

فصلنامه

تحقیقات حقوقی (علمی)

- ◀ ارزیابی مبانی جواز و ممنوعیت شبیه‌سازی درمانی در ایران و ایالات متحده آمریکا
مهسا مشار موحد، محمد راسخ، میرقاسم جعفرزاده، سید محمد قاری سید فاطمی
- ◀ عدم انسجام آیین دادرسی کیفری ایران (مبانی و جلوه‌ها)
رجب گل‌دوست جویباری
- ◀ چیستی استدلال اساسی، با نگاهی به رویه‌های دادگاه‌های قانون اساسی اروپایی
علی اکبر گرجی، رضوان ضیائی
- ◀ نقش حقوقی مالیات بر محیط زیست در ایران
سعیدرضا ابدی، مجتبی قاسمی، محسن ایزدگشپ
- ◀ اجرای قانون کار در دستگاه‌های دولتی؛ چالش‌ها و راهکارها
محمدقاسم تنگستانی، مهدی مرادی برلیان
- ◀ تحلیل محتوای بزهکاری و بزه‌دیدگی مهاجران افغان در رمان «افغان‌کشی» بر مبنای آموزه‌های جرم‌شناسانه
علی مولایی، سیدحسام الدین سید اصفهانی
- ◀ نظام تعدد مادی جرایم تعزیری در قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹)؛ چالش‌ها، ابهام‌ها و راهکارها
هادی رستمی
- ◀ امکان‌سنجی تشکیل سازمان بین‌الدولی برای پاسداشت زبان فارسی
قطب العارفین سراج، سید هادی محمودی
- ◀ بررسی تطبیقی وظایف عمومی مدیران شرکت‌های تجاری در حقوق ایران و انگلستان
علی خواجوی، امیرحسین سعادت چشمقان، محمد هادی دارائی
- ◀ تضمین استقلال ساختاری قوه قضائیه در پرتو نظرات شورای نگهبان
احمد رحیمی، محمد صادق فراهانی، علی فتاحی زفرقندی
- ◀ تدابیر حقوقی پیشگیرانه در راستای مقابله با پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی
صادق صیادی، حبیب اله کیانی
- ◀ خیار اعسار؛ بازتعریف فقهی و حقوقی خیار تفلیس
محسن وائقی، محمد مهریار، سیده فاطمه هاشمی
- ◀ تأملی بر قلمرو ماده ۳۴ قانون ثبت اصلاحی ۱۳۸۶
امین قاسم‌پور، سجاد شهپاز قهفرخی، حسین حقّی
- ◀ تحلیل حقوقی اقتصادی ضمانت از منظر حقوق مصرف‌کننده خودرو
سمیه کاویانی، مهدیه صانعی
- ◀ دادرسی اساسی به مثابه نیمه گمشده قوه تقنین در نظام حقوقی مشروطه
نادر اسدی اوجاق، محمد حسنونند

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

با همکاری انجمن ایرانی حقوق تطبیقی، انجمن ایرانی حقوق جزا،
انجمن ایرانی داورى و انجمن ایرانی حقوق ادارى

تحقیقات حقوقی

فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سال ۴۱، شماره ۱۰۹، بهار ۱۴۰۴



شاپا چاپی: ۰۷۷۲-۱۰۲۴ شاپا الکترونیکی: ۵۹۱۱-۳۰۶۰

صاحب امتیاز و ناشر: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق

مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد

سر دبیر: منصور امینی

مدیر داخلی: شهرزاد حدادی

دستیاران مدیر داخلی: بهاره عرب، منظر وفادار

اعضای هیات تحریریه

محمد آشوری (استاد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

نجم‌الدین الماسی (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

محمود باقری (دانشیار حقوق خصوصی و اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

محمدرضا پاسبان (دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران)

عبداله شمس (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

عبدالحسین شیروی خوزانی (استاد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه تهران: پردیس فارابی، قم، ایران)

عباس شیرینی ورنامخواستی (دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

سیدحسین صفائی (استاد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران)

هدایت اله فلسفی (استاد حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

سیدمصطفی محقق داماد (استاد حقوق اسلامی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

علی حسین نجفی ابرندآبادی (استاد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران)

صفحه‌آرایی: مرضیه برکت

ویراستاران: بهاره عرب، الهام وحدانی‌فر

طراح جلد: مرضیه برکت

به استناد مجوز ۳/۴۷۹۶ مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۱ کمیسیون نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری،

فصلنامه تحقیقات حقوقی، فصلنامه‌ای علمی شناخته شده است.

نشانی: تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، دفتر نشریه تحقیقات حقوقی، کدپستی: ۱۹۸۳۹۶۹۴۱۱

وبگاه: <https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir> و پست الکترونیک: law.res.mag@gmail.com

تلفن: ۰۲۱۲۲۴۳۱۶۸۱ - تلفکس: ۰۲۱۲۲۴۳۱۷۵۹

این فصلنامه در پایگاه استنادی جهان اسلام ISC و نیز ایران ژورنال (نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری) نمایه شده است و از طریق سایت‌های www.isc.gov.ir و www.ricest.ac.ir و www.noormags.ir در دسترس جامعه علمی جهانی قرار دارد.



شیوه‌نامه نگارش و ارسال مقاله

الف) ضوابط کلی

۱. مجله تحقیقات حقوقی هر سه ماه یکبار به انتشار مقالات علمی در زمینه‌های مختلف حقوقی و مباحث مرتبط با این رشته می‌پردازد.
۲. ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه به نشانی: <http://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir> امکان‌پذیر است. از همین رو خواهشمند است از هرگونه ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر مجله یا ارسال ایمیل‌های محتوی مقاله به آدرس ایمیل مجله خودداری شود.
۳. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده یا نویسندگان آن است.
۴. فصلنامه در پذیرش، رد و ویرایش مقالات آزاد است.
۵. دانشجویان الزاماً بایستی همراه با یکی از استادان عضو هیئت علمی مقاله ارائه نمایند.
۶. نوع داوری فصلنامه به صورت بی‌نام و حداقل سه داور می‌باشد.

ب) شرایط محتوایی

۱. مقاله می‌بایست در حوزه‌های مرتبط با موضوع فصلنامه باشد.
۲. مقاله بایستی واجد درجه علمی تلقی گردد.
۳. نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دستاورد علمی جدید با تکیه بر نتایج عملی باشد.
۴. مقاله نمی‌بایست قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال شده باشد.
۵. از آنجاکه زبان مجله فارسی است، لازم است آیین نگارش زبان فارسی کاملاً رعایت گردیده و از به کار بردن اصطلاحات خارجی که معادل دقیق و پذیرفته‌شده فارسی دارند خودداری شود.

ج) شرایط شکلی

۱. حداکثر حجم مقاله مشتمل بر کلیه صفحات اعم از عنوان، چکیده‌ها، بدنه، نتیجه‌گیری و منابع ۸۰۰۰ کلمه در قطع A4 به شرح آتی خواهد بود.
۲. فرمت دریافتی فایل مقاله Doc یا Docx خواهد بود.

راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات					
موضوع	اندازه	نوع فونت	موضوع	اندازه	نوع فونت
عنوان مقاله به فارسی	Bold ۱۴	B Nazanin	متن	۱۲	B Nazanin
عنوان مقاله انگلیسی	Bold ۱۴	Times New Roman	متن عربی	۱۳	M Mitra
اسامی نویسندگان فارسی	Bold ۱۰	B Nazanin	پانویس فارسی	۱۱	B Mitra
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold ۱۰	Times New Roman	پانویس انگلیسی	۹	Times New Roman
متن چکیده فارسی	۱۱	B Nazanin	عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها	۱۰	B Nazanin
متن چکیده انگلیسی	۱۱	Times New Roman	منابع فارسی	۱۲	B Nazanin
تیتراهای داخل متن	Bold ۱۳	B Nazanin	منابع انگلیسی	۱۰	Times New Roman

۳. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد:

• صفحه اول: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی

- عنوان مقاله
- نام نویسندگان
- رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسنده مسئول مقاله، در پاورقی صفحه‌ی اول درج خواهد شد.
- چکیده‌ی فارسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید.
- حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.

- **صفحه دوم: عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی**
 - عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی می‌بایست در صفحه‌ی دوم درج گردد.
 - رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسنده مسئول مقاله به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد.
 - چکیده‌ی انگلیسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستوراد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید.
 - حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.
- **صفحه سوم: مقدمه**
 - در مقدمه می‌بایست حتی‌الامکان به بیان هدف، طرح مسئله، مورد تحقیق، ضرورت و مبانی توجیهی موضوع تحقیق پرداخته شود.
- **صفحات بعدی: بدنه مقاله**
 - عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی و با رعایت شماره‌گذاری عددی باشد؛ کلیه مطالب به استثنای مقدمه و نتیجه باید حداکثر ذیل ۵ شماره آورده شود.
 - یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه‌شده در مقاله باشد.
 - ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده‌شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد.
 - پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.
- **صفحه آخر: فهرست منابع**
 - منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج‌شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند.
 - کلیه منابعی که به زبانی غیر از انگلیسی هستند باید به زبان انگلیسی نیز ترجمه شوند.

کتاب فارسی:

- نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (و نام خانوادگی نویسنده‌ی بعدی، نام نویسنده)، عنوان کتاب **(توپر و ایرانیک)**، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر و سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).
- مثال: فلسفی، هدایت الله، **حقوق بین‌الملل معاهدات**، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۸۳، ص. ۸۳.
- دو نویسنده یا بیشتر:
- نام خانوادگی، نام، نام و نام خانوادگی نویسنده دوم به بعد. عنوان کتاب. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).
- مثال: دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی. قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. ویرایش اول. تهران: خلیج فارس، ۱۳۸۰، ص ۱۸۳.

کتاب انگلیسی:

- نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده. عنوان کتاب (ایتالیک). شماره ویرایش. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، (صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها).
- مثال: Pollan, M. *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*. 2nd Ed. New York: Penguin, 2006.
- دو نویسنده یا بیشتر:
- نام خانوادگی، نام، و نام و نام خانوادگی نویسنده دویه به بعد. عنوان کتاب. شمارگان چاپ. محل نشر: انتشارات، سال انتشار.
- مثال: Ward, Geoffrey C., and Ken Burns. *The War: An Intimate History, 1941–1945*. First Ed. New York: Knopf, 2007.

مقاله فارسی:

- نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله به صورت **توپر**، نام نشریه، دوره/ سال، شماره مجله، صفحات شروع تا پایان (در ارجاعات شماره صفحه‌ی ارجاعی).
- مثال: صفایی، سید حسین، **نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در مورد معامله: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر**، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۹۱، شماره ۵۹، صص ۴۱-۶۲.

مقاله انگلیسی:

- نام خانوادگی، حرف اول نام نویسنده. عنوان مقاله در گیومه، نام مجله (به صورت *Italic*) شماره مجله (سال انتشار): صفحه در صورت ارجاع در پانویس.
- مثال: Joshua I, W. "The Market in Plato's Republic," *Classical Philology* 104 (2009): 440.

پایان‌نامه و رساله فارسی:

- نام خانوادگی، نام. عنوان. رساله/ پایان‌نامه، محل دانشگاه: نام دانشگاه، سال چاپ.
- مثال: یروانیان، امیر. «سیاست‌گذاری جنایی؛ مبانی، اصول راهبردی و مدل‌ها». رساله دکترا، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.

پایان نامه و رساله انگلیسی:

نام خانوادگی، نام، عنوان، رساله/پایان نامه، نام دانشگاه، سال چاپ.

مثال:

Choi, Mihwa. "Contesting Imaginaires in Death Rituals during the Northern Song Dynasty." PhD diss., University of Chicago, 2008.

منبع الکترونیک:

نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، عنوان مقاله (توپر)، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین بازدید.

مثال:

Lang, Jon, **the Protection of Commercial Trade Secrets**, 25 European Intellectual property Review No 462 (October 2003), available at:
<http://www.nsi.org/library/espionage/asta/html>(last visited on 08/03/ 2011).

به منظور ثبت الکترونیک مقاله، شما نیازمند دو فایل از مقاله خود هستید؛ فایل اول با مشخصات فوق تنظیم گردیده و فایل دوم فاقد نام و مشخصات نویسنده یا نویسندگان (فارسی یا انگلیسی) خواهد بود.
در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان به بعد الزامی می باشد.



فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی

سال ۴۱، شماره ۱۰۹، بهار ۱۴۰۴

فهرست مطالب این شماره

- ۱..... ارزیابی مبانی جواز و ممنوعیت شبیه‌سازی درمانی در ایران و ایالات متحده آمریکا
مهسا مشار موحد، محمد راسخ، میرقاسم جعفرزاده، سید محمد قاری سید فاطمی
- ۱۹..... عدم انسجام آیین دادرسی کیفری ایران (مبانی و جلوه‌ها)
رجب گلدوست جویباری
- ۳۵..... چپستی استدلال اساسی، با نگاهی به رویه‌های دادگاه‌های قانون اساسی اروپایی
علی اکبر گرجی، رضوان ضیائی
- ۵۷..... نقش حقوقی مالیات بر محیط زیست در ایران
سعیدرضا ابدی، مجتبی قاسمی، محسن ایزدگش
- ۷۵..... اجرای قانون کار در دستگاه‌های دولتی؛ چالش‌ها و راهکارها
محمدقاسم تنگستانی، مهدی مرادی برلیان
- ۹۳..... تحلیل محتوای بز هکاری و بز دیدگی مهاجران افغان در رُمان «افغان‌کشی» بر مبنای آموزه‌های جرم‌شناسانه
علی مولاییگی، سیدحسام الدین سید اصفهانی
- ۱۱۵..... نظام تعدد مادی جرایم تعزیری در قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹)؛ چالش‌ها، ابهام‌ها و راهکارها
هادی رستمی
- ۱۳۳..... امکان‌سنجی تشکیل سازمان بین‌الدولی برای پاسداشت زبان فارسی
قطب العارفین سراج، سید هادی محمودی
- ۱۵۳..... بررسی تطبیقی وظایف عمومی مدیران شرکت‌های تجاری در حقوق ایران و انگلستان
علی خواجوی، امیرحسین سعادت‌ی چشمقان، محمد هادی دارائی
- ۱۷۵..... تضمین استقلال ساختاری قوه قضائیه در پرتو نظرات شورای نگهبان
احمد رحیمی، محمد صادق فراهانی، علی فتاحی زفرقندی
- ۱۹۹..... تدابیر حقوقی پیشگیرانه در راستای مقابله با پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی
صادق صیادی، حبیب اله کیانی
- ۲۱۹..... خیار اعسار؛ بازتعریف فقهی و حقوقی خیار تفلیس
محسن واثقی، محمد مهریار، سیده فاطمه هاشمی
- ۲۳۵..... تأملی بر قلمرو ماده ۳۴ قانون ثبت اصلاحی ۱۳۸۶
امین قاسم‌پور، سجاد شهباز قهفرخی، حسین حقّی
- ۲۵۳..... تحلیل حقوقی اقتصادی ضمانت از منظر حقوق مصرف‌کننده خودرو
سمیه کاویانی، مهدیه صانعی
- ۲۷۱..... دادرسی اساسی به مثابه نیمه گمشده قوه تقنین در نظام حقوقی مشروطه
نادر اسدی اوجاق، محمد حسنونند



Original Article

Evaluation of the Bases of Permission and Prohibition of Therapeutic Cloning in Iran and the United States of America

Mahsa Moshar Movahhed¹, Mohammad Rasekh² , Mir Ghasem Jafarzadeh³, Sayyed Mohammad Qari Sayyed Fatemi⁴

ABSTRACT

The scientific method of therapeutic cloning, which claims to cure many incurable diseases, has been challenged by many moral thinkers and lawyers since its inception; On the other hand, the supporters of this method of treatment believe in its legitimacy due to its many benefits and advantages. Regardless of the opposition or agreement with therapeutic cloning in the legal system of each country, explaining the principles and bases of the supporters and opponents of this scientific method is of greater importance. The analysis and evaluation of the principles and bases cited by the proponents and opponents of therapeutic cloning shows that due to the equating of the state of the embryo resulting from the therapeutic cloning process with a human embryo by the opponents, their oppositions and arguments are not based on a correct foundation. Also, according to new scientific research, scientists have been able to find new solutions to prevent the abuse of this treatment method by solving the concerns of the opponents. Researches that are based on the necessity of the progress of science and the development of medical and therapeutic sciences.

KeyWords: Therapeutic Simulation, Stem Cells, Human Life, the Necessity of Scientific Progress and the Development of Medical and Therapeutic Sciences

How to Cite: Moshar Movahhed, Mahsa, Rasekh, Mohammad, Jafarzadeh, Mir Ghasem, Qari Sayyed Fatemi, Sayyed Mohammad, "Evaluation of the Bases of Permission and Prohibition of Therapeutic Cloning in Iran and the United States of America", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:1-18.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.224781.2049>

Received: 02/12/2021-Accepted: 05/03/2023

1. PhD Candidate, Faculty of Law, Theology & Political Sciences, Islamic Azad University: Science & Research Branch, Tehran, Iran

2. Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: m-rasekh@sbu.ac.ir

3. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

4. Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



ارزیابی مبانی جواز و ممنوعیت شبیه‌سازی درمانی در ایران و ایالات متحده آمریکا

مهسا مشار موحد^۱، محمد راسخ^۲، میرقاسم جعفرزاده^۳، سید محمد قاری سید فاطمی^۴

چکیده

روش علمی شبیه‌سازی درمانی، که داعیه درمان بسیاری از بیماری‌های صعب‌العلاج را دارد، از بدو پیدایش مورد چالش بسیاری از متفکران اخلاقی و حقوق‌دانان قرار گرفته است؛ در مقابل، موافقان این روش درمانی با توجه به فواید و مزیت‌های فراوانی که بر آن مترتب است، قائل به جواز و مشروعیت آن هستند. صرف‌نظر از مخالفت یا موافقت با شبیه‌سازی درمانی در نظام حقوقی هر کشور، تشریح اصول و مبانی موافقان و مخالفان این روش علمی، از اهمیت والاتری برخوردار است. تحلیل و ارزیابی صورت گرفته نسبت به اصول و مبانی مورد استناد موافقان و مخالفان شبیه‌سازی درمانی، مبین آن است که به‌دلیل یکسان‌نگاری وضعیت رویان حاصله از فرایند شبیه‌سازی درمانی با جنین یک انسان توسط مخالفان، مخالفت‌ها و استدلالات ایشان بر پایه صحیحی استوار نشده است. همچنین دانشمندان با توجه به پژوهش‌های جدید علمی، قادر شده‌اند تا با رفع دغدغه‌ها و نگرانی‌های مخالفان، به راهکارهای نوینی برای ممانعت از سوءاستفاده از این روش درمانی دست یابند؛ پژوهش‌هایی که خود مبتنی بر ضرورت پیشرفت علوم و توسعه علوم پزشکی و درمانی است.

کلید واژگان: شبیه‌سازی درمانی، سلول‌های بنیادی، حیات انسانی، ضرورت پیشرفت علوم و توسعه علوم پزشکی و درمانی.

استناد به این مقاله: مشار موحد، مهسا، راسخ، محمد، جعفرزاده، میرقاسم، قاری سید فاطمی، سید محمد، «ارزیابی مبانی جواز و ممنوعیت شبیه‌سازی درمانی در ایران و ایالات متحده آمریکا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۱-۱۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.224781.2049>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۴

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران

۲. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: m-rasekh@sbu.ac.ir

۳. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۴. استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

تنظیم روابط اجتماعی در نظام حقوقی هر کشور و تقنین احکام مربوط به موضوعات مختلف، بدون توجه به مبانی و اصول اخلاقی حاکم بر آنها امکان‌پذیر نیست؛ زیرا اگر موضوعی از لحاظ اصول اخلاقی حاکم بر جامعه، غیرمجاز تلقی شود، چنانچه توسط قانون‌گذار بدون توجه به آن اصول به ناگاه مجاز تلقی شود، به دلیل مغایرت با ارزش‌های اخلاقی جامعه و به چالش کشیدن آنها توسط اجتماع به رسمیت شناخته نخواهد شد. بر همین اساس، احکام مربوط به شبیه‌سازی درمانی هنگامی می‌تواند موضوع قانون‌گذاری قرار گیرد که نخست مبانی و اصول اخلاقی پیرامون این روش علمی، تشریح شود و مورد ارزیابی قرار گیرد؛ ثانیاً با نقد و ارزیابی دلایل اخلاقی مورد استناد مخالفان شبیه‌سازی درمانی، این موضوع باید بررسی شود که آیا مبانی مخالفت آنها بر پایه اصول صحیحی استوار شده است یا خیر.

بنا به مراتب فوق، صرف‌نظر از حکم حقوقی موضوع شبیه‌سازی درمانی در نظام حقوقی ایران و ایالات متحده، سؤالات اصلی پیرامون موضوع مذکور عبارت از این است که روش علمی یادشده کدام‌یک از اصول و مبانی اخلاقی را به چالش می‌کشد و در صورت اخیر، مبانی استدلالی مغایرت این روش علمی با اصول اخلاقی نقض شده کدام‌اند؟ آیا این مغایرت، ممنوعیت مطلق شبیه‌سازی درمانی را موجه می‌کند یا ممکن است به استناد برخی اصول و مبانی مجاز تلقی شود؟

با توجه به اینکه برخی مقدمات بنیادین روش شبیه‌سازی درمانی، مورد ارزیابی و داوری اخلاقی متفکران و اندیشمندان قرار گرفته، ضروری است پیش از آنکه این امر مستحده در نظام حقوقی، موضوع تقنین قرار گیرد، ابتدا به بررسی چالش‌های اخلاقی و انتقادات وارد بر آن پرداخته شود؛ سپس چنانچه این روش نوین علمی در مواجهه با چالش‌های اخلاقی پیش‌روی آن سربلند شود و بتواند در عین سازگاری با اصول اخلاقی حاکم بر جامعه، مبانی توجیهی مستقلى را نیز برای خود استوار سازد، در آن صورت نظام حقوقی حاکم بر جامعه می‌تواند به پشتوانه این سازگاری به نحو صحیح احکام مربوط به آن را تنظیم کند تا مقبول کل جامعه، بالاخص گروه مخاطب آن، قرار گیرد.

چنانچه بدون طی مقدمات ضروری مورد اشاره و بدون ارج نهادن به بررسی‌های اساسی پیرامون اصول اخلاقی مربوط به شبیه‌سازی درمانی، این روش علمی توسط قانون‌گذار مجاز دانسته شود، هرگونه انتقاد توسط مخالفان سبب خدشه‌دار شدن جواز و مشروعیت آن خواهد شد و بهره‌گیری از این روش توسط دانشمندان، همواره با دغدغه مغایرت آن با اصول و مبانی اخلاقی مواجه خواهد بود. برعکس چنانچه شبیه‌سازی درمانی بدون نقد و بررسی همه‌جانبه اصول و مبانی اخلاقی مورد استناد مخالفان و بر پایه اصولی فاقد بنیان علمی، ممنوع اعلام شود، سبب خواهد شد جامعه بشری از یکی از دستاوردهای ارزشمند علمی، که می‌توانست دریچه‌ای برای درمان بسیاری از بیماری‌های صعب‌العلاج تلقی شود، محروم گردد.

پیشینه بحث درباره جواز و مشروعیت شبیه‌سازی درمانی هم‌زمان با مباحثات مربوط به شبیه‌سازی انسان مطرح شد. برخی صاحب‌نظران با تقسیم‌بندی شبیه‌سازی به دو نوع شبیه‌سازی درمانی^۱ و شبیه‌سازی تولیدمثلی^۲، شباهت‌ها و تفاوت‌های هریک را به تفکیک مورد بحث قرار داده بودند.^۳ همچنین صاحب‌نظران مذکور در تحقیقی جداگانه وضعیت رویان‌های اولیه ایجاد شده در شبیه‌سازی درمانی را، که از طریق انتقال هسته سلول پیکری به سلول تخمک صورت

^۱. Therapeutic Cloning

^۲. Reproductive Cloning

^۳. Robertson, J. "Two Models of Human Cloning", *Hofstra Law Review*, Volume 27, Issue 3, 1999, PP 611-616.

می‌گیرد، بررسی کردند.^۱ چرخه ایجاد رویان اولیه در فرایندهای مربوط به شبیه‌سازی درمانی و قابلیت تبدیل رویان‌های مذکور به انسان کامل، یکی از اولین دلایل مخالفت اندیشمندان با شبیه‌سازی درمانی قرار گرفته است.^۲ البته برخی حقوق‌دانان تأثیری را، که شبیه‌سازی درمانی می‌تواند در تجاری‌سازی حیات انسان داشته باشد، از دیگر دلایل مخالفت با شبیه‌سازی درمانی تلقی کرده‌اند.^۳ با این حال، برخی حقوق‌دانان برجسته در تحقیقات خویش، ارتقای روش‌های شبیه‌سازی درمانی و نیل به روشی ایمن، که بتواند مخاطرات مربوط به این روش درمانی را برطرف کند، از طریق مجاز شمردن انجام پژوهش‌های بیشتر در این زمینه میسر دانسته‌اند.^۴

بر این اساس، در نوشتار حاضر تلاش شده است در دو بخش جداگانه اصلی‌ترین مبانی مخالفت و موافقت با شبیه‌سازی درمانی مورد بررسی قرار گیرد. در بخش نخست، ابتدا مفهوم رویان شبیه‌سازی شده، چالش‌هایی که پیرامون ایجاد آن و متعاقباً بهره‌گیری از آن در فرایند علمی شبیه‌سازی درمانی مطرح می‌شود، مورد کاوش و بررسی قرار گرفته است. سپس رویکرد رویه قضایی در مواجهه با نابودی رویان ارزیابی شده است. در ادامه، مخاطرات مربوط به پذیرش جواز شبیه‌سازی درمانی از جمله تأثیر آن بر مشروعیت بخشیدن به شبیه‌سازی انسان و همچنین اثر آن بر تجاری‌سازی مسائل مربوط به حیات انسان مورد نقد و بررسی قرار گرفته است. در بخش دوم مفهوم «ضرورت پیشرفت علوم و توسعه علوم پزشکی و درمانی» به عنوان اصلی‌ترین مبنای جواز و مشروعیت شبیه‌سازی درمانی تشریح و در ادامه نقش و جایگاه مفهوم مزبور در شبیه‌سازی درمانی به عنوان یک روش علمی نوین، ارزیابی شده است.

۱. مبانی ممنوعیت شبیه‌سازی درمانی

مخالفان شبیه‌سازی درمانی علی‌رغم آنکه معترف به مزایای بی‌شمار این روش نوین علمی-پزشکی برای انسان‌ها هستند، بنا به دلایلی که عمدتاً ریشه در اصول اخلاقی دارد، استفاده از این روش نوین درمانی را جایز نمی‌شمارند. نخستین استدلال ایشان، مبتنی بر ممنوعیت نابودی رویان‌های مورد استفاده در فرایندهای مربوط به شبیه‌سازی درمانی است. مخالفان بر مبنای نظریه تقدس حیات، که ریشه در انسان‌انگاری رویان دارد، مهم‌ترین ایراد را به این روش وارد می‌کنند. براساس یکی از استنتاجات نظریه مذکور، نمی‌توان انسان بی‌گناهی را عمداً و تنها برای کمک به انسانی دیگر از بین برد و تحقق اهداف درمانی، مجوزی برای از بین بردن رویان‌های ایجادشده در محیط آزمایشگاه، که به مثابه انسان‌اند، نخواهد بود.

دومین دلیل مخالفان شبیه‌سازی درمانی، استناد به استدلال شیب لغزنده^۵ است که بیان می‌کند استفاده از این روش، قطعاً منجر به انجام شبیه‌سازی تولیدمثلی و امکان ایجاد بسیاری از سوءاستفاده‌های غیراخلاقی خواهد شد؛ بنابراین اصلح است در برابر استفاده از این روش نوین درمانی، مانعی قرار داد تا امکان هرگونه سوءاستفاده احتمالی آینده گرفته شود. درنهایت، رویکرد تجاری‌سازی به مسائل حیات انسانی، چالش اخلاقی دیگری است که در آن با طرح مباحثی نظیر اجبار و فقدان اراده در اشخاص اهداکننده سلول‌های غیرجنسی و تخمک، امکان کالایی شدن انسان، کاهش میزان عمل

^۱ Robertson, J. "In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos", *Virginia Law Review*, Volume 76, Issue 3, 1990, PP 441-454.

^۲ Lee, P. "Embryonic Human Beings", *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, Volume 2, Issue 22, 2006, P 432.

^۳ Peterson, Sh. E. "A Comprehensive National Policy to Stop Human Cloning: An Analysis of the Human Cloning Prohibition Act of 2001 with Recommendations for Federal and State Legislatures", *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Volume 17, 2003, P 243.

^۴ Robertson, J. "Embryo Culture and the Culture of Life: Constitutional Issues in the Embryonic Stem Cell Debate", *University of Chicago Legal Forum*, Issue 1, 2006, PP 32-3.3

^۵ Slippery Slope Argument

نوع دوستانه توسط متقاضیان و تجویز جبران خسارت و پرداخت مابه‌ازا در قبال عمل متقاضی اهدای سلول پیکری و تخمک، آثار گریزناپذیر استفاده از شبیه‌سازی درمانی را نزد سیاست‌گذاران برجسته می‌کند.^۱

۱.۱. انسان‌انگاری رویان و چالش بهره‌گیری از رویان در شبیه‌سازی درمانی

با تقسیم سلول پیکری اولیه^۲ در سیتوپلاسم^۳ تخمک لقاح نیافته، مورولا^۴ ایجاد می‌شود. با ایجاد مورولا، روند تقسیم همچنان ادامه می‌یابد؛ به نحوی که دو مجموعه تحت عنوان توده سلول داخلی (با بیرون ارتباط مستقیم ندارد) و توده سلول خارجی (به‌طور مستقیم با فضای حفره رحمی مرتبط است) قابل تفکیک خواهد بود. در حدود یک یا دو روز بعد، سلول‌های مورولا از درون شروع به خالی شدن می‌کنند و کیسه سلولی به نام بلاستوسیست^۵ یا بلاستولا تشکیل می‌دهند؛ البته ایجاد بلاستوسیست هم از طریق روش انتقال هسته سلول‌های پیکری به سلول تخمک لقاح نیافته و هم از طریق لقاح طبیعی^۶ و همچنین از طریق باروری در شرایط آزمایشگاه^۷ ایجاد می‌شود.^۸ حدود روز ششم، نواره تخمک^۹ اطراف آن را دربرگرفته، از این طریق بلاستوسیست آماده لانه‌گزینی^{۱۰} در جداره رحم خواهد شد؛ سپس با طی روند رشد در شرایط طبیعی، قابلیت تبدیل شدن به انسان کامل را پیدا خواهد کرد.^{۱۱} بسیاری از نظریه‌پردازان^{۱۲} به سبب وجود غایت محتومی، که برای بلاستوسیست متصورند، اختلال در روند رشد یا استفاده برای اهداف غیر وجودی آن‌ها را از لحاظ اخلاقی ناپسند می‌شمارند.

۱.۱.۱. تلقی رویان به مثابه انسان

چرخه ایجاد بلاستوسیست و قابلیت تبدیل به انسان کامل، برخی اندیشمندان^{۱۳} را متقاعد کرده که بهره‌گیری از بلاستوسیست در راستای اهداف درمانی یا پژوهشی به مثابه استفاده از انسانی دیگر بوده و از لحاظ اخلاقی مذموم است. با گسترش رویکرد مذکور، برخی سیاست‌گذاران مجالس قانون‌گذاری ایالات متحده، مخالفت خود را با انجام پژوهش بر سلول‌های بنیادی و کشتن عمدی جنین برای کمک به دیگری اعلام کرده‌اند.^{۱۴} ریشه‌های این تفکر بر پایه «نظریه تقدس حیات» استوار شده است که قبلاً در موضوع سقط جنین نیز مطرح شده بود.

۱. آرامش، کیارش، «بررسی اخلاقی رابطه پولی در رحم جایگزین»، فصلنامه باروری و ناباروری، دوره ۹، شماره ۱، ۱۳۸۷، ص ۳۷.

۲. Somatic Cell

۳. Cytoplasm

۴. Morula

۵. Blastocyst

۶. In Vivo

۷. In Vitro Fertilization

۸. Robertson, "In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos", Op. Cit., P 441.

۹. Zona pellucida

۱۰. Implantation

۱۱. Post, G. (Editor in Chief), *Encyclopedia of Bioethics*, Third Edition, Gale Group, Inc, 2004, PP 708-709; Panno, J. Stem Cell Research, *Medical Applications and Ethical Controversies*, Facts on File, Inc. An imprint of Infobase Publishing, 2011, P 24.

۱۲. Marquis, D. "Why Abortion is Immoral", *The Journal of Philosophy*, Volume 86, Issue 4, 1989, PP 191-192.

۱۳. George, R. P. and Patrick Lee. "Acorns and Embryos", *The New Atlantis: A Journal of Technology & Society*, 2004-2005, PP 94-100; Lee, Op. Cit., P 432.

۱۴. سندل، مایکل. *انسان بی نقص: اخلاق در عصر مهندسی ژنتیک*، ترجمه افشین خاکباز، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۷، ص ۱۰۵.

طبق دیدگاه مذکور، زندگی انسان واجد ارزش و احترام است و از بین بردن حیات انسانی جایز تلقی نمی‌شود.^۱ عده‌ای دیگر معتقدند براساس «اصل غایت بودن انسان» حیات انسانی ابزاری برای نجات حیات دیگری نیست؛ بنابراین نمی‌توان برای تأمین مقاصد تحقیقاتی، انسان‌ها را بدون توجه به خواستشان موضوع تحقیق قرار دهیم.^۲

طرفداران نظریه تقدس حیات معتقدند ارزش حیات برتر از همه ارزش‌هاست و حیات هیچ انسانی بر دیگری برتری ندارد.^۳ و جنین از لحظه ایجاد به دلیل داشتن ذات انسانی، شخص محسوب می‌شود و مجاز به نابودی آن نیستیم.^۴ بنابراین قبح از بین بردن موجودات، هم شامل موجوداتی است که از لحاظ بیولوژیکی انسان به‌شمار می‌روند؛ هم موجوداتی که توسط سایر روش‌ها ایجاد می‌شوند و در آینده ممکن است تبدیل به نوع انسانی شوند.^۵

مخالفان پژوهش بر سلول‌های بنیادی رویانی، به دلیل مشابهت ویژگی ژنتیکی انسان و رویان همچنین وجود حق زندگی و دارا بودن جایگاه حقوقی یکسان برای هر دو، رویان را به مثابه انسان تلقی می‌کنند و از بین بردن آن را به‌منظور دستیابی به سلول‌های بنیادی باهدف درمان یا پژوهش، معادل از بین بردن انسان می‌دانند.^۶

شایان ذکر است، نظریه پردازان مذکور حامی پژوهش‌هایی‌اند که از طریق سایر منابع غیررویانی به سلول‌های بنیادی دست می‌یابند و معتقدند در حال حاضر یا در آینده‌ای نزدیک استحصال سلول‌های بنیادی، بدون از بین بردن رویان امکان‌پذیر خواهد بود؛^۷ همچنین قانون‌گذار باید احترام اخلاقی کاملی برای وجود انسان بدون در نظر گرفتن ویژگی‌های مختلف آن قائل شود.^۸

با تحلیل مبانی اخلاقی فوق، انتقادات متعددی به نظرهای مذکور وارد می‌شود؛ نخست آنکه در چارچوب نظریه «آزادی اراده»، اینکه هر انسانی در برهه‌ای از زمان جنین بوده، سبب نخواهد شد جنین و بلاستوسیست را با انسان یکسان بدانیم. درواقع طرفداران نظریه تقدس حیات، استحصال سلول بنیادی از بلاستوسیست را معادل استخراج از اندام‌های نوزاد و داوری اخلاقی و حقوقی واحدی را نسبت به هر دو وضعیت، حاکم می‌دانند.^۹

برخلاف دیدگاه‌های محافظه‌کارانه، می‌توان در فرایند گذار و تبدیل رویان به نوزاد با تکیه بر معیارهایی عینی از جمله تولد،^{۱۰} نخستین حرکت جنین،^{۱۱} آگاهی^{۱۲} و قابلیت زیست،^{۱۳} حکم اخلاقی متفاوتی نسبت به وضعیت رویان در هریک از این مراحل قائل شد.^{۱۴} همچنین برای تعیین ضابطه عینی در راستای تشخیص انتهای مرحله‌ای که در آن امکان از بین

۱. راسخ، محمد. **حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش**، جلد ۲، تهران: نشر نی، ۱۳۹۶، ص ۳۶۳.

۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، «بیوتکنولوژی در آینه فلسفه اخلاق»، *فصلنامه باروری و ناباروری*، دوره ۳، شماره ۴، ۱۳۸۱، صص ۶۴-۶۷.

۳. راسخ، محمد، «جدال حیات: بررسی اجمالی تئوری‌های سقط جنین»، *فصلنامه باروری و ناباروری*، دوره ۶، شماره ۲۸، ۱۳۸۲، صص ۲۲۲-۲۲۳.

۴. راسخ، محمد، **حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش**، پیشین، صص ۳۶۳-۳۶۴.

۵. Marquis, D, Op. Cit., PP 191-192.

۶. رحمتی، محمد، «بررسی ابعاد اخلاقی به کارگیری سلول‌های بنیادی جنینی»، *فصلنامه اخلاق پزشکی*، دوره ۷، شماره ۲۵، ۱۳۹۲، صص ۱۶-۱۸.

۷. George and Lee, Op. Cit., PP 94-100.

۸. Lee, Op. Cit., P 432.

۹. Sandel, M. "Embryo Ethics: The Moral Logic of Stem-Cell Research", *The New England Journal of Medicine*, 2004, P 207.

۱۰. Birth

۱۱. Quickening

۱۲. Consciousness

۱۳. Viability

۱۴. Singer, P. *Practical Ethics*, Britania: Cambridge University Press, Third Edition, 2011, P 125.

بردن رویان قبل از تولد وجود دارد، می‌توان از فرایندهای رشد رویان مدد جست. محوریت ضابطه مذکور، که مبتنی بر مفهوم شخصیت و انسان است، سبب تمایز انسان از دیگر مخلوقات خواهد شد و مشتمل بر وجود عناصری همچون، ۱. آگاهی از اشیا و رویدادها و ظرفیت احساس درد؛ ۲. تعقل؛ ۳. قدرت بر انجام فعالیت خودانگیزنده^۱ که مستقل از کنترل مستقیم خارجی یا تحمیلات ژنتیکی است؛ ۴. ظرفیت برقراری ارتباط؛ ۵. وجود خودانگاره‌ها و خودآگاهی‌های فردی یا نژادی [عناصر هویتی و جنسیتی] یا هر دو در انسان است.^۲ درواقع با انتخاب یکی از ضوابط مذکور و تحقق آن در رویان، امکان از بین بردن رویان وجود نخواهد داشت؛ زیرا تحقق آن ضابطه سبب تغییر وضعیت اخلاقی رویان از موجودی صرفاً بیولوژیک به موجودی انسانی خواهد شد.

نهایتاً به نظر می‌رسد اساس استدلال مخالفان شبیه‌سازی درمانی مبتنی بر این مقدمه ضروری باشد که رویان متشکله به محض ترکیب سلول پیکری و تخمک، به مثابه انسانی کامل با کلیه حقوق متصوره خواهد بود. درحالی‌که نه فقط وضعیت رویان پس از ترکیب تخمک با سلول پیکری در تمام مراحل تکامل آن یکسان نیست، بلکه وجود ضوابطی عینی در فرایندهای رشد رویان نشانگر آن است که وضعیت اخلاقی رویان در هر یک از مراحل مذکور با یکدیگر متفاوت است.

۱.۱.۲. رویکرد رویه قضایی نسبت به نابودی رویان

با عنایت به اینکه در فرایند شبیه‌سازی درمانی، نابودی بلاستوسیست‌ها یا رویان‌های شبیه‌سازی شده در مرحله استخراج سلول‌های بنیادی رویانی در راستای اهداف درمانی، منجر به توقف فرایند رشد آنها می‌شود، لذا یکی از دلایل و مبانی اصلی مخالفت اخلاق‌گرایان با این روش علمی نوین، مغایرت آن با اصول اخلاقی مبتنی بر احترام به حیات انسان است. همین موضوع در خصوص سقط جنین نیز مبنای اعتراض و مخالفت مخالفان سقط جنین قرار گرفته است؛ زیرا مادر با اقدام به سقط جنین، رویان‌های ایجاد شده ناشی از لقاح سلول‌های جنسی شامل تخمک و اسپرم را نابود می‌کند؛ رویان‌هایی که قابلیت تبدیل شدن به انسان را دارند، ولی با عمل سقط، از تبدیل شدن به غایت خویش، که همانا انسانی کامل است، باز می‌مانند. مهم‌ترین تفاوت میان نابودی رویان در عمل سقط جنین با نابودی رویان و بلاستوسیست‌ها در فرایند استخراج سلول‌های بنیادی حاصل از رویان شبیه‌سازی شده، همانا سلول‌های تشکیل دهنده رویان در هریک است. در صورت نخست، رویان حاصله ناشی از ترکیب سلول‌های جنسی دو فرد در محیط رحم یا در محیط خارج رحم و در آزمایشگاه^۳ است. درحالی‌که رویان شبیه‌سازی شده در فرایند شبیه‌سازی درمانی، حاصل از ترکیب سلول‌های پیکری و تخمک فاقد هسته در محیط آزمایشگاه است. اما باید توجه داشت فرایند حاصله از هر دو روش یاد شده، منجر به ایجاد یک رویان خواهد شد که در صورت ادامه فرایند رشد و تکامل خویش، قابلیت تبدیل به انسانی کامل را خواهند داشت. باید توجه داشت یکی از دغدغه‌ها و مباحث با اهمیتی که در ذهن قضات و رویه قضایی مربوط به سقط جنین مطرح می‌شود، موضوع امکان نابودی رویان به وسیله عمل سقط جنین است؛ یعنی رویانی که واجد عناصر حیاتی است. البته در مراحل رشد و تکامل خود از مراحل اولیه تا گام‌های نهایی خویش، شکل و صورت عناصر حیاتی در وی با تغییرات عمده‌ای همراه می‌شود. لذا بخشی از مبانی مورد بحث در رویه قضایی مربوط به سقط جنین آنجایی که ناظر و متمرکز بر امکان یا ممنوعیت از بین بردن و خاتمه حیات رویان و جنین انسان است، درخصوص رویان حاصل از شبیه‌سازی

¹. Self-motivated activity

². Anne Warren, M. "On the moral and legal status of abortion", *The Monist, Women's Liberation: Ethical, Social, and Political Issue*, Volume 57, Issue 1, 1973.

³. In vitro fertilization

درمانی نیز صدق می‌کند؛ زیرا رویان چه حاصل از لقاح سلول‌های جنسی باشد و چه از طریق ترکیب سلول‌های پیکری و تخمک ایجاد شده باشد، موجودی زنده و دارای حیات است که قابلیت تبدیل شدن و زیست به‌عنوان یک انسان کامل را دارد. لذا نابودی آنچه به واسطه عمل سقط جنین صورت گیرد و چه از طریق استخراج سلول‌های بنیادی آن، در مورد هر دو، این سوال حائز اهمیت مطرح می‌گردد که آیا امکان و جواز نابودی رویان به‌عنوان موجودی زنده وجود دارد یا خیر. بدین واسطه مبانی مورد پذیرش در رویه قضایی مربوط به سقط جنین، آنجایی که مربوط به امکان یا ممنوعیت از بین بردن جنین انسان است، در خصوص امکان یا ممنوعیت نابودی رویان‌های شبیه‌سازی شده در فرایند علمی شبیه‌سازی درمانی نیز قابل استناد است. شایان ذکر است، در مسئله سقط جنین، حق مادر بر آزادی¹ یا تمامیت جسمانی² خویش نیز مطرح می‌شود و به‌عنوان یکی از مبانی مورد بحث در رابطه با جواز عمل سقط جنین مورد استناد قرار می‌گیرد. باین‌حال، حق مذکور در خصوص مبانی توجیهی امکان و جواز نابودی رویان حاصل از شبیه‌سازی درمانی، فاقد موضوعیت است؛ زیرا ادامه حیات جنین رویانی، با آزادی و تمامیت جسمانی شخصی دیگر تعارض و تراحم ندارد. لذا از این نظر امکان دارد درجایی که براساس اصل لزوم به رسمیت شناختن حق مادر بر آزادی خویش یا تمامیت جسمی وی، قائل به امکان و جواز سقط جنین توسط مادر باشیم، به‌دلیل فقدان وجود جنین حق و مبنایی در شبیه‌سازی درمانی، نابودی رویان در شبیه‌سازی درمانی عملی غیراخلاقی یا نامشروع جلوه کند. بنابراین آنچه در بررسی مبانی توجیه‌کننده امکان نابودی رویان حاصل از شبیه‌سازی درمانی از اهمیت والایی برخوردار است، ارزیابی جواز یا ممنوعیت نابودی رویان با توجه به امکان رشد، تکامل و قابلیت تبدیل شدن آن به انسانی کامل است.

در دعوی Roe v. Wade³ که یکی از دعاوی مهم در خصوص سقط جنین در ایالات متحده آمریکا است، دیوان عالی این کشور با اعلام حمایت قانون اساسی آمریکا از آزادی زنان باردار برای سقط جنین بدون آنکه مشمول محدودیت‌های دولتی شوند، سابقه‌ای مهم در رویه قضایی ایالات متحده آمریکا ایجاد کرد که مغایر با بسیاری از قوانین مربوط به سقط جنین در سطح فدرال و ایالتی بود. دیوان عالی ایالات متحده، در رأی صادره خویش در دعوی مذکور اعلام داشت در سه‌ماهه اول بارداری، اگر روش سقط جنین از زایمان ایمن‌تر باشد، دولت نمی‌تواند محدودیتی برای آن با استفاده از نظر پزشک مجاز ایجاد کند. در سه‌ماهه دوم، افزایش خطر برای سلامتی مادر می‌تواند دولت‌ها را مجاب به تصویب مقررات مربوط به سقط جنین کند. در سه‌ماهه سوم، دولت‌ها متمایل به حفاظت از زندگی جنین هستند؛ لذا دولت می‌تواند به‌طور قانونی کلیه انواع سقط جنین جز در موارد لزوم محافظت از سلامتی مادر را ممنوع اعلام کند.⁴ در واقع دیوان عالی در رأی خویش با توجه به تفاوت‌های عناصر و ویژگی‌های حیاتی رویان در طی دوره‌های رشد و تکامل خویش، تصمیم خویش به امکان سقط جنین توسط زنان را وابسته به سطح رشد و تکامل جنین دانسته است. به بیان دیگر، مجوزی که برای سقط جنین زنان در سه‌ماهه اول بارداری پذیرفته شده است، در سه‌ماهه دوم بارداری با محدودیت‌هایی همراه و در سه‌ماهه سوم اصل و قاعده بر ممنوعیت سقط جنین قرار داده شده است. در واقع تفاوت قاعده حاکم بر امکان سقط جنین در دوره‌های زمانی مزبور، بی‌گمان ناشی از تفاوت سطح رشد و عناصر حیاتی در رویان و جنین است. یعنی همان حداقل عناصر حیاتی و زیستی در رویان در سه‌ماهه اول که نتوانسته مانع ممنوعیت سقط جنین توسط دیوان عالی ایالات متحده آمریکا شود و رأی دیوان عالی به جواز سقط جنین در این دوره زمانی هیچگاه مغایر اصول اخلاقی

¹. Right to be free

². Right to control one's body

³. Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

⁴. Dworkin, R. *Life's Dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, First Edition, Alfred A. Knoff, 1993, P 168.

ناظر به تقدیس حیات و لزوم حفاظت و صیانت از حیات انسان قلمداد نشده است، در رویان‌های حاصل از شبیه‌سازی درمانی نیز متبلور است. لذا مستفاد از آرای قضایی صادره در این زمینه و با توجه به استدلال مطرح در آن‌ها، نابودی رویان‌های شبیه‌سازی شده در مراحل اولیه تشکیل رویان به سبب استخراج سلول‌های بنیادی آنها، به دلیل وجود سطح حداقلی عناصر حیات در رویان، مغایر با اصول اخلاقی تلقی نخواهد شد.

خاطرنشان می‌کند در سال ۲۰۲۲ دیوان عالی ایالات متحده آمریکا در دعوی Dobbs v. Jackson Women's Health Organization^۱، با اکثریت شش نفر از نه قاضی دیوان عالی، قانون سال ۲۰۱۸ ایالت می‌سی‌سی‌پی با عنوان «قانون سن حاملگی»^۲ را که به موجب آن سقط جنین پس از گذشت پانزده هفته اول بارداری ممنوع شده است را مورد تأیید قرار داد و البته پنج نفر از نه قاضی دیوان عالی به لغو قاعده ناشی از دعوی Roe v. Wade رأی مثبت دادند. بر این اساس، حکم سال ۲۰۲۲ دیوان عالی در دعوی Dobbs v. Jackson Women's Health Organization، با لغو آزادی سقط جنین که در نتیجه صدور رأی دیوان عالی در دعوی Roe v. Wade مبنی بر حمایت قانون اساسی آمریکا از آزادی زنان برای انجام سقط جنین بدون اعمال محدودیت‌های دولتی تثبیت شده بود، به ایالت‌های این کشور امکان داده است تا با تصویب قانون، سقط جنین را غیرقانونی کنند. نکته حائز اهمیت در رأی اخیر دیوان عالی ایالات متحده، عبارت از آن است که اکثریت قضات موافق با رأی مذکور بر این اعتقادند که آنچه حق سقط جنین را از سایر حقوق به رسمیت شناخته شده مندرج در قانون اساسی ایالات متحده متمایز می‌کند، آن است که سقط جنین منجر به از بین رفتن و نابودی «حیات بالقوه»^۳ متبلور در رویان و جنین خواهد شد.^۴ با توجه به اینکه یکی از مبانی اصلی دیوان عالی ایالات متحده آمریکا در صدور رأی مذکور، توجه به مفهوم «حیات بالقوه» رویان و جنین و لزوم حمایت از آن بوده است، لذا به نظر می‌رسد مستفاد از رأی صادره، همین «حیات بالقوه» صرف‌نظر از روش ایجاد آن، هنگامی که در رویان حاصل از شبیه‌سازی درمانی جلوه‌گر شود، نیز باید مورد حمایت قرار گیرد.

۱.۲. استدلال شیب لغزنده^۵

یکی از قوی‌ترین استدلال‌ها علیه شبیه‌سازی درمانی استدلال شیب لغزنده است. براساس استدلال مذکور، انجام تصمیم A که برای ما جذاب است، امکان دارد موجب افزایش احتمال اتخاذ تصمیم B که با آن مخالف هستیم، توسط سایرین شود. مخالفان شبیه‌سازی درمانی معتقدند مجاز تلقی کردن روش انتقال هسته سلول پیکری^۶ برای اهداف درمانی، احتمالاً منجر به مجاز تلقی شدن شبیه‌سازی تولیدمثلی خواهد شد.^۷ این موضوع سبب گسترش ایجاد رویان‌های شبیه‌سازی شده و استفاده از آن در روش باروری در شرایط آزمایشگاه در راستای تولد انسان شبیه‌سازی شده می‌شود.^۸

^۱ Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, No. 19-1392, 597 U.S. (2022).

^۲ Gestational Age Act, Mississippi Legislature, 2018.

^۳ Potential Life

^۴ Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, P 9 (Opinion of the Court).

^۵ Slippery Slope Argument

^۶ SCNT: Somatic Cell Nuclear Transfer

^۷ قبول استفاده از رویان جهت سلول درمانی می‌تواند شبهه مقبولیت تمام موارد استفاده از آن را ایجاد کند. مثلاً استفاده از سلول‌های بنیادی در درمان بیماری پارکینسون، می‌تواند استفاده از آنها را در جوان‌سازی توجیه نماید (لاریجانی، باقر و فرزانه زاهدی، **جنبه‌های اخلاقی و قانونی تولید و استفاده از سلول‌های بنیادی انسان**، انتشار یافته در اخلاق زیستی (بیواتیک): از منظر حقوقی، فلسفی و علمی، تهران: سمت، ۱۳۸۸، ص ۱۱۵).

^۸ Korobkin, R. "Stem Cell Research and the Cloning Wars", *Stanford Law & Policy Review*, Volume 18, 2007, P 173.

از شایع‌ترین استدلال‌های مبتنی بر شیب لغزنده عبارت از آن است که اگر جامعه گزاره «الف» را که شبیه گزاره «ب» است اجازه دهد، افراد جامعه به گزاره «الف» عادت خواهند کرد و این به نوبه خود سبب کاهش انزجار جامعه از گزاره «ب» خواهد شد. نسخه‌ای از این ادعا، گاهی در خصوص استدلال‌های علیه شبیه‌سازی درمانی مطرح می‌شود. ایجاد بلاستوسیسیت برای تحقیقات امروز می‌تواند ما را فردا به ایجاد جنین برای تحقیق و روز بعد به ایجاد نوزادان برای پژوهش سوق دهد. باوجود این، دلایل متعددی مبنی بر فقدان استحکام کافی در استدلال این قاعده وجود دارد. تحقیقات سلول‌های بنیادی مبین آن است که وجود واقعیت‌های زیست‌شناسانه، مانع تحقق ترس سوءاستفاده دانشمندان از رویان‌های شبیه‌سازی شده برای ایجاد نوزادان به صورت غیرقانونی خواهد شد. توجه به واقعیت‌های علمی نشان می‌دهد ایجاد نوزاد شبیه‌سازی شده به مراتب پیچیده‌تر از قرار دادن رویان شبیه‌سازی شده در رحم زن است. دستاوردهای جدید علمی این امکان را برای دانشمندان فراهم کرده است تا با استفاده از روش انتقال هسته تغییر یافته،^۱ رویان شبیه‌سازی شده‌ای را ایجاد کنند که قادر به کاشت و جایگزینی در رحم زن نباشد. درواقع دانشمندان با غیرفعال کردن ژنی در سلول اهداکننده، که قابلیت کاشت را تسهیل می‌کند، امکان لانه‌گزینی جنین رویانی را در رحم زن از آن سلب می‌کنند.^۲ بنابراین با توجه به این موضوع، می‌توان استدلال کرد که ایجاد چنین رویان‌هایی منجر به ایجاد حیاتی بالقوه نخواهد شد و نگرانی‌های پیرامون روش انتقال هسته سلول غیرجنسی نیز برطرف خواهد شد.^۳

۱.۳. رویکرد تجاری‌سازی به مسائل مربوط به حیات انسانی

به عقیده مخالفان، شبیه‌سازی درمانی شکل‌گیری روابط مالی و تجاری پیرامون اهدای اعضای انسان، سبب مجاز تلقی شدن پرداخت حق‌الزحمه به اهداکننده و سوءاستفاده مالی و شکل‌گیری بازار برای تجارت سلول‌ها و جنین انسان خواهد شد.^۴ همچنین رواج امیال مالی و تجاری‌سازی فرایندهای پزشکی، سبب پایمال شدن ارزش‌های انسانی، نقض کرامت انسانی و منسوخ شدن اهدای نوع‌دوستانه توسط متقاضیان می‌شود.^۵

بنابر عقیده برخی حقوق‌دانان، زندگی انسان نمی‌تواند موضوع تجارت قرار گیرد؛ زیرا پیامدهای اخلاقی و مباحث حقوقی مختلفی دارد. برای مثال اصلاحیه سیزدهم قانون اساسی ایالات متحده بیان می‌دارد حیات انسان نباید به‌عنوان دارایی تلقی شود؛ لذا مستفاد از این حکم، انسان نمی‌تواند برای اهداف تجاری، موضوع شبیه‌سازی قرار گیرد.^۶

چالش‌های اصلی ناشی از پذیرش روابط مالی و تجاری‌سازی در حوزه شبیه‌سازی درمانی، شامل موارد ذیل است:

۱. مخدوش شدن عنصر رضایت در اشخاص اهداکننده سلول غیرجنسی و تخمک: چنانچه در ازای عمل داوطلبانه اهداکننده غرامت پرداخت نشود، متقاضی باید تصمیم بگیرد که آیا مطلوبیت ناشی از عمل نوع‌دوستانه مذکور بر خطرات مترتب بر آن غلبه دارد یا بالعکس و در این فرض تحقق عنصر رضایت در متقاضی نسبت به عمل اهدا تحت تأثیر عامل تحریک‌کننده خارجی [پول] مخدوش نشده است؛ درحالی‌که پیشنهاد پرداخت پول به اهداکننده، خصوصاً در مواردی

^۱. Altered nuclear transfer (ANT).

^۲. Korobkin, Op. Cit., PP 174-175.

^۳. Korobkin, R. and Stephen R Munzer. "Stem cell research and the law", Research Paper No.06-05, University of California, Los Angeles School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series, 2006, PP 20-21.

^۴. راسخ، محمد، محمد مهدی آخوندی، امیرحسین خداپرست، آرش مذهب و لیلی منفرد، *سلول بنیادی: اخلاق و حقوق (جنبه‌های اخلاقی و حقوقی استفاده درمانی از سلول بنیادی)*، تهران: پژوهشگاه ابن‌سینا، ۱۳۸۹، ص ۲۸۱.

^۵. آرامش، پیشین، ص ۳۷.

^۶. Peterson, Op. Cit., P 243.

که شخص متقاضی تحت اضطرار مالی قرار دارد، مانند اشخاص فقیر و نیازمند، می‌تواند عنصر رضایت را در وی مخدوش کند و بدین شکل وی در ارزیابی صحیح خطرات ناشی از تصمیم خویش ناتوان خواهد شد.

۲. کالایی شدن^۱ انسان: برخورد با بافت‌ها و سلول‌های انسان به‌عنوان کالای قابل‌فروش، خدشه به کرامت انسانی است؛ این تفسیر مستلزم برابر انگاشتن ارزش اخلاقی سلول‌های اهدایی با خود انسان است.

۳. کاهش میزان و تقاضای عمل نوع‌دوستانه^۲ توسط متقاضیان: به‌سبب در دسترس بودن پرداخت برای اهدای سلول و بافت‌های بدن، انگیزه روانی اهداکنندگان نوع‌دوست کاهش می‌یابد.

۴. افزایش هزینه انجام تحقیقات علمی با تجویز پرداخت مابه‌زا برای اهدای بافت‌ها و سلول‌های موضوع تحقیق: پذیرش پرداخت پول در ازای اهدای تخمک یا بافت یا سلول، اثر دوجانبه‌ای دارد؛ از یک‌سو سبب افزایش هزینه‌های مستقیم تحقیق با پرداخت‌های صورت‌گرفته به اهداکنندگان می‌شود؛ از سوی دیگر اهداکنندگان نوع‌دوست در مواجهه با اهدای بافت و سلول توسط دیگران در ازای دریافت پول، اساساً انگیزه خود را برای اهدا از دست می‌دهند.^۳

نمی‌توان انکار کرد که پذیرش امکان خریدوفروش بافت‌ها و سلول‌های موضوع تحقیق، منجر به توسعه تحقیقات علمی و افزایش گزینه‌های پیش‌روی محققان برای تهیه بافت‌ها و سلول‌های مذکور خواهد شد؛ همچنین جلوگیری از ایجاد بازارهای قانونی برای مبادله نیازهای ضروری جامعه، سبب ایجاد بازارهای سیاه^۴ با قیمت‌های سرسام‌آور خواهد شد. لذا به‌منظور ممانعت از این امر، ضرورت ایجاد بازارهای رسمی و مبادله بافت‌ها و سلول‌های موضوع تحقیق احساس می‌شود تا سبب افزایش رضایت متقاضیان و تنظیم روابط چنین بازارهایی تحت لوای قوانین و نهادهای نظارتی شود.^۵

بر این اساس، پذیرش سازوکارهای پولی، امکان تخصیص و مبادله خدمات و نیازهای جوامع بشری و گروه‌های ذی‌نفع ازجمله واگذاری بافت‌ها و سلول‌های موضوعات تحقیقات دانشمندان و متخصصین را که پیش‌ازاین صرفاً از طریق دولت یا اهداکنندگان نوع‌دوست تهیه می‌شد یا در چارچوب بازارهای غیررسمی مورد مبادله قرار می‌گرفت، فراهم خواهد کرد.^۶

درواقع با پذیرش مبادلات پولی و تحت شرایطی خاص ایجاد بازارهای مربوط به مبادله بافت‌ها و سلول‌های انسان، که با اصول اخلاقی و سازگار با قوانین و مقررات حاکم بر جامعه منطبق‌اند، نه‌فقط هزینه‌های مبادلاتی به حداقل ممکن خواهد رسید، بلکه روابط مبادلاتی اشخاص و نهادها با یکدیگر در خصوص انتقال بافت‌ها و سلول‌های موضوع تحقیق، تحت لوای قوانین و مقررات سامان‌یافته صورت خواهد پذیرفت.

۲. مبانی جواز شبیه‌سازی درمانی

یکی از مبانی رویکرد موافق با شبیه‌سازی درمانی، تلاش تمام افراد جامعه برای کاهش دردهای انسان بوده و این امر جز در بستر آزادی و گسترش پژوهش‌های علمی و پیشرفت علوم و توسعه علوم پزشکی و درمانی محقق نخواهد شد؛ براساس این رویکرد، می‌توان به استناد ضرورت پیشرفت علوم و توسعه علوم پزشکی و درمانی، جواز شبیه‌سازی درمانی را به‌عنوان

¹. Commodification

². Altruism

³. Korobkin, R. "Buying and Selling Human Tissues for Stem Cell Research", *Arizona Law Review*, Volume 49, 2007, PP 50-63.

⁴. Black Market

⁵. Posner, R. A. and Elisabeth M. Landes. "The Economics of the Baby Shortage", *The Journal of Legal Studies*, Volume 7, Issue 2, 1978, P 341.

⁶. Hansmann, H. "The Economics and Ethics of Markets for Human Organs", *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 1989, P 83.

روش نوین درمانی استنباط کرد. درواقع با محدود کردن آزادی دانشمندان در انجام شبیه‌سازی درمانی یا ممنوع کردن آنها از تحقیقات بیشتر در زمینه ارتقا و بهبود روش‌های مربوط به آن، ضرورت‌های ناظر به رشد و پیشرفت این روش علمی و توسعه نتایج درمانی حاصل از آن را با شکست مواجه خواهد شد.

۲.۱. ضرورت پیشرفت علوم و توسعه علوم پزشکی و درمانی

تعریف مدرن علم، مبتنی بر جمع‌آوری یا تولید نظام‌یافته داده‌های تجربی و استفاده از تجزیه و تحلیل دقیق برای نتیجه‌گیری از آن داده‌هاست.^۱ از حقوق پایه‌ای دانشمندان در انجام تحقیقات علمی، که یکی از مقدمات ضروری پیشرفت دانش و علوم است، آزادی در انتخاب موضوع تحقیق است تا در چارچوب آن جلوه‌های دیگر حق بر آزادی، از جمله آزادی تفکر، به رسمیت شناخته شود. در سطحی کلان، محوریت در انجام پژوهش علمی، بر مبنای ایجاد ارتباط میان افکار، ایده‌ها و نتیجه‌گیری‌های یک محقق در خصوص داده‌های علمی مورد تحقیقش با سایر محققان است؛ از این رو پژوهش فرایندی است که سبب تولید دانش می‌شود و نتایج تحقیق در نتیجه تبادل اطلاعات با سایر دانشمندان، مورد سنجش قرار می‌گیرد و برآیند تحقیق توسعه می‌یابد.

از دیگر ابعاد مربوط به حق یادشده، جمع‌آوری داده‌ها برای تبیین یا استفاده از آنها در راستای تأیید یا رد فرضیه‌هاست. اصولاً اعتبار اظهار نظر محقق درباره اهمیت یا معنای داده‌های تجربی برای دیگران منوط به آن است که داده‌ها به روش خاصی جمع‌آوری شده باشد. همچنین از دیگر وجوه این حق، آزادی در مشاهده یا بررسی رویدادهای جهان است. علاوه بر این، آزادی فعالیت علمی شامل آزادی آزمایش یا تغییر عوامل انسانی یا غیرانسانی به منظور تولید داده‌ها برای توسعه و پیشرفت دانش و علوم جدید خواهد بود.^۲ در نهایت خواست دانشمند در راستای رعایت حق مذکور، مداخله نکردن دولت در انتخاب موضوع یا ماحصل تحقیق است. درواقع وظیفه اصلی دولت نه فقط تأمین منابع مالی و امکانات ضروری برای تولید دانش و پیشرفت علوم، بلکه عدم دخالت در فرایند تحقیق علمی نیز است.

در ایالات متحده آمریکا، حمایت قانون اساسی این کشور از حق تحقیق منبث از آزادی‌های شخصی^۳ موضوع اصلاحیه چهاردهم قانون اساسی است که کسب دانش علمی توسط دانشمند به مثابه آزادی شخصی بنیادین^۴ انسان محسوب می‌شود. در واقع تلاش‌هایی که در گذشته برای محدود کردن فعالیت‌های علمی صورت گرفته، منجر به افزایش آگاهی سنت لیبرال غربی نسبت به موضوع آزادی علمی شده است. سنتی که خاستگاه آن اندیشه روشنگری و بن‌مایه اصلی آن تقدس بخشیدن به دانش و آزادی فکری است.^۵ به بیان دیگر، محوریت اندیشه روشنگری، مبتنی بر مفاهیم آزادی و حقیقت‌جویی بود که از ارزش‌های اساسی علم به شمار می‌روند.^۶ بنابراین واکنش محاکم قضایی در ایالات متحده در مواجهه با جنبش آزادی‌های علمی و حمایت از تحقیقات علمی، اندک‌اندک به سمت حمایت فعالانه پیش رفت. برای مثال، در دعوای ایپرسون علیه آرکانزاس^۷ با موضوع حمایت از آزادی‌های معلمان و مربیان در تدریس نظریه تکامل، که

^۱ Natalie, R. "Science as Speech", Iowa Law Review, Volume 102, 2018, PP 1194-1196.

^۲ Robertson, J. A. "The Scientist's Rights to Research: A Constitutional Analysis", Southern California Law Review, Volume 51, Issue 6, 1978, PP 1204-1208.

^۳ Personal Liberty

^۴ Fundamental Personal Liberty

^۵ Ferguson, J. "Scientific Inquiry and the First Amendment", Cornell Law Review, Volume 64, Issue 4, 1979, P 641.

^۶ Delgado, R. and David R. Millen. "God, Galileo, and Government: Toward Constitutional Protection for Scientific Inquiry", Washington Law Review, Volume 53, Issue 3, 1978, P 355.

^۷ Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968).

مورد مناقشه میان مراکز آموزشی و نمایندگان دولت محلی قرار گرفته بود، یکی از معلمان دبیرستان‌های ایالت آرکانزاس، به اتهام تدریس نظریه تکامل در مدارس آن ایالت که براساس برنامه‌های مصوب آموزشی نیز صورت گرفته بود، در معرض اتهام مقامات دولتی مبنی بر نقض قانون ایالتی قرار گرفت. قانونی که به موجب آن، هرگونه آموزش نظریه تکامل در مدارس این ایالت خلاف قانون تلقی می‌شد. در نهایت دیوان عالی با استناد به اصل چهاردهم قانون اساسی مبنی بر حمایت از شهروندان در مقابل نقض حق آزادی بیان توسط دولت‌ها، حکم به مغایرت قانون ایالت آرکانزاس با قانون اساسی صادر کرد و در نتیجه فعالیت آموزشی معلم، معتبر و قانونی تلقی شد.^۱

در نظام حقوقی ایران براساس بند (۴) اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دولت موظف است همه امکانات خود را برای «تقویت روح بررسی و تتبع و ابتکار در تمام زمینه‌های علمی، فنی، فرهنگی و اسلامی از طریق تأسیس مراکز تحقیق و تشویق محققان» به کار برد. لذا یکی از اصول بنیادی حاکم بر نظام علمی در ایران، لزوم گسترش و تقویت پژوهش‌ها و تحقیقات علمی است. همچنین طبق بند «الف» ماده (۱) قانون اهداف، وظایف و تشکیلات وزارت علوم، تحقیقات و فناوری مصوب ۱۳۸۳، یکی از اهداف این وزارت، «تقویت روحیه تتبع و ترویج فکر خلاق و ارتقای فرهنگ علم‌دوستی» است. علاوه بر این طبق بند «و» ماده مزبور، «حفظ و تحکیم آزادی علمی» از دیگر اهداف وزارتخانه مذکور قلمداد شده است. بنا به مراتب فوق، در حقوق ایران، یکی از دغدغه‌های قانون‌گذار همواره صیانت از آزادی علمی در راستای گسترش و توسعه تحقیقات علمی بوده است.

همچنین در حوزه تحقیقات علمی مربوط به علوم پزشکی و درمانی از جمله موضوع سلول‌های بنیادی، به موجب جزء (۱-۱-۱) بند (۱-۱) فصل اول راهنمای اخلاق در پژوهش بر سلول‌های بنیادی و پزشکی بازساختی مصوب سال ۱۳۹۹ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی با عنوان «اصول اخلاقی پژوهش بر سلول‌های بنیادی و پزشکی بازساختی» مقرر گردیده، «هدف اولیه پژوهش‌های سلول‌های بنیادی و پزشکی بازساختی، عبارت از دستیابی به درک علمی و تولید شواهد معتبر برای پاسخگویی به نیازهای سلامتی و پزشکی جامعه است.» علاوه بر این طبق جزء (۱-۳-۲) بند (۱-۲) فصل اول سند مذکور، «فواید حاصل از پژوهش بر سلول‌های بنیادی و پزشکی بازساختی، باید عادلانه و با تأکید بر نیازهای سلامتی جامعه توزیع شود.» لذا به نظر می‌رسد، توسعه و گسترش تحقیقات علمی در حوزه سلول‌های بنیادی، منجر به افزایش دانش ما نسبت به روش‌های نوین پزشکی و درمانی خواهد شد که در زمره نیازهای بدیهی هر جامعه‌ای است.

شایان ذکر است، در تحلیل حقوق بشری پیرامون آزادی پژوهش علمی، می‌توان آزادی علمی را از مصادیق موضوع ماده (۱۹) اعلامیه جهانی حقوق بشر دانست.^۲ در واقع آزادی علمی، که می‌تواند جلوه‌ای از آزادی بیان تلقی گردد، در تفکیک متعارفی از اقسام حقوق بشر، جزو حق‌های منفی است؛ بنابراین عدم مداخله تحدیدی دولت سبب تحقق این آزادی می‌شود. البته به این معنی نیست که دولت در راستای تحقق آزادی علمی افراد نقشی نخواهد داشت. دولت در حقیقت دو تکلیف سلبی یعنی عدم مداخله تحدیدی جز در موارد موجه و ایجابی یعنی استفاده از ابزارهای لازم برای تضمین حق شهروندان در برابر تهدیدهای احتمالی را بر عهده دارد. خاطرنشان می‌سازد تأمین لوازم اقتصادی لازم برای تحقق آزادی علمی، که از مقدمات ضروری پیشرفت علوم در هر جامعه‌ای است، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا بدون

^۱ Van Der Burg, W. "The Slippery Slope Argument", The University of Chicago Press, Volume 102, Issue 1, 1991, P 147.

^۲ فراست‌خواه، مقصود، «آزادی علمی»، مجلس و پژوهش، دوره ۱۰، شماره ۴۱، ۱۳۸۲، ص ۱۱۱.

وجود تنوع منابع مالی و اعتباری نمی‌توان از آزادی علمی خود صیانت کرد.^۱

۲.۲. جایگاه حقوقی ضرورت پیشرفت علوم و توسعه علوم پزشکی و درمانی در شبیه‌سازی درمانی

شبیه‌سازی درمانی در پی استفاده از سلول‌های بنیادی رویانی استخراج‌شده از بلاستوسیست‌های شبیه‌سازی‌شده برای اهداف درمانی است. نکته مهم در استفاده از این روش، توجه به اهداف درمانی و کشف راهکارهایی برای درمان بیماری‌های صعب‌العلاج یا توسعه روش‌هایی در راستای تولید بافت‌های مستقل انسان است. با توجه به مبانی فوق‌الذکر، آنچه انکارناپذیر به نظر می‌رسد، حصول به اهداف ضروری یادشده، جز در بستر گسترش پژوهش علمی در خصوص پیچیدگی‌های شبیه‌سازی درمانی و توسعه دانش ما در این زمینه میسر نخواهد بود.

شاید بتوان گفت چالش اصلی مورد استناد مخالفان شبیه‌سازی درمانی، استفاده از رویان و عدم تبیین وضعیت اخلاقی استفاده از رویان‌های حاصله از این روش است؛ البته علی‌رغم انتقادات وارده، مخالفان در یک وضعیت متناقض قرار گرفته‌اند. از یک‌سو کلیه اهداف درمانی روش فوق را تأیید کرده‌اند و از سوی دیگر حق هرگونه تحقیق در این حوزه را به‌منظور توسعه روش‌های نوین شبیه‌سازی درمانی در راستای رفع ایرادات وارده به این روش ممنوع می‌کنند. این موضوع حقیقتی انکارناپذیر است که برطرف کردن هریک از ایرادات وارد بر روش فوق و نیل به روشی امن، صرفاً در چارچوب پژوهش در زمینه روش‌های نوین شبیه‌سازی درمانی و پیشرفت دانش ما در خصوص روش‌های مذکور امکان‌پذیر خواهد بود.^۲

اهمیت و جایگاه پژوهش‌های علمی و توسعه دانش در حوزه شبیه‌سازی درمانی را می‌توان از برخی قوانین و مقررات در حقوق ایران استنباط کرد. برای مثال، یکی از مأموریت‌های اصلی و حدود اختیارات وزارت علوم، تحقیقات و فناوری براساس بند (۳) ماده (۲) قانون اهداف، وظایف و تشکیلات این وزارت «حمایت از توسعه تحقیقات بنیادی و پژوهش‌های مرتبط با فناوری‌های نوین براساس اولویت‌ها» است. همچنین یکی از اولویت‌های پژوهش و فناوری در بازه زمانی ۱۴۰۰-۱۳۹۶ در زمینه سلامت و ایمنی غذایی در ایران، «بسط و توسعه استفاده از سلول‌های بنیادی در درمان بیماری‌های شایع (سرطان)»^۳ است. با توجه به اینکه غایت انجام شبیه‌سازی درمانی، استحصال سلول‌های بنیادی از رویان‌های حاصله از این فرایند علمی برای اهداف درمانی است، می‌توان گفت قوانین و مقررات ایران حامی و پشتیبان انجام پژوهش‌های علمی مربوط به شبیه‌سازی درمانی هستند؛ زیرا این پژوهش‌ها منجر به ارتقای روش‌های استفاده از سلول‌های بنیادی در فرایندهای درمانی خواهد شد.

نتیجه‌گیری

مخالفت با شبیه‌سازی درمانی به‌دلیل قیاس وضعیت رویان‌های حاصل از این فرایند با وضعیت یک انسان و در نتیجه حاکم ساختن احکام مشابه نسبت به هر دو، استدلالی نادرست محسوب می‌شود؛ زیرا هرچند مراحل تکوین و رشد انسان

^۱ قاری سید فاطمی، سید محمد، *حقوق بشر در جهان معاصر*، دفتر دوم، جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها، تهران: شهردانش، ۱۳۸۸، ص ۱۲۰.

^۲ Robertson, "Embryo Culture and the Culture of Life: Constitutional Issues in the Embryonic Stem Cell Debate", Op. Cit., PP 32-33.

^۳ سیاست‌ها و اولویت‌های پژوهش و فناوری کشور در بازه زمانی ۱۳۹۶ تا ۱۴۰۰، امور ستادهای دبیرخانه شورای عالی علوم، تحقیقات و فناوری، ۱۳۹۶، ص ۵۴.

از لحظه ترکیب دو سلول با یکدیگر آغاز می‌شود، نباید پنداشت که این موجود در سفر خود به سمت تبدیل شدن به اشکال تکامل یافته‌تر که همانا یک انسان است و در تمام مراحل تکوین، تابع احکام یکسانی است؛ بنابراین حاکم ساختن احکام مربوط به انسان کامل، بر سلول تخمک ترکیب یافته با سلول پیکری به استناد تقدیس و ارزش نهادن به حیات انسانی، بر پایه مبانی اخلاقی صحیحی استوار نیست. دانشمندان در تحقیقات خویش به معیارهایی دست یافته‌اند که دارای عینیت و قابل ارزیابی‌اند و براساس آن قادرند ملاک‌هایی برای ارزیابی مراحل تبدیل رویان به انسان ارائه کنند. بنابراین با توجه به اینکه فرایند شبیه‌سازی درمانی و استخراج سلول‌های بنیادی از رویان‌های حاصله از آن، پیش از تحقق معیارهای حیاتی مذکور روی می‌دهد، نابودی رویان‌ها به منظور استحصال سلول‌های بنیادی آنان هیچ‌یک از اصول اخلاقی را نقض نمی‌کند؛ دیگر اینکه با پیشرفت دانش بشری و ادامه پژوهش‌ها در حوزه شبیه‌سازی درمانی این امکان فراهم می‌شود تا با ارتقای روش‌های مربوطه، امکان سوءاستفاده و به انحراف کشاندن این روش به سمت وسوی طرق علمی غیرمجاز مسدود شد. علاوه بر این به رسمیت شناختن این روش درمانی نوین، سبب انسجام و مستحکم ساختن سازوکارها و روابط پیرامون آن خواهد شد. لذا روش مذکور در عین آنکه تحت حاکمیت قوانین و مقررات مربوطه انجام خواهد شد، وجود چتر نظارتی نهادهای ناظر، امکان هرگونه سوءاستفاده از این روش علمی و انحراف آن از اهداف اصلی خویش را، که همانا درمان است، مسدود می‌کند. همچنین توجه به ضرورت پیشرفت علوم و توسعه علوم پزشکی و درمانی سبب خواهد شد شبیه‌سازی درمانی به عنوان روشی علمی، که زاییده تحقیقات و پژوهش‌های مستمر دانشمندان در اقصی نقاط جهان است، در بستر این تحقیقات و پژوهش‌ها در مسیر رشد و پیشرفت بیشتر قرار گیرد و به مرور زمان با ارتقای روش‌های انجام آن، نه فقط کلیه دغدغه‌های اخلاقی با توسل به ابزارهای نوین برطرف شود، بلکه توسعه ابعاد و جنبه‌های جدید آن می‌تواند دریچه‌های گسترده‌ای به سوی درمان بسیاری از بیماری‌های صعب‌العلاج باز نماید.

منابع

کتاب

۱. راسخ، محمد، *حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش*، جلد ۲، تهران: نشر نی، ۱۳۹۶.
۲. راسخ، محمد، محمد مهدی آخوندی، امیرحسین خداپرست، آرش مهذب و لیلی منفرد، *سلول بنیادی: اخلاق و حقوق (جنبه‌های اخلاقی و حقوقی استفاده درمانی از سلول بنیادی)*، تهران: پژوهشگاه ابن سینا، ۱۳۸۹.
۳. *راهنمای اخلاق در پژوهش بر سلول‌های بنیادی و پزشکی بازساختی*، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، ۱۳۹۹.
۴. سندل، مایکل، *انسان بی نقص: اخلاق در عصر مهندسی ژنتیک*، ترجمه افشین خاکباز، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۷.
۵. *سیاست‌ها و اولویت‌های پژوهش و فناوری کشور در بازه زمانی ۱۳۹۶ تا ۱۴۰۰*، امور ستادهای دبیرخانه شورای عالی علوم، تحقیقات و فناوری، ۱۳۹۶.
۶. قاری سید فاطمی، سید محمد، *حقوق بشر در جهان معاصر*، دفتر دوم، جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸.
۷. لاریجانی، باقر و فرزانه زاهدی، *جنبه‌های اخلاقی و قانونی تولید و استفاده از سلول‌های بنیادی جنینی انسان*، انتشار یافته در اخلاق زیستی (بیواتیک): از منظر حقوقی، فلسفی و علمی، تهران: سمت، ۱۳۸۸.

مقاله

۸. آرامش، کیارش، «بررسی اخلاقی رابطه پولی در رحم جایگزین»، *فصلنامه باروری و ناباروری*، دوره ۹، شماره ۱، ۱۳۸۷، صص ۴۲-۳۶.

۹. راسخ، محمد، «جدال حیات: بررسی اجمالی تئوری‌های سقط جنین»، فصلنامه باروری و ناباروری، دوره ۶، شماره ۳۸، ۱۳۸۲، صص ۲۲۰-۲۳۶.
۱۰. رحمتی، محمد، «بررسی ابعاد اخلاقی به‌کارگیری سلول‌های بنیادی جنینی»، فصلنامه اخلاق پزشکی، ۱۳۹۲، دوره ۷، شماره ۲۵، صص ۱۱-۳۲.
۱۱. فراست‌خواه، مقصود، «آزادی علمی»، مجلس و پژوهش، دوره ۱۰، شماره ۴۱، ۱۳۸۲، صص ۱۴۰-۱۰۱.
۱۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، «بیوتکنولوژی در آیین فلسفه اخلاق»، فصلنامه باروری و ناباروری، دوره ۳، شماره ۴، ۱۳۸۱، صص ۷۲-۵۵.

References

Books

1. Dworkin, R. *Life's Dominion: an Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, First Edition, Alfred A. Knoff, 1993.
2. *Ethics Guide for Stem Cell and Regenerative Medicine Research*, Ministry of Health and Medical Education, 2020. (in Persian)
3. Larijani, Bagher and Farzaneh Zahedi, *Ethical and Legal Aspects of the Production and Use of Human Embryonic Stem Cells*, published in *Bioethics: From a Legal, Philosophical and Scientific Perspective*, Tehran: Samt, 2009. (in Persian).
4. *National Research and Technology Policies and Priorities Between 2017 and 2021*, Affairs of the Secretariat of the Supreme Council for Science, Research and Technology, 2017. (in Persian)
5. Panno, J. *Stem Cell Research, Medical Applications and Ethical Controversies*, Facts on File, Inc. An Imprint of Infobase Publishing, 2011.
6. Post, G. (Editor in Chief), *Encyclopedia of Bioethics*, Third Edition, Gale Group, Inc, 2004.
7. Qari Sayyed Fatemi, Sayyed Mohammad, *Human Rights in the Contemporary World*, Second Edition, Analytical Essays on Rights and Freedoms, Tehran: Shahr-e-Danesh, 2009. (in Persian).
8. Rasekh, Mohammad, Mohammad Mahdi Akhoundi, Amir Hossein Khodaparast, Arash Mohazeb and Leyli Monfared, *Stem Cells: Ethics and Law (Ethical and Legal Aspects of Therapeutic Use of Stem Cells)*, Tehran: Avicenna Research Institute, 2010 (in Persian).
9. Rasekh, Mohammad, *Right and Expediency: Essays in the Philosophy of Law, Philosophy of Right and Philosophy of Value*, Volume 2, Tehran: Nay Publications, 2017. (in Persian)
10. Sandel, Michael, *The Perfect Man: Ethics in the Age of Genetic Engineering*, Translated by Afshin Khakbaz, Tehran: New publishing culture, 2018. (in Persian)
11. Singer, P. *Practical Ethics*, Britania: Cambridge University Press, Third Edition, 2011.

Articles

12. Anne Warren, M. "On the moral and legal status of abortion", *The Monist, Women's Liberation: Ethical, Social, and Political Issue*, Volume 57, Issue 1, 1973, pp: 1-9.
13. Aramesh, Kiarash, "Ethical study of the monetary relationship in surrogacy", *Journal of Reproduction and Infertility*, Volume 9, Issue 1, 2008, pp: 36-42. (in Persian)
14. Delgado, R. and David R. Millen. "God, Galileo, and Government: Toward Constitutional Protection for Scientific Inquiry", *Washington Law Review*, Volume 53, Issue 3, 1978, pp: 349-404.
15. Ferast-Khah, Maghsoud, "Scientific Freedom", *Parliament and research*, Volume 10, Issue 41, 2003, pp: 101-140. (in Persian)
16. Ferguson, J. "Scientific Inquiry and the First Amendment", *Cornell Law Review*, Volume 64, Issue 4, 1979, pp: 639-665.

17. George, R. P. and Patrick Lee. "Acorns and Embryos", *The New Atlantis: A Journal of Technology & Society*: 2004-2005.
18. Hansmann, H. "The Economics and Ethics of Markets for Human Organs", *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 1989, pp: 57-85
19. Korobkin, R. "Buying and Selling Human Tissues for Stem Cell Research", *Arizona Law Review*, Volume 49, 2007, pp: 45-67.
20. Korobkin, R. "Stem Cell Research and the Cloning Wars", *Stanford Law & Policy Review*, Volume 18, 2007, pp: 161-189.
21. Korobkin, R. and Stephen R Munzer. "Stem Cell Research and the Law", Research Paper No.06-05, *University of California, Los Angeles School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 2006, pp: 2-111.
22. Lee, P. "Embryonic Human Beings", *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, Volume 2, Issue 22, 2006, pp: 424-438.
23. Marquis, D. "Why Abortion is Immoral", *The Journal of Philosophy*, Volume 86, Issue 4, 1989, pp: 183-232.
24. Natalie, R. "Science as Speech", *Iowa Law Review*, Volume 102, 2018., pp: 1187-1237.
25. Peterson, Sh. E. "A Comprehensive National Policy to Stop Human Cloning: An Analysis of the Human Cloning Prohibition Act of 2001 with Recommendations for Federal and State Legislatures", *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Volume 17, 2003, pp: 216-268.
26. Posner, R. A. and Elisabeth M. Landes. "The Economics of the Baby Shortage", *The Journal of Legal Studies*, Volume 7, Issue 2, 1978, pp: 323-348.
27. Qari Sayyed Fatemi, Sayyed Mohammad, "Biotechnology in the Mirror of Moral Philosophy", *Journal of Reproduction and Infertility*, Volume 3, Issue 4, 2002, pp: 55-72. (in Persian)
28. Rahmati, Mohammad, "Investigating the Ethical Dimensions of the Use of Embryonic Stem Cells", *Journal of Medical Ethics*, Volume 7, Issue 25, 2013, pp: 11-32. (in Persian)
29. Rasekh, Mohammad, "The Struggle for Life: An Overview of Abortion Theories", *Journal of Reproduction and Infertility*, Volume 6, Issue 38, 2003, pp: 220-236. (in Persian)
30. Robertson, J. "Embryo Culture and the Culture of Life: Constitutional Issues in the Embryonic Stem Cell Debate", *University of Chicago Legal Forum*, Issue 1, 2006, pp: 1-40.
31. Robertson, J. "In the Beginning: The Legal Status of Early Embryos", *Virginia Law Review*, Volume 76, Issue 3, 1990.
32. Robertson, J. "Two Models of Human Cloning", *Hofstra Law Review*, Volume 27, Issue 3, 1999
33. Robertson, J. A. "The Scientist's Rights to Research: A Constitutional Analysis", *Southern California Law Review*, Volume 51, Issue 6, 1978.
34. Sandel, M. "Embryo Ethics: The Moral Logic of Stem-Cell Research", *The New England Journal of Medicine*, 2004.
35. Van Der Burg, W. "The Slippery Slope Argument", *The University of Chicago Press*, Volume 102, Issue 1, 1991, pp: 42-65.

Judicial Decisions

36. Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, Supreme Court of United States, Decided June 24, 2022.
37. Epperson v. Arkansas, Supreme Court of United States, Decided November 12, 1968.
38. Roe et al. v. Wade, «District Attorney of Dallas Country», Supreme Court of United States, Decided January 22, 1973.

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Incoherence of Iran's Criminal Procedure Code (Basics and Effects)

Rajab Goldoust Jouybari¹

ABSTRACT

The criminal procedure should always have coherence, general and relative unity, so that through it, the efficiency and effectiveness of the criminal process by bailiffs and judicial authorities will be beneficial. Linking dense and fruitless branches to the huge body of criminal procedure will lead to criminal procedure disintegration and its collapse. The multiplicity of legislative authorities, the legislating numerous laws and the creation of parallel judicial-police institutions are the examples that will lead to the collapse of this body. The mechanism of creating an unified justice system and a coherent judicial system creates infrastructures so that, on the one hand, citizens trust more in the judicial system and thus give it credibility, and on the other hand, the actors of the criminal justice process will also feel that due to the lack of parallelism, their actions will be resultant and they will manage a huge problem called "crime". Nevertheless, due to various factors and phenomena, such as the criminal policy model floatation or the self-proclaimed readings of the surrounding situation of the social, political, cultural, economic system and etc., the criminal procedure in Iran changed the criminal procedure to the criminal procedures, It has divided the unity and integrity of the criminal justice system and caused the downfall of this huge body, which actually represents the type of criminal policy model.

KeyWords: Criminal Process, Collapse, Criminal Policy, Crisis, Inefficiency.

How to Cite: Goldoust Jouybari, Rajab, "Incoherence of Iran's Criminal Procedure Code (Basics and Effects)", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:19-34.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.236685.2778>

Received: 28/08/2024-Accepted: 17/02/2025

1. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: r-goldoust@sbu.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

عدم انسجام آیین دادرسی کیفری ایران
(مبانی و جلوه‌ها)رجب گلدوست جویباری^۱

چکیده

آیین دادرسی کیفری همواره باید از یک انسجام، وحدت کلی و نسبی برخوردار باشد تا از طریق آن، کارآمدی و کارایی فرایند کیفری توسط ضابطان و مقامات قضایی فایده‌مند واقع شود. پیوند زدن شاخه‌های متراکم و بی‌ثمر بر پیکره عظیم آیین دادرسی کیفری، این برآیند را به دنبال خواهد داشت که آیین دادرسی کیفری از هم‌گسسته شده و به‌سوی سقوط رهنمون شده است. تکثر مراجع قانون‌گذاری، تصویب قوانین متعدد و ایجاد نهادهای موازی قضایی - انتظامی از جمله مصادیقی است که موجب فروپاشی این پیکره خواهد شد. سازوکار ایجاد یک دادگستری واحد و نظام قضایی منسجم، بسترهایی را ایجاد می‌کند تا از یک‌سو، شهروندان اعتماد بیشتری به نظام قضایی پیدا کنند و بدین‌سان، به آن اعتبار بخشند و از سوی دیگر، کنشگران فرایند عدالت کیفری نیز این احساس را در خود خواهند آفرید که به‌دلیل فقدان موازی‌کاری‌ها، اقدامات آنان ثمربخش بوده و معضلی عظیم به نام «بزهکاری» را مدیریت خواهند کرد. با وجود این، آیین دادرسی کیفری در ایران بر اثر عوامل و پدیده‌های گوناگون همچون شناور بودن مدل سیاست جنایی یا قرائت‌های خودخوان از اوضاع پیرامونی نظام اجتماعی، سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و... آیین دادرسی کیفری را به آیین‌های دادرسی کیفری بدیل ساخته، وحدت و یکپارچگی نظام عدالت کیفری را از هم‌گسسته و اسباب سقوط این پیکره عظیم را که در واقع، بیان‌گر نوع مدل سیاست جنایی بوده، فراهم کرده است.

کلید واژگان: فرایند کیفری، فروپاشی، سیاست جنایی، بحران، ناکارآمدی.

استناد به این مقاله: گلدوست جویباری، رجب، «عدم انسجام آیین دادرسی کیفری ایران (مبانی و جلوه‌ها)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۱۹-۳۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2025.236685.2778>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۲۹

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
/ایمیل نویسنده مسئول: r-goldoust@sbu.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

رسیدگی به بزهکاری‌ها و پاسخ به مرتکبان بزه‌های کیفری همواره با چالش‌ها و فراز و فرودهایی در طول تاریخ حقوق کیفری همراه بوده است. شکل‌گیری آیین دادرسی کیفری در چارچوب امروزی توسط مدل‌های مختلف نظام حکمرانی، سالیان متمادین دستخوش تحولات متعدد قرار گرفته است؛ به این ترتیب، از خشونت‌گرا تا تلطیف‌شده‌ترین فرایند کیفری به‌منظور پاسخ نسبت به مرتکبان رفتارهای مجرمانه متولد شده‌اند.

تمام نظام‌های حکمرانی با هر نوع ایدئولوژی حاکم بر آن، به دنبال سازوکارهایی هستند تا رسیدگی به بزهکاری، فرایندهای معقولی را درپیش گیرد. از این‌رو، با توجه به اهدافی که برای خود ترسیم کرده‌اند، تلاش می‌کنند تا به آیین دادرسی کیفری نیز جهت داده و اهداف این رشته کاربردی - نظری - عملی را با معیارهای مورد هدف خود همساز کنند.^۱ بدین‌سان، اهداف آیین دادرسی کیفری^۲ از یک نظام سیاسی به یک نظام سیاسی دیگر و از یک مدل سیاست جنایی نسبت به مدلی دیگر^۳ متغیر است.

آیین دادرسی و فرایند کیفری، دو شاخص متعادل‌کننده نظام عدالت کیفری هستند. به همین دلیل، ابتدا آیین دادرسی کیفری^۴ و سپس فرایند کیفری^۵ باید از انسجام حداقلی برخوردار باشد تا اهداف عدالت کیفری اعم از بازپروری و اصلاح بزهکار، سزادهی - سرکوبی یا ترمیم و جبران آلام و لطمات بزه‌دیده محقق شود.^۶

انسجام در آیین دادرسی کیفری به این معناست که قانون آیین دادرسی کیفری از گذر پیش‌بینی و فراهم‌سازی سلسله مقررات و مواد قانونی،^۷ شاخص‌هایی را ارائه دهد و تمام مراحل فرایند کیفری را در سایه اصول، ضوابط و موازین دادرسی عادلانه و منصفانه سامان بخشد تا هیچ‌یک از کنشگران جرم^۸ از یک‌سو و شهروندان به‌طور کلی از سوی دیگر، احساس بی‌نظمی و نابسامانی نسبت به حقوق و آزادی‌های فردی خود را تجربه نکنند.

بدین‌سان، اگر هریک از متولیان سیاست جنایی در هر مرحله از فرایند کیفری اسباب سقوط انسجام در آیین دادرسی کیفری را ایجاد کنند، به موازات، بی‌نظمی در ساختار عدالت کیفری ایجاد خواهد شد؛ در واقع، وجود یک انسجام - ولو نسبی - در آیین دادرسی کیفری، بسترها و بنیان‌های فرایند کیفری را سامان خواهد بخشید و دستیابی به اهداف آیین دادرسی کیفری^۹ را با استحکام بیشتری مواجه خواهد کرد.

قانون‌گذار عالمانه - به‌ویژه - در عرصه‌هایی حساس همچون عدالت کیفری، باید مبتنی بر دستاوردها و مطالعات همه‌جانبه

۱. برای مطالعه بیشتر رک: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **آیین دادرسی کیفری: جدال قدرت و امنیت با حقوق و آزادی‌های فردی**، در: آیین دادرسی کیفری؛ بنیان‌ها و چالش‌ها، مجموعه مقالات همایش قانون آیین دادرسی کیفری، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۹۵، صص ۸۹ و بعد.

۲. برای مطالعه بیشتر رک: گلدوست جویباری، رجب، **آیین دادرسی کیفری**، تهران: جنگل، چاپ شانزدهم، ۱۴۰۱، صص ۷ و بعد؛ همچنین رک: رستمی، هادی، **آیین دادرسی کیفری**، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۴۰۳، صص ۱۷ و بعد.

۳. برای مطالعه بیشتر رک: شاملو، باقر، **سیاست جنایی**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۳، صص ۵۹ و بعد.

۴. Criminal Procedure

۵. Criminal Process

۶. Cf: Shuibhne, N. N. *The coherence of EU free movement law: Constitutional responsibility and the court of justice*, Oxford University Press, 2012, P 165; Schiavello, A. "On 'Coherence' and 'Law': An analysis of different models", *Ratio Juris*, Volume 14, Issue 2, 2001, P 112.

۷. Code of Criminal Procedure

۸. منظور از کنشگران جرم «مرتکب» و «بزه‌دیده» است.

۹. برای مطالعه بیشتر رک: گسن، ریمون، «ملاحظه‌هایی درباره هدف آیین دادرسی کیفری»، ترجمه شهرام ابراهیمی، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۰، شماره ۵۶ و ۵۷، ۱۳۸۵، صص ۳۳۳ و بعد.

حقوقی - جرم‌شناختی، جامعه‌شناختی و... قوانینی وضع کند که نه فقط آیین دادرسی کیفری را منسجم کند؛ بلکه، از گذر ایجاد استحکامات قدرتمندتر، این انسجام را سامان‌دهی کند. باوجود این، سیاست‌گذاران جنایی در عرصه‌های مختلف حکمرانی، متأثر از ایدئولوژی و رویکرد حکمرانان، آیین دادرسی و فرایند کیفری را از انسجام خارج و به سوی سقوط رهنمون کرده‌اند.

ناگفته پیداست که سقوط یکباره صورت نمی‌گیرد؛ بلکه با پشت سر نهادن مراحل معضل و بحران ایجاد خواهد شد. بنابراین بحران در سیاست جنایی ناشی از ناکارآمدی آن و سقوط آیین دادرسی کیفری نتیجه این بحران خواهد بود. اکنون، پرسش آن است که چرا آیین دادرسی کیفری غیرمنسجم شده است و در مسیر سقوط قرار دارد؟ از نتیجه و براینده این سقوط، وضعیت انسجام در آیین دادرسی کیفری به چه شکل بوده و با چه جلوه‌ها و مصادیقی مواجه است؟ این پرسش‌ها صرفاً بخشی از پرسش‌های قابل طرح در این زمینه‌اند که این نوشتار درصدد پاسخ به برخی از آنهاست.

نظام آیین دادرسی کیفری ایران متأثر از عوامل مختلف مانند رویدادهای سیاسی (همچون اعتراضات، شورش‌ها، کودتاها و انقلاب‌ها)، اجتماعی (مانند اعتراضات مدنی، مطالبات طیف‌های گوناگون اجتماعی همانند فمینیست‌ها) یا اقتصادی (بسان مطالبات کارگری، اعتراض بازنشستگان و مددجویان) تا حدودی مراحل معضل و بحران را پشت سر نهاده و در مسیر سقوط قرار دارد. این سیر تحولات بستگی به بسترهای متعددی دارد که نیازمند پژوهش‌های تحلیلی و تفصیلی دیگری است که بخشی از آن در این پژوهش به رشته تحریر درمی‌آید. به این ترتیب، مبانی سقوط آیین دادرسی کیفری در ایران «الف» با تأکید بر مبانی ایدئولوژیک و حقوقی و سپس جلوه‌ها و مصادیقی از این سقوط «ب» که عمدتاً متأثر از مبانی آن هستند، مورد تحلیل و بررسی قرار خواهند گرفت. بدیهی است که تحلیل تمام عوامل ساختاری و سیاسی می‌تواند چهره‌های دیگری از این پدیده را رقم بزند.

۱. مبانی فقدان انسجام در آیین دادرسی کیفری

در بررسی چرایی اینکه آیین دادرسی کیفری اساساً انسجام خود را از دست داده و به سوی سقوط گراییده است؛ این پرسش ایجاد می‌شود که پیامدهای این پدیده چیست؟ چه علل و زمینه‌هایی مقدمات ایجاد آن را فراهم کرده‌اند؟ و... بر همین مبنا، رویکردهای مهم ایدئولوژیک و حقوقی به عنوان دو مبانی اصلی در این چارچوب مورد بحث هستند.

۱.۱. رویکردهای سیاسی - ایدئولوژیک

از منظر علوم سیاسی نظریه‌های متعددی درمورد دولت - حاکمیت‌ها مطرح شده^۱ و هریک، از خصیصه‌ها و مدل‌های خاص برخوردارند؛ چنان‌که - به عنوان نمونه - درباره نظریه «دولت مشروط» این ایده مطرح است که در دولت، باید محدودیت‌هایی در قدرت وضع شود؛^۲ آن‌چنان که برپایه «نظریه دولت مطلقه» یا «نظریه حاکمیت»^۳ باید چارچوبی در درون دولت برای اقتدار مطلق و کامل وجود داشته باشد.

^۱. Cf. Ansell, Ch. *Rethinking Theories of Governance*, United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2023, PP 176-191; Page, S. B. "Theories of Governance: Comparative perspectives on Seattle's Light Rail Project", *Policy Studies Journal*, Volume 47, Issue 4, 2013, PP 583.

^۲. رک: وینست، اندرو، *نظریه‌های دولت*، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، چاپ شانزدهم، ۱۴۰۱، ص ۱۲۳.

^۳. رک: آشوری، داریوش، *دانشنامه سیاسی*، تهران: مروارید، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۸۴، صص ۱۶۳ و ۱۶۴.

مطلوب‌ترین دولت و مورد اقبال‌ترین حاکمیت پذیرفته شده از سوی شهروندان، دولتی است که مبتنی بر قانون بوده و بنیان‌های آن را بر مبنای قانونمندی و قانون‌گرایی بنا نهاده است.^۱ به این ترتیب، انسجام حاکمیت باید در طلیعه شاخصی قانونی با عنوان «قانون اساسی» دمیده شود تا عموم مردم با هر نوع از اندیشه سیاسی فارغ از توجه و ایده‌پردازی نسبت به جریان‌های ایدئولوژیک به آن احترام بگذارند و تمکین کنند. بدین‌سان، ایدئولوژی مطلوب یک حاکمیت ایدئولوژی برخاسته از اراده عمومی است که مفاد و محتوای قانون اساسی را تشکیل می‌دهد. نظام حقوقی ایران نیز در ذیل اصل دوم قانون اساسی «قسط و عدل و استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و همبستگی ملی» را جزء بنیان‌های اصلی خود می‌داند.

نظام‌های ایدئولوژیک همواره خواستار جامعه آرمانی حکمرانان بوده و از شهروندان خود انتظار دارند تا برای دستیابی به آن تلاش کنند. صورتی از این نظام را در حقوق ایران می‌توان با توجه به بند چهاردهم اصل سوم قانون اساسی از گذر اتوپیای مبتنی بر امنیت قضایی مترسم کرد تا به وسیله آن، یک نظام حقوقی قضایی منسجم و ساختارمند، حقوق همه‌جانبه افراد اعم از زن و مرد را تأمین و امنیت قضایی عادلانه‌ای برای همگان به همراه تساوی عموم در برابر قانون به وجود آورد. به این ترتیب است که میثاق ملی کشور نیز بر ایجاد ثبات و انسجام درونی نظام قضایی تأکید دارد. بر همین اساس است که تشکیل دادگاه و رعایت اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری، این گفتمان را مطرح می‌کند که از گذر آن دادگاه‌ها باید به صورت عام و با صلاحیت همگانی تشکیل شوند و بدین‌سان، تشکیل دادگاه بر اساس بخشنامه، دستورالعمل یا مقرره‌ای غیر قانونی، مغایرت آشکار با قانون اساسی و اصول مندرج در آن مانند اصل ۳۶ دارد. با وجود این، از گذر بررسی قوانین دادرسی کیفری کنونی و مقررات مربوط به نظام قضایی کشور، ملاحظه می‌شود که سیستم آیین دادرسی و فرایند کیفری ایدئولوژیک در زمان آغاز انقلاب ۱۳۵۷ با سیستم دادرسی کیفری امروز، تفاوت‌هایی دارد و در پاره‌ای موارد از شاخص‌های اصلی انسجام و منطبق بر پایه قانون اساسی فاصله گرفته است. بر این اساس ایدئولوژی متفاوت می‌تواند پیامدهایی همچون خودکامگی و استبداد ضابطان از یک‌سو و جرم‌انگاری و کیفرگذاری‌های خارج از چارچوب قانون را از سوی دیگر، به دنبال داشته باشد.

از جمله ایدئولوژی‌های حاکم بر دستگاه قضایی که انسجام آیین دادرسی کیفری را از هم‌گسیخته و جهات سقوط آن را فراهم می‌کند، جرم‌زدایی‌ها، جرم‌انگاری‌ها و سایر اقدامات در چارچوب تقنین است که دیوان عالی کشور در مقام صدور آرای وحدت رویه انجام می‌دهد. شاید مخالفان این‌گونه استدلال کنند که ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲^۲

۱. رک: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **قوة قضاییه در سنجه حکمرانی خوب**، در: آماده، غلامحسین، نقش رئیس قوه قضاییه در فرایند کیفری، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۱، صص ۱۳ و بعد.

۲. ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: «هرگاه از شعب مختلف دیوان عالی کشور یا دادگاه‌ها نسبت به موارد مشابه، اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی، با استنباط متفاوت از قوانین، آرای مختلفی صادر شود، رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور، به هر طریق که آگاه شوند، مکلف‌اند نظر هیئت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند. هریک از قضات شعب دیوان عالی کشور یا دادگاه‌ها یا دادستان‌ها یا وکلای دادگستری نیز می‌توانند با ذکر دلیل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور، نظر هیئت عمومی را درباره موضوع درخواست کنند. هیئت عمومی دیوان عالی کشور به ریاست رئیس دیوان عالی یا معاون وی و با حضور دادستان کل کشور یا نماینده او و حداقل سه چهارم رؤسا و مستشاران و اعضای معاون تمام شعب تشکیل می‌شود تا موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم کنند. رأی اکثریت در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است؛ اما نسبت به رأی قطعی شده بی‌اثر است. در صورتی که رأی، اجرا نشده یا در حال اجرا باشد و مطابق رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور، عمل انتسابی جرم شناخته نشود یا رأی به جهاتی مساعد به حال محکوم علیه باشد، رأی هیئت عمومی نسبت به آراء مذکور قابل تسری است و مطابق مقررات قانون مجازات اسلامی عمل می‌شود».

این اجازه را به دیوان عالی کشور داده و بنابراین آرای وحدت رویه در حکم قانون هستند؛ اما این استدلال را نیز نمی‌توان مورد پذیرش قرار داد؛ زیرا، شناخت یک رفتار به‌عنوان «جرم - بزه کیفری» و جرم‌انگاری، صرفاً در صلاحیت قانون‌گذار است و مداخله دیوان عالی کشور در این خصوص، دخالت در تقنین محسوب شده و بدین‌سان، وضع قوانین و حتی «در حکم قانون بودن» یک مصوبه در ایران، بر اساس اصل ۸۵ قانون اساسی^۱ در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است و تفویض تقنین به نهادهای غیر از پارلمان، مغایرت مسلم با اصول و موازین قانون اساسی دارد. بر همین مبنا، اینکه به یک مرجع قضایی - قضات، صلاحیت قانون‌گذاری اعطا شود، با اصول ۹۱ و ۹۴ قانون اساسی نیز مغایرت دارد.^۲

در این راستا، دو تناقض آشکار در صدر و ذیل ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مشاهده می‌شود؛ زیرا براساس صدر ماده ۴۷۱ «هرگاه از شعب مختلف دیوان عالی کشور یا دادگاه‌ها نسبت به موارد مشابه اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی با استنباط متفاوت از قوانین آرای مختلفی صادر شود، رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور به هر طریق آگاه شوند مکلف‌اند نظر هیئت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند». این قسمت از ماده ۴۷۱، مغایرتی با قانون اساسی، اصول، موازین و قواعد حقوقی ندارد؛ اما ایراد اساسی ذیل این ماده است که بیان می‌دارد: «...در صورتی که... مطابق رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور عمل انتسابی جرم شناخته نشود...»؛ در واقع در مقام بیان جرم‌زدایی^۳ از یک رفتار است که به منزله مداخله در امر تقنین بوده و سیاست جنایی تقنینی را با چالش مواجه می‌کند. این در حالی است که «آیین‌نامه وظایف و اختیارات دیوان عالی کشور» مصوب ۱۳۹۹/۷/۲۰ رئیس قوه قضائیه نیز اشاره‌ای - هرچند کوتاه - به مداخله در قانون‌گذاری توسط قضات دیوان عالی کشور نکرده است.

به این ترتیب، مداخله در امر تقنین - همان‌گونه که اشاره شد - آشکارا با اصل ۸۵ قانون اساسی مغایر است و در عمل، قضات هیئت عمومی دیوان عالی کشور که باید مجری قانون اساسی باشند، در حال نقض اصول آن هستند. آن‌چنان که رأی وحدت رویه شماره ۸۳۵ مورخ ۱۴۰۲/۶/۲۸، اقدام به جرم‌انگاری کرده و شهادت کذب در دادسرا را نیز جرم دانسته است و افزون بر نقض مسلم قانون اساسی ماده ۶۵۰ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات ۱۳۷۵ که صراحتاً شهادت کذب در دادگاه را جرم می‌دانست، نادیده گرفته است.

صورت دوم ایدئولوژی حاکم بر آیین دادرسی کیفری، برهم زدن انسجام قانون در امور تکنیکی - فنی است. به‌عنوان نمونه، تعیین صلاحیت محاکم یکی از مهم‌ترین شاخص‌های انسجام و موازنه در قانون آیین دادرسی بوده که تعیین آن صرفاً در صلاحیت قانون‌گذار و به موجب قانون است؛ به‌ویژه آنکه قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ توسعه صلاحیت محاکم در مراجع اختصاصی و تخصصی را پذیرفته است؛ مانند آن که رئیس وقت قوه قضائیه طی بخشنامه شماره

۱. اصل ۸۵ قانون اساسی: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیئت واگذار کند؛ ولی در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند؛ در این صورت این قوانین در مدتی که مجلس تعیین می‌نماید به‌صورت آزمایشی اجرا می‌شود و تصویب نهایی آنها با مجلس خواهد بود. همچنین مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اسانامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های ذی‌ربط واگذار کند و یا اجازه تصویب آنها را به دولت بدهد. در این صورت مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور و یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیب مذکور در اصل نود و ششم با شورای نگهبان است. علاوه بر این، مصوبات دولت نباید مخالف قوانین و مقررات عمومی کشور باشد و به‌منظور بررسی و اعلام عدم مغایرت آنها با قوانین مزبور باید ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد».

۲. رک: ۱۷، رستمی، هادی، «فروپاشی آیین دادرسی کیفری منصفانه در رویارویی با بحران‌های سیاسی و اجتماعی»، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۱۱، شماره ۴۳، ۱۴۰۲، صص ۶۷ و بعد.

۳. Decriminalization

۹۰۰/۸۷۲۲۱/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۹/۵/۱۵، از مقام رهبری تقاضا کرده است تا در پنج بند صلاحیت سازمان قضایی نیروهای مسلح را افزایش دهد؛ حال آنکه براساس اصل ۱۷۲ قانون اساسی، محاکم نظامی تنها مراجع اختصاصی قضایی هستند که اساسی‌سازی شده و اعتبار و شأن قانون اساسی را پیدا کرده‌اند.^۱ با وجود این، با توجه به صدر ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ و الزام به رعایت «اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری»^۲ رئیس قوه قضاییه اساساً بر چه مبنا و مستند قانونی تقاضای توسعه صلاحیت سازمان قضایی نیروهای مسلح را کرده است؟ چنانچه رئیس قوه قضاییه مستند قانونی خود را تبصره ۱ ماده ۵۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ قرار داده باشد،^۳ باید بیان داشت که در واقع اساساً این تبصره مشمول اقدامات بعد از تصویب این قانون نمی‌شود و نسبت به موارد و مصادیق لاحق موضوعیت ندارد؛ زیرا، در متن تبصره از واژه «فرموده‌اند» استفاده شده و حال آنکه اگر مقصود و منظور قانون‌گذار موارد و مصادیق پس از تصویب قانون بود باید از واژه «می‌فرمایند» استفاده می‌شد. بنابراین، با پذیرش اصل حکیم بودن قانونگذار، اقدام رئیس وقت قوه قضاییه مغایر با قانون بوده و این برداشت شخصی از قانون است که انسجام را فرومی‌پاشد.

در کنار مبانی ایدئولوژیک و سیاسی، مبانی حقوقی نیز گاه انسجام آیین دادرسی کیفری را برهم می‌زند و سیر ناکارآمدی تا بحران و در نهایت سقوط را تسریع می‌بخشد.

۱.۲. مبانی حقوقی

سیاست جنایی به معنای مطالعه نظری - عملی اشکال مختلف کنترل اجتماعی جرم است؛^۴ اشکال مختلف کنترل اجتماعی جرم نیز شامل اقدامات و تدابیر کنشی و واکنشی دولتی و جامعه‌ای است که نسبت به بزه کیفری اعمال می‌شود. قانون آیین دادرسی کیفری اصولاً باید یک قانون واکنشی باشد؛ زیرا با ارتکاب جرم و آغاز فرایند است که تعقیب کیفری شروع خواهد شد و دادستان در امر کیفری مداخله می‌کند.

ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، در مقام احصای جهات شروع به تعقیب توسط دادستان است و به نظر می‌رسد که این جهات حصری باشند؛ زیرا قرینه‌ای دال بر اینکه جهات دیگری برای شروع به تعقیب وجود دارند، در این ماده مشاهده نمی‌شود. با وجود این، یکی از جهات شروع به تعقیب بر مبنای بند «ث» ماده ۶۴، اطلاع دادستان از وقوع جرم به طرق قانونی دیگر است. اکنون این پرسش مطرح است که منظور از «طرق قانونی دیگر» چیست و مشمول چه راهبردهایی می‌شود؟ زیرا، صدر ماده ۶۴ از عبارت جهات قانونی شروع به تعقیب سخن به میان آورده و آنها را در بندهای

۱. رک: رستمی، هادی، «سیاست جنایی بخشنامه‌مدار»، فصلنامه مجلس و راهبرد، دوره ۲۸، شماره ۱۰۸، ۱۴۰۰، صص ۲۹۷ و بعد.

۲. رک: ساقیان، محمد مهدی و سید پوریا موسوی، اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری: مبانی، مفاهیم و قلمرو، در: الفت، نعمت‌الله «به کوشش»، حج اندیشه؛ مجموعه مقالات در یادنامه شادروان دکتر ناصر قربان‌نیا، قم: دانشگاه مفید، چاپ دوم، ۱۳۹۶، صص ۶۳۵ و بعد؛ آیین دادرسی کیفری در تحولات نوین خود دارای اصول راهبردی متعددی شده که امروزه بر سراسر آیین دادرسی کیفری حکومت دارد. برای مطالعه بیشتر رک: آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۱، تهران: سمت، چاپ بیست و سوم، ۱۴۰۲، ص ۱۹؛ طهماسبی، جواد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۸، ص ۲۷؛ خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، جلد ۱، تهران: شهر دانش، چاپ چهل و چهارم، ۱۴۰۳، ص ۲۲.

۳. تبصره ۱ ماده ۵۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲: «رسیدگی به جرایمی که امام خمینی (ره) و مقام معظم رهبری اجازه فرموده‌اند در دادگاه‌ها و دادرشاهای سازمان قضایی نیروهای مسلح رسیدگی شود، مادامی که از آن عدول نشده در صلاحیت این سازمان است».

۴. رک: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، حقوق کیفری آرایه سیاست جنایی در پرتو راهبردهای سیاست عمومی، در: مهرا، نسرين و امیرحسن نیازپور «به کوشش»، حقوق کیفری پویا؛ مجموعه مقالات در پاسداشت استاد دکتر محمدعلی اردبیلی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۱، ص ۱۰۷۷ و بعد.

«الف» تا «ت» محصور کرده است. پیش‌بینی بند «ث» در این ماده با توجه به عبارت اطلاع دادستان از وقوع جرم در واقع، ناظر بر اقدامات واکنشی او در تعقیب است. ابهام در عبارت طرق قانونی اختیار عمل دادستان را در تعقیب جرایم بسیار گسترش می‌دهد و بنابراین، اقتدار و خودکامگی غیرقابل وصفی به وی اعطا می‌کند. به‌عنوان مثال، اگر دادستان از همسر خود مطلع شود که جواهرات گران‌قیمت همسایه آنان به سرقت رفته یا عکس‌های خصوصی آنان در فضای مجازی پخش شده، آیا می‌تواند طریقه‌ای برای تعقیب جرم به‌شمار آید؟ به این ترتیب، به نظر می‌رسد که فقدان شفافیت در متن قانون، سبب توسعه اختیار عمل مقام تعقیب می‌شود و این رویکرد، باعث فقدان شاخص در موجودیت انسجام آیین دادرسی کیفری خواهد شد که نظام قضایی را با مخاطره مواجه می‌کند و بیم بی‌اعتباری عمومی را افزایش می‌دهد.

گفتمان سیاست جنایی قانون‌گذار در ماده ۱ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ آن است^۱ که ضمن دسترسی همگان به عدالت، از اجرای حقوق تضییع شده بزه‌دیده در برابر نامنی و حقوق متهم در برابر استبداد و خودکامگی‌های قضایی و ضابطان نیز حمایت کند. منظور از اصول و قواعد آیین دادرسی کیفری^۲ آن است که یک شخص زمانی متهم محسوب می‌شود که موضوع و ادله اتهام توسط مقام تعقیب یا دادستان به او تفهیم شود و بنابراین، تفهیم اتهام، منوط به حضور متهم است که ادله کافی از منظر مقام تعقیب وجود دارد.

قانون‌گذار در اقدامی شاید ناآگاهانه، در بند «الف» ماده ۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ بدون توجه دقیق به الفاظ و عبارات و صرفاً برپایه اهمیت جرایم ارتكابی، نظم و انسجام آیین دادرسی کیفری را برهم زده و ضمن نقض اصول راهبردی فرایند کیفری از جمله کرامت و حیثیت اشخاص، امنیت قضایی را نیز با مخاطره مواجه کرده است. مطابق ماده ۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، بازپرس می‌تواند در صورت موافقت دادستان شهرستان تحت وجود شرایط بند «الف» این ماده، تصویر و سایر مشخصات متهم را منتشر کند. این بند مقرر می‌دارد: «متهمان به ارتکاب جرایم عمدی موضوع بندهای «الف»، «ب»، «پ» و «ت» ماده (۳۰۲) این قانون که متواری بوده و دلایل کافی برای توجه اتهام به آنان وجود داشته باشد و از طریق دیگری امکان دستیابی به آنان موجود نباشد، به منظور شناسایی آنان و یا تکمیل ادله، تصویر اصلی و یا تصویر به دست آمده از طریق چهره‌نگاری آنان منتشر می‌شود».

اصل مهم و غیرقابل انکار در فرایند تعقیب، حضور متهم برای تفهیم اتهام است. بند «الف» که براساس آن یا متهم حضور ندارد و یا اینکه صرفاً تصویری از طریق چهره‌نگاری به دست آمده باشد، چگونه می‌تواند ضابطه‌ای برای شناسایی متهم اصلی باشد؟ وانگهی، از آنجایی که هنوز مرتکب جرم شناسایی نشده و در اختیار مرجع تعقیب نیست، بر چه شاخص و ضابطه‌ای متهم نامیده می‌شود؟ همچنین، اگر ادله وجود دارد و کافی نیست، چگونه است که با ابهامات بسیار می‌توان الصاق برجسب مجرمانه‌ای را به فردی منتسب کرد و او را متهم نامید؟ و پرسش‌های بسیاری دیگر که در خصوص این بند و چالش‌های آن قابل طرح است. از همین جهت است که قانون‌نار کارآمد، منتهی به بحران و عدم رفع بحران، موجبات رهسپاری به سقوط خواهد شد.

مهم‌تر از انتشار تصویر متهم، چگونگی انتشار و کیفیت انتشار است که در ذیل ماده ۹۶ بیان شده است؛ زیرا، صرفاً بیان شده «...انتشار تصویر و یا سایر مشخصات مربوط به هویت آنان مجاز است...». اکنون پرسش آن است که اگر تصویر متهم از طریق

۱. رک: نجفی ابرنآبادی، علی حسین، **گفتمان سیاست جنایی قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲**، در: الفت، نعمت‌الله «به کوشش»، حج اندیشه؛ مجموعه مقالات در یادنامه شادروان دکتر ناصر قربان‌نیا، قم: دانشگاه مفید، چاپ دوم، ۱۳۹۶، صص ۶۰۵ و بعد.

۲. رک: ساقیان، محمدمهدی و زهرا اسلامی، «کارکردهای اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۱۸، شماره ۲۲، ۱۴۰۰، صص ۱۲۵ و بعد.

چهره‌نگاری به دست آمده، چگونه هویت وی در دسترس و قابل انتشار است؟؛ زیرا، دستورالعمل نحوه انتشار احکام دادگاه‌ها و برگزاری دادگاه‌های علنی مصوب ۱۴۰۰/۲/۲۷ رئیس قوه قضاییه، در تمام مفاد خود با احتیاط عمل کرده و همواره کرامت و حیثیت متهمان و محکومان را مورد توجه قرار داده است. افزون بر آن، در ماده ۵ این دستورالعمل بیان شده است که حتی نام و هویت محکومان با حفظ حریم خصوصی اشخاص در محتوای متن درج شود؛ اما چگونه است فردی که هنوز در مرجع قضایی حاضر نشده و ادله و موضوع اتهام به وی تفهیم نشده، باید تصویری از وی منتشر شود؟ حال اگر تصویر منتشر شده نادرست بوده و با شخص دیگری شباهت داشته باشد، چگونه می‌توان اصل راهبردی کرامت و حیثیت را حفظ کرد؟ به این ترتیب است که مبانی حقوقی که مشخصاً بر مجموعه قوانین و مصوبات راجع به آیین دادرسی کیفری حکومت دارد، با اندک دقت می‌توان رهسپاری فرایند کیفری به‌سوی سقوط در آیین دادرسی کیفری را از گذر این دسته از قوانین لمس کرد. در همین راستا، می‌توان برخی از مصادیق مهم در این گسترده را برشمارد.

۲. جلوه‌های فقدان انسجام در آیین دادرسی کیفری

آیین دادرسی کیفری بیان‌گر میزان به رسمیت شناختن حقوق و آزادی‌های فردی اشخاص توسط نظام حکمرانی است. حقوق کیفری همواره ابزاری در اختیار حاکمان است تا از گذر آن مخالفان خود را سرکوب کنند و به نام قانون بی‌عدالتی را در جوامع آشکار سازند. به همین دلیل است که آیین دادرسی کیفری دشمن سرسخت خودکامگی است؛ زیرا میزان و حدود اختیارات، وظایف و تکالیف کنشگران فرایند کیفری را مشخص می‌کند و مرز میان استبداد و قانون‌گرایی را تعیین می‌کند. بر همین مبنا، باید پس از معرفی برخی از مبانی فقدان انسجام و در نهایت رو به سقوط بودن آیین دادرسی کیفری، جلوه‌هایی از آن نیز معرفی و مورد بحث قرار گیرند.

۲.۱. امنیت‌گرایی افراطی

بدون تردید، جوامع اعم از توسعه‌یافته، در حال توسعه یا جهان سوم، بدون وجود امنیت، دوام و بقا نخواهند یافت. حفظ امنیت و برخورداری از حداقل‌های آن جزء حقوق مسلم و اساسی هر شهروند است؛ اما، توجه بیش از حد به امنیت‌گرایی یا پرداختن به آن بیش از سایر جرایم و بزهکاری‌ها یا امنیتی کردن ارتکاب پاره‌ای از جرم‌ها، نگرش متولیان سیاست جنایی را به سویی سوق می‌دهد تا به وسیله آن از طریق هر ابزار و شیوه‌ای که در اختیار دارند، به نام حفظ امنیت، نظام اجتماعی را کنترل و در تمام شئون و زندگی شهروندان مداخله کنند.

امنیت‌گرایی بیش از اندازه و تدوین - تصویب قوانین امنیتی و نقض اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری، از جمله مؤلفه‌هایی است که دولت‌ها تصور بر ایجاد قدرت نسبت به خود و اعمال کنترل بر شهروندان دارند؛ حال آنکه، در جدال میان قدرت - امنیت با حقوق و آزادی‌های فردی، برتری از آن حقوق شهروندی است و قدرت - امنیت نامتوازن، حساب‌نشده و غیرقابل کنترل، پیش از آنکه مجرمان را به چنگال عدالت بسپرد، متولیان امنیت و قدرت را مجنون و شیفته آن می‌کند و اسباب نابودی خود را فراهم خواهند کرد؛ درست همانند نظام‌های کمونیستی و سوسیالیستی سابق شوروی در زمان «لنین» که انحطاط و اضمحلال دولت، نتیجه قدرت‌گرایی و امنیت‌مداری بیش از اندازه حاکمان بود.^۱

۱. رک: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *علوم جنایی در رویارویی با رویدادهای سیاسی (درآمدی بر تحولات حقوق کیفری و جرم‌شناسی در پرتو انقلاب مارکسیستی - لنینیستی روسیه)*، در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین «زیرنظر»، مجموعه مقالات دایره المعارف علوم جنایی، کتاب چهارم، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۷۷۰ و بعد.

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به مسئله امنیت، رسیدگی به جرایم امنیتی و جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی، بیش از اندازه حساسیت نشان داده و مدل نظام دادرسی را - تا حدودی - به سمت مدل «کنترل جرم» سوق داده است.^۱ به عنوان نمونه، براساس تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، متهمان به جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی در مرحله تحقیقات مقدماتی، وکلای خود را باید از میان وکلای مورد تأیید قوه قضاییه انتخاب کنند و وکیل تعیینی غیرقابل اعتماد قوه قضائیه، نمی‌تواند پرونده متهم را قبول کند. فارغ از توالی فاسدی که این رویکرد امکان دارد پدیدار کند، به نظر می‌رسد در پرتو اصل تساوی سلاح‌ها،^۲ این وکلا صرفاً می‌توانند تا پایان مرحله تحقیقات مقدماتی حضور داشته و چنانچه پرونده منتهی به صدور کیفرخواست گردد، متهم می‌تواند وکیل تعیینی خود را به دادگاه معرفی کند؛ عدم پذیرش این وکیل تخلف انتظامی محسوب خواهد شد.

از دیگر مصادیق این رویکرد، می‌توان به بند «الف» ماده ۱۰۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اشاره کرد. در این بند، جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور را از شمول مرور زمان، تعقیب، صدور حکم و اجرای مجازات مستثنا کرده و تحت هر شرایطی، تعقیب و رسیدگی علیه مرتکبان این جرایم را پیگیری خواهد نمود. این در حالی است که براساس ماده ۱۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ظن ارتکاب جرم نسبت به جرایم امنیتی، مجوزی برای کنترل مخابراتی شهروندان است که در واقع، با اصل رعایت حریم خصوصی افراد مندرج در ماده ۴ این قانون در تضاد است.

به این ترتیب، با مطالعه مفاد و محتوای قانون آیین دادرسی کیفری، اولین مرحله از مراحل فرایند کیفری، یعنی مرحله کشف جرم یا مرحله تحقیقات پلیسی یا مرحله ضابطان، این ایده را به ذهن تداعی می‌کند که مدل سیاست جنایی ایران اهمیت ویژه‌ای به جرایم امنیتی داده و تحت هیچ شرایطی نسبت به این دسته از جرایم، چشم‌پوشی نمی‌کند. به همین دلیل، ایجاد نهادهای موازی امنیتی مانند وزارت اطلاعات، سازمان اطلاعات سپاه، حفاظت و اطلاعات قوه قضاییه، واحد اطلاعات نیروی انتظامی و واحد اطلاعات ارتش جمهوری اسلامی گرایش به این جهت‌گیری در آیین دادرسی کیفری دارند که اولویت برخورد و مبارزه با بزهکاری، بزهکاری‌های امنیتی است و آغاز بخش کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی - بخش تعزیرات،^۳ از مواد ۴۹۸ تا ۵۱۲ نیز گواهِ این مدعاست.^۴

در کنار این اندیشه، پیش‌بینی دادگاه‌های با صلاحیت خاص براساس ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، تحت عنوان «دادگاه انقلاب» در کنار دادگستری عمومی، جلوه‌ای است که عدالت کیفری را به عدالت‌های کیفری بدیل ساخته

^۱. Cf: Packer, H. L. "Two Models of The Criminal Process", *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 113, Issue 1, 1964, P 6; Edkins, V. A. and Royal K. D. "Evaluating the Due Process and Crime Control; Perspectives Using Rash Measurement Analysis", *Journal of Multi-Disciplinary Evaluation*, Volume 7, Issue 16, 2011, P 49.

همچنین برای مطالعه بیشتر در این خصوص به زبان فارسی رک: قنچانی، حسام و حمیدرضا دانش‌ناری، «الگوهای دوگانه فرایند کیفری کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۹، شماره ۴، ۱۳۹۱، صص ۱۶۷ و بعد؛ همچنین رک: شفیع‌زاده دیزجی، توحید، «مطالعه مدل‌های دوگانه عدالت کیفری هربرت پاکر با تأکید بر ارزیابی عدالت کیفری ایران در پرتو آن مدل‌ها»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲، صص ۵۷ و بعد.

^۲. برای مطالعه بیشتر رک: ساقیان، محمدمهدی، «اصل برابری سلاح‌ها در فرایند کیفری (با تأکید بر حقوق فرانسه و ایران)»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۰، شماره ۵۶ و ۵۷، ۱۳۸۵، صص ۷۹ و بعد.

^۳. رک: نجفی ابرندآبادی، *حقوق کیفری آرای سیاست جنایی در پرتو راهبردهای سیاست عمومی*، پیشین.

^۴. نکته جالب توجه آن است که قانون‌گذار در بند ۳ ماده ۱ قانون حمایت از گزارشگران فساد مصوب ۱۴۰۲/۰۹/۱۴ با توسعه نهادهای پذیرنده گزارشات فساد، به نوعی نهادهای امنیتی را نیز گسترش داده و از دادستانی‌ها، مرکز حفاظت و اطلاعات قوه قضائیه، سازمان بازرسی کل کشور، وزارت اطلاعات، سازمان اطلاعات سپاه و فرماندهی انتظامی جمهوری اسلامی ایران در حدود وظایف و اختیارات قانونی، به عنوان **نهادهای پذیرنده** یاد کرده است.

و سیاست جنایی افتراقی معکوس، پدیدار کرده است.

بدین سان، مدیریت و کنترل جرم در این عرصه، صرفاً محدود به کشور ایران نمی‌شود؛ بلکه کشورهای توسعه‌یافته همانند ایالات متحده آمریکا، انگلستان و روسیه نیز توجه ویژه‌ای به جرایم امنیتی دارند.

۲.۲. نقض مکرر اصول راهبردی

اصول راهبردی آیین دادرسی و فرایند کیفری، اصولی راهبر، شاخص و راهنما هستند که کلیه افراد دخیل در فرایند کیفری باید بر مدار آنها حرکت کنند و خروج یا نقض این اصول، سبب بی‌اعتباری و بطلان تحقیقات، اقدامات انجام شده و حتی به علت عدم رعایت تشریفات اساسی رأی، نقض آرا در مرحله تجدیدنظر یا فرجام را به دنبال خواهد داشت.

از جمله مصادیق مهم در فقدان و بلکه سقوط در انسجام آیین دادرسی کیفری، نقض اصل مشروعیت تحصیل دلیل^۱ است که به صورت‌های قابل توجهی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ملاحظه می‌شود. به عنوان نمونه، به موجب ماده ۱۵۱ این قانون، بازپرس می‌تواند برای کشف جرم یا دستیابی به ادله، حساب بانکی اشخاص را کنترل کند. این اقدام دقیقاً مطابق بارز سوءاستفاده از فرایند کیفری، از یک سو و نقض اصل مشروعیت تحصیل دلیل، از سوی دیگر است؛ زیرا رویکرد قانون‌گذار در این خصوص شامل کشف جرم و دستیابی به ادله است.

نقض مسلم و به عبارت دقیق‌تر درهم‌تنیدگی انسجام در فرایند کیفری، این گونه تشریح می‌شود که اساساً کشف جرم در صلاحیت بازپرس نیست تا بتواند نسبت به آن مبادرت ورزد. وانگهی، مطابق ماده ۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، مقام تحقیق و در مرحله تحقیقات مقدماتی، صرفاً جمع‌آوری ادله را از وظایف و اختیارات بازپرس می‌داند و دستیابی به ادله به هیچ‌وجه با صلاحیت‌های قاضی تحقیق همگرایی ندارد. بر این اساس است که به نظر می‌رسد، اقدامات بازپرس در صورت اعمال مفاد ماده ۱۵۱، با بطلان و بی‌اعتباری مواجه است؛ زیرا از یک سو، نه فقط اصل مشروعیت تحصیل دلیل، بلکه از سوی دیگر، اصل تساوی سلاح‌ها نیز مورد نقض قرار گرفته‌اند.

