
- فصل ۹: تکامل رفتار بازار در حوزه دارایی‌های رمزنگاری‌شده
- فصل ۱۰: سوداگری جمعی و تفکر «این بار متفاوت است»
- فصل ۱۱: این فقط یک ترند پانزی است. این طور نیست؟

### بخش سوم: چگونگی؟

- فصل ۱۲: تحلیل بنیادین و چارچوب ارزش‌گذاری بر دارایی‌های رمزنگاری‌شده
- فصل ۱۳: سلامت عملیات شبکه‌های دارایی‌های رمزنگاری‌شده و تحلیل تکنیکال
- فصل ۱۴: سرمایه‌گذاری مستقیم بر دارایی‌های رمزنگاری‌شده: استخراج، صرافی‌ها و کیف پول‌ها
- فصل ۱۵: صندوق سرمایه‌گذاری قابل معامله (ETF) مبتنی بر بیتکوین کجاست؟
- فصل ۱۶: دنیای پرریسک عرضه اولیه سکه (ICO)
- فصل ۱۷: آماده‌سازی سبدهای کنونی برای تحولات ناشی از زنجیره بلوک
- فصل ۱۸: آینده سرمایه‌گذاری همین حوزه است

در بخش چپستی که بخش نخست کتاب است، کریس برنيسک و جک تاتار خوانندگان را به سال ۲۰۰۸ یعنی زمانی برمی‌گردانند که یک فروپاشی عظیم مالی در بازارهای جهانی رخ داد. یک سال بعد از این بحران، ساتوشی ناکاموتو بیتکوین را به‌عنوان راه‌حلی برای بهبود وضعیت نابسامان سیستم‌های مالی معرفی کرد. در این قسمت علاوه بر موارد بیان‌شده، نویسندگان به بررسی اصطلاحات کلیدی بلاک‌چین و بیتکوین نیز پرداخته‌اند.

در بخش دوم چرایی، اطلاعاتی درباره انگیزه سرمایه‌گذاران برای سرمایه‌گذاری روی بیتکوین و سایر دارایی‌های رمزنگاری‌شده ارائه می‌شود.

در بخش چگونگی که بخش پایانی این کتاب است، نویسندگان آن به تجزیه و تحلیل رمزارزها و بررسی نحوه ارزش‌گذاری دارایی‌های دیجیتال پرداخته و از طرفی برخی از بهترین معیارها را برای شناسایی کلاهبرداران در این حوزه معرفی کرده‌اند.

در هریک از بخش‌های این کتاب برتر در حوزه ارزش‌های دیجیتال، مقوله تاریخچه، فناوری‌ها و ارتباط میان عرضه و تقاضای ارزش‌های دیجیتال به فراخور بحث مورد بررسی قرار گرفته است.

کریس برنيسک و جک تاتار هر دو از سرمایه‌گذاران و نویسندگانی هستند که در رابطه با امور مالی و اقتصادی کتب متعددی تألیف کرده‌اند. کریس برنيسک، یکی از شرکای شرکت

سرمایه‌گذاری خطرپذیر متمرکز بر ارزش‌های دیجیتال و چک تاتار از جمله نویسندگان فعال در حوزه امور مالی و سرمایه‌گذاری‌اند که با همکاری یکدیگر کتاب مذکور را منتشر کرده‌اند تا به قولی در آن به راه و چاه سرمایه‌گذاری بر بیتکوین و تحلیل زمان مناسب برای این سرمایه‌گذاری بپردازند. به بیان دیگر، مطالبی اعم از مفاهیم پایه درباره بیتکوین، فناوری‌ها، اکوسیستم پیرامون آن، تحلیل بنیادی و چارچوب ارزش‌گذاری رمزارزها به‌عنوان بستری مناسب برای سرمایه‌گذاری و مواردی از این دست را بیان می‌کند که به واقع در جستجوی گوگل، ویکی‌پدیا و فروم‌های اجتماعی نمی‌توان یافت.

در انتها باید خاطر نشان کرد که کتاب «دارایی‌های رمزنگاری‌شده» راهنمایی جامع برای سرمایه‌گذاران بوده و تمامی اصول کلیدی فعالیت در زمینه رمزارزها را در خود جای داده است. کسانی که مایلند بدانند ارزش‌های دیجیتال چگونه به جایگاه فعلی خود رسیده‌اند و آن‌ها که قصدشان آشنایی بیشتر با دنیای ارزش‌های دیجیتال به‌صورت کامل و تخصصی است، بی‌شک این کتاب حقایق جالبی را در این خصوص بر آنان روشن خواهد ساخت. ذکر نقل قول‌هایی از فعالان بازارهای مالی درخصوص این کتاب نیز مهر تأییدی بر ارزشمندی و غنای مطالب و محتوای آن خواهد بود:

۱. آرتور لفر، یکی از اعضای شورای مشاورین خط‌مشی اقتصادی ریگان، در نقد کتاب مذکور گفته است: «[کتابی] بسیار آموزنده و کاربردی است. توصیه می‌کنم علاقمندان به حوزه ارزش‌های دیجیتال و همچنین سرمایه‌گذاران بازار سرمایه، حتماً این کتاب را مطالعه کنند.»
۲. الکس سانابورگ یکی از مؤسسان صندوق پول دیجیتال، تتراس کپیتال، در نقد کتاب «دارایی‌های رمزنگاری‌شده» می‌گوید: «این کتاب مقدمه و نمای کلی از دنیای جوان و در عین حال به سرعت در حال رشد بلاکچین را ارائه می‌دهد.»

۳. پیتز کربی یکی از مدیران اجرایی پلتفرم فکتوم که تغییرناپذیری فناوری بلاکچین را از رمزارزهایی جدا کرده که با آن مرتبط‌اند معتقد است: «این کتاب نمی‌توانست در توصیف بازار مالی نوظهور با ارزشی مازاد بر ۱۰۰ میلیارد دلار و همه رمز و رازهای آن، از این کارآمدتر و به‌روزتر باشد. نویسندگان نه تنها تحلیل‌های فنی و بازاری را که برای سرمایه‌گذاران لازم است بیان داشته‌اند، بلکه هیجان‌آتی که افراد فعال در این حوزه را درگیر می‌کند نیز بررسی کرده‌اند.»

## آراء محکومیت دادگاه‌های کانون وکلای دادگستری گیلان به توییح با درج در مجله کانون

۱. آقای مبین جهانی خشت مسجدی طبق دادنامه شماره ۹۹ مورخ ۱۴۰۰/۰۹/۲۴ شعبه دوم دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان به توییح با درج در مجله کانون وکلای دادگستری گیلان محکوم شده‌اند.
۲. آقای سعید نجم‌آبادی طبق دادنامه شماره ۳۶ مورخ ۱۴۰۰/۱۲/۰۹ شعبه اول دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان به توییح با درج در مجله کانون وکلای دادگستری گیلان محکوم شده‌اند.
۳. آقای سعید نجم‌آبادی طبق دادنامه شماره ۳۷ مورخ ۱۴۰۰/۱۲/۰۲ شعبه اول دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان به توییح با درج در مجله کانون وکلای دادگستری گیلان محکوم شده‌اند.
۴. آقای احمدرضا امین ناصری طبق دادنامه شماره ۳۴ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۲۵ شعبه اول دادگاه انتظامی کانون وکلای دادگستری گیلان به توییح با درج در مجله کانون وکلای دادگستری گیلان محکوم شده‌اند.