باید توجه داشت، افزون بر اصل مشروعیت تحصیل دلیل، اصل دلیل نیز باید مشروع و قانونی باشد. بر مبنای ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، ادله اثبات دعوی در امور کیفری مشخص و احصاشده و هرچه خارج از این ادله باشد، شاید بتواند موجبی برای اماره قضایی و ایجاد علم قاضی محسوب شود. از این رو، ضابط نمی‌تواند بدون اخذ دستور قضایی (به ویژه در جرایم مشهود) نسبت به جمع‌آوری ادله، ارزیابی آنها و ارائه طریق به مقام قضایی اقدام کند؛ در غیر این صورت مرتکب تخلف شده و ضمن نقض اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری، ادله جمع‌آوری شده فاقد ارزش و اعتبار است. در کنار این موارد، رعایت مفاد و محتوای قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳ نیز از جمله سازوکارهایی است که عدم رعایت آنها انسجام‌بخشی به آیین دادرسی کیفری را مضمحل می‌کند. اگرچه این قانون غالباً به صورت اعلامیه‌ای و ارشادی ذکر شده و بدون تضمینات متقن همراه گردیده است؛ اما ممنوعیت‌انگاری‌های آن در عرصه سیاست جنایی قضایی، بنیان‌های نظام عدالت کیفری را مستحکم و رهنمودی مبتنی بر موازین حقوق بشری به مقامات و مراجع قضایی ارائه می‌کند.

بر مبنای رعایت حقوق شهروندی با الهام از مفاد آسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی مانند میثاقین حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب دسامبر ۱۹۶۶، بندهای ششم و هفتم این قانون مقرر می‌دارد: «۶. در جریان دستگیری و بازجویی یا استطلاع و تحقیق، از ایزای افراد نظیر بستن چشم و سایر اعضا، تحقیر و استخفاف به

۱. برای مطالعه بیشتر رک: تدین، عباس، *تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری*، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۵، صص ۴۶ و بعد.

آنان، اجتناب گردد. ۷. بازجویان و مأموران تحقیق از پوشاندن صورت و یا نشستن پشت سر متهم یا بردن آنان به اماکن نامعلوم و کلاً اقدام‌های خلاف قانون خودداری ورزند».

موارد ذکر شده در این دو بند و سایر بندهای قانون حقوق شهروندی، مترسّم یک نظام حقوقی توسعه‌یافته و مبتنی بر قواعد آرمانی حقوق بشری است. با وجود این، چنانچه تضمینات کافی برای رعایت مفاد این بندها وجود ارائه نشود، همچنان جنبهٔ اعلامی و ارشادی دارند و متخلف از این مفاد را نمی‌توان مورد مؤاخذه قرار داد. اگرچه در متن مادل ۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، عدم رعایت حقوق شهروندی به مجازات مادهٔ ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات ۱۳۷۵ احاله شده است؛ اما این تضمین، اولاً، تکافوی ضمانت اجرای نقض قواعد حقوق شهروندی نیست و ثانیاً، بر فرض پذیرش قابل مجازات بودن ضابط یا بازپرس متخلف بر اساس مادهٔ ۵۷۰، تکلیف اقدامات انجام شدهٔ او اعم از بازجویی‌ها و تفتیش‌های انجام شده از منازل، اماکن و... مشخص نمی‌شود.

این رویکرد دوگانهٔ قانون‌گذار که از یک سو بر آن بوده تا ضمن به رسمیت شناختن حقوق شهروندی شهروندان آنها را ارج نهد و از سوی دیگر، عدم شفافیت در مورد بطلان یا عدم بطلان و اعتبار یا بی‌اعتباری اقدامات انجام شدهٔ ضابطان و مقامات قضایی، باب قرائت‌های خودخوانده را خواهد گشود و همچنان می‌توان با استناد به ادلهٔ مکتسبه از این طریق، نسبت به بزهکاری فرد تحت بازجویی اقدام کرد.

بر همین اساس است که اصول راهبر و راهنما می‌توانند شاخص و معیاری برای سنجه و ارزیابی اقدامات کنشگران فرایند کیفری باشد که در مواد ۲ تا ۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، صرفاً بخشی از آنها مورد اشاره واقع شده‌اند.

نتیجه‌گیری

قانون آیین دادرسی کیفری، قانون آزادی‌ها و قدرت‌هاست. شهروندان می‌توانند از طریق تمسک به قانون از آزادی‌های خود اطلاع یابند و در مورد خودکامگی‌های ضابطان دادگستری و مقامات قضایی دفاع کنند. در این عرصه، قانون‌گذار با پیش‌بینی یک سلسله اصول راهبردی فرایند کیفری در مواد ۲ تا ۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، این اصول را شاخص و مبنا برای تمام مراحل فرایند کیفری پیش‌بینی کرده و نقض آنها را به دلیل عدم رعایت تشریفات اساسی رأی، موجب بطلان و نقض آرا قرار خواهد داد.

با وجود این، قانون‌گذار در پاره‌ای موارد، به نام برخورد متفاوت با برخی بزهکاری‌ها و رعایت انصاف بیشتر نسبت به دسته‌ای از متهمان در چارچوب گفتمان سیاست جنایی افتراقی از فرایند کیفری سوءاستفاده کرده و این سیاست را به سود خود تفسیر و تعبیر کرده است. در این رهگذر، قانون به کنشگران فرایند کیفری اجازه داده تا در مورد برخی جرایم سختگیری‌های افراطی و در مورد برخی دیگر، ملایمت‌ها و چشم‌پوشی‌های بی‌اثر داشته باشد. رویکردی که قانون‌گذار به نام مبارزه با جرم انجام می‌دهد و سیاست کنترل بزهکاری را در اختیار ضابطان و مقامات قضایی می‌سپارد و توالی فاسد بسیاری ایجاد می‌کند که قدرت‌طلبی و خودکامگی‌های بدون حد و مرز، از جمله آنها هستند.

در این میان، قانون‌گذار با تصویب قوانین و پیش‌بینی نهادها و دادگاه‌های موازی، عدالت کیفری را به عدالت‌های کیفری بدیل ساخته و سبب شده تا به نام تخصصی - اختصاصی کردن دادگاه‌ها، تكثر مراکز و مراجع کیفری پدید آورده و موجبی برای سردرگمی شهروندان، از یک سو و توسعهٔ اختیار و قدرت‌طلبی مقامات این نهادها از سوی دیگر، به وجود آید.

پیش‌بینی دادگاه‌های متعدد در کنار دادگستری عمومی تحت عنوان «تخصصی کردن رسیدگی‌ها»، موضوعی فارغ از توسعه صلاحیت محاکم برای رسیدگی به بزهکاری‌هاست؛ زیرا در مراجع تخصصی ارجاع پرونده به این دادگاه‌ها با رعایت قواعد صلاحیت ذاتی صورت می‌گیرد و اساساً امکان نقض این صلاحیت امکان‌پذیر نیست؛ اما رسیدگی به برخی از جرایم در پاره‌ای از مراجع در واقع به منزله اعطای صلاحیت ذاتی به این دادگاه‌ها است. مانند آنکه براساس ماده ۳۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، رسیدگی به کلیه جرایم مربوط به مواد مخدر، روانگردان‌ها و پیش‌سازهای آن، مطلقاً در صلاحیت دادگاه‌های انقلاب بوده و تحت هیچ شرایطی قابل تفویض یا نیابت نیستند.

اینکه قانون‌گذار علاقه زیادی به «فره کردن دادگستری» داشته و به جای تمرکز و وحدت در درون عدالت کیفری، عدالت‌های کیفری را ایجاد نموده، نشان از آن دارد که پیوند زدن نهال‌های بی‌مورد و حساب‌نشده به پیکره اصلی و تنومند آیین دادرسی کیفری، در نهایت موجب ریشه‌کن کردن و سقوط آن را فراهم می‌کند. نظام عدالت کیفری همواره باید بر یک مدار مشخص و در مسیری معین حرکت کند؛ بی‌راهه‌سازی‌های بدون مبنا، یا تغییر مسیرهای بدون دلیل، نه فقط عدالت کیفری را به مقصود نمی‌رساند؛ بلکه همگان را با چالش‌های جدی و اساسی مواجه می‌کند.

مقام قضایی و یا «مجتهد جامع‌الشرائط» باید بر تمام قوانین تسلط داشته باشد و با انواع پرونده‌ها مواجه شود تا بتواند توازن میان اضلاع سه‌گانه فرایند کیفری (متهم، بزه‌دیده و جامعه) را برقرار کند. چنانچه یک مقام قضایی بنا بر حرکت در مسیری تک‌بعدی داشته باشد، تغییر افکار، اندیشه‌ها و رویکردهای او بسیار دشوار است. توازن رفتاری متناسب با حجم کاری و رویارویی با افراد متعدد اجازه برقراری گفتمان دوسویه را ایجاد می‌کند و رقیقاً این رویکرد است که به پیکره و روح قانون آیین دادرسی کیفری شادابی و نشاط می‌بخشد. قانون یک‌طرفه مسیری نامعلوم دارد؛ از متهم دشمن و از بزه‌دیده ناراضی می‌سازد؛ قضات و وکلا خود را رقیب یکدیگر می‌دانند و منافع شخصی فدای عدالت و انصاف می‌شود. بدین‌سان، قربانی کردن عدالت و انصاف نیز به سقوط منتهی شده که نخستین جلوه خود را در آیین دادرسی کیفری نمایان خواهد کرد.

در همین راستا، پیشنهاد می‌شود، بدون آنکه خللی در اجرای قانون اساسی ایجاد شود، غیر از دادسراها و دادگاه‌های نظامی که در قانون اساسی پیش‌بینی شده‌اند، تمام پیکره دستگاه عدالت کیفری به یک مرکز واحد منتهی شده و تکررگرایی قضایی را خنثی و وحدت‌گرایی را حاکم کند. این امر که اکنون در مرحله اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری است، امکان‌پذیر بوده و بهره‌مندی از اندیشه‌ها و ایده‌های صاحب‌نظران و متخصصان این مهم را حاصل خواهد کرد. به دیگر سخن، باید به دادگستری واحد رجعت داده شد و از تکررگرایی پرهیز کرد.

منابع

کتاب

۱. آشوری، داریوش، *دانشنامه سیاسی*، تهران: مروارید، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۸۴.
۲. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: سمت، چاپ بیست و سوم، ۱۴۰۲.
۳. تدین، عباس، *تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری*، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۵.
۴. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، تهران: شهر دانش، چاپ چهل و چهارم، ۱۴۰۳.
۵. رستمی، هادی، *آیین دادرسی کیفری*، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۴۰۳.
۶. ساقیان، محمد مهدی و سید پوریا موسوی، *اصل قانونی بودن آیین دادرسی کیفری: مبانی، مفاهیم و قلمرو*، در: الفت،

- نعمت‌الله «به کوشش»، حج اندیشه؛ مجموعه مقالات در یادنامه شادروان دکتر ناصر قربان‌نیا، قم: دانشگاه مفید، چاپ دوم، ۱۳۹۶.
۷. شاملو، باقر، **سیاست جنایی**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۳.
۸. طهماسبی، جواد، **آیین دادرسی کیفری**، جلد ۱، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۸.
۹. گلدوست جویباری، رجب، **آیین دادرسی کیفری**، تهران: جنگل، چاپ شانزدهم، ۱۴۰۱.
۱۰. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **آیین دادرسی کیفری: جدال قدرت و امنیت با حقوق و آزادی‌های فردی**، در: آیین دادرسی کیفری؛ بنیان‌ها و چالش‌ها، مجموعه مقالات همایش قانون آیین دادرسی کیفری، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۱۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **حقوق کیفری آرایی سیاست جنایی در پرتو راهبردهای سیاست عمومی**، در: مهرا، نسرین و امیرحسین نیازپور «به کوشش»، حقوق کیفری پویا؛ مجموعه مقالات در پاسداشت استاد دکتر محمدعلی اردبیلی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۱.
۱۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **علوم جنایی در رویارویی با رویدادهای سیاسی (درآمدی بر تحولات حقوق کیفری و جرم‌شناسی در پرتو انقلاب مارکسیستی - لنینیستی روسیه)**، در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین «زیرنظر»، مجموعه مقالات دایره المعارف علوم جنایی، کتاب چهارم، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۸.
۱۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **قوة قضاییه در سنجه حکمرانی خوب**، در: آماده، غلامحسین، نقش رئیس قوه قضاییه در فرایند کیفری، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۱۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، **گفتمان سیاست جنایی قانونگذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲**، در: الفت، نعمت‌الله «به کوشش»، حج اندیشه؛ مجموعه مقالات در یادنامه شادروان دکتر ناصر قربان‌نیا، قم: دانشگاه مفید، چاپ دوم، ۱۳۹۶.
۱۵. وینست، اندرو، **نظریه‌های دولت**، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، چاپ شانزدهم، ۱۴۰۱.

مقاله

۱۶. رستمی، هادی، «سیاست جنایی بخشنامه‌مدار»، فصلنامه مجلس و راهبرد، دوره ۲۸، شماره ۱۰۸، ۱۴۰۰، صص ۳۲۱-۲۹۷.
۱۷. رستمی، هادی، «فروپاشی آیین دادرسی کیفری منصفانه در رویارویی با بحران‌های سیاسی و اجتماعی»، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۱۱، شماره ۴۳، ۱۴۰۲، صص ۶۷-۱۰۳.
۱۸. ساقیان، محمدمهدی و زهرا سلامی، «کارکردهای اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۱۸، شماره ۲۲، ۱۴۰۰، صص ۱۵۴-۱۲۵.
۱۹. ساقیان، محمدمهدی، «اصل برابری سلاح‌ها در فرایند کیفری (با تأکید بر حقوق فرانسه و ایران)»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۰، شماره ۵۶ و ۵۷، ۱۳۸۵، صص ۷۹-۱۱۰.
۲۰. قیانچی، حسام و حمیدرضا دانش‌ناری، «الگوهای دوگانه فرایند کیفری کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۹، شماره ۴، ۱۳۹۱، صص ۱۸۴-۱۶۷.
۲۱. گسن، ریمون، «ملاحظه‌هایی درباره هدف آیین دادرسی کیفری»، ترجمه شهرام ابراهیمی، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۰، شماره ۵۶ و ۵۷، ۱۳۸۵، صص ۳۳۳-۳۴۸.

پایان‌نامه

۲۲. شفیغ‌زاده دیزجی، توحید، «مطالعه مدل‌های دوگانه عدالت کیفری هربرت پاکر با تأکید بر ارزیابی عدالت کیفری ایران در پرتو آن مدل‌ها»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.

References

Books

1. Ansell, Ch. *Rethinking Theories of Governance*, United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2023.
2. Ashouri, Dariush, *Political Encyclopedia*, Tehran: Morvarid, 24th Edition, 2005. (in Persian)
3. Ashouri, Mohammad, *Criminal Procedure*, Volume 1, Tehran: Samt, 23th Edition, 2023. (in Persian)
4. Goldoust Jooybari, Rajab, *Criminal Procedure*, Tehran: Jungle, 16th Edition, 2022. (in Persian)
5. Khaleghi, Ali, *Criminal Procedure*, Volume 1, Tehran: Shahr-Danesh, 44th Edition, 2024. (in Persian)
6. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, *Criminal Procedure: The Struggle between Power and Security and Individual Rights and Freedoms*, In: Criminal Procedure; Foundations and Challenges, Collection of Articles of Criminal Procedure Law Conference, Tehran: Shahid Beheshti University, First Edition, 2016. (in Persian)
7. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, *Criminal Sciences in Facing Political Events (An Introduction to the Developments in Criminal Law and Criminology in the Light of the Marxist-Leninist Revolution in Russia)*, In: Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein (Ed.), *Encyclopedia of Criminal Sciences; Collection of Articles*, Volume 4, Tehran: Mizan, First Edition, 2019. (in Persian)
8. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, *Designing Criminal Policy by Criminal Law in the Light of Public Policy Strategies*, In: Mehra, Nasrin and Amir Hassan Niaz-Pour (Eds.), *Dynamic Criminal Law; A Collection of Articles in Honor of Professor Dr. Mohammad Ali Ardebili*, Tehran: Mizan, First Edition, 2022. (in Persian)
9. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, *The Discourse of the Legislator's Criminal Policy in the Criminal Procedure Code 1392*, In: Olfat, Nematollah (Ed.) Hajj-e-Andisheh; Collection of Articles in the Memoir of Dr. Naser Ghorban-Niya, Qom: Mofid University, Second Edition, 2017 (in Persian)
10. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, *The Judiciary Branch as a Measure of Good Governance*, In: Amadeh, Gholam Hossein, Head of the Judiciary's Role in the Criminal Process, Tehran: Dadgostar, First Edition, 2002. (in Persian)
11. Rostami, Hadi, *Criminal Procedure*, Tehran: Mizan, Third Edition, 2024. (in Persian)
12. Saghian, Mohammad Mahdi and Seyed Pouria Mousavi, *The Principle of Legality of Criminal Procedure: Fundamentals, Concepts and Scope*, In: Olfat, Nematollah (Ed.) Hajj-e-Andisheh; Collection of Articles in the Memoir of Dr. Naser Ghorban-Niya, Qom: Mofid University, Second Edition, 2017. (in Persian)
13. Shamlou, Bagher, *Criminal Policy*, Tehran: Mizan, First Edition, 2024. (in Persian)
14. Shuibhne, N. N. *The coherence of EU free movement law: Constitutional responsibility and the court of justice*, Oxford University Press, 2012.
15. Tadayon, Abbas, *Evidence Acquisition in Criminal Procedure*, Tehran: Mizan, Third Edition, 2016. (in Persian)
16. Tahmasebi, Javad, *Criminal Procedure*, Volume 1, Tehran: Mizan, Fourth Edition, 2019. (in Persian)
17. Winsett, Andrew, *Theories of Government*, Translated by: Hossein Bashirieh, Tehran: Mizan, 16th Edition, 2022. (in Persian)

Articles

18. Edkins, V. A. and Royal K. D. "Evaluating the Due Process and Crime Control; Perspectives Using Rash Measurement Analysis", *Journal of Multi-Disciplinary Evaluation*, Volume 7, Issue 16, 2011, pp: 48-65.
19. Gessen, Raymond, "Considerations on the Purpose of Criminal Procedure", Translated by:

- Shahram Ebrahimi, *The Judiciarys Law Journal*, Volume 70, Issues 56 and 57, 2006, pp: 333-348. (in Persian)
20. Ghapanchi, Hesam and Hamid Reza Danesh-Nari, "Dual Models of Criminal Procedure: Crime Control and Fair Trial, *Criminal Law Teachings Journal*, Volume 9, Issue 4, 2012, pp: 167-184. (in Persian)
 21. Packer, H. L. "Two Models of The Criminal Process", *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 113, Issue 1, 1964, pp: 1-68.
 22. Page, S. B. "Theories of Governance: Comparative perspectives on Seattle's Light Rail Project", *Policy Studies Journal*, Volume 47, Issue 4, 2013, pp: 583-607.
 23. Rostami, Hadi, "Circular-Based Criminal Policy", *Parliament and Strategy Quarterly*, Volume 28, Issue 108, 2021, pp: 297-321. (in Persian)
 24. Rostami, Hadi, "The Collapse of Fair Criminal Procedure in Confrontation with Political and Social Crises", *Journal of Criminal Law Research*, Volume 11, Issue 43, 2023, pp: 67-103. (in Persian)
 25. Saghian, Mohammad Mahdi and Zahra Eslami, "Functions of Strategic Principles of the Criminal Procedure", *Criminal Law Teachings Journal*, Volume 18, Issue 22, 2022, pp: 125-154. (in Persian)
 26. Saghian, Mohammad Mahdi, "The Principle of Equality of Arms in Criminal Procedure (with Emphasis on French and Iranian Law)", *The Judiciarys Law Journal*, Volume 70, Issues 56 and 57, 2006, pp: 79-110. (in Persian)
 27. Schiavello, A. "On 'Coherence' and 'Law': An analysis of different models", *Ratio Juris*, Volume 14, Issue 2, 2001.

Thesis

28. Shafizadeh Dizji, Tohid, "Study of Herbert Packer's Dual Models of Criminal Justice with Emphasis on the Evaluation of Iran's Criminal Justice in the Light of Those Models", Master's Thesis, *Shahid Beheshti University*, 2013. (in Persian)



Original Article

Conceptual Analysis of Constitutional Reasoning: with Looking at Procedures of European Constitutional Courts

Ali Akbar Gorji¹, Rezvan Ziae'i² 

ABSTRACT

Courts and tribunals are the most important institutions for presenting reasoning in the legal systems of any country and reasoning and its quality play an important role in procedures. This matter has been not only at the level of ordinary courts but also at the level of constitutional procedure, and reasoning has played a central role in the decisions of constitutional courts. In this article, we try to analyze how the constitutional courts are able to extract the most and useful meaning from the brevity, ambiguity or silence of the constitution by using complex tricks and methods of interpretation and reasoning. Therefore, we try to address some basic questions about the nature of legal reasoning and substantive reasoning, constitutional reasoning methods, and the methods and patterns of reasoning of the constitutional courts of countries in their decisions. In order to answer to the above questions, it should be said briefly: "constitutional reasoning" is a method of legal reasoning that tries to push the legal arguments of the constitutional judge towards justification and while being faithful to the constitution, takes a distance from the judge's personal/subjective arguments. Constitutional judges generally follow different ways of reasoning which in this brief we have dealt with three argumentative approaches, namely 'linguistic approach', 'systemic approach' and 'value or teleological approach'. Constitutional courts have also usually chosen one of the above methods of reasoning, based on their country's social, political and historical background.

KeyWords: Legal Reasoning, Constitutional Reasoning, Methods of Constitutional Reasoning, Constitutional Courts.

How to Cite: Gorji, Ali Akbar, Ziae'i, Rezvan, "Conceptual Analysis of Constitutional Reasoning: with Looking at Procedures of European Constitutional Courts", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:35-56.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.227911.2250>

Received: 16/07/2022-Accepted: 26/08/2023

1. Associate Proffessor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. Ph.D. Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: ziaierezvan@gmail.com



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



چیستی استدلال اساسی، با نگاهی به رویه‌های دادگاه‌های قانون اساسی اروپایی

علی اکبر گرجی^۱، رضوان ضیائی^۲

چکیده

دادگاه‌ها و محاکم مهم‌ترین نهادهای ارائه استدلال در نظام‌های حقوقی هر کشورند و استدلال و کیفیت آن نقش مهمی را در دادرسی‌ها ایفا می‌کند. این امر نه فقط در سطح محاکم عادی، بلکه در سطح دادرسی اساسی نیز مطرح بوده و استدلال نقش محوری را در آرای محاکم دادرسی اساسی داشته است. در این نوشتار درصدد تحلیل آنیم که چگونه دادگاه‌های قانون اساسی قادرند با استفاده از ترفندها و روش‌های پیچیده تفسیر و استدلال، بیشترین و مفیدترین معنا را از ایجاز، ابهام و یا سکوت قانون اساسی استخراج کنند. از این رو می‌کوشیم به چند پرسش مبنایی در خصوص چیستی استدلال/خردورزی حقوقی و استدلال اساسی، روش‌های استدلال اساسی و الگوهای استدلال دادگاه‌های قانون اساسی کشورها در تصمیم‌گیری‌هایشان بپردازیم. در پاسخ به پرسش‌های فوق به اختصار باید گفت: «استدلال اساسی» شیوه‌ای از استدلال حقوقی است که می‌کوشد استدلال‌های حقوقی دادرسی اساسی را به سوی توجیه‌پذیری سوق دهد و ضمن وفاداری به قانون اساسی، از استدلال‌های شخصی/ذهنی دادرسی فاصله بگیرد. دادرسان اساسی عموماً از شیوه‌های مختلفی در استدلال تبعیت می‌کنند که در این مختصر ما به سه رویکرد استدلالی، یعنی «رویکرد زبان شناختی»، «رویکرد نظام‌مند» و «رویکرد ارزشی یا غایت‌گرا» پرداخته‌ایم؛ دادگاه‌های قانون اساسی نیز معمولاً براساس پیشینه اجتماعی، سیاسی و تاریخی کشورشان، یکی از شیوه‌های استدلالی فوق را برگزیده‌اند.

کلید واژگان: استدلال حقوقی، استدلال اساسی، روش‌های استدلال اساسی، دادگاه‌های قانون اساسی.

استناد به این مقاله: گرجی، علی اکبر، ضیائی، رضوان، «چیستی استدلال اساسی، با نگاهی به رویه‌های دادگاه‌های قانون اساسی اروپایی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۳۵-۵۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.227911.2250>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۴

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: ziaierezvan@gmail.com

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

جهان در سه دهه گذشته شاهد افزایش چشمگیر قدرت دادگاه‌ها بوده است و در این میان قاضیان و پاسداران قانون اساسی در خط مقدم این جریان و زمینه‌ساز افزایش اقتدار دستگاه قضا بوده‌اند. اکثر مسائل مربوط به حوزه عمومی یا خصوصی‌مان زیر تأثیر تصمیمات قاضیان، چه عادی و چه اساسی، بوده و هست. از این رو، «استدلال مبتنی بر قانون اساسی»^۱، که از این پس آن را «استدلال اساسی»^۲ می‌نامیم، به بخشی جدایی‌ناپذیر از ایده «گفتمان عمومی»^۳ بدل شده است. در عین حال، اگر دادرسان اساسی قدرت کنار گذاشتن قوانینی را، که به صورتی دموکراتیک وضع شده‌اند، دارند؛ اما خودشان، به واسطه اینکه عموماً مقام‌هایی انتصابی‌اند، اعتبار دموکراتیک ندارند؛ در چنین شرایطی استدلال‌هایی، که در جریان دادرسی‌های اساسی می‌کنند، نقشی بنیادین برای مشروعیت بخشی به جایگاه آنان ایفا می‌کند. دادگاه‌های قانون اساسی با نشان دادن اینکه تصمیماتشان مبتنی بر توجیهات عقلانی و صحیح است، می‌توانند به مقبولیت اجتماعی و سیاسی، از طریق استدلال‌های خردمندانه دست یابند. استدلال اساسی می‌کوشد الگوهایی از «استدلال حقوقی»^۴ موجه و منطقی را وارد دادرسی‌های اساسی کند تا مسیر پیاده‌سازی و تفسیر قانون اساسی با انسدادها و بن‌بست‌ها روبه‌رو نشود و مسائل غامض قانون اساسی به گونه‌ای حل و فصل شوند که پاسخگوی نیازهای واقعی جامعه باشند.

استدلال اساسی به معنای کار بست اصول و قواعد استدلال حقوقی در دادگاه‌های قانون اساسی از سوی دادرسان است که خود نوعی «تفسیر» است؛ البته نه تفسیری که خود را بر معنای لفظی متن قانون اساسی متوقف بدانند، بلکه تفسیری است خلاقانه و پویا که از منظری منطقی و عقلانی موجه باشد. بر این اساس، ارتباطی که میان این سه مفهوم، یعنی استدلال حقوقی، استدلال اساسی و تفسیر، وجود دارد، شایسته بررسی بیشتر است. پیوند وثیق استدلال اساسی با استدلال حقوقی دادگاه‌های قانون اساسی را بر آن داشته است تا هر کدام از شیوه خاصی از استدلال حقوقی در دادرسی‌های اساسی‌شان تبعیت کنند. برای مثال، پاره‌ای از آنها بر اساس بافت نظام حقوقی‌شان و پیشینه تاریخی و اجتماعی که دارند، از «استدلال‌های نظام‌مند» بهره می‌گیرند، برخی دیگر از «آموزه‌های حقوق تطبیقی» و برخی دیگر از دادگاه‌های قانون اساسی از الگوهای استدلالی دادگاه‌های قانون اساسی در نظام‌های حقوقی پیش‌رو، الگوبرداری کرده‌اند. شرح مبسوط این مسائل را به متن اصلی احاله می‌کنیم.

۱. استدلال اساسی، استدلال حقوقی و تفسیر حقوقی

از آنجا که استدلال اساسی جز در گرو فهم استدلال حقوقی امکان‌پذیر نیست و به بیانی، استدلال اساسی از اصول و دلالت‌های استدلال حقوقی برای مفهوم‌سازی خود بهره می‌گیرد، در این بخش از نوشتار می‌کوشیم ابتدا در مورد استدلال حقوقی به بحث بنشینیم تا به درکی کم‌وبیش صحیح از استدلال اساسی نایل شویم و سپس به بیان دلالت‌های این دو مفهوم می‌پردازیم. هریک از این دو مفهوم هم‌پوشانی‌هایی با مفهوم تفسیر حقوقی دارند. بدین سان، ناگزیریم برای جلوگیری از اختلاط مفهومی و برای منقح شدن ذهن خواننده، به ربط و نسبت تفسیر حقوقی با هریک از دو مفهوم پیش گفته بپردازیم. به دیگر سخن، هم استدلال اساسی و هم استدلال حقوقی پیوندی ناگسستنی با پاره‌ای از خوانش‌های تفسیری دارند. در این مقاله ابتدا می‌کوشیم نزدیک‌ترین قرائت از تفسیر حقوقی به استدلال حقوقی را ایضاح کنیم و سپس به ارتباط تفسیر حقوقی با استدلال اساسی بپردازیم.

1. Constitutional Reasoning

2. Conreasoning

3. Public Discourse

4. Legal Reasoning

۱.۱. استدلال حقوقی و تفسیر حقوقی

استدلال را به‌طور کلی می‌توان به توجیهات یک عامل برای انتخاب روش خاصی از عمل، مانند اتخاذ یک سیاست خاص یا حل اختلاف به روشی خاص تعریف کرد. البته لازم به ذکر است که استدلال هم‌زمان می‌تواند به انگیزه‌ها و فرایندهای ذهنی عامل، که باعث انتخاب این شکل خاص از عمل شده است، اشاره کند که این امر به ایجاد مرزبندی‌های نازک بین استدلال توجیهی^۱ و استدلال انگیزشی^۲ منجر شده است. درواقع دلایل انگیزشی، دلایل انجام عمل‌اند که به امور ذهنی، تمایلات و ترجیحات عامل بستگی دارد؛ اما دلایل توجیهی دلایل موجه شمردن عمل است که سبب می‌شود ما فعلی را از نظر عقلانی، درست یا نادرست بدانیم. استدلال درواقع پاسخی است به پرسش «چرا» که فرد می‌کوشد برای اثبات درستی عمل خویش و اقناع دیگران، نکاتی را پیش کشد تا درستی موضوع مورد مناقشه را تأیید کند.^۳ به‌هرروی، در تعریفی عام، استدلال حقوقی شامل استدلال‌هایی است که ازسوی قانون‌گذاران، قاضیان، وکیلان و عالمان حقوق صورت می‌گیرد. اما در معنی اخص آن و آنچه در اینجا محل بحث ماست، استدلال حقوقی شامل استدلال‌هایی است که ازسوی قاضیان برای حل‌وفصل اختلافات صورت می‌گیرد. به اعتقاد جان رالز^۴، در استدلال سروکار ما نه به‌سادگی با گفتار، بلکه با دلیل است. ازاین‌رو، استدلال باید مفاهیم بنیادین و اصول و معیارهای درستی و توجیه را دربر داشته باشد.^۵ توجیه رأی در استدلال حقوقی ازسوی قاضی و همچنین مستند نمودن آن به نظام حقوقی حاکم «[...] مهم‌ترین عاملی است که نقش اساسی استدلال در اندیشه قضایی را غیرقابل انکار می‌سازد. الزام قاضی به توجیه رأی، یکی از عمده‌ترین عوامل حفظ فرایند قضات از خودکامگی و استبداد رأی، تحت پوشش احساسات شخصی قاضی از عدالت و انصاف است».^۶ بدین‌سان، در استدلال حقوقی قاضی می‌کوشد ضمن وفاداری به متون قانونی و همچنین بنا به دلایلی «موجه»، قانون را برای حل‌وفصل اختلافات پیش‌آمده تفسیر، تکمیل و تعدیل کند. به دیگر سخن، اختیارات قاضیان در حل‌وفصل پرونده‌ها گسترده‌تر از آن است یا باید باشد که فقط بکوشند به تعیین و شناسایی قانون معتبر برای حل پرونده توجه کنند. در استدلال حقوقی و در قضاوت، به اعتقاد برخی از صاحب‌نظران، ملاحظات فراحقوقی می‌تواند وارد عمل شود و قاضیان می‌توانند/باید اختیار داشته باشند که قوانین موجود را اصلاح یا در مواردی که قانون با خلأ مواجه است، شکاف‌ها را پر کنند.^۷ اصل و اساس در استدلال‌های قضایی این است که قاضیان باید حکم و تصمیم خود را به شکلی موجه ثابت کنند. مهم‌ترین کارکرد دادگاه صدور رأی است و رأی حتی بر مبنای اسمش (رأی = خرد) باید مستدل و خردمندانه باشد. فیلسوف امریکایی، لان فولر، می‌گوید: این بدان معناست که مردم دادرسی را از سر شهود و ناسنجیده نپذیرند، بلکه به این معناست که اگر دادرس روش کار خود را توضیح دهد، باید به نظر همگان معقول^۸ آید.^۹ البته این معقولیت استدلال متفاوت از «مغالطه»

^۱ Justificatory Reasoning

^۲ Motivating Reasoning

^۳ Lenman, Jame. "Reasons for Action: Justification Vs. Explanation", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011, Section 1.

^۴ John Rawls

^۵ رالز، جان، *لیبرالیسم سیاسی*، ترجمه موسی اکرمی، تهران: ثالث، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۹-۳۲۸.

^۶ الشریف، محمد مهدی، *منطق حقوق؛ پژوهشی در منطق حاکم بر تفسیر و استدلال حقوقی*، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۷۳.

^۷ Dickson, Julie. "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*", 2010. Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret>, Section 1.

^۸ Reasonable

^۹ جعفری تبار، حسن، *دیو در شیشه؛ در فلسفه رویه قضایی (ویراست دوم)*، تهران: نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۱۶.

و برخی از خوانش‌های «جدلی» است.^۱ «مغالطه» یعنی حق جلوه دادن چیزی که حق نیست؛ استدلالی گمراه‌کننده که می‌کوشد از طریق رأی بر مخاطب تأثیر گذاشته شود؛ هرچند این تأثیر معقول و معرفت‌بخش نباشد. در «مجادله» نیز «حقیقت» ملاک نیست و فقط دفاع از یک موضع (چه حق و چه باطل) در مرکز قصد مجادله‌کننده قرار می‌گیرد.^۲ علاوه بر آنچه گفته شد، به طور خلاصه استدلال حقوقی، دست کم، سه مرحله را شامل می‌شود:

- ۱- استدلال حقوقی برای تعیین و تشخیص محتوای متن قانون در یک موضوع معین است.
 - ۲- استدلال حقوقی از محتوای قانون برای تصمیم‌گیری دادگاه در مورد موضوعی که نزد وی مطرح است مصداق می‌یابد.
 - ۳- استدلال تصمیمی است که دادگاه باید در مورد یک پرونده، با در نظر گرفتن همه جوانب اتخاذ کند.
- از نگاه راندل مایلز دورکین، زمانی که قاضیان براساس قانون تصمیم‌گیری می‌کنند، کاری جز کشف محتوای قانون و اعمال آن محتوا بر واقعیات پرونده ندارند. به دیگر سخن، قاضیان در تصمیم‌گیری براساس قانون، هرگز به ملاحظات فراحقوقی متوسل نمی‌شوند؛ قاضیان همه ملاحظات را که حق دارند در نظر بگیرند، باید جزء قانون باشد. این بدان معناست که به اعتقاد دورکین، وقتی قاضیان درباره قانون در مفهوم/گزاره (۲) استدلال می‌کنند، کاری که انجام می‌دهند نه بیشتر و نه کمتر از استدلال درباره مفهوم/گزاره (۱) است؛ یعنی استدلال برای تعیین محتوای قانون.^۳
- به اختصار از استدلال حقوقی سخن گفتیم. اکنون لازم است به ارتباط آن با تفسیر حقوقی بپردازیم. در تئوری‌های تفسیری، به طور کل دو رویکرد وجود دارد: ۱- تئوری‌های تفسیری که به دنبال کشف زبانی متن قانون‌اند (متن‌گرایی)^۴ و ۲- تئوری‌هایی که به دنبال فهم محتوای قانون‌اند. بسیاری از تئوری‌های برجسته تفسیری در ذیل رویکرد دوم قرار می‌گیرند؛ همانند تئوری‌های تفسیری هدف‌گرا^۵ یا تئوری تفسیری دورکین.^۶ با توجه به اینکه رویکرد دوم در پی فهم محتوای متن قانون است، می‌توان ربط آن را با مفهوم استدلال حقوقی، که آن هم در پی فهم محتوای متن است، از زبان دیکسون بدین گونه شرح داد: «کلید فهم این موضوع [یعنی ورود تفسیر به قلمرو استدلال] در ماهیت دوگانه‌ای تفسیر نهفته است.

۱. حسن جعفری تبار بر آن است معقولیت، عقلانیت نیست و در منطق خطابی، استدلال باید معقول باشد نه عقلانی؛ و معقولیت چیزی جز مقبولیت نیست. قاضی در استدلال خطابی نه در پی احتجاج که، در پی اثبات سخن خویش است تا نشان دهد تصمیمی که گرفته نه صرفاً اسکاات خصم، بلکه برای طرفین دعوا، دیگر حقوقدانان، قضات و کل جامعه مقبول است (اقناع مخاطب). نک: جعفری تبار، حسن، **منطق حیرانی؛ در باب استدلال حقوقی**، تهران، فرهنگ نشر نو، چاپ دوم، ۱۴۰۰، صص ۵۵-۶۰.

۲. همان، ص ۱۷۴.

۳. See: Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977; Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, London: Fontana Press, 1986. (Quoted in Dickson, Op. Cit).

درخصوص گزاره ۳، دیکسون یک نمونه خاص مطرح می‌کند: در یک نظام حقوقی «فاسد» برای قاضی وضعیتی به وجود می‌آید که تصمیم‌گیری او در مورد یک قانون، که محتوای آن آنقدر نفرت‌انگیز و موهن است که با در نظر گرفتن همه جوانب نباید به هیچ وجه بر طبق این قانون حکم دهد و باید از اجرای آن قانون امتناع کند. کنار گذاشتن قانون، دست کم از منظر خوانش دورکینی، ذیل تقسیم‌بندی‌های استدلال حقوقی نمی‌گنجد؛ چراکه متن قانونی‌ای وجود ندارد که براساس آن استدلالی صورت گیرد و این مورد به دلیل ماهیت اخلاق‌ستیزش با خوانش دورکین در مورد استدلال غایت‌شناختی در تعارض است.

See: Hart, H. L. A. "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, Volume 71, Issue 04, 1958, PP 593-629; Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, with a postscript edited by P. A. Bulloch and J. Raz, Oxford: Clarendon Press, Second Edition, 1994, Ch 9, S. 3; Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press, 1994, essay 14. (Quoted in Dickson, Op. Cit).

این احتمال از سوی دورکین نیز در باب اینکه آیا آلمان نازی اصلاً دارای قانون بوده یا خیر، ذکر شده است:

Dworkin, Op. Cit., Ch. 3, PP 101-108, (Quoted in Dickson, Op. Cit).

۴. Textualism

۵. Purposivism

۶. Greenberg, Mark. "Legal Interpretation", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021. Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-interpretation/>, Section 2.1.

این ماهیت دوگانه هم به جنبهٔ محافظه‌کاری نگاه به گذشته^۱ و هم به جنبهٔ خلاقانهٔ نگاه به آینده^۲ نظر دارد. به نظر، این دوگانگی گویای آن است که در تفسیر قانون، قاضیان هم به دنبال درک و وفاداری به محتوای متن قانون‌اند [نگاه به گذشته] و هم به دنبال تکمیل، اصلاح یا بیان چیزی جدید در جریان استدلال از محتوای قانون برای تصمیم‌گیری در پرونده‌های خاص هستند [نگاه به آینده]. همچنین، به نظر می‌رسد که تفسیر به دلیل ماهیت دوگانه‌اش، هم در استدلال حقوقی به معنای استدلال برای تعیین محتوای موجود قانون در یک موضوع معین [مصدق می‌یابد] و هم به معنای استدلال از محتوای موجود قانون برای تصمیمی است که دادگاه باید در آن خصوص اتخاذ کند^۳.^۴ این ارتباط وثیق استدلال حقوقی و تفسیر حقوقی، همان گونه که نیل مک کورمیک^۵ اشاره می‌کند، به‌ویژه در پرونده‌های سخت^۶ عینیت بیشتری می‌یابد. پرونده‌هایی که قاضی نمی‌تواند در آنها بر اجرای یک قاعده حقوقی پذیرفته‌شدهٔ عام اعتماد کند. در پرونده‌های سخت، از آنجا که مشکلاتی مانند عدم وجود قانون در موضوع مربوطه، ابهام یا سکوت قانون یا تردیدها در امور موضوعی پرونده رخ می‌نماید، در گام نخست نیازمند تفسیریم. توجیه استنتاجی در پرونده فقط زمانی ممکن است که پیش از آن تفسیری انجام شده باشد؛ بنابراین در سطح دوم نیازمند استدلالیم.^۷ بدین‌سان، با قطع نظر از تئوری‌های تفسیری‌ای، که صرفاً در پی معنا کردن متون از طریق تفسیر ادبی‌اند، میان تئوری‌های تفسیری‌ای، که در پی تعیین محتوای قانون برای تکمیل یا تصحیح متن قانون‌اند، از یک‌سو و با استدلال حقوقی از سوی دیگر پیوندی ناگسستنی وجود دارد.

۱.۲. استدلال اساسی و تفسیر حقوقی

حوزه دادرسی اساسی مانند سایر حوزه‌های حقوق از بحث استدلال و بررسی عوامل مؤثر بر آن مستثنا و مستغنا نیست. استدلال در این حوزه یعنی استدلال اساسی ذیل استدلال حقوقی معنا می‌یابد و نوع خاصی از آن است؛ نوعی استدلال که به حل و فصل دعاوی مبتنی بر قانون اساسی می‌پردازد. وقتی اختلاف و مناقشه‌ای در زمینه یکی از مسائل قانون اساسی رخ نماید، قضات و دادرسان بر مبنای قانون اساسی کشورشان یا هنجارهایی، که در بالاترین رده نظام حقوقی‌شان قرار دارد، اقدام به استدلال و صدور حکم می‌نمایند.^۸ بنابراین استدلال مبتنی بر قانون اساسی یا اصطلاحاً “conreasoning” استدلالاتی است که دادرسان اساسی هنگام حل اختلافات و مناقشات قانون اساسی به روش خودشان انجام می‌دهند و این امر، شاهره درک گفتمان‌های مربوط به حوزه قانون اساسی است.

همان گونه که در بحث استدلال حقوقی اشاره کردیم، باید میان دو برداشت از استدلال تفکیک قائل شد. استدلال انگیزشی که به انگیزه‌ها و فرایندهای ذهنی/شخصی تصمیم‌گیرنده اشاره دارد و برداشت دوم استدلال توجیهی که به توجیهات تصمیم‌گیرنده برای تصمیمی که می‌گیرد اشاره می‌کند. گاه تصمیم‌گیرنده از افشای انگیزه‌های واقعی خود اجتناب و

^۱ Backward-Looking Conserving

^۲ Forward-Looking Creative

^۳ جوزف رز یکی از نظریه‌پردازانی است که این رویکرد را اتخاذ کرده است.

See: Raz, Joseph. “On the Nature of Law”, *Archive fur Rechts und Sozialphilosophie*, Volume 82, Issue 1, 1996, PP 1–25; Raz, Joseph. “Why Interpret?”, *Ratio Juris*, Volume 9, Issue 4, 1996, PP 349–363. (Quoted in Dickson, Op. Cit., Section 2.3).

^۴ Dickson, Op. Cit.

^۵ Neil MacCormic

^۶ Hard case

^۷ جعفری‌تبار، پیشین، صص ۵۶–۵۹.

^۸ Jakab, András. “Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective”, *German Law Journal*, Volume 14, Issue 8, 2013, P 1216.

درعوض دلایلی را بیان می‌کند که معتقد است دیگران بیشتر آنها را معتبر و مشروع تلقی می‌کنند. این تمایز، هم در مورد تصمیم‌گیرندگان عمومی (قانون‌گذاران، قاضیان، بروکرات‌ها) و هم در مورد عوام در معمولی‌ترین موقعیت‌های زندگی روزمره‌شان صدق می‌کند.

آندره جاکاب^۱ معتقد است که در استدلال اساسی تمرکز و توجه بر معنای دوم است: معنای توجیهی استدلال. او می‌گوید: «علاقه اصلی به سود توجیهات و استدلال‌هایی است که قاضیان علناً و آشکارا برای تصمیمات خود به آنها استناد می‌کنند. اما معتقد نیستیم که یک برداشت رضایت‌بخش از استدلال اساسی بتواند دلایل انگیزشی قاضیان را به‌طور کامل نادیده بگیرد. در بسیاری از مواقع، نمی‌توان مشخص کرد که چه عاملی قاضیان را بر آن می‌دارد که یک روش توجیهی خاص را، بدون اینکه بتوانیم دلایل انگیزشی‌شان را تاحدی توضیح دهیم، بر سایر دلایل ترجیح می‌دهند.»^۲ از این رو استدلال اساسی هم می‌تواند تلاشی صادقانه برای پیدا کردن راه‌حل مسئله باشد و هم می‌تواند صرفاً یک ماسک ایدئولوژیک برای حمایت از انتخابی باشد که از قبل صورت گرفته است، پیش از اینکه واقعاً استدلالی شروع شده باشد.

علاوه بر این، پی بردن به انگیزه‌های قاضی عموماً مسئله‌ای مربوط به علوم تجربی و پوزیتیو است. یافتن پاسخ پرسش‌هایی از این دست را، که مثلاً انگیزه شخصی یک قاضی در اتخاذ فلان تصمیم چه بوده، باید در حوزه‌هایی مانند جامعه‌شناسی، روان‌شناسی، مردم‌شناسی در کنار سایر رشته‌های نوظهوری چون اقتصاد رفتاری^۳ و علوم اعصاب جست‌وجو کرد. این درحالی است که دلایل توجیهی، با باورمندان به سویه هنجارین استدلال، مانند حقوقدان‌ها و فیلسوفان، به شکل مستقیم‌تر صحبت می‌کند.^۴ استدلال اساسی نیز ربطی وثیق و انکارناپذیر با تفسیر حقوقی دارد. تفسیر، چنان‌که پیش‌تر بیان کردیم، به معنای تعیین معنای یک متن هنجارین یا با عبارتی که در «نظریه حقوقی»^۵ می‌آید، «قاعده‌مند کردن یک گزاره هنجارین»^۶ است. آنچه به‌طور سنتی «روش تفسیر»^۷ نامیده می‌شود، درواقع نوعی استدلال است که برای تفسیر یک متن به کار می‌رود. هدف اکثر استدلال‌های اساسی نیز «تفسیر قانون اساسی» است. اما در این میان سه استثنای اصلی وجود دارد که تأکید استدلال بر تفسیر قانون اساسی نیست: ۱- قیاس‌ها،^۸ ۲- ایجاد یا تعیین متن معتبر قانون اساسی و ۳- استدلال بر سر اینکه چرا باید متن قانون اساسی، مثلاً در شرایط اضطراری، اعمال شود یا نشود. اینجا به منظور احتراز از اطاله کلام به ذکر یکی از استثناها بسنده می‌کنیم و مطالعه بیشتر را به خواننده محترم وامی‌گذاریم.^۹ درخصوص متن معتبر قانون اساسی، بحث بر سر معنای قانون اساسی نیست؛ بلکه بحث بر سر این است که «متن خاصی» که در قانون اساسی وجود دارد و دارای جایگاه است، آیا معتبر است یا خیر؟ این مسئله ممکن است در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی که برای مثال مشخص نیست آیا اصلاح قانون اساسی موفق بوده یا نه، چالش‌برانگیز باشد. برای مثال، در کانادا تا ژوئن ۲۰۱۳ هیچ تلاش صریح و ثمربخشی برای اصلاح قانون اساسی این کشور با موفقیت روبه‌رو نشده است. باوجود این، در بخش ۳۵ قانون اساسی ۱۹۸۲ این کشور، این قانون قراردادهای بومیان با دولت را در خود جای داده و به رسمیت

1. András Jakab

2. Jakab, András et. al. *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press, 2017, P 11.

3. Behavioral Economics

4. Dyevre, Arthur and András Jakab. "Foreword: Understanding Constitutional Reasoning", *German Law Journal*, Volume 14, Issue 8, 2013. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2227104, P 984.

5. Legal Theory

6. Formulating a Normative Proposition

7. Method of Interpretation

8. Analogies

9. See: Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, PP 1220-1224; Jakab, et. al. Op. Cit., 2017, PP 171-175.

شناخته و از آنجا که از نظر تاریخی چنین قراردادهایی لزوماً از رویه خاصی پیروی نمی‌کنند، بحث‌هایی وجود دارد که آیا یک توافق خاص بین حکومت و بومیان کانادایی، معاهده‌ای الزام‌آور تلقی می‌شود یا خیر.^۱

۲. شیوه‌های استدلال در استدلال اساسی

در این بخش از نوشتار برآنیم پاره‌ای از مهم‌ترین شیوه‌های استدلالی استدلال اساسی را که تحت سه رویکرد اصلی صورت‌بندی کرده‌ایم، شرح دهیم. همچنین، با توجه به توضیحاتی که خواهیم داد، به ارتباط بیشتر «تفسیر» و «استدلال» تفتن خواهیم یافت.

۲.۱. رویکرد زبان‌شناسانه

این رویکرد بر این اعتقاد استوار است که متن قانون، پایه و اساس معتبری برای تفسیر متون قانونی است. درواقع متن قانون و معنای فنی یا ادبی باید نقطه عزیمت مفسر در دستیابی به معنای قانون باشد. بر این اساس، قوانین و مقررات در درجه اول باید بر مبنای معنای معمول زبانی ماده قانونی مربوطه تفسیر شوند.

۲.۱.۱. استدلال بر اساس معنای فنی یا معمول عبارات و واژگان

این روش اساساً بر معنای واژگان در فرهنگ لغت یا معنای معمول و رایج آنها، با تکیه بر قواعد دستوری و ادبی متمرکز است. معنای فنی معنایی است که از سوی یک حرفه خاص، مثلاً حقوقدان‌ها، در برابر آنچه در بین عوام استعمال می‌شود به کار می‌رود.^۲ رویکرد استدلالی‌ای که این روش را شرح می‌دهد، معمولاً رویکردی است «متن‌گرا».^۳ در بریتانیا قاعده‌ای که برای ارجاع به این روش استدلالی است «قاعده تحت‌اللفظی»^۴ نامیده می‌شود و در ادبیات ایالات متحده به «قاعده معنای آشکار/ روشن»^۵ موسوم است. شیوه خاص استفاده از این روش استدلالی زمانی است که استدلال‌ها نه از معنای رایج و مرسوم فعلی، که از معنای رایجی که در زمان تصویب و درج واژگان قانون اساسی مرسوم بوده، استفاده می‌کنند.^۶ در ایالات متحده، همین برداشت اخیر، یعنی توجه به معنای واژگان در زمان تصویب قانون، را «منشأگرایی»^۷ می‌نامند. گفتنی است استدلال‌هایی که بر تفسیر دستوری/ ادبی متکی‌اند مبتنی بر این پیش‌فرض‌اند که مثلاً درمورد قانون اساسی، هنجارها بدون خطا و اشتباه تنظیم و نگاشته شده‌اند؛ یعنی قانون‌گذار اساسی همه چیز را با آگاهی از تمام قواعد دستوری و معنای کلمات، به‌درستی بیان کرده است. اما حتی اگر چنین شرایطی هم رعایت شود، تفسیر ادبی همواره قادر نخواهند بود نتایجی بدون ابهام به دست دهند. دلیل این امر، اولاً ابهام در زبان طبیعی است؛ دوم اینکه برخی از مسائل عامدانه

^۱ Jakab, et. al. Op. Cit., 2017, P 173.

^۲ Eisenberg, Melvin A. *The Nature of the Common Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1988, PP 99-103.

^۳ Textual

^۴ The Literal Rule

^۵ The Plain Meaning Rule

^۶ Tushnet, Mark. *The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism*, In: Goldworthy, Jeffery (ed.), *International Constitutional: A Comparative Study*, Oxford University Press, 2006, P 28.

^۷ Originalism

^۸ درباره این خوانش در ایالات متحد بنگرید به: اظهارات قاضی آنتونین اسکالیا:

Scalia, Antonin, "A Theory of Constitution Interpretation", *Lecture by Justice Antonin Scalia at The Catholic University of America Washington DC*, 18/10/1996. Available at: www.joink.com/homes/useres/ninoville/cua/0-18-96.asp

در قانون اساسی مفتوح گذاشته می‌شوند (بافت باز)^۱ و دلیل دیگر، به‌ظهور معضلات و مشکلات جدیدی بازمی‌گردد که قانون‌گذاران اساسی به‌هیچ‌وجه، حتی در زمان تصویب، نمی‌توانستند آنها را پیش‌بینی کنند.

۲.۲. رویکرد نظام‌مند^۲

رویکرد نظام‌مند یا سیستمیک مبتنی بر بافت حقوقی‌اند و به خودی‌خود، بر متن یک ماده قانونی یا اصل قانون اساسی متمرکز نیستند؛ بلکه به سایر مقررات قانونی، اعمال حقوقی (از جمله تصمیمات قضایی)، اصول حقوقی و مفاهیم کلی-حقوقی یا حتی سکوت قانون ارجاع می‌دهند تا معنای متن مورد مناقشه روشن شود.^۳ چنین استدلال‌هایی بر این پیش‌فرض مبتنی‌اند که حقوق همچون یک کل، نظامی سازوار، یکپارچه و منسجم است. اینک به برخی از شیوه‌های استدلالی نظام‌مند، که مبتنی بر بافت حقوقی‌اند، می‌پردازیم.^۴

۲.۲.۱. استدلال هماهنگ بافت‌گرا^۵

این قبیل استدلال‌ها با ارجاع به سایر هنجارهای حقوقی در پی تفسیر یک متن حقوقی‌اند.^۶ در قلمرو قانون اساسی، این ارجاع می‌تواند به قاعده‌ای از همین سند (قانون اساسی) باشد، یا قانون و قاعده‌ای از سندی دیگر که هم‌تراز با قانون اساسی است. همچنین، تفسیر متن قانون اساسی در این شیوه استدلالی می‌تواند با هنجاری که در مرتبه بالاتری در ساختار همان نظام حقوقی است صورت پذیرد؛ مثلاً تفسیر در پرتو اصول لایتغیر قانون اساسی یا ارجاع به قواعد هنجارین نظم حقوقی دیگری که وظایفی را بر نظم مربوطه تحمیل می‌کند؛ مثلاً تفسیر قانون اساسی مطابق با قانون اتحادیه اروپا در کشورهای اروپایی یا تفسیر قانون اساسی در انطباق با قواعد حقوق بین‌الملل.^۷

در این باره، در آلمان نگرشی وجود دارد تحت عنوان «اصل یکپارچگی قانون بنیادین آلمان»؛ بدین معنی که قانون اساسی متنی به‌هم‌پیوسته است و یک ماده از آن را باید هماهنگ و همسو با سایر مواد قانون اساسی تفسیر کرد. در نتیجه، هدف این است که میان مواد قانون اساسی، از حیث عملی، سازشی برقرار شود نه اینکه ضمن تفسیر، یک ماده و مقرر به نفع دیگری کنار گذاشته شود. در نظام حقوقی ایالات متحد، طرفداران «تفسیر کل‌نگر»^۸ معتقدند که در تفسیر قوانین، اصلاحات مؤخر قانون در قیاس با اصلاحات مقدم، اهمیت بیشتری دارند و به‌نحوی از نسخه تعدیل‌شده این استدلال (الگوی آلمانی) استفاده می‌کنند؛ چراکه معتقدند بخش‌های قدیمی‌تر باید در پرتو بخش‌های جدیدتر تفسیر شوند نه بالعکس.^۹

^۱. Open Texture

^۲. Systemic Approach

^۳. یکی از نویسندگان در باب استدلال نظام‌مند چنین می‌گوید: «این قاعده حامل این اندیشه است که حقوق یک نظام است و مجموعه قواعد پراکنده آن، یک نظام منسجم را تشکیل می‌دهند و از همین‌رو مفسر باید هر عنصر از عناصر این سیستم را در ارتباط با بافت و زمینه آن معنا کند»؛ الشریف، پیشین، ص ۳۹۲.

^۴. جاکاب رویکرد نظام‌مند را تفسیر یک گزاره در پرتو سایر متون قانون اساسی تلقی می‌کند:

Jakab, et. al. Op. Cit., 2017, P 17.

^۵. Contextual Harmonising Argument

^۶. See (for more information): Gillespie, Alisdair. *The English Legal System*, Oxford University Press, 2007, PP 43-50.

^۷. Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, PP 1233-1234.

^۸. Holistic Interpretation

^۹. See: Jackson, Vicki C. "Holistic Interpretation: Fitzpatrick v. Blitzer and Our Bifurcated Constitution", *Stanford Law Review*, Volume 53, Issue 5, 2001, PP 1259-1310.

۲.۲.۲. ارجاع به سوابق در تفسیر قانون اساسی

برای اثبات آنچه در متن قانون اساسی آمده، می‌توان به تصمیمات گذشته دادگاه‌های قانون اساسی در تفسیر مفاد این سند استناد کرد. در برخی کشورها، مانند نظام‌های کامن‌لا، رویه‌های قضایی الزام‌آورند؛ اما در پاره‌ای دیگر از کشورها، رویه قضایی و سوابق، صرفاً ارزشی اقناعی برای قاضی به همراه دارند.^۱ اصل موجه پیروی از سوابق این است که در موارد مشابه به روشی مشابه تصمیم‌گیری شود. اما سؤال این است که واژه «مشابه» به چه معناست؟ دادگاه‌های عادی و نه قانون اساسی، معمولاً عنصر مشابهت را به‌عنوان «امور موضوعی»^۲ یکسان و مشابه معرفی می‌کنند. برای مثال، در کامن‌لا «دادرسان باید مطابق پرونده‌های پیشین حکم دهند، مگر آنکه دلیلی موجه برای ترک این کار داشته باشند»^۳ این تبیین در مورد نظارت دادرسی اساسی مفهوم این معناست که هنجاری که قرار است تفسیر شود محتوا و ماهیت یکسانی با یکی از سوابق در دادرسی‌های اساسی پیشین داشته باشد. اگر این‌گونه نباشد، پس نیازی نیست که از تصمیم قبلی تبعیت شود. بدین‌سان، پرونده فعلی را می‌توان از پرونده سابق متمایز دانست. اما نکته حائز اهمیت این است که در پرونده‌های خاص، دادگاه ضمن اذعان به تصدیق جهات مرتبط پرونده‌ها، بنا به دلایلی همچون تغییرات اجتماعی‌ای که در فاصله بین دو پرونده رخ داده است یا صرفاً با بیان اشتباه بودن تصمیم پیشین، از تصمیم سابق پیروی نمی‌کند و در نتیجه، خود سابقه جدیدی را ایجاد می‌کند. البته رد و نپذیرفتن سابقه قضایی، با اصل «قطعیت حقوقی» در تضاد است؛ مگر اینکه دادگاه قانون اساسی برای نقض و رد سابقه قضایی، ادله‌ای قوی ارائه کند.

جاکاب در مورد استدلال فوق نکته درخور تأملی مطرح می‌کند. او می‌گوید از آنجا که دادگاه قانون اساسی پاسدار قانون اساسی است، باید از معیارها و استانداردهای بالاتری در قیاس با سایر دادگاه‌ها استفاده کند. در مواردی که شرایط اجتماعی دستخوش تغییرات نسبتاً جدیدی شده که دادگاه نمی‌تواند آنها را نادیده بگیرد، یا اگر تصمیم سابق «بدون دقت و توجه» اتخاذ شده، می‌توان احتمال نادیده گرفتن آن را منطقاً در نظر گرفت. باین‌همه، حتی اگر قاضی‌ای به سوابق پایبند باشد، هنوز هم جایی برای تصمیم‌گیری نوآورانه و خلاق وجود دارد: سوابق، همچون متون هنجارین، فقط یک چارچوب را تعریف می‌کنند؛ عموماً بدون ارائه نتیجه‌ای واضح و فاقد ابهام برای پرونده.^۴ دورکین این وضعیت را همچون نگارش یک «داستان سلسله‌وار» توصیف می‌کرد که هر فصل این داستان از سوی نویسنده‌ای/قاضی‌ای متفاوت نوشته شده خواهد شد. بدین‌سان، همیشه باید مراقب بود که داستان تاکنون چگونه پیش رفته است.^۵ این داستان باید ادامه پیدا کند و این زنجیره همچنان ادامه خواهد داشت. اما اینکه چگونه قرار است داستان پیش برود، همواره و کاملاً به تصمیمات قضایی سابق و پیشین وابسته نیست.

نکته مهم دیگر این است که هر رأیی از هر دادگاهی (آبیتور)، به‌عنوان سابقه شناخته نمی‌شود. «در کامن‌لا فقط برخی از آراء، که آنها را راسیو می‌نامند، سابقه می‌شوند؛ رأیی که دارای دلیلی تأمل‌برانگیز است و دادرسی در آن اجتهاد کرده و نظری مستدل داده را «راسیو»^۶ و حکمی را که دربردارنده سخنی معمولی و غیرمستدل و پیش‌پاافتاده است، «دیکتام»^۷

^۱ Murphy, Walter F. et. al. *American Constitutional Interpretation*, Foundation Press, 2003, PP 405-410.

^۲ Material Facts

^۳ جعفری‌تبار، دیو در تئیش: در فلسفه رویه قضایی، پیشین، ص ۱۷۷.

^۴ Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, P 1236.

^۵ Dworkin, Op. Cit., Ch. 3, PP 228-232.

^۶ Ratio Decidendi

^۷ Obiter Dictum

می‌گویند...^۱ بدین ترتیب، در کامن‌لا، آرای بی‌استدلال، سابقه قضایی ایجاد نمی‌کنند و آنچه موجد سابقه قضایی است، آرای است که مستدل‌اند (راسیو).

۲.۲.۳. استدلال با الهام از آموزه‌های حقوق تطبیقی

این شیوه استدلالی سویه‌ای الزام‌آور ندارد؛ اما در برخی کشورها، دادگاه‌های قانون اساسی در صدور آرای خود، به پرونده‌های قضایی سایر کشورها نیز گوشه چشمی دارند؛ برای مثال، بخش ۳۵.۱ قانون اساسی موقت افریقای جنوبی، و همچنین بخش ۳۹.۱ از قانون اساسی معتبر کنونی این کشور به صراحت، دادگاه قانون اساسی را به مطالعه پرونده‌های قضایی دیگر کشورها و نظام‌های حقوقی، در بحث نظارت اساسی تشویق و ترغیب می‌کند.^۲

۲.۲.۴. استدلال از طریق ارجاع به آثار علمی

در برخی از نظام‌های حقوقی، به‌رغم اینکه آموزه‌ها و آرای حقوقدان‌های برجسته در استدلال اساسی نقشی الزام‌آور ایفا نمی‌کند، اما اشاره به نظرات و آرای ایشان، قدرت اقناعی زیادی به تصمیمات دادگاه‌های قانون اساسی می‌بخشد. برای مثال در آلمان این قدرت اقناعی بسیار زیاد است؛ آن‌هم به دلیل اعتبار فراوان دانش حقوقی قاضیان دادگاه قانون اساسی فدرال که از میان اساتید حقوق اساسی به این سمت منصوب می‌شوند.^۳

۲.۳. رویکرد ارزشی و غایت‌گرایانه

این‌گونه استدلال‌ات ارزش‌مدار و غایت‌گرا عموماً به یک مقرر قانونی یا بافت حقوقی ارجاع نمی‌دهند؛ بلکه به هدف عینی یا ذهنی یا حتی ملاحظات فراحقوقی قابل قبول اعم از اخلاقی، جامعه‌شناختی یا اقتصادی اشاره می‌کنند. به این رویکرد استدلالی در سه بخش می‌پردازیم.

۲.۳.۱. استدلال‌های متکی بر هدف عینی‌هنجار

در این شیوه استدلالی، برگزیدن یک تفسیر خاص، با این ادعا که با هدف عینی‌هنجار مورد نظر همسو است، توجیه می‌شود. اهداف عینی یا می‌توانند به صورت مستقیم از خود متن استنباط شوند (مثلاً از عنوان یا مقدمه/دیباچه قانون) یا به صورت غیرمستقیم (مثلاً قصد احتمالی یک نویسنده انتزاعی فرضی یا به تعبیر آهارون بارک^۴، «نیت و قصد هر نویسنده-معقولی»^۵).^۶ خود هدف در اینجا عموماً اشاره به یک «هدف اجتماعی»^۷ یا «دلیل وضع قانون»^۸ دارد.

۳. جعفری تبار، دیو در شیشه؛ در فلسفه رویه قضایی، پیشین، صص ۱۷۷-۱۷۸.

۲. Davis, Dennis M. "Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 1, Issue 2, 2003, PP 189-191.

۳. Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, PP 1251-1252.

۴. Aharon Barak

۵. Intent of Any Reasonable Author

۶. Barak, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, 2005, P xi.

۷. Le But Social

۸. Ratio Legis

نام این روش استدلالی در آلمان «تفسیر عینی-غایت‌شناختی»^۱ است، در مطالعات آنگلو-امریکن به «تفسیر هدفمند»^۲ موسوم است و نویسندگان فرانسوی آن را «روش‌غایت‌انگار»^۳ می‌نامند.^۴ از این شیوه استدلال، که موسوم به استدلال «غایت‌شناختی-عینی»^۵ است، خوانش‌های مختلفی در عمل به وجود آمده است. یک مورد خاص از این استدلال، «اصل اثرمفید قانون اتحادیه اروپا»^۶ است و بر این فرض استوار است که قانون‌گذار فرضی، حتی اگر خود قانون هم به صراحت به این مسئله اشاره نمی‌کرد، قطعاً تفسیری اثربخش از قانون را ترجیح می‌داد؛ زیرا قانون می‌خواهد هنجارهایش مؤثر و اثربخش باشند. این اصل در کامن‌لا نیز از همین شیوه استدلالی پیروی می‌کند؛ چراکه در نظام‌های حقوقی کامن‌لا اعتقاد بر این است که به مقررات قانونی باید معنایی بخشید که مؤثر و اثرگذار واقع شوند.^۷

آموزه کانادایی «درخت زنده/بالنده»^۸ بر این پیش‌فرض مبتنی است که تفسیر متن، به‌جای اینکه بر معنای اصلی یا اولیه متن قانون متوقف بماند، باید با تغییرات بعدی هماهنگ و منطبق شود. بدین‌سان، همان‌گونه که قانون اساسی مانند درختی زنده و بالنده است، باید به‌صورت پویا و تدریجی خود را با شرایط جدید وفق دهد. فرض بر این است که ورای متن قانون اساسی، هدف و غایتی نهفته است که می‌تواند حتی بر خود متن تفوق یابد.^۹ در برخی کشورها، مانند آلمان، این نگرش مطلوب و مورد اقبال قاضیان واقع شده است و در پاره‌ای دیگر از کشورها، مانند اتریش و مجارستان، به‌دلیل نگاه سنتی که وجود دارد، این نگاه و شیوه استدلالی کمتر مورد اقبال قرار گرفته است. با این‌همه، به‌دلیل تأثیر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، این نگرش در این کشورها در حال بسط و تقویت است. البته ضعف این نگرش را در مجارستان می‌توان در تفکر سوسیالیستی، که سال‌ها برای این کشور حاکم بود، دانست؛ زیرا این مکتب فکری می‌کوشید قدرت خلافت قضایی را تضعیف کند؛ خلافت قضایی به‌علت ماهیت نظارت‌ناپذیرش همواره برای دیکتاتوری‌ها، همچون رژیم سابق مجارستان، به چشم خطری بسیار جدی دیده می‌شود.^{۱۰} اما در اتریش مخالفت با نگرش‌های استدلالی غایت‌انگار، تاحدودی ریشه در پوزیتیویسم سنتی قرن نوزدهم دارد که تا حد بسیار زیادی متأثر از میراث اندیشگی هانس کلسن^{۱۱} است.

۲.۳.۲. استدلال‌های متکی بر هدف ذهنی هنجار

در این شیوه برخلاف استدلال‌های عینی، ما با استدلال‌هایی مواجهیم که به اهداف و قصد مقنن قانون اساسی اشاره دارد. این رهیافت، که برخی آن را منشأگرایی نیز می‌نامند، شیوه‌ای از تفسیر تلقی می‌شود که مبتنی بر رفع ابهام از قانون اساسی از طریق توسل به مقاصد بنیان‌گذاران آن است؛ از این‌رو برای استخراج معنای قانون اساسی باید به کارهای مقدماتی

^۱ Objektive-Teleologische Auslegung

^۲ Purposive Interpretation

^۳ Méthode Téléologique

^۴ Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, P 1241.

^۵ Objective Teleological

^۶ The EU-Law Principle Effect Utile

^۷ بنگرید به اظهارات لرد دیپلاک:

Lord Diplock in Attorney-General of The Gambia v. Momodou Job [1984] A.C.638, 702 (Quoted in Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, P 1242)

^۸ Living Tree

^۹ Hogg, Peter W. *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, In: Goldworthy, Jeffery (ed.), *International Constitutional: A Comparative Study*, Oxford University Press, 2006, PP 85-87.

^{۱۰} See: Jakab, András. "Surviving Socialist Legal Concepts and Methods", In: Jakab, András et. al. (ed.), *The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985-2005*, Kluwer Law International, 2007, PP 606-619.

^{۱۱} Hans Kelsen

و مشروح مذاکرات قانون اساسی، نظریات و مقاصد بنیان‌گذاران قانون اساسی و رویه‌های تاریخی و سیاسی زمان تصویب رجوع کرد. در سیر تطور این رهیافت دو خوانش از قصدگرایی مطرح می‌شود: دسته اول معتقدند که باید دید مؤسسان قانون اساسی در آن لحظه تاریخی تصویب قانون، چه چیزی را مدنظر داشته‌اند. به این تفکر در ادبیات معاصر آمریکایی قصد اصلی یا اولیه^۱ گفته می‌شود؛ دسته دوم قصدگرایان کسانی‌اند که معتقدند مؤسسان قانون اساسی اگر در شرایط تاریخی تغییر یافته‌ی امروزی بودند چه می‌گفتند. نویسندگان فرانسوی این رویکرد را روش تکاملی^۲ می‌نامند. بر هردو قرائت از روش ذهنی هنجار، ایرادهای فراوانی از سوی نویسندگانی چون توماس جفرسون، پل برست، رابرت بورک، قاضی اسکالیا و... مطرح شده است.

پل برست^۳ معتقد است این روش قدرت کاربرد قانون اساسی را محدود می‌کند؛ زیرا آن را محدود به مسائلی می‌کند که برای قانون‌گذار شناخته شده بوده‌اند و اعمال قصد مقنن برای مسائل جدید امروزی غیرممکن است. برست همچنین به تئوری هرمنوتیک گادامر نیز متوسل شده است تا نشان دهد که مفسر امروزی نمی‌تواند آنچه در گذشته اتفاق افتاده است، همچون گذشتگان ببیند؛^۴ چراکه وی نمی‌تواند فارغ از پیش‌داوری و پیش‌دانسته‌هایش باشد.^۵ آندره مرمور^۶ نیز با وجود دفاع از قصدگرایی، اما به دلیل مسائلی چون قدمت قانون اساسی، عدم تخصص مؤسسان و اخلاقی بودن مسائل قانون اساسی از ناکارآمدی و پای چوبین این رویکرد در تفسیر قانون اساسی سخن می‌راند. مرمور هم‌نوا با دورکین معتقد است بسیاری از مفاهیم قانون اساسی اخلاقی‌اند و معرفت مؤسسان، راجع به اصول اخلاقی و سیاسی برتر از معرفت امروزی نیست و تفسیر قانون اساسی باید مبتنی بر ارزش‌هایی باشد که به‌طور گسترده بین افراد جامعه مشترک‌اند.^۷

۲.۳.۳. استدلال‌های فراحقوقی

اگرچه استدلال‌ات غیرحقوقی مانند استدلال‌های اخلاقی، جامعه‌شناختی^۸ و اقتصادی، به‌ندرت در دادگاه‌های قانون اساسی استفاده می‌شود، وقتی استدلال‌های دیگر برای برون‌رفت از مسئله نمی‌تواند کمک کند یا دیگر استدلال‌ها منجر به تفاسیر متناقض با یکدیگر می‌شود یا در مواردی که پرونده شامل عبارات یا مقرره‌های قانونی انتزاعی و ارزش‌مدار است، می‌توان به این سنخ از استدلال‌ها متوسل شد. در یک بافت انگلوساکسون، چنین استدلال‌اتی به جنبش حقوق و اقتصاد (تحلیل اقتصادی حقوق)^۹ و در فرهنگ فرانسوی (به دنبال فرانسوا ژنی) به شعار تحقیق علمی آزاد متناسب با مقتضیات زمانه ربط داده می‌شود.^{۱۰}

1. Original Intent

2. Méthode Évolutive

3. Paul Brest

۴. فهم درهرمنوتیک فلسفی گادامر، دربردارنده ویژگی‌هایی چون: اثرپذیری از تاریخ، سنت، پیش‌داوری‌های ذهنی مفسر، دیالکتیکی و مبتنی بر پرسش و پاسخ است.

۵. هاشمی، سید محمد و غلامحسین مزارعی، «قصدگرایی در تفسیر قانون اساسی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۵، ویژه‌نامه شماره ۱۰، ۱۳۹۱، ص ۳۵۸.

6. Andrei Marmor

۷. مرمور، آندره، تفسیر و نظریه حقوقی، ترجمه مهسا شعبانی و محمد حسن جعفری، تهران: مجد، ۱۳۹۰، صص ۲۴۳-۲۴۶.

۸. لوئیس براندیس، قاضی دیوان عالی به‌عنوان وکیل در پرونده مولر علیه اورگان، استدلال‌ات جامعه‌شناختی دقیقی از اثرات اجتماعی ساعات کار طولانی مدت بر روی زنان ارائه داد.

۹. از طرفداران این رویکرد، به مکتب شیکاگو و نظریات ریچارد پوزنر می‌توان اشاره کرد که به تفسیر حقوق براساس تحلیل هزینه-منفعت تأکید دارد.

10. Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, P 1247.

۳. سبک‌های استدلال اساسی در دادگاه‌های قانون اساسی

با این توضیح که سبک‌های استدلال اساسی بنا به ملاحظات گوناگون از کشوری به کشور دیگر متفاوت است، در این بخش تلاش می‌کنیم شیوه‌های مختلف استدلال اساسی را در چهار کشور اروپایی، یعنی آلمان، اتریش، انگلستان و فرانسه، مختصراً از نظر بگذرانیم.

۳.۱. اتریش و آلمان

ابتدا لازم به ذکر است که استدلال اساسی در این دو نظام حقوقی متکی بر مفهومی تحت عنوان *Verfassungsdogmatik* است. این اصطلاح به معنای «نظام مفهومی پیچیده و توسعه‌یافته‌ای» است که اولاً می‌کوشد برای تصمیم‌گیری در پرونده‌ها به آینده نظر داشته باشد (برخلاف نگرش بریتانیایی‌ها که قضاوت عموماً موردی^۱ و ساده است و در استدلال ورزی/خردورزی از نظام مفهومی پیچیده‌ای استفاده نمی‌شود) و ثانیاً برای تصمیم اتخاذشده دلایلی به دست می‌دهد که موجه‌اند و به هیچ‌وجه خودسرانه و شخصی نیستند.^۲ در این دو نظام حقوقی، شرح و بسط این نظام مفهومی پیچیده وظیفه اصلی محققان حقوقی است و دادگاه‌های قانون اساسی از این کاوش‌ها و تحقیقات علمی بهره‌مند می‌شوند. برای مثال، در آلمان به‌صراحت در قضاوت‌ها به این تحقیقات ارجاع می‌دهند؛ درحالی‌که در اتریش، عمدتاً بدون ارجاع به این تحقیقات، از فواید آن در تصمیمات سود می‌جویند. باری، استدلال اساسی در این دو کشور، مفصل و دارای جزئیات فراوان است. راه‌حل‌های قاضیان برای حل مسائل قانون اساسی عمدتاً به‌عنوان نتایج و پیامدهای ضروری و لازم یک نظام مفهومی‌اند نه به‌عنوان معضلات و مشکلاتی صرفاً موقت که باید درمورد آن تصمیم‌گیری شود. در این شیوه استدلالی، نگاه به آینده است. علاوه بر این‌ها، تفاوت‌های مهم دیگری میان این دو نظام، درحوزه استدلال اساسی به چشم می‌خورد. در اتریش، برخلاف آلمان، استدلال‌ها ساده‌ترند و سعی بر آن است که مفاهیم موجود در تصمیم به‌راحتی قابل فهم باشند. بدین‌سان، اتریشی‌ها سبک استدلالی‌شان را ساده‌تر و دارای پیچیدگی کمتری نسبت به سبک آلمانی می‌دانند. به دیگر سخن، لفاظی، استفاده کمتر از صنایع ادبی و همچنین سعی در کوتاه کردن استدلال‌ها، سبک استدلال در اتریش است.

سبک استدلال اتریشی به‌ندرت شامل استدلال‌های تقویت‌کننده^۳ یا پشتیبانی^۴ معمول در آلمان است. استدلال‌های پشتیبان استدلال‌هایی‌اند که پیش از تصمیم‌گیری نهایی و ارائه استدلال نهایی، از سوی حقوقدان‌ها و سایر قاضیان مطرح می‌شود و می‌تواند در استدلال نهایی اثرگذار باشد. همچنین، برخلاف الگوی آلمانی، در اتریش به واسطه تأثیر نگرش پوزیتیویستی کلسن، استدلال‌های مبتنی بر حقوق طبیعی و جامعه‌شناختی عموماً مورد اقبال و توجه قاضیان نیست.^۵ تئوری حقوقی کلسن، تحلیلی ساختاری از قانون وضعی و عاری از هرگونه قضاوت ارزشی اخلاقی-سیاسی است.^۶ این درحالی است که در آلمان، زیر تأثیر آموزه‌های صاحبان اندیشه‌ای همچون رودولف سمند،^۷ کنراد هسه^۸ و کارل اشمیت^۹

^۱. Case by Case

^۲. Ibid, P 1216.

^۳. Reinforcing

^۴. Backup

^۵. Ibid, PP 1264-65.

^۶. Goodrich, Peter. *Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, Palgrave Macmillan, 1987, P 36.

^۷. Rudolf Smend

^۸. Konrad Hesse

^۹. Carl Schmit

از عبارات و اصطلاحاتی پرطمطراق، رمزآلود و تاحدی مدعاگونه استفاده می‌شود. زیر تأثیر آرای این اندیشه‌وران، استدلال‌ها گاه حول محور مسائل علوم سیاسی می‌چرخند و گاه بر مدار حقوق طبیعی یا ترکیب و التقاطی از هردو هستند؛ مانند به رسمیت شناختن یک حق ازسوی دولت. آلمانی‌ها عموماً از اصول کلی و موسعی مانند دموکراسی، کرامت/الایی انسانی و... برای حل مشکلات عینی پرونده‌ها استفاده می‌کنند. اما در اتریش، چنین تمایلات کنشی به‌ندرت دیده می‌شود.^۱ واضح است که نگرش آلمانی مبتنی بر استدلال هدفمند یا غایت‌شناختی است؛ استدلالی که می‌کوشد با استحاله ملاحظات حقوقی به ملاحظات غیرحقوقی/فراحقوقی به اصول کلی ارجاع دهد.^۲ گسترده‌ترین استفاده دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان نسبت به سایر روش‌های استدلالی، استدلال هدفمند یا غایت‌شناختی است.^۳ زمینه و بافت سیاسی نیز برسبک‌های استدلال اثرگذار است: در اتریش اکثریت مؤسس قانون اساسی، اکثریت تقریباً دائمی دولت پس از جنگ دوم جهانی بود (ائتلاف بزرگ) و چنین اجماعی باعث شد که دادگاه قانون اساسی کمتر در پی تفسیر خلاقانه باشد. اما در آلمان دادگاه قانون اساسی از همان ابتدا خود را به‌عنوان مبلغ ارزش‌های لیبرال دموکراتیک، پس از سقوط نازیسم معرفی کرد و در موارد نادری که ائتلاف و اجماع کثیری ازسوی مؤسسان قانون اساسی وجود داشته، اختلاف با دادگاه قانون اساسی، برخلاف اتریش، همواره همچون یک تابو در فرهنگ سیاسی این کشور به‌شمار آمده است.^۴ مطابق سنت حقوقی آلمان، اصل محرمانه بودن مذاکرات تا سال ۱۹۷۰ در دادگاه قانون اساسی حاکم بود. اما اصلاح قانون مربوط به دادگاه در دسامبر ۱۹۷۰ منجر به پذیرش نظریه مخالف^۵ شد.^۶ البته استفاده از نظرهای مخالف در آلمان همچنان به‌ندرت اتفاق می‌افتد و در اتریش نیز نظرهای مخالف به‌هیچ‌وجه مجاز نیست؛ زیرا تصور بر این است که اقتدار قانون از طریق صدایی یکپارچه و واحد بهتر حفظ می‌شود.^۷

نظام حقوقی آلمان به‌ندرت از شیوه استدلال قیاسی استفاده می‌کند. در این شیوه، دادگاه ابتدا هنجارهای مربوطه را شناسایی و سپس محتوای آنها را براساس «دانش نظری حقوق/حقوق‌شناسی»^۸ تعیین می‌کند. مطابق این روش، دادگاه استانداردهایی را مشخص می‌کند و سپس آنها را با منطق موجود حکم/تصمیم یا قانون موردنظر تطبیق می‌دهد. یکی از این موارد، که دادگاه از استدلال قیاسی بهره جست، تصمیم معروف قانون امنیت‌هوانوردی^۹ (شامل سرنگونی یک هواپیما

^۱ Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, PP1265-1266.

^۲ حسن جعفری تبار اصول کلی حقوقی را بارزترین توپیک‌های حقوقی می‌داند و می‌نویسد: «توپیک‌های حقوقی دیدگاهی کلی‌اند که قوه انصاف مخاطب نمی‌تواند آنها را نپذیرد، به‌این دلیل که این توپیک‌ها دیگر آنچنان جزء سنن راسخ حقوقی شده‌اند که نپذیرفتن آنها ما را دچار تناقض می‌کند». جعفری تبار، پیشین، ص ۸۵.

^۳ Jakab, et. al. Op. Cit., 2017, P 373.

^۴ تأثیر بافت و زمینه سیاسی را بر استدلال نباید ناچیز شمرد. برای مثال، قاضیان در ایالات متحد همانند سیاستمداران رفتار می‌کنند. قاضیان ایالتی گاه مستقیماً از سوی مردم برای مدتی محدود انتخاب می‌شوند و قاضیان فدرال نیز عموماً به‌دلیل عضویت در یک حزب و به واسطه میزان وفاداری‌شان به حزب است که به این سمت منصوب می‌شوند. بدین‌سان، مخاطبان آنها در بین «جامعه حقوقی» کمتر از مردم یا سیاستمدارانی است که آنها را برای مدتی برگزیده‌اند. به همین دلیل، توسل به استدلال‌های غیرحقوقی، همانند استدلال‌های سیاسی، اخلاقی، اجتماعی، برای آنها نسبت به قاضیان سایر کشورها راحت‌تر بوده و مورد اقبال جامعه قرار می‌گیرد.

Atiyah, Patrick S. and Robert S. Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Oxford: Clarendon Press, 1987, PP 342-4, 350-1,379.

^۵ Dissenting Opinion

^۶ فاورو، لویی، *دادگاه‌های قانون اساسی*، ترجمه علی اکبر گرجی ازندریانی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۸۷.

^۷ Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, P 1266.

^۸ Jurisprudence

^۹ Aviation Security Act.

در شرایطی مشابه ۱۱ سپتامبر) بود.^۱ در این باره، یکی از مسائلی که پس از ۱۱ سپتامبر در پارلمان آلمان مطرح شد، این بود که اگر هواپیمایی ربوده شد و ربایندگان قصد داشتند یک استادיום صدهزار نفری را با تمام جمعیتی که در آن حضور دارد از بین ببرند و این هواپیما فرضاً پنجاه نفر سرنشین داشت، آیا فرمانده نظامی، که فرصت اندکی هم برای تصمیم‌گیری دارد، باید هواپیما را منهدم کند و جان صدهزار نفر را نجات دهد یا با عدم انهدام هواپیما، فقط جان پنجاه نفر سرنشین هواپیما را حفظ کند؟ استدلال بوندستاگ این بود که انهدام این هواپیما همانند انهدام یک بمب است و اساساً «امر موضوعی» در چنین وقایعی تغییری می‌یابد و باید برای جلوگیری از کشته شدن صدهزار نفر، از اصابت بمب به استادיום جلوگیری به عمل آید.^۲ پس از تصویب این قانون در پارلمان، دادگاه قانون اساسی نهایتاً این قانون را مغایر قانون اساسی شناخت و استدلال کرد که به دلیل نقض «حق حیات» و «کرامت/والایی انسان» از آنجا که اقدامی است غیرقانونی، حکم به الغای این قانون داد.^۳

۳.۲. فرانسه و بریتانیا

در هر دو کشور فرانسه و بریتانیا ارجاعات اندکی به آثار علمی/تحقیقاتی را از سوی دادرسی اساسی شاهدیم. این مسئله در بریتانیا به واسطه اعتبار اندکی است که دانش حقوقی در این کشور از آن برخوردار است. در فرانسه تا همین اواخر، فقط یک نظارت پیشینی از جانب قانون اساسی وجود داشت^۴ و در نتیجه، پرونده‌های بسیار کمی به شورا وصول می‌شد. بدین سان، اکثر اختلافاتی، که پیرامون قانون اساسی به وجود می‌آمد، در دادگاه‌ها قابل اعمال نبود؛ چراکه ایجاد هرگونه نظام مفهومی پیچیده قانون اساسی، همانند آنچه در اتریش و آلمان وجود دارد، بیهوده به نظر می‌رسید. دلیل این امر سیاست‌مداران بودند که طبق قواعد سیاست درمورد اختلافات تصمیم‌گیری می‌کردند. همچنین، ادبیات توضیحی-تفصیلی^۵، یعنی تبیین معنای دقیق هریک از مفاد قانون اساسی در قالب مشارکت‌های علمی فردی، که شامل ارجاع به ادبیات دانشگاهی و رویه قضایی که در آلمان و اتریش بسیار مورد توجه است، تقریباً به طور کامل در فرانسه وجود ندارد. به نظر، با ابداع و معرفی نظارت پسینی شورای قانون اساسی، وضعیت تغییر خواهد کرد: «نظام مفهومی پیچیده و توسعه یافته‌ای»، که شرح آن را در ذیل الگوهای آلمانی و اتریشی بیان کردیم، ایجاد خواهد شد؛ ادبیات تفصیلی قانون اساسی^۶ پدیدار خواهد شد و حتی این احتمال وجود دارد که ارجاع به آثار علمی و دانشگاهی مرسوم شود. زبان و شکل/فرم تصمیمات شورای قانون اساسی بسیار فنی و تکنیکال است. تصمیمات عمدتاً در چند سطر خلاصه می‌شوند که به ندرت بیش از دو صفحه‌اند.^۷ به دیگر سخن، سبک آرای قضایی فرانسه از نگاه حقوقدان‌های خارجی، کوتاه،

^۱ Jakab, et. al. Op. Cit., 2017, P 368.

^۲ هداوند، مهدی، «خردورزی حقوقی»، جزوه درسی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ۱۳۹۶، صص ۷-۸.

^۳ Ibid, P 386.

^۴ Brest, Paul et. al. *Processes Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2006, P 56.

^۵ Commentary Literature

مطابق این اصطلاح دادگاه می‌تواند برای تصمیم‌گیری‌های خود و اتخاذ رأی صحیح، بر نظرات حقوقی و آکادمیک، از سوی دانشگاهیان و قضایان تکیه کند:

See: Fabbrini, Federico. "Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of a Posteriori Constitutional Review of Legislation", *German Law Journal*, Volume 9, Issue 10, 2008, P 1268.

^۶ Constitutional Commentary Literature

^۷ Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, PP 1268-11269.

رسمی/ صوری^۱ و غیرشفاف و مبهم است. بدین سان، تصمیمات شورا بسیار کوتاه‌تر از تصمیمات دادگاه‌های قانون اساسی آلمان و اتریش به‌رشتهٔ تحریر درمی‌آیند. به لحاظ ساختار استدلال، عمدتاً استدلال موازی و متراکم است و اتخاذ یک رویکرد گفت‌وگویی یا دیالوژیک^۲ هنوز مغایر با فرهنگ استدلالی شورا به نظر می‌رسد.^۳

برخی از محققان حقوق تطبیقی معتقدند که این تفاوت استدلال در فرانسه صرفاً سبکی و شکلی نیستند؛ بلکه این امر بازتاب‌دهنده تفاوت اساسی در دیدگاه قضات فرانسوی در تصمیم‌گیری‌های قضایی است. برای مثال، برای بسیاری از آمریکایی‌ها، رأی دادگاه، ابزاری برای بیان دیدگاه‌های قضات درمورد ملاحظات اساسی مؤثر بر نتایج پرونده و همچنین تأثیر متقابل بین دغدغه‌های سیاسی قاضی و محدودیت‌های رسمی مانند سابقه قضایی یا قوانین است. اما نقطه عزیمت قضات فرانسوی یک فرض به‌شدت متفاوت است. در نگاه آنان، نقش رأی (حکم)، اعمال قانون موجود بر حقایق یا واقعیات پرونده است. درواقع قضات فرانسوی دادخواست را به‌عنوان یک موضوع منطقی قیاسی صرف تلقی می‌کنند.^۴ علاوه بر این‌ها در دادرسی اساسی در فرانسه معضلات و مشکلات پرونده‌های رسیدگی‌شده هرگز بر ملا نمی‌شوند که این مسئله به واسطهٔ عدم وجود نهاد نظرهای مخالف است. این درحالی است که این نهاد کیفیت استدلال را افزایش می‌دهد و سبک قضاوت دادگاه‌های قانون اساسی را گفت‌وگویی، دیالکتیک و مستدل‌تر می‌سازد؛ زیرا کسانی که نظرات موافق یا مخالف می‌دهند باید علت مخالفت یا موافقت خود با نظر اکثریت را توضیح دهند. در زمینه متدولوژی تفسیر قانون نیز، شورا هرگز موضع خود را به‌طور صریح اعلام نکرده است؛ اینکه قضات قانون اساسی باید بر معنای متن قانون یا قصد مؤسسان یا غایت نهایی قانون یا ارزش‌های اجتماعی رایج تمرکز کنند، به‌صراحت در نظرهای شورا ذکر شده است. راه‌حل‌های ارائه‌شده برای تصمیم‌گیری عمدتاً ریشه در متن قانون اساسی یا اعلامیهٔ ۱۷۸۹ حقوق بشر و شهروند دارند؛ بدون اینکه هیچ شگرد تفسیری خاصی از سوی شورا استفاده شود. این مسئله در بیم و ترس سنتی قاضیان از زمان انقلاب کبیر ریشه دارد که برای آنان این باور ایجاد شده است که مشروعیت لازم را برای تصمیم‌گیری‌های جسورانه و خلاقانه در پرونده‌ها ندارند. به‌همین دلیل، در استدلال‌های خود، به‌سادگی به متن قانون اساسی ارجاع می‌دهند؛ گویی بنا به تعبیر مونتسکیو، صرفاً زبان قانون [اساسی] است.^۵

همچنین، این شورا هیچ‌گاه در تصمیمات خود به سوابق قضایی ارجاع نداده است و زمانی که شورا یک رویه قضایی دیرینه را نقض می‌کند، الزامی به ارائه هیچ توجیهی ندارد. در مقابل، قاضیان نظام‌های حقوقی کامن‌لا و نیز بریتانیا، بیشتر از استدلال‌های سابقه‌محور^۶ استفاده می‌کنند، نظرهای قضایی‌شان سبکی محاوره‌ای^۷ و آزاد دارد و در تأثیر دادن عوامل سیاسی و غیرحقوقی/ فراحقوقی در روند رسیدگی‌های قضایی، از خود جسارت بیشتری در قیاس با قاضی فرانسوی نشان می‌دهند.^{۸، ۹}

1. Formal

2. Dialogical Approach

3. Jakab, et. al. Op. Cit., 2017, P 334.

4. Wells, Michael. "French and American Judicial Opinions," *Yale Journal of International Law*, Volume 19, Issue 1, 1994, PP 82-85. Available at: https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/244/

5. The Mouth-Piece of The Law (or of the constitution)

6. Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, PP 1228 & 1269.

7. Precedent-Based

8. Conversational

۹. برای مطالعهٔ مختصر درمورد شیوه‌های تفسیر و استدلال در نظام حقوقی کامن‌لا، نک: وکس، ریموند، *حقوق: درآمدی مختصر*، ترجمه سید محمد حسینی و محمد نجفی کلانی، تهران: نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۴۰۰، صص ۷۸-۶۹.

10. Kelemen, Katalin. "Constitutional Reasoning: A Flourishing Field of Research in Comparative Law", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 17, Issue 4, 2019, PP 1342-1343.

در بریتانیا، آرا و احکام قضایی هیچ ساختار از پیش تعیین‌شده‌ای برخلاف فرانسه ندارند؛ جز اینکه تصمیمات و احکام با توصیف واقعیات پرونده شروع می‌شود و در ادامه مراحل رویه‌ای/آیینی، اظهارات طرفین و نیز استدلال حقوقی ارائه و در نهایت حکم نهایی صادر می‌شود. به طور کل، تقریر آرای قضایی در بریتانیا طولانی‌تر از هر کشوری در جهان است؛ زیرا تعداد پرونده‌های قضایی بسیار اندک است. به طور سنتی، قاضیان یکی از وظایف خود را سخنرانی برای وکیلان و حقوقدان‌های جوانی می‌دانند که در جلسات دادگاه حضور می‌یابند. بدین‌سان، قاضیان همه‌چیز را به تفصیل توضیح می‌دهند و همه مسائل را به نسل آینده قاضیان و حقوقدان‌ها منتقل می‌کنند. به هر روی، زبان استدلال در بریتانیا، بسیار کمتر از فرانسه یا اتریش یا آلمان، فنی و تکنیکال است، و سبک استدلال تاحدودی گفتگویی/گفتمانی است. همچنین، رسیدگی به پرونده‌ها فقط راه‌حل‌های موردی و موقت‌اند و هیچ نظام مفهومی پیچیده آینده‌نگری قرار نیست از دل پرونده‌ها بیرون بیاید.^۱

نتیجه‌گیری

مؤلفه‌های استدلال اساسی همان مؤلفه‌هایی است که در استدلال حقوقی وجود دارد؛ تنها با این تفاوت «نهادی» که مرجع «استدلال/خردورزی حقوقی» در استدلال اساسی، نه دادگاه‌های عادی که دادگاه‌های قانون اساسی‌اند و وظیفه استدلال‌ورزی در این دادگاه‌ها بر دوش دادرسان اساسی است. استدلال اساسی علاوه بر اینکه زیر تأثیر آموزه‌های استدلال حقوقی است، خود نیز نوعی عمل تفسیری است؛ تفسیر متن قانون اساسی که دادرسان اساسی می‌کوشد از جانب‌داری‌های حزبی و ایدئولوژیک و شخصی فاصله بگیرد و تفسیری عقلانی و خردمندانه از متن قانون اساسی به دست دهد. دادرسان اساسی دادگاه‌های قانون اساسی در نظام‌های حقوقی پیشرو، عموماً کوشیده‌اند با توجه به بافت اجتماعی، سیاسی یا تاریخی کشورشان و همچنین با برگرفتن الگوهای استدلالی دادگاه‌های قانون اساسی سایر نظام‌های حقوقی، انسدادها را مرتفع و خلأهای قانون اساسی را، ضمن وفاداری به متن قانون اساسی، درخصوص مسائل روزآمدی که سال‌ها پس از تصویب قانون اساسی سر برآورده‌اند، به شیوه‌ای عقلانی و خردمندانه حل و فصل کنند. البته روش‌های استدلال اساسی در میان دادگاه‌های قانون اساسی متفاوت است. پاره‌ای از آنها معنای رایجی که در زمان تصویب قانون اساسی مرسوم و مدنظر بوده را ملاک استدلال حقوقی‌شان قرار می‌دهند. پاره‌ای دیگر برای حل معضلات قانون اساسی، به اصول حقوقی و فراحقوقی، همچون اصول کلی حقوقی و اصول اخلاقی، متوسل می‌شوند. برخی دیگر نیز وفادار به استدلال‌های نظام‌مندند؛ استدلال‌هایی که بر این پیش‌فرض مبتنی‌اند که حقوق همچون یک کل، نظامی سازوار و یکپارچه است؛ از این رو قانون اساسی هم متنی است به هم پیوسته و یک ماده/اصل از آن را باید هماهنگ و همسو با سایر اصول همین سند تفسیر کرد. یا برای مثال، استدلال اساسی در اروپا، کم‌وبیش، میان قطعیت حقوقی و خودسری تمایز قائل است. در اروپا، تصمیمات قضایی دادرسان اساسی باید: ۱- از منظر حقوقی پذیرفتنی و قابل قبول باشند؛ ۲- در عین حال باید صحیح و نتیجه‌بخش^۲ باشند؛ ۳- در نتیجه، از منظر دیدگاه‌های غیرحقوقی/فراحقوقی، همچون دیدگاه‌های اخلاقی، سیاسی یا اقتصادی هم مورد پذیرش باشند. به هر روی، شیوه‌ها و الگوهای مختلفی از استدلال در دادگاه‌های قانون اساسی کاربرد دارد که در این مختصر به آنها اشاره شد. علاوه بر این‌ها، نباید از این نکته مهم غافل شد که «استدلال‌های حقوقی» دادرسان اساسی، نقشی مشروعیت‌بخش برایشان به ارمغان خواهد آورد؛ چرا که قاضیان و دادرسان اساسی عموماً مقام‌هایی

^۱. Jakab, et. al. Op. Cit., 2013, PP 1270.

^۲. Sound

انتصابی‌اند و از منظر مؤلفه‌های دموکراسی، همواره در معرض نقد عموم‌اند. بدین‌سان، استدلال‌های آنان، به‌شرط اینکه از پشتوانه‌ای منطقی و موجه برخوردار باشد، می‌تواند تا حد زیادی، آنها را از معرض نقد عموم برهاند و از منظر عمل‌گرایانه نیز چالش‌های برآمده از قانون اساسی، به‌واسطه استدلال‌های عقلانی و خردمندانه‌شان می‌تواند به سود خواسته‌های اکثریت سوق پیدا کند و از این‌رو نیز به مشروعیت خود در نگاه اکثریت خواهند افزود.

منابع

کتاب

۱. جعفری‌تبار، حسن، *دیو در شیشه؛ در فلسفه رویه قضایی (ویراست دوم)*، تهران: نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۲. جعفری‌تبار، حسن، *منطق حیرانی؛ در باب استدلال حقوقی*، تهران: فرهنگ نشر نو، چاپ دوم، ۱۴۰۰.
۳. رالز، جان، *لیبرالیسم سیاسی*، ترجمه موسی اکرمی، تهران: ثالث، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۴. الشریف، محمدمهدی، *منطق حقوق؛ پژوهشی در منطق حاکم بر تفسیر و استدلال حقوقی*، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۵. فاوورو، لویی، *دادگاه‌های قانون اساسی*، ترجمه علی‌اکبر گرجی‌ازندریانی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۶. مرمور، آندره، *تفسیر و نظریه حقوقی*، ترجمه مهسا شعبانی و محمد حسن جعفری، تهران: مجد، ۱۳۹۰.
۷. وکس، ریموند، *حقوق: درآمدی مختصر*، ترجمه سید محمد حسینی و محمد نجفی‌کلیانی، تهران: نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۴۰۰.

مقاله

۸. هاشمی، سید محمد و غلامحسین مزارعی، «قصدگرایی در تفسیر قانون اساسی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۵، ویژه نامه شماره ۱۰، ۱۳۹۱.

جزوه درسی

۹. هداوند، مهدی، «خردورزی حقوقی»، جزوه درسی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی تهران، ۱۳۹۶.

References

Books

1. Al-Sharif, Mohammad Mahdi, *Logic of Law; A Study in the Logic Governing Legal Interpretation*, Tehran: Sahami Enteshar Company, Third Edition, 2014. (in Persian)
2. Atiyah, Patrick S. and Robert S. Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Oxford: Clarendon Press, 1987.
3. Barak, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, 2005.
4. Brest, Paul et. al. *Processes Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials*, Wolters Kluwer, 2006.
5. Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, London: Fontana Press, 1986.
6. Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.
7. Eisenberg, Melvin A. *The Nature of the Common Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1988.

8. Favreau, Louis, *Constitutional Courts*, Translated by: Ali Akbar Gorji Azandariani, Tehran: Mizan, First Edition, 2009. (in Persian)
9. Gillespie, Alisdair. *The English Legal System*, Oxford University Press, 2007.
10. Goodrich, Peter. *Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, Palgrave Macmillan, 1987.
11. Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, with a postscript edited by P. A. Bulloch and J. Raz, Oxford: Clarendon Press, Second Edition, 1994.
12. Hogg, Peter W. *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, In: Goldworthy, Jeffery (ed.), *International Constitutional: A Comparative Study*, Oxford University Press, 2006.
13. Ja'fari Tabar, Hassan, *Astonishing logic; On Legal Reasoning*, Tehran: New Publishing Culture, Second Edition, 2021. (in Persian)
14. Ja'fari Tabar, Hassan, *Demon in the Glass; In the Philosophy of Judicial Proceeding (Second Edition Version)*, Tehran: Contemporary View, First Edition, 2017. (in Persian)
15. Jakab, András et. al. *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press, 2017.
16. Marmor, Andre, *Interpretation and Legal Theory*, Translated by: Mahsa Sha'bani and Mohammad Hassan Ja'fari, Tehran, Majd, 2011. (in Persian)
17. Murphy, Walter F. et. al. *American Constitutional Interpretation*, Foundation Press, 2003.
18. Rawls, John, *Political Liberalism*, Translated by: Mousa Akrami, Tehran: Sales, First Edition, 2013. (in Persian)
19. Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press, 1994.
20. Tushnet, Mark. *The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism*, In: Goldworthy, Jeffery (ed.), *International Constitutional: A Comparative Study*, Oxford University Press, 2006.
21. Wax, Raymond, *Law: A Brief Introduction*, Translated by: Sayyed Mohammad Hosseini and Mohammad Najafi Keliani, Tehran: Contemporary View, First Edition, 2021. (in Persian)

Articles

22. Davis, Dennis M. "Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: The South African Experience", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 1, Issue 2, 2003, pp: 181-195.
23. Dickson, Julie. "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning, Stanford Encyclopedia of Philosophy", 2010. Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-interpret>
24. Dyevre, Arthur and András Jakab. "Foreword: Understanding Constitutional Reasoning", *German Law Journal*, Volume 14, Issue 8, 2013. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2227104
25. Fabbrini, Federico. "Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of a Posteriori Constitutional Review of Legislation", *German Law Journal*, Volume 9, Issue 10, 2008, pp: 1297-1312.
26. Greenberg, Mark. "Legal Interpretation", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021. Available at: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-interpretation/>
27. Hart, H. L. A. "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, Volume 71, Issue 04, 1958, pp: 593-629.
28. Hashemi, Sayyed Mohammad and Gholam Hossein Mazare'ei, "Intentionalism in the Interpretation of the Constitution", *Legal Research Quarterly*, Volume 15, Special Issue 10, 2012. (in Persian)
29. Jackson, Vicki C. "Holistic Interpretation: Fitzpatrick v. Blitzer and Our Bifurcated Constitution", *Stanford Law Review*, Volume 53, Issue 5, 2001, pp: 1259-1310.

30. Jakab, András. "Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective", *German Law Journal*, Volume 14, Issue 8, 2013, pp: 1215-1275.
31. Jakab, András. "Surviving Socialist Legal Concepts and Methods", In: Jakab, András et. al. (ed.), *The Transformation of the Hungarian Legal Order 1985-2005*, Kluwer Law International, 2007, pp: 606-619.
32. Jakab, András. "Two Opposing Paradigms of Continental European Constitutional Thinking: Austria and Germany", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 58, Issue 4, 2009, pp: 933-955.
33. Kelemen, Katalin. "Constitutional Reasoning: A Flourishing Field of Research in Comparative Law", *International Journal of Constitutional Law*, Volume 17, Issue 4, 2019, PP 1336-1344.
34. Lenman, Jame. "Reasons for Action: Justification Vs. Explanation", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011.
35. Raz, Joseph. "On the Nature of Law", *Archive fur Rechts und Sozialphilosophie*, Volume 82, Issue 1, 1996, pp: 1-25.
36. Raz, Joseph. "Why Interpret?", *Ratio Juris*, Volume 9, Issue 4, 1996, pp: 349-363.
37. Scalia, Antonin, "A Theory of Constitution Interpretation", *Lecture by Justice Antonin Scalia at The Catholic University of America Washington DC*, 18/10/1996. Available at: www.joink.com/homes/useres/ninoville/cua/0-18-96.asp
38. Wells, Michael. "French and American Judicial Opinions," *Yale Journal of International Law*, Volume 19, Issue 1, 1994, pp: 81-133. Available at: https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/244/

Textbook

39. Hadavand, Mahdi, "Legal Rationality", Master of Public Law Textbook, Faculty of Law and Political Science, *Tehran University of Allameh Tabataba'ei*, 2017. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Legal Role of Environmental Tax in Iran

Saeedreza Abadi¹, Mojtaba Ghasemi², Mohsen Izadgashb³ 

ABSTRACT

Appropriate policy making to prevent environmental degradation is considered a necessity. For this purpose, most countries have identified the tax base of the environment in order to achieve a healthy environment. In recent years, tax laws have played an important role in controlling pollution by changing and regulating behavioral rules. But in Iran, despite the approval of laws in the field of environment, the category of environmental tax has not been paid much attention, and scattered and uncoordinated laws in this area are visible. The concept of regulation in advanced countries has changed from command and control mode to participatory mode, so that in modern governance, governments are no longer the only law makers, and the laws are out of the rigid state, which this view has created a lot of potential in various fields, including tax rights and its positive impact on environmental protection and sustainable development. Therefore, from the perspective of the pathology, tax laws in Iran should benefit greatly from the new mechanism, that is "reactive regulation" and while emphasizing the developments of the fundamental concept of governance with an innovative and dynamic perspective, by creating a platform for new rules of the game, on the one hand, the circle of regulatory influence should be expanded, and on the other hand, the preservation of the environment should be helped by using motivational tools. The purpose of this article is to create this new perspective and replace it with the traditional perspective of regulation in the legal impact of environmental tax in Iran.

KeyWords: Sustainable Development, Environmental Taxation, Tax Laws, Reactive Regulation.

How to Cite: Abadi, Saeedreza, Ghasemi, Mojtaba, Izadgashb, Mohsen, "Legal Role of Environmental Tax in Iran ", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:57-74.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.228711.2310>

Received: 11/09/2022-Accepted: 18/06/2023

1. Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

3. PhD, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: izadgashb63@gmail.com



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



نقش حقوقی مالیات بر محیط زیست در ایران

سعیدرضا ابدی^۱، مجتبی قاسمی^۲، محسن ایزدگش^۳

چکیده

سیاست‌گذاری مناسب برای جلوگیری از تخریب محیط زیست به‌عنوان ضرورت تلقی می‌شود. به همین منظور، اکثر کشورها به‌منظور دستیابی به محیط زیست سالم، اقدام به شناسایی پایه مالیاتی محیط زیست کرده‌اند. در سالیان اخیر، حقوق مالیاتی نقش مهمی در کنترل آلودگی با تغییر و تنظیم قواعد رفتاری داشته است. اما در ایران علی‌رغم تصویب قوانین در حوزه محیط زیست توجه شایانی به مقوله مالیات محیط زیست نشده است و قوانین پراکنده و ناهماهنگ در این حوزه به چشم می‌خورد. مفهوم تنظیم‌گری در کشورهای پیشرفته از حالت دستور و کنترل به حالت مشارکتی تغییر کرده است؛ بدین نحو که در حکمرانی نوین دیگر دولت‌ها تنها تنظیم‌کنندگان قواعد نیستند و قوانین از حالت متصلب خارج شده‌اند که این نگاه خود باعث ایجاد پتانسیل‌های زیادی در حوزه‌های مختلف از جمله حقوق مالیاتی و تأثیر مثبت آن بر حفظ محیط زیست سالم و توسعه پایدار شده است. از این‌رو، از نگاه آسیب‌شناسی قوانین مالیاتی در ایران باید از سازوکار نو یعنی «تنظیم‌گری واکنشی» مدد شایانی به دست آورد و ضمن تأکید بر تحولات مفهوم بنیادین حکمرانی با نگاه نوآورانه و پویا با ایجاد بستر قواعد جدید بازی از یک‌سو دایره نفوذ تنظیم‌گری را گسترش داد و از سوی دیگر با استفاده از ابزارهای انگیزشی به حفظ محیط زیست کمک کرد. هدف این مقاله در راستای ایجاد این نگاه تازه و جایگزینی آن با دیدگاه سنتی تنظیم‌گری، در تأثیرگذاری حقوقی مالیات بر محیط زیست در ایران است.

کلید واژگان: توسعه پایدار، مالیات محیط زیست، قوانین مالیاتی، تنظیم‌گری واکنشی.

استناد به این مقاله: ابدی، سعیدرضا، قاسمی، مجتبی، ایزدگش، محسن، «نقش حقوقی مالیات بر محیط زیست در ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۷۴-۵۷.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.228711.2310>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۲۸

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
 ۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
 ۳. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
- /ایمیل نویسنده مسئول: izadgashb63@gmail.com



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

با توجه به اینکه هدف اصلی بسیاری از سیاست‌های اقتصادی، دستیابی به سطح رشد اقتصادی است، مخاطرات آلودگی‌های زیست‌محیطی ناشی از فعالیت‌های اقتصادی به موضوع مهم و چالش‌برانگیزی تبدیل شده است. در واقع سرعت بهره‌برداری و برداشت‌های بی‌رویه از منابع محیط زیست آثار غیرقابل جبرانی را بر جای گذاشته است. به همین منظور، طرح مسئله و روش‌های حفاظت از محیط زیست به صورت جامع، در خصوص توسعه در بستر حقوق بشر از موارد مهم در بیانیه استکهلم است^۱ که به موجب اصل نخست آن: «انسان باید از حقوق بنیادین برای داشتن آزادی، برابری و شرایط مناسب زندگی در محیطی که به او اجازه زندگی با حیثیت و سعادتمندانه را بدهد، برخوردار باشد. انسان مسئول حفاظت و بهبود محیط زیست برای نسل‌های حاضر و آینده است»^۲. در کنفرانس ریو در سال ۱۹۹۲، مشخص شد توسعه پایدار در گروهی حفاظت از محیط زیست و حمایت از حقوق بشر به عنوان مجموعه‌ای تفکیک‌ناپذیر است.^۳ سازمان ملل متحد نیز در سال ۲۰۱۵ اهداف هفده‌گانه‌ای را مشخص کرد که محیط زیست سالم از مبانی اولیه آن اهداف تلقی می‌شود. در این راستا حکومت‌ها با شناسایی پایه مالیات محیط زیست سعی در تأثیرگذاری بر اهداف زیست‌محیطی توسعه پایدار داشته‌اند. اما در شکل آغازین، مالیات محیط زیست ناظر بر آن است که آلوده‌کننده محیط زیست، در مفهوم وسیع کلمه باید هزینه ناشی از آلودگی را جبران کند و تشخیص آلودگی پیچیده‌تر از آن است که در نگاه اولیه به نظر می‌رسد. لازمه تنظیم قوانین مالیاتی، ایجاد مسئولیت برای آلوده‌کنندگان و تشخیص موارد آلودگی است. بنابراین، اگرچه تعریف مالیات محیط زیست ساده به نظر می‌رسد، تعیین چهارچوب آن دارای مشکلاتی است. مشکل اساسی در تعریف حقوقی مالیات محیط زیست، در وهله اول تعیین شخص آلوده‌کننده است. مثلاً در حوزه بهره‌برداری نفت و گاز، مشخص کردن اینکه آلوده‌کننده یا آلوده‌کنندگان هوای شهر عسلویه چه اشخاصی‌اند بسیار پیچیده است. اینکه آیا استفاده‌کنندگان از محصولات باعث آلودگی‌اند یا شرکت‌های تولیدی یا فروشندگان محصولات؟ در وهله دوم گستره مفهوم آلودگی در وضع مالیات محیط زیست مبهم است. لذا تعیین میزان آلودگی به صورت مستقیم و غیرمستقیم در اسناد قانونی، به صورت دقیق مشخص نیست. به همین دلیل، قطعیت در دریافت مالیات محیط زیست نیز وجود ندارد. در ایران، در حوزه آلودگی قوانین و مقررات خوبی تنظیم شده است؛ اما علی‌رغم تصویب قوانین زیست‌محیطی، جایگاه ایران طبق محاسبات مجمع جهانی اقتصاد^۴ در میان ۱۴۲ کشور، به عنوان نمونه از نظر آلودگی هوا رتبه ۱۱۹ را دارد.^۵ در حقیقت با افزایش آلودگی مواجهیم که این امر مؤید عدم مسئولیت‌پذیری آلوده‌کنندگان، عدم هماهنگی قوانین با نیازها و موضوعات مبتلا به جامعه و به عبارتی نقصان و خلأ قوانین در پاسخ به موضوعات و مشکلات است. یک رویکرد جدید برای حل این مسائل تغییر نگرش در نحوه تنظیم‌گری است؛ بدین نحو که تنظیم‌گری به شیوه سنتی آن با فرایند دستور و کنترل به سمت تنظیم‌گری واکنشی و مشارکت هدایت گردد. مهم‌ترین هدف برای رهایی از این مشکلات در حوزه محیط زیست این است که مالیات محیط زیست چگونه طراحی و وضع شود تا تناقضات بین رفتار تولیدکنندگان و قانون‌گذاران برطرف شود. در چنین وضعیتی نقش و جایگاه

^۱ Barral, Virginie. "Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evaluative Legal Norm", *The European Journal of International Law*, Volume 23, Issue 2, 2012, P 179.

^۲ برای مشاهده ترجمه کامل متن اعلامیه استکهلم، نک. امیرارجمند، اردشیر، «حفاظت از محیط زیست و همبستگی بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱، شماره ۱۵، ۱۳۷۳، صص ۴۲۵-۴۲۱.

^۳ برای مشاهده ترجمه کامل متن اعلامیه ریو نک: همان، صص ۴۳۶-۴۳۰.

^۴ World Economic Forum

^۵ اسدی، مرتضی، «هزینه خسارت آلودگی هوا و ضرورت اجرای مالیات سبز»، پژوهشنامه مالیات، دوره ۱۶، شماره ۳، ۱۳۸۷، ص ۲۰۱.

تنظیم‌گری واکنشی به مثابه چراغ راهنمای روشن‌گر محسوب می‌گردد. نقشی را که تنظیم‌گری واکنشی انجام می‌دهد، می‌توان به قرار ذیل دسته‌بندی کرد: اولاً در طرح، ایجاد و گسترش قوانین لازم‌نقش ویژه‌ای داشته باشد؛ ثانیاً در به‌روز کردن قوانین و مقررات همگام با اهداف توسعه پایدار مؤثر باشد؛ ثالثاً در تشخیص آلودگی‌ها و استانداردسازی فعالیت‌ها و رفتارها تأثیر دارد.

مقاله حاضر درصدد است با رویکرد توصیفی-تحلیلی، در قسمت اول و دوم به مفهوم مالیات محیط زیست و فوائد آن بپردازد و در قسمت سوم با رویکرد تحلیلی، برخی حوزه‌های قوانین و مقررات مالیات محیط زیست را در ایران بررسی کند. در قسمت چهارم با معرفی مدل تنظیم‌گری واکنشی، به ارائه این مدل به‌عنوان ایده برای استفاده حکمرانان بپردازد. پرسش اصلی این است که جایگاه مالیات محیط زیست در قوانین و مقررات ایران چگونه است؟ برای کارایی بیشتر قوانین مالیاتی بر محیط زیست چه راهکاری پیشنهاد می‌شود؟ در وهله اول آنچه به‌عنوان فرضیه به ذهن متبادر می‌شود، ای است که قوانین در ایران در برخی حوزه‌های محدود صرفاً جنبه دریافت خسارت از آلوده‌کنندگان را در نظر گرفته‌اند و به حوزه‌های مختلف مالیات محیط زیست توجه نکرده‌اند. چهارچوب حقوقی مقرر در این زمینه، قانون اساسی، قانون برنامه توسعه، قوانین مالیات‌های مستقیم و مالیات بر ارزش افزوده است که مشتمل بر دسته معینی از مالیات‌های محیط زیستی و معافیت برای برخی حوزه‌ها من جمله کشاورزی است. به‌منظور کارایی بیشتر مالیات بر محیط زیست، کشورهای توسعه‌یافته از نظام تنظیم‌گری واکنشی^۱ بهره برده و به موفقیت‌های چشمگیری دست یافته‌اند.

بررسی مطالعات قبلی نشان می‌دهد که به بررسی نقش حقوقی مالیات بر محیط زیست در ایران از لحاظ حقوقی به‌صورت محدود پرداخته شده است و اکثراً اقتصاددانان با مدل‌های اقتصادی به بررسی آثار این موضوع به‌صورت نمونه‌ای پرداخته‌اند.

ریحانه عامری و اشرف السادات میری (۱۳۹۴) به بررسی مالیات محیط زیست با تأکید بر وضع مالیات سبز در حفظ حقوق محیط زیست در ایران پرداخته‌اند. در این مقاله نویسندگان به این نتیجه رسیده‌اند که با توجه به اهمیت حفظ محیط زیست و هزینه‌های فراوان خارجی حاصل از تخریب محیط زیست و اهمیت آن در توسعه پایدار، مالیات‌های سبز ابزار مناسبی برای جبران هزینه‌های خارجی خسارت ناشی از آلودگی فراهم می‌کند.

علی سلیمی (۱۳۹۶) نیز به نقش حمایت‌های مالیاتی در تحقق حقوق زیست‌محیطی شهروندی پرداخته است. در این مقاله نویسنده به این نتیجه رسیده است که حقوق شهروندی از دیدگاه محیط زیست را نمی‌توان محدود به مرز کرد؛ زیرا محیط زیست مرزها را درمی‌نوردد. کشور ایران با طراحی و اجرای مالیات‌های زیست‌محیطی می‌تواند به‌عنوان یکی از پایه‌های مالیاتی در کشورهای منطقه تبدیل شود.

۱. مالیات محیط زیست

مالیات‌های محیط زیست در خصوص آلاینده‌های محیط زیست به کار می‌روند. منظور از آلاینده‌های محیط زیست عبارت است از پخش یا آمیختن مواد مخروجه‌ای کارخانجات یا ادوات در حیطه فعالیت‌های دامداران و کشاورزان و صاحبان صنایع به آب، هوا یا خاک یا زمین به میزانی که کیفیت در رنگ، بو و مزه آب و سیستم بیولوژیک آن را تغییر دهد و منجر به ضرر و خسارت به محیط شود.^۲

^۱ Reactive regulation.

^۲ ماده ۹ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست.

بیش از سی سال است که در راستای اصلاح نظام مالیاتی کشورهای توسعه یافته این پایه مالیاتی وضع شده است.^۱ مالیات‌ها به طور کلی عدم کارایی ایجاد می‌کنند. یک معیار انتخاب مالیات بهتر براساس حداقل عدم کارایی ایجاد شده است، ولی به دلیل اینکه مالیات محیط زیست از انتشارکننده آلودگی (که موجب کاهش مطلوبیت دیگران شده) اخذ می‌شود، برخلاف انواع دیگر مالیات‌ها عدم کارایی نکرده، فلذا از شرایط مناسبی برای جایگزینی سایر پایه‌های مالیاتی برخوردار است.^۲

مالیات محیط زیست از دو منظر ارائه می‌شود: به این صورت که ابتدا در راستای مفهوم مسئولیت مبتنی بر خطر بوده و در آن عاملان آلودگی متحمل هزینه رفع آلودگی و جبران خسارتی می‌شوند که متضمن وجود یک رژیم مسئولیت مدنی عینی است.^۳ از منظر دیگر، اینکه در مبحث مالیات محیط زیست، گاهی آلوده‌کننده باید هزینه ناشی از پیشگیری و رفع آلودگی را پیش از ایجاد آلودگی بپردازد، به همین دلیل حوزه شمول مالیات محیط زیست بیش از اصل جبران خسارات است؛ زیرا در این اصل بعد از ورود خسارت می‌توان خسارت دریافت کرد؛ در صورتی که در مالیات محیط زیست و جنبه پیشگیرانه آن، بعضاً قبل از ورود خسارت مالیات بر اساس ارزیابی‌های از قبل تعیین شده هزینه دریافت می‌شود. مالیات‌های زیست‌محیطی به دو نوع مالیات بر انتشار آلاینده‌ها (مالیات پیگویی یا مالیات مستقیم) و مالیات بر نهاده‌های تولیدی یا مصرفی (غیرمستقیم) تقسیم می‌شوند. البته یک‌سری عوارض زیست‌محیطی نیز دریافت می‌شود که با توجه به هدف اولیه، این نوع پایه مالیاتی را می‌توان جزو مالیات‌های غیرمستقیم دانست. در این بین، مالیات پیگو بیشترین تأثیر را از نظر کارایی دارد.^۴

طیف وسیعی از مالیات‌های محیط زیستی وجود دارد که شامل مالیات بر آلودگی آب، مالیات بر آفت‌کش‌ها و کودهای مصنوعی، مالیات بر مواد مخرب لایه اوزن، مالیات بر لاستیک ماشین، مالیات بر نوشیدنی‌ها، مالیات بر پسماندها، مالیات بر کیسه‌های پلاستیکی، مالیات بر استخراج آب‌های زیرزمینی و غیره است.^۵

۲. اهداف مالیات محیط زیست

مالیات محیط زیست دارای اهداف اقتصادی و حقوقی زیر است:

۲.۱. درونی نمودن هزینه‌های جانبی^۶

مقوله آثار جانبی در دهه پایانی قرن نوزدهم در مکتب نفوکلاسیک توسط آلفرد مارشال وارد مباحث اقتصادی شد و توسط افراد دیگری نظیر آلفرد پیگو توسعه پیدا کرد.^۷ یکی از اهداف مالیات محیط زیست، درونی نمودن هزینه‌ها و حذف آثار جانبی منفی از چرخه تولید یا مصرف است.

۱. ابراهیمیان، محمد تقی، «مالیات سبز»، *اولین کنفرانس بین‌المللی مهندسی صنایع، مدیریت و حسابداری*، تهران، ۱۳۹۴، ص ۳.

۲. پژویان، جمشید و نارسیس امین رشتی، «مالیات‌های سبز با تأکید بر مصرف بنزین»، *پژوهشنامه اقتصادی*، دوره ۷، شماره ۱، ۱۳۸۶، ص ۲۵.

۳. Birnie, Patricia, Alan Boyle and Catherine Redgwell. *International Law and the Environment*, Oxford University Press, 2000, PP 92-93.

۴. پایتختی اسکویی، محمدرضا، سید مهدی ناهیدی، «مالیات سبز و مالیات پیگویی، چرایی و چگونگی»، *فصلنامه مدیریت صنعتی*، سال ۵، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۰، ص ۳.

۵. Ibid. P 3.

۶. Internalizing of Externality

۷. Faure, Michael and Nicola Niesson. *Environmental Law in Development, United States: Edward Elgar Publishing*, First Edition, 2006, P 26.

۲.۲. تغییر رفتار آلوده‌کنندگان براساس قاعده لاضرر

یکی از اهداف مالیات‌های محیط زیست، جلوگیری یا کاهش میزان استفاده یا مصرف مواد و فعالیت‌های مضر یا جلوگیری از تقلیل یک منبع آلوده است. بنابراین دریافت مالیات از صنایع آلوده‌کننده منجر به تغییر رفتار آلوده‌کنندگان و تغییر در فناوری و اصلاح فرایند تولید آنها می‌شود. براساس قاعده لاضرر، هیچ شخصی نمی‌تواند برای به دست آوردن منفعت به دیگری خسارت وارد کند. آلوده‌کنندگان برای به دست آوردن منفعت بیشتر اقدام به ایجاد آلودگی می‌کنند که مالیات محیط زیست به‌عنوان یک هزینه از آنها دریافت می‌شود. بنابراین مالیات بر مقدار آلودگی، منافع شخص آلوده‌گر را تحت تأثیر قرار می‌دهد. واکنش طبیعی در حفظ منافع شخصی، فرد خطاکار را وادار می‌کند که به دنبال راه‌های کاهش مالیات و کاهش هزینه‌ای باشد که به سایر افراد جامعه تحمیل می‌کند و در نتیجه پرداختن به اقداماتی که تخریب کمتر محیط زیست و ایجاد آلودگی را به دنبال داشته باشد.^۱

۲.۳. کاهش نابرابری بر اساس عدالت اجتماعی

مالیات محیط زیست باعث بازتوزیع ثروت در جامعه می‌شود. در هر جامعه‌ای با توجه به استفاده از امکانات و بهره‌برداری از فرصت‌ها افراد درآمدهای متفاوتی دارند و این باعث شده است که فاصله طبقاتی ایجاد شود. برای کاهش نابرابری‌ها و کم کردن این فاصله، دولت‌ها از مالیات استفاده می‌کنند. در عمل هر سیستم مالیاتی که از مالیات‌دهنده‌ها میزان متفاوتی مالیات دریافت می‌کند، دارای توزیع دوباره است. این توزیع ممکن است به‌وسیله نابرابری در گرفتن مقدار مالیات یا در خرج درآمد حاصله از مالیات یا هر دو باشد.^۲

۲.۴. کسب درآمد برای دولت

مالیات محیط زیست به‌عنوان یک درآمد مطمئن برای دولت محسوب می‌شود. در واقع مالیات‌های محیط زیست نه تنها آثار خارجی را اصلاح می‌کنند، بلکه درآمدها را نیز افزایش می‌دهند؛ بنابراین از این نظر مزیت محسوب می‌شوند.^۳

۳. بررسی مالیات محیط زیست در ایران

براساس اصل ۵۱ قانون اساسی، وضع هرگونه معافیت، بخشودگی و تخفیف باید براساس قانون صورت گیرد. در این زمینه، قانون مالیات‌های مستقیم و قانون مالیات بر ارزش افزوده، موارد مالیات و معافیت را مشخص کرده‌اند. در این بخش، با توجه به گستردگی بحث مالیات محیط زیست، در سه حوزه به بررسی آن می‌پردازیم.

۳.۱. حوزه مالیات بر کشاورزی

ازجمله مواردی که در راستای تحقق درآمدهای مالیاتی ذکر می‌شود، دریافت مالیات از فعالیت‌های کشاورزی است.^۴

^۱ یزدان پناه، هدی، «کارکردهای اصل پرداخت توسط آلوده‌ساز در حقوق محیط زیست»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰، ص ۳۶.

^۲ F Williams, David, "Taxation and the environment". A discussion paper, KPMG Tax business school, UK, March 2008, p.13.

^۳ پژوهان، جمشید، «اثر اعمال مالیات سبز بر توزیع درآمد (مطالعه موردی کشورهای منتخب OECD)»، پژوهشنامه مالیات، دوره ۲۸، شماره ۴۷، ۱۳۹۹، ص ۳۶.

^۴ پژوهان، جمشید و باقر درویشی، «اصلاحات ساختاری در نظام مالیاتی ایران»، پژوهشنامه مالیات، دوره ۱۸، شماره ۸، ۱۳۸۹، صص ۹-۴۷.

آلودگی مربوط به آفت‌کش‌ها و سموم از مباحث پراهمیت است؛ در بند «ب» ماده ۶۱ قانون برنامه چهارم توسعه به مقوله جلوگیری از افزایش بی‌رویه مصرف سموم دفع آفات نباتی و کودهای شیمیایی پرداخته شده است.

در ماده ۸۱ قانون مالیات‌های مستقیم^۱، درآمد حاصل از کلیه فعالیت‌های کشاورزی، دامپروری، دامداری، پرورش ماهی، زنبور عسل و پرندگان، صیادی و ماهیگیری، نوغان‌داری، احیای مراتع و جنگل‌ها، باغات اشجار از هر قبیل و نخیلات از پرداخت مالیات معاف شده‌اند.

از موارد دیگر در این حوزه ماده ۱۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب سال ۱۳۸۷ است که به‌صراحت عرضه کود و سم را نیز از پرداخت مالیات معاف دانسته‌اند.

از سوی دیگر، قانون‌گذار در ایران برای حفظ سلامت و امنیت غذایی به موجب ماده ۷ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، واردات و توزیع، عرضه و فروش محصولات کشاورزی آلاینده را جرم تلقی کرده و مسئولیت اجرا در خصوص سموم و کود کشاورزی را به‌عهده وزارت جهاد کشاورزی گذاشته است که مؤید اهمیت آلاینده‌ها برای حکومت است. مواد دیگری نیز در راستای حمایت از بخش کشاورزی تصویب شده است که می‌توان از ماده ۱۳۳ و ۱۴۱ قانون مالیات‌های مستقیم نام برد.

آلودگی‌های ایجاد شده در زمین، آب و هوا به‌دلیل کشاورزی غیراستاندارد امری بدیهی است و تعیین میزان تقصیر آلوده‌کنندگان در این حوزه و میزان دقیق آلودگی نیز دارای اهمیت است. البته هر شخصی که از آلودگی ناشی از استفاده سموم منتفع شود، طبعاً باید هزینه آلودگی را طبق اصل انصاف بپردازد. بر مبنای قاعده فقهی «کل من له الغنم فعلیه الغرم» نیز هرکس سود چیزی را می‌برد، باید خسارت زیان وارده را نیز بپردازد. تنظیم مالیات بر آلودگی ایجاد شده و دریافت آن از فعالان، که صرفاً سود را سرلوحه خود قرار می‌دهند، امری اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد. در این صورت، کشاورز، فروشنده و مصرف‌کننده کالای کشاورزی و تولیدکننده و فروشنده سموم در فرایند پیچیده حقوقی، اقتصادی و معرفتی وارد می‌شوند و در بخشی از ترمیم و اصلاح محیط زیست مشارکت داده می‌شوند. نکته قابل توجه در قوانین مذکور در این حوزه، صرفاً توجه به حمایت از تولید و ایجاد انگیزه برای فعالان است که فقط از یک منظر به موضوع توجه کرده‌اند. معافیت‌های مالیاتی به این صورت، گاهی در تضاد با اهداف مالیات محیط زیست است. بیشتر کشورهای پیشرفته با همکاری صنف‌های فعال و مشارکت کنشگران در این خصوص، در تصویب قوانین تشویقی و در نهایت مجازات کوشیده‌اند. به عنوان مثال، در سال ۱۹۷۹ فنلاند مالیات بر کود شیمیایی را با هدف ایجاد درآمد برای تأمین یارانه صدور مازاد تولید محصولات کشاورزی مطرح کرد. در سال ۱۹۸۹، کمیسیون از وزارت محیط زیست فنلاند، که به‌منظور بررسی توان بالقوه استفاده انگیزه‌های بازاری برای کنترل آلودگی تشکیل شده بود، پیشنهاد کرد که مالیات کود شیمیایی به‌گونه‌ای تعیین شود که از آلودگی آب‌ها، ناشی از کودهای شیمیایی حاوی فسفر و ازت، جلوگیری کند. این مالیات باعث جلوگیری از آلودگی آب‌ها ناشی از کودهای شیمیایی حاوی فسفر و ازت شد. از آنجا که این مواد باعث مغذی شدن آب‌ها و رشد جلبک‌ها و در نهایت از بین رفتن جانوران و آلودگی آب‌ها می‌شود، تعیین مالیات می‌تواند روش مناسبی در کاهش استفاده از این کودها و جایگزین کردن آنها داشته باشد.^۲

البته قانون‌گذار در ماده ۶۰ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور طرح مطالعات جامع ضایعات کشاورزی را تصویب

۱. قانون مالیات‌های مستقیم (با اصلاحات ۱۳۹۴/۰۴/۳۱).

۲. کولا، ارهان، *اقتصاد منابع طبیعی، محیط زیست و سیاست‌گذاری‌ها*، ترجمه سیاوش دهقانیان و فرخ دین قرلی، مشهد: دانشگاه فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص ۲۴۲.

کرده است که به عنوان نقطه عطفی در مقابل معافیت‌های مالیاتی محسوب می‌شود. از موارد دیگر در بند ۲ ماده ۲۳ قانون احکام دائمی برنامه‌های کشور، صادرات اقلام خاص اعم از خاک زراعی و مرتعی و... غیرمجاز اعلام شده و در بند «پ» همین ماده سازمان امور مالیاتی موظف شده است که نرخ با مالیات صفر را جایگزین معافیت‌های قانونی کند. تصمیم براساس نرخ مالیات صفر مؤید تشخیص ضرورت تعیین مالیات در این حوزه توسط سیاست‌گذاران است که از این امر می‌تواند به عنوان رویکرد جدیدی در حذف معافیت‌های مالیاتی نام برد. هرچند که در ماده ۹ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰/۰۳/۰۲، که به عنوان قانون مؤخر تلقی می‌شود، قانون‌گذار مجدداً به جنبه حمایتی از محصولات کشاورزی پرداخته و با ذکر نام کالاها، آنها را از پرداخت مالیات معاف دانسته و صرفاً در خصوص واردات برخی از کالاها و محصولات کشاورزی مالیات وضع کرده است.

۳.۲. حوزه مالیات بر خودرو براساس آلاینده‌گی

یکی از چالش‌های عمده در محیط زیست، آلاینده‌گی خودرو است. تعیین مالیات برای خودروها با توجه به میزان درجه آلاینده‌گی و در راستای حفاظت از محیط زیست، موضوعی بسیار مهم در سطح بین‌المللی است؛ به نحوی که در کشورهای توسعه‌یافته، میزان انتشار گاز دی اکسید کربن، به عنوان مهم‌ترین عامل مؤثر در زمینه تعیین مالیات شناخته می‌شود.^۱ این نوع مالیات بر پایه هزینه است و نسبت به هر واحد انتشار آلاینده وضع می‌شود و از طریق افزایش هزینه‌های اجتماعی باعث کاهش سطح تولید آلاینده به مقدار بهینه اجتماعی آن و در نتیجه کاهش سطح آلاینده‌ها می‌شود.^۲

قانون‌گذار در ایران برای بررسی وضعیت فنی خودروها به موجب بند ۵ ماده ۱۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت در خصوص خودروهای فاقد برگ معاینه فنی سیاست‌گذاری کرده است و دلیل آن جلوگیری از آلودگی محیط زیست بالاخص هوا است. در قانون کشور فرانسه، مرجع تفکیک خودروها براساس آلاینده‌گی، استانداردهای یورو است که بر مبنای نقش آنها در کاهش آلودگی جوی استوار شده است.

در ماده ۲۹ قانون مالیات بر ارزش افزوده، عوارض سالانه آلاینده‌گی وسائط نقلیه نیز مشخص شده است. به همین منظور، قانون‌گذار الزام به تعیین و تأیید رتبه انرژی را به عهده سازمان ملی استاندارد گذاشته است که مأخذ محاسبه مالیات و عوارض، قیمت فروش کارخانه در مورد تولیدات داخلی و مجموع ارزش گمرکی و حقوق ورودی برای خودروهای وارداتی است. آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۹ در راستای شرایط و ضوابط اجرایی وسائط نقلیه و عوارض سالانه آلاینده‌گی مشخص شده است که تعیین درجه استاندارد به عهده سازمان استاندارد گذاشته شده است.

در خصوص اخذ مالیات خودروها نیز به موجب ماده ۲۸ قانون مالیات بر ارزش افزوده، مأخذ مالیات برای خودروهای سبک و سنگین و موتور سیکلت، با توجه به رتبه انرژی، که توسط سازمان ملی استاندارد تعیین می‌شود، دریافت می‌گردد و مقرر شده است قبل از شماره‌گذاری وسائط نقلیه، گواهی پرداخت مالیات ارائه شود.

آنچه در تدوین قوانین در حوزه آلاینده‌گی خودروها حائز اهمیت است، تطابق داشتن این قوانین با واقعیات، نیازها و

۱. رحیمی، کامران، پوریا زنگانه رنجبر، هومن آل نوری فروشانی و سعید شرافتی‌پور، «ارائه مدل محاسبه مالیات سالیانه وسائط نقلیه شخصی با رویکرد افزایش درآمدهای پایدار مدیریت شهری»، *فصلنامه اقتصاد و مدیریت شهری*، دوره ۳، شماره ۱۰، ۱۳۹۴، ص ۴.

۲. قادری، شیوا، آزاد خانزادی و محمد شریف کریمی، «ارزیابی و تحلیل اثرات اجرایی شدن سیاست مالیات سبز بر توسعه انرژی‌های تجدیدپذیر در ایران»، *مجله توسعه و سرمایه*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۱۰۶.

معضلات جامعه، همچنین کارآمدی و قابل اجرا بودن آنها در حل مشکلات است. سیاست‌گذاری و تصویب قوانین، نیاز به کارشناسی دقیق و همراهی فعالان در آن حوزه دارد. در ایران با شیوه تنظیم‌گری سنتی اقدام به سیاست‌گذاری و اجرای آن کرده‌اند. از سوی دیگر، ضعف نهادهای نظارتی مانند ساختار اقتصاد رانتی، انحصار دولتی، سیاست‌های حمایتی و صنعتی تبعیض‌آمیز، کنترل قیمت‌ها، نقش مسلط دولت در اقتصاد، تحدید رقابت، عدم شفافیت و هنجار شدن کارهای نامشروع از جمله عواملی‌اند که ایفای نقش نظارتی و حفاظتی دولت در زمینه محیط زیست را در دهه‌های اخیر تضعیف کرده‌اند.^۱ مالیات بر آلودگی خودرو در اکثر کشورها با رویکرد تشویقی در راستای کاهش آلودگی هوا صورت می‌پذیرد. به‌طور مثال، در بند ۲ ماده ۱۲۲۵ قانون محیط زیست فرانسه درباره آلودگی هوا از موارد تشویق مالی صحبت به میان آمده است.^۲ به‌طوری که وسایل نقلیه عمومی که به سیستم‌های کاهش‌دهنده آلاینده‌ها مجهز شوند، دولت بازپرداخت هزینه این تجهیزات را تا حداقل سقف ایمنی نیمی از قیمت تمام‌شده تضمین می‌کند. در ایران یک نوع ضعف در سیستم تشویق مالیاتی وجود دارد. از این‌رو، اعمال سیاست‌های توسعه وسایل نقلیه کم‌مصرف و تشویق مالیاتی خودروسازان به تولید خودروهای با سوخت جایگزین بنزین و گازوئیل مانند خودروهای هیبریدی می‌تواند تأثیر بسیاری در کاهش آلودگی داشته باشد.

از سوی دیگر، هرچند قانون‌گذار به موجب بندهای ۶، ۹ و ۱۲ اصل سوم قانون اساسی به رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه و پی‌ریزی صحیح اقتصاد ج.ا.ا. در جهت عدالت پرداخته و در بند ۵ اصل چهارم و سوم و اصل چهارم و هشتم در خصوص مبارزه با انواع فعالیت‌های غیرکارآمد و غیرمشروع اقتصادی همانند انحصار و توزیع عادلانه امکانات و فعالیت اقتصادی تأکید کرده، در سیاست‌گذاری‌های کاملاً متناقض به‌منظور حمایت از صنایع داخلی، افزایش سطح تولید و اشتغال، دستیابی به خودکفایی و قطع وابستگی به کشورهای توسعه‌یافته، موجب انحصار برای خودروسازان و سلب حق انتخاب برای مصرف‌کنندگان و ایجاد شرایط تحمیلی و پرداخت مالیات شده است که با این شرایط تولیدکنندگان تمایلی بر تغییر روش خود و کاهش آلودگی ندارند. لذا از موجبات تغییر در رفتار تولیدکنندگان، رفع انحصار، ایجاد شرایط رقابت و تصویب قوانین تشویقی مالیاتی است که باعث ایجاد انگیزه برای تولیدکنندگان در استفاده از فناوری‌ها نوین می‌شود.

۳.۳. حوزه مالیات بر صنایع آلوده‌کننده، کارخانه‌ها و کارگاه‌ها

صنایع آلوده‌کننده از عوامل اصلی ایجاد مالیات محیط زیست بوده‌اند و از زمان درک اهمیت آن برای حکمرانان، در بیشتر کشورها قوانین تنبیهی و تشویقی وضع شده است.

در ایران، قانون‌گذار به موجب تبصره ۱۳ قانون برنامه اول توسعه مصوب ۱۳۶۸/۱۱/۱۱، بند ۴ تبصره ۷۷ و بند «الف» تبصره ۸۲ قانون برنامه دوم توسعه، بند «ج» ماده ۱۰۴ و ۱۳۴ قانون برنامه سوم توسعه، ماده ۳ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه و قانون تجمیع عوارض مصوب ۱۳۸۱/۱۰/۲۵، کوشیده است که در راستای حفاظت از محیط

^۱. غلام پور، علی، «جهانی شدن اقتصاد و نقش دولت در اقتصاد سیاسی محیط زیست در کشورهای در حال توسعه، مورد ایران»، فصلنامه مطالعات خاورمیانه، دوره ۱۲، شماره ۴، صص ۱۰۷-۱۰۲.

^۲. “Les exploitants de réseaux de transport public en commun de voyageurs faisant équiper leurs véhicules de transport en commun de systèmes permettant de réduire les émissions polluantes bénéficiant d’un remboursement du coût de cet équipement à hauteur de la moitié de son prix d’acquisition.”

زیست، یک‌سری تکالیف بر دوش صنایع آلوده‌کننده، کارخانه‌ها و کارگاه‌ها بگذارد. قوانین مصوب تا برنامه سوم، مؤید این مطلب است که هدف، فراهم کردن عوامل بهبود و اعتلای کیفیت زندگی انسان و جلوگیری از وارد آوردن آسیب‌های جبران‌ناپذیر به محیط زیست و ترمیم اثرهای منفی گذشته در محیط زیست است.^۱ کارخانه‌ها و صنایع نیز سعی کردند با اجرای برنامه‌های توسعه، هزینه یک در هزار فروش تولیدات خود را با نظر سازمان حفاظت محیط زیست، صرف کنترل آلودگی و ایجاد فضای سبز کنند؛ به عنوان نمونه، می‌توان کارخانه ذوب آهن اصفهان را نام برد که در همین راستا، به ایجاد فضای سبز و کاشت درخت اقدام کرده است.

به موجب بند «ب» ماده ۶۸ قانون برنامه چهارم توسعه، به دولت اجازه داده شده است تا با رعایت اصول ۷۲ و ۸۵ قانون اساسی و برای تقلیل آلاینده‌های وارده به محیط زیست و جلوگیری از تخریب آن، صندوق ملی محیط زیست را ایجاد کند.^۲ در خصوص ادغام هزینه‌های زیست‌محیطی در حساب‌های ملی در ماده ۵۹ قانون برنامه چهارم توسعه موضوع بازنگری در حساب‌های ملی و ادغام ارزش‌های اقتصادی منابع طبیعی و زیست‌محیطی و هزینه‌های ناشی از آلودگی و تخریب محیط زیست در حساب‌های ملی مورد تأکید قرار گرفته است. براساس ماده مذکور، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی مکلف به همکاری با سازمان حفاظت محیط زیست و سایر سازمان‌ها برای برآورد ارزش‌های اقتصادی منابع طبیعی و زیست‌محیطی و هزینه‌های ناشی از آلودگی و تخریب محیط زیست در فرایند توسعه شدند.

ماده ۱۹۰ قانون برنامه پنجم توسعه، کلیه دستگاه‌های اجرایی را مکلف کرده است که به منظور کاهش اعتبارات هزینه‌ای دولت در راستای اعمال سیاست‌های مصرف بهینه منابع پایه و محیط زیست، برای اجرای برنامه مدیریت سبز، که شامل مدیریت مصرف انرژی، آب، مواد اولیه و تجهیزات (شامل کاغذ) و کاهش مواد زائد جامد و بازیافت آنهاست، اقدام کنند.^۳ در برنامه ششم توسعه، به موجب بند «ب» ماده ۶، مقرر شد که عوارض موضوع ماده ۳۸ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷/۲/۱۷ و بندهای آن و نیز عوارض آلاینده‌گی موضوع تبصره ۱ ماده مذکور و...، توسط سازمان امور مالیاتی کشور توزیع شود.

در دستورالعمل اجرایی تبصره (۱) ماده (۳۸) قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۹۲/۰۴/۰۲ به بحث آلاینده‌ها و دوره مالیاتی و فرایند تشخیص آلاینده‌گی پرداخته شده است که نقطه عطف مقررات مالیات محیط زیست، دستورالعمل مذکور است. در بند ۷ دستورالعمل اشاره ضمنی به عدم وضع مالیات بر کالا شده است که خود مؤید بی‌توجهی قانون‌گذار به بحث مصرف کالاهای آلاینده است. در صورتی که پایه مالیاتی در مالیات بر ارزش افزوده بر مبنای مصرف است.

در شماره ۴ بند «پ» ماده ۳۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور به منظور تسهیل و تشویق سرمایه‌گذاری صنعتی و معدنی کشور، واحدهای صنعتی، معدنی و خدماتی در مناطق غیربرخوردار از اشتغال به میزان معافیت‌های منظور شده در مناطق آزاد تجاری-صنعتی از پرداخت مالیات معاف شدند.

در بند ۳ ماده ۶۹ قانون احکام دائمی برنامه‌های کشور، هزینه‌های اکتشافات معدنی در هر مرحله از مطالعات زمین‌شناسی... جزء هزینه‌های قابل قبول مالیاتی دارندگان مجوز از مراجع قانونی محسوب شد.

بند «الف» ماده ۳۹ قانون فوق‌الذکر، در راستای استفاده از ماشین‌آلات و تجهیزات خطوط تولید اجازه داده شده است

^۱ عامری، ریحانه و اشرف‌السادات میری، «بررسی مالیات‌های محیط زیست با تأکید بر وضع مالیات سبز در حفظ حقوق ایران»، *مجله اقتصادی*،

دوره ۱۵، شماره ۱۱ و ۱۲، ۱۳۹۴، ص ۵۱.

^۲ برنامه چهارم توسعه.

^۳ برنامه پنجم توسعه.

که واحدهای تولیدی مجاز بدون پرداخت مالیات و عوارض موضوع مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷ وسایل را از گمرک ترخیص کنند.

با تصویب قانون مالیات بر ارزش افزوده در سال ۱۴۰۰، به موجب ماده ۲۷ در فصل هفتم، وضعیت مالیات برای واحدهای تولیدی، معدنی و خدماتی آلاینده، به تشخیص سازمان حفاظت محیط زیست مشخص شده است و براساس معیارهایی نظیر شدت، نوع و مکان آلاینده‌گی، میزان مالیات تعیین می‌شود.

اگرچه وضع مالیات محیط زیست در حوزه‌های مذکور یک ضرورت تلقی می‌شود و قوانین متعددی در این راستا تصویب شده است، به دلیل عدم استفاده از الگوی مناسب در سیاست‌گذاری مالیات محیط زیست، نبود قانون جامع و هماهنگ با سایر قوانین، عدم استفاده از کنشگران اقتصادی و کارشناسان متخصص در نحوه تدوین قوانین، آیین‌نامه‌ها، ضوابط و استانداردهای محیط زیست، تکثر قوانین و سیاست‌های تشویقی به صورت کلی و عدم فرهنگ‌سازی مالیات محیط زیست نتوانسته‌اند نتایج مثبتی را رقم زنند.

در واقع موفقیت در اجرای قوانین و مقررات در حوزه مالیات محیط زیست بستگی به کیفیت قوانین و حاکمیت قانون دارد. مطالعه‌ای که در خصوص کشورهای OECD انجام شده نشان می‌دهد که بهبود در قواعد و قوانین، کنترل و کاهش اجتناب از پرداخت مالیات و حاکمیت قانون می‌توانند بهبود در فضای محیط زیست را ایجاد کنند.^۱

توسعه و گسترش موارد مالیاتی در این حوزه می‌تواند نقش مهم و تأثیرگذاری در کاهش انتشار آلاینده‌ها داشته باشد. از یک سو، انگیزه‌های مالی را برای صنایع ایجاد می‌کند تا از فناوری‌های همسو با محیط زیست در فرایند تولید بهره ببرند و از سوی دیگر، به دلیل تخصیص بهینه منابع مالی به عنوان محرک مهم در افزایش رشد اقتصادی عمل کند و در سطوح درآمدی بالاتر به کاهش تخریب زیست‌محیطی بینجامد.

پایه مالیات بر ارزش افزوده، دارای قابلیت‌های قابل توجهی مانند شفاف‌سازی فرایندها و معاملات اقتصادی، ایجاد بانک‌های جامع اطلاعات اقتصادی و تقویت سیستم نظارتی در مراحل مختلف است. لذا قوانینی که وضع شده است، زمانی به نتیجه می‌رسند که صنایع نیز عملکرد خود را براساس شفافیت و آمارهای واقعی اعلام کنند. از سوی دیگر، نکته قابل توجه آن است که از آنجا که اغلب دولت‌ها مجریان قوانین زیست‌محیطی هستند، به نظر می‌رسد در الزام بخش خصوصی به رعایت ملاحظات زیست‌محیطی از نوعی توفیق نسبی برخوردارند، اما در الزام واحدهای دولتی و به تعبیری ملزم کردن واحدهای تابعه خود با نوعی چالش مواجه‌اند؛ چراکه اصولاً واحدهای آلاینده دولتی به دلایل مختلف از قدرت چانه‌زنی بالایی برخوردارند که این موضوع قدرت قانون‌گریزی بالایی را در حوزه محیط زیست برای ایشان به ارمغان می‌آورد. از این رو، روش‌های اقتصادی مانند عوارض و مالیات در خیلی از موارد اثری ندارد.^۲ به همین دلیل اگر سرمایه‌گذاری در صنایع به بخش خصوصی منتقل شود، قطعاً به لحاظ تبعیت بخش خصوصی از قوانین مالیاتی، آلودگی کمتر خواهد شد. بنابراین باید با اصلاح ساختار کلان اقتصادی و تقویت نقش نظارتی دولت، حجم تصدی‌گری آن را به حداقل رساند.

به عنوان نمونه، مطالعات نشان می‌دهد که صنایع گاز و پتروشیمی در منطقه عسلویه، انواع مختلفی از آلاینده‌ها شامل

^۱ جلالیان، کتابون و جمشید پژویان، «بررسی اثر مالیات‌های سبز و حکمرانی خوب بر محیط زیست در کشورهای OECD»، فصلنامه اقتصاد مالی، دوره ۳، شماره ۷، ۱۳۸۸، ص ۱۴.

^۲ لسانی، سید بهزاد، علی مشهدی، احمد حبیب‌نژاد و محمد حبیبی مجنده، «راهکارهای حفاظت از محیط زیست در فعالیتهای اقتصادی در ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۰، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۹۱۲.

ذرات معلق، فلزات سنگین و آلاینده‌های خطرناک در هوا مانند هیدروکربن، بنزن، هگزان و... را به محیط انتقال می‌دهند و آثار جبران‌ناپذیری بر سلامت انسان و اکوسیستم دارند^۱ و عملاً، صنایع صرفاً در حال بهره‌برداری‌اند و آثار سوء بهداشتی و زیست‌محیطی برای منطقه ایجاد کرده‌اند که یکی از دلایل مهم در عدم کنترل آنها، وابستگی مستقیم و غیرمستقیم به دولت است.

البته بخش‌های دیگری در خصوص آلودگی محیط زیست نیز وجود دارد که بیان آنها در این پژوهش نمی‌گنجد؛ به‌عنوان نمونه فروش مجوز بهره‌برداری در مناطق آسیب‌دیده، به موجب ماده ۱۱۲ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، اجازه داده شده است که براساس تعرفه‌هایی که به پیشنهاد مشترک وزارت جهاد کشاورزی و سازمان محیط زیست به تصویب هیئت وزیران می‌رسد، درآمد حاصل از صدور مجوز بهره‌برداری و استحصال آرتمیا در پارک ملی دریاچه ارومیه به حساب درآمد عمومی (نزد خزانه‌داری کل) واریز شود که با توجه به وضعیت بحرانی دریاچه ارومیه به نظر می‌رسد اخذ مالیات متناسب با هزینه‌های آلودگی و ترمیم خسارات وارده گزینه بهتری تا دریافت هزینه صدور مجوز باشد.

۳.۴. زیرساخت‌های قانونی مالیات محیط زیست

- قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶/۰۵/۲۵.
- قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۱۳۵۳/۰۳/۲۸.
- اصل ۵۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- سیاست‌ها و برنامه‌های محیط زیست در برنامه اول توسعه تا برنامه ششم (۱۴۰۰-۱۳۶۸).
- قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶.
- قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا مصوب ۱۳۷۴/۰۲/۰۳.
- قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷.
- قانون مدیریت پسماندها مصوب ۱۳۸۳/۰۲/۲۰.
- قانون حفاظت، احیا و مدیریت تالاب‌های کشور مصوب ۱۳۹۶/۰۲/۰۴.
- قانون حفاظت از خاک مصوب ۱۳۹۸/۰۳/۰۴.
- قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۳/۱۱/۱۵.
- قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰/۰۳/۰۲.
- قانون چگونگی محاسبه وصول حقوق گمرکی، سود بازرگانی و مالیات انواع خودرو.

۴. تنظیم‌گری واکنشی^۲ براساس رفتار مؤدی مالیاتی

تنظیم‌گری واکنشی مدلی است که مداخلات دولت تنظیم‌گرانه به پایین‌ترین سطح مورد نیاز می‌رسد. در این مدل تنظیم‌گری به‌صورت هوشمند نسبت به سطح مداخله مورد نیاز برای رفع چالش و در قالب یک مدل هر می عمل می‌کند.

^۱. کشمیری، سعید و همکاران، «بررسی آلودگی‌های زیست‌محیطی ناشی از صنایع گاز و پتروشیمی و اثرات آن بر سلامت ساکنین منطقه عسلویه، پایتخت انرژی ایران»، دو ماهنامه طب جنوب، دوره ۲۱، شماره ۲، ۱۳۹۷، ص ۱۶۲.

^۲. Responsive Regulation

در ایران تنظیم‌گری در حوزه مالیات محیط زیست براساس تنظیم‌گری سنتی صورت می‌پذیرد و حکومت صرفاً با قانون‌گذاری و مقررات‌نویسی به اجرای آن می‌پردازد. تنظیم‌گری سنتی توسط حکمرانان و با فرایند دستوردهنده و کنترل‌کننده^۱ انجام می‌پذیرد؛ اما در تنظیم‌گری واکنشی، با استفاده از شبکه‌های مقررات‌گذاری دولتی و غیردولتی و بهره‌گیری از مشارکت کاستی‌های موجود در هر حوزه جبران می‌شود؛ در این راستا، NGOها نقش حیاتی در این نوع تنظیم‌گری ایفا می‌کنند. کشورهای در حال توسعه، با استفاده از NGOها و فشارهای اجتماعی-محلی، با کنار گذاشتن دولت تنظیم‌گر، به یک جامعه تنظیم‌گر می‌رسند.^۲

تنظیم‌گری واکنشی، مبتنی بر تعامل قانونی (ضمن احترام به مذاکره) در درک نیازها در هر حوزه است. آنچه مسلم است، در زمینه مالیات محیط زیست، با تعامل کنشگران در حوزه محیط زیست و مشارکت آنها در زمینه تنظیم‌گری، می‌توان به نیازهای آن حوزه پاسخ داد. تنظیم‌گری واکنشی، یک ایده بر مبنای درک مسئولیت اجتماعی برای کنشگران اقتصادی است.

تنظیم‌گری واکنشی، به دنبال تعامل با مؤدیان و ایجاد انگیزه در رفتارهای مالیاتی است و کاربرد آن با تأثیرگذاری بر این موارد است: پرداخت مالیات از طریق رفتار احترام‌آمیز، توجه به مقاومت فرایندهای خطا و اصلاح آنها، رفتار منصفانه و توجیه کامل عدم رضایت بر احترام تمکین، آمادگی اعمال مجازات‌های اداری و ظرفیت تعقیب از طریق مداخله قاعده‌مند و جدی در مواجهه با استمرار عدم تمکین.^۳

جان بریث ویث اعتقاد داشت در نظریه تنظیم‌گری واکنشی، نه اصل کلیدی برای تنظیم مقررات وجود دارد که بدین شرح است:^۴

۱. توجه دقیق و بدون پیش‌فرض به این مسئله که برای چه وضعیتی باید مقررات‌گذاری کنند.
۲. شنیدن فعالانه؛ این اصل ضامن این مسئله است که نخست، تنظیم‌گر به شنیدن نقدها و نظرات ذی‌نفعان تعهد راستین دارد و تصمیمش را از پیش نگرفته است و دوم، امکان ابراز نظر به همه ذی‌نفعان موضوع مورد بررسی داده می‌شود.
۳. کسانی را که منصفانه مخالفت می‌کنند، درگیر بحث نمی‌کنند و با احترام و صبر از این مباحث، نکات مثبتی برای اصلاح و تقویت طرح استخراج می‌کنند.
۴. کسانی را که متعهدانه در موضوع مشارکت می‌کنند، تشویق و از نوآوری آنها پشتیبانی می‌کنند.
۵. ترجیحاً با حمایت و آموزش‌های لازم، ظرفیتی ایجاد می‌شود که بتواند ما را به نتایج مطلوب برساند.
۶. مقررات (بدون انجام هیچ تهدیدی) باید نشان‌دهنده این باشد که در موارد خاص، طیفی از مجازات‌ها، که قابلیت اعمال دارد، به کار خواهد افتاد.
۷. ایجاد حکمرانی هرمی شبکه، با درگیر کردن شبکه‌های وسیع‌تر از سازمان‌های مردم‌نهاد، بازارها و نهادهای ناظر.
۸. پاسخ‌گویی فعال (مسئولیت بهتر شدن طرح اولیه پیش از اجرا) را انتخاب می‌کنند و در صورت عدم موفقیت آن، به پاسخ‌گویی منفعل (مسئولیت کنشگران در قبال اقدامات گذشته) متوسل می‌شوند.

1. Command and Control

2. Braithwaite, John. "The Essence of Responsive Regulation", UBC Law Review, Volume 44, Issue 3, 2011, P 476.

3. Braithwaite, Valerie. "Responsive Regulation and Taxation: Introduction", Law and Policy, Volume 29, Issue 1, 2007, P 1.

4. Braithwaite, John. "Responsive Regulation and Developing Economies", World Development, Volume 34, Issue 15, 2006, PP 884-898.

۹. یادگیری و ارزیابی اینکه چگونه و به چه نتایجی دست یافته‌ایم.

در تنظیم‌گری واکنشی، تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان خود بخشی از حوزه تنظیم‌گری را بر عهده می‌گیرند و کنترل نه از طریق یک سیستم یا شخص، بلکه به وسیله کل جامعه صورت می‌گیرد و در واقع کل جامعه، کل جامعه را کنترل می‌کند. بنابراین مؤدیان مالیات محیط زیست، دیگر به دنبال استفاده ابزاری از قوانین در راستای کسب منافع بیشتر نیستند و به دلیل مشارکت در تنظیم‌گری، سعی در اجرای هر چه بهتر اهداف تعیین شده دارند. در این الگو، پیش از اینکه مجازات را ترسیم کنند، با مشارکت دولت، بازار، نهادهای مدنی و ذی‌نفعان، در ابتدا به دنبال نمایان کردن پاداش‌ها و امتیازات متناسب با خلاقیت و کارهای مثبت کنش‌گران می‌روند و در صورتی که هرم پاداش‌ها نتواند تمامی نقاط ضعف و تخلف از استانداردها را پوشش دهد، با فرایندهای در نظر گرفته شده در هرم مجازات، موضوع را اصلاح می‌کنند. در هرم مجازات‌ها نیز سه فرایند را از یکدیگر تفکیک می‌کنند: در مرحله نخست، عدالت ترمیمی؛ در مرحله دوم، فرایندهای بازدارنده و در مرحله سوم، ممنوعیت و سلب صلاحیت قرار دارد.

استفاده از مدل تنظیم‌گری واکنشی علی‌رغم دخالت کنشگران در حوزه تنظیم‌گری، منجر به رعایت مسئولیت اجتماعی نیز می‌شود. مسئولیت اجتماعی برای فعالان به دلیل اطلاعات شهروندان از عملکرد آنها، یک اعتبار اجتماعی رقم می‌زند. علاوه بر آن می‌توان با مشارکت دغدغه‌مندان در حوزه محیط زیست میزان معافیت‌های مالیاتی را متناسب با عملکرد مشخص کرد. در کشور امریکا با بهره بردن از این مدل، مؤدیان را ترغیب به همکاری در زمینه مالیات کرده‌اند که منجر به کاهش فرار و اجتناب مالیاتی شده است.^۱

ظرفیت‌های قانونی موجود در ایران در این زمینه را می‌توان به بند هشتم اصل سوم قانون اساسی و بند «ب» ماده ۲۹ و بند «پ» و «چ» ماده ۳۷ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور نام برد که مبحث مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و مشارکت جوامع محلی و ترویج روحیه مشارکت و حمایت از سازمان‌های مردم‌نهاد و فرهنگ‌سازی و آگاهی‌بخشی را مطرح کرده‌اند.

نتیجه‌گیری

با توجه به اهداف توسعه پایدار و حفاظت از محیط زیست، ملاحظه کردیم که لازمه تصویب قوانین مالیات محیط زیست شناسایی حوزه‌های مختلف آلودگی است و مالیات محیط زیست نیز با تکیه بر اهدافی همچون «داخلی نمودن هزینه‌های خارجی»، «کسب درآمد برای دولت» و... ابزاری مناسب برای جبران هزینه‌های ناشی از خسارات وارده و کاهش آلودگی است.

همچنین با بررسی قوانین و مقررات مالیات زیست‌محیطی در ایران مشخص شد که اولاً به مالیات محیط زیست در راستای اهداف توسعه پایدار در نظام حقوقی مالیات صرفاً به صورت محدود پرداخته شده است. ثانیاً در حوزه‌های مختلف آلودگی محیط زیست نظیر کشاورزی، صنایع و خودرو، قوانین و مقررات قابل استناد و جامع در حد استاندارد توسعه پایدار، که همانا مالیات محیط زیست است، وجود ندارد. هرچند که به موجب اصل ۵۰ قانون اساسی و قانون مالیات مستقیم و ارزش افزوده برخی موارد قابل استناد است، نقص اساسی و ضعف در تدوین قوانین مطابق با استانداردهای توسعه پایدار وجود دارد. از دلایل اصلی این موضوع، تصویب قوانین بدون کارشناسی و عدم مشارکت فعالان در این حوزه

۱. ابدی، سعیدرضا، «تنظیم مشارکتی مالیات، الگویی جدید در نظام مالیاتی ایالات متحده امریکا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۸، شماره ۷۱، ۱۳۹۴، ص ۲۰۷.

است. کشورهای توسعه یافته با درک اهمیت این موضوع اقدام به ایجاد یک مدل جدید از نظام مالیاتی کرده‌اند که براساس آن با ترغیب فعالان به مشارکت در فرایند تصویب قوانین با اعطای امتیازات ویژه توانسته‌اند به موفقیت‌های قابل توجهی دست یابند. کارایی مالیات محیط زیست در توسعه پایدار بستگی به تدوین سیاست‌های دولت متناسب با اوضاع و احوال محیط زیست و اهداف آن دارد. برای رسیدن به حد مطلوب در این زمینه، دولت‌ها به مشارکت بخش‌های خصوصی و اطلاعات کنشگران در حوزه محیط زیست نیازمندند. بنابراین برای تأثیر کارایی هرچه بیشتر مالیات محیط زیست بر اهداف توسعه پایدار پیشنهاد می‌شود حکمرانان در وهله اول با تغییر شیوه سیاست‌گذاری از تنظیم‌گری سنتی (دولت مداخله‌گرانه) به تنظیم‌گری واکنشی و توجه به جایگاه بی‌طرفانه نهادهای مقررات‌گذار و در وهله دوم با به‌کارگیری برخی مکانیزم‌های حقوقی همانند مسئولیت‌پذیری اجتماعی، پاسخگویی، حق دسترسی آزادانه به اطلاعات، شفافیت و در وهله سوم با تصویب قوانین خاص و متمرکز مالیاتی در حوزه آلودگی محیط زیست و توجه به همه ابعاد آن ناشی از فعالیت مستقیم یا غیرمستقیم، و در وهله آخر ایجاد انگیزه برای مشارکت ذی‌نفعان با استفاده از قوانین تشویقی، علاوه بر تغییر رفتار تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان و استفاده از فناوری‌های جدید و همسو با محیط زیست، به سیاست‌گذاری در این زمینه بپردازند.

منابع

کتاب

۱. کولا، ارهان، *اقتصاد منابع طبیعی، محیط زیست و سیاست‌گذاری‌ها*، ترجمه سیاوش دهقانیان و فرخ دین قزلی، مشهد: دانشگاه فردوسی، چاپ دوم، ۱۳۸۴.

مقاله

۲. ابدی، سعیدرضا، «تنظیم مشارکتی مالیات، الگویی جدید در نظام مالیاتی ایالات متحده امریکا»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۸، شماره ۷۱، ۱۳۹۴، صص ۲۲۳-۲۰۷.
۳. ابراهیمیان، محمد تقی، «مالیات سبز»، *اولین کنفرانس بین‌المللی مهندسی صنایع، مدیریت و حسابداری*، تهران، ۱۳۹۴.
۴. اسدی، مرتضی، «هزینه خسارت آلودگی هوا و ضرورت اجرای مالیات سبز»، *پژوهشنامه مالیات*، دوره ۱۶، شماره ۳، ۱۳۸۷، صص ۱۹۹-۲۳۴.
۵. اسکندری، مارال، جمشید پژویان، تیمور محمدی، فرهاد غفاری، «اثر اعمال مالیات سبز بر توزیع درآمد (مطالعه موردی کشورهای منتخب OECD)»، *پژوهشنامه مالیات*، دوره ۲۸، شماره ۴۷، ۱۳۹۹، صص ۵۰-۳۱.
۶. امیرارجمند، اردشیر، «حفاظت از محیط زیست و همبستگی بین‌المللی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱، شماره ۱۵، ۱۳۷۳، صص ۳۳-۴۳.
۷. پایتختی اسکویی، محمدرضا، سید مهدی ناهیدی، «مالیات سبز و مالیات پیگویی، چرایی و چگونگی»، *فصلنامه مدیریت صنعتی*، سال ۵، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۰.
۸. پژویان، جمشید و باقر درویشی، «اصلاحات ساختاری در نظام مالیاتی ایران»، *پژوهشنامه مالیات*، دوره ۱۸، شماره ۸، ۱۳۸۹، صص ۴۸-۹.
۹. پژویان، جمشید و ناریس امین رشتی، «مالیات‌های سبز با تأکید بر مصرف بنزین»، *پژوهشنامه اقتصادی*، دوره ۷، شماره ۱، ۱۳۸۶، صص ۴۴-۱۵.

۱۰. جلالیان، کتابیون و جمشید پژویان، «بررسی اثر مالیات‌های سبز و حکمرانی خوب بر محیط زیست در کشورهای OECD»، فصلنامه اقتصاد مالی، دوره ۳، شماره ۷، ۱۳۸۸، صص ۵۵-۳۷.
۱۱. رحیمی، کامران، پوریا زنگانه رنجبر، هومن آل نوری فروشانی و سعید شرافتی‌پور، «ارائه مدل محاسبه مالیات سالیانه وسایل نقلیه شخصی با رویکرد افزایش درآمدهای پایدار مدیریت شهری»، فصلنامه اقتصاد و مدیریت شهری، دوره ۳، شماره ۱۰، ۱۳۹۴، صص ۱۹-۱.
۱۲. رضانی قوام آبادی، محمدحسین، «نگاهی به اصل استفاده غیر زیان‌بار از سرزمین در حقوق بین الملل محیط زیست»، فصلنامه علوم محیطی، دوره ۴، شماره ۴، ۱۳۸۶، صص ۷۴-۵۷.
۱۳. عامری، ریحانه و اشرف‌السادات میری، «بررسی مالیات‌های محیط زیست با تأکید بر وضع مالیات سبز در حفظ حقوق ایران»، مجله اقتصادی، دوره ۱۵، شماره ۱۱ و ۱۲، ۱۳۹۴، صص ۶۴-۴۹.
۱۴. غلام پور، علی، «جهانی شدن اقتصاد و نقش دولت در اقتصاد سیاسی محیط زیست در کشورهای در حال توسعه، مورد ایران»، فصلنامه مطالعات خاورمیانه، دوره ۱۲، شماره ۴، ۱۳۸۴، صص ۱۲۲-۸۹.
۱۵. قادری، شیوا، آزاد خانزادی و محمد شریف کریمی، «ارزیابی و تحلیل اثرات اجرایی شدن سیاست مالیات سبز بر توسعه انرژی های تجدیدپذیر در ایران»، مجله توسعه و سرمایه، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۹، صص ۱۲۱-۱۰۵.
۱۶. کشمیری، سعید و همکاران، «بررسی آلودگی‌های زیست‌محیطی ناشی از صنایع گاز و پتروشیمی و اثرات آن بر سلامت ساکنین منطقه عسلویه، پایتخت انرژی ایران»، دو ماهنامه طب جنوب، دوره ۲۱، شماره ۲، ۱۳۹۷، صص ۱۸۵-۱۶۲.
۱۷. لسانی، سید بهزاد، علی مشهدی، احمد حبیب‌نژاد و محمد حبیبی مجنده، «راهکارهای حفاظت از محیط زیست در فعالیتهای اقتصادی در ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۰، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۹۲۰-۸۹۹.

پایان‌نامه

۱۸. امین رشتی، ناریس، «مالیات سبز با تأکید بر مصرف بنزین»، رساله دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم تحقیقات)، ۱۳۸۴.
۱۹. یزدان پناه، هدی، «کارکردهای اصل پرداخت توسط آلوده‌ساز در حقوق محیط زیست»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.

قوانین

۲۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲۱. قانون برنامه اول توسعه مصوب ۱۳۶۸/۱۱/۱۱.
۲۲. قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵.
۲۳. قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳/۰۶/۱۱.
۲۴. قانون برنامه دوم توسعه مصوب ۱۳۷۳/۰۹/۲۰.
۲۵. قانون برنامه سوم توسعه مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۱۷.
۲۶. قانون برنامه ششم توسعه مصوب ۱۳۹۶/۰۱/۱۶.
۲۷. قانون تجمیع عوارض مصوب ۱۳۸۱/۱۰/۲۵.
۲۸. قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب ۱۳۵۳/۰۳/۲۸.
۲۹. قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰/۰۳/۱۲.
۳۰. قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷/۰۲/۱۷.
۳۱. قانون مالیات‌های مستقیم (با اصلاحات ۱۳۹۴/۰۴/۳۱).

References

Books

1. Birnie, Patricia, Alan Boyle and Catherine Redgwell. *International Law and the Environment*, Oxford University Press, 2000.
2. Faure, Michael and Nicola Niesson. *Environmental Law in Development*, United States: Edward Elgar Publishing, First Edition, 2006.
3. Kula, Erhan, *Economics of Natural Resources, Environment, and Policy-making*, Translated by: Siavash Dehghanian and Farokh Din Ghezeli, Mashhad: Ferdowsi University, Second Edition, 2005. (in Persian)

Articles

4. Abadi, Saeed Reza, "Participatory Taxation Regulation, A New Model in the US Tax System", *Journal of Legal Studies*, Volume 18, Issue 71, 2015, pp: 207-223. (in Persian)
5. Ameri, Reihaneh and Ashraf Al-Sadat Miri, "Examining Environmental Taxes with Emphasis on Green Taxation in the Preservation of Iran's Rights", *Economic Journal*, Volume 15, Issues 11 and 12, 2015, pp: 49-64. (in Persian)
6. Amir-Ajmand, "Environmental Protection and International Solidarity", *Legal Research, Quarterly*, Volume 1, Issue 15, 1994, pp: 323-436. (in Persian)
7. Asadi, Morteza, "Cost of Air Pollution Damage and the Necessity of Implementing Green Taxes", *Journal of Tax Research*, Volume 16, Issue 3, 2008, pp: 199-234. (in Persian)
8. Barral, Virginie. "Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evaluative Legal Norm", *The European Journal of International Law*, Volume 23, Issue 2, 2012, pp: 377-400.
9. Braithwaite, John. "Responsive Regulation and Developing Economies", *World Development*, Volume 34, Issue 15, 2006, pp: 884-898.
10. Braithwaite, John. "The Essence of Responsive Regulation", *UBC Law Review*, Volume 44, Issue 3, 2011, pp: 475-520.
11. Braithwaite, Valerie. "Responsive Regulation and Taxation: Introduction", *Law and Policy*, Volume 29, Issue 1, 2007, pp: 3-10.
12. Ebrahimian, Mohammad Taghi, "Green Taxation", *The First International Conference on Industrial Engineering, Management, and Accounting*, Tehran, 2015. (in Persian)
13. Ghaderi, Shiva, Azad Khanadi and Mohammad Sharif Karimi, "Evaluation and Analysis of the Effects of Implementing the Green Tax Policy on the Development of Renewable Energies in Iran", *Journal of Development and Capital*, Volume 5, Issue 2, 2020, pp: 105-121. (in Persian)
14. Gholam-Pour, Ali, "Globalization of the Economy and the Role of the Government in Environmental Political Economy in Developing Countries: The Case of Iran", *Quarterly Journal of Middle Eastern Studies*, Volume 12, Issues 4, 2005, pp: 89-122. (in Persian)
15. Jalalian, Katayoun and Jamshid Pazhouyan, "The Impact of Green Taxes and Good Governance on the Environment in OECD Countries", *Journal of Financial economics*, Volume 3, Issue 7, 2009, pp: 37-55. (in Persian)
16. Keshmiri, Saeed, et al. "Environmental Pollution Caused by Gas and Petrochemical Industries and Its Effects on the Health of Residents of Assaluyeh Region, Irani-an Energy Capital: A Review Study", *Two monthly magazines on Southern Medicine*, Volume 21, Issue 2, 2018, pp: 162-185. (in Persian)
17. Lesani, Sayyed Behzad, Ali Mashhadi, Ahmad Habib-Nejad and Mohammad Habibi Mojandeh, "Environmental Protection Strategies in Economic Activities in Iran", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 50, Issue 3, 2020, pp: 899-920. (in Persian)

18. Neller, D. C. and Ronald T. McMorran. "Tax Policy and the Environment: Theory and Practice", *Fiscal Affairs Department*, 1994, pp: 1-48.
19. Paytakhti Oskouyie, Mohammad Reza, Seyed Mahdi Nahidi, "Green Tax and Pigouvian Tax, Why and How", *Journal of Industrial Management*", Volume 5, Issue 2, 2011.
20. Pazhouyan, Jamshid and Bagher Darvishi, "Structural Reforms in Iran's Tax System", *Journal of Tax Research*, Volume 8, Issue 18, 2010, pp: 9-48. (in Persian)
21. Pazhouyan, Jamshid and Narsis Amin Rashti, "The Green Taxex with Emphasis on Gasoline Consumption", *Economic Research Journal Review*, Volume 7, Issue 1, 2007, pp: 15-44. (in Persian)
22. Maral Eskandari, Jamshid Pazhouyan, Teymour Mohammadi, Farhad Ghaffafri, "The Effect of Green Taxation on Income Distribution (Case Study of Selected OECD Countries)", *Tax Research Journal*, Volume 28, Issue 47, 2020, pp: 31-50. (in Persian)
23. Rahimi, Kamran, Pouria Zanganeh Ranjbar, Houman Aal-e-Nouri Fesharaki and Saeed Sherafati Pour, "Providing a Model for Calculating the Annual Tax of Personal Vehicles with the Approach of Increasing Sustainable Urban Management Revenues", *Journal of Urban Economics and Management*, Volume 3, Issue 10, 2015, pp: 1-19. (in Persian)
24. Ramezani Ghavam-Abadi, Mohammad Hossein, "Quick Review of the Principle of the Unharmful (Sustainable) Utilization of Territory in International Environmental Law", *Environmental Sciences Quarterly*, Volume 4, Issue 4, 2007, pp: 57-74. (in Persian)

Thesis

25. Amin Rashti, Narsis, "Green Taxation with Emphasis on Gasoline Consumption", Ph.D Thesis, *Islamic Azad University (Science and Research Branch)*, 2005. (in Persian)
26. Yazdan Panah, Hoda, "The Functions of the Polluter Pays Principle in Environmental Law", Master's Thesis, *Shahid Beheshti University*, 2011. (in Persian)

Laws

27. Constitution of the Islamic Republic of Iran (in Persian)
28. Direct Taxes Law (amended on 31/04/2015) (in Persian)
29. Environmental Protection and Improvement Law, approved on 18/06/1974 (in Persian)
30. Law on the consolidation of taxes, approved on 10/25/2002 (in Persian)
31. The Fifth Development Plan Law, approved on 05/01/2011 (in Persian)
32. The First Development Plan Law, approved on 31/01/1990. (in Persian)
33. The Fourth Development Plan Law, approved on 01/09/2004. (in Persian)
34. The Second Development Plan Law, approved on 11/12/1994. (in Persian)
35. The sixth Development Plan Law, approved on 05/04/2017. (in Persian)
36. The Third Development Plan Law, approved on 05/04/2000. (in Persian)
37. Value Added Tax Law, approved on 06/02/2021. (in Persian)
38. Value Added Tax Law, approved on 17/02/2008. (in Persian)

Reports

39. ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Volume 1, 1996, Paragraph 29.



Original Article

Implementation of the Labor Law in Government Institutions; Challenges and Solutions

Mohammad Ghasem Tangestani¹, Mahdi Moradi Berelian²

ABSTRACT

Regardless of the debates that can be raised regarding the models accepted in different legal systems about determining the regulations governing labor relations, Iran's legal system, adopting the duality model, has established and implemented special regulations in the form of the National Employment Law and subsequently the Civil Service Management Law for the regulation of labor relations in the public sector. Despite this, some persons employed in the public sector are subject to Labor Law; (including persons employed based on Article 4 of the National Employment Law and Article 124 of the Civil Service Management Law). Now the important question is what are the challenges governing the implementation of the Labor Law in government institutions? And what solutions can be proposed to resolve them? The article's hypothesis is that the Labor Law is drafted according to the working conditions in non-governmental sector and the implementation of some of its provisions in governmental institutions faces challenges or brings negative legal and administrative consequences. Some of these challenges can be considered as fundamental challenges, others as legal and managerial challenges. This article, with a descriptive-analytical approach, aims to analyze the mentioned challenges and provide solutions to solve them and improve the current legal system. Based on the current research findings, handing over the affairs of labor jobs to the competent companies on the condition of organizing the system of assigning the affairs to the said companies (first priority) and the application of the general rules of government employment on workers with regard to some special provisions appropriate to their special situation (second priority), respectively, are solutions that can be presented to solve the above challenges.

KeyWords: Government Employment, Labor Jobs, Article 124 of the Civil Service Management Law, Note to Article 4 of the National Employment Law, Organizing Corporate Labors

How to Cite: Tangestani, Mohammad Ghasem, Moradi Berelian, Mahdi, "Implementation of the Labor Law in Government Institutions; Challenges and Solutions", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:75-92.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232550.2553>

Received: 01/08/2023-Accepted: 04/02/2024

1. Associate Professor, Faculty of Law & Political Sciences, Kharazmi University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: m.tangestani@khu.ac.ir

2. Assistant Professor, Faculty of Law & Political Sciences, University of Mazandaran, Babolsar, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



اجرای قانون کار در دستگاه‌های دولتی؛ چالش‌ها و راهکارها

محمدقاسم تنگستانی^۱، مهدی مرادی برلیان^۲

چکیده

صرف‌نظر از مباحثی که در خصوص الگوهای پذیرفته شده در نظام‌های حقوقی مختلف در زمینه تعیین مقررات حاکم بر روابط کار قابل طرح است، نظام حقوقی ایران با برگرفتن الگوی دوگانگی، مقررات خاصی را در قالب قانون استخدام کشوری و معاقباً قانون مدیریت خدمات کشوری برای تنظیم روابط کار در بخش دولتی تصویب و به اجرا گذاشته است. باوجوداین، برخی از اشخاص به‌کارگرفته شده در دستگاه‌های دولتی همچنان تابع قانون کار بوده و هستند (ازجمله اشخاصی که بر اساس تبصره ماده ۴ قانون استخدام کشوری و ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری به‌کار گرفته می‌شوند). حال این پرسش مهم مطرح می‌شود که اجرای قانون کار در دستگاه‌های دولتی چه چالش‌هایی را موجب شده و چه راهکارهایی را می‌توان برای رفع آنها ارائه کرد؟ فرضیه مقاله آن است که قانون کار متناسب با شرایط کار در بخش غیردولتی تدوین شده و اجرای برخی مقررات آن در دستگاه‌های دولتی، ناممکن یا متعذر است یا اینکه پیامدهای منفی حقوقی و اداری به همراه دارد؛ برخی از این چالش‌ها را می‌توان چالش‌های بنیادین، شماری دیگر را چالش‌های حقوقی و مدیریتی قلمداد کرد. نوشتار حاضر با روش توصیفی-تحلیلی به‌دنبال واکاوی چالش‌های مذکور و ارائه راهکارهایی برای رفع آنها و بهبود نظام حقوقی کنونی است. براساس یافته‌های پژوهش حاضر، واگذاری امور مشاغل کارگری به شرکت‌های ذی‌صلاح به شرط ساماندهی نظام واگذاری امور به شرکت‌های مذکور (اولویت نخست) و شمول قوانین عام استخدام دولت بر کارگران با لحاظ برخی احکام خاص متناسب با وضعیت خاص آنها (اولویت دوم)، به ترتیب راهکارهای قابل ارائه برای رفع چالش‌های فوق است.

کلید واژگان: استخدام دولتی، مشاغل کارگری، ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، تبصره ماده ۴ قانون استخدام کشوری، ساماندهی نیروهای شرکتی.

استناد به این مقاله: تنگستانی، محمدقاسم، مرادی برلیان، مهدی، «اجرای قانون کار در دستگاه‌های دولتی؛ چالش‌ها و راهکارها»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۷۵-۹۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.232550.2553>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۱۵

۱. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: m.tangestani@khu.ac.ir

۲. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

پس از ایجاد مقدمات لازم برای تشکیل نظام حقوقی مدرن در ایران متعاقب تصویب قانون اساسی مشروطه، یکی از موضوعات بسیار مهم در حوزه ایجاد مبانی قانونی تشکیل نظام اداری، الگوی منتخب در مورد نظام استخدامی کارکنان دولت بود. در کنار قانون کار به عنوان قانون مادر و حاکم بر روابط کار، قانون گذار ایرانی ظاهراً با الهام از نظام حقوقی فرانسه، مقررات خاصی را برای استخدام در بخش دولتی وضع کرد. همین الگو پس از پیروزی انقلاب اسلامی نیز حفظ شد و با تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری، سیاست مذکور ادامه یافت. با وجود این، بخشی از اشخاص شاغل در دستگاه‌های دولتی همچنان تابع قانون کار باقی ماندند.

صرف‌نظر از دیدگاه‌های متفاوتی که در مورد وحدت، دوگانگی یا حتی چندگانگی نظام حقوقی حاکم بر به کارگیری اشخاص در بخش‌های دولتی و غیردولتی و نیز اشکال حقوقی استخدام دولتی قابل طرح است، که خارج از قلمرو پژوهش حاضر است، به کارگیری برخی اشخاص در دستگاه‌های دولتی در «مشاغل کارگری» براساس مقررات قانون کار، مشکلاتی را برای دستگاه‌های مذکور موجب شده است. نوشتار پیش‌رو با روش توصیفی-تحلیلی درصدد واکاوی تحلیلی چالش‌های فوق و چاره‌جویی برای رفع آنها با ارائه راهکارهای قابل اقدام با ذکر مزیت‌ها و معایب هریک از آنهاست. براساس فرضیه این پژوهش، تمامی مقررات و ضوابط قانون کار قابلیت اجرا در خصوص اشخاص به کارگرفته شده براساس قانون مذکور در دستگاه‌های دولتی را ندارد؛ برخی چالش‌ها بنیادین و برخی دیگر، حقوقی و مدیریتی هستند.

تعدد عناوین مشاغل کارگری و عمومیت آن در دستگاه‌های دولتی و مشکلاتی که اجرای قانون کار در عمل ایجاد نموده و لزوم اجرای سیاست‌های کلی نظام اداری و مفاد سایر اسناد بالادستی در خصوص نظام استخدامی کارکنان دولت، از جمله وجوه اهمیت بررسی موضوع فوق است.

حسب بررسی انجام‌شده، برخی از مقالات به بررسی بخشی از چالش‌های اجرای قانون کار پرداخته‌اند که در متن مقاله حسب اقتضا از آنها استفاده شده است، لکن تاکنون مطالعه جامعی در مورد ارزیابی چالش‌های اجرای قانون کار در دستگاه‌های دولتی با رویکرد ارائه راهکارهای قابل اقدام، انجام نشده است.

مقاله حاضر در سه بند ابتدا به بررسی منابع و مبانی موضوع پرداخته و سپس چالش‌های نظری، حقوقی و مدیریتی اجرای قانون کار در دستگاه‌های دولتی را واکاوی کرده و در نهایت، راهکارهای قابل پیشنهاد برای برون‌رفت از وضعیت کنونی را تحلیل کرده است.

۱. منابع و مبانی

در این بند ابتدا به صورت مختصر، سیر تحولات قانونی مربوط به موضوع بررسی شده، سپس مبانی به کارگیری اشخاص براساس قانون کار در دستگاه‌های دولتی مورد واکاوی قرار می‌گیرد.

۱.۱. سیر تحولات قانونی

در قانون استخدام کشوری (مصوب ۱۳۰۱) به عنوان نخستین^۱ قانون استخدام در بخش دولتی ایران، حکمی در مورد

۱. به طور دقیق‌تر، اولین قانونی که در مورد مباحث استخدامی کارکنان دولت در ایران وضع شد، قانون وظایف مصوب ۱۲۸۵ بود که مربوط به پرداخت حقوق وظیفه به بازماندگان صاحب حقوق دیوان (کارکنان دولت) بود. ر.ک: امامی، محمد و کورش استوارسنگری، *حقوق اداری*، جلد ۲، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۱۸۲.

شامل سایر مقررات نسبت به کارکنان دولت پیش‌بینی نشده بود. صرفاً ماده ۶۸ قانون فوق مقرر کرده بود «مستخدمین جزء» وزارتخانه‌ها و ادارات که مشمول ماده (۱۵) قانون مذکور نیستند، وفق نظام‌نامه داخلی دستگاه‌های مذکور به درجاتی تقسیم می‌شوند و مادام که قانون خاصی برای حقوق بازنشستگی و وظایف آنها تصویب نشده، مقررات فصل چهارم قانون فوق درباره آنها رعایت خواهد شد.

سپس، ماده ۴ قانون استخدام کشوری (مصوب ۱۳۴۵ با اصلاحات و الحاقات بعدی) ضمن شناسایی دو حالت استخدامی رسمی و پیمانی، در تبصره مقرر کرد: «افرادی که طبق مقررات قانون کار به خدمت دولت مشغول می‌شوند، کارگر شناخته شده و با آنان طبق مقررات قانون کار رفتار خواهد شد. افرادی که طبق قوانین خاص خود کارگر شناخته شده‌اند، مشمول مقررات این قانون نیستند. تشخیص مشاغل کارگری در وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی مشمول این قانون به‌عهده سازمان امور اداری و استخدامی کشور است».

با تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶ با اصلاحات بعدی) تقریباً حکمی مشابه حکم فوق تکرار شد. به‌موجب ماده ۱۲۴ قانون مذکور، «به‌کارگیری نیروی انسانی در برخی از مشاغل که سازمان [اداری و استخدامی کشور] اعلام می‌دارد در سقف پست‌های سازمانی مصوب و مجوزهای استخدامی براساس قانون کار امکان‌پذیر می‌باشد». در تبصره ماده مذکور مقرر شده است مجموع دریافتی اشخاص فوق نباید از ۱/۲ حقوق و مزایای کارکنان مشابه بیشتر باشد. شایان ذکر است، تبصره ۴ ماده ۱۱۷ قانون مذکور تأکید کرده کارمندی که با رعایت ماده (۱۲۴) مطابق قانون کار در دستگاه‌های اجرایی اشتغال دارند، از شمول این قانون مستثنا هستند. قابل توجه آنکه قانون‌گذار در حکم فوق از واژه «کارمند» برای متصدی مشاغل کارگری استفاده کرده است. همان‌طور که در ادامه بیان می‌شود، مقررات کنونی دچار سرگردانی مفهومی درخصوص اصطلاح «کارگر» و «کارمند» است. در وضعیت کنونی، به‌کارگیری اشخاص در دستگاه‌های دولتی براساس قانون کار، صرفاً در چارچوب شرایط مذکور در ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری و ضوابط ابلاغی سازمان اداری و استخدامی کشور در این زمینه قابل انجام است.

۱.۲. مبانی

همان‌طور که در آثار متعدد نگارش‌یافته در حوزه حقوق کار و حقوق اداری بیان شده،^۱ قانون‌گذار ایرانی از الگوی وحدت در قانون حاکم بر تنظیم شرایط کار استفاده نکرده است. با این توضیح که استخدام دولت تابع مقررات خاصی است که در قالب قانون استخدام کشوری، قانون مدیریت خدمات کشوری و سایر مقررات خاص استخدامی به تصویب رسیده است. اما مسئله اصلی چرایی به‌کارگیری برخی اشخاص براساس قانون کار و عدم شمول قوانین استخدام دولتی نسبت به آنهاست. در این زمینه دلایل مختلفی به این شرح قابل ذکر است:

۱.۲.۱. تفاوت در ماهیت وظایف مستخدمان دولت

گرچه تمامی عناصر مذکور در تعریف کارگر براساس ماده ۲ قانون کار (مصوب ۱۳۶۹ با اصلاحات بعدی)، در مورد مستخدمان

^۱ در بیشتر آثار نگاشته شده در این زمینه، به‌صورت تفصیلی در مورد مبانی نظام وحدت (همچون نظام انگلستان) یا دوگانگی مقررات استخدامی، بحثی مطرح نشده است. برای مثال، نک. امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۱۸۱. همچنین است در مورد دلایل توجیهی لزوم تبعیت بخشی از کارکنان دولت از قانون کار، ر.ک. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: سمت، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۵، ص ۱۴۵. برخی نیز اساساً متعرض هیچ یک از مباحث فوق نشده‌اند. ر.ک. موسی‌زاده، رضا، *حقوق اداری (۱-۲)*، تهران: میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۹، ص ۱۸۶.

دولت نیز صدق می‌کند، ماهیت وظایف واگذار شده به ایشان از حیث نمایندگی آنها در انجام وظایف حاکمیت در اداره امور عمومی کشور، اقتضا می‌کند روابط اشخاص مذکور تابع مقررات خاصی باشد. همین عامل موجب ایجاد مجموعه ضوابط و مقرراتی تحت عنوان حقوق اداری شده که مباحث استخدام دولتی نیز به‌عنوان یک سرفصل، ذیل آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. ویژگی‌های خدمات دولتی و وجود قوانین خاص استخدامی، دلیل عدم امکان تبعیت کارکن دولت از قانون کار برشمرده شده است^۱ براساس این دیدگاه، با توجه به کارکرد اصلی دستگاه‌های دولتی، که همانا ارائه خدمات عمومی است، ماهیت خدمات مذکور و اصول و موازین خاصی که بر ارائه یا مدیریت آن توسط دولت حاکم است، اقتضا می‌کند اشخاصی که بدین منظور استخدام می‌شوند، مشمول مقررات خاصی باشند که طبعاً متفاوت با مقررات مندرج در قانون کار خواهد بود. این درحالی است که شرایط فوق در مورد برخی از اشخاصی که در مشاغل کارگری استخدام می‌شوند، برقرار نیست. فلذا مبنایی برای عدم شمول قانون کار به عنوان قانون مادر در روابط کار، نسبت به آنها وجود ندارد.

۱.۲.۲. شخصیت حقوقی کارفرما

افزون بر عامل فوق، دولت در مقام اعمال حاکمیت از اقتداراتی برخوردار است که با کارفرمایان بخش غیردولتی تفاوت دارد. اقتدارات مذکور با هدف فراهم کردن امکان مدیریت خدمات کشوری توسط دولت اعطا شده^۲ و طیف وسیعی از اختیارات را نسبت به اختیارات قانونی کارفرمایان در بخش غیردولتی شامل می‌شود. در سوی مقابل، در مورد روابط تابع قانون کار، هنگامی که دولت شخصی را به‌عنوان کارگر استخدام می‌کند، جایگاه دولت از تأمین‌کننده منافع عمومی و تعیین‌کننده یک‌جانبه شرایط استخدامی، به نقش یک کارفرما تغییر می‌یابد و مانند دیگر کارفرمایان تابع قانون کار و آرای مراجع حل اختلاف کار خواهد بود.^۳ بر همین اساس بوده که شرکت‌های دولتی عمده در مقام انجام امور تصدی (در برابر اعمال حاکمیتی) تابع قانون استخدام کشوری نبوده‌اند.^۴ بر این اساس، در مشاغلی که اصطلاحاً تحت عنوان «کارگری» از آنها یاد می‌شود، دولت در مقام اعمال حاکمیت نیست؛ فلذا ضرورتی برای خروج مشاغل مذکور از شمول قانون کار وجود ندارد.

۲. چالش‌ها

در یک نگاه کلان، چالش‌ها و مشکلات متعددی را می‌توان برای اجرای قانون کار در دستگاه‌های دولتی برشمرد. لکن به دلیل اهمیت و با توجه به ماهیت هریک، موارد مذکور ذیل عناوین چالش‌های نظری، حقوقی و مدیریتی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲.۱. چالش‌های نظری

در این بند به بررسی چالش‌هایی پرداخته می‌شود که مبنای تئوریک (نظری) دارد یا ناظر بر اصول و موازین بنیادین نظام اداری کشور است.

۱. عراقی، سیدعزت‌الله، **حقوق کار (۱)**، تهران: سمت، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۱، صص ۱۳-۱۴.

۲. انصاری، ولی‌الله، **کلیات حقوق قراردادهای اداری**، تهران: حقوقدان و دانش‌نگار، چاپ پنجم، ۱۳۸۶، ص ۱۱۸.

۳. رنجبری، ابوالفضل، «بررسی وضعیت استخدامی کارگران شاغل در بخش عمومی»، **مطالعات حقوق تطبیقی معاصر**، دوره ۳، شماره ۵، ۱۳۹۱، ص ۵۶.

۴. گرچه با تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری، شرکت‌های مذکور از شمول قانون اخیر مستثنا نشدند.

۲.۱.۱. ابهام در تعیین معیارهای مشاغل کارگری از غیرکارگری؛ سرگردانی نظری در مورد مفهوم کارگر

ضمن تأکید بر تفاوت مفهوم عرفی و حقوقی «کارگر» و لزوم مبنا قرار دادن تعاریف حقوقی، قانون‌گذار در ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، ظاهراً مفهوم عرفی «کارگر» را مورد نظر داشته است. توضیح آنکه منظور از «کارگر» براساس ماده ۲ قانون کار «کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می‌کند». در این معنا، کارمندان دولت نیز داخل در تعریف مذکور قرار می‌گیرند و اگر برای آنها مقررات خاص استخدامی تصویب نشده بود، قانون مبنا برای تنظیم روابط کاری ایشان، قانون کار به‌مثابه قانون مادر حاکم بر کلیه روابط کار بود. این درحالی است که در عرف، «کارگر» به شخصی اطلاق می‌شود که مشغول امری است که جنبه یدی دارد و نوعاً توسط اشخاصی انجام می‌شود که تحصیلات دانشگاهی ندارند و انجام آن نیازمند تخصص چندانی نیست. همچنین درحالی که «کارمند» یا «مستخدم» دولت، براساس تعریف قانونی، شخصی است که در استخدام رسمی یا پیمانی یکی از دستگاه‌های دولتی است، اما در برداشت عرفی، ناظر بر شخصی است که متصدی انجام امور اداری و دفتری است.

در تحلیل ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری لازم به ذکر است، در قوانین و مقررات فعلی تعریف یا ضوابط مشخصی در مورد «مشاغل کارگری» ارائه نشده و صرفاً تشخیص آن برعهده سازمان اداری و استخدامی کشور قرار داده شده است. در این وضعیت، ظاهراً سازمان مذکور در تشخیص مشاغل مزبور تا حدودی مبسوط‌الید است و می‌تواند طیف قابل توجهی از مشاغل را داخل در اصطلاح فوق تشخیص دهد. مراجع قضایی از جمله دیوان عدالت اداری نیز در تشخیص مشاغل کارگری در وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی، بخشنامه سازمان اداری و استخدامی کشور را مبنا قرار داده و وارد بررسی معیارها و ضوابط تشخیص این دست مشاغل نشده‌اند.^۱ از نظر برخی نویسندگان، یکی از ایرادهای این شیوه تفکیک کارگران شاغل در دستگاه‌های دولتی از کارمندان، این است که تشخیص مشاغل کارگری را به خود آنها محول نکرده است تا بتوانند مقتضیات سازمان، وزارتخانه یا مؤسسه خود را در تفکیک مشاغل در نظر بگیرند^۲ البته به نظر می‌رسد حکم ماده ۱۲۴ فوق از این نظر قابل دفاع است؛ زیرا در صورت ملاک بودن تشخیص دستگاه‌ها در مورد مشاغل مذکور، با توجه به انعطاف موجود در به‌کارگیری اشخاص مذکور و نیز محدودیت‌های حاکم بر استخدام کارمندان، امکان به‌کارگیری نیروی انسانی در پست‌های مورد نیاز بدون طی تشریفات قانونی لازم برای استخدام وجود می‌داشت.

از نظر برخی حقوقدانان تشخیص مشاغل کارگری می‌تواند دست‌کم برمبنای سه ضابطه صورت پذیرد؛ نخست ضابطه شرکت در اعمال تصدی؛ دوم ضابطه خدمت در مؤسسه‌های صنعتی و بازرگانی کشور؛ سوم معیار خدمت عمومی. برمبنای ضابطه نخست، مزدبگیرانی که در وزارتخانه‌ها و مؤسسات عمومی عهده‌دار مشاغل ساده و غیرفنی‌اند و پیوند آنان با اداره بر پایه قرارداد است، تابع مقررات کارند.^۳ معیار دوم بر این مبنا استوار است که با توجه به سرشت و طبیعت سازمان‌های صنعتی و تجاری بهتر است کارمندان و کارگران شاغل در آنها مشمول قانون کار باشند؛ البته به‌استثنای مدیران که مستخدم کشور بوده^۴ و تحت حاکمیت قانون استخدام کشوری قرار می‌گیرند. براساس معیار سوم، در برخی از فعالیت‌های

۱. دادنامه شماره ۵۴۹ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

۲. همتی، مجتبی، «قلمرو شمول و استثنائات قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون کار؛ چالش‌ها و راهکارها»، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوقی/اداری، دوره ۴، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، ص ۲۶۷.

۳. در ارزیابی این دیدگاه باید اذعان داشت معیار «ساده» بودن مشاغل، خود محل بحث و اختلاف نظر است.

۴. اطلاق مشاغل کارگری بر کلیه اشخاص به‌کارگرفته شده در سازمان‌های مذکور (حتی با فرض مستثنا نمودن مدیران) کاملاً محل ایراد به نظر می‌رسد.

اجتماعی نهادهای کشوری مانند بیمه‌های اجتماعی، پیوند کارمندان با مؤسسه بر مبنای قانون کار است؛ چراکه این کارمندان اغلب برای کوتاه‌مدت استخدام می‌شوند و طبیعت کار این دست سازمان‌ها نیز چنین اقتضایی را دارد.^۱ معیارهای فوق محل بحث و اختلاف نظر است و چندان راهگشا به نظر نمی‌رسد.^۲

در سطح حقوقی، معاونت (وقت) توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور طی بند ۱ بخشنامه شماره ۲۰۰/۲۸۲۹۸ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۹ بدون اشاره به ملاک و معیار مورد نظر آن معاونت، مشاغل زیر را به عنوان مشاغل کارگری اعلام کرد: «پیشخدمت، سرایدار، نظافتچی، آبدارچی، نامه‌رسان، نگهبان، تلفنچی، متصدی تأسیسات، راننده (در صورت استفاده از وسیله نقلیه دولتی) و متصدی چاپ و تکثیر».^۳ همچنین به موجب بند ۲ بخشنامه فوق، دولت مکلف به انعقاد قرارداد کار مشخص (معین) در مورد اشخاص زیر شد: متصدی امور دفتری، ماشین‌نویسی، تکنسین هواپیما، آتش‌نشان، کارآموز حرفه و فن، متصدی نجات، مسئول ابلاغ و اجرا، متصدی امور مالیاتی، متصدی تخلیه و بارگیری، کمک کارشناس خدمات فرودگاهی، مأمور اجرایی محیط‌زیست، تکنسین دامپزشکی، بهیار، کمک‌بهیار، مسئول امور ارتوپدی، مددیار معلولین، بهورز، مأمور سالن تشریح، مراقب اقدامات تأمینی و تربیتی، تحویل‌دار، راننده مقامات (در صورت استفاده از وسیله نقلیه دولتی) و مأمور گارد و انتظامات.

بررسی تفصیلی بخشنامه مذکور مجال مستقلى می‌طلبد؛ اما با ملاحظه و تطبیق بندهای ۱ و ۲، پرسش‌هایی قابل طرح است؛ از جمله اینکه چرا راننده دستگاه باید مشمول بند ۱ باشد، اما راننده مقامات باید مشمول بند ۲ باشد؟ در هر حال، با توجه به مصادیق ذکر شده در بخشنامه معاونت وقت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور، ظاهراً برداشت عرفی از مفهوم کارگر مبنای تعیین مشاغل مذکور بوده است.

۲.۱.۲. تفاوت در اصول حاکم بر ورود به رابطه کار و ارتقای شغلی براساس قانون کار و قوانین

استخدامی بخش عمومی

اصول حاکم بر ورود به خدمت دولتی تا حدود قابل توجهی متأثر از اصول حاکم بر خدمات عمومی و نیز سایر اصول حقوقی حاکم بر دستگاه‌های دولتی همچون برابری و شایسته‌سالاری است. در واقع، اهمیت مشاغل عمومی که هدف از پیش‌بینی آنها تأمین خدمات عمومی و حفظ نظم عمومی است، مستلزم آن است که قانون‌گذار برای انتخاب افراد شایسته، شرایط و تشریفات الزام‌آوری برای ورود به خدمت در این مشاغل وضع کند که هم اداره و هم داوطلبان استخدام به

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، *حقوق اداری ایران*، تهران: توس، چاپ هفتم، ۱۳۸۳، صص ۶۰-۶۱.

البته کوتاه‌مدت بودن دوره استخدام منافاتی با شمول قوانین استخدام دولتی بر آنها ندارد؛ چه آنکه امکان استخدام پیمانی در این موارد وجود دارد. همچنین منظور از «طبیعت کار» این سازمان‌ها مشخص نیست.

۲. در خصوص معیار نخست، با توجه به ایرادهایی که به نظریه تفکیک اعمال حاکمیت و تصدی وارد شده و با عنایت به اینکه نظریه مذکور حتی در خاستگاه اصلی خود (فرانسه) نیز دیگر اعتبار سابق را ندارد، ابتدای تشخیص مشاغل کارگری براساس معیار اعمال تصدی با همان اشکالات مواجه است. در خصوص معیار دوم، در نظام حقوقی کنونی ایران، مصادیق مؤسسه‌های صنعتی و بازرگانی مشخص نیست. مگر آنکه گفته شود منظور شرکت‌های دولتی است که این دیدگاه نیز با سیاست قانون‌گذار در تسری احکام قانون مدیریت خدمات کشوری به شاغلان در شرکت‌های دولتی سازگار به نظر نمی‌رسد. در مورد معیار سوم نیز تناسب میان نوع خدمات عمومی و شمول قانون کار بر اشخاص شاغل به کار در آن حوزه مشخص نیست.

۳. شایان ذکر است قبل از بخشنامه فوق، به موجب بخشنامه شماره ۱۳۰۱/۹ مورخ ۱۳۶۴/۶/۶ سازمان اداری و استخدامی کشور، مجموعاً ۳۲ رشته شغلی را به عنوان مشاغل کارگری اعلام کرده بود.

رعایت آنها ملزم‌اند. در مورد این شرایط و الزامات، امکان تراضی و توافق و تبادل اراده وجود ندارد^۱ درحالی که براساس پیش‌فرض‌های قانون کار، کارفرما آزادی قابل توجهی در انتخاب کارگر دارد. قانون‌گذار برای پذیرش متقاضیان برای ورود به خدمت دولتی، افزون بر شرایط عمومی و تخصصی، فرایندهای متعددی را تعیین کرده است؛ همچون ورود به خدمت براساس مجوزهای صادره و تشکیلات مصوب، اصل رعایت مراتب شایستگی و تخصص، اصل رعایت برابری در فرصت‌های شغلی شرکت در آزمون ورودی، مصاحبه و گزینش. به عبارتی، دستگاه‌های دولتی در انتخاب مستخدمان دولت تابع ضوابط و فرایندهای ازپیش تعیین‌شده هستند.^۲ تفاوت در وضعیت قانون کار در این زمینه موجب شده امکان استفاده از خدمات اشخاص بدون محدودیت‌های عمومی حاکم بر استخدام دولتی فراهم شود.

البته گرچه در خصوص استخدام کارگران اصل بر آزادی انتخاب است، کارفرما ملزم به رعایت برخی الزامات همچون حق تقدم در استخدام (موضوع ماده ۳۰ قانون کار در ارتباط با تعطیلی کارگاه به موجب قوه قهریه)، ممنوعیت تبعیض در استخدام (برمبنای اصول ۱۹، ۲۰ و ۲۸ قانون اساسی و همچنین مقاوله‌نامه شماره ۱۱۱ سازمان بین‌المللی کار) و محدودیت‌های مربوط به سن (موضوع ماده ۷۹ قانون کار) و تابعیت (موضوع ماده ۱۲۰ قانون کار) است.^۳

۲.۲. چالش‌های حقوقی

در اینجا به بررسی چالش‌هایی پرداخته می‌شود که ماهیت حقوقی آنها غلبه دارد و در برخی موارد، اجرای قانون کار را ناممکن یا متعذر و در سایر موارد با پیامدهای منفی مواجه می‌کند.

۲.۲.۱. تفاوت در مراجع ذی‌صلاح برای رسیدگی به اختلافات کار و نیز تخلفات کارگر / کارمند

در نظام حقوق فعلی برای رسیدگی به شکایات استخدامی کارکنان دولت مرجع شبه قضایی پیش‌بینی نشده و شکایات کارکنان مذکور به استناد بند ۳ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحیه ۱۴۰۲)، مستقیماً در شعب بدوی دیوان عدالت اداری مطرح می‌شود. این در حالی است که رسیدگی به اختلافات کار براساس ماده ۱۵۷ قانون کار، ابتدا از طریق سازش و سپس توسط هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کار (به عنوان یک مرجع شبه قضایی) مورد رسیدگی قرار می‌گیرند^۴ آرای قطعی مراجع مذکور قابلیت اعتراض در شعب تجدیدنظر دیوان عدالت اداری را دارند. شماری از آرای دیوان ازجمله دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۴۰۲۵۳۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۵ شعبه ۴ دیوان، رسیدگی مستقیم به دعوی استخدامی کارکنان دستگاه‌های اجرایی را که تابع قانون کار می‌باشند، خارج از صلاحیت دیوان دانسته است. همچنین به موجب دادنامه شماره ۳۳۶ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به دعاوی استخدامی اشخاص موضوع ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری برعهده هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کار دانسته شده است. برخی نویسندگان در نقد رویه دیوان عدالت اداری مشمولین ماده ۱۲۴ قانون فوق را مستخدم دولت محسوب کرده و استدلال کرده‌اند که فقط به کارگیری آنها براساس قانون کار خواهد بود، اما دعوی استخدامی ایشان باید در صلاحیت دیوان قرار گیرد. این مدعا بر مبنای دلایلی همچون شخصیت حقوق عمومی اداره و در نتیجه

۱. همان، ص ۱۵۲.

۲. رستمی، ولی، *گفتارهایی در حقوق اداری: کاربردی و نظری*، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۷، صص ۱۰۳-۱۰۱.

۳. عراقی، پیشین، صص ۱۸۹-۱۹۲.

۴. رستمی، ولی و سمیرا اصغری، «مراجع صالح جهت رسیدگی به شکایات استخدامی در نظام حقوقی ایران (ابهامات و راهکارها)»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۷، شماره ۴۸، ۱۳۹۴، ص ۳۰.

قرار گرفتن وضعیت استخدامی اشخاص مذکور در در چارچوب حقوق عمومی،^۱ مفاد رأی وحدت رویه شماره ۴۲۸ و ۴۲۹ دیوان عدالت اداری درخصوص پرداخت عیدی به کارکنان دولت و تمایزگذاری این نهاد میان کارگران بخش دولتی و بخش خصوصی و همچنین استفاده از لفظ کارمند در تبصره ماده ۱۲۴ قانون فوق برای این دست افراد و در نتیجه استناد به ماده ۷ قانون مذکور مبنی بر تعریف کارمند به عنوان فردی که مطابق ضوابط و مقررات به موجب حکم یا قرارداد به خدمت دستگاه اجرایی درمی آید،^۲ استوار است. با وجود این، دیدگاه فوق، تحلیل نویسندگان از مقررات قانونی است و در صلاحیت هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کار در رسیدگی به شکایات کارگران دستگاه‌های دولتی، تردیدی وجود ندارد.

نکته دیگر قابل ذکر آنکه ترکیب هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کار با رعایت اصل سه‌جانبه‌گرایی متشکل از نمایندگان کارگران، کارفرمایان و دولت است. بر این اساس، نظام رسیدگی به شکایات کار براساس قانون کار و قوانین استخدام دولتی کاملاً متفاوت است. بر این اساس، اصل سه‌جانبه‌گرایی به عنوان یکی از اصول مهم حاکم بر حقوق کار، در نظام رسیدگی به اختلافات ناشی از استخدام دولتی مورد توجه نبوده و دولت غالباً به صورت یک‌جانبه اقدام به تعیین شرایط کار و حل و فصل اختلافات می‌کند.

همچنین مرجع رسیدگی به تخلفات^۳ اداری کارکنان دولت، هیئت‌های (بدوی و تجدیدنظر) رسیدگی به تخلفات اداری است که در بدنه دستگاه‌های دولتی ایجاد می‌شوند. آرای مراجع مذکور نیز قابلیت اعتراض در شعب تجدیدنظر دیوان عدالت اداری را دارد. در سوی مقابل، رسیدگی به تخلفات کارگران براساس آیین‌نامه انضباطی کارگاه است و لذا نظام رسیدگی به تخلفات اخیر نیز کاملاً متفاوت با رسیدگی به تخلفات کارکنان دولت است. در این زمینه ماده ۱۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری اشعار داشته است: «...مشمولان قانون کار از شمول این قانون خارج بوده و تابع مقررات مربوط به خود خواهند بود». در دادنامه شماره ۱۳۲۴-۱۳۲۵ مورخ ۱۴۰۰/۵/۱۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مقرر شده است: «بخشنامه شماره ۲۶۷۴۵۱-۲۶/۵/۱۳۹۹ سازمان اداری و استخدامی کشور که متضمن رسیدگی هیئت رسیدگی به تخلفات اداری به تخلفات افرادی است که با قراردادهای موضوع قانون کار در سمت‌های اداری یا مدیریتی اشتغال دارند، خلاف قانون و خارج از حدود اختیار است».

باری، دوگانگی در نظام رسیدگی به اختلافات کار و نیز تخلفات کارگر/ کارمندان شاغل دستگاه‌های دولتی به ترتیبی که در بالا به آن اشاره شد، مبنای قابل دفاع و موجهی ندارد.

۲.۲.۲. تفاوت در مبانی تعیین حقوق مادی و غیرمادی کارمندان و کارگران

تعیین حقوق کارکنان دولت وفق ماده ۶۴ قانون مدیریت خدمات کشوری براساس امتیاز حاصله از عوامل شغل و شاغل و فوق‌العاده‌های مستمر و غیرمستمری است که ضوابط آن در قانون فوق و مقررات ناشی از آن به تفصیل بیان شده است. در حالی که دولت در روابط کار، اصل را بر توافق طرفین (به شرط رعایت حداقل حقوق تعیین شده توسط شورای عالی کار)

۱. نجابت‌خواه، مرتضی و فرهنگ فقیه لاریجانی، «تأملی در صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعای ناشی از قراردادهای استخدامی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۱۷۳-۱۷۲.

۲. همان، ص ۲۳۳.

۳. برخی نویسندگان، پیشنهاد تشکیل هیئت‌های رسیدگی به شکایات استخدامی را با تحلیل الگوهای قابل اقدام در این زمینه ارائه کرده‌اند. ر.ک. تنگستانی، محمدقاسم، «امکان‌سنجی تشکیل هیئت‌های رسیدگی به شکایات استخدامی کارکنان دستگاه‌های دولتی؛ مبانی، الگوها، چالش‌ها و راهکارها»، فصلنامه حقوق اداری، دوره ۹، شماره ۳۱، ۱۴۰۱، صص ۸۷-۸۳.

قرار داده است. بر این اساس، طرفین رابطه کار براساس قانون کار، اختیارات بیشتری^۱ در تعیین حقوق و دستمزد دارند. همین امر موجب شده قانون‌گذار در تبصره ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، سقف مشخصی را برای تعیین حقوق مشاغل کارگری تعیین کند. اما اجرای حکم مذکور عملاً ناممکن است؛ زیرا مقرر شده حقوق کارگران نباید از ۱/۲ حقوق «کارمندان مشابه» بیشتر شود. درحالی که صاحبان مشاغل کارگری، اساساً فاقد «کارمندان مشابه» خود هستند. مشخص نیست اشخاصی همچون نظافتچی، با حقوق کدام «کارمند مشابه» تطبیق داده می‌شود. افزون بر حقوق و مزایا، پاداش پایان سال کارکنان دولت نیز تفاوت قابل توجهی با کارگران مشمول قانون کار دارد. به موجب ماده واحده قانون مربوط به تعیین عیدی و پاداش سالانه کارگران شاغل در کارگاه‌های مشمول قانون کار مصوب ۱۳۷۰ «کلیه کارفرمایان کارگاه‌های مشمول قانون کار مکلف‌اند به هریک از کارگران خود به نسبت یک سال کار، معادل شصت روز آخرین مزد، به‌عنوان عیدی و پاداش بپردازند و مبلغ پرداختی از این بابت به هریک از کارکنان نبایستی از معادل نود روز حداقل مزد روزانه قانونی تجاوز کند». درحالی که به موجب ماده ۷۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، امتیاز میزان عیدی پایان سال کارمندان معادل (۵۰۰۰) است. متعاقب اختلاف رویه شعب دیوان در مورد مبانی قانونی پرداخت پاداش پایان سال کارگران دستگاه‌های دولتی، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به‌موجب دادنامه شماره ۱۴۰۱۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۰۰۴ مورخ ۱۴۰۰/۱۲/۱۷ اشخاص مذکور را مستحق دریافت پاداش مذکور مشابه سایر کارگران مشمول قانون کار (و نه بر اساس مقررات حاکم بر مستخدمان دولت) دانست. اجرای دادنامه فوق با توجه به تفاوت بسیار قابل توجهی که پاداش پایان سال براساس قانون کار و قانون مدیریت خدمات کشوری دارد، افزون بر داشتن بار مالی قابل توجه برای دولت، موجب پیامدهای منفی اداری نیز می‌شود.

۲.۲.۳. خلاصه برخی از احکام مندرج در قانون مدیریت خدمات کشوری در قانون کار

قانون مدیریت خدمات کشوری و سایر مقررات خاص استخدامی مشتمل بر احکامی در مورد وظایف مستخدمان و نیز دستگاه‌های دولتی است که مشابه آن در قانون کار و مقررات ناشی از آن یافت نمی‌شود که از جمله می‌توان به تکلیف کارمندان براساس ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری در مواجهه با امر خلاف قانون مقامات اداری اشاره کرد. همچنین است احکام مندرج در ماده ۹۰ قانون فوق در زمینه کیفیت انجام وظایف کارمندان دولت، ماده ۹۳ در مورد انجام وظیفه در خارج از ساعت اداری و ماده ۹۴ در مورد ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل دولتی. چنانچه کارگر مشغول به کار در مشاغل کارگری، موارد مندرج در مواد فوق را رعایت/اجرا نکند، به‌لحاظ حقوقی اصولاً مرتکب تخلف نشده است؛ درحالی که در لزوم رعایت آنها هیچ‌گونه تفاوتی میان شمول قانون مدیریت خدمات کشوری یا قانون کار وجود ندارد.

۲.۲.۴. الزام به اجرای طرح طبقه‌بندی مشاغل کارگری و چالش‌های اجرای آن در دستگاه‌های

دولتی

به‌منظور جلوگیری از بهره‌کشی از کار دیگری، استقرار مناسبات صحیح کارگاه با بازار کار در زمینه مزد و مشخص بودن شرح وظایف و دامنه مسئولیت مشاغل مختلف در کارگاه و به استناد مواد ۴۸ تا ۵۰ قانون کار، وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی موظف شده نظام ارزیابی و طبقه‌بندی مشاغل را با استفاده از استاندارد مشاغل و عرف مشاغل کارگری در کشور تهیه کند و به مرحله اجرا درآورد. کارفرمایان مشمول قانون کار موظف‌اند با همکاری کمیته طبقه‌بندی مشاغل

^۱. البته نباید اختیارات دستگاه دولتی مربوط در تعیین فوق‌العاده‌های موضوع ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری را نادیده انگاشت.

کارگاه یا مؤسسات ذی صلاح، طرح طبقه‌بندی مشاغل را تهیه کنند و پس از تأیید وزارت فوق به مرحله اجرا درآورند. این درحالی است که وفق قانون استخدام کشوری، اجرای طرح طبقه‌بندی مشاغل دستگاه‌های دولتی برعهده سازمان اداری و استخدامی کشور است.^۱ دوگانگی درخصوص مرجع ذی صلاح در اجرای مقررات فوق، عملاً دستگاه‌های دولتی را با مشکل مواجه کرده است؛ صرف‌نظر از اینکه معیارها و ضوابط مورد عمل در وزارت کار اصولاً تناسبی با وضعیت دستگاه‌های دولتی ندارد.

همچنین اجرای طرح فوق در تعیین حقوق و دستمزد کارگران مؤثر خواهد بود؛ امری که ممکن است رعایت الزامات تعیین شده درخصوص حقوق قابل پرداخت به کارگران براساس ضوابط ابلاغی سازمان اداری و استخدامی کشور را تحت‌الشعاع قرار دهد. باوجوداین، در وضعیت کنونی به لحاظ حقوقی ابهامی در اصل لزوم اجرای طرح فوق در دستگاه‌های دولتی دارای کارگر مشمول قانون کار وجود ندارد.

۲.۲.۵. تفاوت در شرایط قانونی خاتمه دادن به قرارداد کار

در وضعیت کنونی جز در مورد مستخدمین رسمی، قرارداد پیمانی کارکنان مربوط به صورت سالانه تمدید می‌شود و هیچ‌گونه الزامی برای تمدید آن وجود ندارد. همچنین امکان اخراج مستخدمان رسمی و پیمانی با حکم هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری وجود دارد. درحالی که وضعیت این موضوع در قانون کار کاملاً متفاوت است. در قانون کار، تشریفات خاصی برای اخراج کارگر از حیث تأیید قبلی آن توسط هیئت‌های تشخیص داده و حل اختلاف کار در نظر گرفته شده که رعایت نکردن آن تخلف است. دوگانگی شرایط حاکم بر خاتمه دادن به خدمت اشخاص به کارگرفته شده توسط دستگاه‌های دولتی صرفاً براساس قانون حاکم بر روابط کاری آنها، فاقد توجیه منطقی است. ضمن آنکه باید تأکید داشت مقررات قانون کار، اقتضائات مربوط به مدیریت روابط استخدامی توسط دولت را به نحو مناسب تأمین نمی‌کند.

۲.۲.۶. تعذر در امکان اجرای برخی مقررات قانون کار همچون پیمان‌های دسته‌جمعی کار و

تشکل‌های کارگری و کارفرمایی

ضوابط استخدام دولت به موجب قوانین و مقررات مربوط، تعیین شده و در عمده موارد، دستگاه دولتی و کارمند امکان تغییر آن را ندارند. ازسوی مقابل، امکان انعطاف در تعیین شرایط کار براساس قانون کار وجود دارد. همچنین باید اشاره داشت نقش تشکل‌های کارگری و کارفرمایی در تنظیم شرایط کار براساس قانون کار، پررنگ است. البته منعی از حیث تشکیل سندیکاهای خاص کارمندان دولت وجود ندارد؛ اما کارکرد آنها درهرحال متفاوت با نمونه مشابه در مورد کارگران مشمول قانون کار است. همچنین تنظیم شرایط کار براساس پیمان‌های دسته‌جمعی کار در مورد مشاغل کارگری دستگاه‌های دولتی منتفی است. بنابراین، دو فصل مهم از قانون کار در خصوص کارگران مشغول در دستگاه‌های دولتی به صورت کامل قابلیت اجرا ندارد.

۲.۳. چالش‌های مدیریتی و اداری

اجرای قانون کار حسب مورد ممکن است مدیریت یکپارچه امور استخدامی کارکنان دولت و حسن جریان امور اداری بر اساس اسناد بالادستی را با مشکلاتی مواجه کند.

۱. طباطبائی مؤتمنی، پیشین، ص ۱۵۴.

۲.۳.۱. تفاوت در مرجع ذیصلاح برای مدیریت امور استخدامی

با عنایت به مسئولیت رئیس‌جمهور در امور اداری و استخدامی کشور براساس اصل ۱۲۶ قانون اساسی، سازمان اداری و استخدامی کشور^۱ اختیارات رئیس‌جمهور در خصوص دو مقوله اخیر را مدیریت می‌کند. این درحالی است که متولی مدیریت روابط کار طبق قانون کار، وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی است. حاکمیت قانون کار نسبت به برخی از اشخاص شاغل به کار در دستگاه‌های دولتی، موجب مسئولیت همزمان دو مرجع فوق درخصوص ساماندهی وضعیت کار طبق قوانین مربوط می‌شود؛ امری که می‌تواند موجب ناهماهنگی در اداره روابط کار در دستگاه‌های دولتی شود. درحالی‌که موضوع ماهیت استخدامی دارد، سازمان اداری و استخدامی کشور مسئولیت ارائه طریق دارد؛ اما از آن لحاظ که موضوع مربوط به اجرای قانون کار می‌شود، وزارت کار باید ورود کند.

۲.۳.۲. توسعه غیررسمی تشکیلات دولت و به‌کارگیری اشخاص با قرارداد کار در مشاغل

غیرکارگری

با عنایت به محدودیت‌ها و بعضاً ممنوعیت‌هایی که برای استخدام کارکنان دستگاه‌های دولتی در قوانین مدیریت خدمات کشوری و برنامه‌های توسعه پیش‌بینی شده و نیز با توجه به بازنشستگی تعداد قابل توجهی از کارکنان دولت طی دهه اخیر، دستگاه‌های دولتی برای جبران نیروهای موردنیاز خود به سایر ابزارهای قانونی قابل استناد نظیر انعقاد قرارداد خرید خدمات مشاوره (به استناد ماده ۲۴ آیین‌نامه خرید خدمات مشاوره)، قرارداد کار معین و کار ساعتی (براساس تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری) و نیز تأمین نیرو از طریق انعقاد قرارداد با شرکت‌های تأمین‌کننده نیروی انسانی (وفق ماده ۱۷ قانون اخیر) کرده و می‌کنند. همچنین بخشی از اشخاصی که با آنها قرارداد کارگری موضوع ماده ۱۲۴ قانون اخیر منعقد شده، عملاً در موقعیت‌های اداری و وظایف مربوط به پست‌های سازمانی آن دستگاه (خارج از مصادیق مشاغل کارگری) مورد استفاده قرار می‌گیرند. واقعیت‌های فوق و نیز امکان انعطاف در تعیین حقوق کارگران موجب شده سیاست کلی دولت در کاهش تشکیلات و کاستن از هزینه‌های عمومی عملاً به نحو مطلوب محقق نشود؛ گرچه در آمارهای رسمی تعداد کارکنان رسمی و پیمانی کاهش قابل توجهی داشته است.

۳. راهکارها

با عنایت به چالش‌های پیش‌روی اجرای قانون کار، راهکارهایی متفاوتی را می‌توان برای رفع یا کاهش آثار منفی آنها در نظر گرفت. در این بند ضمن اشاره به مهم‌ترین راهکارهای قابل ارائه، مزایا و معایب هریک نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳.۱. واگذاری امور مرتبط با مشاغل کارگری به شرکت‌های تأمین‌کننده نیروی انسانی / پیمانکاری

گزینه نخست برای رفع چالش‌های مشاغل کارگری در دستگاه‌های دولتی، عدم استخدام کارگر براساس قانون کار و واگذاری امور به شرکت‌های تأمین‌کننده نیروی انسانی/پیمانکاری براساس ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری است.

^۱ البته ایجاد این سازمان به ماده ۱۰۳ قانون استخدام کشوری (مصوب ۱۳۴۵) برمی‌گردد. سازمان مذکور و سازمان برنامه و بودجه کشور بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، تحولات زیادی را تجربه کرده‌اند؛ از ادغام و ایجاد سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور تا انحلال و ایجاد دو معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور و معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور و نیز مجدداً احیای سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور تا در نهایت، ایجاد دو سازمان مستقل در وضعیت کنونی: سازمان اداری و استخدامی کشور/ سازمان برنامه و بودجه کشور.

مزیت این گزینه، درگیر نشدن دستگاه‌های دولتی در روابط کار بخشی از اشخاص مشغول به کار در دستگاه خود و کاستن از حجم تشکیلات اداری است؛ امری که در انطباق با سیاست‌های کلی نظام اداری و سایر اسناد بالادستی مربوط است. درواقع، اشخاصی که بدین ترتیب در دستگاه‌های اجرایی به کار گرفته می‌شوند، فاقد هرگونه رابطه استخدامی با این دستگاه‌ها بوده، کارگر شرکت‌ها پیمانکاری محسوب می‌شوند و دستگاه اجرایی هیچ‌گونه تعهد استخدامی در قبال این کارگران نخواهد داشت. از معایب این گزینه می‌توان به امکان تضییع حقوق کارگران شرکت‌های مذکور، نابرابری در تعیین حقوق اشخاص دارای کار نسبتاً مشابه، امکان به کارگیری آنها در مشاغل اداری، غلبه تعداد نیروهای شرکتی نسبت به مستخدمین دولت در برخی واحدها و در نهایت، افزایش هزینه‌های عمومی به خصوص با توجه به لزوم پرداخت بالاسری به شرکت مربوطه اشاره کرد. البته در خصوص تأمین حقوق استخدامی کارگران می‌توان از راهکار الزام شرکت‌های پیمانکاری ازسوی دولت به رعایت حقوق استخدامی کارگران از طرفی همچون منوط کردن پرداخت‌های مرحله‌ای و تسویه حساب نهایی به پرداخت حقوق کارگران و نیز پرداخت حق بیمه آنها، ارائه بیمه مسئولیت مدنی توسط شرکت مربوط و الزام به پرداخت حقوق کارگران از طریق تراکنش‌های بانکی، از اجرای تکالیف قانونی توسط شرکت‌های مذکور اطمینان حاصل کرد.

شایان ذکر است، سازمان اداری و استخدامی کشور اخیراً (۱۴۰۲/۴/۲۷) پیش‌نویس «آیین‌نامه ساماندهی خرید خدمات حجمی و شرکت‌ها و مؤسسات خدماتی و تأمین نیروی انسانی موضوع ماده (۱۷) قانون مدیریت خدمات کشوری» را به منظور اخذ مشارکت عمومی در تدوین مقررات دولتی، در «سامانه جمع‌نویسی» قرار داده است.^۱ با بررسی متن پیش‌نویس مذکور، نکاتی به شرح زیر قابل ذکر به نظر می‌رسد:

اولاً تدوین آیین‌نامه فوق گامی در راستای «ساماندهی» وضعیت نامطلوب موجود برای حصول اطمینان از حسن جریان امور در واگذاری خدمات حجمی قابل واگذاری به شرکت‌های غیردولتی محسوب می‌شود؛ فلذا اقدامی کاملاً موجه است؛ ثانیاً خدمات مشمول پیش‌نویس آیین‌نامه فوق اموری است که «قابلیت مشخص کردن فعالیت، حجم کار معین و قیمت گذاری هر واحد باشد». بررسی مصادیق امور مذکور حاکی از آن است که عناوین یادشده با عناوین مشاغل کارگری موضوع بخشنامه معاونت وقت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور در اجرای ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری همخوانی دارد. اموری «از قبیل حمل‌ونقل، تعمیر و نگهداری ساختمان و ماشین‌آلات، امور آشپزخانه و رستوران، خدمات عمومی (نظیر نامه‌رسانی، تلفنچی، نظیفات، امور آبدارخانه، پیشخدمتی)، نگهداری و خدمات فضای سبز، چاپ و تکثیر، امور بهره‌برداری از تأسیسات، خدمات بهداشتی و درمانی و نظایر آن» با امور یازده‌گانه معاونت فوق همخوان است.

ثالثاً به موجب ماده ۷ پیش‌نویس آیین‌نامه فوق، هرگونه به کارگیری کارکنان جدید در مشاغل موضوع این ماده براساس ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری امکان‌پذیر نیست. این امر حاکی از رویکرد دولت (سازمان اداری و استخدامی کشور) مبنی بر انجام امور مربوط به مشاغل کارگری از طریق شرکت‌های ذی‌صلاح است. این درحالی است که رویکرد کنونی قانون‌گذار، به‌ویژه با توجه به مفاد طرح ساماندهی استخدام کارکنان دولت، که در مرحله رفع ایرادهای شورای نگهبان در مجلس شورای اسلامی است، انعقاد قرارداد مستقیم با کارگران شرکت‌های تأمین‌کننده نیروی انسانی و لغو ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری است.

^۱. قابل دسترسی از طریق نشانی: <https://jamnevisi.ir/law/77/////participate>

۳.۲. انعقاد قراردادهای کار معین با صاحبان مشاغل کارگری

گزینه دوم، انعقاد قرارداد کار معین با صاحبان مشاغل کارگری است. در توجیه این گزینه می‌توان چنین گفت که در وضعیت کنونی اشخاص به کار گرفته شده براساس قرارداد کار معین و ساعتی به استناد ماده تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، بسیار قابل توجه بوده، چالشی در ضوابط حاکم بر به کارگیری ایشان وجود ندارد. براساس یک نظر (که محل ایراد است)، اشخاص مذکور نه تابع قانون کارند و نه مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری (یا سایر مقررات خاص استخدامی). در نقد این گزینه باید توجه داشت نظام حقوقی حاکم بر اشخاص فوق نیز از روشنی و توجیه کافی برخوردار نیست. اشخاص مذکور در هر حال باید تابع قانون مشخصی باشند و عدم تبعیت روابط کاری آنها از قانونی مشخص قابل توجیه نیست.^۱ همچنین ایرادهای دیگری نیز به این روش به کارگیری نیروی انسانی وارد است؛ از جمله تداخل و هم پوشانی با سایر انواع استخدام، درخواست‌های مکرر برای تمدید قرارداد و تبدیل وضعیت اشخاص با قرارداد ساعتی یا کار معین، ورود به دستگاه دولتی بدون شرکت در آزمون رقابتی و در نتیجه اجحاف به سایر داوطلبان ورود به خدمت دولت. امری که موجب شده برخی نویسندگان ضمن اذعان به ناکارآمدی این روش، لغو آن را پیشنهاد نمایند.^۲ همچنین پیشنهاد انعقاد قرارداد با شرکت‌های پیمانکاری ذی صلاح برای انجام امور مربوط ارائه شده است.^۳

واکاوی تفصیلی این موضوع مهم که روابط استخدامی یا کاری اشخاص فوق تابع چه قانونی است، از مجال این نوشتار خارج است؛ اما ذکر این نکته مهم ضروری است که روابط مذکور در هر حال باید یا تابع قانون کار باشد یا یکی از قوانین استخدامی دولتی (اعم از مقررات عام یا خاص)؛ فلذا قائل شدن به این دیدگاه، که روابط کار اشخاص فوق صرفاً تابع قرارداد منعقد شده است، با ایراد جدی ابهام در تعیین مقررات حاکم بر آن روابط مواجه است. توضیح آنکه امکان درج کلیه احکام استخدامی مربوط، مشابه آنچه در قانون کار و قانون مدیریت خدمات کشوری و ضوابط ناشی از آنها صورت گرفته، در متن و حتی پیوست قراردادها عملاً منتفی است. از نظر نویسندگان، در شرایط کنونی روابط کار اشخاص به کار گرفته شده براساس قرارداد کار معین، تابع قانون کار است؛ گرچه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با دیدگاه مذکور موافقت ندارد. به موجب دادنامه وحدت رویه شماره ۳۱ مورخ ۱۳۹۵/۱/۲۴ هیئت عمومی دیوان، اشخاص دارای قرارداد کار معین، تابع قانون کار نیستند. قابل توجه آنکه معاونت حقوقی ریاست جمهوری نیز پیش‌تر طی نظریه شماره ۱۲۲۸۸/۴۱۹۱۲ مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۱۵ اعلام کرده بود، اشخاص فوق تابع قانون مدیریت خدمات کشوری نیستند. با عنایت به مراتب فوق و با توجه به مشکلات کنونی در خصوص نظام حقوقی حاکم بر اشخاص بکار گرفته شده براساس قرارداد کار معین، تسری قراردادهای مذکور به مشاغل کارگری از توجیه لازم برخوردار نیست.

۳.۳. شمول قوانین استخدام دولتی نسبت به مشاغل کارگری

واپسین گزینه قابل طرح، ضمن تأکید بر لزوم استخدام اشخاص در مشاغل کارگری توسط دولت، نوع استخدام آنها را متفاوت با سایر کارکنان نمی‌بیند. توضیح آنکه دولت به جای آنکه خود را با چالش‌ها و مشکلات اجرای قانون کار در

^۱ از نظر نویسندگان مقاله پیش‌رو، روابط کاری اشخاص به کار گرفته شده براساس قرارداد کار معین و کار ساعتی، مشمول قانون کار است.

^۲ کاویانی، حسن و فهیمه غفرانی، «واکاوی ابعاد به کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری (موضوع تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری)»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۷۰۲۴، ۱۳۹۹، ص ۱۱۳.

^۳ بیگلویی، آیدا و علی فقیه حبیبی، «چالش‌های استخدامی کارگران بخش عمومی و دولتی مشمول تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری»، مجله پژوهش و مطالعات علوم اسلامی، دوره ۲، شماره ۱۵، ۱۳۹۹، ص ۱۷.

دستگاه‌های دولتی مواجه کند، برای مشاغل کارگیری نیز پست سازمانی تعریف کند و اشخاص مورد نیاز را براساس ضوابط و فرایندهای مندرج در قانون مدیریت خدمات کشوری، استخدام کند. بدیهی است، با توجه به ماهیت این قبیل مشاغل، نوع استخدام پیمانی برای آنها از توجیه بیشتری برخوردار است. البته این گزینه نیز بدون چالش نیست؛ زیرا از سوی مقابل ممکن است اجرای بخشی از احکام قانون مدیریت خدمات کشوری متناسب با وضعیت آنها نباشد. باوجوداین به نظر می‌رسد مشکل فوق با تعیین شرایط عمومی و تخصصی (در صورت لزوم) متناسب با وضعیت مشاغل مذکور و نیز پیش‌بینی نحوه ارتقای آنها با لحاظ احکام خاص در قانون مذکور یا آیین‌نامه اجرایی مربوطه قابل رفع است. اجرای این راهکار نیازمند اصلاح قانون است و در نهایت موجب افزایش تعداد مستخدمان دولت می‌شود. به نظر می‌رسد ایراد اخیر جز از نظر آماری، به لحاظ مالی برای دولت مشکلی را ایجاد نمی‌کند.

باری، با عنایت به مزایا و معایب هریک از راهکارهای ارائه‌شده، به نظر می‌رسد در نهایت گزینه واگذاری امور قابل انجام توسط کارگران به شرکت‌های تأمین‌کننده نیروی انسانی یا شرکت‌های پیمانکاری، نسبت به سایر گزینه‌ها در اولویت باشد. راهکار اخیر ضمن عدم افزایش نقش دولت در ارائه خدمات عمومی و جلوگیری از توسعه تشکیلات دولتی، با واگذاری انجام امور مورد نظر دستگاه دولتی به شرکت‌های غیردولتی ذی‌صلاح، زمینه رفع نیاز از دستگاه دولتی را فراهم می‌کند. باوجوداین، باید بر لزوم ساماندهی وضعیت شرکت‌های اخیر و اتخاذ تدابیر لازم برای جلوگیری از نقض حقوق کارگران مربوط تأکید کرد.

نتیجه‌گیری

بازنگری در الگوهای استخدام دولتی از طریق آسیب‌شناسی وضعیت کنونی و طراحی الگوی متناسب با شرایط دستگاه‌های دولتی ایران، یکی از مهم‌ترین اقدامات لازم در حوزه نظام استخدام دولتی است. در وضعیت کنونی گرچه بدنه اصلی کارکنان دولت را کارمندان رسمی و پیمانی تشکیل می‌دهند، در کنار آنها، اشخاص دیگری نیز براساس قرارداد کار معین و ساعتی و نیز قرارداد کار تابع قانون کار در مشاغل کارگری موضوع تبصره ماده ۴ قانون استخدام کشوری و ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری به‌کار گرفته شده‌اند. با عنایت به تعدد عناوین و عمومیت مشاغل کارگری احصاشده توسط معاونت وقت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور در کلیه دستگاه‌های دولتی، بررسی وضعیت حقوقی روابط کاری صاحبان مشاغل اخیر با دولت و به صورت مشخص، چالش‌های اجرای قانون کار در دستگاه‌های دولتی، مبنای تهیه نوشتار حاضر بوده است.

چالش‌های فوق در برخی موارد موجب دوگانگی در مرجع مسئول برای مدیریت مشاغل کارگری شده است؛ در برخی موارد اجرای برخی از احکام مقرر در قانون کار را ناممکن یا متعذر کرده و در مواردی نیز اجرای پاره‌ای دیگر از احکام قانون کار را با پیامدهای منفی اداری همراه کرده است. به نظر می‌رسد برداشت خاص قانون‌گذار ایرانی از «مشاغل کارگری» و تلقی متناسب بودن اجرای قانون کار در مورد اشخاص به‌کارگرفته شده در مشاغل مذکور، عامل مهمی در خروج روابط استخدامی اشخاص یادشده از شمول قانون استخدام کشوری و قانون مدیریت خدمات کشوری بوده است. گرچه باید اذعان داشت که برخی از احکام قوانین مذکور متناسب با وضعیت اشخاص به‌کارگرفته شده در مشاغل به اصطلاح «کارگری» نیست. باوجوداین، موضوع فوق لزوماً توجیه‌کننده حاکمیت قانون کار بر روابط کار اشخاص مذکور نیست.

با بررسی مقایسه‌ای عناوین مشاغل کارگری در بخشنامه‌های سال ۱۳۶۴ سازمان اداری و استخدامی کشور و سال

۱۳۹۰ معاونت وقت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور، تعداد مشاغل مذکور به یک‌سوم کاهش یافته است؛ برخی دیگر نیز ممکن است امروزه اساساً موردی برای اجرا حداقل در بیشتر دستگاه‌های دولتی نداشته باشد؛ مثل متصدی چاپ و تکثیر. همچنین نباید از عامل تغییر در نگرش قانون‌گذار راجع به نقش دولت به‌عنوان مسئول اداره‌کننده مستقیم امور عمومی به مسئولیت دولت در مدیریت امور مذکور غافل ماند. خاصه آنکه ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری با هدف واگذاری خدمات قابل انجام توسط بخش غیردولتی تصویب شده و ظرفیت قابل توجهی را در کاهش تشکیلات دولت و مستخدمین آن داشته و دارد. گرچه در عمل برخی نابرابری‌ها و اجحافات در مورد کارگران شرکت‌های انجام‌دهنده خدمات حجمی صورت گرفته که خود نیازمند رفع مشکلات مذکور از جمله با ساماندهی شرکت‌های ارائه‌کننده خدمات فوق است (امری که اخیراً مورد توجه سازمان اداری و استخدامی کشور قرار گرفته است). به تعبیر دیگر، ایرادهای کنونی درخصوص واگذاری امور مربوط به مشاغل کارگری دستگاه‌های دولتی به شرکت‌های ذی‌صلاح، نباید استفاده از امکان مذکور را مخدوش نماید، بلکه علی‌القاعده باید اهتمام بر رفع کاستی‌های موجود باشد.

موجه‌ترین راهکار برای بهبود وضعیت انجام امور مشاغل کارگری در دستگاه‌های دولتی، واگذاری انجام آن به شرکت‌های ذی‌صلاح با رفع مشکلات و ایرادهای فعلی در روابط دستگاه‌های دولتی با شرکت‌های مذکور و نیز در روابط شرکت‌های یادشده با کارگران آنهاست. گرچه با ملاحظه متن پیش‌نویس «آیین‌نامه ساماندهی خرید خدمات حجمی و شرکت‌ها و مؤسسات خدماتی و تأمین نیروی انسانی موضوع ماده (۱۷) قانون مدیریت خدمات کشوری» همین رویکرد قابل استنباط است؛ اما مفاد طرح درحال بررسی و تصویب در مجلس شورای اسلامی، موسوم به ساماندهی استخدام کارکنان دولت، مبتنی بر حذف شرکت‌های مذکور و انعقاد قرارداد کار معین با کارگران مربوط است. همان‌طور که بیان شد، وضعیت حقوقی حاکم بر قراردادهای اخیر از روشنی و جامعیت لازم برخوردار نیست و نیز با توجه به سایر معایب این گزینه (به شرحی که در متن مقاله بیان شده)، راهکار مذکور مطلوبیت چندانی ندارد. در صورت عدم اتخاذ راهکار انعقاد قرارداد با شرکت‌های ذی‌صلاح، استخدام اشخاص مورد نظر براساس مقررات عمومی استخدام در بخش دولتی با پیش‌بینی برخی احکام خاص در زمینه شرایط عمومی و تخصصی و نیز فرایند ارتقای آنها در اولویت دوم به نظر می‌رسد. بر این اساس، تداوم اجرای قانون کار در روابط اشخاص به‌کارگرفته شده در مشاغل کارگری دستگاه‌های دولتی، به دلیل چالش‌های متعدد حقوقی و فراحقوقی که به آن اشاره شد، موجه به نظر نمی‌رسد.

منابع

کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، *حقوق اداری ایران*، تهران: توس، چاپ هفتم، ۱۳۸۳.
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، *حقوق اداری*، جلد ۲، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۳. انصاری، ولی‌الله، *کلیات حقوق قراردادهای اداری*، تهران: حقوقدان و دانش‌نگار، چاپ پنجم، ۱۳۸۶.
۴. رستمی، ولی، *گفتارهایی در حقوق اداری؛ کاربردی و نظری*، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۵. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: سمت، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۵.
۶. عراقی، سیدعزت‌الله، *حقوق کار (۱)*، تهران: سمت، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۱.
۷. موسی‌زاده، رضا، *حقوق اداری (۱-۲)*، تهران: میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۹.

مقاله

۸. بیگلویی، آیدا و علی فقیه حبیبی، «چالش‌های استخدامی کارگران بخش عمومی و دولتی مشمول تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری»، *مجله پژوهش و مطالعات علوم اسلامی*، دوره ۲، شماره ۱۵، ۱۳۹۹، صص ۲۰-۱.
۹. تنگستانی، محمدقاسم، «امکان‌سنجی تشکیل هیئت‌های رسیدگی به شکایات استخدامی کارکنان دستگاه‌های دولتی؛ مبانی، الگوها، چالش‌ها و راهکارها»، *فصلنامه حقوق اداری*، دوره ۹، شماره ۳۱، ۱۴۰۱، صص ۹۶-۷۴.
۱۰. رستمی، ولی و سمیرا اصغری، «مراجع صالح جهت رسیدگی به شکایات استخدامی در نظام حقوقی ایران (ابهامات و راهکارها)»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۷، شماره ۴۸، ۱۳۹۴، صص ۴۶-۲۷.
۱۱. رنجبری، ابوالفضل، «بررسی وضعیت استخدامی کارگران شاغل در بخش عمومی»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، دوره ۳، شماره ۵، ۱۳۹۱، صص ۴۷-۸۲.
۱۲. کاویانی، حسن و فهیمه غفرانی، «واکاوی ابعاد به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری (موضوع تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری)»، *گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی*، شماره مسلسل ۱۷۰۲۴، ۱۳۹۹، صص ۱۵-۱.
۱۳. نجابت‌خواه، مرتضی و رضوان فدایی، «وضعیت حقوقی و استخدامی اشخاص موضوع ماده ۱۲۴ ق.م.خ.ک. در پرتو رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، *نشریه حقوق اساسی*، دوره ۱۱، شماره ۲۱، ۱۳۹۳، صص ۱۸۴-۱۶۷.
۱۴. نجابت‌خواه، مرتضی و فرهنگ فقیه لاریجانی، «تأملی در صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای استخدامی»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۶، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۲۴۵-۲۳۱.
۱۵. همتی، مجتبی، «قلمرو شمول و استثنائات قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون کار؛ چالش‌ها و راهکارها»، *فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، دوره ۴، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، صص ۲۷۴-۲۴۳.

References

Books

1. Abolhamd, Abdolhamid, *Iranian Administrative Law*, Tehran: Toos, Seventh Edition, 2004. (in Persian)
2. Ansari, Vali-Allah, *Generalities of Administrative Contract Law*, Tehran: Jurist and Scholar, Fifth Edition, 2007. (in Persian)
3. Emami, Mohammad and Kourosh Ostovar-Sangari, *Administrative Law*, Volume 2, Tehran: Samt, First Edition, 2007. (in Persian)
4. Iraqi, Sayyed Ezzatollah, *Labour Law (1)*, Tehran: Samt, , 2012. (in Persian)
5. Mousa-Zadeh, Reza, *Administrative Law (1-2)*, Tehran: Mizan, 13th Edition, 2010. (in Persian)
6. Rostami, Vali, *Discourses on Administrative Law; Practical and Theoretical*, Tehran: Khorsandi, First Edition, 2018. (in Persian)
7. Tabataba'ei Mo'atamani, Manouchehr, *Administrative Law*, Tehran: Samt, 12th Edition, 2006. (in Persian)

Articles

8. Bigloue'i, Aida and Ali Faghih Habibi, "Employment Challenges of Public and Government Sector Workers Subject to the Note of Article 32 of the Civil Service Management Law", *Journal of Islamic Sciences Research and Studies*, Volume 2, Issue 15, 2010, pp: 1-20. (in Persian)
9. Hemmati, Mojtaba, "Scope and Exceptions of the Civil Service Management Law and Labor Law; Challenges and Solutions", *Quarterly Journal of Modern Research on Administrative Law*, Volume 4, Issue 11, 2022, pp: 274-243. (in Persian)
10. Kaviani, Hassan and Fahimeh Ghofrani, "Analyzing the Dimensions of Employing Human

- Resources in Executive Agencies Subject to the Civil Service Management Law (Subject of the Note to Article 32 of the Civil Service Management Law)”, *Research Report of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly*, , Serial No. 17024, 2010, pp: 1-15. (in Persian)
11. Nejabet-Khah, Morteza and Farhang Faghieh Larijani, “A Reflection on the Jurisdiction of the Administrative Court of Justice in Handling Claims Arising from Employment Contracts”, *Quarterly Journal of Public Law Studies*, Volume 46, Issue 2, 2016, PP 245-231. (in Persian)
 12. Nejabet-Khah, Morteza and Rezvan Fadaei, “Legal and Employment Status of Persons Subject to Article 124 BC In the Light of the Case Law of the Administrative Justice Court”, *Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 21, 2014, pp: 184-167. (in Persian)
 13. Ranjbari, Abolfazl, “Investigating the Employment Status of Workers Employed in the Public Sector”, *Contemporary Comparative Legal Studies*, Volume 3, Issue 5, 2012, pp: 47-82.
 14. Rostami, Vali and Samira Asghari, “The Competent Authorities for Addressing the Recruitment Complaints in the Iranian Legal System; Ambiguities and Solutions”, *Quarterly Journal of Public Law Research*, Volume 17, Issue 48, 2015, pp: 27-46. (in Persian)
 15. Tangestani, Mohammad Ghasem, “Feasibility Study of Forming Boards to Deal with Employment Complaints of Government Employees; Principles, Models, Challenges and Solutions”, *Quarterly Journal of Administrative Law*, Volume 9, Issue 31, 2022, pp: 74-96. (in Persian)



Original Article

Content Analysis of the Criminality and Victimization of Afghan Immigrants in the Novel "Afghan Keshi" Based on Criminological Doctrines

Ali Molabeigi¹, Seyed Hesamoddin Seyed Esfahani²

ABSTRACT

Migration is a complex and multiple phenomenon that causes various and even contradictory reflections among immigrants. These reflections are best reflected in art and literature. Immigrant identity as a subculture is sometimes perverted or delinquent, which grows on the margins of the two main dominant cultures, the culture of origin and the culture of destination. The novel "Afghani Keshi" is an attempt to understand the life, suffering and love of second and third generation Afghans who have seen nowhere but Iran. Those who consider this as their homeland while being deprived of even the slightest citizenship rights. A review of this novel based on the content analysis method shows that the main character of the story is a young Afghan girl who is at risk of victimization and delinquency. In order to be able to have a position in Iranian society, she hides her true identity, but nevertheless faces many difficulties and problems. Such content makes it possible to study this novel based on the findings of criminology, especially the theories of cultural conflict, zemiology, and daily activities, in order to find out why immigrant people commit crimes and are victimized.

KeyWords: Immigration Literature, Afghani Keshi Novel, Crime and Victimization, Theoretical Criminology, Zemiology

How to Cite: Molabeigi, Ali, Seyed Esfahani, Seyed Hesamoddin, "Content Analysis of the Criminality and Victimization of Afghan Immigrants in the Novel "Afghan Keshi" Based on Criminological Doctrines", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:93-114.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.230751.2458>

Received: 18/02/2023-Accepted: 03/03/2024

1. PhD Candidate, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: ali_molabeigi@atu.ac.ir

2. Associate Professor, Faculty of Arts & Social Sciences, University of Moncton, Moncton, Canada



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

تحلیل محتوای بزهکاری و بزه‌دیدگی مهاجران افغان در رُمان «افغان‌کشی» برمبنای
آموزه‌های جرم‌شناسانهعلی مولابیگی^۱، سیدحسام الدین سید اصفهانی^۲

چکیده

مهاجرت پدیده‌ای پیچیده و چندگانه است که موجب بازتاب‌های گوناگونی و حتی متضادی نزد مهاجران می‌شود. این بازتاب‌ها به بهترین نحو در هنر و ادبیات نمود پیدا می‌کند. هویت مهاجر به مثابه خُرده‌فرهنگی گاه کژمدارانه یا بزهکارانه است که در حاشیه دو فرهنگ اصلی حاکم، فرهنگ مبدأ و فرهنگ مقصد، رشد می‌کند. رُمان «افغان‌کشی» تلاشی است برای درک زندگی، رنج و عشق افغان‌های نسل دوم و سوم که جز ایران جایی را ندیده‌اند. کسانی که اینجا را وطن خود می‌دانند، درحالی‌که از کوچک‌ترین حقوق شهروندی هم محروم‌اند. بررسی این رُمان بر مبنای روش تحلیل محتوا نشان‌دهنده آن است که شخصیت اصلی داستان، دختر جوان افغانی و در معرض خطر بزه‌دیدگی و بزهکاری است. او برای آنکه بتواند در جامعه ایران موقعیتی داشته باشد، هویت اصلی خود را پنهان می‌کند؛ ولی باین‌حال گرفتار بسیاری از سختی‌ها و مشکلات می‌شود. چنین محتوایی موجب می‌شود تا بتوان این رُمان را بر مبنای یافته‌های جرم‌شناسی به ویژه نظریه‌های تعارض فرهنگی، آسیب اجتماعی شناسی و فعالیت روزمره مورد مطالعه قرار داد تا به چرایی بزهکاری و بزه‌دیدگی مردم مهاجر رسید.

کلید واژگان: ادبیات مهاجرت، رُمان افغان‌کشی، بزهکاری و بزه‌دیدگی، جرم‌شناسی نظری، آسیب اجتماعی شناسی.

استناد به این مقاله: مولابیگی، علی، سید اصفهانی، سید حسام‌الدین، «تحلیل محتوای بزهکاری و بزه‌دیدگی مهاجران افغان در رُمان «افغان‌کشی» برمبنای آموزه‌های جرم‌شناسانه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۹۳-۱۱۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.230751.2458>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۳

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: ali_molabeigi@atu.ac.ir

۲. دانشیار، دانشکده هنر و علوم اجتماعی، دانشگاه مونکتون، مونکتون، کانادا

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

مهاجرت و مهاجر به عنوان مفاهیمی پویا از دیرباز در عرف جوامع به جابه‌جایی انسانی از خاستگاه اصلی به مکانی ناآشنا اطلاق می‌شد. بنا به واژه‌نامه سازمان بین‌المللی مهاجرت (IOM) در سال ۲۰۱۵ میلادی، جابه‌جایی یک شخص و گروهی از اشخاص چه به صورت عبور از مرز بین‌المللی یا در مرزهای داخلی یک کشور را مهاجرت می‌گویند. پویایی جمعیت شامل هر نوع جابه‌جایی انسان‌ها صرف‌نظر از مدت زمان، ساختار و علت‌های ایجاد مهاجرت شامل مهاجرت پناهندگان، آوارگان، مهاجران اقتصادی و اشخاصی که به واسطه سایر اهداف جابه‌جا می‌شوند، می‌شود.^۱ به‌طور عمومی، حقوق بشر پناهجویان در اغلب کشورهای مقصد از نظر ملاحظات مختلفی از جمله تحمیل بار اقتصادی، بروز مسائل اجتماعی و همچنین تعارض‌های فرهنگی تهدید می‌شود. سیاست‌گذاران از یک‌سو با تعهدهای حقوق بشری مواجه‌اند و از سوی دیگر با مخالفت ذی‌نفعان و مطالبه‌گران متعددی در کسوت‌های مختلف اتحادیه‌های کارگری، مدیریت شهری، فعالان اجتماعی و گروه‌های خواهان حفظ اصالت و میراث فرهنگی روبه‌رو می‌شوند. از این‌رو مشارکت مهاجران خارجی در بازار کار، انتساب بزه‌ها و مسائل اجتماعی به آنان و کاهش سرانه‌های عمومی نخستین موضوعاتی‌اند که از سوی ذی‌نفعان بومی برای تأثیر بر سیاست‌گذاران به‌منظور کاهش تعهدات حقوق بشری در قبال پناهجویان در اغلب کشورهای مقصد مطرح می‌شود.^۲

مشهورترین نمونه‌های جهانی چنین مخالفتی با حضور پناهجویان خارجی، مخالفت تفکرات راست افراطی آمریکایی با گسترش حضور پناهجویان اسپانیولی‌زبان است که به صورت احداث دیوار مرزی با مکزیک تبلور یافته است.^۳ یکی دیگر از مهاجرت‌ها که نمود و بازتاب گسترده‌ای به همراه داشته و یکی از بزرگ‌ترین رخداد‌های مهاجرتی در دنیای معاصر را رقم زده، مهاجرت مردم افغانستان است. مردم افغانستان در پی اشغال این کشور توسط نیروهای کمونیستی شوروی سابق از سال ۱۳۵۸ شروع به مهاجرت کردند. بخشی از این مهاجران در پاکستان و در اردوگاه‌هایی که به کمک سازمان ملل اداره می‌شد، استقرار یافتند؛ اما بخش بزرگ‌تری از آنان بین یک تا سه میلیون افغانی، در سال‌های مختلف و به دلایل گوناگون، همانند حضور طالبان و حمله آمریکا به این کشور که موجب ناامنی شده به شهرها و روستاهای ایران مهاجرت کرده‌اند.^۴ چنین موضوعی گاه موجب کاهش ضریب امنیت شغلی نیروهای داخلی، افزایش بیکاری، تغییر فرهنگ کار، افزایش میزان بزهکاری و بزه‌دیدگی، گسترش فقر و فاصله طبقاتی، خروج سالانه‌ی میلیون‌ها دلار ارز توسط مهاجران غیرقانونی افغان از کشور و افزایش ازدواج‌های غیررسمی و غیرقانونی مهاجران با مردم بومی شده است.^۵ در نتیجه چنین

^۱ International organization for migration, 2019/01/09, Available at: www.iomtehran.net

^۲ باقری، شهلا و منصوره افقهی، «سیاست فرهنگی و حقوق بشر مهاجران افغانستانی در ایران»، *دوفصلنامه مطالعات جمعیتی*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۱۹۶.

^۳ خبرگزاری مهر، «پروژه ساخت ۲۴۰ مایل از دیوار مرزی مکزیک تکمیل شد»، ۱۳۹۹.

^۴ نصر اصفهانی، آرش، *در خانه برادر، پناهندگان افغانستانی در ایران*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات، ۱۳۹۷، ص ۸۴ البته برخی از پژوهش‌ها عامل مهاجرت مردم افغانستان را در فشار جمعیتی، خشک‌سالی، قحطی، تعارضات قومی، جنگ‌های داخلی، ناامنی، فقدان زیرساخت‌ها و... عنوان کرده‌اند. در این خصوص ر.ک به: جان‌زاده، علیرضا، «عوامل اثرگذار بر مهاجرت افغان‌ها به ایران»، *فصلنامه سیاست*، دوره ۵۰، شماره ۴، ۱۳۹۹، صص ۱۰۷۰ - ۱۰۷۱.

^۵ شاطریان، محسن و محمود گنجی‌پور، «تأثیر مهاجرت افغان‌ها بر شرایط اجتماعی و اقتصادی شهر کاشان»، *مجله پژوهش و برنامه‌ریزی شهری*، دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۸۹، ص ۸۵ باید یادآور شد که پیامدهای زبان‌بار ناشی از مهاجرت تنها برای کشور مقصد نبوده، بلکه پناهندگان نیز با آسیب‌های متعدد روبه‌رو می‌شوند. برخی از آمارها نشان‌دهنده آن است که از سال ۲۰۱۶ تاکنون زنان و کودکان، سهم بیش از ۶۰ درصدی در پناهندگی را به خود اختصاص داده‌اند. چنین موضوعی آنها را در معرض انواع خشونت و سوءاستفاده شدن قرار می‌دهد. در این باب ر.ک به: Muiznieks, Nils. "The Commissioner's Human Rights comments- 'Human Rights of Refugee and Migrant Women and Girls Need to be Better Protected'", 07/03/2016, Available at: <https://www.coe.int/nn/web/commissioner/-/human-rights-of-refugee-and-migrant-women-and-girlsneed-to-be-betterprotected?desktop=false> (Last Visited: 2017/12/20), P 1.

پیامدهایی و با وجود اشتراک‌های فرهنگی بسیار میان مردم دو کشور، گاه شاهد رفتارهای تبعیض‌آمیز و غیرانسانی توسط مردم و حکومت نسبت به مهاجران نسل اول و دوم افغانی هستیم که آنها را در معرض پیامدهای مختلف فرهنگی به‌ویژه بی‌هویتی قرار می‌دهد و مهاجران را به سمت بزهکاری و بزه‌دیدگی سوق می‌دهد.

چنین موضوعی درون‌مایه آثار متعدد ادبی در حوزه ادبیات مهاجرت شده است؛ به‌ویژه توسط نویسندگان افغانستانی همانند خالد حسینی و گاه توسط برخی نویسندگان ایرانی همانند محمدرضا ذوالعلی که دغدغه‌های انسانی و حقوق بشری دارند. از جمله مهم‌ترین موضوعاتی که در چنین آثاری نمود یافته است، می‌توان به نوستالژی، غم غربت، تقابل خود و دیگری، بحران هویت، گسست فرهنگی، گاه تغییر نژادی و... اشاره و تأکید کرد.^۱ به نظر می‌رسد، دلیل این اهمیت آن باشد که هیچ‌چیز بهتر از ادبیات نمی‌تواند تفاوت‌های قومی و فرهنگی را نشان دهد و به انسان‌ها بیاموزد که چه هستند و چگونه رفتار می‌کنند.^۲ علاوه بر این موارد می‌توان گفت، بیشتر این آثار از یک‌سو به کودکان و زنان آسیب‌پذیر، آسیب‌های متعدد اجتماعی، بزهکاری‌ها و بزه‌دیدگی‌ها توجه کرده و از سوی دیگر نویسندگان ضمن نگاهی علت‌شناسانه و واقع‌گرا همانند جرم‌شناسی سعی در تبیین این موارد از نظرگاه جامعه‌شناسانه، روان‌شناسانه و انسان‌گرایانه داشته‌اند. از این‌رو بر مبنای دلایل گفته‌شده، بسیاری از این آثار به ویژه رُمان افغان‌کشی، اثر محمدرضا ذوالعلی، قابل بررسی بر مبنای یافته‌های جرم‌شناسانه‌اند. ولی با این حال در پژوهش‌های صورت‌گرفته پیشین، از یک‌سو پژوهش‌هایی که در حوزه ادبیات بودند، توجه چندانی به مسئله مهاجران و پناهندگان از منظر علت‌شناسی نداشته^۳ و از سوی دیگر در پژوهش‌های صورت‌گرفته در حوزه جرم‌شناسی ادبی نیز هیچ‌گونه توجهی به صورت توأمان به مقوله‌های فرهنگ، مهاجران، بزه و چرایی رخ دادن آن نداشته‌اند.^۴ بنابراین پژوهش پیش‌رو در دو بخش با روش تحلیل محتوا^۵ می‌کوشد، رُمان افغان‌کشی را مورد بررسی جرم‌شناسانه قرار دهد. در بخش اول مقاله، ضمن تشریح مختصر این رُمان به میزان بزهکاری‌های موجود در این داستان و بازیگران جنایی توجه می‌شود. همچنین در بخش دوم مقاله، بزهکاری‌ها و بزه‌دیدگی‌های رخ داده را بر مبنای نظریه‌های تعارض فرهنگی، فعالیت روزمره و آسیب اجتماعی شناسی مورد تبیین نظری قرار خواهیم داد.

۱. تحلیل بزه‌های موجود در داستان با نگاهی بر بازیگران جنایی

رُمان افغان‌کشی، نوشته محمدرضا ذوالعلی،^۶ در سال ۱۳۹۴ توسط نشر پیدایش در هفت بخش و ۳۲۷ صفحه به چاپ

۱. موسوی، ام‌فروه و مریم حسینی، «فضای پسااستعماری در ادبیات مهاجرت افغانستان؛ نمونه موردی: رُمان سبز، سرخ و آبی از عارف فرمان»، فصلنامه ادبیات پارسی معاصر، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۴۰۳.

۲. وارگاس یوسا، ماریو، *چرا ادبیات؟*، تهران: لوح فکر، چاپ دوم، ۱۴۰۰، ص ۱۰.

۳. در این زمینه می‌توان به پژوهش‌های صورت‌گرفته همانند (عباسی، خراسانی و حیدری، ۱۳۹۹؛ موسوی و حسینی، ۱۳۹۹) اشاره کرد که هیچ‌یک از نگاه جرم‌شناسانه و آسیب اجتماعی‌شناسانه به مقوله مهاجرت و فرهنگ توجه نکرده‌اند.

۴. در این زمینه می‌توان به پژوهش‌های صورت‌گرفته در حوزه سیاست جنایی ادبی (رستمی، مؤذن‌زادگان و مولایی، ۱۳۹۹؛ رستمی و جعفریان، ۱۳۹۷ و دیرباز، ۱۴۰۰)، جرم‌شناسی ادبی (رستمی و مولایی، ۱۳۹۶؛ رستمی و مولایی، ۱۳۹۷) و بزه‌دیدگی‌شناسی ادبی (رستمی و مولایی، ۱۳۹۹؛ رایجیان و مولایی، ۱۴۰۰) اشاره کرد که هیچ‌یک به مقوله فرهنگ و مهاجرت توجه نکرده‌اند.

۵. تحلیل محتوا از روش‌های عمده مشاهده اسنادی است که به‌وسیله آن می‌توان متون، اسناد و مدارک و در واقع هر نوع سند ثبت شده را مورد ارزیابی و تحلیل منظم و دقیق از منظر کمی (ارقام) و کیفی (مفاهیم محتوایی) قرار داد. پژوهشگران، تحلیل محتوا را به منزله روشی انعطاف‌پذیر برای تحلیل داده‌ها می‌دانند. در این باب نک به: قائدی، محمدرضا و علیرضا گلشنی، «روش تحلیل محتوا، از کمی‌گرایی تا کیفی‌گرایی»، نشریه روش‌ها و مدل‌های روان‌شناختی، دوره ۷، شماره ۲۳، ۱۳۹۵، ص ۵۸.

۶. محمدرضا ذوالعلی متولد ۱۳۵۳ و نویسنده کرمانی است. از وی علاوه بر این کتاب *بلوار پارادیس* به انتشار درآمده است. او در آثار خود سعی در توجه به معضلات اجتماعی به‌ویژه در حوزه مهاجرین افغانستانی داشته و آنها را با دیدی آسیب‌شناختی مورد تحلیل و واکاوی قرار می‌دهد. برای اطلاعات بیشتر در این باب، رک به: ذوالعلی، محمدرضا، «تجربه نوشتن رمانی درباره مهاجران افغانستانی»، مجله جنگ هنر، مس، ۱۳۹۹، ص ۱۷۶. او جایزه بخش مهرگان ادب در حوزه رمان را به‌دلیل نگارش رمان افغان‌کشی به دست آورده است.

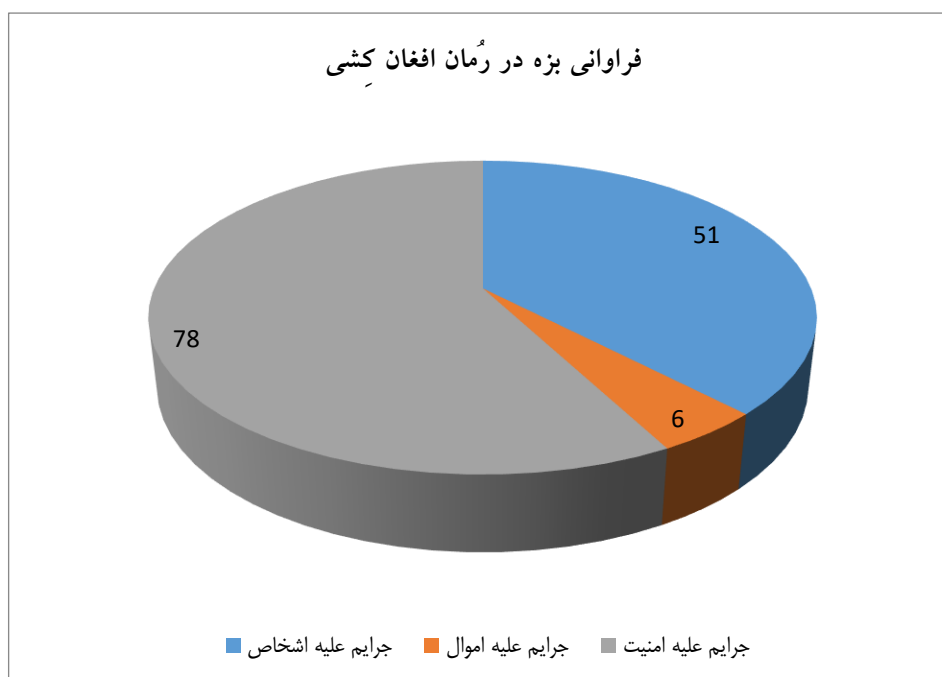
رسیده است. این رُمان داستانِ رسول، مرد جوانی، را روایت می‌کند که زنش بدون هیچ دلیل خاصی مهریه‌اش را به اجرا گذاشته است. او مدتی را به همین منظور در زندان بوده و در نهایت با فروش خانه پدری و پرداخت مهریه آزاد می‌شود. رسول به علت سابقه زندان شغل خود را از دست می‌دهد و در یک تاکسی تلفنی مشغول به کار می‌شود. فیروزه شخصیت دیگر داستان، از مهاجران نسل دوم افغانستانی بوده که در ایران متولد شده است. او به دلیل آنکه بتواند در جامعه با هویت ایرانی شناخته شود، هویت اصلی خود را پنهان و تخریب نموده و گاه به منظور پذیرش در فرهنگ جدید به رفتارهای آسیب‌زا و متفاوت با فرهنگ سنتی مردم افغانستان می‌پردازد. هنگامی که جامعه مقصد از پذیرش فیروزه امتناع می‌کند، خانواده او را مجبور به ازدواج با پسرعموی خود که ساکن افغانستان بوده می‌کنند. از این رو او به همراه مادرش مسافر رسول می‌شوند تا آنها را به زاهدان ببرد و فیروزه از آنجا به افغانستان برود. از آنجا که فیروزه تحت هیچ شرایطی حاضر به رفتن به افغانستان نبوده و تنها راه پذیرفتن خود توسط جامعه مقصد را نیز ازدواج با یک مرد ایرانی می‌داند، با شخصیتی به نام مرتضی آشنا شده و به خاطر همین موضوع بدون اطلاع مادر دوباره با رسول به کرمان برمی‌گردد. او در مسیر بازگشت رسول را سردرگم و در شهرستان بم با مرتضی فرار می‌کند؛ اما به سرعت متوجه اشتباه خود و هدف سوء مرتضی و دوستش می‌گردد و از ماشین خود را به بیرون پرت می‌کند. در این حین رسول با توجه به راهنمایی‌های شخصی به نام مهتاب که تنها گذاشتن دخترک در شهر غریب را خلاف جوان‌مردی و اخلاق دانسته، فیروزه را دوباره برای برگرداندن به کرمان می‌پذیرد. با وجود این در راه بازگشت به کرمان آنها با قاچاق‌چینی که افغان‌ها را به طور غیرقانونی جابه‌جا می‌کنند روبه‌رو شده و رسول در راه دفاع از فیروزه با چاقو زخمی می‌شود. رسول بعد از بهبودی نسبی، به همراه فیروزه و مهتاب به سوی کرمان رفته تا از یک سو برای معالجه کامل او را به بیمارستان رسانده، از سوی دیگر فیروزه را به خانه‌شان برسانند. در بخش آخر کتاب با عنوان «خانه»، شاهد گفت‌وگوی میان فیروزه و مهتاب هستیم. فیروزه در این گفت‌وگوها به مشکلاتی که مهاجران افغان در ایران با آن روبه‌رو بوده و حتی گاه آنها را از کوچک‌ترین حقوق انسانی محروم می‌کند، اشاره و از آن انتقاد می‌کند. همچنین مهتاب نیز ضمن همدردی با او، سعی در نقد طرز فکر فیروزه که مبتنی بر قربانی شدن صرف بوده دارد، تا او را با طرز فکر صحیح‌تر آشنا کند. همان‌طور که از محتوای کتاب برمی‌آید، داستان مملو از بزه، بزه‌کار و بزه‌دیده بوده که در این بخش به تحلیل آنها می‌پردازیم.

۱.۱. بزه‌ها؛ عنصری فعال در داستان

بزهکاری اقدام به عملی برخلاف موازین، مقررات و معیارهای فرهنگی یک جامعه بوده و به معنای طیف وسیعی از رفتارهای مخالف ارزش‌های یک جامعه تلقی می‌شود.^۱ بزه نمایان‌گر دیدگاه اجتماع به رفتارهای هنجارشکنی است که اعمال مورد تنفر جامعه را در قالب اصل قانونی بودن جرم، تحت عنوان‌های علیه تمامیت جسمانی و معنوی، اموال و مالکیت و امنیت و آسایش عمومی به تصویر می‌کشد.^۲ نویسنده در رُمان افغان‌کشی به بزه‌های متعددی توجه کرده است؛ به گونه‌ای که انواع متعدد بزه‌ها در جامعه کرمان و زاهدان را با نگاهی واقع‌گرایانه و علت‌شناسانه مورد اشاره و بررسی قرار می‌دهد. نمودار زیر میزان فراوانی این بزه‌ها را در داستان نشان می‌دهد.

۱. مبارکی، محمد، علیرضا افشانی و سهیلا کردعلیوند، «تحلیل رابطه بین تعهد اجتماعی و بزهکاری: مطالعه مقایسه‌ای میان دانش‌آموزان مقطع متوسطه شهرهای خرم‌آباد و یزد»، *مجله مطالعات اجتماعی ایران*، دوره ۱۲، شماره ۲، ۱۳۹۷، ص ۱۱۵.

۲. محضری، فرانک، بتول پاکزاد، حسن عالی‌پور و مجتبی فرحبخش، «رویارویی با بزهکاری مهاجران در سیاست کیفری ایران؛ داشته‌ها و بایسته‌ها»، *دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۱۴، شماره ۲۹، ۱۴۰۱، ص ۲۷۹.



نمودار شماره ۱. فراوانی بزه در رُمان افغان‌کشی

مطابق نمودار بالا مشخص می‌شود که توجه نویسنده بیش از همه بر بزه‌های علیه اشخاص و علیه امنیت بوده است؛ به‌گونه‌ای که از صد درصد بزه‌های داستان، ۹۵.۵ درصد آنها محدود به این دو حوزه می‌شود.^۱ از این رو در این گفتار توجه خود را به بررسی تحلیلی این دو حوزه قرار می‌دهیم.

۱.۱.۱. بزه‌های علیه اشخاص

در حوزه بزه‌های علیه اشخاص نویسنده تأکید خود را روی بزه‌های توهین و افترای کلامی (۳۸ مورد)، خشونت به‌ویژه جنسی (۱۷ مورد) و گاه جسمی (۱۳ مورد) قرار داده است.

آدم‌ربایی	بزه‌های جنسی	توهین	ضرب و جرح	تهدید	قتل
۴	۱۷	۳۸	۱۳	۴	۲

جدول شماره ۱. فراوانی بزه‌های علیه اشخاص

مطابق جدول ۱، بیش از همه توهین در داستان نمود داشته و شاهد این مدعا، این بخش از داستان می‌تواند باشد: «دخترها بدون توجه به او، صورت و سر همدیگر را چنگ می‌زدند و فحش می‌دادند... ای قدم‌نحس، ای افغان...»^۲ حتی این‌گونه توهین‌های نژادی توأم با تحقیر گاه توسط پناهندگان افغانی نسبت به هم‌نوع‌های خود نیز صورت می‌گیرد: «فیروزه می‌لرزید. چشم‌هایش داشت از حدقه بیرون می‌زد. پول پاره شد. نصف بیشترش دست پیرزن ماند و بقیه توی

۱. در این فصل با توجه به عدم توجه کافی به بزه‌های علیه اموال و مالکیت و محدود بودن چنین بزه‌هایی (کلاهبرداری یک مورد و سرقت ۵ مورد) در داستان، از تحلیل آنها صرف‌نظر می‌کنیم. از نگاه واقع‌گرایانه این بی‌توجهی می‌تواند جنبه انتقادی داشته و از رئالیستی بودن موضوع بکاهد؛ زیرا میزان فراوانی بزه‌های علیه اموال به‌ویژه سرقت، مطابق برخی آمارها در استان کرمان بسیار بالا است. در این باب، رک به: خبرگزاری ایرنا، «بیشترین پرونده‌های کیفری و حقوقی از زبان رئیس کل دادگستری کرمان»، ۱۳۹۳.

۲. ذوالعلی، محمدرضا، *افغان‌کشی*، تهران: پیدایش، چاپ اول، ۱۳۹۴، صص ۲۷۹ - ۲۸۱.

دست فیروزه. فیروزه پول را پرت کرد توی صورت پیرزن. خوبت شد! کثافت. کثافت افغانی. آشغال. افغانی کثافت...»^۱ به نظر می‌رسد، دلیل بالا بودن توهین در داستان، نگاه بالا به پایین مردم ایران باشد. دلیل رخ دادن آن توسط خود مردم افغان نیز آن است که بخشی از این قشر، علت اصلی مشکلات خود را در نوع نژادشان می‌دانند و از این‌رو از آن بیزارند. از دیگر بزه‌های علیه اشخاص که در داستان نمود فراوانی دارد، بزه جنسی است. برای مثال در بخشی از داستان چنین می‌خوانیم: «روز اول دم در زندان از ماشین ون پیاده‌مان کردن... سه تا پسر جوون هم... یکی‌شان را با همان دختره گرفته بودند. رابطه نامشروع بود»^۲. دلیل بالا بودن این بزه نیز فرصت مناسبی است که فضای قاچاق غیرقانونی مهاجران برای بزهکاران آماده فراهم می‌کند. شاهد چنین ادعایی در داستان، این گفتار کارگر رستوران سرراهی است: «نترس بچه! گور بابای همه‌شون کردن. مسافر قاچاق صاحب نداره... می‌گم بمون این‌جا بگو چشم... حالی هم می‌کنی»^۳. داستان در مرتبه سوم، تأکید خود را بر ضرب و جرح قرار داده است. شاهد چنین ادعایی این بخش از داستان است: «اکثرشون هم که معتاد... حال دعوا نداشتند. دعواشون بیشتر مضحک بود تا دعوای واقعی. جدی‌ترین دعوایی که دیدم، بین دو گروه بود. بچه‌های جیرفت و بچه‌های یک ده...»^۴. دلیل بالا بودن این موضوع از بُعد جرم‌شناسی می‌تواند فضای جغرافیایی حاکم بر داستان باشد؛ زیرا داستان در جنوب ایران و در فضای گرمسیر رخ می‌دهد و مطابق دیدگاه برخی جرم‌شناسان همانند کتله و گری، بزه علیه اشخاص همانند ضرب و جرح در چنین مناطقی بیشتر است.^۵

۱.۱.۲. بزه‌های علیه امنیت و آسایش عمومی

در بُعد بزه‌های علیه امنیت و آسایش عمومی نیز رُمان تأکید خود را بیشتر بر بزه قاچاق مواد مخدر (۲۷ مورد) و قاچاق انسان (۱۹ مورد) قرار داده است.

قاچاق انسان	جرایم مواد مخدر (قاچاق و اعتیاد)	حیوان آزاری	جرم سیاسی
۱۹	۲۷	۴	۱

جدول شماره ۲. بزه‌های علیه امنیت و آسایش عمومی

با توجه به جدول بالا این دو موضوع یکی از محورهای اصلی رُمان به حساب می‌آید که به نظر می‌رسد، رویکرد واقع‌گرایانه داشته باشد. دلیل این مدعا آن است که از یک‌سو موقعیت مکانی داستان، استان‌های کرمان و سیستان و بلوچستان را روایت می‌کند. این دو استان در دنیای واقعی نیز با توجه به نزدیکی‌شان با کشور افغانستان، به‌عنوان اصلی‌ترین تولیدکننده مواد مخدر سنتی، با بالا بودن پرونده‌های مربوط به مواد مخدر روبه‌رو هستند. ازسوی دیگر، دلیل بالا بودن قاچاق غیرقانونی انسان در داستان نیز مطابق با سختگیری‌های صورت گرفته به‌ویژه در دوره دولت نهم و دهم در خصوص ورود افغان‌ها به ایران بوده و مبتنی بر واقعیت است. از باب نمونه می‌توان درباره قاچاق مواد مخدر به این شاهد مثال در داستان اشاره کرد: «داخل زندان از روی قیافه آدم‌ها می‌شد جرمشان را حدس زد. قاچاقچی‌ها سرشان را بالا می‌گرفتند. یک‌جور

۱. همان، ص ۱۴۲.

۲. همان، صص ۲۰۱ - ۲۰۲.

۳. همان، ص ۶۶.

۴. همان، ص ۲۰۵.

۵. نجفی ابرنآبادی، علی‌حسین، *تقریرات جامعه‌شناسی جنایی*، به کوشش دکتر مهدی صبوری‌پور، ۱۳۹۱، ص ۲۱.

پرستیژی برای خودشان قائل بودند. آنجا قاچاق را یک نوع شغل به حساب می‌آوردند. توی جرمشان غلو می‌کردند. یک کیلو تریاک توی پرونده را ۵۰ کیلو لاف می‌زدند. محکومان مواد مخدری را که جرم‌های سنگین داشتند، سردار صدا می‌زدند.^۱ استفاده نویسنده از عبارت «یک نوع شغل به حساب می‌آوردند» و «یک کیلو تریاک توی پرونده را ۵۰ کیلو لاف می‌زدند»، نشان از به عادت بودن جرم قاچاق مواد مخدر داشته و از سوی دیگر نیز لاف زدن در میزان قاچاق مواد مخدر نشان از گستردگی این بزه دارد، که این موضوع موجب می‌شود که بزهکاران خُرد مواد مخدر نیز برای حفظ شأن و منزلت خود دست به اغراق بزنند. همچنین در عبارت «محکومان مواد مخدری را که جرم‌های سنگین داشتند، سردار صدا می‌زدند»، استفاده از واژه سردار می‌تواند دلالت بر جایگاه و منزلت زندانیان مواد مخدر نسبت به سایر زندانیان در زندان را برساند.

در حوزه قاچاق انسان، داستان به حرفه افغان‌کشی اشاره دارد. مراد نویسنده از این اصطلاح، جابه‌جایی غیرقانونی افغانی‌های تازه وارد شده به کشور است. نمونه چنین موضوعی را در این بخش از داستان می‌توان دید: «یکی از پسر خاله‌ها توی همین راه کشته شد. توی صندوق عقب ماشین بودن توی جاده. از بم به این طرف، تصادف کردند».^۲ یا در جای دیگر فیروزه چنین می‌گوید: «وقتی اتوبوس اردوگاه نیومد خیلی خوشحال شدم. فکر کردم دیگه تا چند ماه راحت شدم، اما نامزدم گفت: خودمو برسونم زاهدان اون جا یکی رو می‌فرسته دنبال تا قاچاقی ببرتم پاکستان».^۳ استفاده نویسنده از عبارت‌های «توی همین راه کشته شد» و «یکی رو می‌فرسته دنبال تا قاچاقی ببرتم پاکستان»، دلالت بر گستردگی این موضوع در موقعیت مکانی داستان دارد؛ زیرا به‌ویژه عبارت «توی همین راه» به‌صورت غیرمستقیم کنایه و دلالت بر وجود چنین راه و روشی دارد. علت گستردگی این موضوع در داستان نیز سود بالای آن است. در بخشی از داستان به رسول پیشنهاد انجام چنین بزه‌ای را می‌دهند؛ زیرا «چرا خالی برمی‌گردی؟ می‌خوای برات چندتا مسافر جور کنم؟ نفری ۴۰۰ می‌دن... ایرانی که پول نمی‌ده. بگو با اتوبوس بره، افغانی طلاست».^۴ کلمه طلا دلالت بر سودآوری بالای این بزه دارد.

۱.۲. بازیگران جنایی؛ شخصیت‌های پویای داستان

مهاجرت که همچون سایر پدیده‌های اجتماعی مرتبط با انسان و تعاملات انسانی است، در جامعه بشری معاصر دارای پیامدهایی است. یکی از آثار و پیامدهای خاص آن ارتکاب بزه و ایجاد اختلال و شکاف در حوزه‌های امنیت سرزمینی و فرهنگ ملی کشور مقصد است. از این‌رو حضور مهاجران در کشور پذیرنده همچنان که فرصت‌های مناسبی را فراروی مهاجران قرار می‌دهد، با توجه به سیاست‌های اتخاذی می‌تواند تهدید جدی نیز تلقی شود و موجب افزایش بزهکاری و بزه‌دیدگی را در جامعه مقصد فراهم آورد. باوجود این، در ایران از میزان دقیق بزهکاری و بزه‌دیدگی مهاجران اطلاع دقیقی وجود ندارد، زیرا از یک‌سو وجود مهاجران غیرقانونی که هویتشان در جایی ثبت نشده، مانع از شناسایی بزهکاری آنها شده و از سوی دیگر ترس از عودت شدن به کشورشان با برخورد تبعیض‌آمیز ضابطان و مقامات قضایی مانع از گزارش بزه‌دیدگی‌شان می‌شود. این موضوع در حوزه بزه‌دیدگی موجب ایجاد گونه‌ای خاص به‌عنوان بزه‌دیدگی بیگانه شده است.

۱. همان، ص ۳۰.

۲. همان، ص ۱۸.

۳. همان.

۴. همان، صص ۱۸۰ - ۱۸۱.

مراد از بزه‌دیده بیگانه یا مهاجر، بزه‌دیده‌ای است که به واسطه تبعه بیگانه بودن یا بی‌تابعیتی، تحت تأثیر عوامل بزه‌دیده‌زا قرار می‌گیرد و قربانی بزه می‌شود.^۱ بنابراین یکی از راه‌های کاهش بزهکاری و بزه‌دیدگی مهاجران آن است که رویکردهای حمایتی و باز اجتماعی شدن مهاجر با اجتماع میزبان جدی گرفته شود.^۲ داستان افغان‌کشی هم به بزهکاری و هم به بزه‌دیدگی مهاجران افغانستانی در ایران توجه کرده است که جدول زیر آن را نشان می‌دهد.

بزه‌دیده				بزهکار			
مهاجر افغانی		ایرانی		مهاجر افغانی		ایرانی	
مرد	زن	مرد	زن	مرد	زن	مرد	زن
۵۲	۱۰	۳	۱۸	۱۴	۲	۴	۴۲
۶۲.۶۵٪	۱۲.۰۴٪	۳.۶۱٪	۲۱.۶۸٪	۲۲.۵۸٪	۳.۲۲٪	۶.۴۵٪	۶۷.۷۴٪

جدول شماره ۳. میزان بزهکار و بزه‌دیده داستان

از منظر تحلیلی، جدول بالا نشان‌دهنده آن است که از یک‌سو در حوزه بزهکاری، مردان ایرانی بیشتر از زنان مرتکب بزه شده و در حوزه مهاجران نیز زنان عکس مردان بیشتر بزهکار شده‌اند. ازسوی دیگر در حوزه بزه‌دیدگی نیز، بزه‌دیدگان داستان، بیشتر مهاجران زن افغان بوده‌اند. در بزه‌دیدگان ایرانی نیز نسبت مردان بیش از زنان است. در بُعد بزهکاری علت بالا بودن بزهکاری مردان ایرانی نقش بالای آنان در بزه قاچاق مواد مخدر، قاچاق انسان و اعمال منافی عفت بوده که دو مورد اول با انگیزه مالی و نگاه شغل‌محور این بزه در مردان و مورد آخر بر مبنای غریزه جنسی و طمع مناسب بودن زنان برای آنان است. در حوزه بزهکاری مهاجران افغانی، تأکید نویسندگان بیشتر بر زنان بزهکار بوده که شاید دلیل این موضوع از یک‌سو آن باشد که یکی از شخصیت‌های اصلی داستان، فیروزه، مهاجر بوده و ازسوی دیگر بزه توهین بیشتر توسط این گروه نسبت به هم‌نوعان خود یا ایرانیان استفاده شده است. از بُعد بزه‌دیدگی نیز علت بالا بودن بزه‌دیدگی زنان افغان، نگاه فمینیستی نویسندگان و ازسوی دیگر نشان دادن آسیب‌های وارد به این بزه‌دیدگان در هنگام ورود غیرقانونی به ایران و نحوه برخورد بالا به پایین مردم نسبت به آنان است. در حوزه مردان ایرانی نیز علت بالا بودن بزه‌دیدگی آنان نسبت به زنان، آن است که این گروه بیشتر در معرض بزه‌دیده شدن توهین در داستان قرار گرفته‌اند.

۲. نگاهی علت‌شناسانه بر بزهکاری و بزه‌دیدگی موجود در داستان

علت‌شناسی یا سبب‌شناسی را می‌توان هدف نظری جرم‌شناسی دانست. این هدف در گرو شناخت رفتار مجرمانه است. رفتار مجرمانه، هم به شناخت جرم به مثابه موضوع جرم‌شناسی بستگی داشته و هم در گرو شناخت شخصی است که این رفتار از او سر می‌زند.^۳ البته باید توجه کرد که برخی از نظریه‌های جرم‌شناسی بزه‌دیده را نیز به‌عنوان عاملی در

۱. مک دونالد، ویلیام اف، *بزه‌دیدگی مهاجران*، ترجمه: فرهاد شاهیده و دیگران، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۹.

۲. غلامی، حسین و محسن بیات، «تحلیل جرم‌شناختی بزه‌دیدگی بیگانگان»، *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴، ص ۱۹۹.

۳. رایجیان اصلی، مهرداد، *کلیات جرم‌شناسی*، تهران: نگاه معاصر، ۱۴۰۱، ص ۸۵.

جهت ایجاد بزه مورد مطالعه قرار می‌دهند.^۱ از این رو در این بخش از نظریه‌های تعارض فرهنگی، آسیب اجتماعی‌شناسی و فعالیت روزمره به‌منظور تحلیل چرایی رخ دادن بزهکاری و بزه‌دیدگی در رُمان افغان‌کشی استفاده می‌شود.

۲.۱. خوانش بی‌هویتی مهاجران نسل دوم و سوم بر مبنای نظریه تعارض فرهنگی

در جرم‌شناسی به نظر می‌رسد ابتدا دورکیم با استفاده از مفهوم مدرن‌گری، رابطه میان رفتارهای اجتماعی و فرهنگی جامعه با بزهکاری را تبیین کرده است. بدین‌سان در جرم‌شناسی دورکیمی این تحلیل، که شکل بزهکاری در جامعه‌های سنتی (مکانیکی) و مدرن (ارگانیکی) تفاوت دارد، می‌توانست ارتباط نامستقیم پدیده‌های مهاجرت و بزهکاری را بازتاب دهد.^۲ با این حال، پژوهشگران مکتب شیکاگو نخستین کسانی بودند که بعد از دورکیم به رابطه میان مهاجرت و بزهکاری توجه کردند. آنها بر مبنای اینکه شهر شیکاگو در نتیجه مهاجرت از یک محل کوچک زندگی به شهری پرجمعیت تبدیل شده و موجب افزایش تقاضای مسکن، بهداشت تا بی‌خانمانی، افزایش بزهکاری و ولگردی شده، به موضوع نگرستانند.^۳ از این رو آنها تحلیل چرایی ارتکاب بزه توسط مهاجران را مطالعه و دلیل اصلی آن را از هم‌گسیختگی اجتماعی عنوان کردند. این‌گونه نگاه تا زمان ویرث و سلین^۴ در باب بزهکاری مهاجران ادامه داشته تا اینکه آنها در تحلیل خود به تفاوت‌های فرهنگی توجه کردند.^۵ سلین بر شیوه‌ای متمرکز شد که براساس آن ماهیت محله‌ها یا جوامع محلی می‌تواند به توسعه نگرش‌های اجتماعی منجر شود که با قوانین و هنجارهای قانونی در تضاد است.^۶ از نظر سلین، جرم نتیجه شکی است که در یک جامعه بین هنجارها و رفتارهای مختلف ایجاد می‌شود.^۷ این شک از نظر سلین در جامعه آمریکا، که با مهاجرت فراوان روبه‌رو بوده، نمود بیشتری دارد. با این حال، برای تشریح پدیده مجرمانه، این تعارض فرهنگی باید به همراه عوامل اجتماعی و اقتصادی در نظر گرفته شوند. از نظر سلین، تعارض فرهنگی در خصوص هنجارهای رفتاری، هم در سطح کلان که در نتیجه اختلافات مرزی، گسترش سرزمینی و مهاجرت رخ داده و هم در سطح خرد جامعه که در نتیجه توسعه فرهنگ و ایجاد خرده فرهنگ‌ها بوده، واقع می‌شود.^۸

ویرث نیز پژوهش خود را با این فرض آغاز کرده است که مهاجران نسل اول (متولد در خارج از کشور) از نظر نرخ بزهکاری ثبت شده با جمعیت بومی آمریکا یکسان‌اند؛ اما آنچه بزهکاری آنها را از مردم آمریکا جدا می‌کند، ماهیت بزه‌های ارتكابی بوده که با خاستگاه فرهنگی اولیه‌شان تطابق دارد. او در فرض دوم خود به بررسی نرخ و ماهیت بزهکاری مهاجران نسل دوم می‌پردازد و ضمن بیان یکسان بودن میزان بزه‌های آن با مردم آمریکا، دیگر تفاوت ماهیت بزه ارتكابی را در مهاجران نسل دوم نمی‌بیند. ویرث دلیل این موضوع را فرایند فرهنگ‌زدایی (بی‌توجهی به فرهنگ اولیه) و پذیرش فرهنگ جدید عنوان می‌کند. بنابراین به‌طور کلی از دیدگاه ویرث بیش از آنکه تفاوت‌های قانونی (عینی) میان دو کشور عاملی جرم‌زا برای مهاجران تلقی شود، تعارض‌های فرهنگی ذهنی عاملی جرم‌زا محسوب می‌شود. مهاجران فرهنگ خود را در آینده

^۱. نجفی ابرندآبادی، پیشین، ص ۸۱.

^۲. رایجیان اصلی، مهرداد، *درآمدی بر جرم‌شناسی*، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۲۳۶.

^۳. ویلیامز، فرانک پی و ماری لین دی مک‌شین، *نظریه‌های جرم‌شناسی*، ترجمه: حمیدرضا ملک محمدی، تهران: میزان، چاپ ششم، ۱۳۹۵، صص ۹۲ - ۹۳.

^۴. Louis Wirth and Thorsten Sellin

^۵. نجفی ابرندآبادی، پیشین، ص ۵۸.

^۶. Newburn, Tim. *Criminology*, London: Routledge, Third Edition, 2017, P 212.

^۷. Gassin, Raymond, Sylvie Cimamontin and Philippe Bonfils. *Criminologie*, Paris: Dalloz, Septième édition, 2011, P 208.

^۸. Burke, R. H. *An Introduction to Criminological Theory*, London: Routledge, Fourth Edition, 2014, P 11.

قضاوت اشخاص بومی می‌بینند. حال اگر مهاجران خود را متعلق به فرهنگی می‌دانند که شهروندان کشور محل اقامت آن را مورد تحقیر و توهین قرار می‌دهند، میل به پذیرش در جامعه مهاجرپذیر به آنها اجازه اظهارنظر و تعلق به فرهنگ اصلی‌شان را نداده، آن را پنهان می‌کنند. در چنین شرایطی مهاجران بیشتر تمایل دارند به هنجارها، اوامر و نواهی فرهنگ کشور میزبان ملحق شده تا کمتر مورد تحقیر قرار بگیرند و دارای هویت فرهنگی شوند.^۱ در این راه موانع فرهنگی متعدد مانع از جذب آسان آنها به فرهنگ جدید شده و در نتیجه یکی از پاسخ‌های مهاجران به این موضوع در قالب بزهکاری و ایجاد خرده‌فرهنگ‌های مجرمانه نمود خواهد یافت.^۲

همان‌طور که قبلاً اشاره شد، رُمان افغان‌کشی به مسئله مهاجرت مردم افغان به ایران و مهاجران نسل دوم توجه ویژه دارد. این موضوع در این عبارت‌های داستان نمود یافته است: «ما از این بی‌سر و پاها نیستیم. سی ساله این‌جا هستیم. پدرم خان‌زاده‌ست. افغانستان یه عالمه زمین کشاورزی داریم. یکی از برادران و پسرعموی دیگه‌ام بالا سرشون هستن. یکی دیگه از برادران دانمارک. خودم ایران به دنیا اومدم. لیسانس دارم. یه فیلمی هم بازی کردم. شاید دیده باشی؟ شبکه کرمان نشان داد. من نقش یه دختر ایرانی رو بازی کردم؛ هیچ کس نفهمید که...»^۳ تولد و زندگی در ایران موجب احساس نزدیکی فیروزه با فرهنگ کشور جدید و بیگانگی نسبت به فرهنگ اولیه‌اش می‌شود و حتی تعلق به فرهنگ اولیه را نوعی احساس حقارت توسط جامعه مقصد می‌داند و از این‌رو سعی در پنهان‌سازی آن دارد: «او هم در این کشور به دنیا آمده و تمام مدت این کشور را ترک نکرده بود. زخم‌زبان‌هایی که توی مدرسه شنیده، ریخت توی ذهنش... خانم اجازه؟ ما کنار اینا نمی‌شینیم. اینا جون‌شون بو می‌ده... این حرف‌ها را شنیده، اما هیچ وقت عادت نکرده بود. هربار تازگی دردآلود خودش را داشت. بعد... یک روز، یادش نبود چه روزی... دیگر به کسی نگفت کیست و اهل کجاست. لهجه نداشت. قیافه‌اش هم شبیه ایرانی‌ها بود. یاد گرفت هویتش را کتمان کند. کار سختی نبود چون ته دلش خود را ایرانی می‌دانست»^۴. او به‌منظور پذیرش فرهنگ و هویت ایرانی ضمن کتمان هویت اصلی خود سعی در پذیرش مؤلفه‌های فرهنگی و یا خرده فرهنگی جدید و مطابق با خواسته‌های مردم ایران همانند تغییر مذهب، دوستی با جنس مخالف ایرانی و شرکت در مهمانی‌های مختلط می‌کند: «فیروزه صدایش را پایین آورد، جوری که مادرش نشنود. گفت: شیعه. البته بابام و مادرم سنی هستن... من شیعه شدم»^۵. یا «مرتضی او را به مهمانی و سفرهای کوتاه اطراف شهر می‌برد. وادارش کرد، کلاس رقص و باشگاه برود و زبان انگلیسی یاد بگیرد. کنار مرتضی زخم‌هایی را که خورده بود، فراموش می‌کرد»^۶. فیروزه حتی به منظور پذیرش هویت جدید سعی در ازدواج با یک ایرانی را داشته و او این را تنها راهکار باقی‌مانده برای خود می‌دانست: «دلش می‌خواست تلفن بزند و به مرتضی بگوید: دروغ گفتم. عاشقت نیستم، اما بهت احتیاج دارم. نباید بری، بمون. بیا ازدواج کنیم. کاری کن مجبور نشم برگردم افغانستان...»^۷. از یک‌سو باوجود چنین تلاش‌هایی توسط او و از سوی دیگر اشتراک‌های فرهنگی موجود میان جامعه ایرانی و افغانستانی، باز شاهد عدم پذیرش فیروزه و هم‌نوعانش توسط جامعه مقصد هستیم.

۱. نجفی ابرندآبادی، پیشین.

۲. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و حمید هاشم‌بیگی، *دانش‌نامه جرم‌شناسی*، تهران: گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۵، ص ۷۴.

۳. ذوالعلی، پیشین، صص ۴۴ - ۴۵.

۴. همان، ص ۹۵.

۵. همان، ص ۱۶۴.

۶. همان، صص ۹۵ - ۹۶.

۷. همان، ص ۱۰۰.

آنچه موضوع بالا را دردناک‌تر می‌کند، عدم پذیرش مهاجران نسل دوم هم توسط جامعه مقصد و هم توسط جامعه اولیه‌شان بوده که آنها را در یک بی‌هویتی محض فرهنگی یا با کمی تسامح حالت آنومیک از نگاه دورکیم قرار می‌دهد: «بالاخره گفت: می‌دونی اون جا به افغانی‌هایی که از ایران بر می‌گردن چی می‌گن؟ می‌گن زوارکا! می‌دونی یعنی چی؟ یعنی زائر کوچولو. یک جور فحشه، تحقیره. اونا ما رو دوست ندارن. ما رو از خودشون نمی‌دونن. ما براشون ایرانی حساب می‌شیم. از سنت‌هامون برگشتیم. غریبه شدیم».^۱ یا در جای دیگری از کتاب چنین می‌خوانیم که فیروزه با خود فکر می‌کند: «چاره‌ای ندارد. متولد ایران است، اما ایرانی نیست. با خودش گفت پس من کجایی هستم؟ ایرانی نیست، افغانی نیست... مهاجر است. مهاجری که حتی حق مهاجرت هم ندارد».^۲ باوجود علاقه فیروزه برای شناخته شدن با هویت فرهنگی ایرانی، تمام تلاش‌های او در این مسیر ناموفق است و او را به سمت خُرده‌فرهنگ‌های بزهکارانه همانند فرار با پسر غریبه ایرانی می‌کشاند: «فیروزه چشم‌هایش را بست. فکر مرتضی و اینکه این جور احمقانه گولش را خورده بود، عصبی‌اش می‌کرد. باورش نمی‌شد که مرتضی آن کار را با او کرده باشد. حتماً وقتی فهمیده فرار کردم... وقتی پیشنهاد پول دادم تا با من ازدواج کند، به فکرش رسیده بود، این بلا را به سرم بیاورد».^۳ اگرچه فیروزه با هوشیاری خود و کمک رسول، راننده‌آژانس، توانسته از این دام رها شود؛ اما چه مقدار دختران و زنان افغانستانی که به‌خاطر پذیرش فرهنگ ایرانی مجبور به گرایش به سمت خُرده‌فرهنگ‌های کژمدارانه و گاه بزهکارانه شده‌اند.

۲.۲. بحران‌های مهاجران افغانی بر مبنای آسیب اجتماعی‌شناسی

جرم‌شناسی انتقادی به عنوان یکی از گونه‌های جرم‌شناسی نظری با رویکرد اعتراضی و انتقادی به نظام عدالت کیفری، بزه و کیفر و با زیر سؤال بردن وفاق اجتماعی درباره این مفاهیم، خود شاخه‌هایی نو و گوناگونی دارد. یکی از همین گونه‌های بسیار نو، آسیب اجتماعی‌شناسی است. این اصطلاح برای اولین بار در همایشی با عنوان معنادار «آسیب اجتماعی‌شناسی؛ فراتر از جرم‌شناسی» در انگلستان به سال ۱۹۹۹ مطرح شد.^۴ اندیشمندان این حوزه به تعبیر خودشان از قلمرو مطالعاتی مضیق در جرم‌شناسی‌هایی یافته‌اند. این گروه بر بی‌عدالتی اجتماعی در معنای وسیع کلمه، به‌عنوان منبع آسیب‌های اجتماعی تأکید می‌کنند و بنابراین می‌توان گفت که در ادامه جرم‌شناسی رادیکال سده بیستم، در سده بیست و یکم گام برداشته و تا اندازه‌ای از دیدگاه انتقادی جرم‌شناسی مارکسیست الهام می‌گیرند.^۵ البته باید به این موضوع توجه کرد که این اندیشمندان به هر نوع آسیبی توجه ندارند؛ بلکه از یک‌سو به آسیب‌هایی که مهم هستند و از سازمان‌دهی روابط اجتماعی ناشی می‌شوند توجه داشته، و از سوی دیگر، آسیب‌هایی را که از ناهمگونی ساختارهای سیاسی و اقتصادی، به‌عنوان تولیدکننده‌های تجربه بی‌عدالتی ناشی می‌شود، مطالعه می‌کنند.^۶ بنابراین بزه‌های خود

۱. همان، ص ۱۹۶.

۲. همان، ص ۳۱۷.

۳. همان، ص ۲۳۱.

۴. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، «از جرم‌شناسی تا آسیب اجتماعی‌شناسی»، ضمیمه فصلنامه تحقیقات حقوقی (یادنامه مرحوم دکتر رضا نوربها)، شماره ۵۶، ۱۳۹۰، ص ۱۰۲۵.

۵. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *درآمدی بر جرم‌شناسی انتقادی و گونه‌های آن*، در: شبیری، عباس (به کوشش)، دانش‌نامه جرم‌شناسی محکومین، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۲۵.

۶. ون‌هام، فرانسوا، *آسیب اجتماعی‌شناسی: رشته جدید، توسعه قلمرو جرم‌شناسی*، ترجمه: سید حسین حسینی و اقبال محمدی، در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، دایره‌المعارف علوم جنایی، جلد دوم، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۹۸۷.

دولت، کوتاهی حکمرانان و عدم انجام وظایف از سوی آنان می‌تواند یکی از حوزه‌های مطالعاتی توسط آسیب اجتماعی‌شناسی تلقی شود. بر همین مبنا عملکرد حکومت‌ها در باب برخورد با مهاجران و ورود آسیب‌های متعدد به آنها، که گاه توسط کوتاهی و بی‌عدالتی عوامل اجرایی ایجاد می‌شود، نیز می‌تواند در این حوزه مورد مطالعه قرار گیرد. این در حالی است که مطابق اسناد بین‌المللی همانند کنوانسیون ۱۹۵۱ درباره وضعیت پناهندگان و پروتکل الحاقی آن درباره وضعیت پناهندگان مصوب ۱۹۶۷ کشورها با برخی تعهدات در این زمینه روبه‌رو هستند. مهم‌ترین این تعهدات شامل حق پناهندگی، اصل ممنوعیت بازگرداندن اجباری، اصل عدم تبعیض، آزادی جابه‌جایی و دسترسی به آموزش و اشتغال است.^۱ در بُعد پناهندگان افغان، ایران سیاست یکسانی را لحاظ نکرده است. سیاست ابتدایی ایران در زمان امام خمینی نگاهی توأم با پذیرش حداکثری بوده و حتی امام، دولت را موظف به ایجاد حقوقی برابر برای آنها کرده است.^۲ بعدها، به‌ویژه در زمان دولت نهم و دهم، شاهد سیاست سختگیرانه و گاه غیرانسانی متعدد نسبت به منع ورود مهاجران افغان به ایران بوده و حتی در برخی استان‌ها ممنوعیت ورود پناهندگان افغانی و دستگیری آنها را شاهدیم.^۳ این در حالی است که مطابق اصل ۱۴ قانون اساسی، دولت به رعایت حقوق انسانی درباره اتباع بیگانه تا زمانی که علیه اسلام و جمهوری اسلامی ایران اقدامی نکنند، مکلف شده است.

چنین برخورد و سیاست‌گذاری سختگیرانه موجب آسیب‌های متعدد اجتماعی در جامعه ایران شده که هم این نوع سیاست و هم بسیاری از این آسیب‌های اجتماعی در رُمان افغان‌کشی نمود یافته است. نویسنده در بخشی از داستان این سیاست حاکمیت را چنین بیان می‌کند: «زهر می‌گفت: توی شهر ما راهشان نمی‌دهند. مردم تومار امضا کرده بودند و فرمانداری آنها را بیرون کرده بود».^۴ اولین آسیب اجتماعی چنین سیاستی توسط دولت، افزایش ورود غیرقانونی و قاچاق آنها به کشور و نقض بسیاری از اصول انسانی شده که این موارد را در داستان چنین می‌بینیم: «تازه دو قورت و نیمشون هم باقیه. یک تجارتی شده افغانی‌کشی‌ها؟ توی هر ماشین می‌ریزن تا سیزده، چهارده نفر شبی سیصد، چهارصد پول گیر راننده‌هاش میاد. کار کثیفیه... برادر می‌گفت: وقتی داشتن سوار ماشین می‌شدن. راننده‌شون با لگد می‌زده رو افغان‌ها تا جاشون بشه تو ماشین. فکرش رو بکن، انگار گونی پُر کنی».^۵ همچنین علاوه بر این موضوع در خود ایران نیز شاهد عدم پذیرش و برخوردهای غیرانسانی توسط حاکمیت و مردم نسبت به این پناهندگان هستیم: «به همه چیز عادت کرده بود یا شاید عادت کرده بود که همه چیز را قبول کند. از شوخی‌ها و متلک‌های همسایه‌ها. از مغازه‌دارهایی که جنسشان را به افغانی‌ها گران‌تر می‌فروختند. یا راننده آژانس‌هایی که کرایه‌های بیشتری می‌گرفتند. از پرستارهای بیمارستان که زورشان می‌آمد، داروهای مریض‌های افغان را به تخت‌شان ببرند...».^۶ این نگاه تبعیض‌آمیز و غیرانسانی گاه توسط ضابطان انتظامی نیز رخ داده و نتیجه چنین کار و برچسبی، ترک تحصیل پسرک افغان و کشیده شدن او به سمت اعتیاد بوده است: «یک بار پلیس داداشمو می‌گیره... بی‌دلیل. توی پارک نشسته بوده. برادر می‌خیلی بی‌آزاره... خجالتی و محجوبه... آزارش به یه مورچه هم نمی‌رسه. بدشانسیش شکل مادر می‌شده... داد می‌زنه کجاییه!... پلیس‌ها می‌گیرنش... می‌برنش

۱. داشاب، مهریار و سعیده مختارزاده، «حمایت از زنان در برابر خشونت جنسی و مبتنی بر جنسیت در بحران پناهندگی اروپا از منظر کمیساریای عالی سازمان ملل متحد در امور پناهندگان»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۱، شماره ۶۲، ۱۳۹۸، ص ۴۰.

۲. خبرگزاری جام جم، «نگاهی متفاوت به زندگی مهاجران افغان در ایران»، ۱۳۹۲.

۳. هشت صبح، «حضور اتباع افغانستان در کدام استان‌ها ممنوع است؟»، ۱۳۹۴.

۴. ذوالعلی، پیشین، ص ۱۷۳.

۵. همان، ص ۱۶۶.

۶. همان، صص ۹۴ - ۹۵.

پاسگاه... کارتیش درست بود. مدارکش اشکال نداشت. نمی‌تونستن نگهش دارن. اما نگهش داشتن؛ اون وقت داداشم دبیرستانی بود. بعد از اون دیگه نتونست درس بخونه... ول کرد... معتاد شد... خیلی‌ها معتاد شدن...^۱ نتیجه چنین موضوعی و عدم پذیرش پناهندگان افغانی به‌ویژه پناهندگان نسل دوم و سوم، می‌تواند منجر به عدم وابستگی، تعهد و درگیر شدن آنها با کشورمان شود و در نتیجه، مطابق دیدگاه هیرشی در نظریه علقه‌های اجتماعی^۲ این پناهندگان را به‌سوی ارتکاب بزه سوق دهد: «فیروزه با خودش گفت: اینجا خانه من نیست. من اصلاً خانه ندارم. من ریشه ندارم. گیاه نیستم. باد هستم... او تمام عمر ترسیده بود. از پذیرفتن خود به عنوان یک مهاجر متولد ایران، از قبول اینکه جامعه ایرانی او را به رغم همه این سال‌ها نپذیرفته، از طرد شدن و تنها ماندن می‌ترسید».^۳

۲.۳. فعالیت‌های روزمره؛ نظریه‌ای در راستای تحلیل بزه‌دیدگی مهاجران

نظریه فعالیت روزمره به‌عنوان یکی از نظریه‌های حوزه فرصت جرم و بزه‌دیدگی‌شناسی توسط کوهن و فِلسون^۴ در مقاله «تغییر اجتماعی و روند میزان جرم: رهیافتی به فعالیت‌های روزمره» ارائه شده است. این نظریه در چهار دهه گذشته توانسته به‌عنوان مهم‌ترین نظریه حوزه مطالعه قربانی شدن جنایی شناخته شود.^۵ این نظریه به دنبال ارائه پیشنهادی به‌منظور تشریح دلیل افزایش نرخ جرایم در ایالات متحده بعد از جنگ جهانی دوم بوده است. به باور آنها آمریکایی‌ها بعد از جنگ، شروع به گذراندن زمان‌های بیشتری از وقت خود در بیرون از منازل خواه برای کار یا تفریح کردند. این تغییر در شیوه زندگی میزان بزه‌دیدگی آنها به‌ویژه در بزه سرقت را افزایش داده است؛^۶ زیرا جامعه انباشته‌ای از مجرمان برانگیخته بوده که آماده ارتکاب بزه هستند. بنابراین مطابق فرضیه نظریه فعالیت‌های روزمره رخ دادن جرم به وجود سه متغیر بستگی دارد: نخست، حضور بزهکار با انگیزه همانند اشخاص بیکار؛ دوم، دسترس‌پذیری یک آماج مناسب همانند خانه‌های بی‌حفاظ، اموال باارزش و جذاب برای بزهکاران بالقوه؛ سوم، نبود یک نگهبان یا مراقب قابل همانند عدم حضور اعضای خانواده در خانه، عدم نظارت پلیس، همسایگان و عدم نگهداری از اموال در مکان مناسب.^۷ مطابق دیدگاه این نظریه‌پردازان، برای آنکه بزه‌دیدگی رخ دهد؛ نخست، بازیگران اولیه یعنی بزهکار و بزه‌دیده باید موقعیت برخورد با یکدیگر در زمان و مکان را داشته باشند. دوم، نوعی مشاجره یا ادعا میان این بازیگران باید به وجود آمده باشد تا براساس آن، بزهکار بزه‌دیده را به چشم موقعیتی مناسب برای بزه‌دیدگی ببیند. سوم، آنکه بزهکار باید تمایل و توانایی تهدید یا

۱. همان، صص ۱۶۹ - ۱۷۰

۲. در باب توضیح این نظریه و اطلاعات بیشتر ر.ک به: رضوی‌فرد، بهزاد، *نجمه نظری و علی مولایی*، «تحلیل محتوای رمان همسایه‌ها در حوزه بزهکاری کودک در پرتو یافته‌های جرم‌شناسی»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۱۷، شماره ۲۰، ۱۳۹۹، صص ۱۷۱ - ۱۷۳.

۳. ذوالعلی، پیشین، ص ۳۱۶. این موضوع تنها سیاست حکومت و نقد آن از منظر آسیب اجتماعی‌شناسی در این رُمان نیست. علاوه بر آن، داستان به نقد سیاست ایجاد دانشگاه‌های متعدد بدون توجه به شغل آینده دانشجویان نیز اشاره و به آسیب‌های آن توجه کرده است. چنین موضوعی به‌صراحت در این گفتار فیروزه خطاب به مهتاب دیده می‌شود: «داری شعار می‌دی... چون احساس گناه می‌کنی... چون کاری گیرت نیومده. جلوی بقیه می‌خوای خودت رو مظلوم نشون بدی تا اذیت نکن... داری خودت رو فدا می‌کنی، اما اینکه کار گیرت نیومده تقصیر تو نیست... اینکه بابات باغش رو فروخت هم تقصیر تو نیست...». در این باب ر.ک به: همان، ص ۲۹۶.

۴. Cohen and Felson

۵. Pratt, T. and J. Turanovic. "Lifestyle and Routine Activity Theories Revisited: The Importance of "Risk" to the Study of Victimization", *Victims and Offenders*, 2016, P 336.

۶. برجس، آن ولبرت، چریل رگر و آلبرت آر رابرتس، *بزه‌دیده‌شناسی «نظریه‌ها و کاربردها»*، ترجمه: حمیدرضا ملک محمدی، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۱۰۱.

۷. Felson, M. K. and Rachel Boba Santos. *Crime and everyday life*, London: Sage, 2013, P 23.

به کارگیری زور برای دستیابی به هدف مورد نظر را داشته باشد. چهارم، شرایط باید چنان باشد که بزهکار آن را فرصتی برای استفاده یا تهدید به استفاده از زور در راه رسیدن به هدف را در نظر آورد و احتمال گرد آمدن این موارد بستگی به زندگی اعضای جامعه دارد.^۱

علت اصلی بزه‌دیدی به‌ویژه زنان در داستان افغان‌کشی را می‌توان بر مبنای نظریه فعالیت روزمره و ارکان سه‌گانه آن تشریح کرد. از یک‌سو داستان پر از بزه‌دیدگان مناسب است. این موضوع را می‌توان از چنین گفتارهایی برداشت کرد: «دختر سرش را شبیه رقصنده‌های هندی تکان داد. گردنبند طلای بزرگی روی گردنش برق زد».^۲ یا در این گفتار: «حدود ساعت دوازده صاب‌کار می‌ره. فقط ما دو سه تا کارگر می‌مونیم. می‌آیم خفتشون می‌کنیم. این افغانیا همه‌جاشون پر پول و طلایه».^۳ عبارت‌های مشخص شده به‌وضوح دلالت بر این عنصر دارند. ازسوی دیگر، شاهد بزهکاران آماده در داستان نیز می‌باشیم. این موضوع را از این گفتار می‌توان به‌خوبی مشاهده کرد: «مرد سیه‌چرده‌ای غذا را برایشان آورد. چشمان درشتی داشت که برق عجیبی می‌زد. نگاهش روی النگوهای دختر و چهره پیرزن خیره مانده بود».^۴ یا در جای دیگر از داستان چنین می‌خوانیم: «کارگر رستوران سرش را خم کرد و داخل را نگاه کرد. خندید و گفت: تورش زدی. کوفت بشه. من هم هستم».^۵ نویسنده به‌خوبی نشان می‌دهد که این بزه‌دیدگان مناسب، در صورت عدم حضور محافظ، می‌توانند طمع بزهکاران آماده شوند. این بخش از گفتار فیروزه این موضوع را به اثبات می‌رساند: «دختر جیغ کشید: فکر نکنی افغانی غریب بی‌صاحب گیر آوردی. بلایی سر ما بیاری، پدرم می‌کشتت».^۶ یا در جای دیگر فیروزه دلیل رخ ندادن بزه‌دیدی را وجود رسول، به‌عنوان یک محافظ معرفی می‌کند: «اگه یکی دیگه بود، ما رو تحویل اینها می‌داد. می‌داشت پول هامون رو بزنی؛ اصلاً هر بلایی خواستن سرمون بیارن».^۷ این موضوع را نویسنده به‌درستی در انتهای داستان اثبات می‌کند؛ زیرا غفلت لحظه‌ای رسول از فیروزه، او را در معرض بزه‌دیدی جنسی قرار می‌دهد: «در همین حال مچ دست فیروزه را گرفت و کشید سمت خودش. فیروزه جیغ زد. خودش را رها کرد روی زمین، اما مرد او را می‌کشید. صدای جیغ و التماس‌های او پیچید توی دل مشغولی تنهای بیابان».^۸

نتیجه‌گیری

هویت فرهنگی امری ثابت و ایستا نیست؛ بلکه متغیر و پویاست و همواره همسو با رخدادهایی که مرتبط با انسان واقع می‌شوند، شکل یا تغییر شکل می‌پذیرند. آنچه رُمان «افغان‌کشی» را از منظر هویت فرهنگی حائز اهمیت کرده است، توجه به سیاست‌گذاری جمهوری اسلامی و مردم ایران در قبال مهاجران و پناهندگان نسل اول، متولد شده در خارج از ایران، و به‌ویژه نسل دوم و سوم، متولد شده در داخل ایران، است. برخوردهای خلاف شأن و کرامت انسانی و همچنین عدم رعایت حقوق انسانی گاه زندگی توأم با سختی و مشقت را برای افغانی‌های داخل ایران فراهم نموده که به زیبایی

۱. مولایی، علی، «خوانش جرم‌شناسانه از کودک در ادبیات داستانی معاصر ایران؛ با تأکید بر علی‌اشرف درویشیان، غلام‌حسین ساعدی، صادق چوبک و احمد محمود»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۷، ص ۱۳۵.

۲. ذوالعلی، پیشین، ص ۴۴.

۳. همان، ص ۶۵.

۴. همان، ص ۶۴.

۵. همان، ص ۲۵۵.

۶. همان، ص ۷۱.

۷. همان، ص ۹۰.

۸. همان، ص ۲۵۶.

تمام این مشکلات و پیامدها در رُمان «افغان‌کشی» مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته است. آنچه موجب نزدیکی این داستان با اندیشه‌های جرم‌شناسانه می‌شود، از یک‌سو نگاه علت‌شناسانه و واقع‌گرایانه به مشکلات این قشر بوده و از سوی دیگر نویسنده این داستان همانند جرم‌شناسان به مسئله مهاجرت و تصویر غالب یا کلیشه همگانی از مهاجران که آنها را به‌عنوان طبقه خطرناک توجه دارند، نگاه ویژه دارد. چنین نگاهی موجب می‌شود، بتوان ابتدا از بُعد نظریه‌های گوناگون در جرم‌شناسی همانند معاشرت ترجیحی، فشار، فنون خنثی‌سازی، سبک زندگی، فعالیت‌های روزمره، آسیب اجتماعی‌شناسی و تعارض فرهنگی به داستان نگاه ویژه‌ای داشت.^۱

مطابق یافته‌های پژوهش حاضر باید گفت که داستان تأکید خود را بیشتر بر بزه‌های قاچاق مواد مخدر و قاچاق مهاجران افغانستانی در بزه‌های علیه امنیت و آسایش عمومی و در بزه‌های علیه اشخاص به خشونت روحی، جسمی و جنسی نسبت به مهاجران قرار داده است. همچنین میزان بزهکاری و بزه‌دیدگی زنان مهاجر در داستان نسبت به مردان بیشتر بوده که شاید دلیل آن، از یک‌سو شخصیت اصلی داستان باشد که یک زن مهاجر نسل دوم بوده و از سوی دیگر آنان طمعه مناسب بزه جنسی هستند و در حوزه بزهکاری نیز بیشتر زنان مرتکب جرم توهین به‌عنوان بزه اصلی داستان بوده‌اند. نویسنده دلیل پذیرش چنین زندگی توسط مردم افغانستانی حاضر در ایران را به خاطر تلاش آنها برای پذیرش هویت و فرهنگ ایرانی می‌داند و هرگاه در این راه با شکست روبه‌رو شوند، به سوی خُرده فرهنگ‌های کژمدارانه و گاه بزهکارانه کشیده می‌شوند. چنین نگاهی در نویسنده موجب نزدیکی این اثر با نظریه تعارض فرهنگی در جرم‌شناسی خواهد بود. نویسنده داستان در حوزه بزه‌دیدگی نیز تأکید خود را به نبود محافظان مناسب برای مهاجران دانسته که آنها را طمعه‌های مناسبی برای بزهکاران آماده می‌گرداند. این رویکرد دقیقاً هم‌راستای نظریه فعالیت‌های روزمره است. همچنین داستان با تشریح سیاست‌های متناقض سیاست‌گذاران داخلی در قبال مهاجران افغان از ابتدای انقلاب تاکنون به تشریح پیامدهای آسیب‌زای آن همانند فشار روحی مهاجران، کتمان هویت، اعتیاد و کشیده شدن به‌سوی بزهکاری و بزه‌دیدگی توسط آنها پرداخته است. در پایان باید یادآور شد، مطالعه چنین پژوهش‌های می‌تواند از یک‌سو به آشنایی سیاست‌گذاران جنایی در سطوح مختلف تقنینی، قضایی و اجرایی نسبت به وضعیت بغرنج پناهندگان شود و از سوی دیگر سبب بهبود نگرش عمومی مردم، نسبت به مهاجران افغانستانی شود. بنابراین چنین موضوعی زمینه‌ساز تغییر سیاست فعلی نسبت به مهاجران شده است و سیاست کشورمان را به‌سوی سیاست جنایی کرامت‌مدار هدایت خواهد کرد.

منابع

کتاب

۱. برجس، آن ولبرت، چریل رگر و آلبرت آر رابرتس، *بزه‌دیده‌شناسی «نظریه‌ها و کاربردها»*، ترجمه: حمیدرضا ملک محمدی، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۲. ذوالعلی، محمدرضا، *افغان‌کشی*، تهران: پیدایش، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۳. رایجیان اصلی، مهرداد و علی مولایی، *تحلیل جرم‌شناختی-بزه‌دیده‌شناختی داستان آسغال‌دونی* (اثر غلام‌حسین ساعدی)، نهمین همایش ملی متن‌پژوهی ادبی، تهران: پل، چاپ اول، ۱۴۰۰.
۴. رایجیان اصلی، مهرداد، *درآمدی بر جرم‌شناسی*، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۷.

^۱ البته نگاه علت‌شناسانه در این مقاله تنها توجه خود را معطوف به سه نظریه پایانی کرده است.

۵. رایجیان اصلی، مهرداد، **کلیات جرم‌شناسی**، تهران: نگاه معاصر، ۱۴۰۱.
۶. مک دونالد، ویلیام اف، **بزه‌دیدگی مهاجران**، ترجمه: فرهاد شاهیده و دیگران، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۸.
۷. نجفی ابرنآبادی، علی‌حسین و حمید هاشم‌بیگی، **دانش‌نامه جرم‌شناسی**، تهران: گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۵.
۸. نجفی ابرنآبادی، علی‌حسین، **تقریرات جامعه‌شناسی جنایی**، به کوشش دکتر مهدی صبوری‌پور، ۱۳۹۱، قابل دسترس در سایت: <http://www.lawtest.ir/>.
۹. نجفی ابرنآبادی، علی‌حسین، **درآمدی بر جرم‌شناسی انتقادی و گونه‌های آن**، در: شیر، عباس (به کوشش)، دانش‌نامه جرم‌شناسی محکومین، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۱۰. نصر اصفهانی، آرش، **در خانه برادر، پناهندگان افغانستانی در ایران**، تهران: پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات، ۱۳۹۷.
۱۱. وارگاس یوسا، ماریو، **چرا ادبیات؟**، تهران: لوح فکر، چاپ دوم، ۱۴۰۰.
۱۲. ون‌هام، فرانسواز، **اسباب اجتماعی‌شناسی: رشته جدید، توسعه قلمرو جرم‌شناسی**، ترجمه: سید حسین حسینی و اقبال محمدی، در: نجفی ابرنآبادی، علی‌حسین، **دایره‌المعارف علوم جنایی**، جلد دوم، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۵.
۱۳. ویلیامز، فرانک پی و ماری لین‌دی مک‌شین، **نظریه‌های جرم‌شناسی**، ترجمه: حمیدرضا ملک محمدی، تهران: میزان، چاپ ششم، ۱۳۹۵.

مقاله

۱۴. باقری، شهلا و منصوره افقهی، «سیاست فرهنگی و حقوق بشر مهاجران افغانستانی در ایران»، **دو فصلنامه مطالعات جمعیتی**، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۱۹۵ - ۲۲۹.
۱۵. جان‌زاده، علیرضا، «عوامل اثرگذار بر مهاجرت افغان‌ها به ایران»، **فصلنامه سیاست**، دوره ۵۰، شماره ۴، ۱۳۹۹، صص ۱۰۶۷ - ۱۰۹۲.
۱۶. داشاب، مهریار و سعیده مختارزاده، «حمایت از زنان در برابر خشونت جنسی و مبتنی بر جنسیت در بحران پناهندگی اروپا از منظر کمیساریای عالی سازمان ملل متحد در امور پناهندگان»، **فصلنامه پژوهش حقوق عمومی**، دوره ۲۱، شماره ۶۲، ۱۳۹۸، صص ۳۹ - ۷۰.
۱۷. دیرباز، مرضیه، «سیاست جنایی در رمان میرا»، **نشریه آموزه‌های حقوق کیفری**، دوره ۱۸، شماره ۲۱، ۱۴۰۰، صص ۱۰۵ - ۱۴۰.
۱۸. ذوالعلی، محمدرضا، «تجربه نوشتن رمانی درباره مهاجران افغانستانی»، **مجله جنگ هنر مس**، ۱۳۹۹.
۱۹. رستمی، هادی و سیدحسن جعفریان، «گفتمان سیاست جنایی و جرم‌شناسی در آخرین روز یک محکوم»، **دو فصلنامه پژوهش‌نامه حقوق کیفری**، دوره ۹، شماره ۱، ۱۳۹۷، صص ۱۳۹ - ۱۶۰.
۲۰. رستمی، هادی و علی مولایی، «تبیین بزه‌دیدگی کودکان در داستان «مدیر مدرسه» از منظر آموزه‌های بزه‌دیده‌شناسانه»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، دوره ۲۳، شماره ۸۹، ۱۳۹۹، صص ۳۲۳ - ۳۴۴.
۲۱. رستمی، هادی و علی مولایی، «خوانش جرم‌شناسانه آثار سعدی (با تأکید بر گلستان و بوستان)»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی**، دوره ۲۰، شماره ۷۷، ۱۳۹۶، صص ۲۲۹ - ۲۶۳.
۲۲. رستمی، هادی و علی مولایی، «رمان سال‌های ابری در پرتو آموزه‌های جرم‌شناسی کودکان و نوجوانان»، **آموزه‌های حقوق کیفری**، دوره ۱۵، شماره ۱۶، ۱۳۹۷، صص ۹۱ - ۱۲۰.
۲۳. رستمی، هادی، حسنعلی مؤذن‌زادگان و علی مولایی، «بازنگری در سطح فکری تاریخ بیهقی بررسی موردی: انطباق محتوا با سیاست جنایی اقتدارگرا»، **نشریه بهار ادب (سبک‌شناسی نظم و نثر فارسی)**، دوره ۱۳، شماره ۶، ۱۳۹۹، صص ۱۵۱ - ۱۷۰.
۲۴. رضوی‌فرد، بهزاد، **نجمه نظری و علی مولایی**، «تحلیل محتوای رمان همسایه‌ها در حوزه بزهکاری کودک در پرتو یافته‌های جرم‌شناسی»، **آموزه‌های حقوق کیفری**، دوره ۱۷، شماره ۲۰، ۱۳۹۹، صص ۱۴۹ - ۱۷۸.

۲۵. شاطریان، محسن و محمود گنجی‌پور، «تأثیر مهاجرت افغان‌ها بر شرایط اجتماعی و اقتصادی شهر کاشان»، مجله پژوهش و برنامه‌ریزی شهری، دوره ۱، شماره ۳، ۱۳۸۹، صص ۸۳-۱۰۲.
۲۶. عباسی، الله‌کرم، محبوبه خراسانی و محمود حیدری، «هویت و مهاجرت در رمان دال (محمود گلاب دره‌ای) و عصفور من الشرق (توفیق الحکیم)»، کاوش‌نامه ادبیات تطبیقی، دوره ۱۰، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۶۱-۷۹.
۲۷. غلامی، حسین و محسن بیات، «تحلیل جرم‌شناختی بزه‌دیدگی بیگانگان»، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴، صص ۲۱۶-۱۹۵.
۲۸. قائدی، محمدرضا و علیرضا گلشنی، «روش تحلیل محتوا، از کمی‌گرایی تا کیفی‌گرایی»، نشریه روش‌ها و مدل‌های روان‌شناختی، دوره ۷، شماره ۲۳، ۱۳۹۵، صص ۵۷-۸۲.
۲۹. مبارکی، محمد، علیرضا افشانی و سهیلا کردعلیوند، «تحلیل رابطه بین تعهد اجتماعی و بزهکاری: مطالعه مقایسه‌ای میان دانش‌آموزان مقطع متوسطه شهرهای خرم‌آباد و یزد»، مجله مطالعات اجتماعی/ایران، دوره ۱۲، شماره ۲، ۱۳۹۷، صص ۱۱۱-۱۳۵.
۳۰. محضری، فرانک، بتول پاکزاد، حسن عالی‌پور و مجتبی فرح‌بخش، «رویارویی با بزهکاری مهاجران در سیاست کیفری ایران؛ داشته‌ها و بایسته‌ها»، دو فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۴، شماره ۲۹، ۱۴۰۱، صص ۳۱۴-۲۷۷.
۳۱. موسوی، ام‌فروه و مریم حسینی، «فضای پسالاستعماری در ادبیات مهاجرت افغانستان؛ نمونه موردی: رمان سبز، سرخ و آبی از عارف فرمان»، فصلنامه ادبیات پارسی معاصر، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۳۹۹، صص ۴۰۱-۴۲۲.
۳۲. نجفی‌ابرنآبادی، علی‌حسین، «از جرم‌شناسی تا آسیب اجتماعی‌شناسی»، ضمیمه فصلنامه تحقیقات حقوقی (یادنامه مرحوم دکتر رضا نوربها)، شماره ۵۶، ۱۳۹۰، صص ۱۰۳۲-۱۰۱۵.

پایان‌نامه

۳۳. مولایی، علی، «خوانش جرم‌شناسانه از کودک در ادبیات داستانی معاصر ایران؛ با تأکید بر علی‌اشرف درویشیان، غلام‌حسین ساعدی، صادق چوبک و احمد محمود»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۷.

سایت

۳۴. خبرگزاری ایرنا، «بیشترین پرونده‌های کیفری و حقوقی از زبان رئیس کل دادگستری کرمان»، ۱۳۹۳، قابل دسترس در:
۳۵. خبرگزاری جام جم، «نگاهی متفاوت به زندگی مهاجران افغان در ایران»، ۱۳۹۲، قابل دسترس در:
- <https://jamejamonline.ir/fa/news/651257>
۳۶. خبرگزاری مهر، «پروژه ساخت ۲۴۰ مایل از دیوار مرزی مکزیک تکمیل شد»، ۱۳۹۹، قابل دسترس در:
- <https://www.mehrnews.com/news/4972518>
۳۷. هشت صبح، «حضور اتباع افغانستان در کدام استان‌ها ممنوع است؟»، ۱۳۹۴، قابل دسترس در:
- <https://8sobh.ir/fa/news/74015>

References

Books

1. Burgess, Ann Wolbert. Cheryl Regehr and Albert R. Roberts. *Victimology; Theories and Applications*, Translatd by: Hamidreza Malek Mohammadi, Tehran: Mizan, 2016. (in Persian)
2. Burke, R. H. *An Introduction to Criminological Theory*, London: Routledge, Fourth Edition, 2014.
3. Felson, M. K. and Rachel Boba Santos. *Crime and Everyday Life*, London: Sage, 2013.

4. Gassin, Raymond, Sylvie Cimamontin and Philippe Bonfils. *Criminology*, Paris: Dalloz, Seventh Edition, 2011. (in French)
5. McDonald, William F. *The Criminal Victimization of Immigrants*, Translated by: Farhad Shahideh, Tehran: Majd, First Edition, 2019. (in Persian)
6. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein and Hamid Hashembeigi, *Encyclopedia of Criminology*, Tehran: Ganj-e-Danesh, Fourth Edition, 2016. (in Persian)
7. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, *An Introduction to Critical Criminology and Its Types*, In: Shiri, Abbas (ed.), *Encyclopaedia of Criminology of Convicts*, Tehran: Mizan, First Edition, 2018. (in Persian)
8. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, *Presentations on Criminal Sociology*, Edited by: Mehdi Sabouri-Pour, 2012, Available at: <http://www.lawtest.ir/>. (in Persian)
9. Nasr Esfahani, Arash, *In Brother's House, Afghan Refugees in Iran*, Tehran: Culture, Art and Communication Research Institute, 2018. (in Persian)
10. Newburn, Tim. *Criminology*, London: Routledge, Third Edition, 2017.
11. Rayejian Asli, Mehrdad and Ali Mollabeigi, *Criminological-Victimology Analysis of the Story of Ashghal Douni (by Gholam Hossein Sa'edi)*, Ninth National Literary Textual Research Conference, Tehran: Bridge, First Edition, 2021. (in Persian)
12. Rayejian Asli, Mehrdad, *Generalities of Criminology*, Tehran: Contemporary View, 2022. (in Persian)
13. Rayejian Asli, Mehrdad, *Introduction to Criminology*, Tehran: Samt, First Edition, 2018. (in Persian)
14. Vargas Llos, Mario, *Why the Literature?* Translated by: Abdollah Kosari, Tehran: Thought board, Second Edition, 2021. (in Persian)
15. Vargas Llosa, Mario. *Why Literature?* Lohefekar Publications, Second Edition, 2022. (in Persian)
16. Wenham, Francois, *Zemiology: a New Field, the Development of the Field of Criminology*, Translated by: Sayyed Hossein Hosseini and Eghbal Mohammadi, In: Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, *Encyclopedia of Criminal Sciences*, Volume 2, Tehran: Mizan, Second Edition, 2016. (in Persian)
17. Williams, Frank, P. and Mary Lindy McShane, *Theories of Criminology*, Translated by: Hamidreza Malek Mohammadi, Tehran: Mizan, Sixth Edition, 2016. (in Persian)
18. Zolali, Mohammad Reza, *Afghani Keshi*, Tehran: Peidayesh, First Edition, 2015. (in Persian)

Articles

19. Abbasi, Allah Karam; Mehboubeh Khorasani and Mahmoud Heydari, "Identity and migration in the novels of "Dal" (Mahmoud Golab Darrei) and A Sparrow from the East (Tawfiq Al-Hakim)", *Research in Comparative Literature*, Volume 10, Issue 3, 2020, pp: 61-79. (in Persian)
20. Bagheri, Shahla and Mansoureh Afghahi, "Cultural Policy and Human Rights of Afghan Immigrants in Iran", *Bi-Quarterly Journals of Demographic Studies*, Volume 6, Issue 1, 2020, pp: 195-229. (in Persian)
21. Dashab, Mehryar and Sa'eideh Mokhtar-Zadeh, "Supporting Women Against Sexual and Gender-Based Violence in the Crisis of European Refugee from the Perspective of the United Nations High Commissioner for Refugees", *Quarterly Journal of Public Law Research*, Volme 21, Issue 62, 2019, pp: 39-70. (in Persian)
22. Dirbaz, Marzieh, "Criminal Policy in the Novel of Mira", *Journal of Criminal Law Teachings*, Volume 18, Issue 21, 2021, pp: 105-140. (in Persian)
23. Gholami, Hossein and Mohsen Bayat, "Criminological Analysis of Alien Victimization", *Bi-Quarterly Journal of Criminal Law Research*, Volume 6, Issue 1, 2015, pp: 195-216. (in Persian)

24. Jan-Zadeh, Alireza, "Factors Influencing the Migration of Afghans to Iran", *Quarterly Journal of Politics*, Volume 50, Issue 4, 2020, pp: 1067-1092. (in Persian)
25. Mahzari, Faranak, Batoul Pakzad, Hassan Aalipour and Mojtaba Farah-Bakhsh, "Confronting Immigrant Delinquency in Iran's Criminal Policy: Haves and Shoulds", *Bi-Quarterly Journal of Islamic Jurisprudence and Law Studies*, Volume 14, Issue 29, 2022, pp: 277-314. (in Persian)
26. Mobaraki, Mohammad, Alireza Afshani and Soheila Kord Alivand, "Analyzing the Relationship between Social Commitment and Delinquency: A Comparative Study among High School Students in Khorramabad and Yazd", *Journal of Iranian Social Studies*, Volume 12, Issue 2, 2018, pp: 111-135. (in Persian)
27. Mousavi, Ommeh Farveh and Maryam Hosseini, "Post-Colonial Atmosphere in Afghan Immigration Literature; Case Study: "Green, Red and Blue Novel" by Aref Farman", *The Quarterly Journal of Contemporary Persian Literature*, Volume 10, Issue 2, 2020, pp: 401-422. (in Persian)
28. Muiznieks, Nils. "The Commissioner's Human Rights comments- 'Human Rights of Refugee and Migrant Women and Girls Need to be Better Protected'", 07/03/2016, Available at: <https://www.coe.int/nn/web/commissioner/-/human-rights-of-refugee-and-migrant-women-and-girlsneed-to-be-betterprotected?desktop=false> (Last Visited: 2017/12/20).
29. Najafi Abrand-Abadi, Ali Hossein, "From Criminology to Sociological Damage", *Legal Research Quarterly (Memorial of the Deceased Dr. Reza Nourbha)*, Issue 56, 2011, pp: 1015-1032. (in Persian)
30. Pratt, T. and J. Turanovic. "Lifestyle and Routine Activity Theories Revisited: The Importance of "Risk" to the Study of Victimization", *Victims and Offenders*, 2016, pp: 335-354.
31. Qa'edi, Mohammadreza and Alireza Golshani, "Content Analysis Method: from Quantity-Orientation to Quality-Orientation", *Journal of Psychological Methods and Models*, Volume 7, Issue 23, 2016, pp: 57-82. (in Persian)
32. Razavi-Fard, Behzad, Najmeh Nazari and Ali Molabeigi, "Analyzing the Content of the "Neighbors" Novel in the Field of Child Delinquency in the Light of Criminology Findings", *Journal of Criminal Law Teachings*, Volume 17, Issue 20, 2020, pp: 149-178. (in Persian)
33. Rostami, Hadi and Ali Molabeigi, "Criminological Reading of Sa'adi's Works (with Emphasis on Golestan and Boustān)", *Legal Research Quarterly*, Volume 20, Issue 77, 2017, pp: 229-263. (in Persian)
34. Rostami, Hadi and Ali Molabeigi, "The Exploitation of Child Victimization in the Director of School Story from the Perspective of Victimology", *Legal Research Quarterly*, Volume 23, Issue 89, 2020, pp: 323-344. (in Persian)
35. Rostami, Hadi and Ali Molabeigi, "The Cloudy Years Novel in the Light of Criminological Doctrines for Children and Teenagers", *Criminal Law Teachings*, Volume 15, Issue 16, 2018, pp: 91-120. (in Persian)
36. Rostami, Hadi and Sayyed Hassan Jafarian, "Discourse of Criminal Policy and Criminology on "the Last Day of a Convict" Novel", *Bi-Quarterly Journal of Criminal Law Research*, Volume 9, Issue 1, 2018, pp: 139-160. (in Persian)
37. Rostami, Hadi, Hassan Ali Mo'azen-Zadegan and Ali Molabeigi, "Intellectual Review of Bayhaqi History Case Study: Content Adaptation to Authoritarian Criminal Policy", *Bahar-e-Adab Magazine (Stylistics of Persian Poetry and Prose)*, Volume 13, Issue 6, 2020, PP 151-170. (in Persian)
38. Shaterian, Mohsen and Mahmoud Ganji-Pour, "The Impact of Afghan Immigration on the Social and Economic Conditions of Kashan City", *Journal of Urban Research and Planning*, Volume 1, Issue 3, 2010, PP 83-102. (in Persian)
39. Zolali, Mohammad Reza, "The Experience of Writing a Novel About Afghan Immigrant", *Journal of Copper Art Celebration*, Issue 16, 2020. (in Persian)

Thesis

40. Molabeigi, Ali, "Criminological Reading of Children in Contemporary Iranian Fiction; with Emphasis on Ali Ashraf Darvishian, Gholam Hossein Sa'edi, Sadegh Choubak and Ahmad Mahmoud", *Master's Thesis*, Allameh Tabataba'ei University, 2018.

Websites

41. Eight in the Morning, "In Which Provinces Is the Presence of Afghan Nationals Prohibited?", 2015, Available at: <https://8sobh.ir/fa/news/74015> (in Persian)
42. International Organization for Migration, 2019/01/09, Available at: www.iomtehran.net.
43. IRNA News Agency, "Most Criminal and Legal Cases from the Words of the Chief Justice of Kerman", 2014, Available at: <https://www.irna.ir/news/81213168> (in Persian)
44. Jam Jam News Agency, "A Different Look at the Life of Afghan Refugees in Iran", 2013, Available at: <https://jamejamonline.ir/fa/news/651257> (in Persian)
45. Mehr News Agency, "240 miles of Mexican border wall construction project completed", 2019, Available at: <https://www.mehrnews.com/news/4972518> (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

The Material Multiplicity System of Ta'ziri Crimes in the Islamic Penal Code (amended in 2020); Challenges, Ambiguities and Solutions

Hadi Rostami¹ 

ABSTRACT

Committing Ta'ziri crimes, whether it is the same or different, usually intensifies the punishments and this intensification is required in accordance with Article 134 of the Islamic Penal Code (amended in 2020). Intensification is optional in the case of multiple crimes of the similar type and it is mandatory in the case of multiple crimes of different types. The outcome of this dual policy, regardless of the fact that it has no criminological or penal justification, will create a challenge to separation and distinguish these two categories of crimes and their punishment. In most of the legal texts, the distinction between these two is identified by applying the "unity of criminal elements and punishment" and accordingly, just as the legal element of crime and punishment is alike, the multiplicity is of the similar type, and otherwise, it is considered different. This approach is not a solution and in practice leads to a lesser punishment for committing two or more crimes of the similar type, compared to the case where the multiple acts are committed in the form of committing a complete crime and initiating or assisting in it. The logical solution is concentrating on "the unity of criminal title", regardless of the type of behavior and legal punishment. Thus, if a person commits similar crimes, that is, crimes which are fundamentally similar and fall under the same general heading, whether some of the behaviors are simple or aggravated or the behaviors are different despite having a single legal element, the plurality is considered to be of the similar type. In the case of concurrent crimes (preliminary or related crimes), it is preferable to deviate from the rules of material multiplicity of crimes and determine a single punishment. If the committed behaviors are simultaneously subject to the rules of plurality and recidivism, the effective solution is to generalize the rules of spiritual plurality and determine and implement the most severe punishment.

KeyWords: Multiplicity, Recidivism, Different, Similar, Intensification, Criminal Title.

How to Cite: Rostami, Hadi, "The Material Multiplicity System of Ta'ziri Crimes in the Islamic Penal Code (amended in 2020); Challenges, Ambiguities and Solutions", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:115-132.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.229017.2341>

Received: 10/10/2022-Accepted: 01/06/2024

1. Associate Professor, Faculty of Humanities, Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran
Corresponding Author Email: h.rostami@basu.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



نظام تعدد مادی جرایم تعزیری در قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹)؛ چالش‌ها، ابهام‌ها و راهکارها

هادی رستمی^۱

چکیده

ارتکاب جرایم تعزیری، اعم از آنکه از نوع مشابه باشند یا مختلف، به‌طور معمول موجب تشدید مجازات‌ها می‌شوند و این تشدید، مطابق ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹)، در تعدد از نوع مشابه، اختیاری و در تعدد از نوع مختلف، الزامی است. پیامد این سیاست دوگانه، صرف‌نظر از آنکه توجیه جرم‌شناختی و کیفرشناختی ندارد، موجب ایجاد چالش تفکیک و تشخیص این دو دسته از جرایم و مجازات آنها خواهد شد. در بیشتر نوشته‌های حقوقی، تمایز این دو، با کاربست «وحدت عناصر مجرمانه و مجازات» شناسایی می‌شود و بر این اساس، همین‌که ارکان تشکیل‌دهنده جرایم و مجازات آنها همسان باشد، تعدد از نوع مشابه و در غیر این صورت، از نوع مختلف محسوب خواهد شد. این رویکرد، راهگشا نیست و در عمل موجب می‌شود که ارتکاب دو یا چند فقره جرم از یک نوع، در مقایسه با حالتی که تعدد به‌صورت ارتکاب جرم تام و شروع یا معاونت در آن باشد، مجازات کمتری داشته باشد. راهکار منطقی، تمرکز بر «وحدت عنوان مجرمانه»، قطع‌نظر از نوع رفتار ارتكابی و مجازات قانونی است. بنابراین، اگر شخص مرتکب جرایم مشابه گردد، یعنی جرم‌هایی که به‌لحاظ مبنایی شبیه به هم و ذیل یک عنوان کلی قرار می‌گیرند، اعم از آنکه بعضی از رفتارها ساده باشند یا مشدد یا رفتارها به‌رغم داشتن رکن قانونی واحد، گوناگون باشند، تعدد از نوع مشابه محسوب می‌شود. در مورد جرایم مقارن (جرایم مقدماتی یا مرتبط) نیز ترجیح عدول از قواعد تعدد مادی جرم و تعیین مجازات واحد است. چنانچه رفتارهای ارتكابی، هم‌زمان مشمول قواعد تعدد و تکرار باشند، راهکار مؤثر، تعمیم مقررات تعدد معنوی و تعیین و اجرای مجازات اشد است.

کلید واژگان: تعدد، تکرار، مختلف، مشابه، تشدید، عنوان مجرمانه.

استناد به این مقاله: رستمی، هادی، «نظام تعدد مادی جرایم تعزیری در قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹)؛ چالش‌ها، ابهام‌ها و راهکارها»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۱۱۵-۱۳۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.229017.2341>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۲

۱. دانشیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی‌سینا، همدان، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: h.rostami@basu.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

تعدد و تکرار جرم به‌طور معمول از عوامل تشدیدکننده مجازات‌های تعزیری محسوب می‌شوند و قانون‌گذاران برای بزه‌کارانی که در عمل مرتکب جرم‌های متعدد می‌شوند یا آنکه به‌رغم داشتن سابقه محکومیت قطعی، جرم را تکرار می‌نمایند، سیاست تشدید مجازات را تجویز و گاه قضات را به اجرای آن ملزم می‌کنند. تشدید مجازات مرتکبان تکرار و تعدد جرم، از چشم‌انداز مبانی حقوق کیفری، متأثر از نظریه‌های پیامدگرا و به‌ویژه نظریه فایده‌گرایی است که بیشتر با هدف مرعوب ساختن بزهکار و درس عبرت دادن به بزهکاران احتمالی و بازدارندگی عمومی، توجیه می‌گردد.^۱ در مقابل، نظریه‌های مکافات‌گرا (سزاگرا) که به تناسب جرم و مجازات باور دارند، شدت و ضعف مجازات‌ها را تابعی از شدت و ضعف جرایم می‌دانند و بر این اساس، نظام تعدد و به‌ویژه تکرار را موجب تشدید مجازات فراتر از حد تناسب معقول نمی‌دانند. در واقع، دغدغه پیشگیری از جرایم در نگاه پیامدگرایان، از مجازات‌های شدیدتر در قبال تکرارکنندگان جرایم حمایت می‌کند؛ حال آنکه مکافات‌گرایان آشکارا بر ممنوعیت چنین مجازات‌هایی تأکید می‌ورزند و هدف‌گذاری کیفری را براساس ملاحظات مربوط به «عدالت» و اصل تناسب توجیه می‌نمایند.^۲

با این حال، در عرصه سیاست‌گذاری کیفری، پیامدگرایان کامیاب‌ترند و قانون‌گذاران با تکیه بر اهداف فایده‌گرایانه، مرتکبان تعدد و تکرار جرم را سزاوار مجازات‌های شدیدتر می‌دانند. قانون‌گذار ایرانی از همان آغاز، که «قانون مجازات عمومی» را در ۲۳ دی‌ماه ۱۳۰۴ تصویب کرد، تا آخرین قانون که با عنوان «قانون کاهش مجازات حبس تعزیری» در ۲۳ اردیبهشت ۱۳۹۹ لازم‌الاجرا گردید، به سیاست تشدید مجازات بیش‌یاکم وفادار مانده است. تعدد مادی جرم، که متضمن ارتکاب بیش از یک رفتار مجرمانه پیش از صدور حکم محکومیت قطعی می‌باشد، یکی از مواردی است که در ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹)، به آن توجه شده است. برای شمول مقررات تعدد جرم، شرط اصلی، ارتکاب جرم‌های متعدد (حداقل دو مورد) و عدم صدور حکم محکومیت قطعی است. متفاوت یا مشابه بودن جرم‌های ارتكابی، عمدی یا غیرعمدی بودن آنها اهمیت ندارد. همچنین، لازم نیست که جرم‌ها در یک زمان یا زمان‌های مختلف واقع شده باشند. مطابق ماده مذکور: «در تعدد جرایم تعزیری، تعیین و اجرای مجازات به شرح زیر است:

الف- هرگاه جرایم ارتكابی مختلف نباشد، فقط یک مجازات تعیین می‌شود و در این صورت، دادگاه می‌تواند مطابق ضوابط مقرر در این ماده که برای تعدد جرایم مختلف ذکر شده، مجازات را تشدید کند.

ب- در مورد جرایم مختلف، هرگاه جرایم ارتكابی بیش از سه جرم نباشد، حداقل مجازات هریک از آن جرایم بیشتر از میانگین حداقل و حداکثر مجازات مقرر قانونی است.

پ- چنانچه جرایم ارتكابی مختلف، بیش از سه جرم باشد، مجازات هریک، حداکثر مجازات قانونی آن جرم است. در این صورت دادگاه می‌تواند مجازات هریک را بیشتر از حداکثر مجازات مقرر قانونی تا یک‌چهارم آن تعیین کند ...».

نحوه تعیین مجازات‌ها و محاسبه میانگین و ملاحظات مربوط به تشدید در تعدد مادی، چندان دشوار نیست و آنچه در این میان چالش‌برانگیز است، نحوه محاسبه مجازات در صورت اجتماع شروع یا معاونت در جرم با جرم اصلی یا ارتکاب

۱. یک قاضی در سده هجدهم خطاب به یک شخص متهم به سرقت گوسفند گفت: «تو به این دلیل که یک گوسفند دزدیده‌ای به دار آویخته نمی‌شوی، بلکه به این خاطر به دار آویخته می‌شوی تا شخص دیگری جرئت نکند گوسفند بدزدد.» نک:

Kumari, Krishna. "Role of Theories of Punishment in the Policy of Sentencing", 2007, Available at: <http://ssrn.com-956234>. P 14.

۲. برای اطلاع بیشتر، نک: رستمی، هادی، «تقابل وظیفه‌گرایی و غایت‌گرایی فایده‌محور در توجیه کیفر»، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۱۵۵-۱۳۱.

مصادقات‌های ساده و مشدد یک رفتار مجرمانه یا وضعیت جرایم مقارن است که راهکاری در قانون مجازات اسلامی ندارند. برای مثال، شخصی که مرتکب سه فقره جرم از یک نوع می‌شود که یکی از آنها، جرم تام و دیگری شروع به جرم و سومی نیز معاونت در همان جرم است، آیا تابع مقررات تعدد از نوع مشابه است یا تعدد از نوع مختلف؟ در واقع، فردی که متهم به سه اتهام کلاهبرداری، شروع به کلاهبرداری و معاونت در کلاهبرداری است، در شمول کدام نوع تعدد قرار می‌گیرد؟ افزون بر این، ارتکاب مصادیق مشدد و ساده یک جرم، مانند آنکه شخصی در عمل مرتکب چند فقره سرقت از نوع ساده و مشدد می‌گردد، تعدد مادی از نوع مختلف محسوب می‌شود یا نوع مشابه؟ همین مشکل، در خصوص جرایم مقارن، مانند جرمی که لازمه یا مقدمه جرم دیگری باشد، نظیر استفاده از سند مجعول و کلاهبرداری، نیز صادق است. چالش دیگر، تداخل مقررات تعدد و تکرار جرم است، مانند آنکه شخصی پس از صدور حکم محکومیت قطعی، مرتکب دو یا چند فقره جرم می‌شود که از یک سو، با قواعد تکرار، قابل مجازات است و از سوی دیگر، مقررات تعدد جرم بر رفتارهای وی صدق می‌کند.

مقاله‌های چشمگیری در خصوص تعدد مادی جرم و معیارهای تشخیص جرایم مختلف از جرم‌های غیرمختلف، نوشته شده که بعضاً منصرف از تحولات اخیر می‌باشند و مقاله‌هایی که جدیدترند، بیشتر ناظر به شناسایی و تشخیص اقسام تعدد در مفهوم جرم تام هستند و به چالش‌های مرتبط با شروع و معاونت در جرم و نیز تداخل مقررات تکرار و تعدد، نمی‌پردازند. برای مثال، مقاله «معیار تفکیک جرایم «مختلف» از جرایم «غیرمختلف» در اعمال قواعد تعدد مادی جرم»^۱ که در مجله حقوقی دادگستری به چاپ رسیده است، تلاش می‌کند ضمن ارائه دیدگاه‌های مختلف پیرامون تعدد جرم، در نهایت بر ضابطه «وحدت عناصر متشکله و مجازات» متمرکز شود. صرف‌نظر از ایراد این ضابطه، که تفسیری منطوقی و به ضرر متهم است، چارچوب نوشتاری مقاله که چهار ضابطه کلی را با دو عنوان یکنواخت «تبیین تفسیر» و «ارزیابی تفسیر» تکرار و بررسی می‌کند، تأمل‌برانگیز است. در مقاله دیگری که به لحاظ زمانی مقدم‌تر است، با عنوان «ضابطه تفکیک جرایم مختلف از غیرمختلف در ماده ۱۳۴ اصلاحی قانون مجازات اسلامی»^۲ که در پژوهشنامه حقوق کیفری به چاپ رسیده است، نویسندگان برای تفکیک جرایم مختلف از غیرمختلف بر معیارهایی چون همسانی در «عنصر قانونی»، «عنوان مجرمانه» و «مجازات قانونی» تأکید داشته‌اند. مقاله اخیر، ضمن نقد نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی، تلاش زیادی برای تفکیک جرم‌های مختلف از جرایم غیرمختلف برداشته است؛ اما در نهایت به دلیل رویکرد محافظه‌کارانه، بعضاً مانند تداخل شروع و معاونت در جرم با جرم اصلی یا ارتکاب حالت‌های ساده و مشدد یک عنوان مجرمانه، ضابطه تعدد از نوع مختلف را به عنوان یک اصل کلی و مسلم برگزیده‌اند که مغایر با تفسیر غایی از قانون است.^۳ با این حال، با توجه به اصلاح قوانین مربوط به تعدد جرم در سال ۱۳۹۹ و ایجاد تمایز میان جرایم مشابه از جرم‌های مختلف، که در تعیین

۱. روستایی، مهرانگیز و حامد رحمانیان، «معیار تفکیک جرایم «مختلف» از جرایم «غیرمختلف» در اعمال قواعد تعدد مادی جرم»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۸، ۱۴۰۱، صص ۱۳۵-۱۱۵.

۲. احمدزاده، رسول، غلامحسین الهام و مجتبی تام، «ضابطه تفکیک جرایم مختلف از غیرمختلف در ماده ۱۳۴ اصلاحی قانون مجازات اسلامی»، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۱۲، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص ۲۶-۷.

۳. افزون بر این‌ها، مقاله‌های دیگری نیز در قلمرو تعدد نوشته شده‌اند که متکی به قوانین سابق و پیش از تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (۱۳۹۹) هستند. نک: ساداتی، سید محمد مهدی، «تعدد جرم در حقوق ایران و آلمان»، دو فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۸، شماره ۱، ۱۳۹۶، صص ۲۲۶-۲۰۳؛ شمس ناتری، محمد ابراهیم و فرهاد صادقی، «چالش‌های مربوط به تعدد عنوانی جرم در جرایم تعزیری»، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۸، صص ۲۵۰-۲۲۷؛ پوربافرانی، حسن، «تعدد و تکرار جرم در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی (ویرانه حقوق)، دوره ۹، شماره ۴۱، ۱۳۸۴، صص ۴۵-۲۵؛ فروغی، فضل‌الله و رضا رحیمیان، «ارزیابی تعدد مادی جرایم تعزیری در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۷، شماره ۴، ۱۳۹۴، صص ۲۰۳-۱۷۱.

مجازات‌ها آنها تأثیرگذار می‌باشد، تشخیص مصادیق این گروه‌ها و مرزبندی میان آنها دشوار گردید و این دشواری در عمل موجب برخوردهای سلیقه‌های و صدور احکام متفاوت در وضعیت‌های مشابه شده است. از این رو، پرسش محوری این پژوهش آن است که آیا می‌توان معیار دقیق و جامعی برای شناخت تعدد مادی جرایم تعزیری و گونه‌های مشابه و متفاوت و نیز تمایز آن با جرایم مقارن و مرتبط که حکم جرم مستقلی دارند، عرضه کرد؟ در پاسخ به این پرسش، مقاله حاضر تلاش می‌کند با تفسیر محدودی از قواعد تعدد مادی، نخست، جرایم مختلف را از جرم‌های مشابه در مصداق‌هایی که دیگران کمتر به آن توجه داشته‌اند، بررسی نماید (۱) و در مرحله بعدی، وضعیت جرایم مقارن و رابطه آنها با تعدد جرم را مشخص کند (۲) و سرانجام، تداخل قواعد تعدد و تکرار جرم (۳) را که در نوشته‌های حقوقی چندان بر آن تأکید نشده است، مطرح و ارزیابی نماید. در تمام مصداق‌ها، چالش‌ها و راهکارها به موازات هم و ذیل عنوان انتخابی، مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند. فرضیه مقاله مبتنی بر کمینه‌گرایی مجازات از رهگذر تمرکز بر ضابطه «وحدت مجرمانه» برای تشخیص جرم‌های مشابه از مختلف و نیز تحدید قلمرو تعدد جرم از جرایم مقارن و مرتبط است.

۱. تشخیص جرایم مختلف از جرایم مشابه

تعدد مادی جرایم از نوع مختلف یا مشابه در نظام تعیین مجازات‌ها و تشدید آنها تأثیرگذار است. ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹) برخلاف قانون ۱۳۹۲، با تبعیت از منطق تعدد در جرم‌های حدی، نسبت به تعدد از نوع مشابه، از نظر عملی و اجرایی، سیاست آسان‌تری را برگزیده و دادگاه را مکلف به تعیین یک مجازات نموده است.^۱ قاضی در این موارد، مختار به تشدید و اعمال قواعد تعدد از نوع مختلف می‌باشد و حتی می‌تواند مجازات را براساس قواعد عمومی تخفیف دهد. این تمایزگذاری میان جرم‌های مختلف و مشابه فاقد توجیه جرم‌شناختی است؛ زیرا بزه‌کارانی که در عمل یک رفتار مجرمانه مانند سرقت را پیش از خود قرار می‌دهند، به دلیل حرفه‌ای بودن و توان مهارتی بالا برای ارتکاب سریع‌تر جرم، می‌توانند خطرناک‌تر باشند. بنابراین، برخورد افتراقی و ملایم با این نوع بزه‌کاران، که در طیف بزه‌کاران حرفه‌ای، پایدار و پُرخطر طبقه‌بندی می‌شوند، هیچ‌گونه توجیهی ندارد^۲ و در عمل به تجری بزه‌کاران و جابه‌جایی موقعیت‌ها از جرم‌های مختلف به جرایم مشابه می‌انجامد.

شناسایی جرایم مختلف از جرم‌های غیرمختلف، در تعیین مجازات‌ها و تشدید آنها اثرگذار است. تشخیص این موضوع، در شرایطی که ارکان قانونی و مادی و مجازات جرم‌های ارتكابی متفاوت و متمایز باشند، چندان دشوار نیست و دشواری، زمانی نمایان می‌شود که تعدد به صورت اجتماع جرایم کامل و ناقص (شروع یا معاونت در جرم) یا حالت‌های ساده و مشدد یک عنوان مجرمانه یا به شکل ارتکاب حالت‌های گوناگون یک رکن قانونی یا تداخل گروه‌های مجرمانه مشابه و مختلف ظاهر گردد.

۱.۱. تعدد جرم تام با شروع و معاونت در جرم

چنانچه رفتارهای ارتكابی معطوف به مصداق‌های گوناگون یک جرم و به صورت‌های مباشرت، شروع یا معاونت در جرم واقع شده باشند، تعدد و اعمال مقررات آن تبدیل به یک چالش می‌شود؛ مانند آنکه اتهام‌های متهم به ترتیب، کلاهبرداری،

^۱ در برخی از ایالت‌های آمریکا برای جرایم مشابه فقط یک مجازات تعیین می‌شود. در این باره، نک: میرمحمد صادقی، حسین و علیرضا درزی رامندی، «بررسی تطبیقی تعدد جرم در حقوق کیفری ایران و آمریکا»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۷، شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۶۷.

^۲ نک: شیخ‌الاسلامی، عباس، *تعدد جرم؛ نظریه‌ها و رویه‌ها*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۳۲.

شروع به کلاهبرداری یا معاونت در کلاهبرداری باشد. قانون مجازات اسلامی در این خصوص ساکت است و همین سکوت، به برداشت‌های گوناگونی دامن زده است.^۱ اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۶۷۶ مورخ ۱۳۹۹/۶/۴، مقرر می‌دارد: «در موارد زیر جرایم، غیرمختلف محسوب می‌شود ... شروع، معاونت و مباشرت در این جرم ...». به باور اداره حقوقی، ارتکاب این نوع رفتارها، مصداق بارز «جرایم غیرمختلف» محسوب می‌شود و در نتیجه، باید یک مجازات تعیین و اعمال گردد. برخی از نویسندگان در نقد این دیدگاه گفته‌اند: «شروع و معاونت در تمامی جرایم تعزیری، چنانچه هم‌ردیف ارتکاب جرم اصلی موضوع تعدد باشند، مختلف محسوب می‌شود و به مثابه ارتکاب جرم‌های مختلف با آن رفتار خواهد شد».^۲ مبنای این دیدگاه برای رد نظریه اداره حقوقی، در ظاهر، اختلاف در ارکان قانونی و مادی رفتارهای ارتكابی است و صرف هم‌جنس یا هم‌سنگ بودن آنها را برای تعدد از نوع مشابه کافی نمی‌دانند. بنابراین، مشابهت رکن مادی، در شرایطی که مجازات شروع به جرم و معاونت در جرم و جرم تام با یکدیگر متفاوت است، موجب اعمال مقررات تعدد مادی از نوع واحد نخواهد شد و در نتیجه باید مجازات‌های جداگانه برای هریک از این رفتارها تعیین شود. نتیجه این دیدگاه، تعیین چند مجازات و تشدید آنها به شرح مقرر در قانون است؛ حال آنکه اگر رفتارهای موردنظر از نوع مشابه پنداشته شود، در آن صورت باید یک مجازات تعیین گردد و دادگاه می‌تواند مجازات را برابر قواعد تعدد از نوع مختلف تشدید کند.

دیدگاه مذکور از نظر منطوقی، موافق با قانون است؛ اما به لحاظ مفهومی انطباق چندانی با آن ندارد؛ زیرا ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی برای اعمال مقررات تعدد، از واژگان «مختلف و غیرمختلف» استفاده کرده است و این واژه‌ها، منصرف از وحدت ارکان جرم می‌باشند. بنابراین، از مفهوم مخالف واژه «مختلف»، عبارت «مشابه» استنباط می‌شود که بر همسانی یا همانندی، صرف‌نظر از اختلاف در رکن قانونی یا مجازات، دلالت می‌کند و از این رو، مفاهیم «مباشرت، معاونت و شروع به یک جرم»، بیشتر بر مشابهت دلالت می‌کنند تا مفارقت. وانگهی، پذیرش دیدگاه مزبور در عمل سبب می‌شود که ارتکاب دو یا چند فقره جرم اصلی از یک جنس در مقایسه با حالتی که مرتکب افزون بر جرم اصلی، به شروع یا معاونت در آن جرم مبادرت نموده است، مجازات کمتری داشته باشد و این نقض غرض محسوب می‌شود. در واقع، مشکل این دیدگاه، آن است که اگر مرتکب دو یا چند فقره جرم از یک جنس را به‌طور کامل انجام دهد، فقط به یک مجازات محکوم می‌شود و دادگاه می‌تواند مجازات را تشدید نماید؛ حال در فرضی که یکی از این حالت‌ها در سطح شروع به جرم یا معاونت توصیف شود، اعمال مقررات تعدد الزامی است. در چنین شرایطی، مرتکب ترجیح می‌دهد که همه رفتارهای خود را به فرجام برساند و در مرحله شروع به جرم که مجازات سنگین‌تری دارد، متوقف نگردد^۳ یا به جای گزینش معاونت، به عرصه مباشرت گام بگذارد. در همین خصوص، تبصره ماده ۱۵ طرح کاهش مجازات حبس تعزیری (۱۳۹۸/۱۰/۱۵)^۴ که

^۱ در شماری از منابع، تداخل جرم اصلی با شروع و معاونت در جرم به عنوان یک چالش، مطرح شده است، اما دیدگاهی برای رفع آن پیشنهاد نشده است. نک: میرمحمد صادقی، حسین، **حقوق جزای عمومی ۳؛ واکنش اجتماعی در برابر جرم (مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی)**، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۴۰۱، ص ۲۰۷.

^۲ احمدزاده، رسول و مجتبی تام، **ملاحظات دربارۀ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری، (ویراست دوم)**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ سوم، ۱۴۰۰، ص ۱۱۶.

^۳ بکاریا، سزار، **رساله جرایم و مجازات‌ها**، ترجمه محمد علی اردبیلی، تهران: میزان، چاپ دهم، ۱۴۰۰، ص ۶۴.

^۴ تبصره ماده ۱۵ طرح کاهش مجازات حبس تعزیری: «جرایمی از قبیل سرقت، جعل و کلاهبرداری که دارای گونه‌های مختلف با مجازات‌های متفاوت است و جرائمی که به شیوه‌های مختلفی قابل تحقق است، مثل صادرات، واردات، تولید، توزیع، حمل، نگهداری و استعمال مواد مخدر، همچنین جرایمی که به موجب قانون در حکم جرم دیگری محسوب می‌شود و یا مجازات جرم دیگری برای آن مقرر شده است و شروع و معاونت در این جرائم، متفاوت محسوب نمی‌شوند».

فرض مزبور را تعدد مادی از نوع مشابه دانسته بود، با ایراد شورای نگهبان در نامه شماره ۹۸/۱۰۲/۱۵۴۴۳ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۹، بدون ارائه معیاری مشخص حذف و از دستور کار خارج گردید.

بنابراین، راهکار مناسب در موارد مذکور، اعمال مقررات تعدد از نوع مشابه و تعیین یک مجازات، یعنی مجازات جرم اصلی، برای رفتارهای ارتكابی است. برای مثال، شخصی که هم‌زمان بابت یک فقره کلاهبرداری و یک فقره شروع یا معاونت در کلاهبرداری تحت تعقیب قرار می‌گیرد، با ابتنا بر قواعد تعدد از نوع غیرمختلف، فقط برای کلاهبرداری مجازات تعیین شود. تعیین مجازات‌های متعدد و اعمال قوانین تعدد از نوع مختلف در این موارد، مغایر با غایت و غرض قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (۱۳۹۹) است که معطوف به کمینه‌گرایی در تعیین مجازات است. فعل و انفعالات حاکم بر طرح قانون کاهش و ملاحظه تبصره الحاقی ماده ۱۵ طرح مذکور که به‌صراحت شروع و معاونت را متمایز از جرم تام در نظر نمی‌گیرد، بیانگر آن است که نگرش قانون‌گذار بر اعمال قواعد تعدد از نوع مشابه در این موارد است. حذف این تبصره دلالت بر پذیرش تعدد از نوع مختلف و پذیرش ایراد شورای نگهبان نیست؛ زیرا در آن صورت، مجلس می‌توانست تبصره را به‌نحو موردنظر و مطلوب شورای نگهبان اصلاح کند.

۱.۲. تعدد در مصادیق ساده و مشدد یک جرم

تعدد گاه ناظر به ارتكاب مصادیق متعدد یک جرم است که هر کدام رکن قانونی جداگانه‌ای دارند؛ مانند آنکه شخص در عمل مرتکب سرقت‌های گوناگونی می‌شود که بعضاً دارای وصف مجرمانه خاص یا مشدد هستند. اداره حقوقی در همان نظریه شماره ۷/۹۹/۶۷۶ مورخ ۱۳۹۹/۶/۴ بر این نکته تصریح می‌کند که «جرایمی که به‌رغم تعدد عنصر قانونی و متفاوت بودن مجازات‌ها، تحت عنوان جرم واحد شناخته می‌شوند، مانند سرقت‌های متعدد، جعل اسناد مختلف، صدور چک بلامحل به هر شیوه که در قانون مقرر شده است»، از نوع مشابه محسوب می‌شود و یک مجازات باید تعیین شود. این دیدگاه منطبق با رأی وحدت رویه شماره ۶۰۸ مورخ ۱۳۷۵/۶/۲۷ است که برای ارتكاب صور خاص چک بی‌محل، مجازات واحد را تجویز می‌نماید: «نظر به اینکه صدور چک‌های بلامحل و وعده‌دار و تضمینی و غیره موضوع مواد (۳)، ۷، ۱۰ و (۱۳) قانون صدور چک مصوب سال ۱۳۵۵ و اصلاحی آن در سال ۱۳۷۲، در صورتی که از جانب یک نفر انجام شده باشد از نوع جرایم مختلف نبوده بلکه جرایم مشابهی هستند که در کلیه آنها با گذشت شاکی خصوصی یا پرداخت وجه چک تعقیب مشتکی عنه موقوف می‌شود. لذا تعیین مجازات برای متهم با عنایت به اینکه مواد (۳۱ و ۳۲) قانون مجازات عمومی سابق منسوخه می‌باشد، بایستی بر طبق قسمت ۲ ماده (۴۷) قانون مجازات اسلامی به‌عمل آید و در نتیجه تعیین مجازات‌های جداگانه برای هریک از جرایم فوق خلاف منظور مقنن است...».

به‌نظر می‌رسد، استناد به رأی وحدت رویه در وضع کنونی بلامانع باشد و این نوع تعددها، از نوع مشابه محسوب می‌شوند. بنابراین، در حالت مذکور که برخی از جرایم، ساده و بعضی خاص یا مشدد هستند یا آنکه جملگی از مصادیق مشدد با عناوین خاص و مستقل می‌باشند، مانند سرقت‌های تعزیری مشدد که در مواد گوناگون پیش‌بینی شده‌اند، دادگاه باید شدیدترین حالت را در نظر گیرد و یک مجازات را تعیین کند و در صورت لزوم می‌تواند مجازات را برابر مقررات تعدد از نوع مختلف تشدید کند. این تفسیری به نفع متهم و منطبق با کمینه‌گرایی در حقوق کیفری^۱ است. اختلاف رکن قانونی، در شرایطی که جرایم به لحاظ ساختار، ماهیت، شکل ارتكاب و شرایط رکن مادی بیش‌یاکم در وضعیت مشابهی قرار

۱. در این خصوص، نک: رستمی، هادی و مهری برزگر، «کمینه‌گرایی در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (۱۳۹۹) و چالش‌های فراروی آن»، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۴۰۱، صص ۷۵-۹۷.

دارند، نمی‌تواند قواعد تعدد را برهم بزند.^۱ پذیرش قواعد تعدد از نوع مختلف در این موارد، این پیام را به بزهکار می‌دهد که اگر جرم‌های ارتكابی، جملگی مشدد یا همه از نوع ساده بودند، فقط یک مجازات تعیین می‌شد و در آن صورت، بزهکار مصمم می‌شود که برای رهایی از قواعد تعدد از نوع مختلف، در عمل با ارتكاب جرم‌های مشدد از یک نوع، شرایط قانونی و مجازات خود را دگرگون کند و تخفیف بگیرد.

پرواضح است که عنوان کلی فصل‌های قانون، معیار وحدت یا مشابَهت جرایم نیست و همه جرایمی که در یک فصل جانمایی شده‌اند، به لحاظ رکن مادی و شیوه ارتكاب همواره با هم صادق نیستند. از این رو، در مواردی که عناوین مجرمانه مختلف باشند، قوانین تعدد از نوع مختلف ملاک عمل قرار می‌گیرد.

۱.۳. تعدد در مصادیق رفتاری یک رکن قانونی

مشکل دیگری که در شناسایی تعدد جرم رخ می‌نماید، ارتكاب مصادیق رکن مادی یک جرم واحد است. برای مثال، در جرم خیانت در امانت، که به شکل‌های گوناگون «استعمال، تصاحب، مفقود کردن یا تلف» واقع می‌شود، ارتكاب بیش از یکی از مصادیق مذکور، که جملگی ذیل یک رکن قانونی پیش‌بینی شده‌اند، می‌تواند به فرض تعدد جرم دامن بزند. همین مسئله، در رخصت جرم تقلب در مسکوکات یا جعل اسناد یا اشیا نیز صادق است؛ یعنی اگر سازنده سکه قلب یا سند جعلی، آن را ترویج کند یا داخل کشور نماید، تابع تعدد از نوع مشابه است یا تعدد از نوع مختلف؟ در جرایم مواد مخدر و روان‌گردان نیز به دلیل تنوع رفتارهای ارتكابی که ذیل یک رکن قانونی مقرر شده‌اند، ابهامات به مراتب بیشتر است. به باور اداره حقوقی در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۶۷۶ مورخ ۱۳۹۹/۶/۴: «رفتارهای متعدد مجرمانه که موضوع آنها واحد است، مانند حمل، نگهداری، فروش، صادرات، واردات و ساخت مواد مخدر از نوع واحد، مشروبات الکلی، تجهیزات دریافت از ماهواره و اسلحه و مهمات از نوع واحد»، از مصادیق «جرایم غیرمختلف» محسوب می‌شوند. این دیدگاه در مجموع قابل دفاع و تفسیری به نفع متهم است؛ زیرا به شرحی که گفته شد، ارتكاب مصادیق گوناگون یک جرم، که مقارن و مرتبط با یکدیگرند، نباید تعدد از نوع مختلف محسوب شوند.^۲

باین حال، در رابطه با جعل و استفاده از سند مجعول، یعنی مواردی که تعدد به صورت جعل و استفاده از مجعول باشد و جاعل مبادرت به استفاده از سند مجعول کند، مطابق رأی وحدت رویه شماره ۶۲۴ مورخ ۱۳۷۷/۱/۱۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، قواعد تعدد مادی از نوع مختلف اعمال می‌شود. این رأی مقرر می‌دارد: «نظر به اینکه به موجب مواد ۷۵ تا ۸۲ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۷۱ برای جعل و استفاده از سند مجعول مجازات جداگانه تعیین شده و به علاوه در ماده ۸۳ قانون مزبور نیز برای استفاده کننده از سند مجعول در مواردی که جاعل خود استفاده کننده باشد، مجازات مقرر گردیده است، بنابراین بر طبق مواد مزبور استفاده از سند مجعول عملی مستقل از جعل محسوب و نسبت به جاعل نیز بزه جداگانه است...».

به نظر می‌رسد، استناد به قانون منسوخ (مواد ۷۵ تا ۸۲ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۷۱) در حال حاضر راهگشا نیست و مطابق مواد ۹۵ و ۹۹ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲، مجازات این دو رفتار،

۱. برای دیدن نظر مخالف، نک: الهام، غلامحسین و محسن برهانی، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی؛ واکنش در برابر جرم*، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ ششم، ۱۴۰۰، ص ۲۲۹.

۲. برای دیدن نظر مخالف، نک: پیمانی، ضیاءالدین، *حقوق کیفری اختصاصی ۳: جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، تهران: میزان، چاپ نهم، ۱۳۹۲، ص ۱۰۱.

در فرضی که جاعل همان استفاده کننده از سند یا شیء مجعول باشد، غیر از یک مورد که به تبعیت از قانون تعزیرات (۱۳۷۵) انجام شده است، متمایز نیست و حتی قانون ۱۳۷۱ نیز علی‌الاصول تمایزی میان مجازات این دو قائل نشده بود. بنابراین، به نظر می‌رسد که رأی وحدت رویه، صرف‌نظر از عدم دقت در انشای آن و استناد نادرست به مواد قانونی، در وضع کنونی قابلیت اجرا نداشته باشد. از این رو، اعمال مقررات تعدد از نوع مشابه، در فرضی که جملگی رفتارهای ارتكابی توسط یک نفر، به‌رغم اختلاف رکن مادی، رکن قانونی و مجازات یکسانی دارند، مطلوب‌تر است؛ حتی می‌توان از این هم فراتر رفت و مورد مذکور را از گستره قواعد تعدد جرم خارج کرد و حکم جرم واحد را بر آن جاری نمود.

۲. تعدد و جرایم مقارن

چالش بعدی در اعمال مقررات تعدد مادی جرم، وجود جرایم مقارن است. وضعیت جرایم مقارن و رویکرد قانون‌گذار به آنها به دو شکل قابل بررسی است: نخست، به‌صورت مجموعه جرایم مرتبط با عنوان خاص که در چارچوب یک رکن قانونی مقرر شده‌اند و دوم، به‌صورت مقدمه منطقی ارتکاب جرمی بر جرم دیگر که موضع قانون‌گذار نسبت به آنها سکوت است.

۲.۱. مجموعه جرایم با عنوان خاص

مطابق بند (د) ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹): «در صورتی که مجموع جرایم ارتكابی در قانون، عنوان مجرمانه خاصی داشته باشد، مقررات تعدد جرم اعمال نمی‌شود و مرتکب به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شود». عبارت «مجموع جرایم ارتكابی در قانون» در این بند، در ظاهر شامل جرم‌های مرتبطی می‌شوند که با قرار گرفتن کنار یکدیگر، حالت مشددی را پدید می‌آورند که به‌طور معمول یک عنوان مجرمانه را تداعی می‌کند. در واقع، قانون‌گذار با تصریح به دو یا چند عنوان مجرمانه در یک رکن قانونی که اصولاً با هم مرتبط‌اند، مجازات به‌نسبت شدیدی پیش‌بینی می‌کند که دادگاه را بی‌نیاز از اعمال قواعد تعدد می‌نماید. برای مثال، در سرقت موضوع ماده ۶۵۱ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ که حاوی پنج شرط است، برخی شرایط، مانند داشتن اسلحه یا تهدید یا از دیوار بالا رفتن، خود، به‌طور مستقل جرم‌انگاری شده‌اند؛ اما قانون‌گذار مجموع جرایم را در یک رکن قانونی مقرر و مجازات سنگینی را تعیین کرده است. همچنین، مطابق تبصره ۲ ماده ۵ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری (۱۳۶۷)، چنانچه اختلاس توأم با جعل باشد، فقط مجازات اختلاس تعیین می‌شود.^۱ به همین ترتیب، سرقت از منزل (ماده ۶۵۶ قانون تعزیرات ۱۳۷۵) یا سرقت مسلحانه یا مقرون به آزار (ماده ۶۵۲ قانون مذکور)، حکم خاص داشته و یک مجازات برای رفتارهای ارتكابی پیش‌بینی شده است. بنابراین، دادگاه نمی‌تواند در موارد مذکور، افزون بر مجازات سرقت، به‌ترتیب برای ورود به منزل یا داشتن یا حمل سلاح یا آزار، مجازات جداگانه‌ای تعیین کند. البته، تهیه سلاح ارتباطی با رکن مادی سرقت مسلحانه ندارد و تابع قواعد تعدد مادی از نوع مختلف است. افزون بر این‌ها، جرم تخریب در زندان برای فرار، به‌تصریح فراز اخیر ماده ۵۴۷ قانون مذکور، از شمول مقررات تعدد خارج و مشمول مجموع جرایم با حکم خاص است.

^۱ البته، در اختلاس به‌عنوان جرم نظامی، اگر همراه با جعل سند و نظایر این‌ها باشد، به‌موجب تبصره ۱ ماده ۱۱۹ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح (۱۳۸۲)، مرتکب به مجازات هر دو جرم برابر مقررات تعدد محکوم می‌شود و این استثنا است.

۲.۲. جرایم مقدماتی

حقوقدانان بعضاً از این قاعده دفاع کرده‌اند که اگر ارتکاب جرمی مقدمه منطقی یا لازمه ارتکاب جرم دیگری باشد، نباید قاعده تعدد جرم اعمال شود.^۱ در پاره‌ای منابع، چنین شرایطی از مصادیق تعدد معنوی (اعتباری) محسوب شده است.^۲ این نوع موضع‌گیری‌ها به لحاظ تبارشناسی، به ماده ۳۲ قانون مجازات عمومی (۱۳۰۴) برمی‌گردد که مقرر می‌داشت: «اگر چند جرم برای یک مقصود واقع شده و مربوط به هم باشد یا اینکه بعضی از آنها مقدمه یا جزء دیگری بوده یا تفکیک از هم نشوند تمام آنها یک جرم محسوب و مجازات جرمی داده می‌شود که جزای آن اشد است.» مفاد این ماده در مورد «جرایم مقدماتی»، در اصلاحات ۱۳۵۲ حذف و در هیچ‌یک از ادوار قانون‌گذاری بعدی احیا نشد. باین حال، در سطح دکترین و رویه قضایی، همواره از این دیدگاه دفاع شده که جرایمی که مقدمه منطقی یا لازمه جرایم دیگرند، تعدد نیست و حکم جرم واحد را دارند. برای تشخیص جرایم مقدماتی از جرم‌های اصلی، به دلیل سکوت قوانین، هیچ اجماعی در دست نیست. حقوقدانان با نگاه به ساختار و طبیعت جرایم، مثال‌هایی را به این شرح مطرح کرده‌اند:

- خرید یا نگهداری مواد مخدر به مقدار کم برای استعمال؛
 - استفاده از سند مجعول برای کلاهبرداری؛
 - نگهداری یا حمل سلاح برای ارتکاب سرقت مسلحانه؛
 - ورود به منزل دیگری به قصد سرقت؛
 - حمل یا نگهداری مواد مخدر برای قاچاق (وارد کردن یا داخل کردن به کشور).
- باین حال، در موارد مذکور و نظایر این‌ها،^۳ بعضی از نویسندگان، با طرح ضابطه «اختلاف در رکن قانونی و رکن مادی رفتارها»، مقررات تعدد مادی از نوع مختلف را تجویز کرده‌اند.^۴ در برخی از آرای دیوان کشور نیز آمده است: «مقدمه بودن جرمی برای جرم دیگر منافعی تعدد جرم نخواهد بود. از این‌رو، اگر سارق برای سرقت زمین را نقب بزند، مورد از موارد تعدد جرم به شمار می‌رود.» (حکم شماره ۲۹۹۳ مورخ ۱۳۱۸/۱۱/۲۱ شعبه پنج دیوان عالی کشور). استدلال طرفداران این دیدگاه آن است که ارکان مادی جرایم مقدماتی و جرایم اصلی و نیز زمان ارتکاب آنها متفاوت است و همچنین، غایت جرم‌انگاری جرایم مقدماتی پیشگیری از جرایم مهم‌تر است و از این‌رو، به‌منظور تأمین نظر قانون‌گذار باید مجازات هر دو جرم تعیین گردد.^۵ ایراد این نگرش در مبنای آن است؛ زیرا اگر از منظر پیشگیری به دنبال توجیه نظام

۱. نک: باهری، محمد، **حقوق جزای عمومی**، تهران: نگاه معاصر، چاپ دوم، ۱۴۰۲، ص ۳۷۸.

۲. اردبیلی، محمد علی، **حقوق جزای عمومی**، جلد ۳، تهران: میزان، چاپ بیستم، ۱۳۹۹، ص ۱۸۰.

۳. برخی نوشته‌های حقوقی، بین جعل و استفاده از سند مجعول و نیز سرقت و مداخله در اموال مسروق، تلازم منطقی و عرفی برقرار کرده‌اند؛ زیرا تا جعل انجام نشود، امکان استفاده از سند مجعول برای هیچ‌کس، اعم از جاعل و غیرجاعل، فراهم نمی‌شود و هر سارقی نیز برای بهره‌مندی از مال مسروق، ناگزیر به نگهداری، حمل و فروش مال مسروق است (نک: منصورآبادی، عباس، **حقوق جزای عمومی ۳**؛ تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۹، صص ۱۹۶-۱۹۵). این دیدگاه، هرچند منطقی است، با توجه به خروج سارق از حکم ماده ۶۶۲ قانون تعزیرات (۱۳۷۵) و اینکه اقدامات سارق نسبت به مال مسروق، مصداق پولشویی موضوع ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی (اصلاحی ۱۳۹۷) است و با توجه به ماده ۹ این قانون: «مرتکبین جرم منشأ در صورت ارتکاب جرم پولشویی علاوه بر مجازات‌های مقرر مربوط به جرم منشأ، به مجازات‌های پیش‌بینی‌شده در این قانون نیز محکوم خواهند شد»، در این موارد حکم تعدد مادی از نوع مختلف اعمال می‌شود.

۴. نک: زراعت، عباس، **شرح مختصر قانون مجازات اسلامی**، جلد ۱، تهران: ققنوس، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۲۳۴ و قیاسی، جلال‌الدین و احسان یاورى، «حکم جرایم مرتبط در جرایم تعزیری»، **دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری**، دوره ۶ شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۱۷۸.

۵. طاهری‌نسب، یزدالله، **تعدد و تکرار در حقوق جزای ایران**، تهران: دانشور، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۷۸.

مجازات‌ها باشیم، در آن صورت، با همین نگرش باید بر این باور باشیم که به دلیل وقوع جرم مقدماتی، هدف مزبور، تأمین نشده و در نتیجه، اعمال مقررات تعدد و تشدید مجازات، راهگشا و پیشگیرانه نخواهد بود.

در خصوص استفاده از سند مجعول برای کلاهبرداری، تقریباً این دیدگاه، که نباید قواعد تعدد اعمال شود، مورد پذیرش اغلب حقوقدانان است؛ هرچند برخی قائل به تعدد اعتباری و بعضی به مقدمه منطقی یا تلازم میان این دو باور دارند،^۱ اما در صورتی که جعل همراه با کلاهبرداری و به عنوان بخشی از حیل و تقلب برای بردن مال غیر باشد، دیدگاه‌ها متفاوت است و بیشتر حقوقدانان به تعدد مادی در این مورد می‌اندیشند. حکم شماره ۲۵۸۳ صادره از شعبه دوم دیوان عالی نیز در این رابطه مقرر می‌دارد: «یکی از مصادیق جعل این است که کسی خود را در تنظیم سند و امضای سند (از روی حیل و تقلب) به جای شخص دیگری معرفی کند و اگر در نتیجه این عمل کلاهبرداری هم واقع شده باشد، با عمل جعل منافات ندارد...»^۲. در مقابل این گزینه، دیدگاه دیگری وجود دارد که راهکار تعدد را بر نمی‌تابد و مرتکب را فقط مستحق مجازات کلاهبرداری می‌شناسد؛ زیرا واژگان «حیل و تقلب»، «وسایل تقلبی» و «عنوان و سمت مجعول» در ماده ۱ قانون تشدید، هرگز بر مصادیق غیرمجرمانه محدود نشده و شامل وسایل متقلبانه مجرمانه نیز می‌شود.^۳ رویه قضایی در سال‌های اخیر، گرایش به این داشته است که جعل و استفاده از سند مجعول را مقدمه کلاهبرداری^۴ یا مصادیقی از تعدد معنوی پندارد. بی‌گمان، این رویکرد، منصفانه است و اجتناب از اعمال مقررات تعدد در جرم‌های مقارن و متداخل در یک عنوان خاص، جز در مواردی که قانون‌گذار حکم تعدد را تجویز کرده باشد، با اهداف حقوق کیفری سازگارتر است.

۳. تداخل مقررات و مشکل تعیین مجازات

نظام تعیین مجازات در مواردی که طیف جرایم مشابه و جرم‌های مختلف در یکدیگر تداخل می‌کنند، راهکار مشخصی ندارد. همچنین، در شرایطی که به دلیل وجود سابقه یا سوابق محکومیت قطعی، مقررات تعدد و تکرار جرم، هم‌زمان بر وضعیت مرتکب حاکم می‌شوند، قانون‌گذار حکم صریحی ندارد و موضوع برای حقوقدانان و قضات دادگاه‌ها مبهم و نارسا است.

۱. نک: آقایی‌نیا، حسین و هادی رستمی، *حقوق کیفری اختصاصی؛ جرایم علیه اموال و مالکیت*، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۴۰۲، صص ۹۷-۹۹.

۲. همچنین، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۶۷۴۵ مورخ ۱۳۸۴/۹/۲۳ چنین استدلال کرده است: «... چنانچه فردی با توسل به وسایل متقلبانه (یا جعل سند عادی و استفاده از آن) توانسته باشد ملک دیگری را بفروشد و از این طریق مال او را ببرد، علاوه بر اینکه مرتکب جعل و استفاده از سند مجعول شده، مرتکب بزه کلاهبرداری نیز گردیده است...».

۳. در برخی منابع مربوط به حقوق آمریکا نیز تصریح شده که محکومیت به کلاهبرداری، مانع از محکومیت به جعل و تزویر نیست؛ هرچند در نهایت با استناد به قانون جزای نمونه، به غیرمنصفانه بودن بالقوه جمع محکومیت‌های جعل و فریب مبتنی بر جعل (کلاهبرداری)، اشاره شده است. نک:

LaFave, Wayne, R. *Criminal Law*, United States: West Academic, Sixth Edition, (Hornbook Series), 2017, P 1286.

۴. بر اساس رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۵۰۰۰۹ مورخ ۱۳۹۲/۱/۵ صادره از شعبه پنج دادگاه تجدیدنظر استان تهران: «... نظر به اینکه جعل مقدمه برای کلاهبرداری بوده است، بزه مستقل نمی‌باشد، فلذا مجازات تعیین شده [در دادگاه نخستین] فاقد وجاهت قانونی می‌باشد...». برای دیدن آرای بیشتر در این مورد، نک: زینالی، توحید، *جرم جعل و استفاده از سند مجعول در رویه دادگاه‌ها*، تهران: چراغ دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۷، صص ۲۲۱-۱۱۳.

۳.۱. تداخل جرایم مشابه و جرم‌های مختلف

در برخی موارد، شخص مرتکب جرم‌های متعددی می‌شود که برخی از آنها در گروه جرم‌های مشابه و بعضی دیگر، در طیف جرایم مختلف قرار می‌گیرند؛ مانند آنکه اتهامات فرد به‌ترتیب، سه فقره کلاهبرداری و یک فقره سرقت و یک فقره خیانت در امانت باشد. در این حالت، رفتارهای مجرمانه، که هم‌زمان مشمول تعدد از نوع مشابه و مختلف می‌شوند، راهکاری در قانون مجازات اسلامی ندارند. برخی نویسندگان بر این باورند که باید تمام جرم‌های ارتكابی را، فارغ از مختلف و غیرمختلف بودن، شمارش کرد و در مورد جرم‌های مشابه یک مجازات و نسبت به جرم‌های مختلف با لحاظ تعدد کلی همه جرایم، قواعد تعدد را اجرا نمود. برای مثال، در فرض مذکور، برای همه اتهامات با لحاظ مقررات تعدد بیش از سه جرم، حکم به حداکثر مجازات تا یک‌چهارم آن باید تعیین گردد و از آنجایی که سه فقره کلاهبرداری در کنار سرقت و خیانت در امانت است، دادگاه ملزم به تشدید آن است.^۱

این دیدگاه محل تأمل است و به‌نظر می‌رسد که انطباق چندانی با قواعد تعدد جرم در بندهای ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹) ندارد. راهکار مناسب در این خصوص، آن است که در مورد جرایم مشابه، یک مجازات و در مورد جرم‌های مختلف، مجازات‌های جداگانه با لحاظ شمار عناوین مجرمانه تعیین شود. بنابراین، در مثال موردنظر، دادگاه مرتکب را برای سه فقره کلاهبرداری، به یک مجازات محکوم می‌کند و در مورد سرقت و خیانت در امانت نیز مجازات‌های مقرر را حکم می‌کند. با توجه به اینکه شمار عناوین مجرمانه در مثال مذکور، در مجموع سه مورد است، دادگاه قواعد تعدد تا سه جرم را با الزام به تشدید به میزان مقرر در قانون (بیش از میانگین حداقل و حداکثر مجازات) برای اتهام‌های کلاهبرداری، سرقت و خیانت در امانت، ملاک عمل قرار می‌دهد و سرانجام، مجازات اشد اجرا خواهد شد.

۳.۲. شمول هم‌زمان قواعد تعدد و تکرار جرم

گاه به‌علت وجود سابقه یا سوابق محکومیت قطعی، مقررات تعدد جرم با قواعد تکرار جرم، تداخل می‌کند و چالشی برای تعیین مجازات می‌شود. در این موارد، شخص به‌رغم داشتن سابقه محکومیت قطعی مشمول تکرار، مرتکب جرایم متعدد می‌شود و هم‌زمان هم در قلمرو تکرار جرم قرار می‌گیرد و هم قواعد تعدد بر رفتارهای وی صدق می‌نماید. برای مثال، شخصی با وجود داشتن سابقه محکومیت قطعی به مجازات‌های درجه یک تا پنج، مرتکب جرایم دیگری از نوع درجه یک تا شش می‌شود که در یک زمان، شامل دو نهاد تشدیدکننده مجازات است. راه‌حلی برای این موضوع در قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی نشده است و حقوقدانان نیز در بحث‌های خود به‌طور خاص متعرض آن نشده‌اند. در این مورد، می‌توان سه راهکار را دنبال کرد:

۳.۲.۱. راهکارها

راهکار نخست، اعمال مقررات تعدد جرم برای جرم‌های ارتكابی است؛ در این حالت، دادگاه بدون توجه به قوانین مربوط به تکرار جرم، رفتارهای مجرمانه را براساس قواعد تعدد جرم تشدید می‌کند و در نهایت یک مجازات (اشد) اجرا می‌شود. ایراد این روش، آن است که در فرضی که تعدد تا سه جرم باشد، مجازات آن در مقایسه با قواعد تکرار جرم موضوع ماده

۱. احمدزاده و تام، پیشین، ص ۱۱۹.

۱۳۷ قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹)^۱ خفیف‌تر خواهد بود؛ زیرا مجازات تکرار به تصریح این ماده از میانگین حداقل و حداکثر مجازات قانونی شروع می‌شود و ممکن است به بیش از حداکثر مجازات تا یک‌چهارم آن منتهی گردد. از این گذشته، در صورتی که تعدد از نوع مشابه باشد، دادگاه در تشدید مجازات اختیار کامل دارد؛ حال آنکه در تکرار، صرف‌نظر از تشابه یا تفاوت جرم جدید با محکومیت سابق، دادگاه ملزم به تشدید مجازات است.

راهکار دوم، اعمال مقررات تکرار جرم برای هریک از رفتارهای ارتكابی است؛ در این حالت، دادگاه مقررات تکرار جرم را برای هریک از جرایم به‌طور جداگانه تعیین می‌کند و در نهایت مجازات اشد اجرا خواهد شد.^۲ در این روش، در مرحله تعیین مجازات، مقررات تکرار جرم ملاک عمل قرار می‌گیرد، اما در مرحله اجرا، به‌علت وجود مجازات‌های متعدد، قواعد تعدد مورد توجه خواهد بود. چنانچه برخی از جرایم واجد شرایط تکرار و بعضی دیگر از شمول تکرار خارج باشند، دادگاه در مورد جرایم اخیر، مقررات تعدد جرم را ملاک عمل قرار می‌دهد و در عمل مجازات اشد اجرا خواهد شد.

ایراد روش مذکور، آن است که در شرایطی که شمار جرایم ارتكابی بیش از سه فقره و از نوع مختلف باشند، دادگاه در تعدد مکلف است مطابق بند (پ) ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی، حداکثر مجازات قانونی را برای هریک از جرایم حکم نماید و نیز می‌تواند مجازات را به بیش از حداکثر تا یک‌چهارم تشدید کند؛ اما در تکرار، مختار است که به «میانگین حداقل و حداکثر مجازات قانونی» اکتفا کند. بدین ترتیب، حداقل تشدید در تکرار، همواره میانگین است؛ اما در تعدد از نوع مختلف، حداقل مجازات قابل تعیین، بیش از میانگین و در تعدد بیش از سه جرم، حداقل مجازات، حداکثر مجازات قانونی جرایم ارتكابی است و همین در عمل، امکان جمع هر دو مقررات تعدد و تکرار را دشوار یا غیرممکن می‌کند.

راهکار سوم، اعمال هم‌زمان قواعد تعدد و تکرار جرم است. در این روش، مجازات‌ها نخست مطابق قواعد تعدد جرم و سپس، براساس مقررات تکرار تشدید می‌شوند. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۹۹/۱۱۶۷ مورخ ۱۳۹۹/۴/۲۸ راهکار مذکور را ارائه می‌دهد: «در جرایم تعزیری، در فرضی که دو عامل تشدیدکننده مجازات، یعنی تعدد و تکرار جرم که هر دو حکم مقنن است، وجود دارد، باید هر دو عامل در تعیین مجازات لحاظ شود. ابتدا مجازات مرتکب براساس مقررات ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی، اصلاحی ۱۳۹۹ (ماده ۱۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری) تعیین و سپس مجازات تعیین شده براساس ماده ۱۳۷ اصلاحی ۱۳۹۹ تشدید می‌شود و با توجه به عبارت «بیش از حداکثر مجازات مقرر قانونی تا یک‌چهارم» که در ماده یادشده آمده است، با لحاظ هر دو عامل مشدد (تعدد و تکرار) بیش از حداکثر مجازات به اضافه یک‌چهارم نخواهد بود.»

چالش اصلی این دیدگاه، فراز اخیر آن است؛ زیرا وقتی قرار است حداکثر تا یک‌چهارم، ملاک تعیین مجازات باشد، در آن صورت، چه نیازی به اعمال قواعد تکرار جرم است؛ در برخی از اشکال تعدد جرم، مانند تعدد از نوع مختلف در بیش از سه فقره، دادگاه ملزم به تعیین حداکثر با اختیار تشدید تا یک‌چهارم خواهد بود و با این الزام، دیگر توجیهی برای رجوع به مقررات تکرار جرم وجود ندارد. افزون‌بر این، حداقل مجازات تکرار، میانگین حداقل و حداکثر مجازات قانونی است و در فرض اعمال قواعد تعدد، حتی در صورتی که میزان جرایم تا سه فقره است، حکم به بیش از میانگین داده می‌شود و در آن صورت، محاسبه میانگین در تکرار امکان‌پذیر نخواهد بود. وانگهی، در تعدد از نوع مشابه، که یک مجازات

۱. ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی: «هرکس به علت ارتکاب جرم عمدی به موجب حکم قطعی به یکی از مجازات‌های تعزیری از درجه یک تا درجه پنج محکوم شود و از تاریخ قطعیت حکم تا حصول اعاده حیثیت یا شمول مرور زمان اجرای مجازات، مرتکب جرم عمدی تعزیری درجه یک تا شش گردد، حداقل مجازات جرم ارتكابی میانگین بین حداقل و حداکثر مجازات قانونی آن جرم است و دادگاه می‌تواند وی را به بیش از حداکثر مجازات تا یک‌چهارم آن محکوم کند».

۲. احمدزاده و تام، پیشین، ص ۱۳۹.

تعیین می‌شود و تشدید آن نیز اختیاری است، اعمال هم‌زمان قواعد تعدد و تکرار با هیچ منطقی سازگار نیست.

۳.۲.۲. تعمیم قواعد تعدد معنوی

برای عدول از مشکلات، شاید بتوان با وحدت ملاک از مقررات تعدد معنوی به راه‌حل مناسب‌تری دست یافت. تعدد معنوی، هرچند ناظر به تعیین مجازات اشد برای رفتار واحد است، اما به‌کارگیری این سیاست، در فرضی که رفتارهای ارتكابی هم‌زمان مشمول نهادهای مشدد می‌شوند، اولی‌تر است. بنابراین، چنانچه رفتارهای مجرمانه مشمول مقررات تعدد جرم باشند و درعین حال، با قواعد تکرار جرم منطبق شوند، مجازات اشد (حسب مورد تعدد و تکرار جرم) ملاک عمل قرار می‌گیرد. در این مورد، چنانچه تعدد از نوع مشابه باشد، بی‌گمان، مقررات تکرار جرم به‌دلیل الزامی بودن تشدید مجازات‌ها، ترجیح دارد.

برای مثال، در فرضی که شخص با وجود سابقه یا سوابق محکومیت قطعی، در عمل مرتکب جرم‌های تعزیری از نوع مشابه می‌شود، هرچند قواعد تعدد بر رفتار وی صادق است، اعمال مقررات تکرار، به‌علت الزامی بودن تشدید، منطقی‌تر است و دادگاه در این حالت، برای همه جرم‌های ارتكابی یک مجازات تعیین و آن را به میزان مقرر در قانون تشدید می‌کند. برعکس، در تعدد مادی از نوع مختلف، در هر حال، مقررات تعدد در مقایسه با قواعد تکرار مرجح‌تر است؛ زیرا با لحاظ ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی (اصلاحی ۱۳۹۹)، که حداقل میزان مجازات تعدد جرم در سه مورد را بیش از میانگین مجازات حداقل و حداکثر مقرر نموده است، نسبت به قواعد تکرار، که اصل میانگین را مبنای تشدید قرار می‌دهد، می‌توان گفت که مقررات تعدد از نوع مختلف، شدیدتر از تکرار جرم است.

تغییر قوانین مربوط به تعدد و تکرار جرم، قاعده مذکور را برهم نمی‌زند و در هر شرایطی، فرض مذکور می‌تواند راهگشا باشد. قانون‌گذار ممکن است بنا به ملاحظات، حسب مورد، سخت‌گیری بیشتری نسبت به هریک از این نهادها (تعدد یا تکرار) داشته باشد و در این حالت، مناسب‌ترین راهکار، اعمال قواعد تعدد معنوی است. باین‌حال، اگر ترجیح بر اعمال قواعد تکرار نسبت به جرایم ارتكابی باشد، در مرحله اجرا فقط یک مجازات (اشد)، تحمیل می‌شود و اعمال همه مجازات‌های تعزیری امکان‌پذیر نخواهد بود.

نتیجه‌گیری

تعدد و تکرار جرم همواره از علل تشدیدکننده مجازات‌ها محسوب می‌شوند و سیاست‌گذاران جنایی بیشتر بنا به ملاحظات جرم‌شناختی و براساس اهداف پیشگیرانه، قواعد سختگیرانه‌ای برای بزهکاران تعدد و تکرار پیش‌بینی کرده‌اند. سیاست قانون‌گذار ایرانی در همه دوره‌های قانون‌گذاری بیش‌یاکم، شدت عمل و تشدید مجازات بوده و گاه مجوز تخفیف مجازات این دسته از بزهکاران از دادگاه‌ها سلب شده است. قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (۱۳۹۹)، با هدف تراکم‌زدایی از زندان‌ها، در مقایسه با قوانین سابق، سخت‌گیری را متوجه تعدد مادی از نوع مختلف می‌کند و اجازه تخفیف مجازات‌ها را نیز برابر مقررات عمومی داده است. این تحولات از دو جهت محل ایراد است: نخست آنکه سبب جابه‌جایی بزهکاران می‌شود و آنها می‌کوشند به جای ارتکاب جرم‌های مختلف، در عمل جرم‌های مشابه را مرتکب شوند که فقط یک مجازات داشته و تشدید آن نیز اختیاری است و دوم، به لحاظ جرم‌شناسی، بزهکارانی که گرایش به ارتکاب جرم‌های مشابه دارند، به‌دلیل حرفه‌ای بودن و توان مهارتی بالا برای ارتکاب سریع‌تر جرم، می‌توانند خطرناک‌تر باشند.

باین‌حال، قطع‌نظر از چالش مذکور، شناسایی جرم‌های مختلف از جرایم مشابه در برخی مصداق‌ها به‌علت سکوت قوانین

چندان ساده نیست و دشواری‌های خاص خود را دارد. بیشتر نویسندگان، در فرضی که تعدد ناظر به ارتکاب کامل جرم و شروع یا معاونت در آن باشد یا آنکه مصادیق ساده و مشدد جرم واحد را شامل گردد، قائل به تشدید مجازات‌ها براساس تعدد مادی از نوع مختلف هستند و همین راهکار را درمورد جرایمی که مقدمه منطقی یا لازمه جرایم دیگرند یا آنکه رفتارهای ارتكابی، به‌رغم وحدت رکن قانونی، متفاوت‌اند، تجویز می‌کنند. رویکرد این نوشتار با لحاظ روح حاکم بر قانون کاهش، حداقل‌گرایی و اعمال مقررات تعدد از نوع مشابه و گاه عدول از قواعد تعدد مادی جرم است. مشابهت عناوین مجرمانه، صرف‌نظر از تفاوت در مجازات‌ها یا اختلاف در رفتارها، برای اعمال مقررات تعدد مادی از نوع مشابه کفایت می‌کند. بی‌گمان، در شرایطی که مجموع جرایم ارتكابی یک عنوان مجرمانه خاص را شکل می‌دهند یا جرایمی که مقدمه منطقی جرم دیگرند، راهکار منطقی، اجتناب از مقررات تعدد و سیاست تشدید مجازات است.

چنانچه رفتارهای مجرمانه هم‌زمان مشمول قواعد تعدد و تکرار جرم باشند، راهکارها گوناگون است و گاه مقررات تعدد جرم و گاه اعمال هم‌زمان قواعد تعدد و تکرار جرم تجویز می‌شود که در عمل جمع آنها امکان‌پذیر نیست. راهکار پیشنهاد شده در این مقاله، کاربست قواعد تعدد معنوی و تعیین مجازات اشد است. در این موارد، ترجیح با قواعدی خواهد بود که مجازات بیشتری دارد. در صورت شمول قوانین تکرار، نخست مجازات‌ها بر این اساس تشدید می‌شوند و در نهایت، مجازات اشد اجرا خواهد شد.

منابع

کتاب

۱. احمدزاده، رسول و مجتبی تام، *ملاحظات دربارۀ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری*، (ویراست دوم)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چاپ سوم، ۱۴۰۰.
۲. اردبیلی، محمد علی، *حقوق جزای عمومی*، جلد ۳، تهران: میزان، چاپ بیستم، ۱۳۹۹.
۳. آقای‌نیا، حسین و هادی رستمی، *حقوق کیفری اختصا صی؛ جرایم علیه اموال و مالکیت*، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۴۰۲.
۴. باهری، محمد، *حقوق جزای عمومی*، تهران: نگاه معاصر، چاپ دوم، ۱۴۰۲.
۵. بکاریا، سزار، *رساله جرایم و مجازات‌ها*، ترجمه محمد علی اردبیلی، تهران: میزان، چاپ دهم، ۱۴۰۰.
۶. پیمانی، ضیاءالدین، *حقوق کیفری اختصاصی ۳: جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، تهران: میزان، چاپ نهم، ۱۳۹۲.
۷. زراعت، عباس، *شرح مختصر قانون مجازات اسلامی*، جلد ۱، تهران: ققنوس، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۸. زینالی، توحید، *جرم جعل و استفاده از سند مجعول در رویۀ دادگاه‌ها*، تهران: چراغ دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۷.
۹. شیخ‌الاسلامی، عباس، *تعدد جرم؛ نظریه‌ها و رویه‌ها*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۱۰. طاهری‌نسب، یزدالله، *تعدد و تکرار در حقوق جزای ایران*، تهران: دانشور، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۱۱. منصورآبادی، عباس، *حقوق جزای عمومی ۳*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۱۲. میرمحمد صادقی، حسین، *حقوق جزای عمومی ۳: واکنش اجتماعی در برابر جرم (مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی)*، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۴۰۱.
۱۳. الهام، غلامحسین و محسن برهانی، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی؛ واکنش در برابر جرم*، جلد ۲، تهران: میزان، چاپ ششم، ۱۴۰۰.

مقاله

۱۴. احمدزاده، رسول، غلامحسین الهام و مجتبی تام، «ضابطه تفکیک جرایم مختلف از غیرمختلف در ماده ۱۳۴ اصلاحی قانون مجازات اسلامی»، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۱۲، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص ۲۶-۷.
۱۵. پوریافرانی، حسن، «تعدد و تکرار جرم در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی (ویژه نامه حقوق)، دوره ۹، شماره ۴۱، ۱۳۸۴، صص ۴۵-۲۵.
۱۶. رستمی، هادی، «تقابل وظیفه‌گرایی و غایت‌گرایی فایده‌محور در توجیه کیفر»، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۷، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۱۵۵-۱۳۱.
۱۷. رستمی، هادی و مهری برزگر، «کمیته‌گرایی در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (۱۳۹۹) و چالش‌های فراروی آن»، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۱۳، شماره ۱، ۱۴۰۱، صص ۷۵-۹۷.
۱۸. روستایی، مهرانگیز و حامد رحمانیان، «معیار تفکیک جرایم «مختلف» از جرایم «غیرمختلف» در اعمال قواعد تعدد مادی جرم»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۸، ۱۴۰۱، صص ۱۳۵-۱۱۵.
۱۹. ساداتی، سید محمد مهدی، «تعدد جرم در حقوق ایران و آلمان»، دو فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۸، شماره ۱، ۱۳۹۶، صص ۲۲۶-۲۰۳.
۲۰. شمس ناتری، محمد ابراهیم و فرهاد صادقی، «چالش‌های مربوط به تعدد عنوانی جرم در جرایم تعزیری»، مجله پژوهش حقوق کیفری، دوره ۷، شماره ۲۶، ۱۳۹۸، صص ۲۵۰-۲۲۷.
۲۱. فروغی، فضل‌الله و رضا رحیمیان، «ارزیابی تعدد مادی جرایم تعزیری در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۷، شماره ۴، ۱۳۹۴، صص ۲۰۳-۱۷۱.
۲۲. قیاسی، جلال‌الدین و احسان یآوری، «حکم جرایم مرتبط در جرایم تعزیری»، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۴، صص ۱۷۹-۱۵۵.
۲۳. میرمحمد صادقی، حسین و علیرضا درزی رامندی، «بررسی تطبیقی تعدد جرم در حقوق کیفری ایران و آمریکا»، دو فصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۷۴-۵۱.

قوانین

۲۴. قانون تعزیرات (۱۳۷۵).
۲۵. قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (۱۳۹۹).

رویه قضایی و نظریه‌های مشورتی

۲۶. رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۵۰۰۰۹ مورخ ۱۳۹۲/۱/۵ صادره از شعبه پنج دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
۲۷. رأی وحدت رویه شماره ۶۰۸ مورخ ۱۳۷۵/۶/۲۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور.
۲۸. رأی وحدت رویه شماره ۶۲۴ مورخ ۱۳۷۷/۱/۱۸ هیأت عمومی دیوان عالی کشور.
۲۹. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۱۱۶۷ مورخ ۱۳۹۹/۴/۲۸ اداره حقوقی قوه قضاییه.
۳۰. نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۶۷۶ مورخ ۱۳۹۹/۶/۴ اداره حقوقی قوه قضاییه.

References

Books

1. Agha'ei-Nia, Hossein and Hadi Rostami, *Specific Criminal Law; Crimes against Property and Ownership*, Tehran: Mizan, Fourth Edition, 2023. (in Persian)

2. Ahmad-Zadeh, Rasoul and Mojtaba Taam, *Observations on the Reduction of the Ta'ziri Imprisonment Punishments Act, (Second Edition)*, Tehran: Judiciary Press and Publication Center, Third Edition, 2021. (in Persian)
3. Ardebili, Mohammad Ali, *General Criminal Law*. Volume 3, Tehran: Mizan, 20th Edition, 2020. (in Persian)
4. Baheri, Mohammad, *General Criminal Law*, Tehran: Contemporary View, Second Edition, 2023. (in Persian)
5. Beccaria, Cesare, *Treatise on Crimes and Punishments*, Translated by: Mohammad Ali Ardebili, Tehran: Mizan, Tenth Edition, 2021. (in Persian)
6. Elham, Gholam Hossein and Mohsen Borhani, *Introduction to General Criminal Law; Reaction against Crime*, Volume 3, Tehran: Mizan, Sixth Edition, 2021. (in Persian)
7. LaFave, Wayne, R. *Criminal Law*, United States: West Academic, Sixth Edition, (Hornbook Series), 2017.
8. Mansour-Abadi, Abbas, *General Criminal Law 3*, Tehran: Mizan, First Edition, 2020. (in Persian)
9. Mir Mohammad Sadeghi, Hossein, *General Criminal Law 3; Social Reaction to Crime (Punishment and Training Measures)*, Tehran: Dadgostar, First Edition, 2022. (in Persian)
10. Paymani, Zia Al-ddin, *Specific Criminal Law 3; Crimes against Public Safety and Public Tranquility*, Tehran: Mizan, Ninth Edition, 2013. (in Persian)
11. Sheikh Al-eslami, Abbas, *Multiplicity of Crime; Theories and Precedents*, First Edition, Tehran: Mizan, 2016. (in Persian)
12. Taheri-Nasab, Yazdollah, *Multiplicity and Recidivism in Iranian Criminal Law*, First Edition, Tehran: Daneshvar, 2002. (in Persian)
13. Zera'at, Abbas, *Brief Explanation of the Islamic Penal Code*, Volume 1, Third Edition, Tehran: Phoenix, 2014. (in Persian)
14. Zeynali, Towhid, *The Crime of Forgery and the Use of Forged Documents in Court Proceedings*, Tehran: Light of Knowledge, Second Edition, 2018. (in Persian)

Articles

15. Ahmad-Zadeh, Rasoul, Gholam Hossein Elham and Mojtaba Taam, "The rule of Separating Different Crimes from Non-different ones in Article 134 of the Amendment of the Islamic Penal Code", *Bi-Quarterly Journal of Criminal Law Research*, Volume 12, Issue 2, 2021, pp 7-26. (in Persian)
16. Forughi, Fazlollah and Reza Rahimian, "The evaluation of multiplicity in Ta'ziri crimes in the Islamic Penal Code 2013", *Journal of Legal Studies*, Volume 7, Issue 4, 2015, pp: 171-203.. (in Persian)
17. Ghiasi, Jalal Al-ddin and Ehsan Yavari, "Related Offences Judgment in the Offences of Discretionary (Ta'zir) Punishment". *Bi-Quarterly Journal of Criminal Law Research*, Volume 6, Issue 2, 2015, pp: 155-179. (in Persian)
18. Mir Mohammad Sadeghi, Hossein and Alireza Darzi Ramandi, "Comparative Study of Crime Plurality in the Iranian and United States Criminal law", *Bi-Quarterly Journal of Comparative Law*, Volume 7, Issue 1, 2020, pp: 51-74. (in Persian)
19. Pour-Baferani, Hassan, "Multiplicity and Recidivism in Iranian Criminal Law", *Humanities Teacher's Quarterly (Law Special Issue)*, Volume 9, Issue 41, 2005, pp: 25-45. (in Persian)
20. Rostami, Hadi, "The Mutuality of Teleologism and Utility-Based Deontologism in Punishment Justification", *Bi-Quarterly Journal of Criminal Law Research*, Volume 7, Issue 2, 2016, pp: 131-155. (in Persian)
21. Rostami, Hodi and Mehri Barzegar, "The Criminal Minimalism in the Reduction of the Ta'zir Imprisonment Punishments Act (2020) and the Challenges thereof", *Bi-Quarterly Journal of Criminal Law Research*, Volume 13, Issue 1, 2022, pp: 75-97. (in Persian)

22. Rousta'ei, Mehrangiz and Hamed Rahmanian, "Criteria for Distinguishing "Different" Crimes from "Non-Different" Crimes in Applying the Rules of Material Multiplicity of Crime", *The Judiciarys Law Journal*, Volume 86, Issue 118, 2022, pp: 115-135. (in Persian)
23. Sadati, Sayyed Mohamad Mahdi, "The Plurality of Crimes in the Iranian Law and German Law", *Bi-Quarterly Journal of Comparative Law Review*, Volume 8, Issue 1, 2017, pp: 203-226. (in Persian)
24. Shams Nateri, Mohamad Ebrahim and Farhad Sadeghi, "Challenges for multiple offenses of crime", *Journal of Criminal Law Research*, Volume 7, Issue 26, 2019, pp: 227-226. (in Persian)

Laws

25. Ta'zirat Code (1996). (in Persian)
26. The Act of Reduction of the Ta'zir Imprisonment Punishments (2020). (in Persian)

Judicial Procedure and Advisory Opinion

27. Advisory Opinion of Legal Department of the Judiciary, No. 1167/99/7 dated 2020/07/18. (in Persian)
28. Advisory Opinion of Legal Department of the Judiciary, No. 676/99/7 dated 2020/08/25. (in Persian)
29. Decision No. 9209970220500009 dated 2013/03/25 issued by the Fifth Branch of the Tehran Appeals Court. (in Persian)
30. Unified Decision No. 608 dated 1996/09/17, issued by the General Council of the Supreme Court. (in Persian)
31. Unified Decision No. 624 dated 1998/04/07, issued by the General Board of the Supreme Court. (in Persian)

Internet Source

32. Kumari, Krishna. "Role of Theories of Punishment in the Policy of Sentencing", 2007, Available at: <http://ssrn.com-956234>.



Original Article

Feasibility of Establishment an International Organization to Preserve the Persian Language

Qotbol Arefin Seraj¹, Sayyed Hadi Mahmoudi²

ABSTRACT

Today, many organizations and institutions have been established in the world based on cultural, linguistic, identity and historical commonalities, and along other factors, the role of language and culture in the formation of these organizations and institutions is prominent. Despite the fact that Persian-speaking countries have many dependencies and commonalities in terms of race, language and history, until now they have not taken a joint action for preserving their common cultural heritage (Persian language). In this research, using a descriptive-analytical method, we are looking for the feasibility of forming an international organization to preserve the Persian language. The findings of the research show that due to the cultural, religious and historical commonalities and the deep cultural influence of the Persian language in the region, cooperation between Persian-speaking countries are possible, and the mentioned countries have the basic prerequisites for establishing a regional organization, and these countries, through inspiration from organizations that are formed based on language solidarity, can establish a regional organization and by using the functional capacities of this organization (Normativisation, Legislation, Supervision, and Executive Actions) they can support, strengthen and expand the Persian language.

KeyWords: International Organizations, Persian-Speaking Countries, Preservation of Persian Language.

How to Cite: Seraj, Qotbol Arefin, Mahmoudi, Sayyed Hadi, "Feasibility of Establishment an International Organization to Preserve the Persian Language", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:133-152.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234993.2696>

Received: 11/03/2024-Accepted: 25/09/2024

1. PhD Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: q_seraj@sbu.ac.ir

2. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



امکان‌سنجی تشکیل سازمان بین‌الدولی برای پاسداشت زبان فارسی

قطب العارفین سراج^۱، سید هادی محمودی^۲

چکیده

امروزه در جهان سازمان‌ها و نهادهای زیادی براساس اشتراکات فرهنگی، زبانی، هویتی و تاریخی تأسیس شده و در کنار عوامل دیگر، نقش زبان و فرهنگ در شکل‌گیری این سازمان‌ها و نهادهای برجسته است. کشورهای فارسی‌زبان با وجود آنکه از حیث زبان، نژاد و تاریخ باهم وابستگی و اشتراکات زیادی دارند، تا اکنون اقدام مشترکی را در زمینه حفظ میراث مشترک فرهنگی‌شان (زبان فارسی) انجام نداده‌اند. در این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی در پی آن هستیم تا تشکیل یک سازمان بین‌الدولی برای پاسداشت زبان فارسی را امکان‌سنجی کنیم. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که با توجه به اشتراکات فرهنگی، دینی، تاریخی و نفوذ فرهنگی عمیق زبان فارسی در منطقه، زمینه‌های همکاری میان کشورهای فارسی‌زبان میسر است و کشورهای متذکره پیش‌نیازهای اساسی برای اساس‌گذاری یک سازمان منطقه‌ای را دارند و این کشورها می‌توانند با الهام از سازمان‌های که براساس همبستگی زبانی تشکیل شده‌اند، به تأسیس یک سازمان منطقه‌ای اقدام کنند و با استفاده از ظرفیت‌های کارکردی این سازمان (هنجارسازی، قانون‌گذاری، نظارت و اقدامات اجرایی) به حمایت، تقویت و گسترش زبان فارسی بپردازند.

کلید واژگان: سازمان‌های بین‌المللی، کشورهای فارسی‌زبان، پاسداشت زبان فارسی.

استناد به این مقاله: سراج، قطب العارفین، محمودی، سید هادی، «امکان‌سنجی تشکیل سازمان بین‌الدولی برای پاسداشت زبان فارسی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۱۳۳-۱۵۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234993.2696>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۰۴

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: q_seraj@sbu.ac.ir

۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

زبان از جمله میراث‌های فرهنگی و از مؤلفه‌های اصلی سازنده هویت و فرهنگ ملت‌هاست. زبان مانند دیگر ضرورت‌های بشری از اهمیت برخوردار بوده و در صورتی که با تهدید روبه‌رو می‌شود، نیازمند حمایت است. براساس آمار یونسکو، بیش از ۵۰ درصد زبان‌های شناخته‌شده دنیا در آستانه نابودی قرار دارند.^۱ زبان‌شناسان معتقدند که اگر این روند ادامه یابد، تا یک قرن دیگر ۹۰ درصد زبان‌ها منقرض خواهند شد.^۲ ازسویی هم، زبان وسیله ارتباطی صرف نیست، بلکه زبان بخشی از هویت و فرهنگ و عامل همبستگی مردم به شمار می‌رود و زمانی که زبانی نابود شود، فرهنگی که آن را پوشش می‌دهد، نیز نابود خواهد شد.^۳ لذا پاسداشت زبان‌ها موضوع مهمی است.^۴

حمایت از زبان در چارچوب قواعد حقوق بشری تحت عنوان «حق بر زبان» مطرح است. به پاسداشت زبان در حقوق بین‌الملل بیشتر از منظر حمایت از حقوق اقلیت‌های ملی و مردمان بومی پرداخته شده است.^۵ چون در اغلب موارد این اقلیت‌ها هستند که از مزایای استفاده از زبان مادری خود محروم می‌شوند.

زبان فارسی که به‌عنوان اساسی‌ترین رشته پیونددهنده فارسی‌زبانان با میراث مشترک گذشته آنها دانسته می‌شود،^۶ در گذشته‌ای نه‌چندان دور از زبان‌های مطرح دنیا و زبان اصلی تمام شهرهای منطقه به شمار می‌رفت، امروزه با مشکلات زیادی روبه‌رو است؛ بسیاری از کشورهای که بخشی از قلمرو زبان فارسی به شمار می‌رفتند، این زبان را فراموش کرده و قادر به گفت‌وگو با آن نیستند. در کشورهای فارسی‌زبان کنونی (به‌ویژه افغانستان و تاجیکستان) زبان فارسی مورد هجوم دیگر زبان‌ها خصوصاً انگلیسی و روسی قرار گرفته است و دولتمردان و مسئولان این کشورها نیز کاری جدی برای حمایت از این زبان انجام نمی‌دهند. ازسویی هم میان کشورهای فارسی‌زبان هیچ‌گونه همکاری و همسویی در زمینه پاسداشت و گسترش این زبان دیده نمی‌شود. باتوجه‌به موارد پیش‌گفته، در این پژوهش برآنیم تا تشکیل یک سازمان بین‌الدولی برای پاسداشت زبان فارسی را امکان‌سنجی کنیم.

این پژوهش از نوع کیفی بوده و داده‌های تحقیق به شیوه‌ای کتابخانه‌ای گردآوری شده و به روش توصیفی - تحلیلی مورد ارزیابی و تحلیل قرار می‌گیرد.

برای پاسخ به این پرسش که چگونه می‌توان از ظرفیت سازمان‌های بین‌المللی در پاسداشت زبان فارسی استفاده کرد؟ نخست پاسداشت زبان را به‌عنوان دغدغه دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌دهیم و در ادامه، ضمن بررسی وضعیت زبان فارسی در کشورهای فارسی‌زبان، ضرورت تشکیل سازمان بین‌الدولی برای پاسداشت زبان فارسی را مورد ارزیابی قرار می‌دهیم.

^۱. Blake, J. "Safeguarding Endangered and Indigenous Languages-How Human Rights Can Contribute to Preserving Biodiversity", *Environmental Sciences*, Volume 10, Issue 1, 2013, P 131.

^۲. ODU Model United Nations Society. *ODUMUNC 2020 Issue Brief for the GA Third Committee, Protecting Languages and Preserving Cultures*, United Nations, 2020, P 2.

^۳. حبیب‌نژاد، سید احمد و زهرا دانش ناری، «حمایت از حقوق زبانی در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه حقوق/داری، دوره ۶، شماره ۱۷، ۱۳۹۷، ص ۱۵۶.

^۴. فوزی، یحیی و فرحناز نعیمی برچلوی، «گسترش زبان فارسی و چالش‌های سیاسی فراروی آن»، سومین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های نوین در مدیریت، اقتصاد و علوم انسانی، باتومی، ۱۳۹۵، ص ۸.

^۵. Osiejewicz. J. "Supranational Protection of Language Rights in Universal and European Context", *University of Zielona Góra*, 2017, P 2016.

^۶. حاجیان، خدیجه، «زمینه‌ها و ظرفیت‌های زبان و ادبیات فارسی در هم‌گرایی منطقه‌ای کشورهای حوزه تمدن ایران فرهنگی، مطالعه موردی: افغانستان و تاجیکستان»، مطالعات فرهنگ و هنر آسیا، دوره ۲، شماره ۱، ۱۴۰۲، ص ۹۴.

۱. دولت‌ها و مسئله پاسداشت زبان

حمایت از زبان از راهبردهای سیاسی و فرهنگی کشورهاست و نقش مهمی در پرستیژ سیاسی، فرهنگی، افزایش قدرت نرم و جایگاه دیپلماسی فرهنگی‌شان دارد. تلاش دولت‌ها برای حفظ و توسعه زبان‌ها به‌ویژه زبان ملی‌شان در دو بعد قابل‌بررسی است. یکی در بُعد داخلی که دولت‌ها با به‌رسمیت شناختن زبان‌ها در قوانین داخلی‌شان و تصویب قوانین حمایت از زبان و صدور دستورها، فرمان‌ها و احکام حکومتی به این مهم می‌پردازند. از بارزترین مصادیق این رویکرد حمایتی، معرفی زبان رسمی^۱ و مکلف ساختن دولت برای حفاظت از زبان‌های رایج در قانون اساسی هر کشور و همچنین پرداختن به موضوع زبان در قوانین خاص دیگر مانند «قانون حفظ، حمایت و توسعه زبان روسی» در فدراسیون روسیه، «قانون زبان دولتی» در جمهوری تاجیکستان و... است. در بُعد دیگر، گسترش زبان یک کشور به کشورهای دیگر و تلاش برای بیشتر نمودن گویشوران زبانشان در جهان نیز از دغدغه‌های دولت‌ها به شمار می‌رود. اگر به وضعیت گسترش زبان توسط کشورها نظری بیندازیم دیده می‌شود که تلاش کشورها برای توسعه و آموزش زبانشان به گویشوران زبان‌های دیگر خیلی زیاد بوده و حکایت از یک سرمایه‌گذاری کلان، زیربنایی و اساسی دارد. به‌عنوان مثال: «مؤسسه گوته» که از سال ۱۹۵۲ آغاز به فعالیت کرده با داشتن بیشتر از ۴۰۰۰ کارمند و ۱۵۸ نمایندگی در ۹۸ کشور جهان متولی گسترش زبان آلمانی در جهان است.^۲ مؤسسه «یونس امره»، «مؤسسه تومر» و «بنیاد زبان ترک» عهده‌دار آموزش و گسترش زبان ترکی در جهان است.^۳ «مؤسسه کنفوسیوس» که از سال ۲۰۰۴ آغاز به فعالیت کرده است، وظیفه‌ای گسترش زبان چینی در جهان را به‌عهده دارد.^۴ به همین ترتیب، «بنیاد روسکی میر» برای گسترش زبان روسی در جهان فعالیت می‌کند. این بنیاد طبق دستور ولادیمیر پوتین، رئیس‌جمهور روسیه، در سال ۲۰۰۷ تأسیس شد.^۵ موارد یادشده نشان می‌دهد که پاسداری، تقویت و گسترش زبانشان از دغدغه‌های مهم دولت‌ها در عصر حاضر است.

۲. سازمان‌های بین‌المللی و مسئله پاسداشت زبان

تلاش دولت‌ها برای پاسداشت زبان فقط به قلمرو مؤسسات ملی گسترش زبان محدود نمانده و تلاش‌های بین‌المللی در قالب نهادها و سازمان‌های بین‌المللی نیز در این راستا صورت گرفته است. از این‌رو، مسئله پاسداشت زبان به‌عنوان یکی از اهداف تعدادی از سازمان‌های بین‌المللی بوده و این سازمان‌ها در قبال حمایت و توسعه از زبان تلاش‌هایی را انجام داده‌اند.

۲.۱. سازمان‌های جهانی

سازمان‌های بین‌المللی جهانی در زمینه حفاظت و تقویت زبان‌ها با به‌کارگیری روش‌ها و ابزارهای گوناگون تلاش‌های زیادی نموده‌اند. تعریف زبان رسمی و زبان کاری برای سازمان، به‌رسمیت شناختن چندزبانگی، تصویب اعلامیه‌ها،

۱. کمیسیون اسلامی حقوق بشر اسلامی ایران، *حقوق اقلیت‌های زبانی*، ترجمه: محمدرضا آفتاب، ۱۳۹۲، ص ۲.

۲. <https://www.goethe.de>

۳. آدمی، علی و مهسا نوری، «دیپلماسی فرهنگی ترکیه در آسیای مرکزی: فرصت‌ها و چالش‌های پیشرو»، *فصلنامه مطالعات آسیای مرکزی و قفقاز*، دوره ۱۹، شماره ۸۳، ۱۳۹۲، ص ۱۱.

۴. Becaard, D. S. R. and Menechelli, P. "Chinese cultural diplomacy: Instruments in china's strategy for international insertion in the 21th century", 2009. Available at <https://www.redalyc.org/journal/358/35860327006/html/>. Last Visited: 2024/03/04.

۵. <https://research.ut.ac.ir/>

قطعه‌نامه‌ها و گزارش‌ها در زمینه حفاظت از زبان‌ها از موارد مهم تلاش سازمان‌های جهانی در زمینه پاسداری از زبان به شمار می‌روند. در اینجا کارکردهای یونسکو را که برای حفاظت از زبان‌ها تلاش‌های چشمگیری داشته به‌عنوان یک سازمان جهانی به‌طور نمونه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲.۱.۱. سازمان آموزشی، علمی و فرهنگی ملل متحد (یونسکو)

یونسکو به‌عنوان یکی از ارکان تخصصی ملل متحد که به هدف کمک به ایجاد صلح، ریشه‌کن کردن فقر، توسعه پایدار و گفت‌وگوی بین فرهنگی از طریق آموزش، علوم، فرهنگ، ارتباطات و اطلاعات تأسیس شده، در ترجمه و ترویج ادبیات جهان، ایجاد توافق‌نامه‌های همکاری بین‌المللی برای تأمین امنیت میراث جهانی، برای حفظ فرهنگ و حقوق بشر در سراسر جهان کمک می‌کند.^۱ این سازمان از مهم‌ترین سازمان‌های بین‌المللی فرهنگی به شمار می‌رود.^۲ یونسکو در راستای حمایت و حفاظت از زبان‌ها تلاش زیادی کرده است. با آنکه اقدامات و فعالیت‌های این سازمان در راستای حمایت از زبان بیشتر متمرکز به اقلیت‌های زبانی و در جهت حفاظت زبان‌های در حال انقراض است، ولی به‌صورت عموم این تلاش‌ها برای حفظ زبان‌ها و تنوع زبانی در جهان، مهم و ارزنده است. در ماه ژوئن ۱۹۶۶ یک اجلاس تحت اشراف یونسکو در شهر بارسلون اسپانیا تشکیل شد و اعلامیه‌ای را درباره حقوق زبانی تدوین و تصویب کردند که شامل اصول عمومی در جهت تضمین حقوق مربوط به زبان است. یونسکو با اعلام خطر انقراض نیمی از زبان‌های جهان برای مقابله با بحران نابودی زبان‌ها، حمایت از تنوع زبانی، چندزبانگی، ترویج شناخت و نگهداشت بیش از ۶۰۰۰ زبان موجود در جهان به‌ویژه زبان‌های در معرض خطر و پیشگیری از بحران نابودی زبان‌ها و به دنبال آن ناپدید شدن فرهنگ‌ها در ۱۷ نوامبر سال ۱۹۹۹، روز ۲۱ فوریه را روز جهانی زبان مادری نام‌گذاری کرد که از سال ۲۰۰۰ در کشورهای مختلف از آن گرامی‌داشت می‌شود.^۳ همچنان یونسکو در راستای حمایت از زبان سال ۲۰۱۹ را به نام اهمیت زبان‌های بومی در ایجاد و گسترش صلح و آرامش نام‌گذاری کرد.

۲.۲. سازمان‌های منطقه‌ای

سازمان‌های منطقه‌ای نیز در زمینه پاسداشت زبان فعال بوده است و ما امروزه در جهان، شاهد ظهور انجمن‌ها و اتحادیه‌های مختلفی هستیم که براساس اشتراکات فرهنگی و زبانی شکل گرفته و همبستگی زبانی مبنای شکل‌گیری و تأسیس آنهاست.^۴ سازمان کشورهای فرانسوی‌زبان (فرانکفونی) و جامعه کشورهای پرتغالی‌زبان (لوزوفونی) را می‌توان به‌عنوان بارزترین نمونه‌های این طیفی از سازمان‌های منطقه‌ای به شمار آورد. فرانکفونی که متشکل از کشورهایی است که زبان رسمی آنها فرانسوی بوده یا در سطح وسیعی به این زبان سخن می‌گویند با ۴۸ عضو از سراسر جهان برای ترویج و تقویت زبان فرانسوی تلاش می‌کند و در این زمینه موفقیت‌های چشمگیری دارد. تلاش‌های جامعه کشورهای پرتغالی‌زبان (لوزوفونی) در راستای پاسداری و تقویت زبان پرتغالی نیز موفقیت‌آمیز بوده و این سازمان توانسته تمامی هشت

۱. موسی‌زاده، رضا، *سازمان‌های بین‌المللی*، تهران: میزان، چاپ هفتم، ۱۳۵۸، ص ۲۱۴.

۲. صادق‌زاده وایقان، علی، نفیسه سنجی و وحید توسلی، «نقش سازمان‌های بین‌المللی فرهنگی در حفاظت از مکتوبات بشری در سوریه و بررسی ضرورت تشکیل اتحادیه کتابخانه‌های دارای نسخه‌های خطی اسلامی در جهان»، *فصلنامه آرشيو ملی*، دوره ۴، شماره ۳، ۱۳۹۷، ص ۲۰۷.

۳. علی‌نژاد، سمیه، «حق بر زبان در حقوق بین‌الملل»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، مؤسسه آموزش عالی شهید اشرفی اصفهانی، ۱۳۹۲، ص ۱۰.

۴. بیگ‌زاده، ابراهیم، *حقوق سازمان‌های بین‌المللی*، تهران: مجد، چاپ نهم، ۱۴۰۲، ص ۹۵۳.

کشور پرتغالی زبان را حول محور زبان واحد جمع کند.^۱

در اینجا، فعالیت‌های سازمان فرانکفونی در راستای حمایت از زبان فرانسوی را بررسی می‌کنیم.

۲.۳. سازمان کشورهای فرانسه زبان (فرانکفونی)

فرانکفونی سازمان تشکیل‌شده از مناطق فرانسوی‌زبان در سراسر جهان است. این سازمان آن دسته از کشورهایی را شامل می‌شود که تمام یا تعداد قابل‌توجهی از فرانسوی‌زبان‌ها در آنجا ساکن‌اند. یکی از محورهای فعالیت این سازمان ترویج زبان فرانسه و تنوع فرهنگی و زبانی است.^۲ در اجلاس‌های سالانه سران این سازمان در کنار مسائل دیگر یکی از محوری‌ترین مباحث، موضوع اعتلای جایگاه زبان فرانسه و تقویت فرهنگی و زبانی است. اولین اجلاس رؤسا (اجلاس فرانکفونی) به ابتکار رئیس‌جمهور وقت فرانسه (فرانسوا میتران) در سال ۱۹۸۶ م در ورسای برای تقویت زبان فرانسوی تشکیل شد.^۳ آموزش زبان فرانسه در مراکز منطقه‌ای یا از طریق آموزش از راه دور، یکی از سیاست‌های همکاری این سازمان در زمینه آموزش به شمار می‌رود. فعالیت فرهنگی سازمان کشورهای فرانسوی‌زبان دارای چندین بُعد است که این موارد در جهت تقویت و توسعه زبان فرانسه به شمار می‌روند:

– برنامه پشتیبانی از تولیدات شنیداری و دیداری و روزنامه و رادیوهای محلی صندوق فرانکفونی به‌منظور دسترسی سریع به اطلاعات: این برنامه از طرح‌های پشتیبانی مالی می‌کند که هدف آنان به‌کارگیری روش‌های دسترسی سریع به اطلاعات به زبان فرانسه در زمینه‌های گوناگون مربوط به جوانان و فرهنگ، آموزش، پژوهش، اقتصاد، روزنامه‌نگاری، گردشگری و هنر است.

– برنامه گسترش به‌کارگیری زبان فرانسه در سازمان‌های بین‌المللی: هدف این برنامه پشتیبانی از تنوع زبان‌ها در محافل بین‌المللی از طریق دادن آموزش به کارشناسان جوان است که وظایف بین‌المللی را برعهده دارند. هدف دیگر این برنامه ارائه کمک به کارشناسان جوان است که به زبان فرانسه صحبت می‌کنند و همچنین ایجاد امکانات ترجمه فوری به زبان فرانسه در اجلاس‌های بین‌المللی است.

فعالیت سازمان فرانکفونی در حمایت از زبان فرانسوی بسیار چشمگیر بوده و این سازمان در انسجام کشورهای فرانسه زبان برای پاسداری و تقویت این زبان مؤثر عمل کرده است.^۴

۳. وضعیت زبان فارسی در کشورهای فارسی‌زبان

زبان فارسی که به‌عنوان زبان دوم دین در کشورهای اسلامی^۵ خوانده می‌شود، زبان رسمی ایران، زبان رسمی تاجیکستان و یکی از دو زبان رسمی افغانستان بوده و در کشورهای زیادی مانند ازبکستان، قرقیزستان، ترکمنستان، قزاقستان، بحرین،

^۱. Sanches, E. R. "The Community of Portuguese Language Speaking Countries: The Role of Language in a Globalizing World", *Atlantic Future Scientific Paper*, 2014, P 15.

^۲. Glasze, G. "The Discursive Constitution of a World-Spanning Region and the Role of Empty Signifiers: The Case of Francophonie", *Geopolitics*, Volume 12, Issue 4, 2007, P 657.

^۳. همان، ص ۹۵۵.

^۴. Weinstein, B. "Francophonie: a language-based movement in world politics", *International Organization*, Volume 30, Issue 3, 1976, PP 3-4.

^۵. یسنا، محمد یعقوب، «جایگاه زبان پارسی در افغانستان»، *فصلنامه کاوش‌نامه زبان و ادبیات فارسی*، دوره ۲۰، شماره ۴۰، ۱۳۹۸، ص ۱۸۳.

هند، پاکستان، عراق و... نیز گویشوران بومی دارد.^۱ زبان فارسی در گذشته‌ها از شکوه و گستره وسیعی برخوردار بوده و سال‌های متمادی به‌عنوان یکی از عوامل پیونددهنده نژادهای مختلف در حوزه تمدنی زبان فارسی (که شامل ایران، افغانستان، آسیای میانه، قفقاز، شبه‌قاره هند، تبت، شرق چین، آسیای صغیر و بالکان، شامات قدیم و بخش‌های از عراق می‌شود) محسوب می‌شد.^۲ برای اینکه تشکیل سازمان بین‌الدولی برای پاسداشت زبان فارسی را امکان‌سنجی کنیم، ابتدا لازم است بدانیم وضعیت این زبان را در کشورهای فارسی‌زبان چگونه است؟

۱.۳. فارسی در تاجیکستان

تاجیکستان از جمله سرزمین‌های است که محل شکل‌گرفتن و گسترش اولیه زبان فارسی است. در دوره سامانیان، ماوراءالنهر (تاجیکستان و ازبکستان کنونی) و شمال افغانستان کنونی مرکز زبان و ادب فارسی بوده است.^۳ سامانیان که در حفظ و گسترش زبان فارسی نقش مؤثری داشتند، مهم‌ترین دولت در آسیای مرکزی بعد از تسلط اسلام بودند و در منطقه‌ای حکومت کردند که اکنون تاجیکستان نامیده می‌شود.

در زمان اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی که تاجیکستان یکی از پانزده جمهوری آن به شمار می‌رفت، در ماه فوریه ۱۹۸۹ شماری از روشنفکران و دانشجویان تاجیک به هدف رسمیت یافتن زبانشان راهپیمایی کردند. حکومت وقت تاجیکستان این مطالبه را پذیرفت و در ماه ژوئیه همان سال قانون زبان در شورای عالی تصویب شد و «تاجیکی-فارسی» به‌عنوان نام رسمی زبان دولتی قانونی شد. به‌این‌ترتیب، نخستین قانون زبان در تاجیکستان به تاریخ ۲۲ ژوئیه ۱۹۸۹ از طرف شورای عالی جمهوری شوروی سوسیالیستی تاجیکستان پذیرفته شد و زبان ملی تاجیکان در اتحاد شوروی رسمیت یافت. تاجیک‌ها موفق شدند نه‌فقط زبان ملی خود را رسمی کنند، بلکه هم توانستند نام اصیل و تاریخی آن (فارسی) را برقرار و در قانون زبان ثبت کنند. زبان رسمی، از آن به بعد «تاجیکی - فارسی» نام گرفت و برای گذار از خط سیریلیک به فارسی مهلت مقرر شد. اما باگذشت سه دهه تاجیکستان نتوانست به خط فارسی برگردد و در سال ۱۹۹۴، وقتی که تاجیکستان سومین سال استقلال خود از کرملین را تجلیل می‌کرد، از متن لایحه نخستین قانون اساسی که به همه‌پرسی مردمی گذاشته شد، واژه «فارسی» از توصیف نام زبان دولتی حذف شد. قانون اساسی ۱۳۵۷ تاجیکستان در رابطه به زبان رسمی این کشور چنین صراحت دارد: «زبان رسمی کشور تاجیکستان تاجیکی است...».^۴

قانون جدید زبان دولتی در تاجیکستان در پنجم اکتبر ۲۰۰۹ تصویب شد. هنگام بررسی این قانون در مجلس، پیشنهاد برخی از نماینده‌های مجلس، مبنی بر فارسی نامیدن زبان رسمی و تعیین تاریخ بازگشت قانونی به الفبای فارسی رد شد و همچنان باوجود مخالفت‌های گسترده در میان فرهنگیان و مخالفان سیاسی حکومت مبنی بر «تاجیکی» خواندن این زبان و تداوم «الفبای سیریلیک»، هنوز هم این زبان تاجیکی خوانده می‌شود و خط این کشور سیریلیک باقیمانده است. در کنار سایر نابسامانی‌ها در حوزه زبان و فرهنگ، الفبای سیریلیک و جدا انگاری زبان فارسی از تاجیکی جدی‌ترین مشکلات این زبان در این بخش از جغرافیای زبان فارسی به شمار می‌رود؛ با الفبای سیریلیک مردم تاجیکستان از

۱. سیدان، مریم، «چند پیشنهاد سیاستی در حوزه زبان فارسی»، فصلنامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۶، شماره ۲۱، ۱۳۹۵، ص ۲۱۴.

۲. خدایار، ابراهیم، «موانع و راهکارهای خط، زبان و ادب فارسی در کشورهای حوزه تمدنی مشترک با ایران»، فصلنامه مطالعات ملی، دوره ۱۹، شماره ۲، ۱۳۹۷، ص ۵.

۳. کاظمی، محمدکاظم، *این قند پارسی: فارسی دری در افغانستان امروز*، تهران: عرفان، ۱۳۸۹، ص ۱۹.

۴. قانون اساسی جمهوری تاجیکستان، مصوب ۱۳۵۷، ماده ۲.

دستاوردهای جهانی فارسی‌زبانان استفاده کرده نمی‌توانند و رابطه‌شان با گذشته تاریخی و فرهنگی حوزه تمدنی زبان فارسی قطع شده، نه فقط که مردم عام، بلکه دانشمندان جوان تاجیک هم نمی‌توانند به آثار گذشته فارسی دسترسی داشته باشند و به همین شکل جهان صدمیلیونی فارسی‌زبان نمی‌توانند به آثار و نوشته‌های نویسندگان و فرهنگیان تاجیکستانی دسترسی داشته باشند. همچنین تأثیر زبان روسی بر زبان «فارسی-تاجیکی» و وام‌گیری زیاد واژگان از زبان روسی فاصله میان زبان «تاجیکی-فارسی» و اصالت این زبان را بیشتر کرده است.

هرچند ملی‌گرایی تاجیکی در رابطه به حفظ فرهنگ تاجیکان و تشکیل یک واحد سیاسی با زبان رسمی فارسی، تأسیس آکادمی علم‌های تاجیکستان و انستیتوی زبان و ادبیات رودکی، نام‌گذاری اماکن به زبان فارسی، نشر آثار علمی و برگزاری جشن‌ها و برنامه‌های گوناگون فرهنگی برای پاسداری از ارزش‌های فرهنگی حوزه تمدنی زبان فارسی توسط دولت تاجیکستان درخور توجه است و نقش این کشور را در حفظ زبان فارسی برجسته می‌کند؛ ولی باتوجه به برخی عوامل سیاسی و مذهبی نقش این کشور در گسترش زبان فارسی و پیوند زدن میان جوامع فارسی‌زبان قابل توجه نبوده و حتی در مواردی سیاست‌های حاکمان این کشور (از جمله حذف واژه «فارسی» از نام زبان دولتی این کشور و مخالفت با برگشت به خط فارسی) سبب واگرایی و فاصله میان جوامع فارسی‌زبان و مانع گسترش و تقویت زبان فارسی شده و نقش تاجیکستان در گسترش زبان فارسی در جهان را کم‌رنگ کرده است.

۳.۲. فارسی در افغانستان

افغانستان کنونی نیز یکی از سرزمین‌های اصلی شکل‌گیری و گسترش اولیه زبان فارسی به حساب می‌آید. در گذشته این کشور جزو خراسان قدیم به شمار می‌رفت. خراسان منطقه‌ای وسیعی بود که شامل بخش‌هایی از افغانستان، آسیای میانه و ایران می‌شد. بلخ، هرات، مرو و نیشابور چهار شهر بزرگ خراسان قدیم دانسته می‌شوند که از کانون‌های اصلی تمدن‌های فارسی‌زبان بوده است؛ بنابراین می‌توان گفت که زبان فارسی در همان بدو پیدایش، بیشترین رواج را در نواحی شمالی و غربی افغانستان کنونی داشته است.^۱

زبان فارسی در افغانستان زبان مشترک اقوام ساکن در این کشور بوده و با محاسبه جمعیت تاجیک‌ها و هزاره‌ها، زبان فارسی بزرگ‌ترین زبان این کشور به شمار رفته و به عنوان «زبان میانجی» در میان گویشوران سایر زبان‌ها به کار گرفته می‌شود. ولی در چند دهه اخیر در افغانستان تلاش شده تا از جایگاه آن کاسته شود. این مسئله به خوبی در مواد مربوط به زبان در قوانین اساسی افغانستان دیده می‌شود؛^۲ با مطالعه قوانین اساسی افغانستان درمی‌یابیم که در مراحل مختلف تلاش شده تا به نحوی از انجا با این زبان برخورد گزینشی و سیاسی صورت گیرد. به گونه مثال، از یک سو نام این زبان را از «فارسی» به «دری»^۳ تغییر دادند و از سوی دیگر در متن برخی قوانین اساسی در کنار رسمیت زبان‌های فارسی و پشتو زبان پشتو را «ملی»^۴ قلمداد کرده‌اند.

زبان فارسی در افغانستان تا دوره نادر خان (۱۹۲۹-۱۹۳۳م) یگانه زبان رسمی و اداری کشور بود. در گذشته همه حاکمان این کشور به زبان فارسی تکلم می‌کردند و هیچ بدبینی و سیاست حذف یا تضعیفی در قبال این زبان مطرح

۱. کاظمی، پیشین، ص ۲۰.

۲. امینی، رضا، «چالش‌های امروز زبان فارسی»، فصلنامه پژوهش‌های ادبی، دوره ۱۴، شماره ۵۵، ۱۳۹۶، ص ۱۷.

۳. قانون اساسی افغانستان، وزارت عدلیه، مصوب ۱۳۴۳، ماده ۳.

۴. همان، ماده ۳۵.

نمود. اما آهسته‌آهسته برنامه‌هایی برای تعریف رقیب برای این زبان در ابتدا و بعداً برنامه‌های برای جایگزینی و حذف آن روی کار آمد.^۱ توضیح اینکه، از زمان شکل‌گیری حکومت مستقل در افغانستان تاکنون، زبان فارسی در افغانستان چهار مرحله را پشت سر گذاشته است.

دوره اول، از آغاز تشکیل حکومت به دست احمدشاه ابدالی (۱۱۲۵ ش/۱۷۴۷م) تا به قدرت رسیدن نادرخان محمد زایی (۱۳۰۸ ش/۱۹۲۹م) را شامل می‌شود؛ در این دوره زبان فارسی، زبان رسمی و «میانجی» افغانستان بود و هیچ‌گونه تلاشی برای کنار زدن این زبان از رسمیات و دیوان داری صورت نگرفت، بلکه تلاش‌هایی برای رشد و گسترش زبان پشتو صورت گرفت.

دوره دوم که از حکومت‌داری نادر خان (۱۳۰۸ ش/۱۹۲۹م) شروع شد و تا سقوط حکومت محمد داوود (۱۳۵۷ ش/۱۹۷۸م) ادامه یافت، دوره ستیزه با فارسی و تلاش برای حذف این زبان خوانده می‌شود. اجبار مردم به یادگیری زبان پشتو، اجبار مردم به نوشتن درخواست‌هایشان به زبان پشتو، ملزم شدن کارمندان دولت به یادگیری زبان پشتو، تغییر متون درسی مکاتب/مدارس از فارسی به پشتو، آتش زدن هزاران نسخه خطی و تاریخی که به زبان فارسی بودند، تغییر نام زبان از فارسی به دری و تحمیل آن بر ادبیات سیاسی و اداری کشور و تلاش برای جلوگیری از رسمیت یافتن آن در قانون اساسی مهم‌ترین سیاست‌ها و اقداماتی بود که در ستیز با فارسی و به‌منظور کنار گذاشتن و حذف آن از دیوان داری و رسمیات در این کشور صورت گرفت. در این میان، دهه چهل، اوج ملی‌گرایی و پشتون‌گرایی در نظام حاکم افغانستان بود؛^۲ تلاش برای جلوگیری از رسمی‌شدن فارسی و تغییر نام این زبان از فارسی به دری در قانون اساسی (۱۳۴۳ ش/۱۹۶۴م) از کارهای مهمی بود که در راستای تضعیف و کنار زدن زبان فارسی در این دهه صورت گرفت. اما فارسی همچنان زبان مشترک مردم افغانستان و یکی از زبان‌های رسمی این کشور باقی ماند.^۳

دوره سوم از کودتای کمونیستی آغاز تا سقوط طالبان اول (۱۳۸۲ ش) دوام کرد. در این دوره زبان فارسی در وضعیتی یکسانی قرار نداشته است. چون بعد از سقوط داوود خان رژیم کمونیستی در افغانستان حاکم شد و حاکمان کمونیست از یک‌سو بیشتر از زبان به ایدئولوژی مارکسیستی خود وفادار بودند و ازسویی هم وضعیت طوری آمد که حاکمیت از انحصار پشتون‌ها خارج شد و بعد از یک مدت طولانی در رده‌های نخست حاکمیت غیر پشتون‌ها هم حضور یافتند. این دو دلیل باعث شد که دیگر برای حذف فارسی از رسمیات کشور تلاشی صورت نگرفت. با پایان یافتن دوره کمونیست‌ها مجاهدین به قدرت رسید. در این دوره هرچند توجه ویژه‌ای به زبان فارسی صورت نگرفت، فضا به نفع این زبان بود؛ سرود ملی کشور به زبان فارسی بود، فارسی مانند گذشته زبان مقامات عالی‌رتبه دولتی و زبان اداری و دیوان داری بود. در زمان حکمرانی طالبان اول با توجه به آنکه بدنه اصلی حکومت را پشتون‌ها تشکیل می‌دادند، در یک سیاست اعلان نشده صحنه برای زبان فارسی در مکاتبات اداری تنگ شد و زبان پشتو بیشتر عمومیت پیدا کرد.^۴

دوره چهارم، از شکل‌گیری نظام جدید در افغانستان پس از اجلاس بن (۲۰۰۱ م/۱۳۸۲ ش) آغاز و تا سقوط حکومت اشرف غنی (۲۰۲۱ م/۱۴۰۱ ش) را شامل می‌شود. در این دوره زبان فارسی با آنکه در قانون اساسی به‌عنوان یکی از زبان‌های

۱. یسنا، پیشین، ص ۱۹۶.

۲. کاظمی، محمد کاظم، *هم‌زبانی و بی‌زبانی*، تهران: عرفان، چاپ سوم، ۱۳۹۰، ص ۶۹.

۳. یسنا، پیشین، ص ۲۰۲.

۴. قدسی، فضل‌الله، «جایگاه زبان فارسی در افغانستان پس از تأسیس حکومت مستقل»، *فصلنامه نامه فرهنگستان*، شماره ۲۶، ۱۳۸۴، صص ۱۱۷-۱۲۷.

رسمی^۱ کشور به شمار می‌رفت و در نظام آموزشی، رسانه‌ها و نشریات و آثار علمی و فرهنگی نقش برجسته داشت، با ستیزه هم مواجه بود. این ستیزه‌جویی در برابر فارسی تحت پوشش همان تفکیک میان فارسی و دری و برجسته کردن این روایت که «فارسی‌زبان ایران و دری زبان افغانستان است» اجرایی می‌شد. چنان‌که برخی از خبرنگاران به‌خاطر کاربرد واژه‌های فارسی از کار برکنار یا جریمه شدند، احکام حکومتی مبنی بر استفاده از «ادبیات اصیل افغانی» که مراد همان جلوگیری از واژه‌های فارسی بود، صادر شد. «اداره احصائیه مرکزی» در یک اقدام زبان فارسی را در زمره زبان‌های خارجی شامل کرد که با مخالفت جدی فارسی‌زبانان روبه‌رو شد. قانون تحصیلات عالی به‌خاطر به‌کارگیری برخی واژه‌های فارسی مانند «دانشگاه» و «دانشکده» برای سال‌ها در شورای ملی تصویب نشد و با نصب سردر دانشگاه‌ها به‌خاطر کاربرد واژه‌های فارسی از جانب مسئولان حکومتی مخالفت صورت گرفت؛ ولی باین‌همه، چون آزادی رسانه‌ها و آزادی بیان در چارچوب قانون اساسی تضمین شده بود، فرهنگیان و اهل رسانه خارج از چارچوب رسمیات دولتی تلاش زیاد کردند تا با این موانع و محدودیت‌ها کنار نیایند و مبارزه کنند.

حضور چشمگیر مؤسسات خارجی در افغانستان در این دوره نیز بر زبان فارسی تأثیر منفی گذاشت. در این دفاتر مهم‌ترین شرط استخدام زبان انگلیسی بود و دیوان‌داری و مکاتباتشان هم به زبان انگلیسی بود. ازسویی هم فناوری‌های جدید در افغانستان هم در وضعیتی که هیچ نهادی برای واژه‌سازی در این کشور فعال نیست، بسیار واژگان خارجی را وارد این زبان کرده و هیچ برنامه‌ای برای مدیریت آن وجود نداشته است.^۲

خلاصه می‌توان گفت: باآنکه افغانستان مهد زبان فارسی به شمار می‌رود و مشاهیر بزرگ این زبان در این خطه پرورش یافته و فرهنگیان این کشور در حفظ و تقویت این زبان نقش برانده‌ای داشته‌اند؛ ولی حکومت‌ها در طول سالیان متمادی در این کشور برای گسترش، تقویت و حمایت از زبان فارسی هیچ تلاش و اقدامی نکرده و همواره این زبان با بی‌مهری و بی‌توجهی حاکمیت‌ها مواجه بوده و در بروز شدن و توسعه این زبان کاری صورت نگرفته است.

باتوجه‌به وضعیت پیش‌آمده در افغانستان (سقوط نظام جمهوری و حاکمیت دوباره طالبان) زبان فارسی یک بار دیگر با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو شده و روند تضعیف و کنارگذاشتن را بیشتر از پیش می‌پیماید. اقداماتی مانند پایین آوردن سدرهایی که به فارسی نگاشته شده بودند، کنارگذاشتن زبان فارسی از دیوان‌داری و سخنرانی تک‌زبانه (صرف پشتو) مقامات عالی‌رتبه دولتی و... به‌خوبی می‌تواند وضعیت ناگوار زبان فارسی را در این کشور بازگو کند. ولی با آن هم روحیه پاسداری از زبان فارسی در میان فرهنگیان و نخبگان فارسی‌زبان این کشور زنده بوده و تلاش‌ها برای مقابله با وضعیت پیش‌آمده بیشتر از پیش شدت گرفته است. راه‌اندازی انجمن‌ها، نهادها، مجله‌ها، پایگاه‌های اینترنتی و برگزاری همایش‌ها با محوریت زبان فارسی و ضرورت پاسداری از آن در دو سال گذشته بیشتر شده است. تأسیس کانون همیاری پارسی‌زبانان، مجله پارسی بان، انجمن پارسیان، مؤسسه فرهنگی خانه مولانا، کنگره جهانی پارسی‌گویان و... از نمونه‌های بارز تلاش فرهنگیان افغانستانی در سالیان پسین است که با برگزاری برنامه‌های علمی و فرهنگی در راستای پاسداری از زبان فارسی تلاش می‌کنند.

۳.۳. فارسی در ایران

ایران بزرگ‌ترین کشور فارسی‌زبان جهان است. زبان فارسی از روزگار قدیم زبان مشترک مردم ایران بوده و در کنار شعر

۱. قانون اساسی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲، ماده ۱۶.

۲. کاظمی، پیشین، صص ۷۲-۷۳.

و ادب، زبان دیوان‌داری و مکاتبات اداری نیز بوده و مشاهیر و مفاخر بزرگ زبان و ادب فارسی در این کشور پرورش یافته است.^۱

امروزه، زبان فارسی یگانه زبان رسمی ایران و زبان مشترک تمام ساکنان این کشور است. همچنین زبان فارسی‌زبان آموزش، رسانه و اسناد و مکاتبات و متون رسمی و کتب درسی این کشور است.^۲ زبان فارسی پیش از اینکه ایران دارای قانون اساسی شود نیز زبان مشترک مردم ایران بوده؛ یعنی زبان ارتباط و تعامل گویشوران زبان‌های مختلف مردم ایران بوده است. فارسی، زبان نگارش نامه‌ها و اسناد رسمی در داخل این کشور و زبان نوشتن عهدنامه‌هایی بوده که بین حکومت‌های وقت ایران با کشورهای دیگر منعقد شده است؛ برای نمونه، عهدنامه‌های گلستان (۱۸۱۳) و ترکمانچای (۱۸۲۸) که چند دهه پیش از انقلاب مشروطه میان ایران و روسیه منعقد شده، به زبان فارسی است.^۳

ایران در حفاظت و گسترش زبان فارسی نقش برجسته‌ای داشته و حتی در دوران معاصر این کشور را می‌توان یگانه پاسدار زبان فارسی خواند. یکی از تحولات مهم در حوزه زبان فارسی تأسیس فرهنگستان ایران در سال ۱۳۱۴ هجری شمسی است. این فرهنگستان زبان فارسی را از آمیختگی‌های غیرضروری با زبان‌های دیگر تا حدود زیادی رهایی بخشید و روزه‌ای جدیدی برای پاسداری این زبان گشود. فرهنگستان در شتاب بخشیدن به گرایش زبان فارسی به سوی سادگی و دقت و زنده کردن سرمایه کهن آن و همچنین آماده کردن آن برای گرفتن و جذب کردن مفاهیم و نام‌های علمی و فنی از زبان‌های اروپایی نقشی برجسته‌ای داشته است.^۴

یکی از مهم‌ترین کارهایی، که ایران در راستای گسترش زبان فارسی انجام داده است، برنامه‌هایی است که برای گسترش زبان فارسی در جهان دارد. یکی از این برنامه تأسیس نهادی به نام «شورای گسترش زبان و ادبیات فارسی» در سال ۱۳۶۶ بود که وظیفه امور علمی، تحقیقی، سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی درباره آموزش زبان و ادبیات فارسی به غیرفارسی‌زبانان جهان را بر عهده داشت.^۵ این نهاد تا سال ۱۳۹۲ در راستای گسترش زبان فارسی فعالیت می‌کرد و در سال ۱۳۹۲ با «بنیاد سعدی» مدغم شد. بنیاد سعدی در سال ۱۳۸۹ با تصویب شورای عالی انقلاب فرهنگی به‌منظور تقویت و گسترش زبان و ادبیات فارسی در خارج از ایران و ایجاد تمرکز، هم‌افزایی و انسجام در فعالیت‌های مرتبط با این حوزه و بهره‌گیری بهینه از ظرفیت‌های موجود در این کشور تأسیس شد تا براساس اهداف، سیاست‌ها، راهبردها و ضوابط حاکم بر روابط فرهنگی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، مدیریت راهبردی و اجرای فعالیت‌های آموزشی، پژوهشی، فرهنگی و رسانه‌ای را در حوزه گسترش زبان و ادبیات فارسی در خارج از ایران با هماهنگی سازمان فرهنگ و ارتباطات اسلامی عهده‌دار شود.^۶

ایران همچنان در عرصه واردکردن زبان فارسی در اینترنت، رایانه، فناوری و فضاهای ارتباطی نوین نقش برجسته‌ای ایفا کرده که طراحی نرم‌افزارهای نوشتن فارسی با رایانه، ویراستاری و تلاش برای امکان‌پذیر کردن استفاده از زبان فارسی در نشانی پایگاه‌ها و پست الکترونیکی از مهم‌ترین آنها به شمار می‌رود. با آنکه تلاش‌ها و برنامه‌های ایران برای پاسداشت زبان فارسی درخور توجه بوده، ولی در زمینه همکاری میان کشورهای فارسی‌زبان برای پاسداری و گسترش زبان فارسی

۱. فوزی و نعیمی برچلوی، پیشین، ص ۱.

۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، اصل ۱۵.

۳. امینی، پیشین، ص ۱۲.

۴. آشوری، داریوش، *بازاندیشی زبان فارسی: ده مقاله*، تهران: مرکز، چاپ هشتم، ۱۳۹۶، ص ۴۵.

۵. اساسنامه شورای گسترش زبان فارسی، شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوب صد و چهلیمین جلسه مورخ ۱۳۶۶/۱۱/۲۷، ماده ۱.

۶. اساسنامه بنیاد سعدی، شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوب جلسه ۶۷۳، مورخ ۱۳۹۸/۸/۴، ماده ۱.

توفیقات چندانی نداشته است.

۴. ضرورت تشکیل سازمان بین‌الدولی برای پاسداشت زبان فارسی

بررسی وضعیت کنونی زبان فارسی بیان‌کننده نبود همکاری میان کشورهای فارسی‌زبان در زمینه پاسداشت زبان فارسی و مشکلات عدیده‌ای ناشی از این ناهماهنگی است؛ لذا در این جستار به زمینه‌ها و ظرفیت‌های تشکیل سازمان بین‌الدولی برای پاسداشت زبان فارسی، مبنای تئوریک، اهداف، ساختار و کارکردهای که از آن انتظار می‌رود می‌پردازیم.

۴.۱. زمینه‌ها و ضرورت تأسیس

عناصر هویتی و فرهنگی در جهان معاصر، از مؤلفه‌های اصلی شکل‌دهنده مناسبات کنشگران بین‌المللی است. مشترکات فرهنگی به‌عنوان اساسی‌ترین زمینه تحکیم پیوندها میان کشورهای فارسی‌زبان محسوب می‌شود؛ زیرا ریشه‌های تاریخی یکسان، زبان مشترک و دین واحد در کنار تشابه سنت‌ها، آیین‌ها و باورهای اجتماعی ملی و محلی، شرایط بی‌بدیلی را برای توسعه بیش‌ازپیش مناسبات فرهنگی میان این کشورها فراهم می‌کند.

زبان فارسی مهم‌ترین ابزار برای بسیج و سازمان‌دهی و مهم‌ترین دلیل برای همبستگی بین کشورهای فارسی‌زبان و یکی از راه‌های رهایی از واگرایی میان این کشورها بوده و سبب تعامل روزافزون آنها خواهد شد. از نقطه‌نظر تاریخی، سرزمینی که در آن این سه کشور فارسی‌زبان واقع‌اند، «ایران فرهنگی» خوانده می‌شود و مردم این سه کشور تاریخ، زبان، ادبیات و فرهنگ مشترک دارند و اسلام نیز در پیوند مردمان این منطقه نقش اساسی را ایفا می‌کند. برجسته‌ترین ظرفیت در برقراری روابط و ایجاد همگرایی منطقه‌ای این کشورها پیوند تاریخی آنان گفته می‌شود که مبتنی بر زبان است.^۱ پژوهشگران موارد زیر را به‌عنوان عوامل مؤثر در سیاست‌گذاری و قلمروسازی زبانی برای زبان فارسی دانسته و بر لزوم استفاده از آنها برای همگرایی کشورهای فارسی‌زبان تأکید می‌کنند.

- ریشه‌های تاریخی، پیشینه عمیق و نفوذ فرهنگی زبان فارسی در منطقه؛

- قابلیت‌های ادبی جهانی زبان فارسی و جمعیت قابل‌ملاحظه‌گویشوران این زبان در منطقه؛

- نبود یا حداقل کم‌بودن حساسیت‌های سیاسی در باره زبان و قلمرو زبانی؛

- اشتراکات دینی؛

- موقعیت جغرافیایی کشورهای فارسی‌زبان.^۲

ولی کشورهای فارسی‌زبان باوجودآنکه اشتراکات زیادی دارند، تا اکنون اقدام مشترکی را در زمینه حفظ میراث مشترک فرهنگی‌شان (زبان فارسی) انجام نداده‌اند و در اثر غفلت و بی‌توجهی حکومت‌ها به مسئله زبان فارسی و نگاه کم‌رنگ به عناصر فرهنگی مشترک این امر مورد بی‌مهری قرار گرفته است. اگر نهادها و روندهای منطقه‌ای و فراملی شکل نگیرد، به این مهم رسیدگی نخواهد شد و با مرور هر روز این زبان بیشتر تضعیف شده و امکان حذف شدن و از میان رفتن آن در بخش‌های زیادی از جغرافیای این زبان بیشتر خواهد شد.

با نظرداشت اینکه امروزه در جهان سازمان‌ها و نهادهای زیادی براساس اشتراکات فرهنگی، زبانی، هویتی و تاریخی

^۱ حاجیان، پیشین، ص ۹۸.

^۲ متقی، افشین، حسین ربیعی، مراد کاویانی راد و حسن یعقوب نیا، «آسیب‌شناسی سیاست‌گذاری کلان‌ج.ا. ایران با قلمروسازی زبان در کشورهای فارسی‌زبان منطقه، فصلنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران»، ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی/ایران، دوره ۲، شماره ۴، ۱۳۹۸، ص ۱۳.

تأسیس شده و در کنار عوامل دیگر، نقش زبان و فرهنگ در شکل‌گیری این سازمان‌ها و نهادها برجسته است، کشورهای فارسی‌زبان هم پیش‌نیازهای اساسی را برای اساس‌گذاری یک سازمان فرهنگی منطقه‌ای برای حمایت از زبان فارسی دارند.^۱ باتوجه به وضعیت کنونی زبان فارسی و با عنایت به هشدارها و نگرانی‌هایی که از جانب پژوهشگران حوزه زبان و ادبیات فارسی در ارتباط به وضعیت زبان فارسی مطرح شده است^۲ و با نظرداشت زمینه‌های تاریخی، فرهنگی و هویتی مشترک میان کشورهای فارسی‌زبان (افغانستان، ایران و تاجیکستان) لازم است تا کشورهای متذکره ابتکار عمل را به دست گیرند و با همسویی و همکاری کشورهای که گویشوران قابل‌ملاحظه‌ای از این زبان در آنها زیست می‌کنند یا در گذشته آن کشورها جغرافیای زبان فارسی به شمار می‌رفتند (مانند ازبکستان، پاکستان، هند و...)، زمینه را برای تأسیس یک سازمان منطقه‌ای فراهم آورند.

۴.۲. مبنای تئوریک

در روابط میان دولت‌ها نمی‌توان انتظار داشت که الگوی روابط صرفاً براساس سیاست قدرت و امنیت یا بر مبنای وابستگی متقابل و همکاری‌های اقتصادی صورت گیرد و به فرهنگ و تعاملات فرهنگی بهایی داده نشود؛ به مفاهیم دیگری مانند «فرهنگ» نیاز است تا بتوان مسائل سیاسی بین‌المللی را تحلیل کرد.^۳ در مورد شکل‌گیری سازمان‌های بین‌المللی دیدگاه‌های گوناگونی مطرح است که هر یک از آنها با استناد به چارچوب‌های نظری رئالیسم، سازه‌انگاری و لیبرالیسم به عنوان سه مکتب اصلی سازمان‌های بین‌المللی مورد بررسی قرار گرفته‌اند. هر یکی از این مکاتب فرایند شکل‌گیری سازمان‌های بین‌المللی را به گونه‌های متفاوت و نتیجه‌گیری متفاوت تبیین می‌کند. به لحاظ تحلیل نظری، در این پژوهش از رویکرد فالکر ریتبرگر^۴ استمداد می‌جوییم. چون، این رویکرد عام بوده و بدون نظر داشت مؤلفه‌های نوع عضویت، قلمرو جغرافیایی، دولتی یا غیردولتی بودن و... همه سازمان‌های بین‌المللی را تبیین می‌کند. ریتبرگر در مورد شکل‌گیری و تکوین سازمان‌های بین‌المللی سه موقعیت را مطرح می‌کند:

موقعیت همژمونیک که براساس آن سازمان‌های بین‌المللی برای تأمین منافع قدرت مسلط شکل می‌گیرد و این دولت همژمون است که سازمان بین‌المللی را ایجاد می‌کند تا منافع و ارزش‌های خود را در سطح منطقه و نظام بین‌الملل حفظ کند.

موقعیت دوم، رویکرد مسئله‌محور است که شکل‌گیری سازمان‌های بین‌المللی را ناشی از همکاری کشورها برای حل مشکلات مشترک می‌داند.

موقعیت سوم، رویکرد شناختی است که بر انگاره‌ها و اندیشه‌های مشترک تأکید می‌کند و شکل‌گیری سازمان‌های بین‌المللی را وابسته به موجودیت ارزش‌ها و هنجارهای مشترک می‌داند.^۵

در اینجا، چگونگی کاربست موقعیت‌های سه‌گانه ریتبرگر را در شکل‌گیری سازمان میان دولتی برای پاسداشت زبان

۱. بهمنی، تورج، «عوامل و موانع توسعه روابط سیاسی / اقتصادی ایران و کشورهای فارسی‌زبان (تاجیکستان و افغانستان) در هزاره جدید»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۸، ص ۴.

۲. امینی، پیشین، ص ۱۱.

۳. Khodaverdi, Hassan and Yousef Shah-Mohammadi. "The Role of Culture in International Relations Theories", *International Journal of Political Science*, Volume 7, Issue 3, 2017, P 49.

۴. Volker Rittberger.

۵. رنجکش، محمدجواد، «کاربست نظریه فالکر ریتبرگر در فرایند شکل‌گیری سازمان‌های بین‌المللی موردپژوهی؛ سازمان همکاری شانگهای»، فصلنامه پژوهش‌های جغرافیای سیاسی، دوره ۳، شماره ۴، ۱۳۹۷، ص ۱۵۰.

فارسی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۴.۲.۱. موقعیت هژمونیک

واقع‌گرایان معتقدند که در سازمان منطقه‌ای یا بین‌المللی کشورهای قدرتمندی وجود دارد که سازمان بر محور منافع آنها می‌چرخد و این قدرت‌ها هزینه‌های سازمان را بر سایر اعضا کاهش می‌دهند.^۱ در مورد کشورهای فارسی‌زبان، هرچند مشکل است که دولت هژمون معرفی کرد، ولی با تسامح می‌توان نقش ایران را به‌عنوان کشوری که ترویج زبان فارسی را جزو سیاست‌های کلی نظام^۲ دانسته و گسترش زبان فارسی بخش عمده سیاست فرهنگی آن را شامل می‌شود، برجسته دانست و تلاش این کشور برای تشکیل چنین سازمانی را مؤثرتر ارزیابی کرد.

۴.۲.۲. موقعیت مسئله‌محور

در این رویکرد به مسائل و دغدغه‌های کشورهای تشکیل‌دهنده یک سازمان پرداخته می‌شود. از منظر این رویکرد، در سیاست بین‌الملل منافع ناشی از معاهدات میان دولت‌های مختلف نه کاملاً متقابل و نه هم کاملاً هماهنگ است. بلکه سیاست بین‌المللی در منافع تجميع شده قرار دارد که در آن دولت‌ها از منفعت مشترکی برای به‌دست آوردن منافع مشترک یا جلوگیری از شکست مشترک برخوردارند.^۳ یکسان‌سازی نام و الفبای زبان، تلاش مشترک برای گسترش آن، مبارزه با تهاجم سایر زبان‌ها بر زبان فارسی، معرفی زبان معیار و احیای زبان فارسی در جغرافیای تاریخی این زبان به‌عنوان عمده‌ترین مسائل کشورهای فارسی‌زبان در زمینه زبان فارسی به شمار می‌روند.

امروزه در تاجیکستان با آنکه گذار از سیریلیک و برگشت به الفبای فارسی از دغدغه‌های کلان به شمار می‌رود، ولی دولت مشکلات اقتصادی را عمده‌ترین مانع رسیدن به این هدف می‌گوید. ازسویی هم نخبگان زبان و ادب فارسی در هر سه کشور فارسی‌زبان سه نامه بودن این زبان را چالشی بزرگ می‌دانند و بر یکسان‌سازی نام و خط این زبان تأکید می‌ورزند. ولی حاکمیت‌ها به دلایل گوناگون به این خواسته تمکین نکرده و یک‌زبان را در سه کشور به سه نام فارسی، دری و تاجیکی نام‌گذاری کرده‌اند. از سویی هم بخش‌های از جغرافیای زبان فارسی (سمرقند و بخارا) که میلیون‌ها فارسی‌زبان بومی در آنجا زیست می‌نمایند، به‌دلیل تفاوت الفبا و محدود بودن دسترسی‌شان به آموزش زبان مادری رابطه‌شان با گنجینه‌ای عظیم زبان و ادب فارسی قطع بوده و هیچ برنامه‌ای جامع و مشترک از طرف کشورهای فارسی‌زبان برای احیا و تقویت زبان فارسی در این سرزمین‌ها دیده نمی‌شود.

مسائل یاد شده و بسا موضوعات مهم دیگر، که اختصاص به یک کشور ندارد، به همکاری مشترک و سازوکارهای منطقه‌ای نیاز دارد و می‌تواند موضوع همکاری میان کشورها و مبنای شکل‌گیری یک سازمان میان دولتی شود.

۴.۲.۳. موقعیت شناختی

رویکرد شناختی به مسئله تشکیل سازمان‌های بین‌المللی را لیبرالیست‌های هنجارگرا یا همان سازه‌انگاران مطرح می‌کنند. از نظر سازه‌انگاران شکل‌گیری سازمان‌های بین‌المللی به وجود ارزش‌ها و هنجارها (تاریخ مشترک، مذهب یکسان، زبان

^۱. همان، ص ۱۵۴.

^۲. سیاست‌های کلی نظام، مصوب ۷۶/۱۰/۱۳.

^۳. Keohane, R. O. *After Hegemony: Cooperation and Discord in the world political economy*, New Jersey: Princeton Univ Press, 2005, P 54.

مشابه و هویت مشترک) وابسته است.^۱ سازمان‌های بین‌المللی زمانی ایجاد می‌شوند که ارزش‌ها و هنجارهای مشترک میان کشورهای ایجادکننده زیاد باشد و ارزش‌های مشترک احساس مشترک را میان آنها برقرار کند. باتوجه به مشترکات تاریخی، فرهنگی، دینی و هویتی، که کشورهای فارسی‌زبان دارند، شکل‌گیری سازمان میان‌دولتی با محوریت این کشورها و عضویت کشورهایی که جمعیت قابل‌ملاحظه‌ای فارسی‌زبان را در خود جا داده است، ممکن بوده و این کشورها با استفاده از ظرفیت سازمان‌های بین‌المللی و الهام از سازمان‌های که براساس همبستگی زبانی تأسیس شده می‌توانند سازمانی را با مساحتی نزدیک به ۲۴۲۱۳۷۰ کیلومتر و بیش از ۱۰۰ میلیون جمعیت شکل دهند که یکی از سازمان‌های مهم فرهنگی منطقه و پشته‌های مهم و حیاتی برای حمایت، تقویت و گسترش زبان فارسی باشد.

هرچند هر سه موقعیت موردنظر ریتبرگر در شکل‌گیری سازمان میان‌دولتی برای پاسداشت زبان فارسی می‌تواند صدق کند؛ اما تأثیرگذاری هریک از این سه موقعیت یکسان نیست؛ رویکرد شناختی بیشترین تأثیر را دارد و رویکرد مسئله‌محور نسبت به رویکرد هژمونیک تأثیر بیشتری دارد.

۴.۳. اهداف و ساختار

تشکیل سازمان میان‌دولتی برای پاسداشت زبان فارسی فرصت مناسبی را در اختیار کشورهای فارسی‌زبان قرار خواهد داد تا با استفاده از کانون‌های قدرت نرم خود در منطقه به پاسداری و گسترش این زبان - که در واقع میراث مشترک فارسی‌زبان‌ها به شمار می‌رود - بپردازند. همچنان ایجاد چنین سازمانی، این امکان را به کشورهای فارسی‌زبان خواهد داد که از یک‌طرف تجربیات سایر سازمان‌های منطقه‌ای که براساس همبستگی زبانی تأسیس شده و برای تقویت و گسترش زبانشان فعالیت می‌کنند، استفاده می‌کند و از طرف دیگر با تقویت و گسترش زبان فارسی نفوذ منطقه‌ای خویش را بیشتر می‌کند و افق‌های جدید همکاری و همگرایی میان حوزه تمدنی زبان فارسی را بگشایند.

موارد زیر می‌تواند شامل اهداف اساسی این سازمان شود:

- تقویت همکاری‌ها برای توسعه روابط فرهنگی اعضا؛

- پاسداشت زبان، ادبیات و فرهنگ فارسی‌زبانان؛

- غنای تقویت و گسترش زبان فارسی؛

- تلاش برای احیای شکوه و عظمت زبان فارسی در گستره جهانی.

ساختار تشکیلاتی سازمان نیز از مباحث مهمی است که باید در اینجا به آن اشاره شود. طبق رویه معمول، ساختار سازمان‌های بین‌المللی شامل مجمع عمومی، شوراها، دبیرخانه، کمیته‌های تخصصی و دستگاه‌ها و سازوکارهای حل‌وفصل اختلافات است که تحت عناوین یاد شده یا عناوین مشابه وجود داشته و در تعامل با یکدیگر جهت پیشبرد اهداف سازمان فعالیت می‌کنند.^۲ سازمان موردنظر ما نیز می‌تواند علاوه بر ارکان اصلی چون دبیرخانه، مجمع و شورا، برخی ارکان فرعی ای چون فرهنگستان زبان و ادب فارسی، شورای گسترش زبان فارسی، آکادمی تحقیقات و مطالعات زبان و فرهنگ فارسی‌زبانان، مؤسسه علمی و فرهنگی کشورهای فارسی‌زبان، دانشگاه‌ها، پژوهشکده‌ها، خبرگزاری‌ها، مؤسسه نشر آثار و تحقیقات و... را نیز می‌تواند داشته باشد که همه در راستای اهداف اصلی سازمان به کار برده می‌شوند.

^۱. Rittberger, V. *International Organization: Polity, Politics and Policies*, Palgrave Macmillan, 2006, P 51.

^۲. ظریف، محمدجواد و سید محمدکاظم سجادیپور، *سازمان‌های بین‌المللی*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۶۰.

۴.۴. کارکردهای سازمان

چون دولت‌ها به دلیل ناکارآمدی راه‌حل‌های یک‌جانبه و کسب مشروعیت به چندجانبه‌گرایی روی می‌آورند؛ بنابراین تولید مشروعیت و شناسایی بین‌المللی از کارکردهای فراگیر دیپلماسی چندجانبه و سازمان‌های بین‌المللی به شمار می‌روند. همچنان، سازمان‌های بین‌المللی امکان‌های مناسب تعامل میان کشورها و زمینه را برای تعدیل قدرت‌های بزرگ‌تر و کنشگری و افزایش نسبی نفوذ کشورهای کوچک‌تر فراهم می‌کند. علاوه بر کارکردهای فراگیر یاد شده، موارد دیگری نیز در سازمان‌های بین‌المللی قابل توجه است که هنجارسازی، قانون‌سازی، نظارت و اقدامات اجرایی از موارد مهم آن است.^۱ سازمان کشورهای فارسی‌زبان می‌تواند به‌عنوان محلی برای ارتباط و تعامل در زمینه‌های مختلف فرهنگی و زبانی از جمله پاسداشت، تقویت و گسترش زبان فارسی به شمار رود. این سازمان می‌تواند یکی از بسترهای مهم تولید گفت‌وگوها و فرصتی برای درک مشترک از انگاره‌ها، ایستارها و ارزش‌های حوزه تمدنی زبان فارسی و به تبع آن فائق آمدن بر معضلات و مشکلاتی باشد که از واگرایی و عدم همکاری میان کشورهای فارسی‌زبان پدید آمده و سبب تضعیف زبان فارسی شده‌اند.

این سازمان با صدور قطعنامه‌ها، اعلامیه‌ها و امضای عهدنامه‌ها، نوشتن اساسنامه سازمان به زبان فارسی و تعریف زبان فارسی به‌عنوان زبان رسمی سازمان و تلاش برای شامل ساختن زبان فارسی در جمع زبان‌های ملل متحد و دیگر سازمان‌های جهانی و منطقه‌ای، که کشورهای فارسی‌زبان عضو آن هستند و همچنان از طریق نهادسازی و اقدامات اجرایی می‌تواند نقش برجسته‌ای در پاسداشت و تقویت زبان فارسی ایفا کند.

نتیجه‌گیری

باتوجه به آنچه در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفته است؛ پاسداشت زبان در زمره اهداف و برنامه‌های دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی قرار داشته و نقش دولت‌ها در حمایت از زبان برجسته‌تر از سازمان‌های بین‌المللی بوده است. درج زبان رسمی در قوانین کشورها، تصویب قوانین حمایت از زبان‌های یک کشور، تعیین روز مشخصی به نام روز زبان ملی کشور، تأسیس نهادهای مانند فرهنگستان زبان، مؤسسات گسترش زبان به کشورهای دیگر و... از زمره تلاش‌های مهم دولت‌ها در راستای حمایت از زبان به شمار می‌رود. به همین ترتیب، مطالعه سازمان‌های بین‌المللی نشان می‌دهد که در کنار سازمان‌های جهانی، مانند یونسکو که حفاظت و حمایت زبان‌ها از وظایف آن به شمار می‌رود، برخی سازمان‌های منطقه‌ای به اساس همبستگی زبانی شکل گرفته‌اند؛ مانند سازمان کشورهای فرانسه زبان و جامعه کشورهای پرتغالی زبان که حفظ، تقویت و گسترش زبان اعضا از اهداف اساسی‌شان به شمار می‌رود.

زبان فارسی به‌عنوان میراث مشترک فارسی‌زبانان از عدم همکاری و انسجام کشورهای فارسی‌زبان و نبود سازوکار فراکشوری، که تلاش مشترک کشورهای فارسی‌زبان را برای پاسداشت این زبان رقم بزند، رنج می‌برد و با گذشت هر روز بر مشکلات این زبان افزوده می‌شود. پس، با استفاده از تئوری‌های شکل‌گیری سازمان‌های بین‌المللی و تجارب سازمان‌های منطقه‌ای دیگر تشکیل یک سازمان بین‌الدولی برای پاسداری و گسترش زبان فارسی ضرورت است. برای نایل شدن به این مأمول با استمداد از نظریه فالکر ریتبرگر، که موقعیت‌های سه گانه را برای تحلیل چگونگی شکل‌گیری و تکوین سازمان‌های بین‌المللی مطرح کرده است، با استفاده از موقعیت برتر ایران نسبت به سایر کشورهای فارسی‌زبان (موقعیت هژمونیک)، دغدغه‌های مشترکی چون یکسان‌سازی خط و نام زبان و رسمیت دادن و شامل ساختن آن در مجامع

^۱ همان، ص ۳۵.

بین‌المللی (موقعیت مسئله‌محور) و تاریخ، فرهنگ، هویت و دین مشترک (موقعیت شناختی) می‌توان زمینه‌های شکل‌گیری سازمان منطقه‌ای برای پاسداشت زبان فارسی را امکان‌سنجی و تحلیل کنیم. با آنکه هر سه موقعیت یادشده بر شکل‌گیری چنین سازمانی تأثیرگذار می‌تواند باشد، تأثیرگذاری آنها یکسان نیست. موقعیت شناختی بیشترین تأثیر و موقعیت هژمونیک کمترین تأثیر را خواهد داشت. با ایجاد چنین سازمانی مشکلات عدیده‌ای که زبان فارسی با آن دست‌وپنجه نرم می‌کند، حل می‌شود و هنجارسازی، قانون‌سازی، اقدامات اجرایی و اقدامات نظارتی این سازمان، زبان فارسی مورد حمایت قرار گرفته، تقویت شده، قلمرو آن گسترش پیدا خواهد کرد.

منابع

کتاب

۱. آشوری، داریوش، *بازاندیشی زبان فارسی: ده مقاله*، تهران: مرکز، چاپ هشتم، ۱۳۹۶.
۲. بیگزاده، ابراهیم، *حقوق سازمان‌های بین‌المللی*، تهران: مجد، چاپ نهم، ۱۴۰۲.
۳. ظریف، محمدجواد و سید محمدکاظم سجادیپور، *سازمان‌های بین‌المللی*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۴. کاظمی، محمدکاظم، *این قند پارسی: فارسی دری در افغانستان امروز*، تهران: عرفان، ۱۳۸۹.
۵. کاظمی، محمدکاظم، *هم‌زبانی و بی‌زبانی*، تهران: عرفان، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
۶. کمیسون اسلامی حقوق بشر اسلامی ایران، *حقوق اقلیت‌های زبانی*، ترجمه: محمدرضا آفتاب، ۱۳۹۲.
۷. موسی‌زاده، رضا، *سازمان‌های بین‌المللی*، تهران: میزان، چاپ هفتم، ۱۳۵۸.

مقاله

۸. آدمی، علی و مهسا نوری، «دیپلماسی فرهنگی ترکیه در آسیای مرکزی: فرصت‌ها و چالش‌های پیشرو»، *فصلنامه مطالعات آسیای مرکزی و قفقاز*، دوره ۱۹، شماره ۸۳، ۱۳۹۲، صص ۲۷-۱.
۹. امینی، رضا، «چالش‌های امروز زبان فارسی»، *فصلنامه پژوهش‌های ادبی*، دوره ۱۴، شماره ۵۵، ۱۳۹۶، صص ۳۶-۹.
۱۰. حاجیان، خدیجه، «زمینه‌ها و ظرفیت‌های زبان و ادبیات فارسی در هم‌گرایی منطقه‌ای کشورهای حوزه تمدن ایران فرهنگی، مطالعه موردی: افغانستان و تاجیکستان»، *مطالعات فرهنگ و هنر آسیا*، دوره ۲، شماره ۱، ۱۴۰۲، صص ۷۴-۵۷.
۱۱. حبیب‌زاد، سید احمد و زهرا دانش‌ناری، «حمایت از حقوق زبانی در رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، *فصلنامه حقوق اداری*، دوره ۶، شماره ۱۷، ۱۳۹۷، صص ۱۷۹-۱۵۵.
۱۲. خدایار، ابراهیم، «موانع و راهکارهای خط، زبان و ادب فارسی در کشورهای حوزه تمدنی مشترک با ایران»، *فصلنامه مطالعات ملی*، دوره ۱۹، شماره ۲، ۱۳۹۷، صص ۲۱-۳.
۱۳. صادق‌زاده وایقان، علی، نفیسه سنجی و وحید توسلی، «نقش سازمان‌های بین‌المللی فرهنگی در حفاظت از مکتوبات بشری در سوریه و بررسی ضرورت تشکیل اتحادیه کتابخانه‌های دارای نسخه‌های خطی اسلامی در جهان»، *فصلنامه آرشیو ملی*، دوره ۴، شماره ۳، ۱۳۹۷، صص ۲۰۹-۲۰۰.
۱۴. فوزی، یحیی و فرحناز نیمی برچلوی، «گسترش زبان فارسی و چالش‌های سیاسی فراروی آن»، *سومین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های نوین در مدیریت، اقتصاد و علوم انسانی*، باتومی، ۱۳۹۵، صص ۱۲-۱.
۱۵. قدسی، فضل‌الله، «جایگاه زبان فارسی در افغانستان پس از تأسیس حکومت مستقل»، *فصلنامه نامه فرهنگستان*، شماره ۲۶، ۱۳۸۴، صص ۱۲۸-۱۱۷.

۱۶. متقی، افشین، حسین ربیعی، مراد کاویانی راد و حسن یعقوب نیا، «آسیب‌شناسی سیاست‌گذاری کلان ج.ا. ایران با قلمروسازی زبان در کشورهای فارسی‌زبان منطقه، فصلنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران»، *ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، دوره ۲، شماره ۴، ۱۳۹۸، صص ۳۲۶-۳۰۳.
۱۷. رنجکش، محمدجواد، «کاربست نظریه فالکر ریتبرگر در فرایند شکل‌گیری سازمان‌های بین‌المللی موردپژوهی؛ سازمان همکاری شانگهای»، *فصلنامه پژوهش‌های جغرافیای سیاسی*، دوره ۳، شماره ۴، ۱۳۹۷، صص ۱۷۱-۱۴۹.
۱۸. سیدان، مریم، «چند پیشنهاد سیاستی در حوزه زبان فارسی»، *فصلنامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی*، دوره ۶، شماره ۲۱، ۱۳۹۵، صص ۲۲۷-۲۱۳.
۱۹. یسنا، محمد یعقوب، «جایگاه زبان پارسی در افغانستان»، *فصلنامه کاوش‌نامه زبان و ادبیات فارسی*، دوره ۲۰، شماره ۴۰، ۱۳۹۸، صص ۲۰۹-۱۸۱.

پایان‌نامه

۲۰. بهمنی، تورج، «عوامل و موانع توسعه روابط سیاسی / اقتصادی ایران و کشورهای فارسی‌زبان (تاجیکستان و افغانستان) در هزاره جدید»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، *دانشگاه شهید بهشتی*، ۱۳۹۸.
۲۱. علی‌نژاد، سمیه، «حق بر زبان در حقوق بین‌الملل»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، *مؤسسه آموزش عالی شهید اشرفی اصفهانی*، ۱۳۹۲.

قوانین و اسناد

۲۲. اساسنامه بنیاد سعدی، شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوب جلسه ۶۷۳ مورخ ۱۳۹۸/۸/۴.
۲۳. اساسنامه شورای گسترش زبان فارسی، شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوب صد و چهلین جلسه مورخ ۱۳۶۶/۱۱/۲۷.
۲۴. سیاست‌های کلی نظام، مصوب ۷۶/۱۰/۱۳.
۲۵. قانون اساسی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲.
۲۶. قانون اساسی افغانستان، وزارت عدلیه، مصوب ۱۳۴۳.
۲۷. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۲۸. قانون اساسی جمهوری تاجیکستان، مصوب ۱۳۵۷.

References

Books

1. Ashouri, Dariush, *Rethinking the Persian Language: Ten Essays*, Tehran: Center, Eighth Edition, 2017. (in Persian)
2. Beig-Zadeh, Ebrahim *International Organizations Law*, Tehran: Majd, Ninth Edition, 2023. (in Persian)
3. Islamic Human Rights Commission of Iran, *Rights of Linguistic Minorities*, Translated by: Mohammad Reza Aftab, 2013. (in Persian)
4. Kazemi, Mohammad Kazem, *Collaborative and Speechless*, Tehran: Erfan, Third Edition, 2011. (in Persian)
5. Kazemi, Mohammad Kazem, *This Persian Sugar: Dari Persian in Today's Afghanistan*, Tehran: Erfan, 2010. (in Persian)
6. Keohane, R. O. *After Hegemony: Cooperation and Discord in the world political economy*, New Jersey: Princeton Univ Press, 2005.
7. Mousa-Zadeh, Reza, *International Organizations*, Tehran: Mizan, Seventh Edition, 1979. (in Persian)

8. ODU Model United Nations Society. *ODUMUNC 2020 Issue Brief for the GA Third Committee, Protecting Languages and Preserving Cultures*, United Nations, 2020.
9. Rittberger, V. *International Organization: Polity, Politics and Policies*, Palgrave Macmillan, 2006.
10. Zarif, Mohammad Javad and Sayyed Mohammad Kazem Sajjad-Pour, *International Organizations*, Tehran: Mizan, First Edition, 2010. (in Persian)

Articles

11. Adami, Ali and Mahsa Nouri, "Turkish Cultural Diplomacy in Central Asia: Opportunities and Challenges Ahead", *Central Asia and Caucasus Quarterly*, Volume 19, Issue 83, 2013, pp: 1-27. (in Persian)
12. Amini, Reza, "Current Challenges of Persian Language", *Literary Research Quarterly*, Volume 14, Issue 55, 2017, pp: 9-36. (in Persian)
13. Blake, J. "Safeguarding Endangered and Indigenous Languages-How Human Rights Can Contribute to Preserving Biodiversity", *Environmental Sciences*, Volume 10, Issue 1, 2013.
14. Fouzi, Yahya and Farhanaz Nae'imi Bercheloi, "The Spread of the Persian language and the Political Challenges It Faces", *The Third International Conference on Modern Researches in Management, Economics and Humanities*, Batumi, 2016, pp: 1-12. (in Persian)
15. Ghodsi, Fazlollah, "The Status of the Persian Language in Afghanistan After the Establishment of an Independent Government", *Academy letter Quarterly*, Issue 26, 2005, pp: 117-128. (in Persian)
16. Glasze, G. "The Discursive Constitution of a World-Spanning Region and the Role of Empty Signifiers: The Case of Francophonie", *Geopolitics*, Volume 12, Issue 4, 2007, pp: 656-679.
17. Habib-Nejad Sayyed Ahmad and Zahra Danesh Nari, "Protection of linguistic rights in the practice of the European Court of Human Rights", *Administrative Law Quarterly*, Volume 6, Issue 17, 2018, pp: 155-179. (in Persian)
18. Hajian, Khadijeh, "Contexts and Potentials of Persian Language and Literature in the Regional Convergence of Countries in the Iranian Cultural Civilization Area, Case Study: Afghanistan and Tajikistan", *Asian Culture and Art Studies*, Volume 2, Issue 1, 2023. (in Persian)
19. Khodaverdi, Hassan and Yousef Shah-Mohammadi. "The Role of Culture in International Relations Theories", *International Journal of Political Science*, Volume 7, Issue 3, 2017, pp: 46-60.
20. Khodayar, Ebrahim, "Obstacles and Solutions of Persian Calligraphy, Language and Literature in the Countries of Common Civilization with Iran", *National Studies Quarterly*, Volume 19, Issue 2, 2018, pp: 3-21. (in Persian)
21. Mottaghi, Afshin, Hossein Rabi'ei, Morad Kaviani Rad and Hassan Ya'ghoub-Nia "Pathology of the Macro Policy-Making of Islamic Republic of Iran with Linguistic Territoriality in The Persian Speaking Countries of the Region", *Monthly Journal of Iranian Political Sociology*, Volume 2, Issue 4, 2019, pp: 303-326. (in Persian)
22. Osiejewicz, J. "Supranational Protection of Language Rights in Universal and European Context", *University of Zielona Góra*, 2017, pp: 43-50.
23. Ranj-Kesh, Mohammad Javad, "Applying Falker Reitberger's Theory to the Process of Forming International Organizations (Case Study; Shanghai Cooperation Organization)", *Political Geography Research Quartetly*, Volume 3, Issue 4, 2019, pp: 149-171. (in Persian)
24. Sadegh-Zadeh Vayghan, Ali, Nafiseh Sanjani and Vahid Tavasoli, "The Role of International Cultural Organizations in the Protection of Human Writings in Syria and Examining the Necessity of Forming an Association of Libraries with Islamic Manuscripts in the World", *National Archives Quarterly*, Volume 4, Issue 3, 2018, pp: 200-209. (in Persian)
25. Sanches, E. R. "The Community of Portuguese Language Speaking Countries: The Role of Language in a Globalizing World", *Atlantic Future Scientific Paper*, 2014, pp: 1-23.

26. Seyedan, Maryam, "Recommended Policies In Realm Of Persian Language", *Quarterly Journal of Strategic Studies of Public Policy*, Volume 6, Issue 21, 2016, pp: 213-227. (in Persian)
27. Weinstein, B. "Francophonie: a Language-Based Movement in World Politics", *International Organization*, Volume 30, Issue 3, 1976, pp: 485-507.
28. Yasna, Mohammad Ya'ghoub, "The Position of the Persian Language in Afghanistan", *Research Paper in Persian Language and Literature Quarterly*, Volume 20, Issue 40, 2019, pp: 181-209. (in Persian)

Thesis

29. Ali-Nejad, Somayeh, "The right to language in international law", Master's Thesis, *Shahid Ashrafi Esfahani Institute of Higher Education*, 2013. (in Persian)
30. Bahmani, Touraj, "Factors and obstacles in the development of political/economic relations between Iran and Persian-speaking countries (Tajikistan and Afghanistan) in the new millennium", Master's Thesis, *Shahid Beheshti University*, 2019. (in Persian)

Laws and Documents

31. Afghan Constitution, Ministry of Justice, Approved on 1965. (in Persian)
32. Constitution of the Islamic Republic of Iran, Islamic Council Research Center. (in Persian)
33. General Policies of the System, Approved on 1998/01/03. (in Persian)
34. Sa'adi Foundation Statutes, Supreme Council of Cultural Revolution, Approved by the Meeting 673, Dated 26/10/2019. (in Persian)
35. The Constitution of Afghanistan, Approved on 2003. (in Persian)
36. The Constitution of the Republic of Tajikistan, Approved on 1977. (in Persian)
37. The Statute of the Persian Language Development Council, Supreme Council of Cultural Revolution, Approved by One hundred and Fortieth Session, Dated 1988/02/16. (in Persian)

Websites

38. Becaard, D. S. R. and Menechelli, P. "Chinese cultural diplomacy: Instruments in china's strategy for international insertion in the 21th century", 2009. Available at <https://www.redalyc.org/journal/358/35860327006/html/>. Last Visited: 2024/03/04.
39. <https://research.ut.ac.ir/>.
40. <https://www.goethe.de>.



Original Article

A Comparative Study of the General Duties of Company Directors in Iran and UK Law

Ali Khajavi¹, Amirhossein Sa'adati Cheshm Meghan² , Mohammad Hadi Daraei³

ABSTRACT

Transparency and clarity of regulations governing the actions of economic activists are goals pursued by developing and developed countries. Achieving these goals relies on the adoption of precise and effective regulations. This article attempts to explore, with a focus on the Companies Act 2006 of the United Kingdom and the rulings of its courts, and the alignment of these provisions with the laws governing commercial companies in Iran, whether managers have duties beyond their formal responsibilities in managing the company towards stakeholders regarding the management of the company and the achievement of its goals? It should be examined whether, in addition to the formal duties specified in Iranian law in cases such as the manager's lack of effort to achieve the company's business goals or the lack of the ability required to manage the company, managers are expected to have general duties that would lead to their liability to stakeholders. Unlike the United Kingdom, Iranian laws have not explicitly and systematically addressed such duties, and the legislative focus has been on the formal duties of directors. The experience of commercial companies in Iran has shown that this lack of clarity has led to problems in the advancement of companies and the exploitation of conflicts of interest by some managers. The absence of legal requirements for individuals with specific criteria and the failure to identify key managerial responsibilities incur costs for both the company and society. This comparative article, written using a descriptive-analytical method, focuses on the obligations and duties of managers towards the company, which are sporadically mentioned in the Iranian Commercial Code without precise distinction.

KeyWords: Commercial Company Directors, Commercial law, General Duties, Companies Act 2006

How to Cite: Khajavi, Ali, Sa'adati Cheshm Meghan, Amirhossein, Daraei, Mohammad Hadi, "A Comparative Study of the General Duties of Company Directors in Iran and UK Law ", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:153-174.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234720.2677>

Received: 06/02/2024-Accepted: 31/07/2024

1. Ph.D. Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2. Ph.D. Candidate, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: saadati.amir@ut.ac.ir

3. Assistant Professor, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences & Administrative Services, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



بررسی تطبیقی وظایف عمومی مدیران شرکتهای تجاری در حقوق ایران و انگلستان

علی خواجوی^۱، امیرحسین سعادت^۲ چشمقان^۳، محمد هادی دارائی^۴

چکیده

شفافیت و صراحت مقررات حاکم بر اعمال فعالان اقتصادی از اهداف مترقی کشورهای در حال توسعه و توسعه یافته است. نیل به این اهداف در گرو تصویب مقررات دقیق و کارآمد است. در این مقاله تلاش شده با تمرکز بر قانون شرکتهای تجاری انگلستان ۲۰۰۶ و آرای دادگاههای این کشور و انطباق آن با حقوق شرکتهای تجاری در ایران دریابیم که آیا غیر از وظایف شکلی مدیر در اداره شرکت، مدیر وظایف عمومی دیگری در برابر ذی نفعان در خصوص راهبری شرکت و حصول اهداف آن دارد یا خیر. باید دید، افزون بر وظایف شکلی مندرج در قانون ایران، در خصوص مواردی چون عدم تلاش مدیر در راستای تحقق اهداف تجاری شرکت یا فقدان توانایی مورد نیاز برای راهبری شرکت برای مدیران وظایفی عمومی، که منجر به مسئولیت آنها در مقابل ذی نفعان بشود، متصور است یا خیر. برخلاف انگلستان، در قوانین ایران به صورت صریح و نظام مند به چنین وظایفی پرداخته نشده و تمرکز قانون گذار بر وظایف شکلی مدیران بوده است. تجربه شرکتهای تجاری در ایران نشان داده که این عدم صراحت باعث بروز مشکل در ارتقای شرکت و سوءاستفاده برخی مدیران از تعارض منافع شده است. عدم الزام قانونی به حضور افراد دارای معیارهای مشخص و عدم شناسایی اهم وظایف مدیران، برای شرکت و جامعه هزینه ساز است. در این مقاله تطبیقی که به روش توصیفی-تحلیلی به رشته تحریر درآمده، تمرکز بر تعهدات و وظایف مدیران در برابر شرکت است که در قانون تجارت ایران بدون تفکیک دقیق به صورت پراکنده به آنها اشاره شده است.

کلید واژگان: مدیران شرکت تجاری، حقوق تجارت، وظایف عمومی، قانون شرکتهای ۲۰۰۶.

استناد به این مقاله: خواجوی، علی، سعادت، امیرحسین، چشمقان، محمد هادی، «بررسی تطبیقی وظایف عمومی مدیران شرکتهای تجاری در حقوق ایران و انگلستان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۱۵۳-۱۷۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234720.2677>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۱۰

- سپاس فراوان از جناب آقای دکتر سعید حقانی بابت توجه بی بدیل ایشان در راستای تدوین این مقاله.

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

/ ایمیل نویسنده مسئول: saadati.amir@ut.ac.ir

۳. استادیار، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

شرکت‌های تجاری از مهم‌ترین بازیگران عرصه اقتصادی جوامع‌اند؛ از این‌رو حقوق شرکت‌های تجاری جایگاه مهمی در میان مباحث حقوق تجارت دارد و حقوق‌دانان و قانون‌گذاران کشورهای مختلف همواره برای تدوین و تحکیم نظامات حاکم بر شرکت‌های تجاری در تکاپو بوده‌اند. این امری پذیرفته‌شده است که شرکت‌های تجاری به‌مثابه موجودیت‌های اعتباری ایجاد شده به اراده اشخاص انسانی، اعتبار خود را از قانون به‌عاریت گرفته‌اند. علی‌رغم اینکه اشخاص حقوقی علی‌الاصول دارای تمام حقوق و تکالیفی که بالطبع مختص اشخاص حقیقی نیست هستند، برای انجام و استیفای این حقوق و تکالیف از وجود مدیرانی که مبرز اراده آنها بوده و راهبری امور شرکت را عهده‌دار باشند ناگزیرند (ماده ۵۸۸ و ۵۸۹ ل.ا.ق.ت ۱۳۴۷). باوجود این، نگاهی به سیر تاریخی شرکت‌های تجاری آشکار می‌کند که در ازمنه و امکانه مختلف، حسب عرف و قوانین، رویکردهای مختلفی نسبت به جایگاه مدیران، ماهیت ارتباط آنها با شرکت‌ها و حدود وظایف و مسئولیت‌هایشان اتخاذ شده است.

انگلستان به‌عنوان یکی از کشورهایی که از قدیم‌الایام توجه ویژه‌ای به تجارت داشته و نظام حقوقی این کشور به‌عنوان منشأ شکل‌گیری نظام کامن‌لا معرفی شده است، دارای مقررات ارزنده‌ای در خصوص وضعیت حقوقی حاکم بر مدیران شرکت‌های تجاری است. از مجموع وظایف نام‌برده شده مدیران در Companies Act 2006 (CA2006) در سایر پژوهش‌ها برخی از موارد آن بررسی شده که یا توجه بر نظریه‌های تجاری و راهبردی شرکت‌ها بوده یا بر ریشه‌های کامن‌لای آن وظیفه و فقدان بررسی نص‌محور بین حقوق ایران و انگلستان و توجه تطبیقی به آن وظایف به‌مثابه یک مجموعه پس از گذشت بیش از یک دهه از قانون مذکور حس می‌شد. در قوانین و دکترین حقوقی ایران عنوان وظایف مدیران عمدتاً به‌طور مستقل مورد مذاقه قرار نگرفته است. توجه جامع به وظایف عمومی مدیران آن هم با بهره‌گیری از قوانین کشورهای پیشرو در زمینه اقتصادی می‌تواند راهگشای معضلات اقتصاد و تجارت کشور باشد.

این مقاله تطبیقی، که به‌صورت توصیفی-تحلیلی نگاشته شده است، با معطوف کردن نظر بر نص قانون انگلستان و دیگر قوانین اخیرالتصویب آن کشور و مطابقت دادن آن با ظرفیت‌های قانونی داخلی، درصدد است تحلیلی از وظایف و تعهدات مدیران نسبت به شرکت به دست بدهد. در قانون تجارت ایران وظایف مدیران بیشتر به‌صورت شکلی بیان شده یا از مسئولیت آنها به جبران خسارت‌ها صحبت به میان آمده؛ درحالی‌که از وظایف ماهوی آنها در برابر شرکت صحبتی نشده است؛ در این مقاله تلاش شده تا آن وظایف ماهوی را از موادی پراکنده در قانون مدنی و تجارت برداشت کنیم و راهی برای تدوین و جمع‌آوری این وظایف در اصلاحات بعدی باز کنیم.

برای این منظور، در این پژوهش به بررسی وظایف عمومی مدیران پرداخته و حسب مورد ضمانت اجرای نقض آنها در مقایسه نظام حقوقی دو کشور تبیین می‌شود.

۱. وظایف مدیران

آنچه برای مدیران ایجاد مسئولیت می‌کند، تخطی از وظایفی است که صریحاً و ضمناً برعهده می‌گیرند. این است که ما مدیران را مسئول اداره شرکت می‌دانیم و بدون وجود وظیفه، مسئولیت نیز معنایی نخواهد داشت. از موارد مترقی در حقوق شرکت‌های انگلیس، ارائه فهرستی از وظایف عمومی مدیران در قوانین موضوعه است که سابقه‌ای در قانون‌گذاری این کشور نداشته است. به نظر می‌رسد سابق بر تصویب CA2006 شناسایی وظایف مدیران در گرو

بررسی قواعد کامن‌لا و انصاف بوده است. نوآوری مهم CA2006 این است که قواعد ایجادشده توسط دادگاه‌ها و وظایف مستخرج مدیران از آنها را، که تحت عنوان وظایف امانی^۱ یاد شده، به رشته تقنین درآورده است.^۲ ممکن است دلیل این امر را پیچیدگی و پراکندگی اصول و قواعد مذکور تلقی کرد. گرچه پایه و اساس این مواد قانونی مطابق ماده ۱۷۰ همان مقررات کامن‌لا و انصاف است، مزیت قانون‌گذاری در این خصوص، شفافیت مقررات ناظر بر عملکرد مدیران بوده و موارد مسئولیت‌زا برای مدیران و ذی‌نفعان به‌صورت شفافی معین و مدون شده و در دسترس همگان قرار گرفته است. نتیجه شیوه قانون‌گذار انگلستان این است که مدیران و اشخاص ذی‌نفع را برای تشخیص چهارچوب وظایف از مراجعه به آرای دادگاه‌ها و تفسیر و تحلیل آنها تا حدودی بی‌نیاز کرده است. البته ریشه‌های قواعد و عواقب نقض این تعهدات مطابق ماده ۱۷۸ CA2006 کماکان تابع مقررات کامن‌لا و وظیفه امانی مدیران است که خود از قواعد مبتنی بر کامن‌لا و انصاف است و باید آن را خارج از متن قانون مذکور جست‌وجو کرد. گفتنی است که برای عبارت وظایف عمومی در قانون انگلستان و در دیگر متون دکترین حقوق شرکت‌های انگلستان تعریف جامع و مانعی نشده است و صرفاً مصادیق قانونی و کامن‌لایی را برای آن برشمرده‌اند. همچنین حسب قانون در کنار وظایف عمومی، وظایف دیگری تعریف نشده است.^۳ باری، به نظر می‌رسد مقنن انگلستان به وظایف و مسئولیت‌های قراردادی و اساسنامه‌ای نیز نظر داشته است که تحت عنوان وظایف شکلی از آنها یاد می‌کنیم (وظایف ماهوی در مفهوم وظایف عمومی و بیش از آن در برابر تصمیمات اداری مدیران است که آنها را وظایف شکلی می‌دانیم). هرچند در ادبیات این بحث، اهل نظر از وجود تقسیم‌بندی‌ای در مقابل وظایف عمومی (وظایف عام/خاص)، بدون تعریف وظایف خاص سخن به میان آوردند؛^۴ با مراجعه به منابع مربوطه چنین تقسیم‌بندی‌ای در بسیاری از کتب مرجع مدنظر نبوده و در یکی از منابع،^۵ تحت عنوان وظایف و مسئولیت‌های خاص،^۶ طرح شده که در آنجا نیز مفهوم به مصادیق تعریف شده است. یعنی مواردی که در فصل‌های سوم تا هفتم بخش دهم قانون در خصوص موضوعاتی چون اعلام منافع در معاملات و تراکنش‌های موجود، معاملات نیازمند تأیید اعضا، قرارداد خدمت مدیران و مسئولیت‌های آنها و... طرح شده، ذیل عنوان وظایف خاص در منبع مذکور گردآوری شده است. وظایف عمومی مدیران در مواد ۱۷۰ تا ۱۷۸ این قانون مورد تصریح قرار گرفته است. در بخش بعد به بررسی این موارد می‌پردازیم.

از آنجا که وظایف و مسئولیت مدیران در حقوق ایران به‌نوعی برگرفته از حقوق فرانسه است، اشاره‌ای مختصر به نظریه نوین «نفع شرکتی»^۷ در حقوق فرانسه ضروری است. باوجود اینکه «نفع شرکتی» در قوانین فرانسه تعریف نشده است، برخی حقوق‌دانان از نفع شرکتی به‌عنوان «قطب‌نما»^۸ شرکت‌ها و به‌طور خاص قطب‌نمای اقدامات مدیران یاد کرده‌اند.

^۱ Fiduciary duties

^۲ Sheikh, Saleem. *A Guide to The Companies Act 2006*, London: Routledge-Cavendish, First Edition, 2008, P 371.

^۳ Hannigan, Brenda. *Company Law*, London: Oxford University Press, Fourth Edition, 2015, P 176; Girvin, Stephen. *Charlesworth's Company Law*, London: Sweet & Maxwell, 18th Edition 2010, P 320.

^۴ پوررضایی، علی، علی غریبه و حسن پاشازاده، «قاعده‌گذاری و اهداف آن در قلمروی وظایف عام مدیران شرکت‌های سهامی (مطالعه در حقوق ایران و انگلیس)»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۱۱، شماره ۴۳، ۱۴۰۲، ص ۱۵۶.

^۵ Sheikh, Op. Cit., P 438.

^۶ Specific Duties and Liabilities

^۷ L'intérêt social

^۸ Pirovano, Antoine. "La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?", *Recueil Dalloz*, Numéro 23-24, 1997, p: 189

برخی آن را به عنوان «هنجاری برتر»، که دست‌اندرکاران شرکت باید از آن تبعیت کنند،^۱ معرفی کرده‌اند. شاید باتوجه به تعاریف فوق بتوان در راستای نظریه مذکور، بستری برای وظایف عمومی موضوع حقوق انگلستان، در حقوق ایران فراهم کرد. برخی دیگر از نفع شرکتی خوانشی دوجوهی، یعنی خوانشی قراردادی یا نهادی^۲ داشتند. به این صورت که در مفهوم قراردادی نفع شرکتی از قرارداد فی‌مابین شرکا سرچشمه گرفته است که در واقع بازگشتی دارد به منافع شخص شرکا؛ چراکه در اصل، شرکت در راستای منافع آنها ایجاد شده است، اما در خوانش نهادی، نفع شرکت در ارتباط با خود شخصیت شرکت و کارکرد آن است. به عبارت دیگر، از آنجایی که شرکت واجد دارایی‌ها مستقل از شرکاست و این استقلال نشئت‌گرفته از تمایز میان شخصیت شرکا و شخصیت حقوقی شرکت است، می‌توان این نتیجه را استنباط کرد که نفع شرکت مفهومی وسیع‌تر از نفع شرکاست.^۳

وظایف مدیران در معنای فوق در قانون تجارت ایران، چنانچه خواهد آمد، در مقررات پراکنده‌ای بدون تجمیع موارد ذیل عنوانی خاص، تلویحاً بیان شده است؛ اما بروز این وظایف را به‌نحو خاصی می‌توان در دستورالعمل حاکمیت شرکتی ناشران ثبت شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار مصوب ۱۴۰۱ دید که در مواد مختلفی به بحث وظایف مدیران از جنس همان وظایف مطروحه در CA2006 پرداخته است که به فراخور موضوع بررسی می‌شود. اما نکته مهم آنجاست که در دستورالعمل حاکمیت شرکتی ایران وظایفی مانند مسئولیت‌پذیری، برخورداری از تحصیلات، مهارت و تجربه در زمینه مرتبط هیچ مبنا و ریشه‌ای به نحو صریح در قوانین تجاری ایران نداشته است. درحالی‌که وظایف در مقررات حاکمیت شرکتی انگلستان مصوب ۲۰۱۸ بر مبنای CA2006 تدوین شده و با سیر منطقی، ابتدا با بیان در قانون تجارت و سپس با انعکاس آن در مقررات حاکمیت شرکتی به سازوکار حقوقی کنونی رسیده و حال اینکه در حقوق ایران، وظایف مذکور بدون تجربه سیر تطوری خود در قوانین تجاری، ابتدائاً در دستورالعمل مذکور تدوین شدند. این شکل از بیان وظایف عمومی، شمول آن را نسبت به شرکت‌های غیربورسی ممکن نمی‌سازد، مبنای الزام‌آوری کافی ندارد و سیر منطقی خود را از دکترین و مقررات عام تجاری طی نکرده است. هرچند می‌تواند این اتفاق خود سرمنشأ تغییرات و تعمق در دکترین و مقررات باشد. از سمت دیگر، با توجه به مفاهیم تعریف‌شده در ماده ۳ دستورالعمل حاکمیت شرکتی مانند مسئولیت‌پذیری هیئت‌مدیره در برابر ذی‌نفعان و رعایت حقوق آنان، که با توجه به صراحت ماده اشخاص متفاوتی از شرکت و سهام‌داران آن هستند، می‌توان توجه به تئوری نفع شرکتی را در نظر تنظیم‌کنندگان دستورالعمل دید. با توجه به بند ۴ ماده ۳ دستورالعمل، که هدف حاکمیت شرکتی را به‌نحو کمک و انگیزه‌دهی به سراسر زنجیره سرمایه‌گذاری دانسته و در راستای ماده ۵ رعایت اخلاق سازمانی در شرکت، گویا مقررگذار نفعی فراتر از نفع خود شرکت و سهام‌داران را در نظر داشته و بستر مناسبی برای طرح ریزی نظریه نفع شرکتی به‌وجود آورده، سابقاً حتی با توجه به مقررات موجود قانون تجارت نیز از سمت دکترین، در حقوق ایران امکان بسترسازی برای نظریه مذکور بدون محدود کردن آن به بحث

¹. Bennini, Aïda. "Le voile de l'intérêt social", Thèse de doctorat, Université de Cergy Pontoise, 2010. Quoted From: Segrestin, Blanche. *Intérêt Social et Objet Social, ou Comment Renouveler une Convention D'entreprise*, Mines Paris : Université PSL, 2016; Batifoulie Philippe, Franck Bessis, Ariane Ghirardello, Guillemette de Larquier et Delphine Remillon (dir.). *Dictionnaire des conventions. Autour des travaux d'Olivier Favereau*, Presses Universitaires du Septentrion, 2010, P 174.

². Cass., com., 18 avril 1961 : JCP 1961, 12164, note D.B. relatif à l'abus de majorité.

³. Guezal-Kerdavid, Alan, "La protection de l'intérêt social à l'aune de ses sanctions", Mémoire de master, l'université de Nantes, 2022, P 3.

⁴. Corporate governance

حاکمیت شرکتی نیز پیش‌بینی شده بود.^۱

۱.۱. وظیفه به اقدام در حدود اختیارات

مطابق ماده ۱۷۱ CA2006، اقدام در حدود اختیارات یعنی اولاً اقدام مطابق اساسنامه شرکت و ثانیاً برای اهدافی که در راستای آنها اختیار به مدیران تفویض شده است. به این معنا که منشأ اختیارات مدیران، اساسنامه شرکت و قانون است. البته اساسنامه در این ماده مطابق ماده ۱۷ CA2006 اعم از موارد مندرج در شرکت‌نامه و نتایج جلسات مجامع عمومی است که بر اساسنامه تأثیرگذار است و مطابق ماده ۲۹ همان قانون تصمیمات و توافقاتی را، که برای تمام اعضا، اعم از آنهایی که موافق یا مخالف تصمیم بوده‌اند، لازم‌الاتباع است، شامل می‌شود. اختیار اداره امور شرکت برای مدیران، که منجر به وظیفه به اقدام در حدود اختیارات می‌شود، ناشی از اصل تفکیک قوا میان اعضا و مدیران است.^۲ این اصل در پرونده *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd*^۳ مورد شناسایی قرار گرفته است. قاضی در آن پرونده اظهار داشت که ممکن است تصمیم مدیران مطابق میل اکثریت سهام‌داران نباشد و آنها نمی‌توانند تا زمانی که مدیر در مقام تصدی قرار دارد، در اعمال اختیارات اساسنامه‌ای توسط مدیران مداخله کنند، جز در موارد استثنایی. مثلاً ماده ۲۳۹ قانون فوق‌الذکر که برای اعضا مجمع صلاحیت تأیید برخی افعال مدیر را، که به مثابه نقض وظایف یا اهمال و... هستند، شناسایی کرده است. ریشه این مقرر را باید در همان قاعده ارتباط امانی مدیران با شرکت جست‌وجو کرد. از این رو به نظر می‌رسد این تأیید در واقع رها ساختن مدیر از مسئولیتی است که در نتیجه تعهد به ارتباط امانی با شرکت می‌شود.^۴ با این همه، مطابق ماده ۱۶۸ این قانون، اعضا به مثابه رکنی جدای از مدیران توانایی که اجازه مداخله در مدیریت شرکت را ندارند و صرفاً می‌توانند در نشست معمول مجمع تصمیم به عزل یک فرد از مقام مدیریت را اتخاذ کنند. علاوه بر این، مطابق بند بعدی ماده ۱۷۱، بر مدیر است که اختیارات خود را در راستای اهداف مناسب به کار ببندد. این مقرر نیز ریشه در قاعده اهداف درست^۵ دارد که از قواعد کامن‌لا و اصول انصاف وام گرفته شده است.^۶ در پرونده *Eclairs Group Ltd v JKC Oil & Gas Plc*^۷ با اینکه عملکرد مدیران در چهارچوب اختیارات اساسنامه‌ای آنها بود، چون برای هدف نادرستی انجام گرفته بود، توسط دادگاه باطل شد. از این رو اقدام در حدود اختیارات با اهداف نادرست مثابه خروج از حدود اختیارات تلقی می‌شود. با وجود بحث پیرامون تعیین چهارچوب اهداف درست، در رأی *Extrasure Travel Insurances Ltd v Scattergood*^۸ چنین اظهار نظر شد که برای تعیین این چهارچوب ضابطه‌ای عینی مورد نیاز است که باید در هر مورد اعمال و عمل مورد نظر باید مطابق واقعیات و اساسنامه شرکت در چهار مرحله آزموده شود:

۱. حقانی، سعید، *شناسایی و مقابله با تقلب شرکا در تصمیم سازی مجامع عمومی شرکت‌های تجاری*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷، ص ۲۲۰-۲۲۱ و ۲۳۰.

۲. Aldahmash, Abdollah Nasser. "Powers, duties, and liabilities of company directors: A comparative study of the law and practice in the UK and Saudi Arabia", PhD Thesis, Lancaster University, 2020, P 54.

۳. (1974) A.C. 821.

۴. Payne, Jennifer. "A Re-Examination of Ratification", *Cambridge Law Journal*, Volume 58, Issue 3, 1999, p: 617.

۵. Proper Purpose Rule

۶. Langford, Rosmary Teele. And Ian M. Ramsay. "The Proper Purpose Rule as a Constraint on Directors' Autonomy – Eclairs Group Limited v JKC Oil & Gas plc", *Modern Law Review*, Volume 80, Issue 1, 2017, PP 110-120.

۷. (2015) UKSC 71.

۸. (2003) 1 BCLC 598.

(الف) اختیاری که اعمال شده شناسایی شود، (ب) شناسایی هدف درستی که اختیار در راستای آن به مدیر اعطا شده است، (ج) شناسایی هدف اصلی که اختیار فی الواقع در راستای آن اعمال شده است، (د) تصمیم‌گیری در خصوص درست یا نادرست بودن هدف.

در این پرونده قاضی با بیان اینکه علیرغم عمل در حدود اختیارات، هدف درستی که اختیار در راستای آن تفویض شده بود با هدفی که واقعاً خوانده در راستای آن اختیارش را اعمال کرده بود تفاوت داشت، هدف وی را نادرست تشخیص داد.^۱

در حقوق ایران تعیین موضوع شرکت الزامی است؛ زیرا تشکیل شرکت تجاری در زمره عقود است و طبق ماده ۲۱۶ ق.م. موضوع آن باید معلوم باشد. در ماده ۸ ل.ا.ق.ت در شرکت‌های سهامی عام به لزوم تعیین موضوع شرکت در اساسنامه اشاره شده است. در خصوص دیگر شرکت‌های تجاری هم بند ۸ ماده ۶ نظام‌نامه اجرای قانون ثبت شرکت از لزوم مشخص بودن موضوع همه شرکت‌ها صحبت به میان آمده است. از همین رو، در ماده ۱۴۲ ل.ا.ق.ت نیز به نحو موسعی هرگونه رفتار مخالف با مقررات قانونی، اساسنامه شرکت و یا مصوبات مجمع عمومی را موجب مسئولیت مدیران می‌داند. نکته مهم در ماده ۱۴۲ شناسایی مسئولیت برای مدیران شرکت در مقابل اشخاص ثالث فارغ از مسئولیت آنان در برابر خود شرکت است که نشان‌دهنده نگاه جامع‌تر قانون‌گذار به حقوق اشخاص ثالث و گسترش محدوده مسئولیت مدیران است که با تئوری‌های جدید نفع شرکتی در حقوق فرانسه و تئوری ذی‌نفعان^۲ نیز می‌تواند همخوانی داشته باشد و با به‌کارگیری اسلوب آن نظریات می‌توان مقررات کهنه قانون تجارت را تفسیر نوینی کرد.

اختیارات در حقوق ایران ذیل مبحث اهلیت تمتع و استیفا بحث می‌شود. در بررسی حدود اختیارات شرکت باید ابتدا اهلیت شرکت را بشناسیم تا حدود توان او را در اعطای اختیار به مدیران دریابیم. اهلیت شرکت‌های تجاری مطلق نیست؛ یعنی محدود به موضوع مندرج در اساسنامه آنهاست که توسط نهاد اجراکننده (مدیران) در حدود اختیارات خود اجرا کرده باشد.^۳ درباره اینکه آیا شرکت‌های تجاری در انجام امور خارج از موضوع خود اهلیت دارند یا خیر در حقوق ایران اختلاف نظر هست. نظر مشهور در بین حقوقدانان اهلیت شرکت تجاری صرفاً در حدود موضوع آن است.^۴ برخی دیگر به عام بودن اهلیت شرکت تجاری قائل‌اند.^۵ در ماده ۱۱۸ ل.ا.ق.ت از محدودیت اختیارات مدیران صحبت شده است که باید در حدود موضوع شرکت باشد. با توجه به ظاهر قانون، شرکت می‌تواند به خارج از موضوع بودن معاملات مدیران حتی در برابر اشخاص ثالث هم استناد کند و این امور را خارج از اختیارات مدیرانش بداند و به نظر می‌رسد بر مبنای قواعد وکالت و بحث عدم اهلیت شرکت باید قائل به بطلان اقدامات شد؛ اما نگارنده معتقد است که بستر تجارت جایگاه تحلیل روابط وکیل و موکل و بطلان ناشی از عدم تنفیذ اقدامات مدیران نیست؛ زیرا خوانش‌های این‌چنینی از مواد حقوق ثالث را می‌تواند مورد مخاطرات جدی قرار دهد. هرچند حقوق اشخاص ثالث با این نظر تضعیف می‌شود و قانون فرانسه از سال ۱۹۶۸ قاعده محدودیت به موضوع شرکت اختیارات مدیران را حذف کرده است، همچنان قانون تجارت ما با همان قواعد

^۱. Dignam, Alam. And John P. Lowry. *Company Law*, Hampshire: Oxford University Press, Seventh Edition, 2012, P 345.

^۲. Stakeholder Value

^۳. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری*، جلد ۱، تهران: سمت، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۹۶، ص ۶۴.

^۴. صفار، محمدجواد، *شخصیت حقوقی*، تهران: بهنامی، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۳۶۲؛ عیسائی تفرشی، محمد، *حقوق شرکت‌های تجاری*، جلد ۱، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۱۳۱.

^۵. کاویانی، کوروش، *حقوق شرکت‌های تجاری*، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۵، ص ۱۲۲.

کهنه قانون فرانسه به کار خود ادامه می‌دهد.^۱ قسمت دوم ماده از محدودیت‌های قراردادی صحبت می‌شود که در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد، اما برابر شرکت و صاحبان سهام محل ایجاد مسئولیت است. طبق ظاهر، ماده ۱۱۸ شامل مسئولیت مدیرعامل نمی‌شود و عده‌ای از اساتید حقوق این نظر را برگزیدند.^۲ اما این‌گونه ایجاد تفاوت میان مدیرعامل و هیئت‌مدیره پسندیده نیست؛ زیرا نباید از اشخاص ثالث تسلط کامل نسبت به اساسنامه شرکت توقع داشت. بر همین مبنا در رأیی از شعبه ۳ دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۷۰/۱۱/۸ ماده ۱۱۸ ل.ا.ق.ت را به مسئولیت‌های مدیرعامل هم تسری داده برخی دیگر از اساتید هم از عدم قابلیت استناد به محدودیت‌های مندرج در اساسنامه نسبت به مدیرعامل در برابر ثالث صحبت کرده‌اند،^۳ اما ظاهر ماده ۱۲۵ ل.ا.ق.ت چنین برداشتی را از اطلاق ماده ۱۱۸ مذکور دشوار کرده است و ناچار از پذیرش تفسیر مضر به ثالثی هستیم که سال‌ها قبل در قوانین تجارت دیگر کشورها متروک شده و مقنن از حقوق ثالث در برابر محدودیت‌های اساسنامه‌ای و موضوعی شرکت دفاع کرده است (۴۰ CA2006). این مواد مشکل‌آفرین به همین‌جا ختم نمی‌شوند و درباره مسئولیت مدیران در سایر شرکت‌های تجاری نیز دیده می‌شود. مستنبط از ماده ۵۱ قانون تجارت در خصوص شرکت‌های سهامی سابق، که رابطه مدیر و شرکت را مانند وکیل و موکل می‌داند و با این رویکرد و سکوت مقنن در دیگر مواد شرکت‌های تجاری به نظر می‌رسد، باید احکام وکالت را بر روابط مدیر در تمامی شرکت‌ها جاری کرد و خروج مدیران از محدوده اختیارات را مانع مسئولیت شرکت دانست. در تقویت این عقیده، نظر به ماده ۱۰۵ ل.ا.ق.ت، محدودیت‌های اساسنامه‌ای را هم از استثنائات اختیارات مدیران دانسته و اگر اقدامی از سوی مدیران برخلاف اساسنامه باشد، شرکت مسئول آن معاملات نیست و آن شخص فقط می‌تواند به همان مدیران رجوع کند. حدود اختیارات مدیرعامل را هیئت‌مدیره مشخص می‌کند و به‌علت تفوق مجمع عمومی نسبت به هیئت‌مدیره، مجمع عمومی هم توان تعیین اختیارات را دارد؛ اما اگر این اختیارات در اساسنامه آمده باشد، اختیار تغییر آن با مجمع عمومی فوق‌العاده است.

۱.۲. وظیفه ارتقای موفقیت شرکت

در بند اول ماده ۱۷۲ CA2006 مدیران موظف شده‌اند تا در اقدامات خود با حسن‌نیت، ارتقای موفقیت شرکت در راستای منفعت اعضا به‌مثابه یک مجموعه را لحاظ کنند. به عبارت دیگر، این وظیفه بیش از آنکه نسبت به خود سهام‌داران باشد، به شرکت به‌عنوان نهاد حقوقی مجزاست. در این مفهوم نه‌فقط منفعت سهام‌داران کنونی، بلکه کسانی که در آینده سهام‌دار شرکت می‌شوند نیز مورد توجه قرار می‌گیرد. در ادامه این بند مؤلفه‌های لازم برای تطابق اقدام مدیر با این ماده را به صورت غیرحصری بیان می‌کند:

الف) آثار احتمالی هر تصمیم در طولانی مدت؛

ب) منافع مستخدمین شرکت؛

پ) نیاز به تقویت روابط کاری شرکت با تأمین‌گندگان، مشتریان و سایرین؛

ت) تأثیر اعمال شرکت بر جامعه و محیط؛

^۱ Fauchon, A., & Merle, P. (2010). *Droit commercial: Sociétés commerciales* (14th ed.). Dalloz. ISBN 9782247102440 no. 403. Hamel, J., & Lagarde, G. (1954–1966). *Traité de droit commercial: Tome I*. Paris: Dalloz. No. 1671.

^۲ اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری*، جلد ۲، پیشین، ص ۱۹۲.

^۳ کیانی، کریم، *حقوق بازرگانی*، تهران: کتابخانه دانشگاه تهران، ۱۳۴۹، ص ۱۵۹.

ث) مطلوبیت شرکت با حفظ شهرت شرکت برای استانداردهای بالا و رفتار حرفه‌ای؛

ج) رفتار عادلانه میان سهام‌داران.

نکته شایان ذکر اینکه اقدام با حسن‌نیت در راستای منافع شرکت از اوصاف امانی مدیر شرکت است و از این حیث مفهوم جدیدی نیست؛ چنانچه در پرونده ^۱ Mutual Life Insurance Co of New York v Rank Organisation Ltd استدلال شده بود، اختیاراتی که به واسطه اسناد اساسی شرکت به مدیران اعطا شده، اولاً باید با مدنظر قرار دادن حسن‌نیت و در راستای منافع شرکت باشد و ثانیاً با رعایت عدالت میان سهام‌داران اعمال شود. باوجود این، بند اول ماده ۱۷۲ مفاهیم جدیدی را وارد حوزه قانون‌گذاری کرده است. مثلاً موفقیت شرکت،^۲ که وظیفه‌ای است که این ماده با تصریح بر ملاحظه منافع ذی‌نفعان غیرسهام‌دار^۳ بر دوش مدیران می‌گذارد، از این مفاهیم جدید است^۴ که از مفهوم وظیفه امانی صرف فراتر می‌رود. ریشه‌های این تغییرات را باید در رویکرد قانون‌گذار نسبت به مقوله راهبری شرکت^۵ جست‌وجو کرد که از مجال این نوشتار خارج است. عجالتاً باید گفت از میان نظریات ارائه شده، یعنی «تفوق سهام‌داران»^۶، «ذی‌نفعان شرکت»^۷ و «افزایش ارزش سهام سهام‌داران»^۸ نظریه مختار کمیته بازنگری قانون شرکت‌ها،^۹ نظریه اخیر است.

به عقیده نویسندگان، گرچه مستقیماً به این مفهوم در ماده اشاره نشده است، در نظر گرفتن فهرست مؤلفه‌هایی که در بند اول ارائه شده، به‌طور ضمنی دربردارنده مفهوم افزایش ارزش سهام سهام‌داران است.^{۱۰}

سؤالی که باید کرد، این است که معیار رعایت حسن‌نیت در نظر قانون و دادگاه‌ها چیست و در چه صورتی مدیر را برای نقض این وظیفه مسئول خواهند دانست. در ^{۱۱} Charterbridge Corp v Lloyd's Bank Ltd دادگاه با اتخاذ رویکردی نوعی اظهار داشت که باید دید، فردی آگاه و صادق در جایگاه آن مدیر، با در نظر گرفتن اوضاع احوال، منطقاً می‌توانست اعتقاد داشته باشد که اقدام در راستای منافع شرکت است یا خیر. بنابراین اگر مبنایی منطقی وجود نداشته باشد که مدیر اعمالی را که خلاف منافع شرکت بوده با اعتقاد به منفعت داشتن آنها انجام داده، وی مسئول است. در پرونده ^{۱۲} Regentcrest Plc v Cohen که قبل از تصویب CA2006 رسیدگی شده بود، معیار اینکه عمل نوعاً با حسن‌نیت و در راستای منافع شرکت تلقی می‌شود یا خیر اظهار شد که باید دید، آیا مدیر صادقانه معتقد بوده است که عملش در راستای منافع شرکت است یا خیر. به دیگر سخن، از نظر دادگاه، مسئله مهم برای تصمیم‌گیری ذهنیت

^۱. (1985), BCLC 11

^۲. the success of the company

^۳. برای مثال محیط و جامعه در بند اول و طلبکاران شرکت در بند سوم ماده ۱۷۲.

^۴. Keay, Andrew. *The enlightened shareholder value principle and corporate governance*, New York: Routledge, First Edition, 2014, PP 82-86.

^۵. Corporate governance

^۶. The Shareholder Primacy Theory

^۷. Stakeholder Theory

^۸. Enlightened Shareholder Value (ESV)

^۹. Company Law Review (CLR)

گروه راهبری بررسی قانون شرکت که توسط وزارت تجارت و صنعت در سال ۱۹۹۸ ایجاد شد تا چگونگی مدرن شدن قانون مادر حاکم بر شرکت‌ها و ارائه چارچوبی ساده، کارآمد و مقرون‌به‌صرفه را برای تجارت بریتانیا در قرن بیست و یکم بررسی کند.

UK Public General Acts 2006 c. 46 Explanatory Notes

^{۱۰}. Dignam Op. Cit., P 351.

^{۱۱}. (1970) Ch. 62.

^{۱۲}. (2001) 2 BCLC 80.

مدیر بوده است. در پرونده GHLM Trading Ltd v Maroo^۱ که بعد از تصویب CA2006 رسیدگی شد، نیز مقام رسیدگی‌کننده اهمیت ذهنیت شخص مدیر را در خصوص عمل خاطرنشان کرد. با توجه به آرای مذکور، به نظر می‌رسد معیار شخصی امروزه نزد دادگاه‌های انگلستان رویکرد منطقی‌تری تلقی شده و در صورتی که اثبات شود مدیر موارد ماده ۱۷۲ و سایر شرایط را در هر مورد مد نظر داشته است، نمی‌توان وی را مسئول دانست. بند دوم ماده ۱۷۲ اشعار می‌دارد که اگر اهداف شرکت یا به بیان دیگر موضوع شرکت امور غیرانتفاعی یا چنین مواردی باشد، در بررسی مقوله موفقیت شرکت باید حصول به این اهداف را مدنظر قرارداد. در بند سوم به در نظر گرفتن منافع طلبکاران شرکت اشاره شده که در بحث ورشکستگی بیش از هر زمانی مطرح است. سابق بر این قانون نیز طلبکاران شرکت ورشکسته از طریق مقررات ورشکستگی قابلیت اعمال قدرت در خصوص دارایی‌های شرکت و نه شرکا را داشته‌اند و تصریح ماده ۱۷۲ صرفاً در راستای شفاف‌سازی هرچه بیشتر این مسئله است که در فرض ورشکستگی، تمرکز وظایف مدیر باید بر منافع طلبکاران باشد نه شرکت.^۲

وظیفه تلاش مدیر در زمینه ارتقای موفقیت شرکت در حقوق ایران به صورت دقیق از سوی قانون‌گذار تصریح نشده؛ اگرچه در قانون انگلستان معیار تشخیص انجام این وظیفه از سوی مدیر حضور حسن‌نیت در تصمیم‌گیری برای اقدامات آنهاست، با رجوع به قواعد عام، دو بستر حقوقی برای پذیرش وجود این شرط داریم: نخست رعایت مصلحت و غبطه شرکت که با پذیرش نظریه نمایندگی در مدیریت شرکت تجاری در متون فقهی به لزوم کسب منفعت در رعایت مصلحت اشاره شده،^۳ دوم می‌توان با توجه به عرف تجاری و شرایط و علت وجودی مدیر، وجود شرط ضمنی ارتقای شرکت را مدنظر قرار داد؛ زیرا دور از ذهن است که شرکا و اعضای هیئت‌مدیره باقی‌ماندن در شرایط کنونی شرکت یا پسرقت شرکت را مدنظر قرار داده باشند؛ مگر در خصوص مدیران تصفیه که واضح است علت حضور آن افراد تصفیه اموال شرکت است نه چیزی بیشتر از آن؛ اما در خصوص شرکت‌های سهامی، به علت پذیرش نظریه رکنیت مدیران شرکت، این دو استدلال پیش‌گفته مجرا نیست. به نظر می‌رسد در خصوص ضمانت اجرای نقض این وظیفه از سوی مدیران شرکت سهامی ضمانت اجرایی وجود ندارد.^۴ البته می‌توان از ماده ۱۴۳ ل.ا.ق.ت استنباط کرد که مدیر موظف به رعایت مصلحت شرکت است؛ اما به علت حصری بودن موارد مندرج در ماده، چنین توسعه‌ای دور از نظر است. در مقررات دستورالعمل حاکمیت شرکتی در ماده ۱۵، لزوم بررسی اثربخشی اقدامات هیئت‌مدیره و مدیرعامل در کمیته‌های تخصصی و ارائه مستندات در خصوص وظیفه مذکور به مجمع عمومی پیش‌بینی شده که به نحو تضمینی دلالت بر وظیفه مدیران به تلاش در راستای موفقیت شرکت دارد که طبق دستورالعمل ناشران ثبت شده نزد سازمان بورس به رعایت آن مکلف‌اند. هرچند مقرر مذکور فقط نسبت به این گروه خاص از شرکت‌ها الزام‌آوری دارد و تمامی شرکت‌های تجاری را دربر نمی‌گیرد، برداشت فوق در مقرر حاکمیت شرکتی نشان‌دهنده بروز تئوری نفع شرکتی در مصوبات اخیر تجاری است که این مهم احتمال بهره‌گرفتن از تئوری مذکور در راستای وظایف تشریح شده تقویت می‌کند.

^۱. (2012) EWHC 61 (Ch)

^۲. Wild, Charles. And Stuart Weinstein. *Smith and Keenan's Company Law*, 15th Edition, Hampshire: Pearson Longman, 2011, P 388.

^۳. عاملی، سید محمدجواد، محمد حسینی و محمد باقر خالصی، *مفتاح الکراره فی شرح قواعد العلامه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۹۷، ص ۴۲۳.

^۴. عیسائی تفرشی، محمد، حبیب رمضانی آکردی و حمیدرضا عباسی منش، «ارتقای موفقیت شرکت؛ وظیفه‌ای برای مدیران (مطالعه در حقوق ایران و انگلیس)»، *پرونده‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۱۹، شماره ۴، ۱۳۹۴، ص ۱۴۷.

۱.۳. وظیفه استقلال در تصمیم‌گیری

ماده ۱۷۳ CA2006 مدیران را موظف کرده است که حسب قضاوت مستقل خود اقدام کنند. سپس در دو بند استثنائاتی برای این وظیفه متذکر می‌شود. چنانچه تحدید اختیار مدیران در تصمیمات آتی مطابق ترتیباتی باشد که شرکت به موقع لزوم و با رعایت اختیارات موضوع اسناد اساسی شرکت وارد آنها شده باشد، این وظیفه نقض نشده است. برای مثال، انعقاد یک قرارداد خرید انحصاری یا ورود به یک قرارداد مشارکت در سرمایه‌گذاری در حدود اساسنامه. در پرونده ^۱Boulting v Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians این وظیفه، به‌عنوان یکی از وظایف امانی مطرح و استدلال شد که امین نمی‌تواند بدون توجه به وظایف امانی، به هر شکل خود را ملزم و برخلاف آنها عمل کند. از این رو، هیچ عهد و پیمانی که مدیر با ورود به آن مجبور به پیروی از دستورها دیگری یا اقدام در راستای منافع افراد دیگری بشود قانونی نخواهد بود. در پرونده ^۲Fulham Football Club Ltd v Cabra Estates plc نیز اظهار شد که اگر به‌طور کلی بپذیریم که در راستای رعایت اصل حسن‌نیت، مدیران نباید در قراردادی وارد شوند که آنها را به تحدید اختیارشان ملزم کند، این نتیجه‌گیری درستی از اصل اقدام با حسن‌نیت در راستای منافع شرکت نخواهد بود؛ زیرا گاهی چنین قراردادی اتفاقاً می‌تواند کاملاً در راستای تأمین همان منافع باشد. این استدلال‌ها در کامن‌لا زمینه‌های ورود این مقرر به CA2006 بوده است. به‌علاوه در گزارشی از مجلس اعیان در سال ۲۰۰۶^۳ در این خصوص لرد گلد اسمیت^۴ چنین بیان داشت: «این وظیفه مدیر را از دریافت و تکیه به توصیه‌های دیگران ممنوع نمی‌سازد... حتی ممکن است در بعضی مواقع بهره‌بردن از مشورت متخصصین، خود نقض وظیفه تلقی شود... البته قضاوت نهایی بر مبنای توصیه‌ها به مسئولیت خود مدیر خواهد بود. چیزی که پذیرفته نیست، سرسپاری و تبعیت بی‌چون‌وچرا از این توصیه‌ها و مواردی از این قبیل است».

در حقوق ایران هیچ‌گونه اشاره‌ای به چنین وظیفه‌ای برای مدیران نشده است.

۱.۴. وظیفه اعمال مراقبت متعارف، مهارت و کوشش

وظیفه دیگری که در ماده ۱۷۴ CA2006 به آن تصریح شده، وظیفه رعایت مراقبت متعارف،^۵ مهارت^۶ و کوشش^۷ است. طبق ماده عمل مطابق این وظیفه، یعنی اعمال مراقبت، مهارت و کوشش شخص ساعی متعارف و دارای دانش عمومی و تجربه، که منوطاً از شخصی که نقش متصدی چنین جایگاهی را انجام می‌دهد، انتظار می‌رود. چنانچه از الفاظ ماده به روشنی استنباط می‌شود، اولین معیار برای عمل موصوف به اوصاف مذکور، معیاری نوعی است. اما در جزء دوم از بند دوم این ماده دانش عمومی، مهارت و تجربه‌ای که خود شخص مدیر داراست مورد توجه قرار می‌گیرد. به این معنا که در اثبات نقض این وظیفه نزد دادگاه تجربه و تخصص شخص مدیر، در کنار ملاک‌های نوعی باید لحاظ شود. برای مثال چنانچه مدیری دارای تخصص و تجربه حقوقی باشد و در اقدامی مربوط به این حوزه دچار خطا شود، اثبات عدم تقصیر

^۱. (1963) 2 QB 606.

^۲. (1994) 1 BCLC 363.

^۳. 6 February 2006 (col 282).

^۴. Lord Goldsmith

^۵. Reasonable care

^۶. Skill

^۷. Diligence

وی نزد دادگاه دشوارتر خواهد بود. ریشه این ملاحظات دوگانه^۱ را باید در سیر تطور نگاه دادگاه‌ها و قانون‌گذار انگلیس به این وظیفه جست‌وجو کرد. چنانچه یکی از نویسندگان معتقد است، معیارهای سنجش این وظیفه در دو مرحله قابل بررسی است که مرحله اول تا قبل از سال ۱۹۸۶م، که عمدتاً توجه به معیار شخصی بوده، و مرحله دوم از این سال با تصویب قانون ورشکستگی^۲ شروع می‌شود، به‌طور جدی معیار نوعی مورد توجه مقنن و دادگاه‌ها قرار می‌گیرد.^۳ برای مثال، مطابق آنچه در پرونده Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd^۴، که معیار دادگاه صرفاً شخصی بود، اظهار شد، اولاً، انتظار از مدیر همان انتظاری است که از شخصی متعارف بآدانش و تجربه وی انتظار می‌رود (منظور میزان مراقبت، مهارت و کوششی است که باتوجه به دانش و تجربه شخصی مدیر می‌توان از او انتظار داشت). ثانیاً وظیفه مدیر حضور در جایی است که هیئت‌مدیره گه‌گاه برگزار می‌کند. بر این اساس، از نظر دادگاه، وظیفه مدیر بذل توجه مستمر و مداوم وی به امور شرکت نبود. ثالثاً در فرض نبود مواضع اتهام، مثلاً فعل مجرمانه، مدیر که منتخب اعضاست، وظایف خود را صادقانه انجام خواهد داد. چنانچه برمی‌آید، در این رسیدگی تمایز مدیر غیرموظف و موظف مدنظر قرار نگرفته بود. بر این اساس و نظر به اصل حسن‌نیت، مدیر حتی می‌توانست با اثبات بی‌اطلاعی از امور شرکت، از زیر بار مسئولیت شانه خالی کند. بعدها در پرونده Lister v Romford Ice and Cold Storage Co^۵ این مسئله مدنظر قرار گرفت که از مدیران موظف، که بنا بر تخصص یا تجربیات ویژه‌ای به استخدام شرکت درمی‌آیند، توقع رعایت استانداردهای بالاتری از وظیفه وجود دارد. با نگاهی به بند چهارم ماده ۲۱۴ IA1986 روشن می‌کند که ماده ۱۷۴ CA2006 عیناً از ضوابط همان ماده در خصوص این وظیفه مدیر پیروی کرده است. در نتیجه انتظار از یک مدیر در شرایط عادی تفاوتی با مدیر شرکتی که در آستانه ورشکستگی قرار دارد نمی‌کند. در این ماده هم به معیار شخصی توجه شده است؛ اما تفاوت اساسی نگاه قانون به معیار شخصی با نگاهی که در پرونده اول ذکر شد، این است که در پرونده مذکور، این میزان مهارت همان مدیر است که حدود معیار شخصی را تعیین می‌کند؛ اما از نگاه قانون، زمانی چنین تلقی‌ای صحیح است که انتظاری که مطابق معیار شخصی از مدیر وجود دارد، ناشی از انتظاری باشد که نوعاً از شخصی که فرضاً مهارتی ویژه دارد، انتظار برود.^۶ از آنجایی که در بسیاری از پرونده‌های دیگر برای مثال، Norman & Anor v Theodore Goddard & Ors^۷ و Re D'Jan of London Ltd^۸ بر معیار IA1986 صحت گذاشته شد، می‌توان نتیجه گرفت که رویه قضایی در این مورد با آنچه مقنن در دو قانون ۱۹۸۶ و ۲۰۰۶ مقرر کرده، همسو است. با توجه به ماده ۱۷۸ CA2006 در فرض نقض این وظیفه توسط مدیر و ورود خسارت به شرکت از این مجرا، طبیعتاً مدیر مسئولیت جبران خسارت شرکت را خواهد داشت. به نظر می‌رسد قانون‌گذار انگلستان به مسئولیت قانونی توجه داشته و الزاماتی بیشتر از افراد معقول و متعارف (در مفهوم معیار مسئولیت مدنی) را برای مدیران به اعتبار تخصص آنها پیش‌بینی کرده است.

در قوانین تجاری ایران چنین وظیفه‌ای برای مدیران پیش‌بینی نشده است و حقوق دانان زمانی که مدیر برخلاف تکالیف

^۱ Twofold

^۲ Insolvency Act 1986 (IA1986).

^۳ Aldahmash, Op. Cit., P 88

^۴ (1925) Ch 407.

^۵ (1957) 1 All ER 125.

^۶ Davies, P. L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London: Sweet & Maxwell, Sixth Edition, 1997, P 642.

^۷ (1992) B.C.C. 14.

^۸ (1993) B.C.C. 646.

عمل می‌کند، با استفاده از قواعد عام حقوقی و مسئولیت مبتنی بر تقصیر این وظیفه را مورد بررسی قرار داده‌اند.^۱ در حالی که به نظر می‌رسد باید میان رابطه جبران خسارت شرکت یا ثالث قائل به تفصیل شد؛ زیرا رابطه مدیر با شرکت به علت وجود اساسنامه و قرارداد، قراردادی و نسبت به ثالث به علت تصریح قانون مسئولیت خارج از قرارداد است. نظر برخی از اساتید هم مؤید این نظر است.^۲ در هر حال می‌توان از عمومات ماده ۱۴۲ ل.ا.ق.ت، که مدیر و مدیر عامل متخلف از مقررات و اساسنامه شرکت را مسئول خسارات می‌داند، بهره برد و نوع مسئولیت را نیز به علت عدم تصریح مقنن به تضامن در این ماده مطابق اصل نسبی دانست؛ حتی می‌توان با تفسیری موسع از ماده ۱۴۳ ل.ا.ق.ت مسئولیت تضامنی به مدیرانی بار کرد که با عدم رعایت این وظیفه شرکت را به شرایط ورشکستگی یا کافی نبودن دارایی شرکت برای تصفیه دیون رسانند؛ البته این تفاسیر موسع برای ایجاد نهاد وظایف عمومی مدیران کفایت نمی‌کند و همچنان فقدان مذکور نیاز به تصریح مقنن دارد؛ اما فارغ از مقررات قانون تجارت، در دستورالعمل حاکمیت شرکتی ۱۴۰۲، ماده ۴ اعضای هیئت مدیره و مدیرعامل برای ایفای مسئولیت خود «در راستای ضوابط و الزامات قانونی» باید دارای تحصیلات و تجربه لازم بوده و طبق تبصره ۴ همان ماده باید دارای تحصیلات و تجربه مرتبط باشند. عبارت «در راستای الزامات قانونی» ماده فوق به نظر می‌رسد که در راستای مقررات عام قانون تجارت است؛ اما استنباط چنین وظیفه‌ای از دیگر مقررات قانونی غیر از دستورالعمل مذکور تقریباً ناممکن به نظر می‌آید. در ماده ۱۶ دستورالعمل مذکور نیز به لزوم افزایش مهارت‌ها و آگاهی از سمت مدیران به نحو فعال در زمینه کسب و کار و حاکمیت شرکتی اشاره و حتی لزوم وجود آموزش کافی هم مطرح شده است؛ هر چند بیان مقررات مذکور به هر شکل در حقوق ایران قدم مثبتی محسوب می‌شود، نباید لزوم تصویب مقررات فوق به صورت جامع در خصوص تمامی شرکت‌های تجاری در قالب مقررات الزام‌آور را از نظر دور داشت.

۱.۵. وظیفه اجتناب از تعارض منافع و وظیفه افشای منفعت در معاملات و ترتیبات پیشنهاد شده

این دو وظیفه در مواد ۱۷۵ و ۱۷۷ CA2006 مقرر شده است که به دلیل ارتباط نزدیک در یک بخش مورد بررسی قرار می‌گیرد. این مقررات بازتاب این اصل پذیرفته شده نزد حقوقدانان است که مدیر یک شرکت باید حساب هر منفعت شخصی‌ای را، که در زمان اداره اموال شرکت دارد، به علاوه آنچه شامل دارایی‌های غیرمادی مانند اسرار و فرصت‌های تجاری نیز می‌شود، پس بدهد.^۳ مطابق بند اول ماده ۱۷۵، مدیر یک شرکت باید از موقعیتی که بتواند برای وی به طور مستقیم یا غیرمستقیم منفعتی متعارض با منافع شرکت داشته یا چنین احتمالی وجود داشته باشد، اجتناب کند. یعنی این وظیفه در پرونده نسبتاً قدیمی *Aberdeen Railway Co V Blaikie Bros*^۴ به عنوان وظیفه امانی مدیر به عنوان امین شرکت مطرح شده بود که بیان گر قدمت این اصل در نظام کامن‌لا است. به عقیده دادگاه در پرونده *Bristol and West Building Society v Mothew*^۵ بارزترین مشخصه تعهد امین، تعهد به وفاداری است. وفاداری هسته مرکزی وظایفی است که مدیر نسبت به شرکت دارد و از این رو است که باید با حسن نیت اقدام کند و خود را در موقعیتی قرار ندهد که وظایف

^۱ جنیدی، لیا و معصومه اکبریان طبری، «رابطه امانی مدیران در شرکت‌های سهامی: بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۷، صص ۹۲-۹۳.

^۲ صقری، محمد، *حقوق بازرگانی شرکت‌ها*، جلد ۱ و ۲، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۴۰۱، ص ۵۲۴.

^۳ Wild, Op. Cit., P 394.

^۴ (1854) 1 Macq. 461.

^۵ (1998) Ch. 1.

و منافع وی متعارض شود. بند دوم اشعار می‌دارد که مدیر نباید در جهت منافع شخصی، اموال شرکت اعم از فرصت‌ها و اطلاعات را استثمار کند؛ فارغ از اینکه خود شرکت بتواند از آنها بهره‌جوید یا خیر. به این مورد سابقاً در پرونده Industrial Development Consultants Ltd v Cooley^۱ اشاره شده بود. چنانچه در بند دوم ماده ۱۷۰ قانون فوق‌الذکر آمده، این وظیفه پس از دوران تصدی مدیر نیز ادامه خواهد داشت؛ چراکه حتی در پس از اتمام مدت تصدی ممکن است مدیر از اطلاعاتی که در زمان مدیریت به دست آورده منفعت کسب کند. در خصوص مدت باقی ماندن این وظیفه بر دوش مدیر پس از اتمام مدت تصدی، قانون تصریحی ندارد. به نظر می‌رسد تشخیص این مسئله حسب مورد برعهده دادگاه باشد. مطابق ذیل بند دوم همین ماده، ادامه یافتن این وظایف پس از اتمام دوره مدیریت مورد دیگری، که در بند هفتم ماده ۱۷۵ به آن پرداخته شده است، رقابت مدیر با شرکت است که در قالب تعارض وظایف بیان شده است. یعنی چنانچه مدیر در شرکت دیگری، که رقیب شرکت پیش‌گفته باشد، نیز متصدی جایگاه مدیریت باشد، مشمول این ماده است. در پرونده Hivac v Park Royal^۲ به این مسئله اشاره شد که مدیر نباید با شرکت خود رقابت کند. البته در تسری عدم رقابت مدیر با شرکت به دوران پس از اتمام تصدی گفته شده است که علی‌القاعده این تکلیف به به‌علت ریشه داشتن در وصف امانی رابطه مدیر با شرکت، پس از اتمام دوره تصدی خاتمه می‌یابد؛ مگر به واسطه قرارداد عدم رقابت شرکت با مدیر یا ریشه داشتن رقابت در زمان مدیریت.^۳ در بند چهارم ماده ۱۷۵ بیان شده است که اگر نوعاً محتمل نباشد که موقعیت مورد نظر منجر به تعارض منافع شود یا موضوع توسط مدیران اجازه داده شده باشد، وظیفه مذکور نقض شده تلقی نخواهد شد.

در قانون تجارت به‌صورت پراکنده مقرراتی برای مقابله با ایجاد این شرایط آمده است؛ به‌عنوان مثال اجازه معاملات مدیران با شرکت، که در بخش قبل بررسی شد، یا عدم توان دریافت وام و تضمین تعهد آنها توسط مدیران شرکت تا بستگان نسبی طبقه ۲ درجه ۱، مشابه با ماده ۱۹۷ CA2006 باطل و قابلیت دریافت ندارد؛ اما در حقوق ایران شخصیت‌های حقوقی عضو هیئت‌مدیره و بانک‌ها و شرکت‌های مالی و اعتباری از این محدودیت‌ها معاف شدند (م ۱۳۲ ل.ا.ق.ت). از دیگر زمینه‌های تعارض منافع میان مدیران و شرکت بحث انجام معاملات مشابه مدیر با شرکت که متضمن رقابت با شرکت است (م ۱۳۳ ل.ا.ق.ت). این ممنوعیت شامل اشخاص حقوقی عضو هیئت‌مدیره و هم نماینده حقیقی آن شخص حقوقی می‌شود.^۴ این معاملات بین مدیران متخلف و ثالث صحیح است؛ اما مدیران مسئول جبران خسارت شرکت هستند. این محدودیت‌ها در مواد مختلفی از قانون تجارت ایران درباره انواع شرکت‌ها تجاری به‌نحوی پیش‌بینی شده است (م ۱۳۴؛ ۱۸۹؛ ۱۷۲؛ ۱۴۴ ق.ت). در دستورالعمل حاکمیت شرکتی مصوب ۱۴۰۲ در تبصره ۲ ماده ۴، مقررات فوق در راستای جلوگیری از تعارض منافع و عدم سوءاستفاده مدیران از جایگاه خود علاوه بر منع عضویت مدیران موظف در چند شرکت، رئیس هیئت‌مدیره را نیز از عهده گرفتن سمتی دیگر در همان شرکت تحت ریاست خود منع می‌کند و مشخص نیست که چرا قانون‌گذار ممنوعیت فوق را فقط برای عضویت مدیران موظف در چند شرکت بیان کرده و آن را به مدیران غیر موظف تعمیم نداده است. در کنار ماده فوق در ماده ۷ به نحو تقریباً دقیقی معاملات مدیران

^۱. (1972) 1 WLR 443.

^۲. (1946) All ER 350.

^۳. مقدم، عیسی، «مطالعه تطبیقی رقابت مدیر شرکت تجاری با شرکت از طریق انجام معاملاتی مشابه معاملات شرکت در حقوق انگلیس و ایالات متحده آمریکا و ایران»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۳۵۵، به نقل از :

Dignam, Op. Cit., PP 374-375.

^۴. اسکینی، پیشین، ص ۱۸۳.

شرکت را، که احتمال ذی‌نفعی آنها می‌رود، در راستای کنترل تضاد منافع و منصفانه بودن معاملات، با سازوکار مفصلی مقررگذاشته و حتی مدیران ذی‌نفع در معاملات را ملزم به افشای آن معاملات نزد هیئت مدیره دانسته است. در حقوق ایران معاملات مدیران به دو بخش تقسیم می‌شوند: نخست معاملات مدیران برای شرکت؛ دوم معاملات مدیران با شرکت. قسم اول در بحث اهلیت شرکت و مدیران مطرح شد و قسم دوم را در این بخش بررسی می‌کنیم. قاعده اولیه در مورد شرکت‌های سهامی ممنوعیت معامله با شرکت از سمت مدیران به صورت مستقیم و غیرمستقیم است؛ مگر آنکه هیئت‌مدیره اجازه دهد. منظور از غیرمستقیم معاملات در قالب دلالتی یا حق‌العمل‌کاری و... است (م.۱۲۹ ل.ا.ق.ت)؛ مانند بند ۲ ماده CA2006۱۷۷ و ماده ۱۸۲ این قانون، برای معامله مدیران با شرکت در صورت اجازه هیئت‌مدیره نیز باید بازرس و در اولین مجمع عمومی سهام‌داران را از این معامله مطلع کند. افراد ذی‌نفع در جلسه تصمیم‌گیری هیئت‌مدیره و مجمع حق رأی ندارند. معاملات مدیران با شرکت شامل اشخاص حقوقی عضو هیئت‌مدیره و مدیرعامل هم می‌شود. در مواد ۱۳۰ و ۱۳۱ ل.ا.ق.ت چهار حالت برای این معاملات در نظر گرفته شده است که شرایط شکلی نحوه جبران خسارت را بیان می‌کند و فقط در صورت هم‌نظر بودن مجمع عمومی و هیئت‌مدیره این قرارداد قابلیت ابطال دارد. ابطال این دست از معاملات دارای شرایط و تشریفات خاصی است که در ماده ۱۳۱ ل.ا.ق.ت توضیح داده شده است. طبق ذیل ماده این مواد در هر صورت بطلان این معاملات در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست (۱۳۰ ل.ا.ق.ت). این مقررات فقط در شرکت‌های سهامی جاری است. در سایر شرکت‌ها با توجه به مواد ۵۱ به بعد ق.ت که در مورد شرکت‌های غیرسهامی لازم‌الاجراست و با توجه به قبول نظریه نمایندگی قراردادی در شرکت‌های غیرسهامی، در صورت معامله مدیران سایر شرکت‌های تجاری با خود در شرکت، اصل بر عدم اختیار وکیل در این معاملات است؛ زیرا شبهه عدم رعایت مصلحت موکل وجود دارد و اصل عدم اختیار جاری می‌شود؛ لکن باید این گونه معاملات را با توجه به نص قانون غیرنافذ بدانیم (وحدت ملاک ۱۰۷۲ ق.م). البته در صورت تصریح یا وجود مظنه بررسی یا قیمت مشخص، معاملات را باید صحیح دانست.

۱.۶. وظیفه عدم قبول منافع از شخص ثالث

وفق ماده ۱۷۶ CA2006، مدیر نباید به این دلیل که در جایگاه مدیر قرار دارد یا برای انجام دادن یا انجام ندادن فعلی در مقام مدیریت، هیچ منفعتی از شخص ثالث دریافت کند. مطابق بند چهارم، چنانچه این احتمال نباشد، دریافت چنین منفعتی نوعاً منجر به تعارض منافع شود، دریافت منفعت نقض این وظیفه تلقی نمی‌شود. شباهت موجود با ماده ۱۷۵ به این دلیل است که این وظیفه یکی از مؤلفه‌های قاعده وسیع‌تر عدم تعارض است که در ماده ۱۷۵ مقرر شده است.^۱ اما تفاوت تعارض مندرج در این ماده با ماده ۱۷۵ در این است که برخلاف مورد اخیر در ماده ۱۷۶ قابلیت اجازه یا تأیید چنین منفعتی برای مدیران پیش‌بینی نشده است. بنابراین اجازه کسب چنین منفعتی توسط مدیران منوط به تصمیم سهام‌داران است.^۲ مطابق بند دوم ماده اخیر، شخص ثالث شخصی خارج از شرکت است. در این ماده منافع دریافتی از شخصی، که به واسطه آن شخص ارائه خدمات مدیر به شرکت ممکن شده، از شمول وظیفه استثنا شده است. برای مثال، یک شرکت مهندسی مشاور را تصور کنید که خدمات مدیریتی به کارفرمایان ارائه می‌دهد. در تحقیقات مربوط به چنین اتهاماتی تمرکز بر این است که منفعت دریافتی مدیران دارای وصف مجرمانه بوده است یا خیر؛ اما به هر شکل برای

^۱ Dignam, Op. Cit., P 383.

^۲ Salmon, Paul. *Director's Duties and Liabilities Under Companies Act 2006*, London: Salans LLP, 2008, P 4.

شرکت ممکن خواهد بود نه فقط از طریق کیفری، بلکه از طریق دعوای حقوقی نیز ارزش منافی که مدیر به ناحق کسب کرده است، از وی بازپس بگیرد.^۱

در حقوق تجارت ایران در بحث ضمانت‌اجراهای کیفری در مواد ۲۵۳، ۲۵۸ لایحه ۱۳۴۷ به طور مطلق از سوءاستفاده از اختیارات یا اموال و اعتبارات شرکت برای مقاصد شخصی یا شرکت‌های ذی‌نفع دیگر به نحو مستقیم و غیرمستقیم سخن گفته که به علت وسعت دایره شمول ماده، شامل کسب منفعت از ثالث هم می‌شود. البته با تأکید این قید که باید این سوءاستفاده برخلاف منافع شرکت باشد. در کنار این مواد تأکید مجدد به ظرفیت ماده ۱۲۹ لایحه ۱۳۴۷ هم خالی از لطف نیست. ذیل ماده از معاملات مانند حق‌العمل‌کاری و ذی‌نفعی در معاملات سخن گفته است که می‌تواند مشمول دریافت منفعت از شخص ثالث بشود. در دستورالعمل حاکمیت شرکتی ۱۴۰۲ نیز در تبصره ۲ ماده ۷ به لزوم افشای معاملاتی که مدیران به نحو مستقیم، غیرمستقیم یا نمایندگی از سمت ثالث انجام می‌دهند، نزد هیئت‌مدیره اشاره شده است.

۱.۷. ضمانت‌اجراهای شرکت در قبال نقض وظایف مدیر

در نهایت باید گفت، چنانچه در ماده ۱۷۹ CA2006 نیز تصریح شده، ممکن است عمل به این وظایف با یکدیگر هم‌پوشانی داشته باشد؛ چراکه همگی از سرچشمه‌های مشابهی در کامن‌لا نشئت می‌گیرند. مطابق ماده ۱۷۸، ضمانت اجرای نقض این وظایف به استثنای وظیفه مراقبت که سابقاً گفته شد، همان ضمانت اجرایی است که بر نقض وظیفه معادل این تصریحات در کامن‌لا بار می‌شود که اصولاً یکی از موارد زیر خواهد بود: (۱) حکم منع مدیر از انجام یا امر به انجام فعل از طرف دادگاه. این ضمانت اجرا مخصوصاً وقتی در اولویت است که نقض در آستانه به وقوع پیوستن قرار دارد (۲). جبران خسارت، مخصوصاً وقتی تقصیری مطابق با تفصیل پیش‌گفته در نقض وظیفه مراقب به وقوع پیوسته باشد. (۳) استرداد اموال شرکت. (۴) ابطال معاملات. (۵) محاسبه و بازپس‌گیری منافع کسب شده توسط مدیر. (۶) عزل بی‌درنگ مدیر.^۲

آنچه گفته شد، ضمانت اجرای حمایتی از شرکت در برابر مدیر بود. برای جبران خسارت سهام‌داران در قانون انگلیس دعوای مشتق و در قانون تجارت ماده ۲۷۶ لایحه ۱۳۴۷ این دعوا پیش‌بینی شده که از حیطة مطالب این نوشتار خارج است. ضمانت اجراهای قانون تجارت به دو بخش جزایی و حقوقی تقسیم می‌شود. در مورد ضمانت اجراهای حقوقی باید بیان کرد که مسئولیت مدیران در دو بخش بررسی شده است: یک بخش مسئولیت مدیران در برابر شرکت و سهام‌داران و در بخش دیگر مسئولیت مدیران در برابر اشخاص ثالث که به صورت پراکنده به مسئولیت تضامنی (م ۱۴۳ ل.ا.ق.ت) یا نسبی (م ۱۴۲ ل.ا.ق.ت) آنها اشاره کرده و در اکثر موارد اقدامات آنها را صحیح، اما متضمن جبران خسارت در صورت وقوع دانسته است. در برخی موارد هم در صورت انجام تشریفات و وقوع حدنصاب قابل ابطال (م ۱۳۱ ل.ا.ق.ت) در قانون به غیر از برداشتی دشوار و دیریاب از ماده ۱۴۳، مسئولیت‌های ماهوی برای مدیر در قبال شرکت قابل فرض نیست. لازم به ذکر است که مسئولیت مذکور نیز صرفاً به دنبال جبران خسارت مالی در راستای ضرر مالی است که این ضعفی بزرگ در قبال ایجاد فضای کارآمد و آشنا کردن مدیران به وظایف غیرمالی آنها در برابر شرکت است که تا به امروز کمبود آن در قانون احساس می‌شود.

¹. Peters, Nichola. Michelle De Kluyver. and Jaya Gupta. "Addleshaw Goddard LLP", Available at: Directors' Duties: The UK Perspective - Global Investigations Review, Last Visited: (29/3/2023).

². Davies, Op. Cit., P 649.

در حقوق ایران، چنانچه گفته شد، مسئولیت مدیران در برابر شرکت و ثالث به صورت پراکنده در مواد مختلف بررسی شده و از این حیث در قانون هم‌زمان به دو مسئولیت مجزای مدیران اشاره شده است. در مواد ۱۴۲ و ۱۴۳ لایحه ۱۳۴۷ از مسئولیت‌های مدیر متخلف در برابر شرکت صحبت کرده و در واقع مسئولیت مدیران در برابر ثالث را از شرکت و سهام‌داران تفکیک کرده است. مدیران در قبال معاملات مشابه شرکت، که متضمن رقابت با شرکت باشد، در برابر شرکت مسئول‌اند (۱۳۳.ا.ق.ت) و همچنین در خصوص معامله با شرکت، حتی اگر مجوز مجمع عمومی و هیئت‌مدیره را هم دارا باشند، در صورت وقوع ضرر به شرکت هم شخص مذکور هم اشخاص اجازه‌دهنده در برابر شرکت مسئول جبران خسارت‌اند. شایان ذکر است، در دستورالعمل حاکمیت شرکتی، که پیش‌تر اشاره شد، ماده ۴۲ در راستای استقرار ضمانت اجراهای انضباطی در قبال تخلف اشخاص موضوع دستورالعمل، که مدیران شرکت‌های ناشر اوراق در بازار را نیز در بر می‌گیرد، تدوین شده است. در ماده فوق برای شرکت‌های متخلف و مدیران آنها مجازات‌های انضباطی چون تذکر و اخطار کتبی، جزای نقدی و سلب صلاحیت تصدی سمت مربوطه، به فراخور تخلف ارتكابی، پیش‌بینی شده است. کم و کیف جرمه‌های نقدی موضوع ماده ۴۲ در آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۴ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید به‌منظور تسهیل اجرایی سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۹۰/۰۸/۰۱ مقرر شده است. با این توضیح، به نظر می‌رسد مقررہ‌گذاری در حوزه حاکمیت شرکتی گامی روبه‌جلو در راستای شناسایی برخی مؤلفه‌های مورد نیاز برای مدیران بوده و تعریف برخی وظایف مضاف بر مقررات قانون تجارت در نگاه اول امری ستودنی است. لکن باید توجه داشت، اگر در مقررات حاکمیت شرکتی انگلیس در خصوص شرکت‌های بورسی سخن از وظایف مدیران به میان آمده، این مهم به همراه ارجاع و بذل توجه به مقررات مادر یعنی CA 2006 بوده و اغلب موارد بیان سازوکارهای اجرایی و شیوه‌های حصول اطمینان از این اجرای آن موارد است و این‌گونه نیست که به‌نحو ماهوی وظایف جدیدی تعریف شده باشد. به‌عکس، مقررات مندرج در دستورالعمل فوق‌الذکر نه‌فقط ریشه‌دار در قانون تجارت نبوده، بلکه از حیث ضمانت اجرا، هنوز آن صورت منقح، چنان‌که در این خصوص از مقررات قانون مادر انگلستان بررسی شد، فاصله دارد. ضمن اینکه اندراج مواد مربوط به وظایف عمومی در قانون انگلیس به‌نحوی صورت پذیرفته است که مدیران تمام شرکت‌ها را دربر گرفته است و برخلاف مقررات حاکمیت شرکتی ایران محدود به شرکت‌های بورسی نیست.

نتیجه‌گیری

در قانون تجارت سال ۱۳۱۱ برای مدیران به‌طور صریح وظایف عمومی تعریف نشده است. به‌غیر از بیان برخی از وظایف اداره شکلی شرکت و اموری از قبیل تشکیل جلسات و... هرآنچه بیان شده، بیشتر مسئولیت‌های مالی مدیران در ذیل مقرراتی است که آن هم اغلب ناشی از عدم رعایت همان وظایف شکلی است. درحالی‌که اگر پرسیده شود آیا مدیر غیرمتخصص یک شرکت تخصصی در صورت عدم تلاش در پیشبرد اهداف شرکت بدون انجام تخلفات مالی طبق قوانین تجاری ایران مسئول است، پاسخی از زبان اساتید نخواهید شنید، جز ارجاع به عمومات مسئولیت مدنی و اثبات تقصیر. هدف از تشکیل شرکت رهیافت به موضوع اصلی شرکت است و نیل به این مهم محقق نخواهد شد جز با سکان‌داری و اداره افراد متعهد و متخصص در اداره امور شرکت که به‌گونه‌ای وجود نوعی صلاحیت عمومی برای مدیران را در اصلاح قوانین می‌طلبد.

در قانون انگلستان به وظایف عمومی از جمله استقلال در تصمیم‌گیری، وجود مهارت و کوشش توجه جدی شده است که در مواد ۱۷۳ و ۱۷۴ قانون انگلیس به آن اشاره شده، اما در حقوق داخلی این مهم مسکوت مانده است و نیاز به

پیش‌بینی آن حتی در قانونی خاص برای جلوگیری از هدررفت منابع و سرمایه اقتصادی کشور لازم به نظر می‌رسد. در خصوص ارتقای موفقیت شرکت، که در ماده ۱۷۲ قانون انگلیس مورد بحث قرار گرفته است، عمومات نظریه نمایندگی و ماده ۱۴۳ ل.ا.ق.ت برای الزام مدیران به توجه به مصلحت شرکت کافی نیست. از طرف دیگر، وجود اختلاف‌نظر در بحث نمایندگی و رکنیت شرکت و مفهوم مصلحت، که آیا شامل ارتقا و کسب سود برای شرکت می‌شود یا خیر، لزوم وجود صراحت در بیان قانون‌گذار در تصویب قوانین تجاری آتی در زمینه مدیریت شرکت‌ها را می‌طلبد. سه وظیفه دیگر، یعنی اقدام در حدود اختیارات، عدم دریافت منافع از اشخاص ثالث و توجه به مقررات ناظر بر تعارض منافع، موضوع مواد ۱۷۵، ۱۷۷، ۱۷۱ و ۱۷۶، هرچند در قوانین ایران از صراحت بیشتری نسبت به وظایف قبلی برخوردار است، باین‌حال لزوم به‌روزرسانی آنها با توجه به پیشرفت‌های اقتصادی و تخصصی کردن محدودیت‌ها و توسعه قواعد حل تعارض به چیزی فراتر از معاملات با شرکت یا برای شرکت مستند ماده ۱۳۲ و ۱۳۳ ل.ا.ق.ت امری لازم و کمک‌کننده به سلامت اقتصادی شرکت‌هاست. در خصوص کسب منفعت از شخص ثالث هم به نظر می‌رسد وجود مجازات‌های مدنی در کنار کیفری و پیش‌بینی راه‌هایی برای جلوگیری از این شرایط در قوانین داخلی امری جدی است. در تمامی وظایف فوق‌الذکر تمسک به نظریات نمایندگی و رعایت مصلحت منوب‌عنه کافی نیست؛ چراکه امور مذکور چون استقلال و تلاش در راستای موفقیت از نظر مشهور حقوق‌دانان تحت شمول وظایف نماینده قرار نگرفته و پیش‌بینی آنها محتاج تصریح است؛ زیرا در راستای تصریح است که می‌توان مدیران را مسئول شناخت. نکته آخر آنکه حتی شاید بتوان گفت این فقدان مقرر ناشی از تسامح میان دو واژه مسئولیت و وظیفه بوده؛ همان‌طور که در ماده ۱۲۱ ق.ت با ارجاع به ماده ۵۱ ق.ت از حدود مسئولیت مدیران صحبت شده و آن را همانند وکلا مسئول دانسته است، درحالی‌که باید پرسید مسئولیت در قبال انجام ندادن کدام وظیفه؟ این پرسش به خوبی نشان‌دهنده لزوم پیش‌بینی وظایف مدیران در قوانین آتی را نشان می‌دهد. در پایان باید بیان کرد صراحت در قوانین اقتصادی و به‌روزرسانی آن عامل اصلی پیشبرد اقتصاد است و از آنجایی که امروز بازیگران اصلی عرصه اقتصاد شرکت‌ها هستند و این شرکت‌ها توسط مدیران خود هدایت می‌شوند، به‌نوعی اقتصاد کشور در گروی اقدامات این مدیران است و فقدان قوانین به‌روز و صریح، عدم توجه به صلاحیت تخصصی آنها و نبستن راه‌های سوءاستفاده از اختیارات مدیران باعث صدمات جدی بر پیکره اقتصادی کشور می‌شود.

منابع

فارسی

کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری**، جلد ۱ و ۲، تهران: سمت، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۹۶.
۲. حقانی، سعید، **شناسایی و مقابله با تقلب شرکا در تصمیم‌سازی مجامع عمومی شرکت‌های تجاری**، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷.
۳. صفار، محمدجواد، **تخصصیت حقوقی**، تهران: بهنامی، چاپ دوم، ۱۳۹۵.
۴. صقری، محمد، **حقوق بازرگانی شرکت‌ها**، جلد ۱ و ۲، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۴۰۱.
۵. عیسائی تفرشی، محمد، **حقوق شرکت‌های تجاری**، جلد ۱، تهران: دانشگاه تربیت مدرس، چاپ دوم، ۱۳۹۵.
۶. کاویانی، کوروش، **حقوق شرکت‌های تجاری**، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۵.
۷. کیانی، کریم، **حقوق بازرگانی**، تهران: کتابخانه دانشگاه تهران، ۱۳۴۹.

مقاله

۸. پوررضایی، علی، علی غریبه و حسن پاشازاده، «قاعده‌گذاری و اهداف آن در قلمروی وظایف عام مدیران شرکت‌های سهامی (مطالعه در حقوق ایران و انگلیس)»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۱۱، شماره ۴۳، ۱۴۰۲، صص ۱۸۰-۱۴۹.
۹. جنیدی، لیا و معصومه اکبریان طبری، «رابطه امانی مدیران در شرکت‌های سهامی: بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان»، دو فصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۷، صص ۹۶-۶۹.
۱۰. عیسائی تفرشی، محمد، حبیب رضائی آکردی و حمیدرضا عباسی منش، «ارتقای موفقیت شرکت: وظیفه‌ای برای مدیران (مطالعه در حقوق ایران و انگلیس)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۹، شماره ۴، ۱۳۹۴، صص ۱۴۸-۱۲۳.
۱۱. مقدم، عیسی، «مطالعه تطبیقی رقابت مدیر شرکت تجاری با شرکت از طریق انجام معاملاتی مشابه معاملات شرکت در حقوق انگلیس و ایالات متحده آمریکا و ایران»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۴۰۰، صص ۳۶۸-۳۵۱.

قوانین

۱۲. قانون تجارت.
۱۳. لایحه اصلاحی قانون تجارت ۱۳۴۷.

عربی

کتاب

۱۴. عاملی، سید محمدجواد، محمد حسینی و محمد باقر خالصی، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۹۷.

References

Books

1. Ameli, Sayyed Mohammad Javad, Mohammad Hosseini and Mohammad Bagher Khalesi, *Key to Dignity in Explaining the Rules of Allamah*, Qom: Islamic Publishing Office of the Qom Seminary Teachers' Association, 2018. (in Arabic)
2. Batifoulier Philippe, Franck Bessis, Ariane Ghirardello, Guillemette de Larquier and Delphine Remillon (eds.). *Dictionary of Conventions. Based on the Work of Olivier Favereau*, University Press of the North, 2010. (in French)
3. Davies, P. L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London: Sweet & Maxwell, Sixth Edition, 1997.
4. Dignam, Alam. And John P. Lowry. *Company Law*, Hampshire: Oxford University Press, Seventh Edition, 2012.
5. Eskini, Rabia'a, *Commercial Law: Commercial Companies*, Volume 1 and 2, Tehran: Samt, 24th Edition, 2017. (in Persian)
6. Fauchon, A., & Merle, P, *Commercial Law: Commercial Companies*, 14th Edition, Dalloz, 2010. (in French)
7. Girvin, Stephen. *Charlesworth's Company Law*, London: Sweet & Maxwell, 18th Edition 2010.
8. Haghani, Saeed, *Detecting and Tackling the Shareholders' Fraud in the Decision-Making Process of General Assembly of Commercial Companies*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2018. (in Persian)
9. Hamel, J., & Lagarde, G., *Treaties on Commercial Law*, Volume 1, Paris: Dalloz, 1954-1966, (in French)
10. Hannigan, Brenda. *Company Law*, London: Oxford University Press, Fourth Edition, 2015.

11. Isaei Tafreshi, Mohammad, *Commercial Companies Law*, Volume 1, Tehran: Tarbiat Moddares University, Second Edition, 2016. (in Persian)
12. Kaviani, Kourosh, *Commercial Companies Law*, Tehran: Mizan, Fourth Edition, 2016. (in Persian)
13. Keay, Andrew. *The enlightened shareholder value principle and corporate governance*, New York: Routledge, First Edition, 2014.
14. Kiani, Karim, *Business Law*, Tehran: Tehran University Library, 1970. (in Persian)
15. Saffar, Mohammad Javad, *Legal Personality*, Tehran: Behnami, 2nd Edition, 2016. (in Persian)
16. Saghari, Mohammad, *Commercial Law of Companies*, Volumes 1 and 2, Tehran: Majd, First Edition, 2022. (in Persian)
17. Salmon, Paul. *Director's Duties and Liabilities Under Companies Act 2006*, London: Salans LLP, 2008.
18. Segrestin, Blanche. *Corporate Interest and Corporate Purpose, or How to Renew a Company Agreement*, Mines Paris: PSL University, 2016. (in French)
19. Sheikh, Saleem. *A Guide to The Companies Act 2006*, London: Routledge-Cavendish, First Edition, 2008.
20. Wild, Charles. And Stuart Weinstein. *Smith and Keenan's Company Law*, 15th Edition, Hampshire: Pearson Longman, 2011.

Articles

21. Isae'i Tafreshi, Mohammad, Habib Ramezani Akordi and Hamidreza Abbasi Manesh, "Enhancing Company Success: A Duty for Directors (A Study in Iranian and English Law)", *Comparative Legal Studies Journal*, Volume 19, Issue 4, 2015, pp: 123-148. (in Persian)
22. Joneidi, La'ya and Masoumeh Akbarian Tabari, "The Fiduciary Relationship of Directors in Joint-Stock Companies: A Comparative Study in Iranian and English Law", *Comparative Law Bi-Quarterly*, Volume 5, Issue 2, 2018, pp: 69-96. (in Persian)
23. Langford, Rosmary Teele. And Ian M. Ramsay. "The Proper Purpose Rule as a Constraint on Directors' Autonomy – Eclairs Group Limited v JKK Oil & Gas plc", *Modern Law Review*, Volume 80, Issue 1, 2017, pp: 110-120.
24. Moghadam, Isa, "A Comparative Study of Directors' Competition with Commercial Companies through Similar Transactions in the Laws of England, the United States, and Iran", *Journal of Comparative Law Review*, Volume 12, Issue 1, 2021, pp: 351-368. (in Persian)
25. Payne, Jennifer. "A Re-Examination of Ratification", *Cambridge Law Journal*, Volume 58, Issue 3, 1999, PP 604-626.
26. Pirovano, Antoine. "The compass of society. Common Interest, Social Interest, Corporate Interest ?", Dalloz Collection, Number 23-24, 1997, pp: 189-202. (in French)
27. Pour-Rezaei, Ali, Ali Gharibeh and Hassan Pashazadeh, "Rule-Making and Its Objectives in the Scope of General Duties of Directors in Joint-Stock Companies (A Study in Iranian and English Law)", *Private Law Research Quarterly*, Volume 11, Issue 43, 2023, pp: 149-180. (in Persian)

Thesis

28. Aldahmash, Abdollah Nasser. "Powers, Duties, and Liabilities of Company Directors: A Comparative Study of the Law and Practice in the UK and Saudi Arabia", PhD Thesis, *Lancaster University*, 2020.
29. Bennini, Aida. "The Veil of Social Interest", PhD Thesis, *University of Cergy Pontoise*, 2010. (in French)
30. Guezel-Kerdavid, Alan, "The Protection of Corporate Interests in the Light of Its Sanctions", Master's Thesis, *University of Nantes*, 2022. (in French)

Laws

31. Companies act 2006.
32. Insolvency act 1986
33. The Amended Bill of the Commercial Code 1968. (in Persian)
34. The Commercial Code. (in Persian)
35. UK Corporate Governance Code 2018.

Internet Resources

36. Peters, Nichola. Michelle De Kluyver., Jaya Gupta. “Addleshaw Goddard LLP”, Available at: Directors’ Duties: The UK Perspective - Global Investigations Review, Last Visited: (29/3/2023).

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Ensuring the Structural Independence of the Judiciary in Light of the Opinions of the Guardian Council

Ahmad Rahimi¹, Mohammad Sadegh Farahani², Ali Fattahi Zafarghandi³

ABSTRACT

In Article 57 of the Constitution, the constitutional legislator considers the ruling powers to be "independent of each other" and in Article 156 of this law, where describing the judiciary, with double emphasis, it considers the judiciary as an independent power. Therefore, the independence of the judiciary has been given special attention by the constitutional legislator. An important aspect of the judiciary independence is structural independence, which expresses the independent position and status of the judiciary compared to other powers or external persons. Accordingly, this research, conducted using library data and through an analytical-descriptive approach, answers to the question that how it is determined the requirements of the structural independence of the judiciary in the opinions of the Guardian Council as the interpreter and the guardian of the Constitution. The result of this demonstrative study is "the exclusive competence of the judiciary in proposing the judicial bill, preparing, approving, amending and canceling executive and judicial regulations" and "the prohibition of supervision of other powers on the functioning of the judiciary". Also, the features of relationship between the judiciary and the Ministry of Justice, with emphasis on the independence of the judiciary, have been described in such a way that "equipping and providing the judicial system" is with the judiciary. In addition, from the Guardian Council point of view, the concept of the independence of the judiciary includes all institutions and organizations subordinate to this branch.

KeyWords: Structural Independence, Judiciary, Minister of Justice, Guardian Council, Supervision.

How to Cite: Rahimi, Ahmad, Farahani, Mohammad Sadegh, Fattahi Zafarghandi, Ali, "Ensuring the Structural Independence of the Judiciary in Light of the Opinions of the Guardian Council", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:175-198.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.229564.2370>

Received: 20/11/2022-Accepted: 23/10/2023

1. Ph.D Candidate, Faculty of Law, University of Tehran: Farabi College, Qom, Iran

Corresponding Author Email: Ahmad.rahimi@ut.ac.ir

2. Ph.D, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

3. Assistant Professor, Guardian Council Research Institute, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



تضمین استقلال ساختاری قوه قضائیه در پرتو نظرات شورای نگهبان

احمد رحیمی^۱، محمد صادق فراهانی^۲، علی فتاحی زفرقندی^۳

چکیده

قانون‌گذار اساسی در اصل ۵۷ قانون اساسی قوای حاکم را «مستقل از یکدیگر» می‌داند و در اصل ۱۵۶ این قانون در مقام توصیف قوه قضائیه با تأکیدی مضاعف قوه قضائیه را قوه‌ای مستقل می‌داند. بنابراین استقلال قوه قضائیه مورد اهتمام ویژه مقنن اساسی قرار گرفته است. یک جنبه مهم از استقلال قوه قضائیه، استقلال ساختاری است که بیانگر جایگاه و وضعیت مستقل قوه قضائیه نسبت به سایر قوا یا اشخاص بیرونی است. بر همین اساس، این پژوهش که با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای و با رویکردی تحلیلی-توصیفی انجام پذیرفته است، در مقام پاسخ به این پرسش است که بایسته‌های حاکم بر استقلال ساختاری قوه قضائیه در نظرات شورای نگهبان به‌عنوان مفسر و پاسبان قانون اساسی، چگونه تعیین شده است. نتیجه این پژوهش مبرهن «صلاحیت انحصاری قوه قضائیه در پیشنهاد لایحه قضایی، تهیه، تصویب، اصلاح و نسخ آیین‌نامه‌های اجرایی و قضایی» و «ممنوعیت نظارت سایر قوا بر عملکرد قوه قضائیه» است. همچنین مختصات ارتباط قوه قضائیه با وزارت دادگستری با تأکید بر استقلال قوه قضائیه، به نحوی ترسیم شده است که «تجهیز و تأمین تشکیلات قضایی» با قوه قضائیه است. مضافاً اینکه، از منظر شورای نگهبان اطلاق مفهوم استقلال قوه قضائیه شامل تمامی نهادها و سازمان‌های زیرمجموعه این قوه می‌شود.

کلید واژگان: استقلال ساختاری، قوه قضائیه، وزیر دادگستری، شورای نگهبان، نظارت.

استناد به این مقاله: رحیمی، احمد، فراهانی، محمد صادق، فتاحی زفرقندی، علی، «تضمین استقلال ساختاری قوه قضائیه در پرتو نظرات شورای نگهبان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۱۷۵-۱۹۸.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.229564.2370>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۰۱

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران: دانشکدگان فارابی، قم، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: ahmad.rahimi@ut.ac.ir

۲. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۳. استادیار، پژوهشکده شورای نگهبان، تهران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

نقش و کارکرد قوه قضائیه مستلزم آن است تا دستگاه قضایی مصون از مداخله و نفوذ باشد تا بتواند برپایه انصاف و عدالت به احیای حق و اجرای عدالت بپردازد.^۱ بنابراین، یکی از اوصاف اساسی قوه قضائیه استقلال آن از سایر قواست که یک بُعد آن در قالب استقلال ساختاری تجلی پیدا می‌کند.^۲ درواقع استقلال ساختاری قوه قضائیه مبرهن وضعیت یا موقعیت مستقل قوه قضائیه نسبت به قوای دیگر یا اشخاصی خارج از این قوه است که واقعاً یا درظاهر دارای اختیارات یا توانایی‌های قانونی یا غیرقانونی برای اثرگذاری بر عملکرد قوه قضائیه‌اند.^۳ ازاین‌رو، تأمین دادرسی عادلانه در عمل، درگرو رعایت استقلال ساختاری قوه قضائیه است. به این معنا که اگر چیدمان نهادهای قوه قضائیه و تعامل آنها با نهادهای بیرونی به‌گونه‌ای باشد که امکان نفوذ و دخالت در این قوه فراهم شود، دادرسی عادلانه و استقلال قضایی در معرض تهدید خواهد بود.^۴

بر همین اساس است که چگونگی ترسیم و سازمان‌دهی قوه قضائیه و استقلال ساختاری آن دربرابر ارکان حاکمیت همواره از چالش‌های پیش‌روی قانون‌گذاران اساسی بوده است. ازاین‌رو، واضعان قانون اساسی با دقت‌نظر خاصی نسبت به ترسیم هندسه ساختاری قوه قضائیه و کیفیت مراودات آن با سایر قوا اقدام می‌کنند تا زمینه هرگونه تأثیرگذاری و نفوذ سایر قوا و نهادهای حکومتی بر قوه قضائیه بسته شود.^۵ در همین راستا، کاتبان قانون اساسی در اصل ۵۷ در مقام ترسیم ساختار حاکمیت، قوای حاکم را «مستقل از یکدیگر» می‌دانند و در اصل ۱۵۶ این قانون در مقام توصیف قوه قضائیه به‌طور اخص، اشعار می‌دارند: «قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل...». این درحالی است که در هیچ‌یک از اصول دیگر قانون اساسی به‌طور خاص تأکیدی مضاعف بر استقلال قوای مجریه و مقننه نشده است. بنابراین، «استقلال ساختاری قوه قضائیه» مورد اهتمام ویژه قانون‌گذار اساسی قرار گرفته است.^۶

اما دقت در مهندسی و ژرف‌اندیشی واضعان قانون اساسی درگذر زمان به‌ناچار ناگزیر تفسیر و اظهارنظر مفسر آن است.^۷ به موجب اصل ۹۸ قانون اساسی، وظیفه تفسیر قانون اساسی برعهده شورای نگهبان است که با تصویب سه‌چهارم آنان انجام می‌شود. این شورا در استمرار زمان و در راستای انجام وظیفه تطبیق مصوبات با قانون اساسی، نظرات و دیدگاه‌هایی در خصوص ماهیت استقلال قوه قضائیه ابراز کرده است که مبرهن بایسته‌های استقلال ساختاری این قوه است.^۸ بررسی این دیدگاه‌ها و نظرات شورای نگهبان حائز کمال اهمیت است؛ چراکه همواره در خلال قانون‌گذاری عادی امکان نقض استقلال ساختاری این قوه وجود دارد و تنظیم ارتباط قوه قضائیه با قوای مجریه و مقننه به‌منظور حفظ استقلال ساختاری این قوه و تضمین دادرسی عادلانه، ممانعت از دخالت و تعدی نسبت به وظایف خاص آن و مواردی از این قبیل،

۱. خسروی، حسن، *حقوق اساسی ۲*، تهران: دانشگاه پیام‌نور، چاپ نهم، ۱۳۹۴، ص ۲۵۵.

۲. مجیدی، محمدرضا، *آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، قم: نهاد نمایندگی مقام معظم رهبری در دانشگاه‌ها: دفتر نشر معارف، ۱۳۸۹، ص ۲۵۲.

۳. ناجی‌زواره، مرتضی، *دادرسی بی‌طرفانه در امور کیفری*، تهران: شهردانش، ۱۳۸۹، ص ۹۱.

۴. خالقی، علی، *نکته در آیین دادرسی کیفری*، تهران: شهر دانش، چاپ دهم، ۱۳۹۶، ص ۲۹.

۵. خسروی، پیشین، ص ۲۵۵.

۶. مجیدی، پیشین، ص ۲۵۲.

۷. اصغری، محمدرضا، خلف رضایی، حسین، راجی، و سید محمد هادی، *شرح قانون اساسی: فصل ششم قوه مقننه*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶، ص ۱۴.

۸. مهرپور، حسین، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۲۳۰.

همواره در بین نظرات شورای نگهبان در قالب تأیید یا ایراد نسبت به مصوبات معنا و مفهوم می‌یابد. بنابراین، اگرچه نمودار کلی استقلال ساختاری قوه قضائیه توسط واضعان قانون اساسی (مجلس خبرگان قانون اساسی) ترسیم شده است، جزئیات حفظ حیات مستقل این قوه، با تعیین دقیق حدود مرز آن، توسط نهاد پاسبان قانون اساسی (شورای نگهبان) صورت می‌گیرد. لذا این پژوهش مترصد آن است تا ماهیت استقلال ساختاری قوه قضائیه را در مجموعه نظرات شورای نگهبان مورد بررسی قرار دهد و با بررسی و ارزیابی این نظرات از لابه‌لای آنها، مهم‌ترین بایسته‌های حاکم بر تضمین استقلال ساختاری قوه قضائیه را، که مبین رویه و دیدگاه شورا نسبت به این مهم است، آشکار کند. بر این اساس، سؤال اصلی این پژوهش عبارت است از اینکه استنباط شورای نگهبان از استقلال ساختاری قوه قضائیه با تکیه بر دیدگاه‌ها و نظرات شورا چگونه ارزیابی می‌شود؟ به عبارت دیگر، از منظر شورای نگهبان، بایسته‌های استقلال ساختاری قوه قضائیه چیست؟

در خصوص پیشینه موضوع باید بیان داشت که تاکنون پژوهش‌هایی درباره جنبه‌های مختلف استقلال قوه قضائیه نگارش یافته است. برای مثال مقاله «تعامل قوه قضائیه با وزارت دادگستری در پرتو آرای شورای نگهبان» در مجموعه «نقد رویه‌های شورای نگهبان» به کوشش علی اکبر گرجی ازندریانی و محمد مهاجری ضمن بررسی تحولات تاریخی در ساختار مدیریت قوه قضائیه به شرایط و اختیارات وزارت دادگستری، تشکیلات وزارت دادگستری و پاسخ‌گویی وزیر دادگستری می‌پردازد. مقاله «مفهوم و جایگاه استقلال قضایی در قانون اساسی» نوشته فرشید مقیمیان بروجنی در میثاق ملی: مجموعه مقالات به مناسبت بزرگداشت روز قانون اساسی نیز بر اقسام استقلال قضایی و لوازم تحقق آن تأکید دارد. پژوهشی دیگر با عنوان «بازخوانی امکان «استقلال بودجه‌ای قوه قضائیه» در چارچوب نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران» نوشته امیر کشتگر و دیگران منتشر شده در شماره ۳۶ سال یازدهم فصلنامه حقوق عمومی، جنبه استقلال مالی و بودجه‌ای قوه قضائیه را بررسی کرده است. بنابراین از آنجاکه در پژوهش حاضر نگرش خاص شورای نگهبان نسبت استقلال ساختاری قوه قضائیه مدنظر است و نظرات شورای نگهبان معنی بخش و ترسیم‌کننده بایسته‌های استقلال ساختاری این قوه است، لذا از این منظر پژوهش حاضر متصف به صفت بدیع بودن است.

این تحقیق با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای و با رویکردی تحلیلی - توصیفی، از طریق بررسی نظرات شورای نگهبان (موجود در سامانجام نظرات شورای نگهبان و کتب مربوط) و استخراج دیدگاه‌ها و نظرات و تطبیق و تحلیل آن با اطلاعات گردآوری شده از کتب و مقالات در چهار بخش «انحصار ابتکار هنجارهای قضایی در قوه قضائیه»، «ممنوعیت نظارت سایر قوا بر عملکرد قوه قضائیه»، «مختصات ارتباط قوه قضائیه با وزارت دادگستری» و «رابطه نهادهای زیر مجموعه قوه قضائیه با سایر قوا» انجام می‌پذیرد. این ساختار تا حدود زیادی تحت تأثیر تعداد نظرات شورای نگهبان در موضوعات مطروحه و ساختار قوه قضائیه و نیز اصل تناسب مباحث ترسیم شده است.

۱. انحصار ابتکار هنجارهای قضایی در قوه قضائیه

قوه مقننه و به بیان دقیق‌تر، مجلس شورای اسلامی، وظیفه و صلاحیت وضع قانون را بر عهده دارد.^۱ در عین حال، «دولت در مقام اجرا، خود را نیازمند قوانینی می‌بیند که در ایجاد نظم عمومی و تأمین نیازمندی‌های جامعه راهنمایش باشد».^۲ از این‌رو در قانون اساسی این امکان پیش‌بینی شده است که وضع قانون تحت عنوان «لوائح قانونی» از طرف هیئت وزیران

۱. ره‌پیک، حسن، *مقدمه علم حقوق*، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴، ص ۸۶.

۲. هاشمی، محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۳۱۸.

برای تصویب به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد شود. اما این نیازمندی فقط مختص قوه مجریه نیست و قوه قضائیه نیز وضعیتی مشابه دارد و نیازمند پیشنهاد لوایح و تصویب آیین‌نامه‌هایی در جهت حرکت متناوب و صحیح خود است. بر این اساس، شورای نگهبان در موارد متعددی به مصوبات مجلس که در آنها اختیار وضع لوایح یا آیین‌نامه‌های قضایی به شخص یا نهاد دیگری داده شده، ایراد نموده است که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۱. لزوم تهیه لوایح قضایی توسط قوه قضائیه

قانون اساسی در اصل ۱۵۸ یکی از وظایف رئیس قوه قضائیه را «تهیه لوایح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی» ایران تعیین کرده است.^۱ درباره معنای اصطلاحی «لایحه قضایی»، «در خصوص شمول محتوای لوایح مزبور میان دیدگاهی مضیق و حداقلی (شامل امور قضایی محض) و دیدگاهی موسع و حداکثری (اعم از امور قضایی محض و امور اداری و مالی مرتبط) بین صاحب‌نظران اختلاف نظر وجود دارد».^۲ در دیدگاه مضیق مصادیق قابل انعکاس در قالب لایحه قضایی محدود است و هیئت وزیران وظیفه ارسال لایحه قضایی به مجلس را برعهده دارد و در دیدگاه موسع مفاد لایحه قضایی شامل تمامی موضوعات مندرج در فصل یازدهم قانون اساسی است.^۳ شورای نگهبان در مقام پاسخ به استفساریه رئیس وقت قوه قضائیه پیرامون مفهوم لایحه قضایی و تفاوت آن با لایحه قانونی و تشریفات بررسی و تصویب آن در مجلس در نظر شماره ۷۹/۲/۱۰۶۵ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰ چنین اظهارنظر کرده است که فرق لوایح قضایی و غیرقضایی مربوط به محتوای آن است و هیئت دولت نمی‌تواند مستقلاً لایحه قضایی تنظیم و آن را به مجلس شورای اسلامی ارسال کند و هرگونه تغییر امور قضایی در این لوایح نیز فقط با جلب موافقت رئیس قوه قضائیه مجاز است.^۴ بنابراین به نظر می‌رسد رویکرد شورای نگهبان مبنی بر پذیرش دیدگاهی موسع از لوایح قضایی است.^۵

نکته حائز توجه دیگر، امکان ارسال مستقیم لوایح قضایی توسط رئیس قوه قضائیه به مجلس شورای اسلامی است. قانون الحاق یک تبصره به ماده (۳) قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه مقرر داشته است: «در صورتی که دولت در مدت مذکور [سه ماه] نتواند نسبت به تصویب و ارسال لایحه به مجلس اقدام نماید و سه ماه دیگر از مهلت قانونی آن بگذرد، رئیس قوه قضائیه می‌تواند مستقیماً لایحه را به مجلس ارسال کند». مطابق این تبصره، قانون‌گذار عادی صلاحیت ارسال مستقیم لوایح قضایی از سوی رئیس قوه قضائیه به مجلس را بدون تصویب هیئت وزیران، در شرایطی به رسمیت شناخته است.^۶ در دیدگاهی همسو با این قانون، برخی ضمن تأیید صلاحیت رئیس قوه قضائیه برای ارسال لایحه قضایی به مجلس معتقدند، ارسال لایحه به دولت صرفاً از لحاظ رفع ایراد مقرر در اصل ۷۵ قانون اساسی (تعیین طرق جبران

۱. جمعی از نویسندگان، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان و پژوهشکده عدالت، ۱۴۰۰، ص ۱۵۱.

۲. زمانی، امین‌اله، محمدحسین باقری‌خوزانی، «صلاحیت رئیس قوه قضائیه در ارسال لوایح قضایی به مجلس شورای اسلامی»، *مجله حقوقی د/دگستری*، دوره ۸۲، شماره ۱۰۳، ۱۳۹۷، ص ۳۶.

۳. کاشانی، جواد، «مفهوم لایحه قضایی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۸، شماره ۵۳، ۱۳۹۵، صص ۱۸-۱۳.

۴. فتحی، محمد، کاظم کوهی اصفهانی و دیگران، *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۸، ص ۲۸۵.

۵. زمانی و باقری خوزانی، پیشین، ص ۳۷.

۶. جمعی از نویسندگان، پیشین، ص ۱۵۱؛ وکیل، امیر ساعد و پوریا عسکری، *قانون اساسی در نظم حقوق کنونی*، تهران: مجد، ۱۳۸۸، ص ۵۲۰. برای مطالعه نقدهای این دیدگاه شورای نگهبان ر.ک: الهام، غلام‌حسین و محمدامین ابریشمی‌راد، «نقد نظر شورای نگهبان در خصوص امکان ارسال مستقیم لوایح قضایی به مجلس»، *فصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی*، دوره ۱۵، شماره ۲، ۱۳۹۳.

کاهش درآمد یا تأمین هزینه‌های جدید) قابل توجیه است.^۱ لکن باید در نظر داشت که چگونگی مشارکت رئیس قوه قضائیه در امر تقنین در قانون اساسی مشخص شده است. درواقع ابتکار قانون‌گذاری در قانون اساسی به صورت «طرح» یا «لایحه» است. طرح‌های قانونی از سوی نمایندگان مجلس (و در موارد استثنایی شورای عالی استان‌ها) تهیه و ارائه می‌شوند و لوایح قانونی پس از تصویب هیئت وزیران به مجلس ارائه می‌شوند. بنابراین هرچند تهیه لوایح قضایی جزء صلاحیت‌های رئیس قوه قضائیه است، فرایند تقدیم آن همان‌آخذ مجوز عبور از هیئت وزیران است. به عبارت دیگر، شیوه‌های شروع قانون‌گذاری در مجلس شورای اسلامی در قانون اساسی تصریح شده است و اضافه نمودن شیوه‌ای دیگر محملی ندارد و روا نیست.^۲

با مذاقه در مطالب فوق‌الذکر و به‌ویژه تفسیر موسع شورا از لایحه قضایی و نیز عدم ایراد نسبت به امکان ارسال مستقیم لایحه توسط رئیس قوه قضائیه به مجلس، قابل پیش‌بینی خواهد بود که شورا با پیشنهاد هر لایحه‌ای که رنگ و بوی قضایی داشته باشد، توسط نهاد یا شخصی غیر از رئیس قوه قضائیه مخالفت کند. این مهم در خصوص «لایحه توقف اجرای احکام و دستورهای اجرایی دادگاه‌های صالحه و مراجع ثبتی در مورد اسناد اجاره محل‌های مسکونی» مصوب سال ۱۳۶۰ اتفاق افتاده است. به موجب این لایحه، اجرای احکام دادگاه‌های صالح و دستورهای اجرایی مراجع ثبتی (مبنی بر تخلیه) درباره اجاره کلیه محل‌های مسکونی، به مدت یک سال از تاریخ تصویب این قانون، متوقف می‌شد.

شورای نگهبان در نظر شماره ۳۹۶۵ مورخ ۱۳۶۰/۸/۲۶ در خصوص این لایحه چنین اظهارنظر کرده است که: «لایحه توقف اجرای احکام و دستورهای اجرایی دادگاه‌های صالحه و مراجع ثبتی» ... از لحاظ اینکه به وسیله شورای عالی قضایی تهیه نشده و از لحاظ اینکه منافی با استقلال قوه قضائیه است، با اصول ۱۵۶ و ۱۵۷ ... مغایر شناخته شد». بنابراین ایراد شورا بر این لایحه بر دو مبنا استوار است: یکم، اینکه این لایحه توسط شورای عالی قضایی^۳ تهیه نشده است؛ دوم اینکه، چنین مقرره‌ای مخالف با استقلال قوه قضائیه است.

به لحاظ اینکه این لایحه توسط شورای عالی قضایی پیشنهاد نشده است، ایراد اول شورا وارد به نظر می‌رسد و نکته لازم به ذکر پیرامون این ایراد وجود ندارد. اما راجع به ایراد دوم به نظر می‌رسد تکیه اصلی شورا بر این است که «متوقف نمودن احکام دادگاه‌ها» مخالف با استقلال قوه قضائیه است. درواقع یکی از ویژگی‌های بارز احکام صادره از دادگاه‌ها، «قطعیت» است و مقصود از آن این است که پس از اتمام رسیدگی در دادگاه و صدور حکم مقتضی و به پایان رسیدن مراحل اعتراض به آن، حکم صادره لازم‌الاجراست (و به تعبیری اعتبار امر مختومه را می‌یابد) و دیگر جز در موارد خاص و مصرح قانونی، نمی‌توان مانع اجرای آن شد.^۴

در خصوص این ایراد به نظر می‌رسد علاوه بر اینکه لازمه استقلال قوه قضائیه، لازم‌الاجرا بودن احکام صادره از دادگاه‌ها و خدشه‌ناپذیر بودن آنهاست، ثمره ایراد به چنین مقرره‌ای توسط شورا، مسدود کردن باب امکان ممانعت از اجرای حکم دادگاه به موجب قانون عادی است. به بیانی بهتر، شورا نگهبان با این ایراد مانع از این رویه شد که قانون‌گذار بتواند با وضع قانون در موضوعات مختلف مانع اجرای احکام دادگاه‌ها شود و با چنین اقدامی بر ثبات و کیان قوه قضائیه خدشه وارد کند.

^۱ زمانی و باقری خوزانی، پیشین، ص ۳۸.

^۲ گرجی ازندریانی، علی اکبر و محمد مهاجری، **نقد رویه‌های شورای نگهبان**، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۱۰۸.

^۳ لازم به ذکر است تا قبل از بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، انجام مسئولیت‌های قوه قضائیه برعهده شورای عالی قضایی بود که از پنج عضو (۱- رئیس دیوان عالی کشور ۲- دادستان کل کشور ۳- سه نفر قاضی مجتهد و عادل به انتخاب قضاات کشور) تشکیل می‌گردید. در این رابطه ر.ک: اصول ۱۵۷ و ۱۵۸ قانون اساسی قبل از بازنگری سال ۱۳۶۸.

^۴ اردبیلی، محمدعلی، **حقوق جزای عمومی**، جلد ۳، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۴۰.

۱.۲. لزوم تهیه آیین‌نامه‌ها توسط قوه قضائیه

در اصطلاح، مجموعه مقرراتی را که از طرف مقامات قوه مجریه مانند هیئت‌وزیران، وزیران وضع می‌شود «آیین‌نامه» می‌نامند. آیین‌نامه قواعد کلی لازم‌الاجرائی است که برای افراد به‌طور عام و عینی ایجاد حق و تکلیف می‌کند.^۱ ضرورت وضع آیین‌نامه مبتنی بر این حقیقت است که نمی‌توان اداره امور جامعه را منحصرأً از طریق قانون و قوه مقننه تأمین کرد. از این‌رو، نظام‌های حقوقی به اختیار یا به اجبار به نهادهای غیرتقنینی صلاحیت وضع مقرر از جمله آیین‌نامه را اعطا می‌کنند. وگرنه، نظم عمومی و ارائه خدمات به مخاطره می‌افتد؛ چراکه حفظ نظم و ارائه خدمات به همان اندازه که محتاج قوانین عام و کلی است، نیازمند مقررات خاص و جزئی نیز است.^۲ از طرف دیگر، با اینکه صلاحیت عام وضع قوانین در اختیار مجلس است، لکن پیش‌بینی و تعیین تمامی جزئیات مربوط به اجرای قوانین مانع اجرای وظایف مهم‌تر مجلس و رسیدگی و پیگیری مسائل مهم می‌شود.^۳ «به‌علاوه از نظر تقسیم‌کار و عدم تمرکز امور، بسیار سودمند است که قوه مجریه، که در عمل با واقعیات و مشکلات امور سروکار دارد، در تعیین تکلیف آنها با قوه مقننه تشریک‌مساعی و همکاری نماید».^۴ از جمله دیگر دلایل وضع مقرر از جمله آیین‌نامه به اجمال عبارت‌اند از: تأمین نفع و خیر عمومی، متکثر بودن یا تخصصی بودن موضوعات اداری و اجرایی، فوری بودن یا کم‌اهمیت بودن برخی امور اداری و اجرایی و طولانی بودن فرایند تقنین.^۵ دلیل و فلسفه تفویض اختیار وضع آیین‌نامه به قوه مجریه، نسبت به قوه قضائیه نیز صادق است. درواقع این قوه قضائیه است که به‌طور عینی و عملی با مسائل اداری و سازمانی امور مربوط به قضا روبه‌رو بوده و می‌تواند در جهت اجرای بهتر قوانین عام و بهبود عملکرد سازمانی و اجرایی، مقرراتی را در قالب آیین‌نامه تصویب کند. مضافاً اینکه در اصل ۱۵۷ قانون اساسی علاوه بر امور قضایی، کلیه امور اداری و اجرایی قوه قضائیه به رئیس قوه قضائیه واگذار شده است و اذن در امر، اذن به مقدمات آن نیز هست و لوازمی دارد که یکی از آنها تهیه آیین‌نامه است.^۶ بر همین اساس، شورای نگهبان حق تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی و قضایی مربوط به قوه قضائیه را در صلاحیت این قوه می‌داند و در مواردی که قانون‌گذار عادی مترصد تعیین مرجع دیگری در جهت تصویب این آیین‌نامه‌ها بوده است، آن مصوبه با ایراد شورا مواجه شده است که در ادامه به تفکیک نسبت به آیین‌نامه‌های اجرایی و قضایی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۲.۱. آیین‌نامه‌های اجرایی

آیین‌نامه‌های اجرایی «مقرراتی هستند که به حکم صریح یا ضمنی قانون‌گذار برای تکمیل قانون در ارتباط با آن وضع می‌شوند».^۷ در مواردی که قانون‌گذار کلیات و اهم موضوع را تعیین و تصویب نموده و قوه مجریه یا قضائیه نسبت به تعیین

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: سمت، ۱۳۹۵، ص ۳۱۲.

۲. راسخ، محمد، ریحانه کوشش کار و فائزه عامری، *وضع مقرر در قوه قضائیه*، تهران: دراک، ۱۳۹۴، ص ۱۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۱۲۸؛ کاتوزیان، ناصر،

فلسفه حقوق، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۹۴.

۴. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۳۱۳.

۵. راسخ، پیشین، صص ۱۹-۲۲.

۶. سوادکوهی‌فر، سام، «بحثی پیرامون قدرت اجرایی آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های قوه قضائیه در مقایسه با آیین‌نامه‌ها و مصوبات قوه مجریه»،

مجله حقوقی دادگستری، دوره ۶۵، شماره ۳۵، ۱۳۸۰، صص ۴۷-۴۶.

۷. موسی‌زاده، رضا، *حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات و ایران)*، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۱۵۱.

جزئیات و ریزه کاری‌های اجرای آن، در قالب تصویب آیین‌نامه اقدام می‌نماید.^۱ در مواردی قانون‌گذار تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی مربوط به سازمان‌های زیرمجموعه قوه قضائیه را به نهاد دیگری واگذار کرده که با ایراد شورا مواجه شده است. از جمله این قوانین «لایحه تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی» مصوب ۱۳۹۰ است. در ماده ۱۸ این لایحه تصویب آیین‌نامه اجرایی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که جزء سازمان‌های زیرمجموعه قوه قضائیه است، به هیئت وزیران واگذار شده بود.

شورای نگهبان در نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۴۳۳۱ مورخ ۱۳۹۰/۸/۴ این مصوبه را به دلیل اینکه تصویب آیین‌نامه نسبت به اموری را که مربوط به امور اجرایی قوه قضائیه است در صلاحیت هیئت وزیران قرار داده، مغایر با اصول ۱۵۶ و ۱۵۷ قانون اساسی شناخت. پس از ایراد شورا، مجلس نسبت به اصلاح ماده ۱۸ به این صورت اقدام نمود: یکم، عبارت «سایر امور اجرایی این قانون» را حذف نمود؛ دوم، وزارتخانه‌هایی را که در جهت تهیه آیین‌نامه همکاری می‌نمایند به وزارت دادگستری منحصر نمود؛ سوم، مرجع تصویب آیین‌نامه را از هیئت وزیران به رئیس قوه قضائیه تغییر داد.

بعد از انجام این اصلاحات، شورا لایحه را در نظریه شماره ۹۰/۱۰/۴۴۸۷۲ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۱ تأیید کرد. مذاقه نسبت به ایراد شورا و اصلاح صورت گرفته توسط مجلس مبرهن آن است که یکی از بایسته‌های استقلال ساختاری قوه قضائیه در نظرات شورای نگهبان این است که قوه قضائیه را مرجع صالح نسبت به تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی مرتبط با این قوه می‌داند و هیئت وزیران (و به عبارت دیگر قوه مجریه) حق وضع چنین آیین‌نامه‌هایی را ندارد.

شایان ذکر است که این بُعد از تأمین استقلال ساختاری قوه قضائیه از طریق تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی توسط رئیس قوه قضائیه از جهتی ناقض استقلال قضایی (استقلال شخص قاضی) است. توضیح اینکه، هرچند که شیوه اعمال قوه قضائیه در قانون اساسی حکایت از نفی رابطه سلسله مراتبی بین رئیس قوه قضائیه و دادگاه‌ها دارد و شورای نگهبان بر این عقیده است که رئیس قوه قضائیه حق نقض احکام دادگاه‌ها را ندارد؛^۲ لکن با ممنوع کردن دیوان عدالت اداری از بازبینی مقررات قضایی مصوب رئیس قوه قضائیه^۳ عملاً قضات در مقام اجرای مقررات خلاف قانون قرار می‌گیرند. مضافاً اینکه، امکان تفوق رئیس قوه قضائیه بر دادگاه‌ها و قضات از طریق وضع چنین مقرره‌هایی دور از ذهن نیست^۴ و این بر خلاف استقلال شخص قاضی است.

۱.۲.۲. آیین‌نامه‌های قضایی

برخی از حقوق دانان بر این باورند که آیین‌نامه‌ها به‌طور کلی به سه دسته: ۱. آیین‌نامه اجرایی، ۲. آیین‌نامه جایگزین قانون و ۳. آیین‌نامه مستقل، تقسیم می‌شوند.^۵ لکن به نظر می‌رسد در خصوص آیین‌نامه‌های قوه قضائیه می‌توان به یک تقسیم‌بندی دوگانه قائل بود؛ توضیح اینکه، در برخی موارد آیین‌نامه‌ها مربوط به امور اجرایی، اداری و سازمانی غیر قضایی است که آن را «آیین‌نامه اجرایی» می‌نامند و در برخی موارد آیین‌نامه موردنظر صرفاً به امور قضایی مانند نحوه انجام وظیفه مقامات قضایی، چگونگی اعمال نهادهای خاص کیفری موجود در قوانین، شیوه نگهداری و اعمال مجازات نسبت

۱. هاشمی، پیشین، ص ۳۳۳.

۲. نظر شماره ۹۱/۳۰/۴۸۳۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۷/۲۳ شورای نگهبان راجع به لایحه آیین دادرسی کیفری.

۳. تبصره ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری.

۴. جنیدی، لعیا و بیژن عباسی، *میتاق ملی: مجموعه مقالات به مناسبت بزرگداشت روز قانون اساسی*، تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۴۰۰، صص ۱۴۱-۱۳۲.

۵. موسی‌زاده، پیشین، ص ۱۵۱.

به محکومان، چگونگی میانجیگری کیفری و ... می‌پردازد که آن را به دلیل موضوع و ماهیت خاص آن، «آیین‌نامه قضایی» می‌نامیم.^۱

در خصوص آیین‌نامه‌های قضایی نیز شورای نگهبان معتقد به صلاحیت خاص رئیس قوه قضائیه است و مصوبات مغایر با این دیدگاه همواره با ایراد شورا مواجه بوده است. از جمله مهم‌ترین این مصوبات «لایحه آیین دادرسی کیفری» و «لایحه بودجه سال ۱۳۹۴ کل کشور» هستند که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

در «لایحه قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰» در تعداد زیادی از مواد، تصویب آیین‌نامه قضایی در صلاحیت هیئت‌وزیران قرار داده شده بود. برای مثال در تبصره ۳ ماده ۶۶ این قانون مقرر شده بود: «شرایط، نحوه ورود و اسامی سازمان‌های مردم‌نهاد، به موجب آیین‌نامه‌ای است که ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون توسط وزیر دادگستری با همکاری وزیر کشور تهیه می‌شود و پس از تأیید رئیس قوه قضائیه به تصویب هیئت‌وزیران می‌رسد».

این مواد در نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۶۱۴۱ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۳ شورای نگهبان، از حیث مرجع تصویب با ایراد مواجه گردیدند و نظر شورا بر آن بود که مقام تصویب‌کننده این آیین‌نامه‌ها مطابق با اصول ۱۵۶ و ۱۵۷ قانون اساسی رئیس قوه قضائیه است. مجلس در اصلاحات خود نسبت اصلاح مرجع تصویب‌کننده این آیین‌نامه‌ها اقدام نمود و در متن مواد، عبارت «پس از تأیید رئیس قوه قضائیه به تصویب هیئت‌وزیران می‌رسد» را حذف و عبارت «به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد» را جایگزین آن نمود و لایحه را برای بار دوم به شورا ارسال کرد. درنهایت این لایحه در نظر شماره ۹۲/۳۰/۵۳۴۹۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ مورد تأیید شورا قرار گرفت.

در لایحه بودجه سال ۱۳۹۴ کل کشور نیز در بند (ه) تبصره ماده ۱۶ مرجع تصویب آیین‌نامه قضایی، هیئت‌وزیران تعیین شده بود که در نظر شماره ۹۳/۱۰۲/۳۸۵۰ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۹ توسط شورا مورد بررسی قرار گرفت و واگذاری تصویب آیین‌نامه نسبت به امور قضایی به هیئت‌وزیران با ایراد شورا مواجه شد. مجلس نسبت به اصلاح تبصره و رفع ایراد اقدام کرد و در سطر آخر این بند عبارت «رئیس قوه قضائیه» جایگزین عبارت «هیئت‌وزیران» شد و مصوبه را به شورا ارسال کرد. شورا در نظر شماره ۹۳/۱۰۲/۳۹۰۸ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۵ آن را بررسی و تأیید کرد.

با بررسی و مذاقه نظرات استدلالی شورا نسبت به بند (ه) تبصره ماده ۱۶ مبنی بر اینکه «سازمان زندان‌ها نیز از توابع قوه قضائیه محسوب می‌شود، لذا مطابق با اصول مذکور، تصویب آیین‌نامه‌های مرتبط با وظایف سازمان زندان‌ها، بر عهده رئیس قوه قضائیه است»، چنین برداشت می‌شود که صلاحیت رئیس قوه قضائیه نسبت به تصویب آیین‌نامه‌ها، توسط شورا به‌طور موسع تفسیر می‌شود و از یک‌سو شامل آیین‌نامه‌های اجرایی و قضایی می‌گردد و از سوی دیگر علاوه بر قوه قضائیه در معنای اخص (دادسراها و دادگاه‌های)، قوه قضائیه در معنای اعم (تمامی سازمان‌های زیرمجموعه قوه قضائیه) را نیز دربر می‌گیرد. علاوه بر آن، تتبع در نظرات شورا پیرامون لایحه آیین دادرسی کیفری مبرهن آن است که در نظرات شورا، صرف «تأیید» آیین‌نامه‌ها توسط رئیس قوه قضائیه کفایت نمی‌کند، بلکه صحت امر منوط به «تصویب» آنها توسط وی است و این از جمله دیگر بایسته‌های استقلال ساختاری قوه قضائیه در نظرات شورا است.

^۱ در تأیید این تقسیم‌بندی از آیین‌نامه‌ها می‌توان به لحن خاص شورای نگهبان نیز استناد نمود. برای مثال شورا در مقام اظهارنظر نسبت به لایحه آیین دادرسی کیفری در نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۶۱۴۱ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۳ در خصوص تبصره ماده (۱۳۰) از عبارت «آیین‌نامه اجرایی» و درباره تبصره ماده ۲۰۲ از عبارت «آیین‌نامه قضایی» استفاده کرده است.

۱.۳. لزوم اصلاح و حذف آیین‌نامه‌ها توسط قوه قضائیه

چنان‌که بیان شد قانون اساسی در اصل ۱۵۸ یکی از وظایف رئیس قوه قضائیه را «تهیه لوایح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی» ایران تعیین کرده است و با بررسی نظرات شورای نگهبان مشخص شد که شورا تهیه یا تصویب هرگونه آیین‌نامه قضایی توسط نهادی غیر از قوه قضائیه را منافی با استقلال این قوه می‌داند. بنابراین هرچند که در اصل ۱۵۸ به «تهیه» آیین‌نامه اشاره نشده و صرفاً «تهیه لوایح قضایی» مورد تصریح قرار گرفته است؛ اما با توجه به نظر شورای نگهبان پراوضح است که پس از تهیه آیین‌نامه قضایی و تصویب آن، هرگونه تغییر یا نسخ آن نیز باید توسط قوه قضائیه صورت گیرد. این مهم به تأیید مفسر قانون اساسی رسیده و مبتنی بر نظر شورای نگهبان، هرگونه اصلاح یا نسخ آیین‌نامه قضایی نیز با قوه قضائیه است. توضیح اینکه، مجلس شورای اسلامی در بند جزء (۲-۶) ماده ۲ «طرح اصلاح مواد (۱) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی و اصلاحات بعدی آن» مصوب ۱۳۹۹ یکی از وظایف و اختیارات هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار را «حذف یا اصلاح دستورالعمل‌ها، بخشنامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و سایر مقررات اجرایی محل کسب‌وکار در جهت بهبود محیط کسب‌وکار» تعیین کرده بود.

شورای نگهبان در نظر شماره ۹۹/۱۰۲/۱۷۶۸۴ مورخ ۱۳۹۹/۳/۱۳ بر این مصوبه ایراد کرد که تفویض تصمیم‌گیری به وزیر امور اقتصادی و دارایی در خصوص حذف و اصلاح آیین‌نامه‌های مصوب در غیر قوه مجریه [مانند قوه قضائیه] مغایر با قانون اساسی در خصوص استقلال قواست. پس از ایراد شورا، مجلس شورای اسلامی در اصلاحات، جزء مورد ایراد را حذف کرد و مصوبه در نظر شماره ۹۹/۱۰۲/۲۲۱۰۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۵ مورد تأیید شورا قرار گرفت. بنابراین دامنه صیانت شورای نگهبان نسبت به آیین‌نامه‌های قضایی مبنی بر صلاحیت قوه قضائیه شامل مراحل سه‌گانه «تهیه»، «تصویب» و «اصلاح یا نسخ» این آیین‌نامه‌ها می‌شود و این مهم از جمله بایسته‌های استقلال ساختاری قوه قضائیه در نظرات شورا است.

۲. ممنوعیت نظارت سایر قوا بر عملکرد قوه قضائیه

نظارت بر هر سیستم یا نهادی از ملزومات تضمین کارکرد صحیح آن است؛ نهادهای حاکمیتی نیز از این اصل مستثنا نیستند. در میان نهادهای حاکمیتی کشورمان، نظارت بر قوه قضائیه از اهمیت و بایستگی خاصی برخوردار است. چه، «نهاد قوه قضائیه و قضات بیش از نهادهای دیگر در معرض سوءاستفاده از سمت قضاوت قرار دارند؛ زیرا مرجع حل‌وفصل دعاوی و اختلاف است»^۱ و امکان اعمال نفوذ، تطمیع، تهدید و... برای آنها بیشتر است. از همین رو، باید نهایت تلاش را کرد تا مبادا دادرسان به‌عنوان ابزاری برای اهداف و مقاصد سیاسی درآیند.^۲ نظارت برون سازمانی یا نظارت خارجی برای قوه، مانند «نظارت مجلس»، «شوراهای عالی» یا «رئیس‌جمهور» در ارتباط با استقلال ساختاری محل بحث حاضر است که واکاوی آنها در نظرات شورای نگهبان مقصد نوشتار حاضر قرار می‌گیرد.

۲.۱. ممنوعیت نظارت مجلس

قانون‌گذار اساسی در اصل ۵۷ قانون اساسی اشعار می‌دارد: «قوای حاکم در جمهور اسلامی ایران عبارت‌اند از: قوه مقننه،

۱. فهیمی، محمدباقر و سیدابراهیم حسینی، «بررسی تطبیقی نقش قوه قضائیه در کشورهای اسلامی افغانستان، مصر، پاکستان و ایران»، مجله اندیشه‌های حقوق عمومی، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۶، ص ۸۶.

۲. لارکینز، کریستوفر، «تحلیل مفهومی و نظری رابطه استقلال قضایی و مردمی شدن»، ترجمه محمدحسین زارعی، نشریه راهبرد، دوره ۱۰، شماره ۳، ۱۳۸۱، ص ۲۲۳.

قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند».

بنابراین، طبق اصول مقرر در قانون اساسی، نهاد مستقل و برون‌سازمانی (به‌جز مواردی مانند نظارت رهبری، حق تحقیق و تفحص و کمیسیون اصل نود مجلس یا نظارت نهادی مانند دیوان محاسبات) برای نظارت بر عملکرد قوه قضائیه پیش‌بینی نشده است.^۱ لذا یکی از جنبه‌های استقلال قوا این است که امکان دخالت و نظارت هیچ‌کدام از قوای سه‌گانه در کار دیگری، به‌طور مستقیم و رأساً وجود ندارد و عملکرد هریک به‌صورت جداگانه است.^۲ و مفهوم استقلال در درون خود مدلول عدم نظارت مجلس بر قوه قضائیه (جز در خصوص حق تحقیق و تفحص و نیز پاسخ‌گویی وزیر دادگستری درباره کلیه مسائل مربوط به قوه قضائیه)^۳ را نیز دربر دارد. درواقع در قانونی اساسی، سیستم تفکیک قوا در رابطه با تأثیرگذاری و نظارت بر قوه قضائیه یک نوع تفکیک سخت است و قوه قضائیه در برابر مجلس شورای اسلامی و قوه مجریه چندان پاسخ‌گو نیست.^۴ از این‌رو، تبصره ذیل جزء (۷ - ۱) ماده (۳) «طرح تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور» مصوب ۱۳۸۸ از این لحاظ مورد ایراد شورای نگهبان واقع شد. توضیح اینکه، مجلس در این تبصره مقرر کرده بود که کلیه دستگاه‌های حکومتی و عمومی تمام قوانین و مقررات مخصوص به خود را به‌طور جداگانه با رعایت مفاد این قانون تنقیح و به معاونت^۵ ارسال کنند و در مورد مصوبات آتی نیز تداوم بخشند. شورا در نظر شماره ۸۸/۳۰/۳۷۷۵۸ مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۶ این تبصره را مغایر با اصول متعددی از جمله اصل ۱۵۶ قانون اساسی دانست.

مجلس نسبت به اصلاح این تبصره اقدام کرد و حکم مذکور در آن مبنی بر «کلیه دستگاه‌های حکومتی و عمومی تمام قوانین و مقررات مخصوص به خود را به‌طور جداگانه با رعایت مفاد این قانون تنقیح و به معاونت ارسال نمایند» را به «تمام دستگاه‌های حکومتی و عمومی موظفانند کلیه مقررات مصوب خود را تنقیح نموده و به‌طور مستمر ادامه دهند ...» تغییر داد. با اعمال این تغییر شورا در نظر شماره ۸۹/۳۰/۳۸۷۸۰ مورخ ۱۳۸۹/۴/۳ این مصوبه را تأیید کرد. درواقع شورا الزام به تنقیح قوانین و مقررات و ارسال به معاونت (مجلس) را نوعی وضع تکلیف بر قوه قضائیه توسط مجلس دانسته و آن را ناقض استقلال قوه قضائیه و مغایر با قانون اساسی دانسته است و این از جمله دیگر بایسته‌های استقلال ساختاری قوه قضائیه در نظرات شورای نگهبان است.

۲.۲. ممنوعیت نظارت شوراهای عالی

مصوبه دیگری که در آن بحث نظارت بر قوه قضائیه مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفته است، «طرح تشکیل شورای عالی خانواده» مصوب ۱۳۸۳ است. مجلس در بند (د) این طرح، نظارت بر فعالیتهای نهادهای مسئول در حوزه زنان و

۱. فهمی و حسینی، پیشین، ص ۸۶.

۲. جعفری، اسماعیل و سیده لیلا هاشمی‌نژاد، «تأثیر تفکیک قوا بر عملکرد جمهوری اسلامی ایران: نقاط قوت و ضعف»، ماهنامه پژوهش ملل، دوره ۲، شماره ۱۴، ۱۳۹۵، ص ۱۳.

۳. ماده ۴ قانون نحوه اجرای اصل ۱۶۰ قانون اساسی مصوب ۱۳۹۴/۲/۲۲ در این خصوص مقرر می‌دارد: «وزیر دادگستری در قبال کلیه مسائل مربوط به روابط قوه قضائیه با سایر قوا و وظایف قانونی خود مانند سایر وزرا موظف است در برابر مجلس شورای اسلامی پاسخگو باشد. وزیر دادگستری موظف است به سؤالات نمایندگان مجلس در مورد مسائل مختلف مربوط به روابط قوه قضائیه با قوای دیگر پس از کسب اطلاع و با رعایت استقلال قضات، پاسخ دهد».

۴. امیری، محسن و محمدرضا ویژه، «اصول بنیادین ناظر بر تضمین استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران با نگاهی به حقوق فرانسه»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، شماره ۳، ۱۳۹۳، ص ۱۰.

۵. مراد از معاونت در این تبصره، طبق ماده یک قانون مذکور، معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی که به‌اختصار معاونت نامیده می‌شود.

خانواده (اعم از دولتی و غیردولتی) را جزء وظایف شورای عالی خانواده قرار داده بود. شورا در نظر شماره ۸۷/۳۰/۲۷۲۴۱ مورخ ۱۳۸۷/۳/۱۳ این نظارت را در مواردی که شامل امور قضایی می‌شود، مخالف با اصل ۱۵۶ ق.ا. دانست. پس از ایراد شورا، این طرح دیگر به شورا ارجاع نشد.

از نوع ایراد شورا نسبت به این طرح، چنین برداشت می‌شود که مبتنی بر این نظر شورا، نظارت بر محاکم از جانب نهادهای خارج از قوه قضائیه، پذیرفته نیست. به عبارت بهتر، از نوع ایراد شورا در این نظر چنین برداشت می‌شود که نظارت برون‌سازمانی نسبت به قوه قضائیه (به جز مواردی مانند نظارت‌های پیش‌بینی شده بر قوه قضائیه در قانون اساسی مانند نظارت مقام رهبری از طریق عزل و نصب رئیس قوه قضائیه، دیوان محاسبات و نظارت از طریق مجلس شورای اسلامی موضوع اصول ۱۷۶ و ۲۹۰) از دیدگاه شورا وجود ندارد. براینکه کمی درنگ در بحث حاضر بر آن گواهی می‌دهد که اشکال نه در رویه شورا، بلکه در نحوه مهندسی ارتباط قوا در نظام تفکیک قوا و فقدان پیش‌بینی نظارت برون‌سازمانی قوی نسبت به این قوه است. هرچند که نظارت خارج از سازمان یا نظارت بیرونی در مواردی از ملزومات رعایت طی مسیر صحیح سازمان است؛ لکن حدود این مهم به دلیل اهمیت خاص ویژگی استقلال قوه قضائیه، مضیق ترسیم شده است.

۲.۳. ممنوعیت ورود رئیس‌جمهور به پرونده‌های قضایی

از فلسفه‌های مهم تفکیک قوه قضائیه از قوه مجریه، ممانعت از مداخله مقام‌های اجرایی در امر قضاوت است. این مهم به درجه‌ای از اهمیت است که «مصون نگاه‌داشتن قوه قضائیه از مداخلات قوه مجریه، از مهم‌ترین دغدغه‌های قانون‌گذار اساسی بوده است. بر همین اساس، قوه مجریه از ابزار کمتری (نسبت به قوه مقننه) در ارتباط با پاسخ‌خواهی از قوه قضائیه برخوردار است».^۳ بدین سبب، هرگونه مداخله مقامات قوه مجریه (بالأخص رئیس‌جمهور) در امر قضا، حساسیت اهل فن را برمی‌انگیزد و جواز انجام چنین مداخله‌ای توسط نهاد ناظر، نقض غرض است. به همین جهت لایحه «اصلاح مواد فصل دوم قانون تعیین حدود و وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست‌جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۵/۸/۲۲ مجلس شورای اسلامی» تحت عنوان «مسئولیت رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی» در نظر شماره ۸۲/۳۰/۲۹۴۴ مورخ ۱۳۸۲/۲/۱۷ با ایرادات شورای نگهبان مواجه شده است که در ادامه ذیل سه بند مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

(۱) در ماده یک این لایحه، این اختیار به رئیس‌جمهور داده می‌شد تا وظایف مربوط به نظارت، کسب اطلاعات، بازرسی، پیگیری و بررسی را از طریق هیئتی متشکل از افراد صاحب‌نظر در امور حقوقی و اجرایی به نام «هیئت پیگیری و نظارت بر اجرای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» انجام دهد و کلیه دستگاه‌های حکومتی ملزم به همکاری با این هیئت بوده و علاوه بر پاسخ‌گویی باید کلیه مدارک و اسناد مورد تقاضا را در اختیار این هیئت قرار دهند.

از نظر شورا، اطلاق عبارت نظارت رئیس‌جمهور یا هیئت پیگیری بر کلیه دستگاه‌های حکومتی، درحالی که شمول عبارت «کلیه دستگاه‌های حکومتی» در مورد نهادهایی مانند قوه قضائیه که قانون اساسی به آن‌ها اختیار یا وظیفه‌ای داده است، نسبت به تشخیص، برداشت، نوع و کیفیت اعمال این اختیار و مسئولیت، خلاف اصول مربوط در قانون اساسی است. به

۱. اصل ۷۶ قانون اساسی: «مجلس شورای اسلامی حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را دارد.»

۲. اصل ۹۰ قانون اساسی: «هرکس شکایتی از طرز کار مجلس یا قوه مجریه یا قوه قضائیه داشته باشد، می‌تواند شکایت خود را کتباً به مجلس شورای اسلامی عرضه کند. مجلس موظف است به این شکایات رسیدگی کند و پاسخ کافی دهد و در مواردی که شکایت به قوه مجریه و یا قوه قضائیه مربوط است رسیدگی و پاسخ کافی از آنها بخواهد و در مدت متناسب نتیجه را اعلام نماید و در موردی که مربوط به عموم باشد به اطلاع عامه برساند.»

۳. تنگستانی، محمدقاسم، *استقلال و مسئولیت قوه قضائیه*، تهران: میزان، ۱۳۹۷، ص ۳۳۱.

عبارت بهتر، شورا معتقد است در هر مورد که قانون اساسی اختیار یا وظیفه‌ای به دستگاه‌های حکومتی مانند قوه قضائیه داده است، تشخیص، برداشت، نوع و کیفیت اعمال این اختیار و چگونگی آن، با خود دستگاه مربوطه است و این یکی دیگر از بایسته‌های استقلال ساختاری قوه قضائیه در نظرات شورای نگهبان است.

۲) در ماده دو، رئیس‌جمهور اختیار می‌یافت تا در صورت مشاهده عدم اجرای یکی از اصول قانون اساسی، ضمن دستور توقف تصمیمات و اقدامات انجام‌شده برخلاف قانون، مراتب را به اطلاع بالاترین مقام مسئول مربوطه در هر یک از قوا و نهادهای حکومتی برساند و علت توقف، نقض یا عدم اجرا را خواستار گردد؛ همچنین می‌توانست پرونده امر را برای تعقیب متخلف به مراجع صالح قضایی ارسال دارد.

از نظر شورا، صدور دستور توقف توسط رئیس‌جمهور در خصوص تصمیمات و اقداماتی، که مطابق قانون اساسی مسئول مشخص دارد، خلاف اصول متعدد از قانون اساسی است. همچنین به نظر شورا، اطلاق ظاهر این عبارت که رئیس‌جمهور «پرونده امر را برای تعقیب متخلف به مراجع صالح قضایی ارسال می‌دارد» نسبت به موردی که قاضی تشخیص تخلف ندهد، خلاف اصل ۱۵۶ قانون اساسی است. به روشن سخن، از دیدگاه شورا از جمله بایسته‌های استقلال ساختاری قوه قضائیه این است که تشخیص تخلف با قاضی رسیدگی‌کننده است و نه رئیس‌جمهور.

۳) در تبصره یک ماده دو، اولاً، این حق به رئیس‌جمهور داده شده بود که اگر رأی قضایی را مغایر قانون اساسی تشخیص دهد نقض رأی مذکور را از دیوان عالی کشور درخواست کند و این درخواست موجب توقف اجرا و آثار و تبعات رأی تا پایان رسیدگی می‌شد. ثانیاً، قوه قضائیه و محاکم و قضات ملزم به رسیدگی، به‌صرف درخواست رئیس‌جمهور بودند. ثالثاً، در این تبصره مقرر شده بود هنگام رسیدگی هیئتی مرکب از سه حقوق‌دان به انتخاب مجلس شورای اسلامی و سه حقوق‌دان به انتخاب هیئت‌وزیران در جلسه حضور خواهند داشت و نظرات و توضیحات خود را به شعبه ارائه خواهند کرد.

شورا بر این تبصره ایراد کرد که چون مستفاد از اصول قانون اساسی این است که رسیدگی قضایی در تمام مراحل از ابتدا تا قطعیت حکم به عهده قوه قضائیه و محاکم دادگستری است، ورود رئیس‌جمهور در پرونده‌های قضایی و احکام صادره و الزام قوه قضائیه و محاکم و قضات به رسیدگی به‌صرف درخواست رئیس‌جمهور، دخالت در امر قضا و موجب اخلال در وظایف و اختیاراتی است که به نص قانون اساسی بر عهده این قوه نهاده شده است. راجع به حضور حقوق‌دانان منتخب مجلس و هیئت‌وزیران نیز شورا بر این باور است که الزام دادگاه به پذیرفتن حضور حقوق‌دانان شش‌گانه در دادگاه مستلزم دخالت قوه مقننه و مجریه در قوه قضائیه و تجاوز از حدود و اختیاراتشان در قانون اساسی و مُخل استقلال ساختاری قوه قضائیه است.

درنهایت این لایحه برای بار دیگر به شورا ارسال نشد، اما در مقام سنجش نظرات شورا به نظر می‌رسد توسیع دامنه نظارت رئیس‌جمهور نسبت به کلیه دستگاه‌های حکومتی، ورود این مقام در رسیدگی‌های قضایی یا تعیین نماینده سایر قوا در جلسات دادگاه چندان با منطق و مفهوم استقلال قوه قضائیه سازگاری ندارد.

۳. مختصات ارتباط قوه قضائیه با وزارت دادگستری

همان‌طور که اشاره شد، قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل. «استقلال قوه قضائیه ایجاب می‌کند که اداره امور مربوط به نیازمندی‌های خود را بر عهده داشته باشد. اما امور مذکور آن‌چنان وسیع و گسترده است که می‌تواند امور قضایی را به نحو مؤثر تحت الشعاع قرار داده و اختلالاتی را به وجود آورد»^۱، چه، «به‌موجب اصل‌های ۱۵۷، ۱۵۸ و ۱۶۰ قانون اساسی،

^۱ تنگستانی، پیشین، ص ۳۳۱.

انجام مسئولیت‌های قوه قضائیه در امور اجرایی، اداری و استخدامی و به عبارت دیگر، اداره و مدیریت امور قوه قضائیه با رئیس قوه قضائیه است^۱ و این حجم وسیع از مسئولیت‌ها و وظایف نقصان در عملکرد صحیح را محتمل می‌کند. از این رو، قانون‌گذار اساسی در بازنگری قانون اساسی به منظور کم کردن از بار مسئولیت این امکان را پیش‌بینی کرد که رئیس قوه قضائیه بتواند مسئولیت‌های اداری، مالی و استخدامی غیر قضات را به وزیر دادگستری واگذار کند. در ادامه قانون نحوه اجرای قسمتی از اصل یکصد و شصت قانون اساسی در سال ۱۳۹۴ به تصویب رسید و مختصات وظایف و مسئولیت‌های وزیر دادگستری و ارتباط آن با سایر قوا را تا حدودی ترسیم کرد. در ماده دو این قانون وظایف مانند ارائه لوایح قضایی به دولت و دفاع از این لوایح در مجلس، همکاری برای تحقیق و تفحص مجلس در رابطه با امور مربوط به قوه قضائیه و همکاری در امور بین‌الملل از جمله قرارداد معاضدت قضایی و استرداد مجرمین بر عهده وزیر دادگستری نهاده شد. به تعبیری می‌توان صلاحیت‌های وزیر دادگستری را به صلاحیت‌های وزارتی که ناشی از عضویت در قوه مجریه است و صلاحیت‌های مرتبط با قوه قضائیه تقسیم کرد. بر همین اساس است که نصب وزیر دادگستری دایر مدار مشارکت رؤسای دو قوه قضائیه و مجریه و مجلس شورای اسلامی است.^۲ اما تنظیم مرز بین همکاری و همیاری و نقض استقلال در این رابطه دوجانبه، امری بس دشوار و نیازمند دقت نظر جزیل و سنجیدگی کثیر است. بر این اساس، نقش شورای نگهبان در تنسيق این رابطه در خلال تأیید و تفسیر مصوبات حائز اهمیت شایگانی است. در ادامه تبیین رابطه قوه قضائیه و وزارت دادگستری در آیین نظرات شورای نگهبان و تعیین بایسته‌های استقلال ساختاری قوه قضائیه از این منظر را پی می‌گیریم.

۳.۱. استقلال قوه قضائیه نسبت به وزارت دادگستری

قبل از اصلاحات قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ وزیر دادگستری نسبت به مسئولیت‌های قوه قضائیه مسئولیتی بر عهده نداشت و حدود وظایف وی در این خصوص صرفاً مرتبط با لوایح قضایی بود.^۳ اصل یکصد و شصتم سابق^۴ نیز در خصوص حیطه وظایف وزیر دادگستری صرفاً به «مسئولیت کلیه مسائل مربوط به روابط قوه قضائیه با قوه مجریه و قوه مقننه» اشاره می‌کرد. در خصوص اداره کارگزینی، اداره خدمات، اداره امور مالی، اداره روزنامه رسمی، اداره پزشکی قانونی، سازمان ثبت اسناد و املاک و نظایر این‌ها، در سال ۱۳۵۹ برای شورای عالی قضایی سابق این سؤال مطرح بود که: «آیا مسئولیت اداره آنها با وزیر دادگستری است که عضو قوه مجریه است یا با شورای عالی قضایی که مستقل از قوه مجریه است؟».

شورای نگهبان در نظر شماره ۴۲۱ مورخ ۱۳۵۹/۹/۱۱ اظهار کرد: «وظیفه وزیر دادگستری برقراری رابطه بین قوه قضائیه با قوه مجریه و مقننه است و عهده‌دار مسئولیت این وظیفه و وظایف مشترک با هیئت وزیران است و در امور تشکیلاتی دادگستری مانند: اداره امور مالی، کارگزینی، خدمات و پزشکی قانونی، وظیفه و مسئولیتی ندارد و این امور به عهده شورای عالی قضایی است».

باتوجه به مفاد استعمال فوق‌الذکر، دلایل عدم صلاحیت و مسئولیت وزیر دادگستری نسبت امور تشکیلاتی دادگستری عبارت‌اند از:

یکم، استقلال ساختاری قوه قضائیه ایجاب می‌کند که اداره امور مربوط به کلیه نیازمندی‌های آن نیز به دست همین قوه

۱. عباسی لاهیجی، حسن، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دادگستر، ۱۳۹۷، ص ۳۱۰.

۲. گرجی ازندربانی و مهاجری، پیشین، ص ۱۱۵.

۳. عمید زنجانی، عباسعلی، *کلیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: مجد، ۱۳۸۷، ص ۳۲۰.

۴. اصل ۱۶۰ ق.ا قبل از بازنگری سال ۱۳۶۸: «وزیر دادگستری مسئولیت کلیه مسائل مربوط به روابط قوه قضائیه با قوه مجریه و قوه مقننه را بر عهده دارد و از میان کسانی که شورای عالی قضائی به نخست‌وزیر پیشنهاد می‌کند انتخاب می‌گردد».

باشد. هرچند وظیفه اصلی قوه قضائیه رسیدگی به دعاوی و نظارت بر حسن اجرای قوانین و نظایر این‌هاست، ولی اموری که در خصوص تأمین نیازهای این دادگاه‌ها است، باید مستقل از قوه مجریه و در اختیار شورای عالی قضایی، که مسئول قوه قضائیه است، باشد.

دوم، در اصل یکصد و شصتم [سابق] وظیفه وزیر دادگستری صریحاً رابط میان قوه قضائیه و قوه مجریه و قوه مقننه است و مفاد آن این است که در اداره امور داخلی این قوه دخالت و مسئولیتی ندارد و کار او نظیر کاری است که در گذشته معاون پارلمانی وزارت دادگستری انجام می‌داده است.

سوم، شمول بند (۳) اصل ۱۵۸ ق.ا. است که یکی از وظایف رئیس قوه قضائیه را امور اداری و استخدامی مبنی بر استخدام قضات عادل و شایسته و عزل و نصب آنها و تغییر محل مأموریت و تعیین مشاغل و ترفیع آنان می‌داند. هرچند که استدلال‌ها و دلایل فوق مقرون به صحت است، همان‌طور که بیان شد، گذر زمان و اقتضائات عملی باعث تغییر اصل ۱۶۰ قانون اساسی شد و در حال حاضر رئیس قوه قضائیه می‌تواند اختیار تام مالی و اداری و نیز اختیارات استخدامی غیر قضات را به وزیر دادگستری واگذار کند و این واگذاری منافی با استقلال ساختاری قوه قضائیه نیست. شایان ذکر است، در خصوص نهادهایی مانند پزشکی قانونی و سازمان ثبت اسناد و املاک می‌توان نظر شورا را مورد نقد قرار داد؛ چراکه نه در وظایف قوه قضائیه و نه در وظایف رئیس قوه قضائیه که در قانون اساسی مورد تصریح قرار گرفته نمی‌توان موردی را یافت که اینها را دربر گیرد.^۱

در این خصوص استفسار دیگری در سال ۱۳۷۸ توسط رئیس قوه قضائیه از شورای نگهبان مطرح شد؛ مبنی بر اینکه در صورتی که وزیر دادگستری بخواهد تشکیلاتی برای وزارت دادگستری ایجاد کند، این تشکیلات زیر نظر قوه قضائیه و با استفاده از اعتبارات اداری مالی این قوه ایجاد می‌شود یا جزء تشکیلاتی قوه مجریه محسوب شده و نیازی به تصویب و تأیید رئیس قوه قضائیه ندارد؟ شورای نگهبان در نظر تفسیری شماره ۷۸/۲۱/۵۵۱۵ مورخ ۱۳۷۸/۸/۲ اظهار کرد که آنچه مربوط به وظایف وزیر دادگستری مذکور در اصل ۱۶۰ قانون اساسی است، مشمول اصل ۱۵۸ قانون اساسی خواهد بود. این تشکیلات باید به تصویب رئیس قوه قضائیه برسد و اعتبارات آن باید از طرف قوه قضائیه تأمین شود و آنچه مربوط به وظایف وزارتی وزیر دادگستری و نیز وظایفی است که هیئت دولت به‌عهده وی واگذار کرده، مشمول اصل ۱۵۸ قانون اساسی نیست و تشکیلات آن باید به تصویب دولت برسد.

اما آن روی سکه استقلال قوه قضائیه نسبت به وزارت دادگستری، استقلال و عدم مسئولیت وزیر دادگستری نسبت به قوه قضائیه است. این جنبه از استقلال وزیر دادگستری تا بدان‌جا بود که از نظر شورای نگهبان این مقام وظیفه‌ای نسبت به پاسخ‌گویی به سؤالات نمایندگان راجع به وظایف قوه قضائیه نخواهد داشت. توضیح آنکه، رئیس مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۶۲ از شورای نگهبان استفسار می‌کند که مسئولیت وزیر دادگستری نسبت به سؤالات نمایندگان مجلس شورای اسلامی که طبق اصل ۸۸ ق.ا. از عملکرد دادگاه‌ها و مسئولان قضایی کشور و امور مربوط به شورای قضایی مطرح می‌شود چیست؟

شورا در پاسخ به این استفسار به نظر شماره ۹۰۷۵ مورخ ۱۳۶۲/۴/۱۶ اظهار می‌دارد، مسئولیت وزیر دادگستری نسبت به پاسخ‌گویی به سؤال نمایندگان در حدود اصل ۱۶۰ ق.ا. اساسی است و در رابطه با مسئولیت‌های قوه قضائیه وزیر دادگستری مسئول پاسخ‌گویی نخواهد بود. بنابراین همان‌طور که وزیر دادگستری قبل از بازنگری در قانون اساسی، نسبت به وظایف قوه قضائیه اختیاری نداشت، مسئولیتی نیز (حتی در حد پاسخ‌گویی به سؤالات) نخواهد داشت.

۱. گرجی ازندریانی و مهاجری، پیشین، ص ۱۲۲.

۳.۲. تجهیز و تأمین تشکیلات قضایی

مسئله دیگری که در خصوص حدود وظایف و اختیارات وزارت دادگستری مطرح شده است، بحث «اصلاح، تجهیز و تأمین تشکیلات قضایی» است. درواقع انجام وظایف قوه قضائیه از طریق سازمان‌های تخصصی درونی این قوه و از طریق تقسیم کار محقق می‌شود؛ سازماندهی، تجهیز و تأمین این تشکیلات نیز از جمله لوازم مدیریتی مربوط به اداره این نهادها محسوب می‌شود و موضوع مبحث حاضر است.^۱ توضیح اینکه مجلس در قسمت (۲۳) ماده ۳ «لایحه وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین» مصوب ۱۳۷۳، قسمتی از درآمد عمومی را در اختیار وزارت دادگستری قرار می‌داد تا منحصراً به منظور تأمین کسری هزینه‌های جاری و احداث، خرید، تجهیز و تعمیر ساختمان‌های دادگستری و ایجاد و توسعه تشکیلات قضایی، هزینه کند.

شورا در نظر شماره ۷۶۲۳ مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۱ ایراد کرد که «وزارت دادگستری» باید به «قوه قضائیه» اصلاح شود. مجلس نسبت به رفع ایراد شورا اقدام کرد و با حذف کلمه «وزارت»، تکلیف و اختیار را به دادگستری بار کرد. پس از اعمال این اصلاح، شورا در نظر شماره ۱۱۱ مورخ ۱۳۷۴/۱/۱۶ لایحه مذکور را تأیید کرد. در مقام برآورد نظر شورا، باید ابراز کرد که اداره امور مالی قوه قضائیه بالاصاله با رئیس قوه قضائیه است^۲ و اصل ۱۶۰ قانون اساسی نیز مقرر می‌دارد که رئیس قوه قضائیه می‌تواند اختیارات تام مالی را به وزیر دادگستری تفویض کند. نتیجه آنکه:

اولاً، اداره امور مالی قوه قضائیه بالاصاله با رئیس قوه قضائیه است.

ثانیاً، اختیارات مالی وزیر دادگستری منوط به تفویض رئیس قوه قضائیه است.

ثالثاً، رئیس قوه قضائیه در تفویض وظایف از اختیار تام برخوردار است و می‌تواند وظایف را تفویض نکرده و شخصاً نسبت به انجام آنها مبادرت کند.

رابعاً، باتوجه به مقدمات فوق، قانون‌گذار در مقام تقنین باید وظایف قابل تفویض در اصل ۱۶۰ را برعهده رئیس قوه قضائیه قرار دهد و نه وزیر دادگستری. به بهتر سخن، یکی دیگر از بایسته‌های استقلال ساختاری قوه قضائیه این است که تشخیص و اختیار تفویض وظایف با رئیس قوه قضائیه است و نه قانون‌گذار.^۳

۴. رابطه نهادهای زیر مجموعه قوه قضائیه با سایر قوا

گاه در خصوص حیطه وظایف و اختیارات نهادهای زیرمجموعه قوه قضائیه (مانند سازمان بازرسی کل کشور) و بسط مفهوم «استقلال» این قوه نسبت به این نهادهای زیرمجموعه، ابهاماتی پیش می‌آید. به دیگر سخن، آیا اطلاق مفهوم استقلال ساختاری قوه قضائیه شامل تمامی نهادها و سازمان‌های زیرمجموعه این قوه نیز می‌شود؟ پاسخ شورای نگهبان در ظاهر مثبت است که در ادامه در خلال بررسی نظرات شورا آشکار می‌شود.

۱. تنگستانی، محمدقاسم، «حدود و لوازم اختیارات رئیس قوه قضائیه در ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه حقوق/ادری، دوره ۶، شماره ۱۹، ۱۳۹۸، ص ۵۵.

۲. عباسی لاهیجی، پیشین، ص ۳۱۵.

۳. شورای نگهبان در رابطه با استقلال قوه قضائیه از وزارت دادگستری و حدود اختیارات و وظایف وزیر دادگستری اظهارنظرهای مشابهی در موضوعات مختلف داشته است از جمله:

۱- طرح گذرانیدن مدت خدمت وظیفه فارغ‌التحصیلان دانشکده علوم قضایی در محاکم قضایی کشور مصوب ۱۳۷۳.

۲- لایحه نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴.

۴.۱. سازمان بازرسی کل کشور

سازمان بازرسی کل کشور از جمله تشکیلات غیرقضایی است که از نظر ساختاری زیرمجموعه قوه قضائیه قرار می‌گیرد.^۱ قانون‌گذار اساسی در اصل ۱۷۴ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «براساس حق نظارت قوه قضائیه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری سازمانی به نام «سازمان بازرسی کل کشور» زیر نظر رئیس قوه قضائیه تشکیل می‌گردد. حدود اختیارات و وظایف این سازمان را قانون تعیین می‌کند». براساس این اصل، «سازمان بازرسی کل کشور تحت نظر قوه قضائیه مسئولیت نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری کشور را بر عهده دارد و به‌عنوان یک دستگاه ضدفساد و حافظ حقوق شهروندی و تضمین‌کننده سلامت حاکمیت و دستگاه‌های اجرایی و اصلاح اقتدار آنها محسوب می‌شود».^۲ اما آیا اینکه این سازمان زیرمجموعه قوه قضائیه است مانع پاسخ‌گویی آن به مجلس خواهد بود؟ یافتن پاسخ این سؤال در پرتو نظرات شورای نگهبان غایت این مبحث از پژوهش حاضر است. مجلس در برخی از مواد «طرح اصلاح موادی از قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور مصوب ۱۳۶۰ و اصلاحیه آن مصوب ۱۳۷۵» سازمان بازرسی کل کشور را موظف به ارسال گزارش به مجلس می‌کرد که این مورد و برخی نکات دیگر در این قانون با ایراد شورای نگهبان مواجه شد. توضیح اینکه، مجلس در بند (۴) ماده (۲) این قانون، مقرر کرده بود: «سازمان بازرسی کل کشور موظف است فهرست و نتیجه گزارش‌های خود را به‌صورت ماهیانه به مجلس شورای اسلامی ارسال نماید». همچنین در پاراگراف دوم بند (د) ماده (۲)، مقرر می‌داشت که در مواردی که گزارش بازرسی متضمن اعلام وقوع جرمی است رئیس سازمان یا مقامات مأذون از طرف وی می‌توانند حسب مورد نماینده‌ای برای شرکت و دفاع از گزارش در جلسات رسیدگی معرفی یا با تقدیم لایحه، موضوع را تا حصول نتیجه نهایی پیگیری نمایند. در آخر مجلس مترصد الحاق یک تبصره به ماده ۱۰ این قانون بود با این مضمون که: «عدم اجرای پیشنهاد‌های سازمان بدون عذر موجه با تشخیص رئیس سازمان، مشمول مجازات ماده (۵۷۶) قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) خواهد بود».

شورا در نظر شماره ۸۶/۳۰/۲۵۱۰۶ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۴ موارد فوق‌الذکر، یعنی ۱- موظف شدن سازمان بازرسی به ارسال گزارش به مجلس، ۲- تفویض اختیار به رئیس سازمان جهت شرکت و دفاع از گزارش در جلسات رسیدگی و تقدیم لایحه، ۳- جرم بودن عدم اجرای پیشنهاد‌های سازمان بدون عذر موجه با تشخیص رئیس سازمان را مغایر با برخی اصول قانون اساسی از جمله اصل ۱۵۶ دانست. با ایراد شورا نسبت به موارد فوق، مجلس نسبت به اصلاح این موارد به این تفصیل اقدام کرد:

- ۱- پاراگراف آخر ذیل ردیف (۴) ماده (۲) مبنی بر «موظف شدن سازمان به ارسال گزارش به مجلس» را حذف کرد.
- ۲- پاراگراف آخر بند (د) ذیل ردیف (۵) ماده (۲) به این شرح زیر اصلاح شد که منطوق «تفویض اختیار به رئیس سازمان جهت شرکت و دفاع از گزارش در جلسات رسیدگی و تقدیم لایحه» به «رئیس سازمان یا مقامات مأذون از طرف وی یک نسخه از گزارش را با دلایل و مدارک مربوط برای تعقیب و مجازات مرتکب به مرجع صالح قضایی ارسال و موضوع را تا حصول نتیجه نهایی پیگیری نمایند» تغییر یافت؛ بنابراین، شرکت در جلسه و دفاع از گزارش و تقدیم لایحه به «پیگیری موضوع» تغییر یافت.
- ۳- تبصره ماده (۱۰) اصلاحی موضوع ماده (۸) به این شرح اصلاح شد که: «عدم اجرای پیشنهاد‌های سازمان بدون عذر

^۱. جمعی از نویسندگان، پیشین، ص ۳۳۱.

^۲. فلاح‌زاده، علی‌محمد و زهرا زارعی، «بررسی تطبیقی سازمان بازرسی کل کشور و نهاد آمبودمان»، فصلنامه حقوق/اداری، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۲، ص ۱۳۷.

موجه با اعلام رئیس سازمان و تشخیص مرجع قضایی صالح، مشمول مجازات ماده (۵۷۶) قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) خواهد بود». درواقع مطابق با اصلاحات به عمل آمده، برای جرم محسوب شدن عمل، رئیس سازمان فقط موضوع را «اعلام» می‌دارد و «تشخیص» جرم بودن با مرجع قضایی صالح خواهد بود.

درنهایت شورا در نظر شماره: ۲۷۸۱۸/۳۰/۸۷ مورخ ۲۵/۴/۱۳۸۷ مصوبه مجلس را تأیید کرد. در مقام بررسی نظرات شورا، تفکیک ایرادات و تحلیل هریک به طور جداگانه بایسته است.

در خصوص «موظف شدن سازمان بازرسی به ارسال گزارش ماهیانه به مجلس» به نظر می‌رسد مبنای نظر شورا به این شرح است که:

اولاً: با عنایت به اینکه سازمان بازرسی کل کشور، بازوی نظارتی قوه قضائیه است (کما اینکه به موجب اصول ۵۴ و ۵۵ قانون اساسی، دیوان محاسبات، بازوی نظارتی قوه مقننه است)؛ علی‌هذا تکلیف سازمان به ارسال گزارش ماهانه، خلاف اصل تفکیک قوا و استقلال ساختاری قوه قضائیه و مغایر با اصول ۵۷، ۱۵۶ و ۱۷۴ قانون اساسی است.

ثانیاً: بدیهی است اغلب یا تمامی گزارش‌هایی که سازمان بازرسی کل کشور راجع به دستگاه‌ها تهیه می‌نماید، از حیث اینکه گزارش، متضمن جرم و تخلف باشند یا نباشند، هنوز غیرقطعی است و نیازمند رسیدگی‌های قضایی است، مضافاً اینکه برخی از گزارش‌ها متضمن امور محرمانه، سری و فوق‌سری است که انعکاس آن نیازمند کسب مجوز قانونی از ریاست قوه قضائیه است، علی‌هذا تکلیف سازمان بازرسی کل کشور به ارسال تمامی گزارش‌ها به مجلس، ضمن اینکه این تکلیف مغایر با اصل تفکیک قوا و استقلال ساختاری قوه قضائیه است، مغایر با حفظ حقوق و حرمت دیگران (اشخاص حقیقی و حقوقی) نیز است.

پیرامون «تفویض اختیار به رئیس سازمان جهت شرکت و دفاع از گزارش در جلسات رسیدگی و تقدیم لایحه» نیز باید بیان داشت که مطابق با اصل ۱۷۴ قانون اساسی سازمان بازرسی کل کشور زیر نظر رئیس قوه قضائیه است و وظیفه این سازمان در چهارچوب نظارت نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری است؛ بنابراین، اولاً، این سازمان نمی‌تواند در جایگاه شاکی در رسیدگی قضایی حضور یابد و لایحه دهد و...؛ ثانیاً، پیگیری جرائم از حیث جنبه عمومی برعهده دادستان است و نه سازمان بازرسی و نه سایر سازمان‌ها، وظیفه و اختیار مشابهی ندارند؛ ثالثاً، نمی‌توان خارج از محدوده وظیفه مقرر در قانون اساسی، وظیفه و اختیاری برای این سازمان قائل شد.

اما قابل تأمل‌ترین قسمت از بحث حاضر، «جرم بودن عدم اجراء پیشنهادهای سازمان بدون عذر موجه با تشخیص رئیس سازمان» است که آشکارا در تضاد با اصل قانونی بودن جرم و اصل ۳۶ قانون اساسی^۱ و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی^۲ است. به موجب اصل قانونی بودن جرائم هیچ عملی جرم نیست مگر اینکه قانون آن را جرم بداند.^۳ بنابراین معیار جرم بودن عمل «قانون» است و نه تشخیص افراد.

۴.۲. کارگزاران و مستخدمین

«استقلال قوه قضائیه» و «اختیار تام مالی و اداری رئیس قوه قضائیه» به صراحت در قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است؛ اما گستره این مفاهیم تا چه اندازه است و مرز توقف آن‌ها کجاست؟ پاسخ به این سؤال و تعیین این بایسته استقلال

۱. اصل ۳۶ قانون اساسی: حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

۲. ماده ۲ قانون مجازات اسلامی: هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود.

۳. نوربها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۴۷.

ساختاری قوه قضائیه بسی دشوار است تا آنجا که شورای نگهبان در مقام پاسخ به استفساریه رئیس قوه قضائیه [وقت] در خصوص اصل یکصد و پنجاه و ششم راجع به اینکه: «آیا قوه قضائیه می‌تواند رأساً و بالاستقلال کارگزاران گزینش در امور استخدامی غیر قضایی را منصوب سازد؟» به نظر تفسیری و در نتیجه تعیین بایسته نرسیده است. توضیح اینکه، در این استفساریه تقریر شده که باتوجه به اینکه اختیارات تام مالی و اداری و نیز اختیارات استخدامی غیر قضات (اصل ۱۶۰) و همچنین انجام کلیه مسئولیت‌های اداری و اجرایی، برای رئیس قوه قضائیه (اصل ۱۵۷)، در قانون اساسی تصریح گردیده است و اجرای وظایف گسترده مذکور مستلزم استخدام کارکنان اداری متناسب با ایجاد تشکیلات لازم و انجام مسئولیت‌های مقرر در قانون اساسی و قوانین عادی است و از لوازم و مقدمات استخدام مزبور گزینش است، حال با توجه به استقلال مذکور در اصل ۱۵۶ برای قوه قضائیه، آیا این قوه می‌تواند رأساً و بالاستقلال کارگزاران گزینش در امور استخدامی غیرقضایی را منصوب سازد؟

شورا در نظر شماره ۸۰/۲۱/۱۶۰۴ مورخ ۱۳۸۰/۳/۳۱ اظهار می‌دارد که شورا موضوع را مطرح و مورد بررسی قرار داده، لکن به نظر تفسیری نرسیده است و بایسته این بُعد از استقلال ساختاری قوه قضائیه در نظرات شورا مسکوت مانده است. لکن به نظر می‌رسد مفهوم استقلال ساختاری، سوای از بحث استخدام کارگزاران گزینش است و قوه قضائیه در این مورد تابع قوانین و مراجع استخدامی عام کشور است.

نتیجه‌گیری

قانون اساسی در اصل ۵۷ قوای حاکم را «مستقل از یکدیگر» می‌داند و در اصل ۱۵۶ این قانون در مقام توصیف قوه قضائیه به‌طور اخص، اشعار می‌دارد «قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل...» و مستند به این اصول است که «استقلال ساختاری قوه قضائیه» مورد اهتمام ویژه قوه مؤسس قرار گرفته است. وظیفه تفسیر این اصول و ترسیم حدود استقلال ساختاری قوه قضائیه برعهده شورای نگهبان به‌عنوان مفسر و پاسبان قانون اساسی قرار دارد. شورای نگهبان در مقام انجام وظیفه خود مبنی بر تطبیق مصوبات با قانون اساسی، نظرات و دیدگاه‌هایی در خصوص ماهیت استقلال ساختاری قوه قضائیه ابراز کرده است که مبین صلاحیت انحصاری قوه قضائیه در پیشنهاد لایحه قضایی، تهیه، تصویب، اصلاح یا نسخ آیین‌نامه‌های اجرایی و قضایی توسط این قوه است.

نظرات دیگر شورای نگهبان حاکی از عدم نظارت مجلس (به‌جز مواردی مانند تحقیق و تفحص و سؤال از وزیر دادگستری و کمیسیون اصل نود مجلس) و شوراهای عالی (مانند شورای عالی خانواده) بر قوه قضائیه است و افزون بر آن اشخاص عالی قوه مجریه (رئیس‌جمهور) نیز حق مداخله در قوه قضائیه را ندارند و در هر مورد که قانون اساسی اختیار یا وظیفه‌ای به قوه قضائیه داده است، تشخیص، برداشت، نوع و کیفیت اعمال این اختیار و چگونگی آن، با خود قوه قضائیه است.

ترسیم رابطه قوه قضائیه با وزارت دادگستری در نظرات شورا مبرهن آن است که وزیر دادگستری همچون پل ارتباطی میان قوه قضائیه با قوای مقننه و مجریه است و نسبت به امور تشکیلاتی دادگستری (مگر به تفویض رئیس قوه قضائیه) مسئولیت و اختیاری ندارد. بنابراین اموری همچون «تجهیز و تأمین تشکیلات قضایی» با قوه قضائیه است و نه وزارت دادگستری. در پایان اینکه، از منظر شورای نگهبان اطلاق مفهوم استقلال ساختاری قوه قضائیه شامل تمامی نهادها و سازمان‌های زیرمجموعه این قوه نیز می‌شود.

منابع

کتاب

۱. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، جلد ۳، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۲. اصغری، محمدرضا، خلف رضایی، حسین، راجی، و سید محمد هادی، *شرح قانون اساسی: فصل ششم قوه مقننه*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶.
۳. بهادری جهرمی، علی و دیگران، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان و پژوهاک عدالت، ۱۴۰۰.
۴. تنگستانی، محمدقاسم، *استقلال و مسئولیت قوه قضائیه*، تهران: میزان، ۱۳۹۷.
۵. جمعی از نویسندگان، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان و پژوهاک عدالت، ۱۴۰۰.
۶. جنیدی، لیا و بیژن عباسی، *میتاق ملی: مجموعه مقالات به مناسبت بزرگداشت روز قانون اساسی*، تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۴۰۰.
۷. خالقی، علی، *نکته در آیین دادرسی کیفری*، تهران: شهر دانش، چاپ دهم، ۱۳۹۶.
۸. خسروی، حسن، *حقوق اساسی ۲*، تهران: دانشگاه پیام نور، چاپ نهم، ۱۳۹۴.
۹. راسخ، محمد، ریحانه کوشش کار و فائزه عامری، *وضع مقرر در قوه قضائیه*، تهران: دراک، ۱۳۹۴.
۱۰. رهپیک، حسن، *مقدمه علم حقوق*، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴.
۱۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: سمت، ۱۳۹۵.
۱۲. عباسی لاهیجی، حسن، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دادگستر، ۱۳۹۷.
۱۳. عمید زنجانی، عباسعلی، *کلیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: مجد، ۱۳۸۷.
۱۴. فتحی، محمد، کاظم کوهی اصفهانی و دیگران، *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۸.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۱۷. گرجی ازندریانی، علی اکبر و محمد مهاجری، *نقد رویه‌های شورای نگهبان*، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۸.
۱۸. مجیدی، محمدرضا، *آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، قم: نهاد نمایندگی مقام معظم رهبری در دانشگاه‌ها: دفتر نشر معارف، ۱۳۸۹.
۱۹. موسی‌زاده، رضا، *حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات و ایران)*، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۲۰. مهرپور، حسین، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۲۱. ناجی‌زواره، مرتضی، *دادرسی بی طرفانه در امور کیفری*، تهران: شهردانش، ۱۳۸۹.
۲۲. نوربها، رضا، *زمینه حقوق جزای عمومی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱.
۲۳. وکیل، امیر ساعد و پوریا عسکری، *قانون اساسی در نظم حقوق کنونی*، تهران: مجد، ۱۳۸۸.
۲۴. هاشمی، محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۸.

مقاله

۲۵. امیری، محسن و محمدرضا ویژه، «اصول بنیادین ناظر بر تضمین استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران با نگاهی به حقوق فرانسه»، *مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۱۸، شماره ۳، ۱۳۹۳، صص ۲۶-۱.

۲۶. تنگستانی، محمدقاسم، «حدود و لوازم اختیارات رئیس قوه قضائیه در ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه حقوقی/اداری*، دوره ۶ شماره ۱۹، ۱۳۹۸، صص ۵۳-۷۸.
۲۷. جعفری، اسماعیل و سیده لیلا هاشمی نژاد، «تأثیر تفکیک قوا بر عملکرد جمهوری اسلامی ایران: نقاط قوت و ضعف»، *ماهنامه پژوهش ملل*، دوره ۲، شماره ۱۴، ۱۳۹۵، صص ۴۱-۲۱.
۲۸. زمانی، امین‌اله، محمدحسین باقری‌خوزانی، «صلاحیت رئیس قوه قضائیه در ارسال لوایح قضایی به مجلس شورای اسلامی»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۲، شماره ۱۰۳، ۱۳۹۷، صص ۵۰-۳۳.
۲۹. سوادکوهی‌فر، سام، «بحثی پیرامون قدرت اجرایی آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های قوه قضائیه در مقایسه با آیین‌نامه‌ها و مصوبات قوه مجریه»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۶۵، شماره ۳۵، ۱۳۸۰، صص ۵۴-۴۱.
۳۰. فلاح‌زاده، علی محمد و زهرا زارعی، «بررسی تطبیقی سازمان بازرسی کل کشور و نهاد آمودزمان»، *فصلنامه حقوقی/اداری*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۹۲، صص ۱۵۸-۱۲۷.
۳۱. فهمی، محمدباقر و سیدابراهیم حسینی، «بررسی تطبیقی نقش قوه قضائیه در کشورهای اسلامی افغانستان، مصر، پاکستان و ایران»، *مجله اندیشه‌های حقوق عمومی*، دوره ۶ شماره ۲، ۱۳۹۶، صص ۹۵-۷۵.
۳۲. کاشانی، جواد، «مفهوم لایحه قضایی»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۸، شماره ۵۳، ۱۳۹۵، صص ۲۷-۹.
۳۳. لارکینز، کریستوفر، «تحلیل مفهومی و نظری رابطه استقلال قضایی و مردمی شدن»، ترجمه محمدحسین زارعی، *نشریه راهبردی*، دوره ۱۰، شماره ۳، ۱۳۸۱، صص ۲۴۱-۲۱۷.
۳۴. الهام، غلام‌حسین و محمدامین ابریشمی‌راد، «نقد نظر شورای نگهبان درخصوص امکان ارسال مستقیم لوایح قضایی به مجلس»، *فصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی*، دوره ۱۵، شماره ۲، ۱۳۹۳، صص ۷۷-۵۵.

وبسایت

۳۵. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان قابل‌دسترس در : <http://nazarat.shora-rc.ir/>

References

Books

1. A Group of Authors, *Constitutional law of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Guardian Council and Echo of Justice Research Institute, 2021. (in Persian)
2. Abbasi Lahiji, Hassan, *Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Dadgostar, 2018. (in Persian)
3. Amid Zanjani, Abbas Ali, *Generalities of the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Majd, 2008. (in Persian)
4. Ardebili, Mohammad Ali, *General Criminal Law*, Volume 3, Tehran: Mizan, 2016. (in Persian)
5. Asghari, MohammadReza, Khalaf Rezaei, Hossein, Raji and Sayyed Mohammad Hadi, *Explanation of the Constitution; Chapter Six: Legislative Power*, Tehran: Guardian Council Research Institute, 2017. (in Persian)
6. Bahadori Jahromi, Ali et al. *Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Guardian Council and Echo of Justice Research Institute, 2021. (in Persian)
7. Fathi, Mohammad, Kazem Kouhi Esfahani et al. *The Constitution of the Islamic Republic of Iran with the Interpretative Opinions of the Guardian Council*, Tehran: Guardian Council Research Institute, 2019. (in Persian)
8. Gorji Azandriani, Ali Akbar and Mohammad Mohajeri, *Critique of the Procedures of the Guardian Council*, Tehran: Jungle, First Edition, 2019. (in Persian)
9. Hashemi, Mohammad, *Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran*, Volume 2, Tehran: Mizan, 2019. (in Persian)

10. Jonaydi, La'ya and Bijan Abbasi, *National Covenant: A Collection of Articles on the Occasion of Commemorating Constitution Day*, Tehran: Legal Assistant of the President, 2021. (in Persian)
11. Katouzian, Nasser, *Introduction to Law and Study of the Iranian Legal System*, Tehran: Sahami Publishing Company, 2016. (in Persian)
12. Katouzian, Nasser, *Philosophy of Law*, Volume 2, Tehran: Sahami Publishing Company, 2016. (in Persian)
13. Khaleghi, Ali, *A Point in Criminal Procedure*, Tehran: Shahr-e-Danesh, Tenth Edition, 2017. (in Persian)
14. Khosravi, Hassan, *Constitutional Law 2*, Tehran: Payam Noor University, Ninth Edition, 2015. (in Persian)
15. Majidi, Mohammad Reza, *Introduction to the Constitution of the Islamic Republic of Iran*, Qom: The Supreme Leader's Representative Institution in Universities: Ma'aref Publishing House, 2010. (in Persian)
16. Mehr-Pour, Hossein, *Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Dadgostar, First Edition, 2008. (in Persian)
17. Mousa-Zadeh, Reza, *Administrative Law 1 and 2 (Generalities and Iran)*, Tehran: Mizan, 2017. (in Persian)
18. Naji-Zavareh, Morteza, *Impartial Trial in Criminal Matters*, Tehran: Shahr-e-Danesh, 2010. (in Persian)
19. Nour-Baha, Reza, *Background of General Criminal Law*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2012. (in Persian)
20. Rah-Payk, Hassan, *Introduction to the Science of Law*, Tehran: Khorsandi, 2015. (in Persian)
21. Rasekh, Mohammad, Reyhaneh Kousheskar and Faezeh Ameri, *The Establishment of Regulations in the Judiciary*, Tehran: Derak, 2015. (in Persian)
22. Tabatabae'i Mo'tameni, Manouchehr, *Administrative Law*, Tehran: Samt, 2016. (in Persian)
23. Tangestani, Mohammad Ghasem, *Independence and Responsibility of the Judiciary*, Tehran: Mizan, 2018. (in Persian)
24. Vakil, Amir Sa'ed and Pouria Askari, *The Constitution in the Current Legal System*, Tehran: Majd, 2009. (in Persian)

Articles

25. Amiri, Mohsen and Mohammad Reza Vije, "Basic Principles Governing Judicial Independence in Iran's Legal System with an Eye to France's Legal system", *Comparative Law Researches*, Volume 18, Issue 3, 2014, pp: 1-26. (in Persian)
26. Elham, Gholam Hossein and Mohammad Amin Abrishami Rad, "Review of the Guardian Council's View about the Possibility of Sending Judicial Bills to the Majles Directly", *Quarterly Journal of Islamic Law Research*, Volume 15, Issue 2, 2014, pp: 55-77. (in Persian)
27. Fahimi, Mohammad Bagher and Sayyed Ebrahim Hosseini, "Comparative Study of the Role of the Judiciary in the Islamic Countries of Afghanistan, Egypt, Pakistan and Iran", *Journal of Thoughts on Public Law*, Volume 6, Issue 2, 2017, pp: 75-95. (in Persian)
28. Fallah-Zadeh, Ali Mohammad and Zahra Zare'i, "Comparative study of the General Inspectorate of the country and the Ombudsman Institution", *Administrative Law Quarterly*, Volume 1, Issue 2, 2013, pp: 127-158. (in Persian)
29. Ja'fari, Esmaeil and Sayyedeh Leila Hashemi-Nejad, "The Effect of Separation of Powers on the Performance of the Islamic Republic of Iran: Strengths and Weaknesses", *National Research Monthly Magazine*, Volume 2, Issue 14, 2016, pp: 21-41. (in Persian)
30. Kashani, Javad, "The Concept of Judicial Bill", *Quarterly Journal of Public Law Research*, Volume 18, Issue 53, 2017, pp: 9-27. (in Persian)

31. Larkins, Christopher, "Conceptual and Theoretical Analysis of the Relationship between Judicial Independence and Popularization", Translated by: Mohammad Hossein Zare'i, *Quarterly Journal of Strategy*, Volume 10, Issue 3, 2002, pp: 241-217. (in Persian)
32. Savadkouhi-Far, Sam, "A Discussion on the Executive Power of the Regulations and Circulars of the Judiciary in Comparison with the Regulations and Resolutions of the Executive Branch", *The Judiciarys Law Journal*, Volume 65, Issue 35, 2001, pp: 41-54. (in Persian)
33. Tangestani, Mohammad Ghasem, "Limitations and Requirements of Authorities of Head of the Judiciary about Creation Necessary Organizations in the Judiciary in Legal System of Iran in the Iranian Legal System", *Administrative Law Quarterly*, Volume 6, Issue 19, 2019, pp: 53-78. (in Persian)
34. Zamani, Aminollah, Mohammad Hossein Bagheri Khozani, "The Authority of the Chief Justice of Iran to Send Judicial Bills Directly to the Parliament", *The Judiciarys Law Journal*, Volume 82, Issue 103, 2018, PP 33-50. (in Persian)

Websites

35. Comprehensive System of Guardian Council Opinions Available at: <http://nazarat.shora-rc.ir/> (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Preventive Legal Measures to Deal with the Negative Consequences of Video Games

Sadegh Sayyadi¹, Habibollah Kiani²

ABSTRACT

In today's world, video games are not only considered as tools for entertainment, but also play a role beyond that in the economic, cultural and social arenas. These new human achievements, like any other phenomenon, have positive and negative consequences, which is necessary to analyze and study these different dimensions. In recent years, this industry has been criticized by researchers, parents and legislators. The question is what legal measures can be taken to deal with the negative consequences of video games? The purpose of this research is to identify and study "preventive legal measures" that can be used to organize the negative consequences of video games. This research is practical and has been written by using an analytical-descriptive method and library resources. The results indicate that all measures taken by governments can be divided into three general categories; measures aimed at: 1) Preventing the formation of a harmful situation 2) Restricting the access of players 3) Advising and guiding the players. Accordingly, in order to apply measures one and two, different regulations have been established on a case-by-case basis. Since these measures were used on a case-by-case basis and not as a collection, they have not been as efficient and useful as expected; Therefore, the existing regulations are not enough to solve the challenges and deal with the negative consequences of disadvantageous video games, and it is necessary to enact a comprehensive law that includes all the different legal measures in the form of a single collection.

KeyWords: Legal Measures, Video Games, Legal Protection, Preventive Measures, Negative Consequences of Video Games.

How to Cite: Sayyadi, Sadegh, Kiani, Habibollah, "Preventive Legal Measures to Deal with the Negative Consequences of Video Games", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:199-218.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.228665.2305>

Received: 18/09/2022-Accepted: 10/06/2024

1. L.L.M, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Corresponding Author Email: sadegh.sayyadi@gmail.com

2. Assistant Professor, Faculty of Literature & Humanities, Malayer University, Malayer, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



تدابیر حقوقی پیشگیرانه در راستای مقابله با پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی

صادق صیادی^۱، حبیب اله کیانی^۲

چکیده

در دنیای امروز، بازی‌های ویدئویی صرفاً به‌عنوان ابزارهایی برای سرگرمی تلقی نمی‌شوند، بلکه نقشی فراتر از آن را در عرصه‌های اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی ایفا می‌کنند. این دستاوردهای نوین بشری، همانند هر پدیده دیگری، پیامدهای مثبت و منفی دارند که تحلیل و بررسی این ابعاد گوناگون، ضرورتی انکارناپذیر است. در سال‌های اخیر این صنعت مورد انتقاد پژوهشگران، والدین و قانون‌گذاران قرار گرفته است. سؤالی که مطرح می‌شود، این است که چه اقدامات حقوقی می‌توان برای مقابله با پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی انجام داد؟ هدف از این پژوهش شناسایی و بررسی «تدابیر حقوقی پیشگیرانه‌ای» می‌باشد که از آنها می‌توان به‌منظور ساماندهی آثار منفی بازی‌های ویدئویی استفاده کرد. این پژوهش کاربردی بوده و با روش تحلیلی-توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای نگاشته شده است. نتایج بیانگر این امر است که کلیه تدابیر صورت‌گرفته از سوی دولت‌ها را می‌توان به سه دسته کلی تقسیم کرد؛ اقداماتی با هدف: (۱) عدم شکل‌گیری وضعیت زیان‌بار (۲) محدود کردن دسترسی بازیکنان (۳) مشاوره و راهنمایی کردن بازیکنان. بر همین اساس، در راستای به‌کارگیری راهبردهای یک و دو، به‌صورت موردی مقررات مختلفی وضع شده است. این تدابیر از آنجاکه به‌صورت موردی و نه مجموعه‌ای، به کار گرفته شدند، آن‌طور که پیش‌بینی می‌شد کارآمد و مفید نبوده‌اند؛ از این‌رو مقررات موجود برای رفع چالش‌ها و مقابله با پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی زیان‌بار کافی نبوده و تصویب یک قانون جامع، که کلیه تدابیر حقوقی مختلف در قالب یک مجموعه واحد در آن پیش‌بینی شده باشند، امری ضروری است.

کلید واژگان: تدابیر حقوقی، بازی‌های ویدئویی، حمایت حقوقی، تدابیر پیشگیرانه، پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی.

استناد به این مقاله: صیادی، صادق، کیانی، حبیب‌اله، «تدابیر حقوقی پیشگیرانه در راستای مقابله با پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۲۱۸-۱۹۹.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.228665.2305>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۱

۱. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: sadegh.sayyadi@gmail.com

۲. استادیار، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

بازی‌های ویدئویی،^۱ که زمانی صرفاً به‌عنوان سرگرمی‌ای گذرا تلقی می‌شدند، اکنون به پدیده‌ای فراگیر تبدیل شده‌اند که در تاروپود جوامع، اقتصاد و فرهنگ نفوذ کرده‌اند. این بازی‌ها با دارا بودن طیف گسترده‌ای از ژانرها، از اکشن و آموزشی تا ماجراجویانه و استراتژیک، طیف وسیعی از مخاطبان را در سنین مختلف به خود جذب کرده‌اند. این سبک‌ها می‌توانند بر پلتفرم‌های مختلفی مانند موبایل، کنسول‌های بازی مانند پلی‌استیشن یا ایکس‌باکس، و رایانه‌های شخصی اجرا شوند. همچنین، این نوع بازی‌ها می‌توانند به‌صورت آنلاین یا آفلاین، تک‌نفره یا چندنفره باشند.

در عرصه اقتصاد، بازی‌های ویدئویی در قامت یکی از بزرگ‌ترین و پرسودترین صنایع سرگرمی در جهان شناخته می‌شوند. این صنعت نه تنها به‌عنوان منبع درآمدی کلان، نقشی کلیدی در اشتغال‌زایی ایفا می‌کند، بلکه بستر مناسبی برای شکوفایی خلاقیت و نوآوری را نیز فراهم می‌آورد. عناوین خلاقانه و مبتکرانه در این صنعت، مرزهای داستان‌سرایی، طراحی و فناوری را جابه‌جا می‌کنند و تجربیات تازه‌ای را برای مخاطبان خود رقم می‌زنند. این دسته از بازی‌ها فراتر از صرف سرگرمی، کاربردهای متنوعی در زمینه‌های مختلف یافته‌اند. از آموزش و شبیه‌سازی‌های واقع‌گرایانه تا تمرین مهارت‌های حل مسئله و کار تیمی، این بازی‌ها می‌توانند در مقام ابزارهای آموزشی مؤثر در سطوح مختلف تحصیلی مورد استفاده قرار گیرند. علاوه بر این، از بازی‌های ویدئویی برای مقاصد درمانی نیز استفاده می‌شود. برای مثال، بازی‌های واقعیت مجازی در توان‌بخشی بیماران مبتلا به سکته مغزی و اختلالات اضطرابی مؤثر نشان داده‌اند. این قبیل بازی‌ها به‌عنوان پدیده‌ای اجتماعی، امکان تعامل و ارتباط بین افرادی را که در نقاط مختلف جهان قرار دارند، فراهم می‌آورند. این بازی‌ها به همراه شبکه‌های اجتماعی که با آنها همراه هستند، محیطی را برای گفت‌وگو، همکاری و رقابت بین بازیکنان ایجاد می‌کنند، که این امر به‌نوبه خود، حس تعلق به یک جامعه مجازی را در میان آنها تقویت می‌کند.

باوجود مزایای فراوان، بازی‌های ویدئویی خالی از پیامدهای منفی نیز نیستند. اعتیاد به بازی، خشونت، انزوا، مشکلات جسمی و روانی و صرف هزینه‌های هنگفت ازجمله این پیامدها هستند. غرق شدن در دنیای مجازی بازی‌ها می‌تواند منجر به اعتیاد و اختلال در زندگی فردی و اجتماعی افراد شود. علائمی مانند بی‌توجهی به وظایف، افت تحصیلی، مشکلات خانوادگی و گوشه‌گیری، از نشانه‌های اعتیاد به بازی هستند. محتوای خشونت‌آمیز برخی از بازی‌ها می‌تواند بر رفتار و خلق‌وخوی افراد، به‌ویژه کودکان و نوجوانان، تأثیر منفی بگذارد. افراط در این دسته از بازی‌ها می‌تواند منجر به انزوا و گوشه‌گیری افراد از دنیای واقعی و روابط اجتماعی شود. کمبود تحرک، خستگی چشم، مشکلات خواب و چاقی ازجمله مشکلات جسمی مرتبط با این نوع از بازی‌ها هستند. علاوه بر این، برخی از بازی‌ها می‌توانند منجر به اضطراب، افسردگی و پرخاشگری در افراد شوند. با توجه به پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی، مقابله با آنها از طرق مختلف به‌ویژه قانون‌گذاری^۲ امری ضروری به نظر می‌رسد. قانون‌گذاران با وضع اقدامات پیشگیرانه می‌توانند از بروز خطرهای آسیب‌های ناشی از این دسته از بازی‌ها جلوگیری کنند یا آنها را کاهش دهند.

این پژوهش در پی شناسایی و تحلیل تدابیر حقوقی است که می‌توانند در کنترل و مدیریت پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی مؤثر باشند. طراحی و اجرای سیاست‌های نظارتی و کنترلی کارآمد در حوزه بازی‌های ویدئویی، به‌دلیل ماهیت پویا و درحال تکامل این رسانه و فناوری، امری پیچیده و چالش‌برانگیز است. این پژوهش با اتکا به منابع علمی معتبر و بررسی قوانین و مقررات مختلف ملی و بین‌المللی مرتبط با موضوع، به ارائه و تشریح شش تدبیر حقوقی در قالب سه

1. Video Games

2. Lischer S, et al. "Response to the Regulation of Video Games under the Youth Media Protection Act: A Public Health Perspective", *Int J Environ Res Public Health*, Volume 19, Issue 15, 2022, P 1.

دسته اصلی می‌پردازد که هریک به‌نوبه خود، راهبردهایی را برای ساماندهی به پیامدهای منفی احتمالی این بازی‌ها ارائه می‌کنند. این موارد عبارت‌اند از: الف) اقداماتی با هدف عدم شکل‌گیری وضعیت زیان‌بار: «۱- تکالیف تولیدکنندگان»، «۲- اصل احتیاط»؛ ب) اقداماتی با هدف محدود کردن دسترسی بازیکنان: «۳- سانسور و طبقه‌بندی محتوا»، «۴- تحدید دسترسی»؛ ج) اقداماتی با هدف مشاوره و راهنمایی نمودن بازیکنان: «۵- پیام‌های هشداردهنده»، «۶- ارائه خدمات کمک به بازیکنان». راهکارها و دسته‌بندی‌های بیان‌شده کاملاً ابتکاری بوده و توسط نگارندگان این نوشتار ابداع و تنظیم شده‌اند. اقدامات مذکور قابلیت اعمال نسبت به کلیه بازی‌ها در ژانرهای مختلف را دارد و در همه پلتفرم‌ها اعم از رایانه، کنسول و موبایل می‌توان از آنها بهره برد. شایان ذکر است، علاوه بر این تدابیر، راهکارهای دیگری نیز به‌صورت موردی و پراکنده وجود دارند که به‌دلیل محدودیت موجود در تعداد کلمات مقاله، در این پژوهش صرفاً به مواردی که به آنها اشاره شد، پرداخته خواهد شد.

در این راستا، ابتدا به‌اختصار نتایج مطالعات انجام‌شده توسط محققان در زمینه تأثیرات زیان‌بار این نوع از بازی‌ها ارائه می‌شود و سپس، با توجه به مقررات موجود در نظام حقوقی ایران و سایر مقررات فراملی، رویکردهای حقوقی موجود برای جلوگیری یا کاهش آثار منفی بازی‌های ویدئویی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. تأثیرات زیان‌بار بازی‌های ویدئویی

بازی‌های ویدئویی بعضاً به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم به مباحثی چون خشونت، محتوای جنسی، مصرف مواد مخدر و الکل، قمار و... می‌پردازند. نتایج برخی پژوهش‌ها بیانگر این امر است در صورتی که بازی‌های رایانه‌ای به‌صورت بلندمدت مورد استفاده قرار بگیرند، نسبت به دوره کوتاه‌مدت تأثیر بیشتری بر روی بازیکن^۱ (گیمر) می‌گذارند. همچنین علاوه بر تکرار انجام بازی در بلندمدت، مقدار ساعات و زمان انجام بازی نیز در زمینه تأثیرگذاری بااهمیت است.^۲ تعامل موضوعی است که بازی‌های ویدئویی را از دیگر رسانه‌ها جدا می‌کند.^۳ با توجه به ویژگی تعاملی بودن این دسته از بازی‌ها، خشونت موجود در این بازی‌ها نیز تعاملی است؛ یعنی ممکن است فرد به‌طور عمیقی درگیر بازی شود. این درگیری بیش‌ازحد، ممکن است که خود و کنترل فرد را با مشکل مواجه کند. استشنا قائل شدن بر حق آزادی بیان در خصوص بازی‌های ویدئویی مروج خشونت در جامعه، ازجمله موضوعاتی است که بارها در مراجع قضایی ایالات متحده آمریکا مطرح شده است، اما در هر موردی که این درخواست را بیان کرده‌اند، قضات مطلقاً رأی بر بی‌حقی خواهان‌ها و عدم اعمال این محدودیت‌های مضیق بر بازی‌های خشن صادر کرده‌اند.^{۴ ۵ ۶} بازیگر در دنیای بازی

^۱ Player

^۲ Rothmund, Tobias, Mario Gollwitzer, Jens Bender and Christoph Klimmt. "Short- and Long-Term Effects of Video Game Violence on Interpersonal Trust", *Media Psychology*, Volume 18, Issue 1, 2015, PP 125-127; 18. Mustafaoğlu, Rüstem, Emrah Zirek, Zeynal Yasacı and Arzu Razak Özdiñçler. "The Negative Effects of Digital Technology Usage on Children's Development and Health", *Addicta: the Turkish journal on addictions*, Volume 5, Issue 2, 2018, PP 16-17; Franceschini, Sandro; Sara Bertoni, Matteo Lulli, Telmo Pievani, Andrea Facoetti. "Short-term effects of video-games on cognitive enhancement: The role of positive emotions", *Journal of Cognitive Enhancement*, Volume 6, Issue 1, 2022, PP 30-32.

^۳ حسینی، سید داوود، «بازی‌های رایانه‌ای نگاهی به ویژگی‌ها و نبایدها»، فصلنامه راه‌آورد نور، شماره ۳۶، ۱۳۹۰، ص ۲۹.

^۴ Rotenberg, A. *How 21st Century Violent Video Games Are Testing the Limits of First Amendment Values and What Can Be Done to Save Our Children*, Law School Student Scholarship, 2013, P 8.

^۵ Brown v. Entertainment Merchants Ass'n, 564 U.S. 786, 131 S. Ct. 2729, 180 L. Ed. 2d 708 (2011).

^۶ Entertainment Software Ass'n v. Foti, 451 F. Supp. 2d 823 (M.D. La. 2006).

با یک‌سری فاصله روبه‌رو است. وقتی در دنیای واقعی قرار می‌گیرد، این فاصله از بین می‌رود و فرد با آزادی و انعطاف‌پذیری بیشتری مواجه است.^۱ این موضوع در خصوص دیگر موضوعات گنجانده‌شده در این قبیل بازی‌ها، که دارای ابعاد منفی هستند، نیز صادق است.

خطرها و ضررهای ناشی از بازی‌های ویدئویی را به‌طور کلی می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: دسته اول آسیب‌های جسمانی^۲ و دسته دوم آسیب‌های روانی- تربیتی.^۳ در هر دو دسته ضررهای مالی نهفته و اجتناب‌ناپذیر هستند. در موارد نادر، انجام بیش‌ازحد و طولانی‌مدت این نوع از بازی‌ها سبب مرگ بازیکنان می‌شود.^۴ اطلاعات موجود درباره این دسته از بازی‌ها گاه با یکدیگر ناسازگار است که این امر سبب می‌شود تا نتایج متناقضی منتشر گردد.^{۵، ۶}

سازمان جهانی بهداشت^۷ در گامی بلند و نوآورانه در ژوئن سال ۲۰۱۸، اعتیاد شدید به بازی‌های ویدئویی را به‌عنوان یکی از اختلالات سلامت روانی تحت عنوان «اختلال بازی‌های ویدئویی آنلاین و آفلاین» یا «اختلال بازی»^۸ طبقه‌بندی و آن را به ویرایش یازدهم کتاب «طبقه‌بندی بین‌المللی بیماری‌ها»^۹ اضافه کرد.^{۱۰} برای کاهش آثار و تبعات آسیب‌زای این نوع از بازی‌ها و در راستای اعمال محدودیت‌های حقوقی بر این گونه بازی‌ها، تدابیر حقوقی مختلفی وجود دارد که در ادامه به آنها پرداخته می‌شود.

۲. تدابیر حقوقی

در این بخش، به‌منظور ارائه چارچوبی نظام‌مند برای مقابله با پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی، شش تدبیر حقوقی در قالب سه دسته اصلی طبقه‌بندی و ارائه می‌شود.

۲.۱. اقداماتی باهدف عدم شکل‌گیری وضعیت زیان‌بار

این دسته از اقدامات به دنبال ممانعت از تولید و انتشار بازی‌هایی است که می‌توانند پیامدهای منفی قابل‌توجهی برای بازیکنان، به‌ویژه کودکان و نوجوانان، در پی داشته باشند.

۱. همان، ص ۳۱.

۲. Shoja M. M. et al. "Video game epilepsy in the twentieth century: a review", *Childs Nerv Syst*, Volume 23, Issue 3, 2007, P 265.

۳. Lopez, G. "Video game addiction is real, rare, and poorly understood". *Vox - Understand the News*, 2018, Retrieved at: [Cited: 2024-04-30] <https://www.vox.com/science-and-health/2018/12/6/18050680/video-game-addiction-gaming-disorder-who>

۴. Hunt, K. "Man dies in Taiwan after 3-day online gaming binge", 2015, CNN. [Online] *Cable News Network*, Retrieved at: [Cited: 2024-04-30] <https://edition.cnn.com/2015/01/19/world/taiwan-gamer-death/index.html>

۵. Weaver III, B. James. et al. "Health-risk correlates of video-game playing among adults", *American Journal of Preventive Medicine*, Volume 37, Issue 4, 2009, P 299.

۶. Desai, R. A. Suchitra Krishnan-Sarin, Dana Cavallo and Marc Potenza. "Video-Gaming Among High School Students: Health Correlates, Gender Differences, and Problematic Gaming", *Pediatrics*, Volume 126, Issue 6, 2010, P 1419.

۷. World Health Organization

۸. Gaming disorder

۹. International Classification of Diseases (ICD)

۱۰. World Health Organization: WHO. "Gaming disorder", 2018, Retrieved at: [Cited: 2024-04-30] <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/addictive-behaviours-gaming-disorder>

۲.۱.۱. تکالیف تولیدکنندگان

دولت‌ها می‌توانند با وضع قوانین داخلی، تابعان خود اعم از شهروندان و شرکت‌های خصوصی را ملزم به رعایت الزاماتی در به‌منظور پیشگیری از بروز خطرهای زیان‌های ناشی از تولید و عرضه بازی‌های ویدئویی کنند؛ هرچند که به‌زعم عده‌ای از حقوقدانان حتی در صورت عدم وضع قوانین داخلی، برخی از تعهدات مصرح در نظامات بین‌المللی حقوق بشر و نیز حقوق بین‌الملل بشردوستانه جنبه عام و فراگیر دارند و علاوه بر دولت‌ها، بازیگران غیردولتی را نیز در برمی‌گیرند.^۱

چنانچه در موازین حقوق بین‌الملل، تعهدی به عدم ترویج خشونت از مجرای هنر و سرگرمی و بازی وجود داشته باشد، این تعهد جنبه عام دارد و بر جملگی دولت‌ها و بازیگران غیردولتی تحمیل می‌شود. بند ۳ ماده ۱۹ از میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی،^۲ اعمال حق آزادی بیان را مستلزم حقوق و مسئولیت‌های خاصی می‌داند و اشعار می‌دارد که این حق ممکن است تابع محدودیت‌های معینی بشود که در قانون تصریح شده و برای احترام به حقوق و حیثیت دیگران یا حفظ امنیت ملی یا سلامت و اخلاق عمومی ضرورت داشته باشد و ماده ۲۰ همین میثاق نیز به‌صراحت هرگونه تبلیغ برای جنگ یا دعوت به تنفر ملی یا نژادی یا مذهبی را، که محرک تبعیض یا مخاصمه یا اعمال زور باشد، به‌موجب قانون ممنوع دانسته است. عمده صحنه‌های خشن در بازی‌های ویدئویی شامل شکنجه، تجاوز و آزار جنسی و نقض مواد و مقررات حقوق بین‌الملل بشردوستانه‌اند که در بازی‌های ژانرهای^۳ اکشن،^۴ مبارزه‌ای^۵ یافت شده که به‌طور خاص به بند ۳ ماده ۱۹ میثاق مربوط می‌شوند. البته متأسفانه، موضوع خشونت در بازی‌های ویدئویی هنوز در دستور کار شورای حقوق بشر یا گزارشگر ویژه شورا در زمینه آزادی بیان قرار نگرفته است؛ بنابراین درمورد مواد ۱۹ و ۲۰ نیز نمی‌توان به‌سهولت از الزام شرکت‌های سازنده بازی‌های ویدئویی در منع به تصویر کشیدن جنایات بین‌المللی در این بازی‌ها سخن به میان آورد^۶ و تولیدکنندگان این نوع از بازی‌ها بدون هیچ‌گونه محدودیتی از بابت این موضوعات می‌توانند به طراحی و عرضه بازی‌هایی اقدام کنند که دارای محتوای خلاف موازین حقوق بین‌الملل است. برای مثال، در مرحله چهارم (هیچ روسی زنده نماند)^۷ بازی کال آف دیوتی: مدرن وارف^۸، بازیکن کنترل یک مأمور مخفی سازمان سیا را در اختیار دارد که در یک تیراندازی دسته‌جمعی در فرودگاه مسکو شرکت می‌کند تا اعتماد یک گروه تروریستی روسی را جلب کند. این مرحله تا حد زیادی به‌علت اجازه دادن به بازیکنان برای شرکت در یک حمله تروریستی مورد انتقاد قرار گرفت و نسخه‌های بین‌المللی بازی به‌دلیل محتوای بازی سانسور شدند.

در نظام حقوقی ایران نیز در زمینه تولید بازی‌های ویدئویی مقررات و ساختارهای مشخصی از جمله «آیین‌نامه نظام ارزیابی و رده‌بندی سنی بازی‌های رایانه‌ای» مصوب ۱۳۹۵ و «دستورالعمل صدور پروانه انتشار بازی» مصوب ۱۳۹۸ ایجاد شده است. علی‌رغم آنکه در مقررات پیشین برای تولید این قبیل از بازی‌ها همانند صنعت فیلم‌سازی نیاز به اخذ مجوز بود، براساس مقررات فعلی (مواد ۳ تا ۵ دستورالعمل صدور پروانه انتشار بازی) چنین امری نیاز به هیچ‌گونه مجوزی ندارد و

^۱. Clapham A. *Human Rights Obligations for Non-State Actors: Where Are We Now?* In: Lafontaine Fannie and François Larocque (Eds.), *Doing Peace the Rights Way: Essays in International Law and Relations in Honour of Louise Arbour*, Intersentia, First Edition, 2019, PP 11-12.

^۲. The International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by United Nations General Assembly Resolution 2200A (XXI) on 16 December 1966.

^۳. Genres

^۴. Action

^۵. Fighting

^۶. عسکری، پوریا، *مبنای تعهدات و الزامات حقوقی بین‌المللی شرکت‌های تولیدکننده بازی‌های رایانه‌ای*، مجموعه مقالات همایش حقوق بین‌الملل و بازی‌های رایانه‌ای، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۳۲.

^۷. No Russian

^۸. Call of Duty: Modern Warfare 2

هر تولیدکننده برای عرضه بازی خود صرفاً نیاز دارد با طی فرایندی چندمرحله‌ای «پروانه انتشار» دریافت کند. براساس ماده ۵ دستورالعمل مذکور، پس از ارزیابی و رده‌بندی سنی بازی رایانه‌ای در «شورای رده‌بندی»، «بنیاد ملی بازی‌های رایانه‌ای» اقدام به صدور «پروانه انتشار» می‌کند. در خصوص کیفیت رده‌بندی سنی در مطالب بعدی توضیحات لازم ارائه خواهد شد. مهم‌ترین مقرر در این زمینه ماده ۶ «آیین‌نامه نظام ارزیابی و رده‌بندی سنی بازی‌های رایانه‌ای» است که تخصیص رده سنی به بازی‌های رایانه‌ای دارای محتواهای مجرمانه یا آسیب‌رسان فرهنگی و اجتماعی فردی را ممنوع اعلام کرده است. براساس ماده مزبور، مقصود از محتواهای اخیرالذکر چنین مواردی است: ۱- خلاف عفت و اخلاق حسنه، ۲- خلاف مقدسات دینی و اسلامی جامعه ایرانی، ۳- خلاف امنیت و آسایش عمومی، ۴- تحریک‌آمیز و ترغیب‌کننده به ارتکاب جرم یا ترویج‌کننده قانون‌شکنی، ۵- بیانگر ناهنجاری‌های اجتماعی و فرهنگی که لزوماً جرم هم نیستند. با توجه به توضیحات ارائه‌شده می‌توان گفت تولیدکنندگان بازی‌هایی ویدئویی مکلف‌اند محصولات خود را با توجه به مقررات بیان‌شده طراحی کنند تا بتوانند آنها را در بازار عرضه کنند. ضمانت اجرای نشر یا عرضه بازی ویدئویی بدون اخذ پروانه انتشار در مواد ۱۰، ۱۱، ۱۲ و ۱۴ «دستورالعمل نحوه رسیدگی به تخلفات نشر بازی‌های رایانه‌ای» مصوب ۱۳۹۸ بیان شده است. بر طبق مواد مذکور، اقدام به چنین عملی تخلف درجه یک است و «هیئت‌های رسیدگی به تخلفات» پس از رسیدگی می‌توانند راجع به چنین تخلفاتی، بندهای ۳ تا ۶ ماده ۱۱ را اعمال کنند: «... ۱۱-۳- اخطار کتبی با درج در پرونده حداکثر تا دو مرتبه؛ ۱۱-۴- محرومیت از تسهیلات و مزایای اعطایی بنیاد از یک ماه تا یک سال؛ ۱۱-۵- تعلیق موقت پروانه یا مجوز فعالیت خاطی حداکثر تا دو سال؛ ۱۱-۶- ابطال پروانه یا مجوز فعالیت خاطی. ...». همچنین به موجب ماده ۱۴، فعالیت‌های نشر بازی رایانه‌ای، فاقد پروانه انتشار معتبر از بنیاد، توسط مراجع ذی‌ربط مسدود خواهد شد.

۲.۱.۲. اصل احتیاط^۱

این اصل تصریح می‌کند، در صورت بروز تهدیدات جدی یا جبران‌ناپذیر برای سلامتی انسان، جامعه و محیط زیست، اذعان عدم قطعیت علمی درباره آثار تهدیدات مزبور نباید به عنوان دلیلی برای به تعویق انداختن اقدامات پیشگیرانه مورد استفاده قرار گیرد. در این حوزه، این اصل به عنوان ابزاری برای ایجاد ارتباط بین «دانش علمی با تبعات نامشخص» و «مسئولیت نهادهای عمومی» به منظور تصمیم‌گیری برای جلوگیری از آسیب رسیدن به سلامتی انسان ایجاد شده است. بحث پیرامون اصل احتیاط بسیار مهم و چالش‌برانگیز است؛ زیرا شامل ابعاد اساسی زندگی انسان مانند حق سلامتی و داشتن محیطی سالم و اشتیاق رسیدن به استانداردهای بهتر زندگی است.^۲ هنگامی که چنین عناصری به طور بالقوه با یکدیگر در تضادند، مانند زمانی که اقدامات احتیاطی و پیشگیرانه ممکن است جریان آزاد تجارت در موضوعی خاص از جمله بازی‌های ویدئویی را مختل کند، تصمیم‌گیری در این خصوص اغلب بحث‌برانگیز است.

استفاده از اصل احتیاط برای حفاظت از سلامت کودکان و نسل‌های آینده لزوماً به معنای متوقف کردن یک فعالیت خاص یا عدم تولید محصولی مشخص نیست.^۳ در مواجهه با ضررهای غیرقطعی و نامطمئن، اقدامات احتیاطی خاصی

^۱ Precautionary Principle

^۲ Martuzzi, Marco and Joel A. Tickner. *The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children*, The Regional Office for Europe of the World Health Organization, 2004, P 8.

^۳ WHO. *Dealing with uncertainty – how can the precautionary principle help protect the future of our children?*, In: Martuzzi, Marco and Joel A. Tickner. *The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children*, Budapest: organizational health world europe, Fourth Ministerial Conference on Environment and Health, 2004, p 7.

از جمله اطلاع‌رسانی عمومی به مردم درباره خطرها و ضررهای قطعیت نیافته و اثبات نشده، می‌تواند انجام شود؛ در حالی که اموری نظیر مطالعه بیشتر برای مشخص کردن ضررهای قطعی ناشی از آنها، اعمال محدودیت‌ها بر فعالیت‌های بالقوه مضر و بررسی مرحله به مرحله فعالیت‌هایی که مدارک و شواهد نشان می‌دهند که آنها ممکن است مشکل‌ساز باشند، صورت می‌گیرد. برای مثال از آنجاکه اعتیاد شدید به بازی‌های ویدئویی به عنوان یکی از اختلالات سلامت روانی مورد شناسایی قرار گرفته است، برخی مدعی‌اند شرکت‌هایی که بازی‌های خود را عمداً با استفاده از تکنیک‌های روان‌شناختی اعتیادآور طراحی می‌کنند، ملزم‌اند به بازیکنان این دسته از بازی‌ها هشدار دهند که بازی‌های آنها به‌طور بالقوه می‌تواند اعتیادآور باشد و به ضررشان بینجامد و از آنجاکه چنین اقدامی از سوی شرکت‌ها صورت نگرفته است؛ لذا آنها مسئول زیان‌های وارده به بازیکنان‌اند.^۱

در گذشته نیز از اصل احتیاط در حوزه اسباب‌بازی‌ها بهره گرفته شده است. پلی‌وینیل کلراید^۲ یا پی‌وی‌سی^۳ نوعی پلاستیک انعطاف‌پذیر، چندمنظوره و بسیار پرکاربرد است. در شرایط حاضر یکی از ارزشمندترین محصولات صنعت پتروشیمی است؛ اما در این خصوص شواهدی وجود دارد (اگرچه این شواهد کاملاً محدود است) مبنی بر اینکه چندین مورد از پلاستی‌سایزرها^۴ که از اعضای خانواده شیمیایی فتالات^۵ هستند، سبب ایجاد اختلالات باروری در انسان و دیگر مشکلات برای سلامت کودکان و همچنین نقایص جنینی به‌خصوص در سیستم تناسلی حیوانات نر خواهند شد. تا سال ۱۹۹۹، بسیاری از اسباب‌بازی‌های پلاستیکی پی‌وی‌سی حاوی پلاستی‌سایزرها به‌طور خاص برای مکیدن و جویدن طراحی شده بودند. تولیدکنندگان محصولات پی‌وی‌سی معتقد بودند که با توجه به چهل سال استفاده بدون اثرهای زیان‌بار آشکار، هیچ مدرکی مبنی بر بروز زیان در استفاده از محصولات آنها وجود ندارد. باوجود این، نقصی در این استدلال وجود دارد؛ زیرا فقدان اثبات خسارت همان چیزی نیست که گواهی عدم وجود ضرر باشد. البته ایمنی مطلق نیز هرگز قابل اثبات نیست. در این موضوع اصل احتیاط در پی به حداقل رساندن محدودیت‌های سیاست نظارتی مبتنی بر ارزیابی خطر با تشویق یافتن گزینه‌های جایگزین در هنگامی است که یک ماده شیمیایی خطرناک بالقوه شناسایی شده باشد. اگر یک جایگزین کاملاً مطمئن‌تر وجود داشته باشد، چرا حتی احتمال وقوع یک خطر کوچک را در نظر نگیریم و زایل نکنیم؟ آژانس محیط زیست دانمارک دقیقاً از این منطق در اقدامات خود برای از بین بردن فتالات از اسباب‌بازی‌ها استفاده کرده است.^۶

اگرچه اصل احتیاط در نظام حقوقی ایران به‌صورت صریح پیش‌بینی نشده، اما می‌توان قائل بر این نظر بود که در برخی از مقررات به‌طور ضمنی و استثنایی مورد اشاره قرار گرفته است. به‌عنوان مثال اصل پنجاهم قانون اساسی بیان می‌کند: «در جمهوری اسلامی، حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات اجتماعی روبه رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌شود. از این‌رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است». در هر حال با توجه به عدم صراحت این اصل و همچنین استثنایی بودن برخی موارد ضمنی باید گفت در حوزه بازی‌های ویدئویی نمی‌توانیم به این اصل متوسل شویم؛ اما به‌نحوی می‌توان از برخی از مقررات نظیر مواد ۱، ۳ و ۵ «قانون پیشگیری از وقوع جرم مصوب ۱۳۹۴» چنین حکمی را به‌صورت غیرمستقیم

¹ Dunn et al v. Activision Blizzard Inc et al - Case Number: 3:2023cv00224

² Polyvinyl chloride

³ PVC

⁴ Plasticizers

⁵ Phthalate

⁶ Kriebel D. et al. "The Precautionary Principle in Environmental Science", *The National Institute of Environmental Health Sciences*, Volume 109, Issue 9, 2001, PP 872-873.

استنباط کرد. به عنوان مثال به موجب بعضی قوانین نظیر ماده ۷۴۳ «بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی» چنانچه هرکس از طریق سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی یا حامل‌های داده، افراد را به ارتکاب جرائم منافی عفت یا استعمال مواد مخدر یا روان‌گردان یا خودکشی یا انحرافات جنسی یا اعمال خشونت‌آمیز، تحریک یا ترغیب یا تهدید یا دعوت کرده یا فریب دهد یا شیوه ارتکاب یا استعمال آنها را تسهیل کند یا آموزش دهد، مرتکب جرم شده و مجازات خواهد شد. با توجه به توضیحات ارائه شده می‌توان گفت از آنجاکه پیش‌بینی می‌شود طراحی برخی از عناصر داستانی و بصری در بازی‌های ویدئویی سبب وقایعی مانند تحریک بازیکنان به ارتکاب اعمال خشونت‌آمیز در دنیای حقیقی خواهد شد، لذا از چنین طراحی‌های در این نوع از بازی‌ها باید بنابر احتیاط جلوگیری کرد.

به‌طور کلی، اصل احتیاط نسبت به تولیدکنندگان بازی‌های ویدئویی در صورت شناسایی از سوی نهادهای مربوطه و قانون‌گذاران در دو مقطع قابل اعمال است. از یک سو در مقطع پیش از عرضه بازی و از سوی دیگر پس از عرضه بازی و تهیه آن از سوی بازیکن. در مقطع اول تولیدکنندگان اقدام به ارائه اطلاعات اولیه مربوط به ویژگی‌های بازی در قالب محتوای نوشتاری و تصویری به صورت خصوصی و عمومی می‌کنند. سپس کارشناسان این حوزه با بررسی موارد مزبور با دستورالعمل‌های از پیش مقرر شده در زمینه اقدامات احتیاطی نسبت به بازی‌های ویدئویی، در صورت تشخیص وجود خطرهای بالقوه در بازی‌ها به ارائه راهکار و دستورالعمل برای انجام اصول احتیاطی لازم مبادرت می‌ورزند. بدین ترتیب، در صورت وجود عناصر خاصی از جمله عنصر خشونت‌آمیز، اعتیادآور، غیراخلاقی یا به‌طور کلی زیان‌آور تولیدکننده باید نسبت به اصلاح یا حتی حذف این موارد اقدام کند. در مقطع دوم تولیدکننده پس از عرضه بازی و در صورت تشخیص خطرهای بالقوه از سوی کارشناسان باید به انتشار فایلی جهت به‌روزرسانی محتوای خطرناک از طریق اصلاح یا حذف آن محتوا اقدام کند و در صورت قصور در این امر، نسبت به کلیه خسارات وارده مسئول خواهد بود. در این راستا کلیه اشخاصی که در توزیع بازی به‌نحو حضوری یا دیجیتالی نقش داشته باشند، از جمله به‌عنوان مثال بسترهای ارائه و توزیع این دسته از بازی‌ها نیز در این امر مسئولیت خواهند داشت.^۱ ماده ۱۶ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان بیان می‌کند: «مسئولیت جبران خسارات وارده به مصرف‌کننده با تشخیص مرجع رسیدگی‌کننده به عهده شخص حقیقی یا حقوقی اعم از خصوصی و دولتی می‌باشد که موجب ورود خسارت و اضرار به مصرف‌کننده شده است. درمورد شرکت‌های خارجی علاوه بر شرکت مادر، شعبه یا نمایندگی آن در ایران مسئول خواهد بود.» راهکار دیگر در این مقطع جمع‌آوری بازی‌ها به منظور تعمیر و اصلاح و رفع عیب آنهاست. در این خصوص ماده ۲۰ قانون مذکور مقرر می‌دارد: «مراجع ذیصلاح رسیدگی‌کننده می‌تواند علاوه بر مجازات‌های مقرر قانونی، عرضه‌کنندگان کالا و خدمات یا تولیدکنندگان و فروشندگان را مجبور به جمع‌آوری کالاهای عرضه شده به منظور تعمیر و اصلاح و رفع عیب کالاهای فروخته شده یا خدمات عرضه شده نمایند».

۲.۲. اقداماتی باهدف محدود کردن دسترسی بازیکنان

این دسته از اقدامات یا بر ایجاد محدودیت در خصوص دسترسی بازیکنان به محتواها و حتی خود بازی‌های ویدئویی تمرکز دارند یا بر تحدید میزان، زمانی که بازیکنان می‌توانند به این نوع از بازی‌ها اختصاص دهند، متمرکزند.

۱. السان، مصطفی، جعفر امشاسفند، مجید دادکیا و حمید آجلو، «مطالعه تطبیقی تعهد ایمنی و مسئولیت مدنی نسبت به اسباب بازی»، دو فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۱، شماره ۱، ۱۳۹۳، صص ۱۲۹-۱۳۰.

۲.۲.۱. سانسور و طبقه‌بندی محتوا

سانسور بازی ویدئویی تلاشی از سوی مقامات صلاحیت‌دار برای محدود کردن دسترسی، ممیزی محتوا، یا طبقه‌بندی کلیه بازی‌ها یا بازی‌های خاص براساس ماهیت محتوای آنهاست. سانسور بازی‌ها به سه روش تحقق پیدا می‌کند و نسبت به یک بازی واحد ممکن است در کشورهای مختلف تصمیم‌های متفاوتی در برخورد با آن گرفته شود.

در روش اول بازی ازسوی نهادهای مربوطه ممنوع اعلام شده است و مجوز عرضه به آن داده نمی‌شود. بازی مورتال کامبت^۱ در کشور ژاپن از مصادیق این مورد است که به دلیل خشونت بالای آن عرضه کلیه نسخه‌های آن ممنوع است.^۲ در ایران نیز به‌طورمعمول کلیه بازی‌هایی که حاوی خشونت باشد، ظلم را به تصویر می‌کشد، دارای محتوای جنسی شدید و برهنگی بوده و یا وضعیت کشور و خاورمیانه را غیرواقعی نشان می‌دهد، ممنوع است. ازجمله این موارد بازی بتلفیلد^۳ است که در آن حمله ارتش ایالات متحده آمریکا به ایران نمایش داده می‌شود.

روش دوم شرکت‌های تولیدکننده بازی‌های ویدئویی به دلیل قوانین یک کشور در این حوزه که براساس موضوعات فرهنگی، اجتماعی و سیاسی شکل گرفته است، بازی را تغییر (سانسور) داده تا بتواند شرایط لازم را برای اخذ مجوز برای عرضه بازی در کشور موردنظر به دست آورد. به این نوع عملکرد اصطلاحاً خودسانسوری^۴ گفته می‌شود. ماده 86a قانون مجازات کشور آلمان استفاده از نمادهای سازمان‌های غیرقانونی را در حوزه‌های مختلف از جمله هنر، علوم، تحقیقات و تدریس ممنوع اعلام کرده است. از مصادیق این مورد می‌توان به بازی کال آف دیوتی: ورلد وار^۵ اشاره کرد که شرکت اکتیویژن^۶ نسخه آلمانی آن را با رعایت قوانین کشور آلمان برای فروش در این کشور عرضه کرد. به‌عنوان مثال در این نسخه نماد صلیب شکسته^۷ با نماد صلیب آهنین^۸ جایگزین شده بود؛ اما در این خصوص دیدگاه دیگری نیز وجود دارد که با این نوع اقدامات مخالف است و این تغییرات و سانسورها را تحریف و بازنویسی تاریخ می‌دانند که سبب می‌شود اطلاعات غلطی به بازیکن انتقال داده شود؛ چراکه یکی از ابعاد اساسی و مهم بازی‌های ویدئویی جنبه آموزشی آن است که باید در راستای انتقال صحیح مفاهیم و اطلاعات به کار گرفته شود.^۹ شرکت‌های برجسته تولیدکننده بازی‌های ویدئویی در سرتاسر جهان تا به حال هیچ بازی خاصی را مطابق با قوانین ایران برای اخذ پروانه و عرضه در کشور اختصاصی‌سازی نکرده‌اند.

درنهایت سومین روش، رده‌بندی سنی بازی‌های ویدئویی است. این رده‌بندی، سازوکاری در راستای طبقه‌بندی بازی‌ها براساس محتوای آنهاست. این رده‌بندی براساس شرایط فرهنگی، مسائل تربیتی و ساختارهای اجتماعی شکل گرفته و سبب شده است که در مناطق مختلف جغرافیایی از رده‌بندی‌های متفاوتی استفاده شود. همچنین نظام‌های رده‌بندی بازی می‌توانند به‌عنوان پیش‌زمینه‌ای برای قوانینی که فروش بازی‌های ویدئویی به افراد خردسال را پوشش می‌دهند (مانند کشور استرالیا) استفاده شوند. باوجود این، دولت‌ها قوانینی را تصویب کرده‌اند که توزیع این نوع از بازی‌ها را

^۱. Mortal Kombat

^۲. Patty. "Mortal Kombat 11 Banned in Other Countries? We've Got You Covered! Play Asia", 2019, Retrieved at: [Cited: 2024-04-30] <https://play.asia/blog/2019/04/23/mortal-kombat-11-banned-in-other-countries-weve-got-you-covered>

^۳. Battlefield 3

^۴. Self-Censorship

^۵. Call of Duty: WWII

^۶. Activision

^۷. Swastika

^۸. Iron Cross

^۹. Groux, C. "Call Of Duty: WWII' To Have Censored Swastikas In Germany, No Word On US Release". Player.One, 2017, Retrieved at: [Cited: 2024-04-30] <https://www.player.one/call-duty-wwii-have-censored-swastikas-germany-no-word-us-release-596686>

براساس سیستم‌های طبقه‌بندی محتوا یا ممنوعیت کلی پیش‌بینی کرده است. نظام‌های رده‌بندی سنی صنعت بازی‌های-ویدئویی که به‌صورت مستقل، ارادی و داوطلبانه توسط کشورها اتخاذ شده، با هدف اطلاع‌رسانی به والدین درباره انواع بازی‌هایی، که فرزندان‌شان بازی می‌کنند یا می‌خواهند بازی کنند، تشکیل شده است. در ایالات متحده، رعایت نظام رده‌بندی سنی ESRB^۱ به‌طور قانونی الزام‌آور نیست. در انگلستان، رتبه‌بندی BBFC^۲ به‌طور قانونی الزام‌آور است. در حقوق ایران نیز نظام ارزیابی و رده‌بندی سنی بازی‌های رایانه‌ای ESRA^۳ در سال ۱۳۸۶ توسط بنیاد ملی بازی‌های رایانه‌ای شکل گرفته است. این رده‌بندی براساس محتواهای آسیب‌زای اقتباس‌شده از سه دیدگاه روان‌شناسی، جامعه‌شناسی و علوم و معارف اسلامی بازی‌ها را طبقه‌بندی می‌کند. ماده ۵ «آیین‌نامه نظام ارزیابی و رده‌بندی سنی بازی‌های رایانه‌ای» معیار سلامت، خشونت، استفاده از دخانیات، ترس، هنجار اجتماعی و ناامیدی را به‌عنوان معیارهای کلی در تخصیص رده سنی به بازی‌ها مقرر کرده است؛ در صورتی‌که بازی مورد بررسی هریک از این موارد را شامل شود، موجب عدم تخصیص رده‌بندی سنی و مانع صدور پروانه انتشار می‌شود. به موضوعات فوق باید مصادیق دیگری از جمله محرک‌های جنسی، نقض ارزش‌های ایرانی-اسلامی و محتواهای خلاف امنیت و آسایش عمومی را افزود. رده‌های سنی ESRA به پنج رده شامل رده‌های ۳، ۷، ۱۲، ۱۵ و ۱۸ تقسیم‌شده‌اند؛ این رده‌های سنی براساس خصوصیات جسمی-حرکتی، خصوصیات عقلی-ذهنی، خصوصیات عاطفی و اجتماعی، که باعث ایجاد تفاوت در گروه‌های سنی می‌شوند، تشکیل شده‌اند. در ایران نیز رعایت رتبه‌بندی‌ها ازسوی فروشندگان (خرده‌فروش) ازسوی قانون الزام‌آور قلمداد نشده است و صرفاً شرکت‌های ناشر بازی برای توزیع آثارشان در بازار به رعایت مقررات این حوزه و دریافت مجوز مکلف‌اند.

۲.۲.۲. تحدید دسترسی

در حال حاضر، برای محدود کردن دسترسی افراد به بازی‌های ویدئویی سه شیوه^۴ مطرح است: (۱) سیاست خاموشی؛ دسترسی به بازی‌های آنلاین را در ساعات خاصی، اغلب اواخر شب، محدود می‌کند. (۲) سیستم خستگی؛ زمان سنج درون بازی، زمان بازی بازیکن را زیر نظر گرفته و هنگامی که از مقدار تعیین‌شده فراتر رفت، به بازیکن هشدار می‌دهد و سپس، یا قابلیت‌های بازی را محدود می‌کند یا به‌طورکلی به بازی خاتمه می‌دهد. (۳) کنترل والدین؛ در غالب پلتفرم‌ها قابلیت‌های پیش‌بینی شده است که به‌وسیله آن والدین می‌توانند زمان بازی فرزندان‌شان و دسترسی آنها را به بازی‌ها محدود کنند و همچنین بر تعاملات آنلاین‌شان نظارت کنند. در همین راستا، به‌عنوان مثال در برخی از کشورها برای بازیکنان اقدام به وضع قوانینی کرده‌اند که سبب می‌شود دسترسی گروهی مشخص از آنها نسبت به بازی‌های ویدئویی آنلاین دچار محدودیت و مانع استفاده آنان از بازی می‌شود. این محدودیت به‌این ترتیب است افرادی که با شماره شناسایی ملی^۵ (کد ملی یا شماره شناسنامه) وارد سرویس‌های ارائه‌دهنده بازی‌های آنلاین می‌شوند، در صورتی‌که مشمول شرایط سنی تعیین‌شده به‌موجب قانون قرار گیرند، رأس ساعت خاصی به‌صورت خودکار از حالت بازی آنلاین خارج می‌شوند و تا ساعت مقرر شده دیگری در وضعیت آفلاین قرار می‌گیرند و دیگر نمی‌توانند آنلاین شوند. البته این قانون صرفاً در کشورهایی قابل‌اجراست که افراد به استفاده از شماره شناسایی ملی برای ورود به سرویس بازی آنلاین ملزم‌اند. محدودیت

^۱. Entertainment Software Rating Board

^۲. British Board of Film Classification

^۳. Entertainment Software Rating Association

^۴. Király, O. et al. "Policy responses to problematic video game use: A systematic review of current measures and future possibilities", *Journal of behavioral addictions*, Volume 7, Issue 3, 2018, PP 503-514.

^۵. National ID Number

مذکور هم می‌تواند مستقیماً توسط تولیدکننده و عرضه‌کننده بازی اعمال شود و هم توسط سرویس‌های واسطه عرضه‌کننده بازی. هدف از این مقررات جلوگیری از اعتیاد به بازی در بین نوجوانان و اطمینان از حداقل زمان خواب لازم آنها برای رشد و یادگیری است.

کره جنوبی در سال ۲۰۱۱ با تصویب ماده ۲۶ «قانون حمایت از جوانان»^۱ که بعدها مشهور به «قانون خاموشی»^۲ یا «قانون سیندرلا»^۳ شد، جزو کشورهای پیشگام در این زمینه بوده است. براساس ماده مذکور، دسترسی کودکان زیر شانزده سال برای انجام بازی‌های ویدئویی آنلاین بین ساعات ۰۰:۰۰ تا ۰۶:۰۰ ممنوع شد؛ اما این مقرر نواقص و معایبی داشت؛ ازجمله اینکه کودکان زیر شانزده سال با استفاده از هویت افراد بالای شانزده سال اقدام به نقض این قانون می‌کردند. همچنین مفاد این ماده صرفاً بازی‌های آنلاین را شامل می‌شد و اغلب بازی‌های کنسولی و موبایلی را تحت پوشش قرار نمی‌داد. علاوه بر این موارد در سال ۲۰۱۱ شرکت‌های تولیدکننده بازی‌های ویدئویی نیز نسبت به این قانون در دادگاه قانون اساسی کره اقدام به شکایت کردند. آنها ادعا کردند که بخش‌هایی از این قانون حقوق والدین، آزادی کودکان و آزادی شغل تولیدکنندگان بازی را نقض کرده است؛ اما در نهایت دادگاه قانون اساسی کره در سال ۲۰۱۴ شکایت را رد کرد. دادگاه در رأی خود اعلام کرد،^۴ کودکان حق دارند بازی‌های ویدئویی کنند؛ اما قانون مزبور به حقوق و آزادی آنها آسیبی وارد نکرده است؛ زیرا اعتیاد به این نوع از بازی‌ها برای سلامتی زیان‌آور است. دادگاه در ادامه اظهار داشت که حقوق والدین مطلق نیست و دولت می‌تواند در شرایط خطرناک خانواده‌ها را کنترل و در کار آنها مداخله کند و در پایان نیز دادگاه در خصوص وجود این محدودیت صرفاً نسبت به بازی‌های آنلاین، این اقدام را ناعادلانه ندانسته و بیان کرده است که بازی‌های آنلاین نسبت به سایر انواع بازی‌ها اعتیادآورترند. در سال ۲۰۱۴، با اصلاح قانون مذکور، والدین این امکان را داشتند درخواست کنند که فرزندانشان از این مقرر معاف شوند. سرانجام در سال ۲۰۲۱، مجلس ملی کره جنوبی با بازنگری در «قانون حمایت از جوانان»، این مقرر را به‌طور کامل لغو کرد. شایان ذکر است سایر کشورهای دیگر ازجمله چین، ویتنام و تایلند نیز اقدام به وضع قوانین مشابهی در این زمینه کرده‌اند.^۵

در حال حاضر، مقررات صریحی برای محدود کردن دسترسی کودکان به بازی‌های ویدئویی زیان‌بار در نظام حقوقی ایران پیش‌بینی نشده است، اما به‌نحوی می‌توان از برخی از مقررات نظیر ماده ۳ «قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹» چنین حکمی را به‌صورت غیرمستقیم استنباط کرد. ماده ۳ قانون مذکور به‌منظور صیانت از اطفال و نوجوانان در برابر آسیب‌ها و خطرهای مختلف، پانزده مورد را به‌عنوان وضعیت‌های مخاطره‌آمیز تعریف کرده و برشمرده است. در صورت وقوع هریک از این موارد، نهادهای ذی‌ربط موظف به مداخله و اعمال حمایت‌های قانونی لازم برای حفظ سلامت و امنیت این افراد خواهند بود.

اگرچه ماده مزبور به‌طور مستقیم به موضوع بازی‌های ویدئویی زیان‌بار نمی‌پردازد، می‌توان از مفاد آن برای استدلال به‌منظور محدود کردن دسترسی کودکان به این نوع از بازی‌ها، که می‌توانند برای آنها مضر باشند، استفاده کرد و بازی‌های ویدئویی زیان‌باری را، که سلامت جسمی، روانی، اجتماعی، اخلاقی یا آموزشی کودکان را به خطر می‌اندازند،

1. Youth Protection Act

2. Shutdown Law

3. Cinderella Law

4. Constitutional Court 2011 Hun-Ma 659, April 24, 2014 - Case on Prohibition of Nighttime Access to Online Games by Juveniles

5. Sang Y., S. Park S. and H. Seo. Mobile Game Regulation in South Korea: A Case Study of the Shutdown Law, In: Jin, D. Y. (ed.) Mobile Gaming in Asia: Politics, Culture and Emerging Technologies (Mobile Communication in Asia: Local Insights, Global Implications. Springer, First Edition, 2017, P 65.

در زمره موارد مشمول «وضعیت مخاطره‌آمیز» تلقی کرد: بند (الف): بی‌توجهی در انجام وظایف سرپرستی، می‌تواند شامل عدم نظارت کافی بر سرگرمی‌های رایانه‌ای آنلاین و آفلاین کودکان، از جمله بازی‌های ویدئویی، باشد. بند (ح): بازماندن از تحصیل می‌تواند ناشی از صرف وقت بیش‌ازحد برای بازی‌های ویدئویی باشد. بند (خ): طرد شدن از خانواده می‌تواند ناشی از اعتیاد به بازی‌های ویدئویی و عدم توجه به خانواده باشد. بند (ذ): اعتیاد به مواد مخدر، روان‌گردان یا مشروبات الکلی می‌تواند با بازی‌های ویدئویی که خشونت یا محتوای نامناسب را ترویج می‌کنند، مرتبط باشد. بند (ر): فقر می‌تواند منجر به عدم دسترسی به امکانات تفریحی سالم و سوق دادن کودکان به بازی‌های ویدئویی به‌عنوان تنها راه سرگرمی شود. بند (ز): فرار از خانه یا مدرسه می‌تواند ناشی از انزوای اجتماعی ناشی از بازی‌های ویدئویی باشد. بند (ژ): سوء رفتار می‌تواند شامل سوءاستفاده جنسی آنلاین از طریق بازی‌های ویدئویی باشد. براساس این تفسیر، مقامات ذی‌صلاح می‌توانند از ظرفیت‌های پیش‌بینی‌شده در «قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹» استفاده کنند و اقدامات حمایتی مختلفی را برای محدود کردن دسترسی کودکان به این نوع بازی‌ها انجام دهند.

۲.۳. اقداماتی باهدف مشاوره و راهنمایی نمودن بازیکنان

این دسته از اقدامات یا در پی افزایش آگاهی و سواد رسانه‌ای بازیکنان درباره بازی‌های ویدئویی و خطرهای بالقوه آنهاست، یا در پی آن است که بازیکنان را در خصوص رهایی از پیامدهای منفی این نوع از بازی‌ها به نحوی یاری رسانند.

۲.۳.۱. پیام‌های هشداردهنده

یکی دیگر از راه‌حل‌های ارائه‌شده از سوی محققان، استفاده از پیام‌های هشداردهنده قابل‌فهم در ابتدای بازی‌های ویدئویی است؛ مشابه پیام‌های هشداردهنده از سرقت هنری ویدئویی که در دیسک‌های فیلم یا موسیقی استفاده می‌شود. این پیام‌ها می‌تواند به بازیکنان درباره جریمه‌های احتمالی و اتهامات مجرمانه به‌دلیل دسترسی داشتن به مصادیق دارای محدودیت سنی هشدار دهد.^۱ این پیام‌های مبتنی بر بازی‌های ویدئویی همچنین می‌توانند به‌عنوان یک ابزار آموزشی، بازیکنان را از خطرهای احتمالی مرتبط با ادامه تماس طولانی‌مدت با عناصر در بازی‌های ویدئویی مانند خشونت مطلع کند. پیام‌ها را می‌توان با به‌کارگیری ترکیبی از نمادها و کلمات قابل‌درک برای مخاطبان هدف تهیه کرد. برای اطمینان از پذیرش بازیکن، پیام‌ها باید با استفاده از مشارکت بازیکنان ساخته شود و به‌طور کامل با بازیکنان نهایی مناسب آزمایش شوند تا اثربخشی آنها مشخص گردد.

این پیام‌های هشداردهنده را می‌توان روی جلد بازی‌های ویدئویی و همچنین هنگام نمایش صفحات بارگذاری^۲ در آغاز و طول بازی قرار داد. این هشدارها از لحاظ عملکردی مشابه پیام‌های ابتدای فیلم‌ها باید تقریباً ۳۰ ثانیه نمایش داده شوند و گزینه عبور از آن غیرفعال گردد تا اطمینان حاصل شود که بازیکن از عواقب احتمالی انجام بازی مطلع شده است؛ در نتیجه به آنها اجازه می‌دهد تا انتخابی آگاهانه داشته باشند به‌عنوان مثال، در بازی ورلد آف وارکرفت^۳ در هنگام نمایش صفحه بارگیری نکات متعددی در خصوص بازی ارائه می‌شود که دو مورد از آنها به‌طور خاص به این موضوع می‌پردازند: «یادتان باشد که همه‌چیز را با اعتدال (حتی ورلد آف وارکرفت!) استفاده کنید» و «دوستان خود را به آرزوت^۴

^۱ Chakraborty J. and Nirali Chakraborty, "Public Policy and Violence in Video Games", *Interactions*, Volume 22, Issue 1, 2015, PP 66-67.

^۲ Loading

^۳ World of Warcraft

^۴ Azeroth

بیاورید، اما فراموش نکنید که با آنها نیز به بیرون از آزارت بروید».

شایان ذکر است هشدارهای مذکور می‌توانند در قالب «آبرپیوندها»^۱ نیز مطرح شوند؛ به این ترتیب که بازیکنان برای مشاهده این پیام‌ها باید روی «کلمه، عبارت یا تصویری» لمس یا کلیک کنند تا از این طریق به صفحه جدیدی وارد شوند تا هشدارهای مطرح شده را مطالعه کنند.

مسلماً این پیام‌ها مشابه با پیام‌های هشداردهنده سلامتی که روی بسته‌بندی سیگار درج می‌شوند هستند؛ اگرچه این اقدامات که توسط شرکت‌های بازی‌سازی و عرضه‌کننده طراحی و انجام می‌گیرد، غالباً داوطلبانه است و اصولاً براساس یک الزام قانونی انجام نگرفته است، دارای اثر حقوقی مشخصی است. به عنوان مثال در سال ۱۹۹۷ معیارهای مربوط به مسئولیت تولیدکننده محصول در قبال محصولی که ضرری وارد کرده است، در ایالات متحده آمریکا مورد بازنگری قرار گرفت. البته لازم به ذکر است که هر ایالت قوانین خاص خود را درباره بار اثبات، پرداخت خسارت و مواردی از این دست دارد. در قانون بازنگری شده مسئولیت محصول سال ۱۹۹۷ آمده است: «یک محصول زمانی معیوب است که در زمان فروش یا توزیع، دارای نقص تولید باشد، از نظر طراحی نقص وجود داشته باشد یا به دلیل دستورالعمل‌ها یا هشدارهای ناکافی معیوب تلقی شود. (...) هنگامی یک محصول به دلیل دستورالعمل یا هشدار ناکافی معیوب است که می‌توان با ارائه دستورالعمل‌های منطقی یا هشدارهای فروشنده یا توزیع‌کننده دیگر، خطرات قابل پیش‌بینی صدمه ناشی از محصول را کاهش داد یا از آن جلوگیری کرد و حذف دستورالعمل‌ها یا هشدارها، محصول را از نظر ایمنی منطقی نمی‌کند.» می‌توان گفت کلیه فروض مطرح شده عیب تلقی می‌شوند؛ زیرا عدم ارائه و کمبود اطلاعات، هشدار و آگاهی مصرف‌کنندگان این تولیدات، می‌تواند منجر به ورود ضرر اعم از مالی و جسمی به آنها گردد؛ به عبارت دیگر، محصولاتی که بدون هشدار و دستورالعمل به بازار عرضه می‌شوند، خطرناک و معیوب‌اند و تولیدکننده‌ای که خطرهای احتمالی ناشی از انجام بازی ویدئویی را هشدار نمی‌دهد، مرتکب تقصیر شده و مسئول خسارت است.

با این حال، ماهیت رفتار داوطلبانه آنها نشان می‌دهد که تولیدکنندگان بازی‌ها آگاه‌اند که برخی بازیکنان بازی‌های خود را به شیوه‌ای نامطلوب انجام می‌دهند که ممکن است بر زندگی‌شان تأثیر منفی بگذارد؛ حتی اگر از پذیرش علنی این موضوع خودداری کنند.^۲ اگرچه این راهکار ممکن است آخرین راه حل برای جلوگیری از تأثیرات احتمالی بازی‌های ویدئویی نباشد، نسبت به دیگر راهکارهای مناسب تعریف شده، راه‌حلی تدریجی و کم‌هزینه برای تولیدکنندگان بازی است که خطمشی قابل قبولی را برای سیاست‌گذاران و مجریان این حوزه مشخص می‌کند.

هرچند در نظام حقوقی ایران به صورت صریح اعمال پیام‌های هشداردهنده در بازی‌های ویدئویی پیش‌بینی نشده است، می‌توان با استفاده از قوانین عام این موضوع را استنباط کرد. برای مثال، در ماده ۳۶۷ قانون مدنی آمده است: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلاء مشتری بر مبیع». به دلیل آنکه تسلیم صحیح واقع شود، تولیدکننده بازی و فروشنده باید اطلاعاتی را در خصوص چگونگی استفاده و خطرهای بالقوه به خریدار ارائه کنند. این اقدامات از جمله تعهدات آنهاست. در صورت رعایت نکردن، فروشنده براساس مسئولیت قراردادی و تولیدکننده براساس مسئولیت غیرقراردادی در مقابل خریدار مسئول‌اند. اگر هشدار در این خصوص اعلام نشود، به معنای آن خواهد بود که تسلیم صحیح انجام نشده است.^۳ همچنین این موضوع

^۱. امینی، منصور و صادق صیادی، «ماهیت حقوقی ابرپیوندها در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه تعالی حقوق*، دوره ۹، شماره ۲، ۱۴۰۲، ص ۴.

^۲. Király. et al. Op. Cit., PP 510-11.

^۳. جعفری تبار، حسن، *مسئولیت مدنی کالاها*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶، صص ۹۹-۱۰۲.

را می‌توان از بند ۲ ماده ۳ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان استنباط کرد؛ این بند بیان می‌کند: «عرضه‌کنندگان کالا و خدمات و تولیدکنندگان مکلف‌اند: ... اطلاعات لازم شامل: نوع، کیفیت، کمیت، آگاهی‌های مقدم بر مصرف، تاریخ تولید و انقضاء مصرف را در اختیار مصرف‌کنندگان قرار دهند». در اینجا می‌توان هشدار را نوعی آگاهی‌های مقدم بر مصرف تلقی کرد. درج نکردن هشدارها و احتیاط‌های ضروری یا عدم آموزش نحوه استفاده از بازی‌ها می‌تواند به‌طور مستقیم با مسئولیت مدنی در ارتباط باشد؛ زیرا بی‌اطلاعی یا اطلاعات نادرست مصرف‌کننده ممکن است وی را در معرض خطر قرار دهد.^۱

۲.۳.۲. ارائه خدمات کمک به بازیکنان

مورد آخر اگرچه فاقد جنبه‌های تحلیلی حقوقی است، برای تکمیل مبحث، توضیحاتی به‌صورت مختصر بیان می‌شود. برای بخش کوچکی از بازیکنان، انجام بازی‌های ویدئویی به مشکلاتی منجر شده و تقاضای نوعی مداخله پیشگیرانه را ایجاد کرده است. چنین مداخله‌ای اغلب به‌صورت برنامه‌های مشاوره‌ای، پیشگیری و درمانی صورت می‌گیرد. درحالی‌که بررسی تمام انواع درمان برای بازی‌های مشکل‌ساز فراتر از محدوده این مقاله است، یک سؤال مهم این است که چه کسی باید چنین خدمات درمانی ارائه دهد؟ درباره بازی‌های ویدئویی مشکل‌ساز، پزشکان در مطب خصوصی یا بیمارستان‌های خصوصی اولین کسانی بودند که نیاز و پتانسیل مالی مربوط به رفتار بازی آنلاین مشکل‌ساز را تشخیص دادند و نوعی کمک یا درمان ارائه دادند. به‌عنوان مثال، در ایالات متحده، مراکز درمانی و برنامه‌های متعددی ایجاد شده است که عمدتاً توسط سازمان‌های خصوصی سودمحور آماده‌سازی شده‌اند. متداول‌ترین روش درمانی در این برنامه‌ها، رفتاردرمانی شناختی است؛ اما برنامه‌هایی که از درمان ترکیبی استفاده می‌کنند (به‌عنوان مثال دارودرمانی، خانواده‌درمانی و ماجراجویی‌درمانی) نیز محبوب‌اند.^۲ در چین و کره جنوبی، استفاده از اینترنت و بازی‌های ویدئویی مشکل‌ساز به‌عنوان مسائل جدی سلامت عمومی در نظر گرفته می‌شوند؛ به همین دلیل، تمام استراتژی‌های ملی برای کمک به مقابله با این مشکل توسعه یافته‌اند. کره جنوبی اولین کشوری بود که بودجه ملی را برای مقابله با مشکلات اعتیاد به اینترنت و بازی اختصاص داد. به‌عنوان بخشی از سیاست ملی رسیدگی به این نگرانی سلامت عمومی، چندین وزارتخانه درگیر حل این مشکل‌اند. به‌طور مشابه، چین مراکز درمانی دولتی مانند بیمارستان عمومی مرکز درمان اعتیاد به اینترنت منطقه نظامی پکن را برای رسیدگی به بازی‌های مشکل‌ساز قرار داده است.^۳

در نظام حقوقی ایران، نسبت به این حوزه مقررات اختصاصی وضع نشده است، اما به‌نحوی می‌توان از برخی از مقررات نظیر ماده ۳۰ «قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹» چنین حکمی را به‌صورت غیرمستقیم استنباط کرد. همان‌طور که در مباحث پیشین در خصوص ماده ۳ قانون مذکور بیان شد، مفاد این مقرر تحت شرایطی شامل اطفال و نوجوانانی، که بازی‌های ویدئویی زیان‌بار انجام می‌دهند، نیز می‌شود. در همین راستا ماده ۳۰ بیان می‌دارد: علاوه بر «جهات قانونی برای شروع به تعقیب موضوع قانون آیین دادرسی کیفری»، «تقاضای طفل و نوجوان» و «گزارش‌ها و درخواست‌های مکتوب یا شفاهی که هویت گزارش‌دهندگان و نویسندگان آنها مشخص نیست؛ در صورتی که دارای قرائن

^۱ السان، امشاسفند، دادکیا و آجرلو، پیشین، ص ۱۲۵.

^۲ King, D. L. and Delfabbro, P. H. "Internet Gaming Disorder treatment: A review of definitions of diagnosis and treatment outcome", *Journal of Clinical Psychology*, Volume 70, Issue 10, 2014, P 945.

^۳ Stone, R. "China reins in wilder impulses in treatment of 'Internet addiction'", *Science*, Volume 324, Issue 5935, 2009, PP 1630–1631.

معقول و متعارف باشد»، مواردی هستند که سبب می‌شوند نسبت به «اطفال و نوجوانان» انواع تدابیر حمایتی پیش‌بینی‌شده در قانون اتخاذ شود. یکی از تدابیر حمایتی ازسوی «سازمان بهزیستی کشور» ارائه می‌شود. این سازمان براساس «بند الف ماده ۶» مکلف است با استفاده از «مددکاران اجتماعی» در قالب «فوریت‌های خدمات اجتماعی» با همکاری شهرداری یا دهیاری و نیروی انتظامی نسبت به شناسایی، پذیرش، حمایت، نگهداری و توانمندسازی اطفال و نوجوانان موضوع این قانون و اعلام موضوعات به مراجع صالح اقدام کند. بنابراین می‌توان گفت در صورتی که بازیکن طفل یا نوجوان بازی‌های ویدئویی در وضعیت مخاطره‌آمیزی ناشی از انجام بازی‌های ویدئویی قرار گرفته باشد، می‌تواند از سازمان بهزیستی کشور جهت رفع مشکل خویش درخواست کمک کند.

نتیجه‌گیری

بازی‌های ویدئویی همانند سایر مصنوعات بشری دارای دو بُعد هستند: از یک‌سو، می‌توانند ابزاری قدرتمند برای سرگرمی، آموزش و حتی ارتقای سلامت روان باشند؛ ازسوی دیگر، استفاده نادرست از آنها می‌تواند منجر به پیامدهای منفی جسمی، روانی و اجتماعی شود. در این راستا، راهبردهای حقوقی می‌توانند نقشی حیاتی در جلوگیری یا کاهش این خطرهای و ترویج استفاده مسئولانه از بازی‌های ویدئویی ایفا کنند. از مجموعه مباحث مطرح‌شده در این نوشتار نتایج ذیل حاصل شد:

۱- تأثیر بازی‌های ویدئویی بر افکار و رفتار، به‌ویژه در کودکان و نوجوانان، امری انکارناپذیر است. محتوای نامناسب و خشونت‌آمیز برخی از این بازی‌ها می‌تواند نقشی مخرب در شکل‌گیری ذهن و شخصیت افراد ایفا کند. از این‌رو، بررسی دقیق محتوا و پیامدهای بازی‌ها پیش از انتشار و در دسترس قرار گرفتن آنها برای عموم و حتی پس از انتشار، از اهمیت بسزایی برخوردار است. غفلت از این امر و بی‌توجهی به تبعات منفی بازی‌های ویدئویی، ممکن است در بلندمدت منجر به افزایش ناهنجاری‌های اجتماعی، اختلالات رفتاری و روانی و حتی مشکلات اعتیاد در افراد شود. بنابراین، اتخاذ تدابیر و اقدامات پیشگیرانه در راستای استفاده صحیح از این بازی‌ها امری ضروری به نظر می‌رسد. این اقدامات باید با هدف حفظ حقوق تمامی ذی‌نفعان در این صنعت، از جمله صیانت از سلامت جسم و روان بازیکنان، تضمین منافع اقتصادی شرکت‌های تولیدکننده و حق حاکمیت دولت‌ها، صورت گیرد.

۲- راهبردهای شش‌گانه حقوقی تبیین شده در این پژوهش، چارچوبی جامع را برای کنترل و نظارت بر بازی‌های ویدئویی ارائه کرده و با در نظر گرفتن ماهیت پیچیده و پویای این نوع از بازی‌ها راه‌حل‌های متنوعی را برای مقابله با چالش‌های مختلف این حوزه مطرح کرده است؛ به‌نحوی که می‌توان آنها را با توجه به شرایط خاص هر جامعه و فرهنگ و همچنین با توجه به پیشرفت‌های تکنولوژی، تطبیق داد. در مقررات اختصاصی که در نظام حقوقی ایران در خصوص بازی‌های ویدئویی پیش‌بینی‌شده، صرفاً به دو راهبرد «تکالیف تولیدکنندگان» و «طبقه‌بندی محتوا» اشاره شده است که کافی نیست و از این‌رو کارایی لازم را در مقابله با چالش‌های نوظهور و پیامدهای منفی این بازی‌ها نداشته‌اند. شایان ذکر است، اگرچه دیگر راهبردها را می‌توان از لحاظ «نظری» به‌نحوی از مقررات عام مورد شناسایی قرار داد، از لحاظ «عملی» چنین امری محقق نشده است.

۳- جامعیت راهکارهای بیان‌شده به‌نحوی است که سبب می‌شود نهادهای مربوطه هم قبل از انتشار بازی و هم بعد از انتشار آن دربارهٔ پیامدهای منفی بازی‌ها کنترل و نظارت داشته باشند و در هر مرحله بتوانند از بازیکنان این دسته از بازی‌ها در برابر آثار زیان‌بار محافظت کنند؛ به این ترتیب که: الف) از طریق دو راهبرد «تکالیف تولیدکنندگان» و «اصل احتیاط» بر محتوای بازی‌ها پیش و حتی پس از انتشار نظارت می‌شود. ب) از مسیر دو راهبرد «طبقه‌بندی محتوا» و

«تحدید دسترسی» این قابلیت پیش‌بینی شده که پس از انتشار امکان دستیابی بازیکنان فاقد شرایط به بازی محدود شود. ج) به‌وسیله دو راهبرد «پیام‌های هشداردهنده» و «ارائه خدمات کمک به بازیکنان» موقعیت و وضعیت پیش‌بینی شده است که در حین و پس از انجام بازی به بازیکنان مشاوره‌ها و راهنمایی لازم در خصوص چگونگی مقابله با آثار منفی بازی‌ها عرضه شود.

۴- اگرچه تاکنون گام‌های متعددی برای مقابله با آثار منفی بازی ویدئویی برداشته شده است، اغلب این راهکارها آن‌طور که پیش‌بینی می‌شد، مؤثر نبوده و اثربخشی لازم را نداشته‌اند. مهم‌ترین علل این مشکل را می‌توان این دو مسئله دانست: الف) در فرایند انتشار عمومی بازی، از تمام راهبردها استفاده نشده و فقط برخی از آن‌ها به‌صورت فردی به کار گرفته شده‌اند و این امر سبب شده است صرفاً با بعضی از پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی مقابله شود. ب) وضع‌کنندگان مقررات حوزه بازی‌های ویدئویی و کسانی که تحت‌الشمول این مقررات قرار می‌گیرند، به نسل‌های مختلفی تعلق دارند؛ واضعان به نسلی تعلق دارند که در جوانی از فناوری دیجیتال بسیار کمتری برخوردار بودند؛ از این‌رو ممکن است نگرشی متفاوتی درباره انواع بازی‌های ویدئویی داشته باشند. همچنین غالب راهبردهای فعلی اجرایی شده، افراد کودک را هدف قرار می‌دهند؛ درحالی‌که گروه بزرگی از بازیکنان را افراد غیرکودک تشکیل می‌دهند.

نظر به مراتب فوق و با توجه به جمعیت میلیونی بازیکنان بازی‌های ویدئویی در کشور و حجم قابل توجه گردش مالی این صنعت، پیشنهاد می‌شود:

۱- قانون منسجم و جامعی در خصوص تولید و انتشار بازی‌های ویدئویی تصویب و در آن به حقوق و تکالیف تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان این دسته از بازی‌ها به‌صراحت پرداخته شود.

۲- در راستای مقابله با پیامدهای منفی بازی‌های ویدئویی، در قانون مذکور، سازوکاری برای نظارت و کنترل بر این بازی‌ها از «مرحله پیش از انتشار توسط تولیدکننده» تا «مرحله پس از انجام بازی توسط مصرف‌کننده» پیش‌بینی شود. یکی از پرسش‌های قابل طرح در پایان این پژوهش این است که آیا موافقت بازیکنان با «شرایط و مقررات» استفاده از بازی‌های ویدئویی در زمان آغاز هر بازی، نقشی در تعیین وضعیت حقوقی خسارات ناشی از اثرات منفی بازی‌های ویدئویی ایفا می‌کند؟

منابع

کتاب

۱. جعفری تبار، حسن، *مسئولیت مدنی کالاها*، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶.
۲. عسکری، پوریا، *مبنای تعهدات و الزامات حقوقی بین‌المللی شرکت‌های تولیدکننده بازی‌های رایانه‌ای، مجموعه مقالات همایش حقوق بین‌الملل و بازی‌های رایانه‌ای*، تهران: میزان، ۱۳۹۵.

مقاله

۳. امینی، منصور و صادق صیادی، «ماهیت حقوقی ابرپیوندها در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه تعالی حقوق*، دوره ۹، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۳-۳۶.
۴. السان، مصطفی، جعفر امشاسفند، مجید دادکیا و حمید آجرلو، «مطالعه تطبیقی تعهد ایمنی و مسئولیت مدنی نسبت به اسباب‌بازی»، *دوفصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۱۱، شماره ۱، ۱۳۹۳، صص ۱۰۹-۱۳۳.
۵. حسینی، سید داوود، «بازی‌های رایانه‌ای: نگاهی به ویژگی‌ها، بایدها و نبایدها»، *فصلنامه راه‌آورد نور*، شماره ۳۶، ۱۳۹۰، صص ۲۸-۳۳.

References

Books

1. Askari, Pouria, *The Basis of International Legal Obligations and Requirements for Computer Game Production Companies*, In: *Proceedings of the Seminar on International Law and Video Games*, Tehran: Mizan, 2016. (in Persian)
2. Clapham A. *Human Rights Obligations for Non-State Actors: Where Are We Now?* In: Lafontaine Fannie and François Larocque (Eds.). *Doing Peace the Rights Way: Essays in International Law and Relations in Honour of Louise Arbour*, Intersentia, First Edition, 2019.
3. Ja'fari Tabar, Hassan, *Civil Liability of Goods*, Tehran: Contemporary View, 2017. (in Persian)
4. Martuzzi, Marco and Joel A. Tickner. *The Precautionary Principle: Protecting Public Health, the Environment and the Future of Our Children*, The Regional Office for Europe of the World Health Organization, 2004.
5. Rotenberg, A. *How 21st Century Violent Video Games Are Testing the Limits of First Amendment Values and What Can Be Done to Save Our Children*, Law School Student Scholarship, 2013.
6. Sang Y., S. Park S. and H. Seo. *Mobile Game Regulation in South Korea: A Case Study of the Shutdown Law*, In: Jin, D. Y. (ed.) *Mobile Gaming in Asia: Politics, Culture and Emerging Technologies* (Mobile Communication in Asia: Local Insights, Global Implications. Springer, First Edition, 2017.
7. WHO. *Dealing with Uncertainty – How Can the Precautionary Principle Help Protect the Future of Our Children?*, In: Martuzzi, Marco and Joel A. Tickner. *The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children*, Budapest: organizational health world europe, Fourth Ministerial Conference on Environment and Health, 2004.

Articles

8. Amini, Mansour; and Sadegh Sayyadi, "The Legal Nature of Hyperlinks in The Iranian Legal System", *Culmination of Law Quarterly*, Volume 9, Issue 2, 2023, pp: 3–36. (in Persian)
9. Chakraborty J. and Nirali Chakraborty, "Public Policy and Violence in Video Games", *Interactions*, Volume 22, Issue 1, 2015.
10. Desai, R. A. Suchitra Krishnan-Sarin, Dana Cavallo and Marc Potenza. "Video-Gaming Among High School Students: Health Correlates, Gender Differences, and Problematic Gaming", *Pediatrics*, Volume 126, Issue 6, 2010, pp: 1414-1424.
11. Elsan, Mostafa, Ja'far Amshasfand, Majid Dadkia and Hamid Ajorlou, "A Comparative Survey on the Safety Obligation and Civil Liability for Toys", *Bi-Quarterly Journal of Private Law*, Volume 11, Issue 1, 2014, pp: 109–133. (in Persian)
12. Franceschini, Sandro; Sara Bertoni, Matteo Lulli, Telmo Pievani, Andrea Facoetti. "Short-Term Effects of Video-Games on Cognitive Enhancement: The Role of Positive Emotions", *Journal of Cognitive Enhancement*, Volume 6, Issue 1, 2022, PP 29-46.
13. Hosseini, Sayyed Davoud, "Computer Games: A Look at Features, Do's and Don'ts", *The Path of Light Quarterly*, Issue 36, 2011. pp: 28–33. (in Persian)
14. King, D. L. and Delfabbro, P. H. "Internet Gaming Disorder treatment: A Review of Definitions of Diagnosis and Treatment Outcome", *Journal of Clinical Psychology*, Volume 70, Issue 10, 2014, pp: 942–955.
15. Király, O. et al. "Policy Responses to Problematic Video Game Use: A Systematic Review of Current Measures and Future Possibilities", *Journal of behavioral addictions*, Volume 7, Issue 3, 2018, pp: 503–517.
16. Kriebel D. et al. "The Precautionary Principle in Environmental Science", *The National Institute of Environmental Health Sciences*, Volume 109, Issue 9, 2001, pp: 871-876.

17. Lischer S, et al. "Response to the Regulation of Video Games under the Youth Media Protection Act: A Public Health Perspective", *Int J Environ Res Public Health*, Volume 19, Issue 15, 2022, pp: 1-11.
18. Mustafaoğlu, Rüstem, Emrah Zirek, Zeynal Yasacı and Arzu Razak Özdinçler. "The Negative Effects of Digital Technology Usage on Children's Development and Health", *Addicta: the Turkish journal on addictions*, Volume 5, Issue 2, 2018, pp: 13-21.
19. Rothmund, Tobias, Mario Gollwitzer, Jens Bender and Christoph Klimmt. "Short- and Long-Term Effects of Video Game Violence on Interpersonal Trust", *Media Psychology*, Volume 18, Issue 1, 2015, pp: 106-133.
20. Shoja M. M. et al. "Video Game Epilepsy in the Twentieth Century: a Review", *Childs Nerv Syst*, Volume 23, Issue 3, 2007, pp: 265-267.
21. Song, J. W. "New Wine in Old Bottles? Korean State Actors' Policy Engagement with the Online Gaming Industry", *Competition & Change*, Volume 25, Issue 1, 2021, pp: 1-27.
22. Stone, R. "China Reins in Wilder Impulses in Treatment of 'Internet Addiction'", *Science*, Volume 324, Issue 5935, 2009, pp: 1630-1631.
23. Weaver III, B. James. et al. "Health-risk Correlates of Video-Game Playing Among Adults", *American Journal of Preventive Medicine*, Volume 37, Issue 4, 2009, PP 299-305.

Electronic Sources

24. Groux, C. "Call Of Duty: WWII' To Have Censored Swastikas In Germany, No Word On US Release". *Player.One*, 2017, Retieved at: [Cited: 2024-04-30] <https://www.player.one/call-duty-wwii-have-censored-swastikas-germany-no-word-us-release-596686>
25. Hunt, K. "Man dies in Taiwan after 3-day online gaming binge", 2015, CNN. [Online] *Cable News Network*, Retieved at: [Cited: 2024-04-30] <https://edition.cnn.com/2015/01/19/world/taiwan-gamer-death/index.html>
26. Lopez, G. "Video game addiction is real, rare, and poorly understood". *Vox - Understand the News*, 2018, Retieved at: [Cited: 2024-04-30] <https://www.vox.com/science-and-health/2018/12/6/18050680/video-game-addiction-gaming-disorder-who>
27. Patty. "Mortal Kombat 11 Banned in Other Countries? We've Got You Covered! Play Asia", 2019, Retieved at: [Cited: 2024-04-30] <https://play.asia/blog/2019/04/23/mortal-kombat-11-banned-in-other-countries-weve-got-you-covered>
28. World Health Organization: WHO. "Gaming disorder", 2018, Retieved at: [Cited: 2024-04-30] <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/addictive-behaviours-gaming-disorder>.

Cases

29. Brown v. Entertainment Merchants Ass'n, 564 U.S. 786, 131 S. Ct. 2729, 180 L. Ed. 2d 708 (2011).
30. Constitutional Court 2011 Hun-Ma 659, April 24, 2014 - Case on Prohibition of Nighttime Access to Online Games by Juveniles.
31. Dunn et al v. Activision Blizzard Inc et al - Case Number: 3:2023cv00224.
32. Entertainment Software Ass'n v. Foti, 451 F. Supp. 2d 823 (M.D. La. 2006).

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Bankruptcy Option; Jurisprudential and Legal Redefinition of Insolvency Option

Mohsen Vaseghi¹, Mohammad Mehryar² , Sayyedah Fatemeh Hashemi³

ABSTRACT

Bankruptcy institution was removed from Iran's legal literature according to the Insolvency Law approved in 1313. The interpretation of the civil law articles in which the word bankruptcy is used is an undeniable necessity. Specifically, in Article 380 of the Civil Code, the status of the insolvency option and its interpretation were disputed. Sometimes the claim to abolish the insolvency option and the invalidity of Article 380 of the Civil Code has been emphasized, and sometimes the claim to the existence of an option under the title of insolvency option has been strengthened. The question that arises is what is the interpretation of Article 380 of the Civil Code in light of the jurisprudential and legal documents after elimination of bankruptcy institution from the applicable laws? In this article, with the analytical descriptive method and among the reliable jurisprudential sources, we have found that the documents of the insolvency option can be applied to the case of bankruptcy. Therefore, we considered the existence of the insolvency option valid in law and jurisprudence. Therefore, if there are conditions of insolvency option and when one of the parties becomes insolvent and it is one of the exceptions of debt, another institution can be considered as valid in addition to deferment and debt distribution under the title of bankruptcy option. The existence of jurisprudential fatwas regarding the existence of an option in the event of non-payment of the price due to the occurrence of a customer's bankruptcy is considered one of the important reasons for the option of bankruptcy. This discovery and the creation of an option under the title of bankruptcy option as a great achievement helps to solve many court cases related to the issue of bankruptcy.

KeyWords: Insolvency Option, Insolvency, Bankruptcy, Bankruptcy Option, Jurisprudence.

How to Cite: Vaseghi, Mohsen, Mehryar, Mohammad, Hashemi, Sayyedah Fatemeh, "Bankruptcy Option; Jurisprudential and Legal Redefinition of Insolvency Option", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:219-234.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232274.2538>

Received: 11/07/2023-Accepted: 15/11/2023

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Payame Noor University, Tehran, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Law, University of Religions and Denominations, Qom, Iran

Corresponding Author Email: m.mehryar@urd.ac.ir

3. Assistant Professor, Faculty of Law, University of Religions and Denominations, Qom, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



خيار اعسار؛ بازتعريف فقهی و حقوقی خيار تفليس

محسن واثقی^۱، محمد مهریار^۲، سیده فاطمه هاشمی^۳

چکیده

نهاد افلاس به موجب قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ از ادبیات حقوقی ایران حذف شد. تفسیر مواد قانون مدنی که در آن واژه افلاس به کار رفته است، ضرورتی غیرقابل انکار است. به صورت خاص در ماده ۳۸۰ قانون مدنی وضعیت خيار تفليس و تفسیر آن مورد اختلاف واقع شد. گاه قول به نسخ خيار تفليس و عدم اعتبار ماده ۳۸۰ قانون مدنی مورد تأکید قرار گرفته و گاه قول به وجود خياری تحت عنوان خيار اعسار تقویت شده است. سؤالی که مطرح است آن که تفسیر ماده ۳۸۰ قانون مدنی با توجه به مستندات فقهی و حقوقی پس از حذف نهاد افلاس از قوانین موضوعه چگونه است؟ در این مقاله با روش توصیفی تحلیلی و از میان منابع معتبر فقهی دریافتیم که مستندات خيار تفليس قابل تطبیق بر مورد اعسار است و از این رو وجود خيار اعسار را در حقوق و فقه معتبر دانستیم. بنابراین در صورت وجود شرایط خيار افلاس و در هنگامی که یکی از متعاملین معسر شود و مورد از مستثنیات دین باشد، می توان نهاد دیگری در کنار امهال و تقسیط دین، تحت عنوان خيار اعسار را معتبر تلقی کرد. وجود فتاوی فقهی در خصوص وجود خيار در صورت عدم پرداخت ثمن با حدوث وضعیت اعسار مشتری به عنوان یکی از دلایل مهم خيار اعسار تلقی می شود. این یافته و ایجاد خياری تحت عنوان خيار اعسار به عنوان دستاوردی بزرگ به حل بسیاری از پرونده های قضایی مرتبط با مسئله اعسار کمک شایان می کند.

کلید واژگان: خيار تفليس، افلاس، اعسار، خيار اعسار، فقه.

استناد به این مقاله: واثقی، محسن، مهریار، محمد، هاشمی، سیده فاطمه، «خيار اعسار؛ بازتعريف فقهی و حقوقی خيار تفليس»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۲۱۹-۲۳۴.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.232274.2538>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۲۴

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران
۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران
 ایمیل نویسنده مسئول: m.mehryar@urd.ac.ir
۳. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

دو مفهوم اعسار و افلاس در قوانین موضوعه و به خصوص در قانون مدنی استعمال شده‌اند. با نسخ نهاد افلاس در ۱۳۱۳ از قوانین موضوعه این سؤال مطرح می‌شود که تفسیر مواد قانونی که واژه افلاس در آن به کار رفته است، چگونه است؟ به‌طور خاص قانون‌گذار در ماده ۳۸۰ قانون مدنی بیان داشته است: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند.» این ماده که از آن به‌عنوان خیار تفلیس در حقوق و فقه امامیه یاد شده است، مورد اختلاف حقوقدانان واقع شده است. مفهوم اعسار و افلاس دارای قرابت معنایی است. از این لحاظ، تسری حکم یکی بر دیگری یا قول به نسخ ماده قانونی احتیاج به تصریح قانونی دارد. در این مقاله سعی شده است به رفع ابهام از این ماده قانونی و ارائه راهکار جدیدی در خصوص تفسیر ماده ۳۸۰ قانون مدنی پرداخته شود. مقالاتی که در خصوص خیار تفلیس نگاشته شده است یا به معرفی خیار تفلیس و جایگاه آن در حقوق موضوعه، پیدایش، شرایط و دامنه آن را در حقوق ورشکستگی پرداخته است^۱ یا مبانی و شرایط اعمال خیار تفلیس مورد بررسی قرار گرفته است.^۲ پژوهش حاضر به دنبال آن است تا ابتدا مستندات حقوقی و فقهی خیار اعسار را بررسی و تحلیل کند و سپس با بررسی و تحلیل ادله خیار تفلیس و تطبیق آن بر مورد اعسار، اثبات می‌کند که خیار اعسار با رعایت شرایطی معتبر است.

۱. مفهوم اعسار

واژه اعسار مصدر ثلاثی مزید از باب افعال از ماده «ع س ر» است. مُعَسِر اسم مفعول از این باب و عُسْرَةُ اسم مصدر آن است.^۳ اعسار در لغت به معنای کمبود دارایی و در ضد معنای یسر و گشایش تعریف شده است.^۴ اعسار در مواردی که تنگنا و سختی و شدت وجود داشته باشد، استعمال می‌شود.^۵ اصطلاح فقهی اعسار اگرچه از معنای لغوی آن دور نیفتاده است، فقیهان اسلامی برای آن معانی متعددی بیان کرده‌اند.^۶ تعریف غالب فقیهان امامیه از اعسار آن است که فرد مازاد بر مستثنیات دین، مالی برای وفای دیون خود نداشته باشد.^۷ معنای اصطلاحی اعسار مطابق معنای لغوی عجز از پرداخت دین اعم از اینکه عدم قدرت بر پرداخت دین ناشی از عدم وجود مال باشد یا به دلیل عدم دسترسی به مال. مستثنیات دین به علت استثنا از دین اساساً در ذمه بدهکار نیست تا از اموالی که طلبکاران قابلیت مطالبه آنها را دارند به حساب آید. در قوانین موضوعه تعریف اعسار در مواد مختلفی قبل و پس از انقلاب بیان شد. در نهایت قانون‌گذار در ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ چنین مقرر نمود: «ماده ۶- معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی به جز مستثنیات دین، قادر به تأدیه دیون خود نباشد. تبصره - عدم قابلیت دسترسی به مال در حکم نداشتن مال است.

۱. احمدی، طالب، «خیار تفلیس و حقوق طلبکاران در ورشکستگی»، دو فصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۰، شماره ۶، ۱۳۸۳، صص ۱۶۹-۱۸۶.

۲. السان، مصطفی، «بررسی مبانی و شرایط اعمال خیار تفلیس»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۳۸، ۱۳۹۳، صص ۲۹-۵۰.

۳. زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۲۱۶.

۴. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، قم: هجرت، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۳۱۹.

۵. ابن زکریا، احمد بن فارس، معجم مقانیس اللغة، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۳۱۹.

۶. مبلغی، احمد، محسن واثقی و محمد مهریار، «شناسایی مفهوم اعسار و افلاس و تاثیر آن در تفسیر قانون»، فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، دوره ۶ شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۱۵۷.

۷. یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۴۶۴.

اثبات عدم قابلیت دسترسی به مال برعهده مدیون است.»

۲. موضوع خيار اعسار

در فقه امامیه، در جایی که فرد مدیون مالی به عیان و ظاهر در دست داشته باشد، واجب و لازم است ادای دیون و دین خود را تصفیه کند. اگر مدیون به این امر مبادرت نکند و از ادای دین امتناع کند، حاکم اسلامی مخیر است که وی را محبوس کند تا وی به فروش اموال خویش مبادرت ورزد یا آنکه خود رأساً اقدام به فروش اموال وی و تصفیه بدهی او کند.^۱ بنابراین در جایی که مدیون ادعای اعسار کند و آشکارا مالی داشته باشد و در صورت وجود بینه، ادعای او پذیرفته می شود و از طریق همان مال، بدهی او پرداخت می شود. اما در صورتی که آشکارا مالی از او شناسایی نشود، به گونه ای که فرد قبلاً دارای مال بوده است و الان مدعی تلف آن است و به تبع آن مدعی اعسار خویش است، در این صورت با قیام بینه اعسار او پذیرفته می شود.

پس باید گفت آنچه به عنوان خيار در وضعیت اعسار قابل تصور است، وجود خيار اعسار پس از اثبات اصل اعسار است. قبل از اثبات اعسار و با ادعای مدیون مبنی بر اعسار خویش جایی برای بحث خيار اعسار نیست؛ چراکه در این حالت یا عین مال ظاهر او فروخته و میان طلبکاران تقسیم می شود یا اساساً مالی از او شناسایی نمی شود که به وی مهلت در پرداخت داده شود. آنچه مورد بحث است، در جایی است که مدیون به عنوان معسر شناخته شود و با این وضعیت عین مال را به طلبکار واحد یا سایر طلبکاران تحت عنوان خيار اعسار مسترد کنیم. این وضعیت در فقه جایی مطرح است که عین مال مد نظر خود از مستثنیات دین باشد یا عین مال به تلف حکمی تلف شده باشد؛ به گونه ای که عین مال به ثالث منتقل شده باشد.

در حقوق موضوعه نیز خيار اعسار در همین وضعیت قابل اثبات است. در ماده ۱ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی^۲، که مربوط به مطلق محکومیت های مالی است، در صورتی که عین مال موجود باشد، مال را گرفته و به محکوم له تسلیم می کنند. اما در صورتی که رد عین ممکن نباشد یا اساساً محکوم به عین مال نباشد، اموال محکوم علیه با رعایت مستثنیات دین توقیف و از حاصل فروش آن حسب مورد مثل یا قیمت آن استیفا می شود. همچنین مطابق ماده ۳ این قانون^۳، اگر استیفای مال مطابق ماده ۱ صورت نگیرد، محکوم علیه به زندان محکوم می شود؛ مگر آنکه اثبات اعسار خویش را کند. از سوی دیگر، مطابق ماده ۷ این قانون در مورد اثبات اعسار، هنگامی که وضعیت سابق فرد دلالت بر ملائت وی باشد یا در عوض دین مالی دریافت کرده باشد، اثبات اعسار به عهده او است، مگر اینکه ثابت کند مال تلف حقیقی یا حکمی شده است. در این صورت و نیز در مواردی که مدیون در عوض دین، مالی دریافت نکرده یا تحصیل نکرده باشد، هرگاه خواننده دعوای اعسار نتواند ملائت فعلی یا سابق او را ثابت کند یا ملائت فعلی یا سابق او نزد قاضی محرز نباشد، ادعای

۱. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران: المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷، ص ۲۷۷.

۲. ماده ۱: هر کس به موجب حکم دادگاه به دادن هر نوع مالی به دیگری محکوم شود و از اجرای حکم خودداری کند، هرگاه محکوم به عین معین باشد، آن مال اخذ و به محکوم له تسلیم می شود و در صورتی که رد عین ممکن نباشد یا محکوم به عین معین نباشد، اموال محکوم علیه با رعایت مستثنیات دین و مطابق قانون اجرای احکام مدنی و سایر مقررات مربوط، توقیف و از محل آن حسب مورد محکوم به یا مثل یا قیمت آن استیفا می شود.

۳. ماده ۳: اگر استیفای محکوم به از طرق مذکور در این قانون ممکن نگردد، محکوم علیه به تقاضای محکوم له تا زمان اجرای حکم یا پذیرفته شدن ادعای اعسار او یا جلب رضایت محکوم له حبس می شود. چنانچه محکوم علیه تا سی روز پس از ابلاغ اجرائیه، ضمن ارائه صورت کلیه اموال خود، دعوای اعسار خویش را اقامه کرده باشد حبس نمی شود، مگر اینکه دعوای اعسار مسترد یا به موجب حکم قطعی رد شود.

اعسار با سوگند مدیون مطابق تشریفات مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی پذیرفته می‌شود. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، مطابق این قانون اعمال و اثبات خیار اعسار فقط در دو حالت قابل جریان است: اول آنکه عین مال مدیونی که ادعای اعسار او پذیرفته شده است، از مستثنیات دین مذکور در ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی باشد؛ دوم در جایی که مدیونی ادعای اعسارش پذیرفته شده است، عین مال مد نظر را تلف حکمی کرده و به دیگری منتقل کرده باشد.

۳. مستندات خیار اعسار در حقوق

تا پیش از قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۱۰ تعریف صریحی از افلاس در حقوق موضوعه وجود ندارد. در ماده ۲ این قانون، مفلس کسی معرفی شده است که «دارایی او برای پرداخت مخارج عدلیه و یا بدهی او کافی نیست». اما پس از تصویب قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳، قانون‌گذار به نسخ نهاد افلاس از قوانین ایران مبادرت کرد و به موجب ماده ۳۹ این قانون، از تاریخ اجرای این قانون دیگر دعوایی به‌عنوان دعوای افلاس پذیرفته نخواهد شد. با توجه به نسخ نهاد افلاس از قوانین موضوعه این سؤال در ذهن حقوقدانان پدید آمده است که با نسخ نهاد افلاس، آیا همچنان ماده ۳۸۰ قانون مدنی به قوت خود باقی است یا خیر؟ چه آنکه در این ماده قانونی بیان شده است: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند».

رویکرد حقوقدانان ما درباره پاسخ این پرسش یکسان نیست. نظرهای ایشان تحت دو رویکرد کلی قابل تقسیم است: رویکرد اول: آنکه با نسخ نهاد افلاس از حقوق و قوانین ما، با توجه به وحدت ملاک میان ممنوعیت از تصرف در اموال، میان مفلس و ورشکسته، ورشکستگی به‌جای نهاد افلاس جایگزین می‌شود. طبق بیان این دسته از حقوقدانان، از آنجا که اکنون افلاس در قوانین موضوعه کشوری شناخته نشده است، موردی برای اجرای خیار تفلیس پیدا نمی‌شود. در نظر ایشان، خیار تفلیس در خصوص تاجر ورشکسته جاری می‌شود، مگر آنکه در قانون تجارت مورد خاصی برخلاف این ماده قانونی پیش‌بینی شده باشد^۱ و از آنجا که در قانون تجارت در خصوص ورشکسته بحث دعوای استرداد ورشکستگی مشابه خیار تفلیس پیش‌بینی شده است، می‌توان از خیار تفلیس در قانون مدنی به‌عنوان خیار ورشکستگی یاد کرد.

رویکرد دوم: نظر دیگری که حقوقدانان به آن اشاره کرده‌اند، آنکه با تصویب قانون اعسار ۱۳۱۳ و نسخ نهاد افلاس در این قانون، قانون‌گذار با تعریف جدید از اعسار در عمل مفهوم افلاس را ذیل مفهوم اعسار بازتعریف و جای داده است. تعریف اعسار به عدم کفایت دارایی و عدم دسترسی به مال مطابق این نظر موجب می‌شود که بیان کنیم اگر افلاس مربوط به تاجر باشد، ورشکستگی و اگر مربوط به غیر تاجر باشد، اعسار نامیده می‌شود.^۲ از همین رو است که برخی از حقوقدانان از ماده ۳۸۰ قانون مدنی تعبیر به خیار اعسار کرده‌اند.^۳ برخی دیگر با تفصیل خاصی که ارائه داده‌اند بیان داشته‌اند اگر طرف معامله پیش از دریافت مورد معامله معسر شود، طرف دیگر می‌تواند معامله را فسخ کند؛ ولی اگر پس از تسلیم مورد معامله، حکم اعسار صادر شود، حق فسخ معامله وجود ندارد.^۴

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، تهران: اسلامیه، ۱۳۸۵، ص ۵۲۹.

۲. قاسم‌زاده، مرتضی، حسن ره‌پیک و عبدالله کیانی، **تفسیر قانون مدنی**، تهران: سمت، ۱۳۹۰، ص ۴۵۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمیم‌نویزی حقوقی**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۲۶۸.

۴. کاتوزیان، ناصر، **دوره عقود معین**، تهران: به‌نشر، ۱۳۶۳، ص ۱۸۴.

به نظر نگارندگان، وجود خياری تحت عنوان خيار اعسار صحيح به نظر می‌رسد. ماده ۳۸۰ قانون مدنی این ظرفیت را دارد تا بتوان با بهره‌گیری از قواعد اصولی مبین خيار اعسار باشد. همچنین برای تثبیت نظریه وجود خيار اعسار در حقوق ایران و دفع ایرادات احتمالی بهره‌گیری از ظرفیت فقه امامیه ضروری است. از آنجا که ماده ۳۸۰ قانون منبعث از فقه امامیه است بیان پیشنهاد فقهی و بیان نظریات فقیهان امامیه در خصوص وجود حق فسخ در وضعیت اعسار برای تثبیت نظریه خيار اعسار ضروری است. مستندات خيار اعسار در نظر نگارندگان عبارت است از:

۳.۱. اشرا ب و تضمین مفهوم افلاس در اعسار

اشرا ب و تضمین به معنای فهماندن معنای یک کلمه در کلمه دیگر است. تضمین در اسم بدین معناست که یک اسم هم معنای خودش و هم معنای اسم دیگر را افاده کند.^۱ تا پیش از تصویب قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات ۱۳۱۰ تعریف صریحی از افلاس در ادبیات حقوقی ما وجود ندارد. در سال ۱۳۰۴، قانون تجارت تصویب شد و پس از آن در سال ۱۳۰۷ جلد اول قانون مدنی به تصویب رسید. در ماده ۲۴۳ قانون تجارت ۱۳۰۴ از ورشکستگی تاجر یا شرکت‌های تجاری سخن گفته شده است. در جلد اول قانون مدنی از هر دو واژه افلاس و ورشکستگی سخن به میان آمده، با این تفاوت که تعریف افلاس نه در این قانون و نه در قوانین مصوب قبلی ارائه نشده است. به‌طور مثال، در ماده ۷۷۰ قانون مدنی حکم به غیرقابل فسخ بودن صلحی که در عوض مال الصلح تعهد به نفقه معین بر طبق شرایط صلح‌نامه با ورشکستگی یا افلاس متعهد نفقه داده است. ورشکستگی و افلاس در این ماده قانونی به‌عنوان قسیم یکدیگر یاد شده است. در نهایت در سال ۱۳۱۰، قانون‌گذار به تصویب قانون اعسار و افلاس و اصلاح محاکمات مبادرت و مرز میان مفهوم اعسار و افلاس را مشخص کرد. افلاس، عدم کفایت دارایی برای پرداخت دین اعم از هزینه دادرسی و بدهی معرفی شد؛ حال آنکه اعسار عدم قدرت موقت برای پرداخت هزینه دادرسی یا محکوم‌به به‌علت عدم دسترسی به دارایی شناسایی شد. ماده ۱ و ۲ این قانون مقرر کرد: «ماده ۱- معسر کسی است که به واسطه عدم دسترسی به اموال و دارایی خود موقتاً قادر به تأدیه مخارج عدلیه و یا محکوم‌به نباشد. ماده ۲- مفلس کسی است که برای پرداخت مخارج عدلیه و یا بدهی او کافی نیست.» بنابراین شاخص اصلی اعسار عدم قدرت به علت عدم دسترسی به دارایی برای تأدیه دین و معیار اصلی افلاس عدم کفایت دارایی برای تأدیه دین معرفی شد. قانون‌گذار در نهایت به این جمع‌بندی رسید تا مفهوم افلاس را از ادبیات حقوقی ایران نسخ و فقط به دو مفهوم اعسار و ورشکستگی بسنده کند. این امر در ماده ۱ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ نمایان شد. تعریف قانون‌گذار مبتنی بر ادغام دو شاخص عدم دسترسی و عدم کفایت دارایی در تعریف جدید از اعسار بود. در این ماده مقرر شد: «معسر کسی است که به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود قادر به تأدیه مخارج محاکمه یا دیون خود نباشد.» لذا در تعریف جدید از اعسار از مفهومی که سابقاً قانون‌گذار برای افلاس معرفی کرده بود نیز استفاده شد. آخرین تعریفی که از اعسار در قوانین موضوعه ایران شده، نیز همین دو معیار در نظر گرفته شده است. در ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ قانون‌گذار مقرر کرد: «معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی به‌جز مستثنیات دین، قادر به تأدیه دیون خود نباشد. تبصره - عدم قابلیت دسترسی به مال در حکم نداشتن مال است. اثبات عدم قابلیت دسترسی به مال برعهده مدیون است.» عدم پذیرش دعاوی افلاس و نسخ قانون اعسار و افلاس مذکور در ماده ۳۹ و ۴۰ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ بیانگر محو مفهوم افلاس از ادبیات حقوقی ایران است. باتوجه به اینکه مفهوم افلاس در بازتعریف قانون‌گذار از اعسار اشرا ب و تضمین

۱. جمعی از محققان، فرهنگ‌نامه اصول فقه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹، ص ۳۰۹.

شده است و معیار اصلی افلاس که همانا عدم کفایت دارایی در پرداخت دین بود در تعریف جدید از اعسار جایگذاری شد، می‌توان به این نتیجه رسید که اساساً به‌جای واژه افلاس در قانون می‌توان واژه اعسار را قرار داد. فقط در صورت محذور قانونی و فقهی این جایگذاری صورت نمی‌گیرد والا قاعده اولی با توجه به ادغام مفهومی افلاس در اعسار، جای‌گذاری تمامی واژگان افلاس به اعسار در قوانین موضوعه است. لذا در مواردی مانند ماده ۵۵۱ قانون مدنی که صحبت از انفساخ عقد مضاربه به دلیل مفلس شدن مالک شده یا در ماده ۱۲۶۴ که اقرار مفلس را به ضرر دیان نافذ ندانسته است، در صورت عدم محذور فقهی می‌توان حکم به جایگزینی واژه معسر به جای مفلس کرد.

۳.۲. ملاک جمع عرفی و اسلوب قانون‌گذاری

قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» به عنوان یکی از قواعد عقلایی اصولی دربرگیرنده آن است و مادامی که بین دلالت دو دلیل امکان جمع عرفی باشد، لازم است آن جمع صورت گیرد.^۱ عرف با ملاحظه جمیع اصول تقنین و تشریع میان دو دلیل جمع کرده که از آن تعبیر به جمع عرفی می‌کنند.^۲ حال در مورد اعسار و افلاس به نظر می‌رسد مقتضای اشراب مفهومی افلاس در مفهوم اعسار در قانون اعسار ۱۳۱۳ و قوانین مصوب پس از این قانون، آن است که قائل به نسخ قوانینی، که در آن از لفظ افلاس یا تفلیس به کاربرده شده است، نشویم (مانند ماده ۳۸۰ قانون مدنی)؛ بلکه با توجه به جمع عرفی و در نظر گرفتن تضمین مفهوم افلاس در مفهوم اعسار باید قائل به جایگزینی اعسار در مورد قوانینی شویم که از لفظ افلاس استفاده کرده است؛ مگر اینکه با محذور فقهی روبه‌رو شویم. توضیح آنکه اولاً درجایی امکان جمع میان مواد قانونی باشد، محلی برای نسخ باقی نمی‌ماند.^۳ بنابراین سخن گفتن از نسخ در جایی که قانون‌گذار تصریحی به نسخ مواد قانونی نکرده است بی‌معناست. ثانیاً با توجه به معنای تضمین و اشراب یک مفهوم در مفهوم دیگر باید قائل به جایگزینی مفهومی اعسار در افلاس شویم؛ چراکه تضمین کلمه در معنای صحیح خود عبارت است از آنکه لفظ در معنای اصلی خود استعمال شود و مقصود از لفظ اصالت معنای حقیقی خود باشد؛ اما به تبع معنای دیگری که مناسب و در ارتباط با معنای اصلی است نیز قصد شود، بدون اینکه لفظ در آن معنا استعمال شود. حقیقت تضمین لفظ نه از باب کنایه است و نه از باب اضممار بلکه از باب حقیقت است که در استعمال حقیقی لفظ معنای دیگری نیز قصد شود.^۴ در مسئله مفهوم اعسار و افلاس نیز تضمین و اشراب معنایی رخ داده است. بدین معنا که قانون‌گذار با تضمین مفهوم افلاس در مفهوم اعسار، قصد مفهوم افلاس را به عنوان مفهومی تبعی در کنار مفهوم اصلی و حقیقی اعسار کرده است. تضمین مفهوم افلاس در مفهوم اعسار از آن نظر بیش از پیش نمایان می‌شود که متذکر شویم تا پیش از سال ۱۳۱۳ در قانون ایران هر سه مفهوم اعسار، افلاس و ورشکستگی وجود داشته است و پس از سال ۱۳۱۳ فقط با دو نهاد اعسار و ورشکستگی مواجهیم. از آنجا که قبل از ۱۳۱۳ و پس از آن ورشکستگی فقط اختصاص به تاجر داشته و در خصوص شخص غیر تاجر پیش از ۱۳۱۳ به حسب مورد اعسار و افلاس جریان داشته است؛ لذا با توجه به تعریف معسر پس از سال ۱۳۱۳، که متشکل از هر دو معیار عدم کفایت دارایی و عدم دسترسی به مال به منظور عدم قدرت برای تأدیه دیون است، می‌توان نتیجه گرفت مضمون افلاس در مفهوم اعسار توسط قانون‌گذار نهادینه شده است.

۱. ولایی، عیسی، *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول*، تهران: نشر نی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۹.

۲. خمینی، سید روح‌الله، *التعادل والترجیح*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۵، ص ۱۷.

۳. محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، تهران: علوم اسلامی، ۱۳۸۳، صص ۳۸/۴.

۴. رشتی، حبیب‌الله، *بدائع الأفکار*، قم، بی‌تا، ص ۱۷۰.

از حاصل این مقدمات به این نتیجه می‌رسیم که اگرچه پس از ۱۳۱۳ در ادبیات حقوقی ایران واژه افلاس وجود ندارد، نمی‌توان پس از این سال قائل به آن شد که وجود لفظ افلاس در مواد قانونی ایران من جمله قانون مدنی ایران موجبی برای نسخ آن ماده است؛ چراکه اولاً نسخ خلاف اصل و احتیاج به تصریح قانونی و خلاف مقتضای جمع عرفی است و ثانیاً با توجه به تضمین و اشراب مفهوم افلاس در مفهوم اعسار می‌توان آثاری که تا پیش از این بر افلاس بار می‌شد بر اعسار نیز بار کنیم. فقط درجایی که با منع فقهی به لحاظ خاستگاه قانون مدنی مواجه باشیم می‌توان از این قاعده دست کشید. در مورد ماده ۳۸۰ قانون مدنی نیز با توجه به این مقدمات می‌توان قائل به عدم نسخ این ماده و جایگزینی خيار اعسار با توجه به ادله فقهی خيار افلاس بود.

۴. مستندات فقهی خيار اعسار

در فقه امامیه تاکنون خیاری به عنوان خيار اعسار معرفی نشده است. در صورتی که بخواهیم چنین خیاری را با توجه به مجموع روایات و مبانی فقهی به اثبات رسانیم، ناگزیریم اولاً ادله خيار افلاس و در هر مورد انطباق دلیل را بر مورد اعسار بیان کنیم؛ ثانیاً با توجه به مبانی عمومی خیارات به اثبات خيار اعسار مبادرت ورزیم. بنابراین برای اثبات خيار اعسار به ادله تعبدی و ادله عمومی استناد می‌کنیم.

۴.۱. ادله خيار تفليس و تطبيق آن بر مورد اعسار

فقیهان امامیه ذیل بحث تفليس و به عنوان یکی از احکام تفليس فتوا داده‌اند که هرکسی از طلبکاران مال خود را نزد بدهکار مفلس بیابد، نسبت به دیگران برای دریافت مال خویش احق خواهد بود. از این حق رجوع به عین مال خویش، که نزد بدهکار موجود است، تا پیش از شهید اول به عنوان خيار تفليس اطلاق نشده بود. شهید اول اولین فقیهی است که به این حق رجوع، اطلاق خيار تفليس کرد.^۱ فقیهان برای بیان دلیل خيار تفليس به قواعد عمومی باب معاملات استناد نکرده‌اند. در نظر ایشان، خيار تفليس دارای دلیل خاص تعبدی است و با توجه به اینکه این خيار خلاف قواعد کلی باب معاملات است، روایات وارد شده حکم آن را بیان می‌کنند.

۴.۱.۱. اجماع

در خصوص اختصاص طلبکار و حق تقدم او در بازپس‌گیری عین مال خویش نزد فرد مفلس ادعای اجماع شده است.^۲ مدعیان اجماع علاوه بر اجماع به نصوص روایی نیز استناد کرده‌اند که خود حاکی از مدرکی بودن اجماع ایشان است. اما با وجود مدرکی بودن جز در برخی فروع، اصل این حق برای طلبکار توسط هیچ فقیهی مورد تردید قرار نگرفته است. با توجه به مدرکی بودن اجماع اثبات خيار اعسار با مشکل مواجه نمی‌شود و می‌توان با خدشه و تعمیم مورد افلاس به اعسار حکم خيار اعسار را نیز ثابت بدانیم.

۴.۱.۲. روایات

در بسیاری از روایات امامیه حکم اختصاص طلبکار به عین مالش مطرح شده است. در این روایات، که خانواده حدیثی را

۱. شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامية*، بیروت: دار التراث، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۱۲۰.

۲. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی، *غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع*، قم: مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۲۴۸.

تشکیل می‌دهد، اصل این مطلب ثابت شده است. بحثی که ما به دنبال آن هستیم حدود و ثغور روایات و متعلق حکمی است که در روایات اسلامی بدان پرداخته شده است. بدین منظور به روایات وارد شده در این مبحث اشاره می‌کنیم و از لحاظ سندی و دلالتی بررسی خواهیم کرد.

۴.۱.۲.۱. روایت نبوی مشهور

در برخی از کتب فقهی امامیه به روایتی در زمینه خیار تفلیس استناد شده است که اصل روایت در کتب عامه مطرح است و فقهای شیعه آن را بدون ذکر سند در کتب خود مطرح و بدان استناد کرده‌اند. این روایت عبارت است از «روی أبو هريرة قال: قضی رسول الله صلى الله عليه و آله أيما رجل مات أو أفلس، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»^۱. آن حضرت قضاوت کردند هر کس بمیرد یا مفلس شود، اگر صاحب کالا عین آن را بیابد نسبت به آن احق است. حتی کسانی که قائل به عدم حجیت خبر واحد هستند نیز این روایت نبوی را به عنوان مستند اصلی حکم تقدم صاحب عین بر سایر طلبکاران بیان کرده‌اند.^۲

ضعف این روایت با عمل اصحاب جبران می‌شود. مشهور فقیهان در بیان حکم مسئله به این روایت استناد کرده‌اند و از این رو طبق مبنای جبران ضعف سند با عمل مشهور، این روایت معتبر تلقی می‌شود.^۳

در خصوص دلالت این حدیث در خصوص اثبات خیار اعسار این سؤال مطرح می‌شود که واژه افلاس وارد شده در این روایت به چه معناست. آیا معنای اصطلاحی آن مراد است یا معنای لغوی؟ توجه به این نکته ضروری است که در این روایت عبارت «من افلس» ذکر شده است. بنابراین در این روایت با کلمه افلاس مواجهیم و نه تفلیس. افلاس همان طور که در لغت بیان شد، به معنای آن است که فرد دارایی خویش را از دست بدهد و جز مقدار اندکی که فلوس است نزد او نباشد. به همین دلیل افلاس را به معنای آنکه مالی برایش باقی نمانده تعبیر کرده‌اند.^۴ از همین روی است که در اصطلاحات فقهی افلاس را انتقال از حالت فراخ دستی و یسر به حالت تندگستی و عسر معنا کرده‌اند. حتی تمایز میان اعسار و افلاس را به تعلق افلاس به دین و تعلق اعسار به دین و کم بودن آنچه فرد مالک آن است دانسته‌اند.^۵ به نظر می‌رسد افلاس در معنای لغوی خویش به کار رفته باشد و از آنجا که وجود حقیقت شرعیه یا متشرعه در زمان رسول اکرم (ص) با تردید جدی روبه‌رو است، نمی‌توان از افلاس معنای اصطلاحی آن را اراده کرد. مضافاً اینکه حتی اگر معنای اصطلاحی افلاس مد نظر باشد، معنای اصطلاحی همخوانی با معنای تفلیس، که منع از تصرف یکی از آثار آن است، ندارد.^۶

شاهد و بلکه دلیل دیگری که در این مسئله وجود دارد آن است که در روایات دیگر واژه افلاس به کار رفته است و فقیهان معنای لغوی آن را مد نظر قرار داده‌اند، نه معنای اصطلاحی آن را. به عنوان مثال، در روایتی از امیرالمومنین (ع) وارد شده است که ایشان حکم فرمود درمورد دین بدهکاری که در دادن بدهی خود تعلل می‌کند او را زندان کنند تا

۱. طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحکام*، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۲۶۲.

۲. ابن زهره حلبی، پیشین، ص ۲۴۸.

۳. خمینی، سید روح الله، *الطهارة*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۴۱۹.

۴. کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۲۲۲.

۵. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمان، *معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية*، قاهره: دارالفضلیه، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۲۵۴.

۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی، *حاشیه سرائع الإسلام*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۴۰۶.

نداشتن و افلاس یا احتیاجش روشن شود بعد رهایش کنند تا مالی به دست آورد.^۱ جالب اینکه واژه افلاس مذکور در این روایت را فقیهان در باب اعسار مورد استفاده و استناد قرار داده‌اند.^۲ این مسئله اقوی دلیل بر این است که افلاس در معنای لغوی خویش مراد شارع حداقل در عصر اولیه تشریع بوده است. بنابراین می‌توان ادعا کرد قطعاً روایت نبوی ناظر به افلاس لغوی است که مترادف با اعسار نیز شناخته می‌شود و حکم روایت قابل تسری به مورد اعسار نیز است. بنابراین دلیل خيار افلاس شامل اعسار نیز می‌شود.

۴.۱.۲.۲. روایت از امام کاظم (ع)

در روایتی از امام کاظم (ع) به سند صحیح^۳ از فردی که دینش زیاد شده است و مال مردی به عین آن نزد او یافت می‌شود سؤال شده است که حضرت در جواب نیز بیان فرمودند سایر طلبکاران در حصص طلبشان با وی تقسیم نمی‌شوند.^۴ عبارت «یرکبه الدین» به معنای آن است که دیون از اموال مدیون بیشتر است و از این نظر حاکم حکم به افلاس او کرده و مفلس شده است.^۵ ذیل روایت و عبارت «لایحاصه الغرماء» نیز نشانگر آن است که حکم حجر مدیون ثابت شده است؛ چراکه قبل از حکم حجر معنا ندارد، گفته می‌شود طلبکاران نباید در طلب خود با فردی که عین مالش نزد مدیون است تقسیم اموال شوند؛ زیرا قبل از حجر اختیار به دست مفلس است و هر کاری می‌تواند انجام دهد و طلبکاران اختیاری در منع از تصرف وی ندارند.^۶

در خصوص دلالت حدیث به نظر می‌رسد بتوان معنای دیگری نیز تصور کرد. سؤال راوی در خصوص زیادی دین بر مال است. از آنجا که بحثی در خصوص زیادی دین بر اموال قبل از صدور حکم تفليس یا بعد از آن در سؤال سائل ذکر نشده است، اختصاص رکوب دین به تفليس با ایراد جدی روبه‌رو است. صرف این استدلال که عدم تقسیم طلبکاران در عین مال فرد طلبکاری که مالش نزد مدیون است به دلیل محجوریت پیشینی بدهکار است، صحیح نیست. به نظر ما هم عبارت «یرکبه الدین» شامل افلاس لغوی و بالتبع اعسار با تقریر پیشین است و هم حکم «لایحاصه الغرماء» نسبت به این حالت صحیح است؛ چراکه این روایت در مقام بیان آن است که اگر معامله‌های معوض است، در صورت عدم تسلیم یکی از عوضین، فرد حق اختصاص نسبت به سایرین خواهد داشت، خواه مفلس باشد یا مفلس. اختصاص حکم به مورد تفليس نه از صدر روایت و سائل سؤال برداشت می‌شود و نه از جواب امام معصوم (ع). جواب ناظر به عدم حق طلبکاران نسبت به عین مال بدهکار دارای حق اختصاص است. پس اینکه گفته شود چون طلبکاران نسبت به مفلس به معنای لغوی حق منع از تصرف ندارند چگونه می‌توانند درخواست تقسیم یا عدم تقسیم اموال را کنند و بنابراین حکم اختصاص به صورت تفليس مدیون دارد به نظر صحیح نمی‌آید؛ چراکه حق مطالبه در خصوص هر دینی اعم از اعسار و افلاس برای طلبکاران فراهم است و منع از تصرفی دخلی در اصل سؤال ندارد. از سوی دیگر، برخی در اصل اینکه این حکم اختصاص به بعد از حجر داشته باشد تردید جدی کرده‌اند و بنابراین با بیان پیش‌رو می‌توان حکم را در جایی که دین از اموال بدهکار بیشتر

۱. طوسی، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، پیشین، ص ۱۹۶.

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، جلد ۱۳، قم: مؤسسه آل البیت، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۱۸.

۳. مجلسی، محمد باقر، *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار*، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ه.ق، ص ۵۱۳.

۴. طوسی، پیشین، ص ۱۹۳.

۵. مجلسی، پیشین.

۶. بهبهانی، محمد باقر، *حاشیة مجمع الفائدة والبرهان*، قم: مؤسسه الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۳۸۷.

باشد به تمام فروض تسری داد.^۱

نکته‌ای که ممکن است ایراد شود، آنکه مال به صورت شرعی به دیگری منتقل شده است و فقط به دلیل شرعی از ملکیت دیگری خارج می‌شود. در این مورد نیز فقط به دلیل محجوریت فرد بدهکار و ممنوعیت از تصرف او حق اختصاص به بایع داده می‌شود.^۲ بنابراین علت اصلی حکم خیار تفلیس محجوریت فرد است و در حالت افلاس یا اعسار محجوریت موجود نیست و خیار تفلیس نیز ثابت نیست. در پاسخ باید گفت اولاً مطابق مدلول روایی بیان شده، وجه شرعی روایت فوق با تقریر ارائه شده است. بنابراین اگرچه ملکیت مستقر است، دلیل شرعی این حق فسخ را برای بایعی که عین مالش نزد دیگری است ثابت شده در نظر گرفته است. ثانیاً در برخی استدلال‌ات مربوط به ثبوت خیار تفلیس در بیانات فقها آمده است برای دفع ضرر بایع در صورتی که عوض به او داده نشده است، وی حق رجوع به معوض را خواهد داشت.^۳ استدلال به قاعده لاضرر برای این موضوع با تقریرات مختلف ارائه شده و اینکه این قاعده مثبت خیار است یا خیر، نشانگر آن است که حکمت خیار و حتی شاید علت ثبوت خیار، آن باشد که بایع به عین مالی که ثمن آن را دریافت نکرده است برسد. این علت و حکمت در تمامی مواردی که چنین است جریان دارد و در افلاس و اعسار نیز چنین دلیلی یافت می‌شود. لذا دلالت روایت منطبق بر خیار اعسار نیز خواهد بود.

بنابراین با توجه ادله فقهی، که مستند خیار تفلیس بود، ثابت شد این خیار در مورد افلاس صادق است و مناسب است به جای به کار بردن عبارت خیار تفلیس، از خیار افلاس سخن بگوییم. عجز از پرداخت دین، فقر، زیادی دیون بر مال همگی از مصادیق افلاس است که در فقه بدان اشاره شد.^۴ با ادله ارائه شده به این نتیجه رسیدیم که مستندات فقهی نسبت به حالت افلاس نیز جریان دارد و اختصاصی به حالت تفلیس و حجر بدهکار ندارد. بلکه حکم خیار تفلیس اختصاصی به بعد از حجر ندارد و قبل از آن نیز جریان دارد.^۵ بنابراین بحثی در تعلق این خیار در حالت افلاس وجود ندارد. حال برای تسری خیار افلاس بر مورد اعسار باید به این پرسش پاسخ دهیم که نسبت اعسار با افلاس چیست؟ به نظر می‌رسد نسبت میان افلاس و اعسار تساوی باشد. چه آنکه افلاس در لغت به معنای ندار شدن فرد بعد از اینکه دارا بوده است معنا شده است^۶ یا از آن تعبیر به کم بودن مال شده است.^۷ بنابراین از حیث مفهوم لغوی افلاس با اعساری که آن نیز ضدیسر است^۸ و به معنای سخت شدن^۹، فقر و کم بودن دارایی است^{۱۰} یکی است. از حیث لغوی بحثی در هم پوشانی این دو مفهوم وجود ندارد. از حیث اصطلاحی نیز با توجه به عدم دلیل در استعمال این دو واژه به عنوان حقیقت شرعیه یا متشرعه نمی‌توان معنای اصطلاحی این دو را دور از معنای لغوی در نظر گرفت؛ بلکه با توجه به صدور اکثر ادله در اوایل زمان تشریع قول به لغوی بودن معنای این دو واژه صحیح‌تر به نظر می‌رسد.

۱. اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، جلد ۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۲۵۱.

۲. علامه حلی، پیشین، جلد ۵، ص ۴۴۳.

۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۴۴۳.

۴. مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات الفقه*، بی تا، ص ۴۰۸.

۵. حائری، سید محمد مجاهد، *المناهل*، قم: مؤسسه آل البیت، بی تا، ص ۵۷.

۶. صاحب بن عباد، *المحیط فی اللغة*، جلد ۱، بیروت: عالم‌الکتب، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۳۵۶.

۷. حمیری، ۱۴۲۰، جلد ۸، شماره ۵۲۵۵.

۸. صاحب بن عباد، پیشین، ص ۳۲۵.

۹. راغب اصفهانی، حسین، *مفردات ألفاظ القرآن*، سوریه: دار العلم، ۱۴۱۲ ه.ق، ص ۵۶۶.

۱۰. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، جلد ۴، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۵۶۳.

۴.۲. تخلف از شرط ارتكازی در مورد اعسار

یکی از ادله ایجاد خیاری تحت عنوان خيار اعسار، ثبوت خيار به دليل تخلف از شرط ارتكازی متعاملین است.^۱ در شروط ارتكازی عرفی اصل انشای عقد دلالت بر شرط به دلالت التزامی دارد. دلالت التزامی به گونه‌ای است که گویی در متن عقد چنین شرطی لحاظ شده است. بنابراین شرط ارتكازی عرفی به عنوان شرط مصرح در عقد دانسته می‌شود.^۲ از آنجا که شرط ارتكازی به منزله شرط مصرح در عقد است، الغای آن احتیاج به تصریح در معامله یا قبل از آن دارد،^۳ نه اثبات آن. فقیهان امامیه امتناع از تسلیم عوضین چه به صورت اختیاری و چه به صورت غیراختیاری را موجبی برای جریان خيار تخلف شرط دانسته‌اند. اگرچه در خصوص امتناع از تسلیم این بحث مطرح شده است که آیا اولاً باید فرد اجبار شود و در صورت عدم امکان اجبار به تسلیم عوضین حق فسخ برای طرف دیگر در نظر گرفته می‌شود یا از ابتدا با امتناع از تسلیم عوضین می‌توان قائل به جواز فسخ معامله شد؛ اما همگی اتفاق نظر دارند که در صورت تعدر از اجبار تنها برای طرف دیگر ایجاد حق فسخ می‌شود.^۴ حال در فرض اعسار فرد که امکان اجبار به وفای به شرط وجود ندارد و عجز از اجبار به دلیل نادار بودن فرد معسر موجود است، حق فسخ مطابق هر دو مبنا جریان خواهد داشت. بنابراین عملاً در خصوص صورت اعسار با مشکلی در زمینه ایجاد حق خيار به واسطه تعدر از وفای به عقد نباید به وجود آید. برای تثبیت تطبیق حکم بر وضعیت اعسار می‌توان به فتوای فقیهان متأخر اشاره کرد. در بحث نقد و نسبه این دسته از فقیهان بیان داشته‌اند: «مطالبه ثمن از مشتری بعد از انقضای اجل جائز است. در صورتی که مشتری متمکن از پرداخت ثمن نباشد، بایع می‌تواند به او مهلت دهد یا بیع را فسخ کند و مبیع را در صورت وجود بازپس گیرد. در صورت تلف نیز بدل در ذمه مشتری از مثل یا قیمت مستقر خواهد شد.^۵ عدم تمکن از پرداخت ثمن مفهوماً شامل وضعیت اعسار است و از این رو حکم مسئله مبنی بر فسخ و رجوع به عین مبیع در صورت موجود بودن عین، شامل حال فرض اعسار نیز خواهد شد. این فتوا با توجه به مبنای این دسته از فقیهان مبنی بر ارجاع این حالت به خيار تخلف شرط ارتكازی امری سهل است. با توجه به نظر ایشان در خصوص معسر، اگرچه حکم وجوب امهال به معسر مطابق ادله قرآنی و روایی وجود دارد، منافاتی میان امهال به معسر و ثبوت خيار تخلف شرط ارتكازی نیست؛ چراکه تعبد به امهال نافه اشتراط عرفی تسلیم عوضین در معاوضات نبوده و در فرض ما که فرد تمکن از ادای ثمن بیع را ندارد، هم امهال جریان خواهد داشت و هم خيار تخلف از شرط ارتكازی. با وجود این، کسانی که قائل به این مبنا نیستند، در فرض فوق و عدم تمکن مشتری از ادای ثمن فقط حکم به وجوب امهال به مشتری داده و سخنی از ایجاد حق فسخ برای بایع نکرده‌اند.^۶ مطابق نظر مشهور متأخرین می‌توان نتیجه گرفت خيار اعسار مصادیقی از مصادیق خيار تخلف شرط ارتكازی مبتنی بر عدم دریافت ثمن معامله با حدوث وضعیت اعسار در مشتری است و از این حیث برای بایع با حدوث اعسار ایجاد خيار اعسار خواهد شد.

۱. قمی، سید تقی، *عمدة المطالب فی التعلیق علی المکاسب*، جلد ۳، قم: کتابفروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۴۴۱.

۲. تبریزی، جواد، *ارشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب*، جلد ۴، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۷۱.

۳. همان، ص ۱۶۵.

۴. انصاری، مرتضی، *المکاسب*، جلد ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۷۲.

۵. سیستانی، سید علی، *المسائل المنتخبة*، قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۳۰۹؛ روحانی، سید محمد، *المسائل المنتخبة*، کویت: شركة مكتبة الألفین، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۲۴۸؛ تبریزی، جواد، *المسائل المنتخبة*، قم: دار الصدیقه الشهیده، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۲۳۲؛ شبیری

زنجانی، سید موسی، *المسائل الشرعیة*، قم: مؤسسه نشر الفقاهة، ۱۴۲۸ ه.ق، ص ۴۶۵.

۶. فاضل لنکرانی، محمد، *الأحكام الواضحة*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۳۲۰.

نتیجه‌گیری

حذف نهاد افلاس از حقوق ایران موجب شد تا در تفسیر ماده ۳۸۰ مدنی نگرشی جدید ایجاد شود. ماده ۳۸۰ قانون مدنی، که تا پیش از این در خصوص خیار تفلیس وارد شده بود، با تفسیر ارائه شده در این مقاله قابلیت برداشت خیار تحت عنوان خیار اعسار را دارد. قانون‌گذار در قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ و قوانین مصوب پس از آن، مفهوم افلاس را در مفهوم اعسار اشراب و تضمین کرد. اشراب مفهوم افلاس در اعسار بدان معناست که می‌توان از واژه افلاس موجود در ماده ۳۸۰ قانون مدنی قصد حقیقی معنای اعسار را نیز برداشت کرد. بدین لحاظ خیار اعسار جایگزین خیار افلاس است. اصل عدم نسخ، ملاک جمع عرفی میان مواد قانونی به لحاظ حقوقی قول به نسخ ماده ۳۸۰ قانون مدنی را با دشواری مواجه می‌کند. با توجه به اینکه در فقه امامیه ادله خیار افلاس نیز قابل تطبیق بر فرض اعسار است، با مشکل مبنایی روبه‌رو نیستیم. از سوی دیگر، فتاوی مشهور متأخرین، مبنی بر اینکه عدم تمکن از پرداخت ثمن موجب ایجاد خیار برای بایع می‌شود، به‌عنوان مستند قابل توجه برای ثبوت خیار اعسار است. این فتوا از آن نظر دارای اهمیت است که سایر فقیهان معاصر در فرض عدم تمکن از پرداخت ثمن قائل به وجوب امهال معسر شده و قائل به خیار برای بایع نشده‌اند. مبنای فتوای به ایجاد خیار برای بایع در صورت عدم تمکن از پرداخت ثمن که معادل مفهوم اعسار است، تخلف از شرط ارتکازی بیان شده است. بدین لحاظ می‌توان برای خیار اعسار از منظر فقهی قائل به انطباق ادله خیار افلاس در مورد اعسار شد یا فتوای مشهور متأخرین در فرض اعسار را به‌عنوان مستند تلقی کرد. با توجه به جمیع مستندات فقهی و حقوقی، قول به ایجاد خیار اعسار معتبر و راهگشا در حل معضلات حقوقی است.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، تهران: اسلامیه، ۱۳۸۵.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمیم‌ولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.
۳. قاسم‌زاده، مرتضی، حسن ره‌پیک و عبدالله کیانی، **تفسیر قانون مدنی**، تهران: سمت، ۱۳۹۰.
۴. کاتوزیان، ناصر، **دوره عقود معین**، تهران: به‌نشر، ۱۳۶۳.
۵. محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه**، تهران: علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
۶. ولایی، عیسی، **فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول**، تهران: نشر نی، ۱۳۸۷.

مقاله

۷. السان، مصطفی، «بررسی مبانی و شرایط اعمال خیار تفلیس»، **فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی**، دوره ۱۱، شماره ۳۸، ۱۳۹۳، صص ۲۹-۵۰.
۸. طالب احمدی، حبیب، «خیار تفلیس و حقوق طلبکاران در ورشکستگی»، **دوفصلنامه حقوق تطبیقی**، دوره ۰، شماره ۶، ۱۳۸۳، صص ۱۸۶-۱۶۹.
۹. میلنی، احمد، محسن واثقی و محمد مهریار، «شناسایی مفهوم اعسار و افلاس و تاثیر آن در تفسیر قانون»، **فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی**، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۱۷۹-۱۵۱.

عربى

كتاب

۱۰. ابن زكريا، احمد بن فارس، **معجم مقائيس اللغة**، قم: دفتر تبليغات اسلامى، ۱۴۰۴ ه.ق.
۱۱. ابن زهره حلي، حمزة بن على، **غنية النزوع إلى علمى الأصول والفروع**، قم: مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۷ ه.ق.
۱۲. ابن منظور، محمد بن مكرم، **لسان العرب**، جلد ۴، بيروت: دارالفكر، ۱۴۱۴ ه.ق.
۱۳. اردبيلي، احمد، **مجمع الفائدة والبرهان فى شرح إرشاد الأذهان**، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۰۳ ه.ق.
۱۴. انصارى، مرتضى، **المكاسب**، جلد ۶، قم: كنگره جهانى بزرگداشت شيخ انصارى، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۵. بهبهانى، محمد باقر، **حاشية مجمع الفائدة والبرهان**، قم: مؤسسه الوحيد البهبهاني، ۱۴۱۷ ه.ق.
۱۶. تبريزى، جواد، **إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب**، جلد ۴، قم: مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۱۶ ه.ق.
۱۷. تبريزى، جواد، **المسائل المنتخبة**، قم: دارالصدیقه الشهيدة، ۱۴۲۷ ه.ق.
۱۸. جمعى از محققان، **فرهنگ نامه اصول فقه**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامى، ۱۳۸۹.
۱۹. حائرى، سيد محمد مجاهد، **المناهل**، قم: مؤسسه آل البيت، بى تا.
۲۰. خمينى، سيد روح الله، **التعادل والترجيح**، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، ۱۳۷۵.
۲۱. خمينى، سيد روح الله، **الطهارة**، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، ۱۴۲۲ ه.ق.
۲۲. راغب اصفهاني، حسين، **مفردات ألفاظ القرآن**، سورية: دارالعلم، ۱۴۱۲ ه.ق.
۲۳. رشتى، حبيب الله، **بدائع الأفكار**، قم: بى تا.
۲۴. روحانى، سيد محمد، **المسائل المنتخبة**، كويت: شركة مكتبة الألفين، ۱۴۱۷ ه.ق.
۲۵. زبيدى، سيد محمد مرتضى، **تاج العروس من جواهر القاموس**، بيروت: دارالفكر، ۱۴۱۴ ه.ق.
۲۶. سيستانى، سيد على، **المسائل المنتخبة**، قم: دفتر حضرت آيت الله سيستانى، ۱۴۲۲ ه.ق.
۲۷. شيرى زنجاني، سيد موسى، **المسائل الشرعية**، قم: مؤسسه نشر الفقاهه، ۱۴۲۸ ه.ق.
۲۸. شهيد اول، محمد بن مكى، **اللمعة الدمشقية فى فقه الإمامية**، بيروت: دارالتراث، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۹. شهيد ثانى، زين الدين بن على، **حاشية شرائع الإسلام**، قم: دفتر تبليغات اسلامى، ۱۴۲۲ ه.ق.
۳۰. صاحب بن عباد، **المحيط فى اللغة**، بيروت: عالم الكتب، ۱۴۱۴ ه.ق.
۳۱. طوسى، محمد بن حسن، **الخلاص**، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۰۷ ه.ق.
۳۲. طوسى، محمد بن حسن، **المبسوط فى فقه الإمامية**، تهران: المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷.
۳۳. طوسى، محمد بن حسن، **تهذيب الأحكام**، تهران: دارالكتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ه.ق.
۳۴. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمان، **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية**، قاهره: دارالفضليه، ۱۴۱۹ ه.ق.
۳۵. علامه حلى، حسن بن يوسف، **تذكرة الفقهاء**، جلد ۵ و ۱۳، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ه.ق.
۳۶. علامه حلى، حسن بن يوسف، **مختلف الشيعه فى أحكام الشريعة**، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳ ه.ق.
۳۷. فاضل لنكرانى، محمد، **الأحكام الواضحة**، قم: مركز فقهي ائمه اطهار، ۱۴۲۲ ه.ق.
۳۸. فراهيدى، خليل بن احمد، **كتاب العين**، قم: هجرت، ۱۴۱۰ ه.ق.
۳۹. قمى، سيد تقى، **عمدة المطالب فى التعليق على المكاسب**، جلد ۳، قم: كتابفروشى محلاتى، ۱۴۱۳ ه.ق.
۴۰. كركى، على بن حسين، **جامع المقاصد فى شرح القواعد**، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ه.ق.
۴۱. مجلسى، محمد باقر، **ملاذ الأخبار فى فهم تهذيب الأخبار**، قم: كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى، ۱۴۰۶ ه.ق.
۴۲. مشكيني، ميرزا على، **مصطلحات الفقه**، بى تا.

۴۳. یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ م.ق.

References

Books

1. A group of researchers, *Encyclopedia of Principles of Jurisprudence*, Qom: Islamic Sciences and Culture Research Center, 2010. (in Arabic)
2. Abdol-Moneim, Mahmoud Abdol-Rahman, *Dictionary of Jurisprudential Terms and Vocabulary*, Cairo: Dar Al-Fazlieh, 1998. (in Arabic)
3. Allamah Helli, Hassan Ibn Yousef, *Different Shiites in Al-Sharia rules*, Volume 5, Qom: Islamic Publications Office, 1992. (in Arabic)
4. Allamah Helli, Hassan Ibn Yousef, *Jurisprudents' Note*, Volume 5 and 13, Qom: Ahl Al-Bayt Institute, 1993. (in Arabic)
5. Ansari, Morteza, *Al-Makasib*. Volume 6, Qom: World Congress on Sheikh Ansari, 1994. (in Arabic)
6. Ardebili, Ahmad, *The Assembly of Benefit and Proof in the Description of Guidance of the Mind*, Qom: Islamic Publications Office, 1982. (in Arabic)
7. Behbahani, Mohammad Bagher, *Margin of the Benefit and Argument Assembly*, Qom: Vahid Behbahani Institute, 1996. (in Arabic)
8. Emami, Sayyed Hassan, *Civil Law*, Tehran: Islamic, 2006. (in Persian)
9. Farahidi, Khalil Ibn Ahmad, *Kitab Al-Ayn*. Qom: Migration, 1989. (in Arabic)
10. Fazel Lankarani, Mohammad, *Clear Rulings*, Qom: The Jurisprudential Center of the Holy Imams, 2001. (in Arabic)
11. Ghasem-Zadeh, Morteza, Hassan Rah-Payk and Abdollah Kiani, *Interpretation of Civil Law*, Tehran: Samt, 2011. (in Persian)
12. Ha'eri, Sayyed Mohammad Mojtahed, *Al-Manahil*, Qom: Ahl al-Bayt Institute, No Date. (in Arabic)
13. Ibn Manzour, Mohammad Ibn Mokarram, *Lisan al-Arab*, Volume 4, Beirut: House of Thought, 1993. (in Arabic)
14. Ibn Zahre Halabi, Hamza Ibn Ali, *Rich in the Tendency to Know the Principles and Branches of Knowledge*, Qom: Imam Sadegh Institute, 1996. (in Arabic)
15. Ibn Zakariya, Ahmad Ibn Faris, *Dictionary of Language Standards*, Qom: Islamic Propagation Office, 1983. (in Arabic)
16. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Legal Terminology*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2008. (in Persian)
17. Karaki, Ali Ibn Hussein, *Jami al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id*. Qom: Ahl al-Bayt Institute, 1993. (in Arabic)
18. Katouzian, Nasser, *The Course of Specific Contracts*, Tehran: Beh-Nashr, 1984. (in Persian)
19. Khomeini, Sayyed Rouhollah, *Purity*, Tehran: Imam Khomeini Publishing Institute, 2001. (in Arabic)
20. Khomeini, Sayyed Rouhollah, *Conflict and Preference*, Tehran: Imam Khomeini Publishing Institute, 1996. (in Arabic)
21. Majlesi, Mohammad Bagher, *Maladh al-Akhyar fi Fahm Tahdhib al-Akhbar*, Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library Publications, 1985. (in Arabic)
22. Meshkini, Mirza Ali, *Terminology of Jurisprudence*, No Place, No Date. (in Arabic)
23. Mohaghegh Damad, Mostafa, *Jurisprudential Rules*, Tehran: Islamic Sciences, 2004. (in Persian)
24. Qomi, Sayyed Taghi, *Umdat al-Matalib fi al-Ta'liq 'ala al-Makasib*, Volume 3, Qom: Mohallati Bookstore, 1992. (in Arabic)
25. Ragheb Isfahani, Hossein, *Vocabulary of The Words of the Qur'an*, Syria: House of Science, 1991. (in Arabic)

26. Rashti, Habibollah, *Wonderful Ideas*, Qom, No Date. (in Arabic)
27. Rouhani, Sayyed Mohammad, *Selected issues*, Kuwait: Al-Alfin Library Company, 1996. (in Arabic)
28. Sahib Ibn Ebbad, *Ocean in Language*, Beirut: The World of Books, 1993. (in Arabic)
29. Shahid Al-Awal, Muhammad Ibn Makki, *Al-Lum'ah al-Dimashqiyyah fi Fiqh al-Imamiyyah*, Beirut: House of Heritage, 1989. (in Arabic)
30. Shahid al-Thani, Zayn al-Din Ibn Ali, *Margin of Islamic Laws*, Qom: Islamic Propagation Office, 2001. (in Arabic)
31. Shobeiri Zanjani, Sayyed Mousa, *Sharia Issues*, Qom: Fiqh Publishing Institute, 2007. (in Arabic)
32. Sistani, Sayyed Ali, *Selected Issues*, Qom: Office of Ayatollah Sistani, 2001. (in Arabic)
33. Tabrizi, Javad, *Guide the Student to Comment on the Gains*, Volume 4, Qom: Ismaeilian Institute, 1995. (in Arabic)
34. Tabrizi, Javad, *Selected Issues*, Qom: The Truthful Witness House, 2006. (in Arabic)
35. Tousi, Mohammad Ibn Hassan, *The Detailed Explanation of Imami Jurisprudence*, Tehran: Al-Murtazawiiyyeh Library, 2008. (in Arabic)
36. Tousi, Mohammad Ibn Hassan, *Al-Khalaf*, Qom: Islamic Publications Office, 1987. (in Arabic)
37. Tousi, Mohammad Ibn Hassan, *Refinement of Rulings*, Tehran: Islamic Book House, 1987. (in Arabic)
- Velae'e, Isa, *Anatomical Glossary of Jurisprudential Terms*, Tehran: Nay Publishing, 2008. (in Persian)
38. Yazdi, Sayyed Mohammad Kazem, *Al-'Urwah al-Wuthqa*, Qom: Islamic Publications Office, 1998. (in Arabic)
39. Zobeydi, Sayyed Mohammad Morteza, *The Bride's Crown from the Jewels of the Dictionary*, Beirut: House of Thought, 1993. (in Arabic)

Articles

40. Elsan, Mostafa, "Review of the Basics and Conditions of Applying Insolvency Option", *Quarterly Journal of Jurisprudence and Islamic Law Research*, Volume 11, Issue 38, 2014, pp: 29-50. (in Persian)
41. Moballeghi, Ahmad, Mohsen Vaseghi and Mohammad Mehryar, "Identifying the Concept of Insolvency and Bankruptcy and Its Impact on Legal Interpretation", *Quarterly Journal of Jurisprudential and Legal Studies*, Volume 6, Issue 1, 2020, pp: 151-179. (in Persian)
42. Taleb Ahmadi, Habib, "Insolvency Option and Creditors' Rights in Bankruptcy", *Bi-Quarterly Journal of Comparative Law*, Volume 0, Issue 6, 2004. PP 169-186. (in Persian)



Original Article

A Reflection on the Scope of Article 34 of the Amended Registration Code 2007

Amin Ghasem-Pour¹, Sajad Shahbaz Ghah-Farrokhi², Hossein Haghi³

ABSTRACT

In 2007, the legislator amended Article 34 of the Registration Code and made changes to the process of selling mortgaged property. But alongside the advantages of these amendments, there are still some defects and vagueness: The context of the preamble of the Article and its Note 1, at least in apparent, stipulates that the execution of any mortgage contract must be carried out with the intervention of a public authority and the performance of official formalities, while this obligation does not seem logical for ordinary (informal) contracts in which the mortgagee has a mandatum in the sale of collateral. Furthermore, given that both the preamble of Article 34 and its first note attempt to determine the transactions and contracts covered by Article 34, the question must also be answered: What is the contribution of each of the two provisions? And, in fact, what is the difference or possible overlap between the two? The authors have outlined these issues and offered solutions to them.

KeyWords: Registration Code, Mortgage, Collateral Sell, Official Documents, Contract with Option Clause.

How to Cite: Ghasem-Pour, Amin, Shahbaz Ghah-Farrokhi, Sajad, Haghi, Hossein, "A Reflection on the Scope of Article 34 of the Amended Registration Code 2007", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:235-252.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234502.2662>

Received: 18/01/2024-Accepted: 26/05/2024

1. Phd, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: amin.ghasempour@ut.ac.ir

2. Assistant Professor, Faculty of Humanities, University of Shahrekord, Shahrekord, Iran

3. L.L.M, Faculty of Law, University of Tehran: Farabi College, Qom, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



تأملی بر قلمرو ماده ۳۴ قانون ثبت اصلاحی ۱۳۸۶

امین قاسم‌پور^۱، سجاد شهباز قهفرخی^۲، حسین حقی^۳

چکیده

قانون‌گذار در سال ۱۳۸۶ دست به اصلاح ماده ۳۴ قانون ثبت زد و تغییراتی را پیرامون روند فروش مال مرهون، اعمال کرد. لکن در کنار مزایای این اصلاح، برخی نقایص و ابهامات در قلمرو این ماده به چشم می‌خورد. سیاق صدر ماده و نیز تبصره ۱ آن، حداقل در ظاهر، چنین به ذهن می‌رساند که اجرای هر عقد رهنی باید با دخالت مقام عمومی و انجام تشریفات رسمی صورت پذیرد که این تکلیف درباره قراردادهای عادی (غیررسمی) که در آنها مرتهن در فروش وثیقه، وکالت دارد، منطقی به نظر نمی‌رسد. به علاوه، با توجه به اینکه هم صدر ماده ۳۴ و هم تبصره اول آن، مبادرت به تعیین معاملات و قراردادهای مشمول ماده ۳۴ کرده‌اند، این مسئله نیز باید پاسخ داده شود که در این میان، سهم هر کدام از آن دو مقرر چه میزان است؟ و در واقع، تفاوت یا هم‌پوشانی احتمالی آن دو در چیست؟ نویسندگان با تشریح این مسائل به ارائه راه حل درباره آنها پرداخته‌اند.

کلید واژگان: قانون ثبت، رهن، فروش مال مرهونه، اسناد رسمی، معامله با حق استرداد.

استناد به این مقاله: قاسم‌پور، امین، شهباز قهفرخی، سجاد، حقی، حسین، «تأملی بر قلمرو ماده ۳۴ قانون ثبت اصلاحی ۱۳۸۶»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۲۳۵-۲۵۲.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234502.2662>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۶

۱. دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: amin.ghasempour@ut.ac.ir

۲. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران

۳. کارشناس ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران: دانشکدگان فارابی، قم، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

ماده ۳۴ قانون ثبت مسیر پرفرازونشیبی را در گذر تاریخ و بستر تحولات اجتماعی و تجاری طی کرده است. آخرین اصلاح قانون‌گذار در این زمینه مربوط به سال ۱۳۸۶ است. این اصلاحیه تحت عنوان «قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر آن» به تأیید شورای نگهبان رسید و در روزنامه رسمی شماره ۱۸۳۶۸ مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۸ منتشر شد. همین مقرر در مقاله حاضر به صورت تفصیلی مورد بحث قرار خواهد گرفت. در این سال قانون‌گذار با رفع ابهام از این مقرر از حیث عدم واگذاری بیش از طلب به بستانکار قدمی روبه جلو برداشت، اما ابهام دیگری به وجود آمد. از توجه به تبصره اول این ماده، به‌ویژه با عنایت به عموم و اطلاق صدر ماده ۳۴ و نیز طرز چینش واژگان در صدر آن مقرر، ابهاماتی به ذهن می‌رسد که در قالب چند سؤال می‌توان آنها را خلاصه کرد. لکن قبل از بیان سؤالات مزبور، لازم به تأکید است که بحث این مقاله در فرضی است ماده ۷۷۷ قانون مدنی پیرامون امکان توکیل راهن به مرتهن در فروش وثیقه،^۱ با وجود ماده ۳۴ قانون ثبت همچنان معتبر بوده و سند نیز از نوع غیررسمی (عادی) باشد. نگارندگان در این مقاله بر آن نیستند تا در مورد نسخ شدن یا نشدن ماده ۷۷۷ قانون مدنی به بحث تفصیلی و استدلالی بپردازند؛^۲ لکن همان‌گونه که گفته‌اند با وجود ماده ۳۴ قانون ثبت هنوز ماده ۷۷۷ قانون مدنی مجرای خود را دارد؛^۳ الا اینکه «ماده ۳۴ قانون ثبت وکیل را از اقدام خصوصی و فردی [برای فروش رهینه] ممنوع و ناچار می‌کند که به مقام‌های عمومی رجوع کنند»^۴ و این دو حکم از حیث امکان وکالت دادن، تعارض ندارد و فقط از اختیار وکیل می‌کاهد...؛^۵ والا بسیاری اقدامات و امور حقوقی دیگر در آیین‌نامه‌های مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا (مصوب ۱۳۸۷ با اصلاحات ۱۳۹۸)

۱. در مورد صحت چنین رهنی و احکام فروعات مختلف آن در منابع فقهی بحث شده است. نک: حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، جلد ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۳۹۲؛ عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، *الروضه البهیة فی شرح لمعه الدمشقیة المحشیة - الکلائتر*، جلد ۴، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ ه.ق، ص ۵۶؛ نجفی، محمدحسن (صاحب الجواهر)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، جلد ۲۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۱۶۷.

۲. برای دیدن اختلاف نظرها و استدلال‌ها ر.ک به: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق مدنی-رهن و صلح*، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۲، ص ۸۴؛ کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی-عقود اذنی-وثیقه‌های دین*، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، صص ۵۲۷ - ۵۲۹.

۳. در وجود «این ناچاری» ممکن است تردید شود. استدلالی که وجود تردید را موجه می‌کند، عبارت «... طلبکار می‌تواند...» در ماده ۳۴ اصلاحی سال ۱۳۸۶ است. مگر نه این است که کل این فرایند با اراده طلبکار شروع می‌شود؟ پس فقط اگر طلبکار خواست، باید به این ممنوعیت و ناچاری تن دهد، نه بیش از این. اما این تردید روا نیست. زیرا عبارت «... طلبکار می‌تواند...» ناظر بر فرضی است که طلبکار قصد احقاق حق از طریق مقامات عمومی را داشته باشد که در این صورت چاره‌ای جز طی فرایندهای مقرر قانونی وجود ندارد. بدیهی است در استنباط حکم از مقررات قانونی یا متون شرعی علاوه بر ادله لفظی باید به قرائن نیز توجه کرد. برای نمونه در مباحث اصول فقه نیز در این مورد که آیا جملات خبریه که در مقام طلب استعمال شده‌اند مانند یتوضا؛ یعید - ظهور در وجوب دارند یا نه، اختلاف شده است. از مجموع بیانات آخوند خراسانی و شارحین استفاده می‌شود که موضوع له این جملات، اخبار و حکایت است، لکن انگیزه‌های افراد در استعمال آن متفاوت است. گاهی هدف متکلم، اخبار و اعلام است و گاهی ایجاد بعث و تحریک در مخاطب است. از این رو این جملات در معنای حقیقی خود به کار رفته‌اند و به این دلیل که از نظر متکلم، وقوع مفاد آن مسلم و مفروغ عنه است، آکد در وجوب نیز هستند. نک: آخوند خراسانی، *کفایه الاصول مع الحواشی زارعی الشیرازی*، جلد ۱، قم: ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۱۳۶. با توجه به استدلال اصولی فوق، به نظر می‌رسد در این گونه عبارات قانونی نیز اگرچه قانون‌گذار از عباراتی که ظهور در اختیار دارد استفاده کرده، ولیکن از توجه به قرائن دیگر - یعنی سایر مقررات قانونی - در اینجا قانون‌گذار اراده خود بر انجام عمل مورد نظر را اعلام کرده است. از همین روست که گفته‌اند: «بی‌گمان «اختیار گزینش راه وصول طلب با فروش مال مرهونه» در برابر «انصراف از رهن و رجوع به سایر اموال بدهکار» است». کاتوزیان، پیشین، ص ۵۲۷. کما اینکه در ماده ۲۲۲ قانون مدنی نیز اگرچه از عبارت «... حاکم می‌تواند...» استفاده شده است، ولیکن بدهتاً در صورت جمع شرایط قانونی، حاکم موظف به اجابت خواسته خواهان است.

۴. همان، ص ۵۲۸؛ مدنی، سیدجلال‌الدین، *حقوق مدنی-عقود معین*، جلد ۵، تهران: پایدار، ۱۳۸۸، ص ۳۰۱.

برای راهن در نظر گرفته شده است که وکالت دادن به طلبکار (=مرتهن) در آنها موجه به نظر می‌رسد: تبصره ماده ۱۴۴ (درخواست تقدّم و تأخر فروش اموال منقول)، ماده ۱۱۷ (اعتراض به تشخیص بستانکار)، تبصره ماده ۱۰۱ (پرداخت دستمزد کارشناس مجدد)، ماده ۱۰۷، ۱۱۴ و ۱۲۰ (جریان ابلاغ اجرائیه به طرفیت مدیون)، ماده ۱۳۵ (امضای صورت جلسه مزایده)، تبصره ماده ۱۳۶ (قبض مازاد نقدی) و ماده ۱۳۷ (پرداخت در حق مدیون) در این آیین نامه، نمونه‌هایی از این امورند که شرط وکالت مرتهن می‌تواند در آنها صحیح و مجرا تلقی شود و اینجاست که عدم نسخ ماده ۷۷۷ قانون مدنی بر نسخ آن رجحان می‌یابد.

از این رو به عنوان انتخاب مبنای بحث باید گفت همه مباحث این نوشتار براساس این دو پیش فرض استوار شده است:

۱ - قرارداد رهنی یا وثیقه‌ای به صورت غیررسمی (عادی) تنظیم یافته باشد؛ چراکه اگر سند قرارداد رسمی باشد، قطعاً از طریق اجرای ثبت و ماده ۳۴ قانون ثبت می‌توان برای وصول طلب اقدام کرد و جای بحثی در این خصوص باقی نمی‌ماند؛ درحالی که یکی از اهداف این مقاله، به چالش کشیدن مقررات قانون ثبت و نمایاندن ابهامات آن درباره قراردادهای غیررسمی است.

۲ - در قرارداد رهن، مرتهن مستنداً به ماده ۷۷۷ قانون مدنی وکالت در فروش وثیقه را نیز داشته باشد؛ زیرا اگر وکالت در فروش نباشد، در هر صورت (اعم از آنکه قرارداد رسمی باشد یا غیررسمی)، مرتهن مطابق ماده ۷۷۹ قانون مدنی ناگزیر از رجوع به «حاکم» یا همان مقامات عمومی (حسب مورد دادگاه یا اجرای ثبت) خواهد بود.

نکته‌ای دیگر که به عنوان مقدمه لازم به ذکر است آنکه درباره صلاحیت انحصاری شعب اجرای احکام در خصوص اجرای آرای دادگاه‌ها نباید تردید کرد؛ بدین معنا که آرای دادگاه‌ها فقط از طریق شعب اجرای احکام دادگستری (و نه مراجع دیگر مانند اداره ثبت) به اجرا درمی‌آید. عکس این قضیه نیز صادق است: شعب اجرای احکام دادگستری، فقط آرای دادگاه‌ها و اجرائیه‌های صادره از دادگاه‌ها را اجرا کرده و تکلیفی در خصوص اجرای آرای سایر مراجع مانند اداره ثبت یا اجرائیه صادره از دفترخانه اسناد رسمی ندارد؛ مگر اینکه قانون خاصی این تکلیف را بر ایشان بار کرده باشد. این معنا، از جمع مواد ۱، ۵ و ۱۹ قانون اجرای احکام مدنی به خوبی قابل برداشت است.^۱

آنچه در بالا گفته شد، درباره اداره ثبت نیز صادق است. ماده ۳۲ قانون ثبت مقرر داشته است که ادارات ثبت نمی‌توانند نیابت اجرائی از اجرای احکام دادگاه بپذیرند. همچنین ماده ۲ «آیین نامه اجرا» در خصوص اسناد لازم‌الاجرا، حسب مورد اداره ثبت، دفترخانه یا دادگاه را مرجع صالح برای صدور اجرائیه دانسته است.

در خصوص موضوع این مقاله و قلمرو ماده ۳۴ قانون ثبت، چند سؤال اساسی مورد توجه نگارندگان قرار گرفته است:

۱ - با توجه به ذکر عبارت «و دیگر معاملات مذکور در ماده ۳۳» در ماده ۳۴ قانون ثبت، آیا عبارت «کلیه معاملات رهنی و شرطی» غیر از «معاملات مذکور در ماده ۳۳» است یا خیر؟

۲ - با وجود عموم و اطلاق صدر ماده ۳۴ قانون ثبت، چه جایگاهی را می‌توان برای تبصره ۱ آن ماده در نظر گرفت؟

۳ - با فرض شمول ماده ۳۴ - من حیث المجموع - بر کلیه معاملات وثیقه‌ای و رهنی، قانون اجرای احکام مدنی مصوّب ۱۳۵۶ در این میان چه نقشی نسبت به احکام صادره از دادگاه‌ها پیرامون این نوع قراردادهای ایفا می‌کند؟ به عبارت دیگر، احکام دادگاه‌ها که در راستای احراز عقود رهنی به نفع مرتهن صادر می‌گردد، بر اساس چه قانونی اجرا می‌شوند؟

با پاسخ دادن به این سؤالات است که می‌توان قلمرو ماده ۳۴ قانون ثبت را به درستی روشن کرد. با این مقدمه و متناظر با این سؤالات و ابهامات، در این مقاله بعد از بیان سیر تاریخی ماده ۳۴ قانون ثبت، درباره وضعیتی که الفاظ صدر ماده

۱. برای مطالعه بیشتر نک به: شمس، عبدالله، *اجرای احکام مدنی*، جلد ۱، تهران: دراک، ۱۳۹۹، صص ۴۲ و ۴۳.

۳۴ قانون ثبت، آن هم با چینی ابهام‌زا به وجود آورده‌اند، بحث خواهد شد و به بررسی لفظی ماده ۳۴ پرداخته می‌شود. در ادامه صدر ماده ۳۴ با تبصره ۱ آن ماده و هم‌پوشانی‌های احتمالی که با یکدیگر دارند، بررسی شده است. همچنین جایگاه قوانین مربوط به اجرای احکام و اسناد درباره آرای دادگاه‌ها در زمینه قراردادهای رهنی، نیز واکاوی خواهد شد.

۱. سیر تاریخی تقنین ماده ۳۴ قانون ثبت

معاملات رهنی از دیرباز مورد توجه و نیاز جامعه بوده است. خرید و فروش یا قراردادی واقع می‌شود و در آن برای تضمین وصول ثمن یا تعهد مالی متعهد، عین مالی وثیقه قرار می‌گیرد. قانون‌گذار نیز از ابتدا به این امر توجه داشته و در قانون مدنی موادی را ذیل عنوان عقد رهن برای انتظام امور این بخش از روابط اشخاص تدوین کرده است.

استفاده زیاد از بیع شرط و متعاقباً معاملات با استرداد در جامعه باعث شد تا رفته‌رفته از این مقررات، سوءاستفاده‌هایی از سوی اشخاص به ضرر طبقات ضعیف‌تر جامعه صورت گیرد که ماجرایی آن در کتب و تألیفات نویسندگان حقوقی بارها آمده و نیازی به تکرار نیست؛ لکن در همین حد لازم به ذکر است که «تمهیدهای مقرر در ماده ۳۴ قانون ثبت برای حمایت از حقوق بدهکارانی است که از فرط اضطراب ناچار می‌شوند شرایط صاحبان سرمایه را بپذیرند و خود را به خطر می‌اندازند. قانون‌گذار خواسته است بدین وسیله فروش مبیع شرطی و عین مرهونه را در بازرسی خود قرار دهد».^۱ در هر حال وضعیت مذکور موجب واکنش مقنن و تصویب تبصره ۱ ماده ۳۳ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ شد.

ماده ۳۴ قانون ثبت پیرامون فروش مال مرهون، از ابتدای تصویب تاکنون روند پرفرازونشیبی را طی کرده است. صرف‌نظر از مقررات قبل از سال ۱۳۱۰، در این سال چنین تصویب شد: «در مورد معاملات مذکوره در ماده «۳۳» هرگاه انتقال‌دهنده در ظرف مدت از حق خود استفاده نکرد، انتقال‌گیرنده حق دارد از اداره ثبت فروش ملک متعلق حق خود را تقاضا نماید...».

این ماده در تاریخ ۱۳۱۲/۱۲/۰۵ اولین اصلاح خود را تجربه کرد؛ لکن صدر ماده (که مربوط به بحث ما درباره قلمرو ماده است) دستخوش تغییری اساسی نشد. صدر ماده اصلاح‌شده، چنین مقرر می‌داشت: «در مورد معاملات مذکوره در ماده ۳۳ هرگاه انتقال‌دهنده در ظرف مدت از حق خود استفاده نکرد، انتقال‌گیرنده می‌تواند فروش مال مورد معامله را از اداره ثبت تقاضا نماید...».

در ۲۶ مرداد سال ۱۳۲۰ ضمن افزوده شدن ماده ۳۴ مکرر، تغییر قابل توجهی در ماده ۳۴ (از حیث معاملات موضوع ماده) اعمال شد که در همین مقاله در مورد آن بحث خواهد شد. در این اصلاح، چنین تصویب شد: «در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به منقول و غیرمنقول چنانچه بدهکار در ظرف مدت مقرر از حق خود استفاده نکند، بستانکار می‌تواند با درخواست صدور اجرائیه فروش مال مورد معامله را از اداره ثبت بخواهد...». اصلاح بعدی مربوط به زمستان ۱۳۵۱ است؛ در این اصلاح مرجع دریافت درخواست صدور اجرائیه از اداره ثبت به

۱. کاتوزیان، پیشین، ص ۵۲۶.

۲. ماده ۳۳ قانون مذکور که تاکنون «از حیث قراردادهای موضوع آن ماده» تغییر نکرده است، مقرر می‌دارد: «نسبت به املاکی که با شرط خیار یا به عنوان قطعی یا به شرط نذر خارج و یا به عنوان قطعی با شرط وکالت منتقل شده است و به‌طور کلی نسبت به املاکی که به‌عنوان صلح یا به هر عنوان دیگر با حق استرداد قبل از تاریخ اجرای این قانون انتقال داده شده، اعم از اینکه مدت خیار یا عمل به‌شرط و به‌طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از اینکه ملک در تصرف انتقال‌دهنده باشد یا در تصرف انتقال‌گیرنده، حق تقاضای ثبت با انتقال‌دهنده است...». لازم به ذکر است، این ماده از ابتدای تصویب (۱۳۱۰) تاکنون فقط یک مرتبه (سال ۱۳۱۲) اصلاح شده است که اصلاح مزبور مربوط به بند ۳ آن ماده و در بیان مواردی که اظهارنامه فقط از منتقل‌الیه پذیرفته می‌شود، است.

دفترخانه اسناد رسمی تغییر یافت. این اصلاحیه مقرر می‌داشت: «در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی راجع به اموال غیرمنقول در صورتی که بدهکار ظرف مدت مقرر در سند بدهی خود را نپردازد، بستانکار می‌تواند وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند درخواست کند...».

در ادامه این ماده، حکم اموال منقول نیز بیان شده است. سپس در انتهای همین ماده، این عبارت برای اولین بار اضافه شد: «در مواردی هم که مال یا ملکی وثیقه دین یا ضمانتی قرار داده شود بر حسب آن که مال مزبور منقول و یا غیرمنقول باشد، طبق مقررات این قانون عمل خواهد شد.»

ماده ۳۴ اصلاحی سال ۱۳۵۱ مقرر کرده بود در صورتی که بدهکار ظرف شش ماه درخواست مزایده ندهد و همچنین در صورت نبودن خریدار پس از انقضای هشت ماه مذکور در این قانون، ملک با اخذ کلیه حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی به موجب سند انتقال رسمی به بستانکار واگذار خواهد شد.

اطلاق این ماده از این حیث که مرتهن را بدون در نظر گرفتن میزان دین، مستحق تمام مال الرهانه اعلام نموده بود مورد نقد قرار گرفت^۱ و به دنبال آن برای نخستین بار شورای نگهبان با ارسال نامه شماره ۴۸۹۸ مورخ ۱۳۶۴/۰۹/۱۹ مغایرت آن با شرع را به شورای عالی قضایی اعلام کرد.

علی‌رغم صدور چنین نامه‌ای از سوی شورای نگهبان، همچنان برخی ادارات ثبت اسناد به استناد همان مقرر، بعد از کسر هزینه‌های قانونی و بدون در نظر گرفتن میزان مطالبات واقعی و قیمت واقعی مال، تمام آن را به بستانکار تملیک می‌کردند.^۲ این رویه اعتراضات فراوانی را به وجود آورد.^۳ شورای عالی ثبت نیز وجود دو نظریه مختلف در خصوص ماده ۳۴ را تأیید کرد و طی رأی شماره ۳۱۳۲ مورخ ۱۳۷۸/۰۹/۲۰ اعلام کرد: «... نظر اول این است که اگرچه شورای نگهبان ماده ۳۴ اصلاحی را خلاف شرع اعلام کرده است؛ لکن تا زمانی که ماده مزبور از سوی مجلس شورای اسلامی اصلاح نشود، نمی‌توان آن را نادیده گرفت و براساس آن عمل نکرد؛ نظر دوم این است که با توجه به نظریه شورای نگهبان مبنی برخلاف شرع بودن ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت، عمل به آن جایز نبوده و به جای تملیک ملک بازداشتی باید آن را از طریق آگهی حراج به فروش رساند تا در صورت فروش آن به بیش از طلب بانک و هزینه‌های قانونی مازاد به بدهکاران تعلق گیرد. در پرونده مانحن فیه، شورای عالی ثبت براساس نظریه دوم مبادرت به صدور رأی کرده است...».^۴

چنین اختلافاتی زمینه‌ساز اصلاح این قانون در ۲۹ بهمن ماه ۱۳۸۶ شد. در نهایت ماده ۳۴ قانون ثبت به شرح زیر اصلاح و ماده ۳۴ مکرر آن قانون حذف شد: «در مورد کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مذکور در ماده ۳۳ قانون ثبت، راجع به اموال منقول و غیرمنقول، در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، طلبکار می‌تواند از طریق صدور اجرائیه وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند، درخواست کند. چنانچه بدهکار ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید بنا به تقاضای بستانکار، اداره ثبت پس از

۱. سازمان مالی گسترش مالکیت واحدهای تولیدی طی نامه شماره ۱۱۰۱/م مورخ ۱۳۶۴/۰۸/۲۶ این انتقادات را به شورای نگهبان منعکس کرده است.

۲. اصرار اداره ثبت اسناد و املاک محلات به این رویه طی نامه شماره ۳۶۲۸ مورخ ۱۳۸۵/۰۳/۳۰ مندرج در سایت شورای نگهبان به آدرس <http://nazarat.shora-rc.ir> نمونه‌ای از این رویه است.

۳. برای نمونه می‌توان به نامه تند و صریح شخصی به نام مهران زندی به فقهای شورای نگهبان اشاره کرد که در پی آن دبیر محترم شورای نگهبان طی نامه شماره ۸۵/۳۰/۱۶۹۰۸ مورخ ۱۳۸۵/۰۵/۱۳ موضوع مغایرت ماده ۳۴ قانون ثبت با شرع و عدم اعتبار این مقرر را مورد تأکید قرار می‌دهد.

۴. میرحسینی، حسن، *شرح آرای شورای عالی ثبت*، تهران: میزان، ۱۳۹۵، صص ۴-۴۷۳.

ارزیابی تمامی مورد معامله و قطعیت آن، حداکثر ظرف مدت دو ماه از تاریخ قطعیت ارزیابی، با برگزاری مزایده نسبت به وصول مطالبات مرتهن به میزان طلب قانونی وی اقدام و مازاد را به راهن مسترد می‌نماید. تبصره ۱- در مواردی هم که مال یا ملکی، وثیقه دین یا انجام تعهد یا ضمانتی قرار داده می‌شود مطابق مقررات این قانون عمل خواهد شد...». اضافه شدن قید «وصول مطالبات مرتهن به میزان طلب قانونی وی و استرداد مازاد به راهن» دغدغه مزبور را رفع کرد و از این حیث حکمی منطبق با قاعده وضع شد. لکن نحوه تحریر مقرر اصلاحی ۱۳۸۶ ابهامات دیگری پدید آورد که در ادامه مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۲. بررسی جایگاه عبارت «کلیه معاملات رهنی و شرطی» در قیاس با عبارت «دیگر معاملات مذکور در ماده ۳۳» - بحث لفظی

از معانی واژگان صدر ماده ۳۴ و طرز چینش آنها دو تحلیل متفاوت ممکن است به ذهن برسد که در ادامه هر دو تحلیل بیان و تحلیل منتخب ارائه خواهد شد.

۲.۱. تحلیل نخست: عبارت «کلیه معاملات رهنی و شرطی» در قلمرو موضوعی ماده ۳۳

در این تحلیل، صرف‌نظر از سابقه تاریخی یا روح قانون، استخراج معنا از واژگان صدر ماده ۳۴ قانون ثبت صرفاً براساس جمود بر الفاظ و تکیه بر قواعد اصولی و تبادر عرفی کلمات صورت می‌گیرد:

در ماده ۳۴ عبارت «در مورد کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مذکور در ماده ۳۳ قانون ثبت...» آمده است. در اینجا محور بحث، به واژه «دیگر» بازمی‌گردد؛ اگر مقنن گفته بود: «کلیه معاملات رهنی و شرطی و معاملات مذکور در ماده ۳۳»، در این صورت، تبادر اولیه آن بود که معاملات رهنی و شرطی، اعمالی مستقل و در عرض معاملات ماده ۳۳ هستند که مقنن می‌خواهد درباره آنها حکمی صادر کند؛ اما اکنون که مقنن واژه «دیگر» را نیز اضافه کرده، گویا مراد وی چنین بوده است: «کلیه معاملات شرطی و رهنی‌ای که مشمول ماده ۳۳ هستند و به‌طور کلی «سایر» (دیگر) معاملاتی که در ماده ۳۳ به آنها اشاره رفته است»؛ به عبارت خلاصه‌تر، در وضع فعلی، صدر ماده ۳۴ تنها به کلیه معاملات ماده ۳۳ نظر دارد؛ هم به‌صورت جامع به دلیل ذکر عبارت «و دیگر معاملات» و هم به‌صورت مانع به دلیل اصل عدم و اینکه مقنن در مقام بیان معاملات مشمول حکم خود بوده و در این بیان، سخنی از معاملات خارج از ماده ۳۳ به میان نیاورده است و لذا مانع دخول اغیار است.

ممکن است در انتقاد به این تحلیل، گفته شود در این صورت، نیازی به ذکر عبارت «معاملات شرطی و رهنی» در ابتدای این ماده نبود و مقنن می‌توانست همان ابتدا بگوید «کلیه معاملات ماده ۳۳»؛ لذا مشخص می‌شود که مقنن از ذکر عبارت «و دیگر معاملات» مرادی متفاوت را جست‌وجو می‌کرده است.

در پاسخ به نقد فوق می‌توان ابراز داشت که در ادبیات تقنینی نیز بعضاً واژه‌ای را که اخص از دیگری است در کنار واژه اعم و یا دو واژه همسان را در یک معنا به کار می‌برند، هرچند که ذکر واژه اعم یا یکی از واژگان نیز به تنهایی افاده مقصود کند؛ این امر مثال‌های قانونی فراوانی دارد، اما مثال بارز آن، تبصره ۱ ماده ۳۴ همین قانون است که اشعار می‌دارد: «مال یا ملکی»؛ درحالی که لفظ «مال» در اینجا در معنای عام به کار رفته و اگر منظور از ملک، مال غیرمنقول باشد واژه مال، اعم از «ملک» است و اگر ملک، صرفاً به معنای دارایی باشد در واقع مترادف «مال» محسوب می‌گردد و خلاصه آنکه ذکر واژه مال در اینجا به تنهایی کافی به نظر می‌رسید. ضمن اینکه به نظر نمی‌رسد مقنن به تفاوت تخصصی این دو واژه

از حیث مالکیت داشتن (در مورد ملک) یا نداشتن آن در مورد مال التفاتی داشته باشد؛ به عبارت دیگر، مقنن در این تبصره، واژه مال را به معنای عام به کار برده و درعین حال واژه مشابه آن، یعنی ملک را نیز به کار برده است و این گونه انشای مواد، نمی تواند جواز کافی برای انتساب اراده ای جداگانه از هریک از الفاظ به مقنن باشد. این نحو بیان در روایات فقهی و آیات قرآنی^۱ نیز به کرات به کار رفته است و در علم بلاغت به آن «ذکر خاص بعد از عام» گفته می شود.^۲ در هر حال چنان که گفته شد، تحلیل فوق، تحلیلی لفظ‌گرا بوده و جمودی سخت بر کلمات و واژگان دارد.

۲.۲. تحلیل دوم: انتزاع و استقلال «کلیه معاملات رهنی و شرطی» از قلمرو موضوعی ماده ۳۳

در مقابل تحلیل نخست، تحلیل دیگری به ذهن می رسد که معانی متبادر از صدر ماده ۳۴ را در عین توجه به الفاظ، با عنایت به سرگذشت تاریخی ماده ۳۴ قانون ثبت تبیین می کند: ماده ۳۴ قانون ثبت در سال ۱۳۱۰ تصویب شد و در سال ۱۳۲۰ اصلاح دوم خود را تجربه نمود. در این اصلاح، عبارت «کلیه معاملات شرطی و رهنی» برای اولین بار به این مقرر اضافه و نهایتاً صدر آن چنین تنظیم شد: «در مورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی...»؛ عبارت اخیر، در اصلاح سال ۱۳۵۱ تغییری نکرد و عیناً تکرار شد. با اندکی توجه، تردیدی باقی نمی ماند که در این طرز بیان، از نظر مقنن «معاملات شرطی و رهنی»، خارج از قلمرو موضوعی ماده ۳۳ قرار دارند و مقنن بنا دارد آنها را به انضمام معاملات ماده ۳۳ مورد حکم قرار دهد. در تکمیل استدلال این تحلیل باید گفت در ماده ۳۳ اثری از معاملات رهنی دیده نمی شود و این امر نیز گواه بر آن است که مقنن می خواسته معاملات رهنی را نیز به بحث اضافه کند.

در پاسخ به تحلیل فوق و به موازات استدلال های آن می توان پاسخ گفت که اولاً استناد به سابقه تاریخی، نتیجه ای عکس آنچه تحلیل یاد شده به دست آورده است، ارائه می دهد؛ زیرا که در سابقه تاریخی می بینیم که قانون گذار دو مرتبه (یک بار در اصلاح ۱۳۲۰ و بار دیگر در اصلاح ۱۳۵۱) چنین واژگان صدر ماده ۳۴ را به این صورت انتخاب کرده است: «معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی»؛ و سپس در سال ۸۶ چنین مزبور را تغییر داده است؛ حال در این وضعیت، آیا نمی توان گفت اقدام مقنن آگاهانه بوده است؟ بدین ترتیب، اگر به سابقه تاریخی ماده هم استناد شود، نتیجه این خواهد شد که مقنن در سال ۱۳۸۶، معاملات رهنی و شرطی را داخل در قلمرو موضوعی ماده ۳۳ می دانسته است.

ثانیاً اگرچه ظاهراً اثری از معاملات رهنی در ماده ۳۳ نیست؛ لکن معاملات شرطی که در صدر ماده ۳۴ ذکر شده، در ماده ۳۳ نیز آورده شده است و این امر نشان از آن دارد که بحث صدر ماده ۳۴ همان معاملات ماده ۳۳ است؛ ضمن اینکه «معاملات رهنی» نیز در ماده ۳۳ در کسوت های دیگری همچون معاملات با حق استرداد یا اصطلاحات دیگر مستتر شده است؛ بنابراین استدلال های تحلیل دوم بدین ترتیب پاسخ داده می شوند.

۲.۳. تحلیل منتخب

از میان دو دیدگاه فوق، به نظر می رسد دیدگاه دوم با وجود پاسخ هایی که به آن گفته شده است، معقول و موجه به نظر می رسد. توضیح این امر، در بخشی متضمن پاسخگویی به انتقادات وارد بر این دیدگاه است:

۱. مانند «فیهما فاکهه و نخل و رمان» (الرحمن / ۶۸).

۲. التفاتانی، مسعودین عمر، مختصر المعانی، قم: دار الفکر، بی تا، ص ۱۷۶.

اولاً به صرف اینکه قانونی نسخ شده است، نمی‌توان آن را در نظام حقوقی یک کشور به کلی نادیده گرفت؛ قوانین منسوخ، به‌ویژه اگر در حد تک‌ماده بوده و نسخ آن به‌صورت پی‌درپی و تحت تأثیر مناقشات و مصالح اجتماعی صورت گرفته باشد، دست‌کم در فهم روح حاکم بر آن قانون و تقریب به مراد کنونی مقنن، مؤثرند.^۱

از سوی دیگر در دوره جاری قانون‌گذاری، شاهد آن هستیم که هرچه قوانین جدیدتر به‌عنوان جایگزین قوانین کهن، از سوی مقنن کنونی به نظام حقوقی عرضه می‌شود، در مقایسه با قانون سابق به مراتب، ابهامات و تعارضات بیشتری داشته و اعتراض بسیاری از حقوقدانان بزرگ را برانگیخته است؛ چرایی این امر، نوشتاری جداگانه می‌طلبد، لکن تا حدی که به بحث ما مربوط است اختصاراً باید گفت ناپختگی قوانین جدید در مقایسه با قوانین سابق، در بخشی به‌دلیل بی‌توجهی و به‌کارگیری دستاوردهای جدید در عرصه تکنولوژی یا پزشکی (مانند استفاده از فناوری‌های الکترونیکی در کنترل محبوسین در قانون آ.د.ک. ۱۳۹۲ یا بحث اهدای جنین، تغییر جنسیت، رحم اجاره‌ای) بوده و در بخشی به دلیل ایجاد پدیده‌های نوظهوری است که در جامعه کنونی به وجود آمده (مانند مبادلهٔ رمزارزها) و به‌هرحال مقنن یا تنظیم‌گران حاکمیتی، دیگر در برابر آنها سکوت نکرده‌اند؛ لکن بخش اعظم این ناپختگی، به‌دلیل بی‌توجهی و عدم استفاده از آرا و نظرات حقوقدانان طراز اول کشور است که نمونه اجلی آن، اصلاحات اخیر در قانون مدنی درمورد معامله به قصد فرار از دین (ماده ۲۱۸ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۷۰) است که ۶۳ سال پس از تصویب قانون اولیه صورت گرفته است و وصله‌ای ناهمگون بر آن مجموعه به شمار می‌رود.^۲

ماده ۳۴ قانون ثبت نیز از همین قبیل ناپختگی‌ها است؛ بحث معاملات شرطی و رهنی و با حق استرداد، نه پدیده نوظهوری است که مقنن سال ۱۳۸۶ در آن شگفت‌زده شده باشد و مجبور باشد درباره آن به‌طور آزمایشی تقنین نماید و نه تکنولوژی خاصی در آن به‌کار رفته است؛ باین حال مقنن جدید درمورد این معاملات، متنی ارائه داده است که دست‌کم در نگاه نخست مبهم بوده و تاب تفسیرهای مختلف را دارد.

به‌هرحال، در ادامه استدلال اول در بحث نتیجه‌گیری می‌گوییم: در وضعیت کنونی با توجه به مسامحاتی که از مقنن دیده می‌شود، در ماده ۳۴ قانون ثبت نمی‌توان به صرف تغییر بیان مقنن، اراده‌ای جدید را به وی نسبت داد؛ به‌ویژه آنکه مقنن در سال ۱۳۸۶ بیشتر در مقام تبیین تشریفات وصول طلب مرتهین و طلبکاران بوده و می‌خواسته تشریفات مفصلی را که در این زمینه قبلاً تعیین کرده بود (از جمله مهلت هشت‌ماهه درمورد اموال غیرمنقول و چهارماهه درمورد اموال منقول) دگرگون و نظام جدیدی را با مهلت ده‌روزه معرفی کند و فی‌الجمله به نظر نمی‌رسد تمرکز و قصدی مبنی بر تغییر مصادیقی که قبلاً تعیین کرده بوده است، داشته باشد. در این صورت معلوم نیست اگر مقنن همان متن سابق در صدر ماده ۳۴ مصوب ۱۳۵۱ را به‌عنوان متن جدید در صدر ماده ۳۴ انتخاب می‌کرد، چه مشکلی به وجود می‌آمد و چه نیازی به این تغییر ناموجه در چینش کلمات وجود داشت؟

ثانیاً معاملات رهنی نه در ظاهر ماده ۳۳ مشهود است و نه تحت عنوانی دیگر، عبارتی جدید است و به نظر می‌رسد مقنن می‌خواسته هر نوع معامله‌ای را که در آن مالی به نحوی از انحا وثیقه قرار می‌گیرد و احیاناً مشمول ماده ۳۳ نباشد مورد حکم قرار دهد. همین امر دلیل دیگری است بر اینکه می‌توان برای عبارت «کلیه معاملات رهنی و شرطی» در صدر ماده ۳۴ نوعی تفکیک و استقلال قائل شد.

۱. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، صص ۳۲۷-۳۲۵.

۲. کاشانی، محمود، *حقوق مدنی: قراردادهای ویژه اشاعه، شرکت مدنی، تقسیم مال مشترک، ودیعه، وکالت، ضمان*، تهران: میزان، ۱۳۹۴، صص ۱۷-۲۵.

به‌هرحال و با توجه به مباحثی که تا اینجا صورت گرفت، تحلیل دوم (شماره ۲ - ۲) موجّه و قابل دفاع به نظر می‌رسد و نتیجه بحث آن است که در نظر مقنّن ۱۳۸۶، عبارت «کلیه معاملات رهنی و شرطی» در صدر ماده ۳۴ قانون ثبت، خارج از قلمرو موضوعی ماده ۳۳ تصوّر شده است؛ چیزی که مطابق سابقه تاریخی آن ماده است؛ اما به‌هرحال به نظر می‌رسد ظاهر ماده ۳۴ مبهم تنظیم شده است و در صورت اختلاف محاکم در استنباط قضایی مقتضی صدور رأی وحدت رویه خواهد بود.

۳. ارتباط بین تبصره ۱ ماده ۳۴ قانون ثبت و صدر ماده - تحدید قلمروها

در این قسمت، برعکس بخش قبل، تأکید و تعمّق چندانی بر الفاظ و طرز چینش آنها وجود ندارد، بلکه بحث در اینجا این است که در صدر ماده ۳۴ به قدر کافی شاهد عموم و اطلاق عبارات از حیث شمول بر قراردادهای رهنی هستیم؛ صرف واژه «کلیه معاملات رهنی» در ماده ۳۴ برای شمول بر همه معاملاتی که در آن مالی وثیقه قرار می‌گیرد، کافی به نظر می‌رسد. کما اینکه برخی نویسندگان نیز تصریح کرده‌اند که مقررات موضوع ماده ۳۴ اصلاحی شامل هر «معامله دارای وثیقه» می‌شود.^۱

در این صورت، سؤال روشن و البته مهمی که باید پاسخ داده شود آن است که با این اوصاف، چه نیازی به تبصره ۱ آن ماده وجود دارد؟

این تبصره مقرر می‌دارد: «در مواردی هم که مال یا ملکی، وثیقه دین یا انجام تعهد یا ضمانتی قرار داده می‌شود مطابق مقررات این قانون عمل خواهد شد».

مفاد این تبصره در سال ۱۳۵۱ برای اولین بار به متن ماده ۳۴ اضافه شد (عبارت پایانی ماده ۳۴ مصوّب ۱۳۵۱) و اکنون با اندکی تغییر، در کسوت «تبصره» ظاهر شده است.

در این تبصره از یک‌سو، عبارت «مال یا ملک» به کار رفته که بحث آن گذشت و فی‌الجمله تأکید مقنّن را بر اطلاق مال می‌رساند، از سوی دیگر بر هر نوع قراردادی که در آن مالی به نحوی وثیقه هر نوع تعهد دیگر باشد، سایه افکنده است. نکته جالب توجه در این تبصره، ابتکاری است که مقنّن ۱۳۸۶ به کار برده است که در جای خود شایسته بحث است. مقنّن در مقایسه با متن سال ۱۳۵۱، «وثیقه برای ضمانت» را نیز اضافه کرده است. درحالی‌که ضمانت نیز خود نوعی وثیقه در معنای عام به شمار می‌رود.

در هر حال، در پاسخ به سؤال اصلی در این بخش مبنی بر رابطه بین ماده ۳۴ قانون ثبت و تبصره ۱ آن، چند احتمال قابل تصوّر است که در ادامه به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

۳.۱. تأکیدی بودن تبصره ۱ ماده ۳۴

اولین احتمال پیرامون رابطه ماده ۳۴ و تبصره ۱ آن، این است که این تبصره را دارای بُعد تأکیدی بدانیم؛ به این معنا که مقنّن با ذکر این تبصره می‌خواسته اصرار و تأکید کند که هرگونه قرارداد رهنی حتماً مشمول حکم ماده ۳۴ خواهد بود. برخی گفته‌اند: «مفاد این تبصره دامنه شمول معاملات مذکور در بخش آغازین ماده ۳۴ را وسعت بخشیده و شامل هر عمل حقوقی کرده است که مال منقول یا غیرمنقولی به موجب آن عمل حقوقی وثیقه‌ای تکلیف یا تأدیّه دین یا

۱. بهرامی، داریوش، *مبانی توصیفی تحلیلی حقوق ثبت اسناد و املاک*، تهران: میزان، ۱۴۰۱، ص ۳۳۵.

ایفای تعهدی قرار داده می‌شود.^۱ این مؤلف اصرار و تأکید قانون‌گذار را مورد توجه قرار داده است. این احتمال مردود به نظر می‌رسد؛ چراکه اولاً با نگاه به سابقه تاریخی، ملاحظه می‌شود که تبصره مذکور سابقاً به‌عنوان بخشی از ماده ۳۴ بوده و اکنون از ماده مستقل و تبصره شده است؛ منطقی نیست که مقنن صرفاً برای تأکید بر موضوعی، آن را در تبصره‌ای جداگانه آورد. ثانیاً تأکیدی بودن یک مقررّه به‌نوعی به معنای زائد بودن آن است؛ درحالی‌که در تفسیر مواد قانونی تا حدّ ممکن باید به‌گونه‌ای عمل کرد که ذکر مقنن در حیطه حشو قرار نگیرد؛ بلکه جزئی لازم از مجموعه هماهنگ آن قانون به شمار رود. ثالثاً در ابتدای تبصره می‌خوانیم: «در مواردی هم که مال یا ملکی...»؛ ذکر واژه «هم» در تبصره مزبور (در مقایسه با فرض عدم ذکر «هم»)، چنین در ذهن تداعی می‌کند که گویی مقنن قصد بیان حکمی جدید را داشته و مراد وی تأکید بر آنچه پیش‌تر گفته، نبوده است. بدین ترتیب احتمال نخست مبنی بر تأکیدی بودن تبصره، مردود به نظر می‌رسد.

۳.۲. ایجاد صلاحیت انحصاری برای ادارات ثبت در مورد اجرای معاملات رهنی رسمی

احتمال دوم آن است که مقنن اجرای معاملات رهنی رسمی و لازم‌الاجرا (مذکور در صدر ماده ۳۴ قانون ثبت) را فقط در صلاحیت مراجعی که در آن ماده پیش‌بینی شده، قرار داده است و تبصره ۱ آن ماده، شامل قراردادهای عادی و غیررسمی است و لذا قراردادهای اخیر از طریق دادگاه قابلیت اجرا خواهند داشت؛ به عبارت دیگر از نظر مقنن معاملات رسمی موضوع ماده ۳۴ قانون ثبت فقط از طریق دفترخانه و اجرای ثبت (و نه دادگاه) و معاملات غیررسمی فقط از طریق دادگاه قابل اجرا خواهند بود.

این احتمال نیز مردود به نظر می‌رسد. اصل ۳۴ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.» بنابراین اراده مقنن در قانون ثبت را نمی‌توان طوری تفسیر کرد که خلاف قانون اساسی گردد؛ چراکه «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...» (اصل ۷۲ قانون اساسی). بدین ترتیب احتمال دوم نیز مردود است.

۳.۳. حکومت ماده ۳۴ قانون ثبت صرفاً در فرض اجرای قرارداد توسط اداره ثبت و حکومت تبصره

۱ بر اجرای قراردادهای غیررسمی رهن (صرف نظر از مرجع اجراکننده)

احتمال سوم آن است که تبصره ۱ ماده ۳۴ قانون ثبت را ناظر بر قراردادهای عادی (بدون سند رسمی) و خود ماده را شامل معاملاتی بدانیم که به‌طور رسمی و با دخالت مقامات عمومی منعقد شده است و مرتبه بنا دارد آن را از طریق اجرای ثبت اجرا کند.

این احتمال در مقایسه با دو احتمال نخست تا حدّی معقول‌تر به نظر می‌رسد؛ چراکه ماده ۳۴ اصولاً برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون و خنثی نمودن سوءاستفاده‌های رباخواران وضع شده است^۲ و این‌گونه تقلب‌ها به‌طور معمول در املاک (که دارای سند رسمی بوده و با همین نوع اسناد نیز قابل نقل و انتقال هستند) صورت می‌گرفت و احتمال مذکور

^۱ همان، ص ۳۳۷.

^۲ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۰، ص ۵۶۷.

تا این حد، مابینتی با مراد مقنن ندارد؛ بلکه حقیقتاً آنچه از سیاق این تبصره (به‌ویژه پس از مقایسه با سیاق و قلمرو ماده ۳۴) برمی‌آید، همین است.

باوجود این، احتمال فوق نیز بی‌نیاز از اصلاح نیست: اجرای قرارداد رهنی به‌طور کلی (و صرف‌نظر از قانونی خاص) از سه حالت، خارج نیست: ۱ - اجرای قرارداد رسمی از طریق دفترخانه و اجرای ثبت ۲ - اجرای قرارداد رسمی از طریق طرح دعوا در دادگاه ۳ - اجرای قرارداد عادی رهنی از طریق طرح دعوا در دادگاه؛ بدیهی است از آنجا که قرارداد عادی رهن، سند لازم‌الاجرا شناخته نمی‌شود، فقط از طریق دادگاه قابلیت اجرا خواهد داشت.

حال اگر حکم صدر ماده ۳۴ قانون ثبت را تنها ناظر بر وضعیتی بدانیم که معامله قرار است از طریق ثبت (و نه اجرای دادگاه) به اجرا درآید و حکم تبصره ۱ را ناظر بر معاملات غیررسمی بدانیم، در این صورت کل ماده ۳۴ قانون ثبت درمورد قرارداد رسمی و لازم‌الاجرائی که به هر دلیل در دادگاه مطرح و مورد حکم قرار می‌گیرد، ساکت است و نتیجه این سکوت، آن است که حکم دادگاهی که براساس قرارداد رسمی و لازم‌الاجرا صادر شده و به شعبه اجرای احکام رفته است، باید (مطابق قاعده)، با توجه به قانون مدنی (از جمله ماده ۷۷۷) و قانون اجرای احکام مدنی اجرا شود.

به عبارت دیگر، از آنجا که درمورد احکام مدنی دادگاه‌ها اصل بر صلاحیت قوانین عام (مانند قانون مدنی و قانون اجرای احکام مدنی) است و صلاحیت قوانین دیگر استثنا و نیازمند تصریح است، همچنین از آنجا که (در فرض تحلیل سوم) صدر ماده ۳۴ قانون ثبت فقط درمورد شیوه اجرای معاملات رهنی لازم‌الاجرا و از طریق اجرای ثبت سخن گفته و شامل احکام دادگاه‌ها و شعب اجرای احکام نیست، بنابراین احکام دادگاه‌ها پیرامون معاملات رسمی رهن، مطابق قاعده، براساس قانون مدنی و قانون اجرای احکام مدنی (و نه قانون ثبت) به اجرا درخواهد آمد؛ نتیجه‌ای که اولاً از حیث تفاوت در شیوه اجرا مورد نظر قانون‌گذار نبوده، بلکه مراد وی اجرای معاملات رهنی صرفاً براساس تشریفات قانون ثبت (و صرف‌نظر از مرجع اجراکننده) بوده است و ثانیاً چنین تشّت و تفاوتی در اجرای یک ماهیت واحد حقوقی (معامله رهنی)، نه معقول است و نه زیبنده نظام حقوقی؛ چراکه اگر الزامات قانون ثبت را درمورد حکم دادگاه درباره معاملات رسمی و لازم‌الاجرای رهن، حاکم ندانیم، نتیجتاً مرتهن در این‌گونه معاملات می‌تواند طبق ماده ۷۷۷ و ۷۷۹ قانون مدنی ابتدا مبادرت به فروش رهنه و سپس در صورت حدوث اختلاف به دادگاه مراجعه و درخواست تأیید اقدام خویش را کند؛ امری که خلاف مراد قانون‌گذار از تصویب قانون ثبت بوده است.

بنابراین احتمال سوم به شکلی که بیان شد، قابل پذیرش به نظر نمی‌رسد، بلکه نیاز به اصلاح و تعدیل دارد.

۳.۴. شمول ماده ۳۴ قانون ثبت در فرض اجرای قرارداد توسط اداره ثبت و حکومت تبصره ۱ آن

ماده بر هرگونه روند اجرا در هر مرجع دیگر

تحلیل دیگری که به ذهن می‌رسد آن است که آنچه ماده ۳۴ قانون ثبت مقرر داشته، ناظر بر فرضی است که اجرای معامله رهنی از مجرای اداره ثبت صورت گیرد و سپس تبصره ۱ این ماده، به‌منظور تسری تشریفات ماده به سایر مراجع اجرائی، به‌صورت فعلی تنظیم یافته است؛ اعم از آنکه حکم صاداری از دادگاه براساس معامله رسمی و لازم‌الاجرا بوده یا براساس سند عادی رهن. در بحث ما در مورد اجرای معاملات رهنی، مصداق «سایر مراجع اجرائی» اجرای احکام دادگاه‌هاست.

این تحلیل از انتقادات وارد بر فروض پیشین مصون بوده و هم با ظاهر ماده ۳۴ قانون ثبت انطباق دارد و هم با روح حاکم بر قانون ثبت دایر بر جلوگیری از سوءاستفاده‌های رباخواران منطبق به نظر می‌رسد. لکن با در نظر گرفتن صدر ماده ۳۴

قانون ثبت (که قلمرو آن ماده را بیان کرده)، تنها ایرادی که مطرح می‌شود آن است که از سیاق و طرز جمله‌بندی تبصره ۱ ماده ۳۴، چنین برداشتی به چشم نمی‌خورد؛ بلکه آنچه در بدو امر در ذهن تداعی می‌شود، همان است که در فرض سوم (شماره ۳ - ۳) مطرح شد: یعنی مقنن در تبصره ۱ ماده ۳۴ قانون ثبت در واقع به معاملات غیررسمی و عادی نظر داشته است و در خود ماده ۳۴ به معاملات رسمی و لازم‌الاجرا؛ نتیجه و تبعات نامطلوب این تحلیل نیز در همان شماره بررسی شد.

۳.۵. نتیجه: تحلیل منتخب

بنا به مراتب فوق، اگرچه چنین به نظر می‌رسد که در واقع قانون‌گذار در تبصره ۱ ماده ۳۴ قانون ثبت صرفاً به معاملات غیررسمی و عادی و در خود ماده ۳۴ به معاملات رسمی و لازم‌الاجرا نظر داشته، اما برای اجتناب از نتایج نامتعارف این واقعیت، ناگزیر، تحلیل اخیر (۳ - ۴) را باید انتخاب کرد و به قانون‌گذار نسبت داد؛ البته مراد و منظور قانون‌گذار از تدوین ماده ۳۴ و تبصره ۱ آن همین تحلیل اخیر است؛ لکن طرز بیان و آرایش جملات وی تا حدی نارسا و نیازمند تقویت و تفسیر به نظر می‌رسد؛ به این ترتیب، ایرادی که به تحلیل چهارم (۳ - ۴) مطرح کردیم، در حقیقت ایرادی است به بیان قانون‌گذار.

بنابراین در تحدید مرز بین ماده ۳۴ قانون ثبت و تبصره ۱ آن، باید گفت آنچه ماده ۳۴ قانون ثبت مقرر داشته، ناظر بر فرضی است که ذی‌نفع اجرای معامله رهنی را از طریق اداره ثبت در پیش گیرد؛ سپس تبصره ۱ این ماده، به‌منظور تسری تشریفات این مقرر به سایر مراجع اجرایی، به‌صورت فعلی تنظیم یافته است؛ اعم از آنکه حکم اصداری براساس معامله رسمی و لازم‌الاجرا بوده یا براساس سند عادی رهن.

به نظر می‌رسد به همین خاطر است که نویسندگان حقوقی معتقدند درمورد قرارداد غیررسمی رهن نیز نیاز به رجوع به دادگاه وجود دارد و دادگاه در مقام اجرای حکم، باید مفاد [تشریفات] ماده ۳۴ قانون ثبت را رعایت کند.^۱

باید دانست این تبصره ملازمه با تکلیف شعب اجرای احکام دادگاه‌ها مبنی بر رعایت ماده ۳۴ قانون ثبت به هنگام اجرای حکم مبتنی بر معامله رهنی دارد؛ چراکه اسناد عادی معاملات رهنی، اصولاً بدون رأی دادگاه، قابلیت اجرایی در هیچ مرجعی را ندارد و تنها مصداق اجرای سند عادی رهنی، زمانی است که یکی از طرفین، به استناد قرارداد مذکور در دادگاه طرح دعوا می‌کند و دادگاه بر آن اساس، حکم صادر می‌کند. البته در این فرض نیز در واقع حکم دادگاه است که اجرا می‌شود، نه قرارداد طرفین؛ لکن با مسامحه می‌گوییم قرارداد عادی توسط دادگاه اجرا شده است؛ بنابراین حکمی که از دادگاه و بر اساس معامله رهنی (عادی یا رسمی) صادر می‌شود، در شعب اجرای احکام دادگاه و براساس تشریفات قانون ثبت، و نه قانون اجرای احکام مدنی، اجرا می‌گردد.

ذکر این نکته نیز خالی از فایده نیست که در شرایطی که سیاست‌گذاران قضایی به‌شدت در راستای کاهش ورودی دستگاه قضا در تلاش‌اند، منوط کردن اجرای قراردادهای عادی وثیقه‌ای با هر میزان و هر مبلغ به طی کردن تشریفات ماده ۳۴ قانون ثبت و اقامه دعوا در دادگاه، چنان‌که از ظاهر تبصره ۱ استفاده می‌شود، چندان شایسته به نظر نمی‌رسد. بند نخست سیاست‌های کلی قضایی مصوب ۱۳۸۱/۰۷/۲۸ مقام معظم رهبری «اصلاح ساختار نظام قضایی کشور در جهت تضمین عدالت و تأمین حقوق فردی و اجتماعی همراه با سرعت و دقت...» را ضروری اعلام کرده است و می‌توان به‌منظور رعایت حقوق فردی با ایجاد نظارت قضایی پسینی در اجرای این‌گونه قراردادها ضمانت اجرای لازم برای رعایت

۱. کاتوزیان، حقوق مدنی-عقود ادنی-وثیقه‌های دین، پیشین، ص ۵۲۷؛ مدنی، پیشین، ص ۳۰۲.

مقررات شرعی و قانونی را ایجاد کرد.

در دادنامه شماره ۱۴۰۲۴۸۳۹۰۰۰۳۹۵۳۶۹۶ مورخ ۱۴۰۲/۱۰/۱۸ صادره از سوی شعبه بدوی دادگاه عمومی حقوقی سقز مرجع قضایی با ورود به قرارداد عادی فی‌مابین طرفین، خریدار بیع شرط را مالک مبیع ندانسته و بیان داشته است که مقررات مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، مواد ۴۵۸ تا ۴۶۲ قانون مدنی را تخصیص زده و «ویژگی تملیکی بودن از بیع شرط گرفته شده است» و طلبکار برای دریافت طلب خود باید از طریق مراجع قضایی اقدام کند.^۱

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی نیز در گزارشی در خصوص این تبصره توضیحاتی آورده، لکن به معضل فوق به‌طور شفاف اشاره‌ای نکرده است؛ این گزارش آورده است: «در موارد متعددی اسناد تعهدآوری بین اشخاص تنظیم می‌گردد که در آن شخص ثالثی به‌عنوان تضمین، مال یا ملک خود را وثیقه دین یا ضمانت تعهد شخص یا اشخاص دیگر قرار می‌دهد، بدون اینکه سند تعهد مذکور در قالب یکی از عقود معاملات با حق استرداد مانند عقد رهنی یا شرطی بین مالک وثیقه و متعهدله تنظیم گردد یا اینکه شخص ثالث در عقد رهنی که بین متعهد و مرتهن تنظیم می‌گردد ملک خود را به‌عنوان وثیقه برای متعهد در رهن مرتهن قرار می‌دهد. در حالت‌های مذکور نیز بنا به تجویز تبصره مذکور، موضوع مشمول ماده ۳۴ است.^۲ اما در توجیه وضعیت ناشی از تبصره مذکور ناگزیر باید گفته شود در اجرای معاملات عادی رهنی که در آنها مرتهن از سوی راهن وکالت دارد، «قواعد ماهوی» ماده ۳۴ قانون ثبت باید رعایت شود؛ در واقع مرتهن می‌تواند بدون مراجعه به دادگاه و انجام امور شکلی مقرر مزبور، رهنه را به فروش برساند، لکن در این خصوص نمی‌تواند از الزامات ماهوی عدول کند و به‌عنوان مثال، کل وثیقه را تملک کند. بدیهی است، راهن نیز چنانچه در خصوص قیمت معامله یا امور دیگر که مرتهن (وکالتاً یا اصالتاً) نسبت به آنها اقدام کرده است، اعتراضی داشته باشد، می‌تواند متقابلاً اقدام قضایی کرده و به‌عنوان مثال، نسبت به توقف روند فروش وثیقه، دستور موقت گرفته و از مرجع قضایی درخواست کند که در فرایند وصول طلب مرتهن دخالت نماید یا متعاقباً ابطال بیع مزبور را بخواهد.

نتیجه‌گیری

در صدر ماده ۳۴ قانون ثبت عبارت «کلیه معاملات رهنی و شرطی»، خارج از قلمرو موضوعی ماده ۳۳ فرض شده است؛ امری که مطابق سابقه تاریخی آن ماده است؛ اما طرز انشای این مقرر نامطلوب و ابهام‌آمیز بوده و در این خصوص پیشنهاد می‌شود صدر ماده مذکور عیناً مانند ماده ۳۴ سابق تنظیم شود: یعنی به‌جای وضع کنونی، این عبارت درج شود: «درمورد معاملات مذکور در ماده ۳۳ و کلیه معاملات شرطی و رهنی...» یا دست‌کم در انشای کنونی با حذف واژه «دیگر» از صدر ماده ۳۴ به شفاف‌سازی قلمرو این ماده کمک کند.

درمورد حدود قلمرو ماده ۳۴ قانون ثبت و تبصره ۱ آن می‌توان گفت آنچه ماده ۳۴ قانون ثبت مقرر داشته ناظر بر فرضی است که ذی‌نفع، اجرای معامله رهنی را از اداره ثبت تقاضا کند؛ اما تبصره ۱ ماده ۳۴ قانون ثبت بر این امر اشعار دارد

۱. نباید فراموش نمود که اساساً نظریه شماره ۴۸۹۸ مورخ ۱۳۶۴/۰۹/۱۹ شورای نگهبان دقیقاً همین موضوع را انکار نموده و صراحتاً اعلام کرده است که با تحقق «بیع به شرط خیار و نحو آن مثل شرط وکالت فروشنده در انتقال مبیع خود، پس از انقضا مدت و عدم اخذ، اخذ به خیار و انتفاء موضوع شرط مورد معامله ملک طلق مشتری است و بنابراین ترتیبات مقرر در این ماده در مورد آن مغایر با موازین شرعی است.» لذا رای مورد اشاره از این حیث که وصف تملیکی بودن را از بیع گرفته است، برخلاف نظریه شرعی شورای نگهبان است. همچنین بدیهی است که تملیک از ذاتیات بیع بوده و اخذ ذاتی از شیء محال است.

۲. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی معاونت پژوهش‌های اقتصادی، «دلایل وصول نشدن مطالبات غیرجاری بانک‌ها: ماده (۳۴) اصلاحی قانون ثبت»، ۱۳۹۴، ص ۱۴؛ (آخرین بازدید: خرداد ۱۴۰۲)

که اجرای معاملات رهنی توسط هر مرجعی که باشد، الزاماً مشمول مقررات قانون ثبت خواهد بود؛ بدین معنا که مقتن، هنگام تصویب تبصره ۱ مذکور، در مقام بیان مرجع صالح برای اجرای معامله رهنی نبوده است، لکن اینکه (به دلالت التزامی) اجرای معاملات رهنی عادی (غیررسمی) را نیز مشمول مقررات قانون ثبت دانسته است، ملازمه با تکلیف دوایر اجرای احکام دادگاه‌ها مبنی بر رعایت مقررات قانون ثبت دارد؛ چراکه اسناد عادی معاملات رهنی، اصولاً بدون رأی دادگاه، قابلیت اجرایی در هیچ مرجعی را ندارد و تنها مصداق اجرای سند عادی رهنی، زمانی است که یکی از طرفین، به استناد قرارداد مذکور در دادگاه طرح دعوا و دادگاه بر آن اساس، به نفع خواهان، حکم صادر می‌کند؛ بنابراین حکمی که از دادگاه و براساس معامله رهنی (عادی یا رسمی) صادر می‌شود، در شعب اجرای احکام دادگاه و بر اساس تشریفات قانون ثبت (و نه قانون اجرای احکام مدنی) اجرا می‌شود.

منوط کردن اجرای قراردادهای عادی وثیقه‌ای با هر میزان و هر مبلغ به طی کردن تشریفات ماده ۳۴ قانون ثبت از جمله اقامه دعوا در دادگاه، را می‌توان با ایجاد نظارت قضایی پسینی سامان داد و در توجیه تبصره ۱ ماده مذکور باید گفت در اجرای معاملات عادی رهنی که در آنها مرتبه‌ای از سوی راهن وکالت دارد، تنها «قواعد ماهوی» ماده ۳۴ قانون ثبت باید رعایت شود؛ در واقع مرتبه می‌تواند بدون مراجعه به دادگاه و انجام امور شکلی آن ماده، رهنه را به فروش برساند و طلب خود را از حاصل فروش وصول کند، لکن در این خصوص نمی‌تواند از الزامات ماهوی عدول کند و به عنوان مثال، کل وثیقه را تملک کند. این توجیه منافاتی با حق راهن مبنی بر اعتراض قضایی به اقدامات مرتبه ندارد.

منابع

فارسی

کتاب

۱. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۰.
۲. بهرامی، داریوش، *مبانی توصیفی تحلیلی حقوق ثبت اسناد و املاک*، تهران: میزان، ۱۴۰۱.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق مدنی-رهن و صلح*، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۲.
۴. شمس، عبدالله، *اجرای احکام مدنی*، جلد ۱، تهران: دراک، ۱۳۹۹.
۵. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی- عقود اذنی- وثیقه‌های دین*، جلد ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۶. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۷. کاشانی، محمود، *حقوق مدنی: قراردادهای ویژه اشاعه، شرکت مدنی، تقسیم مال مشترک، ودیعه، وکالت، ضمان،* تهران: میزان، ۱۳۹۴.
۸. مدنی، سید جلال‌الدین، *حقوق مدنی- عقود معین*، جلد ۵، تهران: پایدار، ۱۳۸۸.
۹. میرحسینی، حسن، *شرح آرای شورای عالی ثبت*، تهران: میزان، ۱۳۹۵.

مقاله

۱۰. نجفی، ایرج، «نگرشی به معاملات با حق استرداد و بررسی ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت و مقایسه آن با بعضی از مواد قانون مدنی»، *ماهنامه کانون*، دوره ۴۶، شماره ۴۲، ۱۳۸۲، صص ۲۳-۹.

منبع اینترنتی

۱۱. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان. (آخرین بازدید: تیر ۱۴۰۲)

<http://nazarat.shora-rc.ir/>

۱۲. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی معاونت پژوهش‌های اقتصادی، (۱۳۹۴)، «دلایل وصول نشدن

مطالبات غیرجاری بانک‌ها: ۲. ماده (۳۴) اصلاحی قانون ثبت». (آخرین بازدید: خرداد ۱۴۰۲)

<https://rc.majlis.ir/fa/report/download/930656/>

عربی

کتاب

۱۳. آخوند خراسانی، محمد کاظم، *کفایه الاصول مع الحواشی زارعی الشیرازی*، جلد ۱، قم: موسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۲۷ ه.ق.

۱۴. التفتازانی، مسعود بن عمر، *مختصر المعانی*، قم: دارالفکر، بی‌تا.

۱۵. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الافذهان الی احکام الایمان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه

مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ه.ق.

۱۶. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، *الروضه البهیة فی شرح لمعه الدمشقیة المحشی - الکالانتار*، قم: انتشارات دفتر

تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ ه.ق.

۱۷. نجفی، محمد حسن (صاحب الجواهر)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، به تصحیح: عباس قوچانی و علی آخوندی،

بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق.

References

Books

1. Akhound Khorasani, Mohammad Kazem, *Kifayat al-Asul with the Annotations of Zare'i al-Shirazi*, Volume 1, Qom: Islamic Publishing Institute, 2006. (in Arabic)
2. Al-Taftazani, Masoud Ibn Omar, *Brief Meanings*, Qom: Dar al-Fekr, No date. (in Arabic)
3. Ameli, Zayn al-Din Ibn Ali (Shahid Sani), *Al-Rawdha Al-Bahiya in the Explanation of the Lomeh Al- Damashghiyeh Al- Mohasha Al-Kalantar*, Qom: Publications of the Islamic Publicity Office of the Qom Seminary, 1991. (in Arabic)
4. Bahrami, Dariush, *Descriptive and Analytical Principles of Document and Real Estate Registration Law*, Tehran: Mizan, 2022. (in Persian)
5. Emami, Seyed Hassan, *Civil Law*, Volume 1, Tehran: Islamic, 1991. (in Persian)
6. Helli, Allama, Hassan Ibn Yousof Ibn Motahhar Asadi, *Guidance of the Mind to the Rules of Faith*, Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers of the Qom Seminary, 1989. (in Arabic)
7. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Civil Law - Mortgage and Peace*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2023. (in Persian)
8. Kashani, Mahmoud, *Civil Law: Special Contracts of Distribution, Civil Partnership, Division of Joint Property, Deposit, Power of Attorney, Guarantee*, Tehran: Mizan, 2015. (in Persian)
9. Katouzian, Nasser, *Civil Law - Contracts of Permission - Collateral of Religion*, Volume 4, Tehran: Sahami Publishing Company, 2006. (in Persian)
10. Katouzian, Nasser, *Philosophy of Law*, Volume 2, Tehran: Sahami Publishing Company, 2006. (in Persian)
11. Madani, Seyed Jalal-Aldin, *Civil Law-Defined Contracts*, Volume 5, Tehran: Paydar, 2009. (in Persian)

12. Mir-Hosseini, Hassan, *Explanation of the Resolutions of the Supreme Council of Registration*, Tehran, Mizan, 2016. (in Persian)
13. Najafi, Muhammad Hassan (Sahib al-Jawahar), *Jawahar al-Kalam in the Explanation of the Laws of Islam*, Corrected by: Abbas Qouchani and Ali Akhoundi, Beirut: Dar Ehiya al-Tarath al-Arabi, 1983. (in Arabic)
14. Shams, Abdollah, *Execution of Civil Judgments*, Volume 1, Tehran: Derak, 2020. (in Persian)

Article

15. Najafi, Iraj, "An Approach to Transactions with the Right of Return and a Review of Article 34 of the Amended Registration Code and its Comparison with some Articles of the Civil Code", *Kanoon Monthly Magazine*, Volume 46, Issue 42, 2003, pp: 9-23. (in Persian)

Internet Sources

16. Comprehensive system of opinions of the Guardian Council. (Last Visited: July 2023) <http://nazarat.shora-rc.ir/> (in Persian)
17. Research Center of the Islamic Consultative Assembly, Economic Studies Office of the Deputy for Economic Research, (2015), "Reasons for Non-Collection of Non-Current Bank Receivables: 2. Article (34) of the Amendment to the Registration Law." (Last Visited: June 2023) <https://rc.majlis.ir/fa/report/download/930656/> (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Legal and Economic Analysis of Warranty from Automobile Consumer Rights Perspective

Somayeh Kaviani¹, Mahdiah Saneei² 

ABSTRACT

The automotive industry is one of the most important drivers of economic growth in the 20th century; it has deep connections with other industries and entails positive effects on economic growth and consumer welfare. Competition in the supply of goods and services has been increased in the past decades, but the role of car's guarantee and safety is very important both economically and legally. Guarantee is presented in the form of a condition included in the contract or an independent contract; but in essence, it is similar to insurance and reward contracts. Of course, there are differences and ambiguities in this area that will be answered. Therefore, it is essential to understand the legal nature and economic efficiency of the guarantee. This article examines the nature of the guarantee and its affinity with contracts such as insurance and reward through a descriptive and analytical method, and examines its economic efficiency from cost-benefit and reduction of transaction costs perspective and since the benefit of goods and services is somehow directly related to the rights of citizens and public welfare, the government is obliged to organize and protect consumers rights. Accordingly, the Automobile Consumer Rights Protection Law has interpreted the ambiguities in the supplier's obligations in favor of the consumer. Even if there is a loss, the supplier has civil liability based on jurisprudence and legal rules and will be required to compensate the material and moral damages suffered and has a protective approach towards the consumer.

KeyWords: Warranty, Consumer Rights, Efficiency, Economic Analysis.

How to Cite: Kaviani, Somayeh, Saneei, Mahdiah, "Legal and Economic Analysis of Warranty from Automobile Consumer Rights Perspective", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:253-270.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.228642.2304>

Received: 05/09/2022-Accepted: 26/08/2023

1. PhD Candidate, Faculty of Law, Theology & Political Sciences, Islamic Azad University: Kish International Branch, Kish, Iran

2. Assistant Professor, Faculty of Law, Political & Economic Sciences, Islamic Azad University: South Tehran Branch, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: m_sanee@azad.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



تحلیل حقوقی اقتصادی ضمانت از منظر حقوق مصرف کننده خودرو

سمیه کاویانی^۱، مهدیه صانعی^۲

چکیده

صنعت خودرو یکی از مهم ترین نیروهای محرکه رشد اقتصادی در قرن بیستم، دارای پیوندهای عمیق با سایر صنایع است و دارای آثار مثبتی بر رشد اقتصادی و رفاه مصرف کننده دارد. رقابت در عرضه کالا و خدمات، در دهه های گذشته زیاد شده است؛ اما نقش تضمین و سلامت خودرو هم از لحاظ اقتصادی و هم از لحاظ حقوقی بسیار مهم است. ضمانت در قالب شرط ضمن عقد یا قرارداد مستقل مطرح می شود؛ اما از منظر ماهیت، با عقود بیمه و جعاله قرابت دارد. البته تفاوت ها و ابهاماتی در این حوزه وجود دارد که به آنها پاسخ داده خواهد شد. لذا شناخت ماهیت حقوقی و کارایی اقتصادی ضمانت ضروری است. این مقاله با روش توصیفی و تحلیلی به بررسی ماهیت ضمانت و قرابت آن با عقود از جمله بیمه و جعاله می پردازد و کارایی اقتصادی آن را از منظر هزینه - فایده و کاهش هزینه های مبادلاتی بررسی می کند و از آنجا که بهره مندی از کالاها و خدمات، به نوعی با حقوق شهروندان و رفاه عمومی ارتباط مستقیم پیدا می کند، دولت مکلف به ساماندهی و حمایت از حقوق مصرف کنندگان است. به همین دلیل در قانون حمایت از حقوق مصرف کننده خودرو، ابهامات موجود در تعهدات عرضه کننده را به نفع مصرف کننده تفسیر کرده است و حتی در صورت ورود ضرر، منطبق با شرایط، عرضه کننده به استناد قواعد فقهی و حقوقی دارای مسئولیت مدنی بوده و ملزم به جبران خسارت های مادی و معنوی زیان دیده خواهد بود و رویکرد حمایتی نسبت به مصرف کننده داشته است.

کلید واژگان: ضمانت، حقوق مصرف کننده، کارایی، تحلیل اقتصادی.

استناد به این مقاله: کاویانی، سمیه، صانعی، مهدیه، «تحلیل حقوقی اقتصادی ضمانت از منظر حقوق مصرف کننده خودرو»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۲۵۳-۲۷۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.228642.2304>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۴

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد بین المللی کیش، کیش، ایران

۲. استادیار، دانشکده حقوق، علوم سیاسی و اقتصادی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران جنوب، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: m_sanee@azad.ac.irCopyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

صنعت خودروسازی یکی از صنایع مهم در اقتصاد هر کشور است. پیتر دراکر^۱ لقب «صنعت صنعت‌ها» را به آن اطلاق کرد. این صنعت دارای حلقه‌های پیشین و پسین و گسترده بودن زنجیره تأمین آن در برخی کشورها، جزء صنایع مادر است. لذا ارزش افزوده بالا و اشتغال ایجاد می‌کند.^۲ با شروع انقلاب صنعتی، شاهد تغییرات عظیمی در بخش تولید بوده‌ایم. شرکت‌های تجاری اجزای یک محصول را تولید می‌کردند و اغلب هیچ شخصیت حقوقی خاصی مسئولیت تولید محصول تمام شده را بر عهده نداشت. دولت در حمایت از خریدار نقشی نداشت و خریدار با هوشیاری و به‌تنهایی مسئول حفظ سلامتی خود بود و خریداران حقی در گرفتن غرامت نداشتند. تولیدکنندگان نیز فقط در موارد تقلبات محرز و تضمینات صریحی که داده بودند، مسئول شناخته می‌شدند از ساخت خودرو تا رسیدن آن به دست مشتری، مدت طولانی طی می‌شود. در این میان ممکن است خودرو معیوب یا ناقص شود یا اساساً معیوب تولید شود. در حقوق موضوعه و رویه قضایی بسیاری از کشورها، از جمله در اتحادیه اروپا، پذیرفته شده که فروشنده مسئول صحت و سلامت کالا پیش از تحویل آن است. باوجود این، امروزه تولیدکنندگان و سازندگان کالا با درج شرطی به‌عنوان ضمانت در ضمن قرارداد دامنه مسئولیت خویش را به عیوب پس از تحویل کالا نیز گسترش می‌دهند.^۳ تا نیمه قرن نوزدهم، فروشندگان به‌ندرت ضمانت رسمی برای کالاها ارائه می‌دادند. در پایان قرن، با پیچیده‌تر شدن محصولات، قراردادهای تضمین سلامت کالا با دامن‌های بسیار محدود مطرح شد. این قراردادهای نوعاً ترمیم اجزای معیوب، هزینه‌های حمل و نقل، آسیب‌های متعاقب و امثال آن را دربر نمی‌گرفتند. جالب‌تر اینکه، تولیدکنندگان به‌منظور جلب مشتری تضمین‌هایی می‌دادند که قصد انجام آنها را نداشتند. در چنین شرایطی، ضرورت حمایت از مصرف‌کننده، که طرف ضعیف قرارداد بود، مطرح شد. بر این اساس، دولت‌ها در جست‌وجوی تدوین قوانینی رفتند تا تولیدکنندگان در مقابل مصرف‌کنندگان مسئول عیب محصول خود باشند. این اندیشه در مفهوم ضمانت تجلی یافت.^۴ امروزه ضمانت دیگر فقط دارای آثار خارجی مثبت برای مصرف‌کنندگان نیست، بلکه تولیدکننده هم می‌تواند از طریق کاهش هزینه‌های بازاریابی و تبلیغات کالا و با استفاده از علامت‌دهندگی مدت ضمانت، از آن به‌عنوان وسیله‌ای برای افزایش کارایی اقتصادی استفاده کند. ضمانت ممکن است مانع اتلاف منابع و افزایش هزینه‌های تولیدکننده شود. ضمانت در دنیای رقابت امروز منتهی به افزایش کارآمدی نظام تولید و در نهایت بخش اعظم نظام اقتصادی می‌شود.

در بیشتر کشورها، به‌ویژه در خصوص مسئولیت مدنی عرضه‌کنندگان خودرو، قانون خاصی وجود ندارد و این نوع مسئولیت تابع قوانین عام حقوق مصرف‌کنندگان است. اما در حقوق ایران، قانون‌گذار در سال ۱۳۸۶ قانونی را با عنوان «قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو» تصویب کرده است. شاید این پرسش مطرح شود که چه نیازی به تصویب قانون ویژه در این حوزه وجود دارد؟ چرا باید در بین مصرف‌کنندگان انواع محصولات، مصرف‌کنندگان خودرو تابع وضعیت حقوقی خاص باشند؟ آیا نمی‌توان از طریق مقررات عام حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان (قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸، قانون نظام صنفی، قانون مدنی و سایر قوانین عام) از مصرف‌کننده خودرو نیز حمایت به

۱. Peter Drucker

۲. شهیکی تاش، محمد نبی و عماد کاظم‌زاده، «سنجش حاشیه سود در صنعت خودروسازی ایران (بر اساس رهیافت هال-راجر)»، *مطالعات اقتصادی کاربردی/ایران*، دوره ۶، شماره ۲۱، ۱۳۹۶، ص ۴۷.

۳. محمدی، پژمان و قادر شنیر، «بررسی ابعاد حقوقی گارانتی»، *دوفصلنامه حقوق خصوصی*، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۳۹۲، ص ۲۱۲.

۴. قاسمی حامد، عباس، شهرزاد حدادی و شیوا عبدالله‌زاده ثانی، «گارانتی از منظر تحلیل اقتصادی حقوق»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۱، شماره ۸۱، ۱۳۹۷، ص ۱۰۴.

عمل آورد؟ پاسخ به پرسش‌ها را باید در واقعیت‌های بازار خودرو در ایران و میزان خسارات و صدمات ناشی از این وسیله نقلیه جست‌وجو کرد؛ از طرفی بازار خودرو در ایران جنبه رقابتی ندارد؛ بلکه در انحصار چند شرکت بزرگ دولتی و شبه دولتی است که می‌توانند تمام شرایط خود را به مصرف‌کنندگان خودرو تحمیل کنند. لذا چون در این زمینه بازار دچار کاستی است، دولت باید با هدف رفع این کاستی و حمایت از مصرف‌کنندگان مداخله کند. از طرف دیگر، میزان حوادث رانندگی و خسارات بدنی و مالی ناشی از این حوادث در ایران سرسام‌آور و متحیرکننده است؛ به نحوی که حوادث رانندگی سالیانه به اندازه زلزله بم قربانی می‌گیرد و خسارت به بار می‌آورد.^۱ قانون‌گذار خواسته است با تصویب قانون خاص و مقرر کردن تکالیفی برای عرضه‌کنندگان خودرو، گامی هرچند کوچک به منظور ایمن‌تر کردن خودروها و جبران خسارت برداشته باشد. لذا شناخت ماهیت حقوقی و تحلیل اقتصادی ضمانت اهمیت می‌یابد.

بنابراین، سؤال این مقاله این است: تحلیل حقوقی - اقتصادی ضمانت چیست و ضمانت برای مصرف‌کننده خودرو چه حمایت‌های حقوقی دارد؟

فرضیه این است که تحلیل قرارداد ضمانت بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده، صورت می‌پذیرد و باعث کاهش هزینه‌های مختلف و افزایش کارایی می‌شود و تعهدات عرضه‌کننده خودرو در طول مدت ضمانت دایر بر تأمین ایمنی و سلامت خودرو، مبتنی بر تعهد به نتیجه است و عرضه‌کننده با اثبات بی‌تقصیری خود نمی‌تواند از زیر بار مسئولیت شانه خالی کند؛ اما با توجه به کوتاه بودن مدت ضمانت، این حمایت جزئی و ناچیز است و حق استرداد و تعویض مصرف‌کننده را منوط به تحقق شرایطی خاص کرده است به بررسی آن در بخش‌های مختلف مقاله پرداخته می‌شود.

۱. مبانی تحقیق

۱.۱. شناخت مبانی ضمانت

ضمانت در معنای لغوی به هرگونه تضمین و ضمانت اطلاق می‌شود. تعهدی است یک‌طرفه از جانب تولیدکننده یا فروشنده کالا یا خدمات به نفع مشتری که در طی دوره معینی از زمان خرید کالا یا خدمات چنانچه عیب یا نقصی در محصول حادث شود که منتسب به استفاده‌کننده نباشد، فروشنده یا تولیدکننده ضامن خواهد بود. در مفهوم عام حقوقی، به معنای تضمین اجرای به موقع یک قرارداد یا تعهد می‌شود.^۲ در ماده ۱ دستورالعمل اتحادیه اروپا Emark نیز تعریف شده است.^۳ مشابه این تعریف در ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب ۱۳۸۶ نیز بیان شده است.^۴ همچنین بند «ز» آیین‌نامه اجرایی حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۹۵ ضمانت‌نامه را سندی می‌داند که به زبان فارسی و دربرگیرنده مسئولیت دوره ضمانت و تعهد خدمات عرضه‌کننده و استفاده مطلوب از خودرو که از سوی عرضه‌کننده به

۱. بادینی، حسن، «نقدی بر مبنا و قلمرو مسئولیت مدنی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۵، شماره ۵۸، ۱۳۹۱، ص ۸۷.

۲. عبدی پورفرد، ابراهیم، «گاراتی و تضمین کیفیت کالا»، حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۳۶، ۱۳۹۲، ص ۷۲.

۳. ضمانت عموماً از سوی خود فروشنده یا تولیدکننده داده می‌شود. بنابراین توافقی اعم از شرط ضمن عقد یا مستقل از عقد اصلی است که به موجب آن شخصی به نام ضمانت‌دهنده در برابر شخص دیگری به نام ضمانت‌گیرنده متعهد می‌شود اگر کالا یا خدمات مورد معامله را در مدت زمان معینی دچار عیب، ایراد یا نقص شدند، اصلاح یا تعمیر کند یا چنانچه دارای عیب اساسی باشد آن را با کالایی مشابه تعویض کند.

۴. ضمانت‌نامه کالا یا خدمات، سندی است که تولیدکننده، وارد کننده، عرضه‌کننده یا تعمیرکننده هر دستگاه فنی، به خریدار یا سفارش‌دهنده کالا می‌دهد تا چنانچه ظرف مدت معین عیب یا نقص فنی در کالای فروخته شده یا خدماتی که انجام شده، مشاهده شود، نسبت به رفع عیب یا تعویض قطعه یا قطعات بدون اخذ وجه یا پرداخت خسارات وارده اقدام کند.

همراه خودرو، تحویل مصرف‌کننده می‌شود.

اما در کنار اصطلاح ضمانت گاهی از واژه وارانتي نیز استفاده می‌شود. در خصوص ارتباط میان این دو، نظریات گوناگونی بیان شده است. برخی معتقدند اصطلاح ضمانت در مواردی استفاده می‌شود که تولیدکننده تعهد می‌کند؛ در صورتی که کالا با وجود رعایت نکات مربوط به استفاده صحیح از جانب مصرف‌کننده دچار خرابی شد، محصول را بدون دریافت هزینه تعویض یا تعمیر کند.^۱ اما لغت وارانتي در مواردی به کار برده می‌شود که تولیدکننده تضمین می‌کند تا در صورتی که قطعات این محصول بعد از اتمام مدت ضمانت تا مدت معینی به هر دلیلی عیب یا ایرادی پیدا کرد، در مقابل دریافت وجه آن قطعات را در اختیار خریدار قرار دهد. به عبارتی، قطعات این محصول تا آن مدت که قید شده، موجود است.^۲ برخی دیگر معتقدند اصطلاح ضمانت^۳ عبارت از تعهدی لازم است که شخصی به شخص دیگر می‌دهد؛ به گونه‌ای که اگر شرایط خاصی رخ داد، این تعهد عملی شود. معمولاً تولیدکنندگان محصولات به مصرف‌کنندگان خود ضمانت یا ضمانت می‌دهند که محصولاتشان در مدت زمان مشخصی کاملاً درست کار کند؛ در غیر این صورت، اصل پول برگشت داده یا محصول تعویض می‌شود و به عنوان وسیله‌ایست که مصرف‌کننده می‌تواند برای پردازش اطلاعات درباره محصول یا کالا از آن استفاده کند.^۴ اما از وارانتي معمولاً در بازه‌های زمانی طولانی‌تر استفاده می‌شود و در آن راه برگشت از تصمیم خرید برای مشتری باز نیست. تولیدکننده معمولاً در مدت زمان وارانتي، در صورت بروز مشکل برای محصول، هزینه تعمیر یا تعویض قطعات را به عهده می‌گیرد و به این طریق به مصرف‌کننده اطمینان می‌دهد که در طول مدت وارانتي نیازی به انجام هزینه تعمیرات ندارد و بیشتر به صورت شفاهی و ضمنی است. البته به نظر می‌آید ضمانت‌ها مشابه یکدیگرند یا به نحو اساسی با هم شباهت دارند.^۵

۱.۲. ماهیت حقوقی ضمانت

اشاعه و ترویج این قراردادها در عرف کنونی، تحلیل آن را ضروری می‌کند. در رسیدگی‌های قضایی در صورت مطرح شدن مسئله‌ای، دادرس ناچار از تحلیل قرارداد است. البته توصیف اعمال حقوقی صرفاً براساس عناوین آنها نیست و به قصد مشترک متعاقدين مراجعه می‌شود. ضمانت نیز از این قاعده مستثنا نیست. ضمانت عقدی است که متعاقدين می‌توانند به طور مستقل از عقد اصلی، آن را شرط کنند.^۶ البته ممکن است بعد از انعقاد عقد اصلی، مشتری به دلایل متعدد مانند کیفیت نامطلوب (مبيع) خواستار عرضه ضمانت از سوی بایع باشد؛ لذا چنین عقدی به عقود از قبیل جعالة خاص و بیمه نزدیک می‌شود. در این بند با بررسی استدلال‌های مختلف، ماهیت حقوقی آنها را تبیین می‌کنیم.

^۱ Stone, Richard and James Devenney, *The Modern Law of Contract*, London: Cavendish publishing limited, 15th Edition, 2002, P 24.

^۲ Jack, Nat and Frank Van Duyn Schouten, "Optimal repair-replace strategies for a warranted product", *International Journal of Production Economics*, Volume 67, Issue 1, 2000, P 96.

^۳ انواع ضمانت به صورت صریح (تحت فرم مخصوص) و ضمنی وجود دارد. و عناصر ضمانت شامل ضمانت‌دهنده، ضمانت‌گیرنده، اطمینان خاطر خریدار و رقابت در امر تجارت، اهتمام فروشنده جهت تولید کالای مقاوم و جلوگیری از سوءاستفاده است.

^۴ Choi, B. and Ishii Jun. "Consumer Perception of Warranty as Signal of Quality: an Empirical study of Powertrain Warranties", *POSCO research Institute & Amherst college Department of Economics*, 2010, PP 3-5.

^۵ Priest, George L. "A theory of Consumer Product Warranty", *Economic Analysis of the Law: Selected Reading*, 2004. 115.

^۶ Stone and Devenney, Op. Cit., P 18.

۱.۲.۱. جعالة خاص و ضمانت

تحلیل ضمانت در قالب جعالة خاص^۱ آثاری را در پی دارد. تعهد عامل در عقد جعالة تعهد به نتیجه است؛ بنابراین، تا حصول نتیجه به شکل مطلوب استحقاقی نسبت به دریافت جعل ندارد. در قرارداد ضمانت نیز ضمانت‌دهنده صرفاً در صورت تعویض کالا یا اصلاح آن حق دریافت مبلغ معهود در قرارداد را دارد. همچنین، اگر قرارداد ضمانت از مصداق‌های جعالة خاص باشد، عقدی جایز است؛ بنابراین، ضمانت‌دهنده و ضمانت‌گیرنده می‌توانند به دلخواه عقد را برهم زنند و از اجرای تعهدات قراردادی خودداری کنند. صرف‌نظر از اختلافاتی که در ماهیت جعالة دیده می‌شود که می‌تواند به ضمانت نیز تسری پیدا کنند، تبیین ماهیت جعالة در این مورد مؤثر است.^۲ البته انتقاداتی نیز وارد شده است که عبارت‌اند از: جعالة عقدی جایز است و هریک از متعاقدين به دلخواه حق بر هم زدن عقد را دارند؛ لیکن در قرارداد ضمانت بنای طرفین قرارداد این است که هیچ‌یک از طرفین حق فسخ یک‌جانبه عقد را نداشته باشد. در صورت انتقال مال مورد ضمانت به شخص ثالث، وی قائم مقام گیرنده مال است و می‌تواند از مزایای ضمانت بهره‌مند شود. درحالی‌که در عقد جعالة، فقط عامل در برابر جاعل مسئولیت دارد و حتی می‌توان گفت در صورت انتقال مال موضوع جعالة از سوی جاعل، جعالة به دلیل بلاموضوع بودن منفسخ می‌شود. عامل پس از اجرای تعهد می‌تواند جعل را مطالبه کند؛ ولی در قرارداد ضمانت، ضمانت‌دهنده معمولاً در حین انعقاد عقد مبلغی را از ضمانت‌گیرنده دریافت می‌کند.^۳

۱.۲.۲. بیمه و ضمانت

تحلیل قرارداد ضمانت در قالب قرارداد بیمه به این صورت است که قرارداد ضمانت، بیمه وسایل و تجهیزات مورد معامله است که به موجب آن، شرکت ضمانت‌دهنده به عنوان بیمه‌گر، به اصلاح کالای معیوب و تبدیل آن متعهد می‌شود و در برابر این تعهد، از بیمه‌گذار (ضمانت‌گیرنده) حق بیمه دریافت می‌کند. مسئله‌ای که این اندیشه را تقویت می‌کند، احتمالی بودن قرارداد بیمه و نامعلوم بودن کیفیت اجرای آن است. مسائل مزبور در قرارداد ضمانت نیز مشاهده می‌شود. به علاوه، در قرارداد بیمه، بیمه‌گر تضمین می‌کند در صورت بروز حادثه احتمالی خسارت را جبران کند. در قرارداد ضمانت نیز ضمانت‌دهنده تضمینی مشابه می‌دهد. برخورداری از خدمات بیمه توسط بیمه‌گذار محدود به مدت زمانی خاص است. در قرارداد ضمانت نیز ضمانت‌گیرنده طی زمان خاص می‌تواند از مزایای ضمانت بهره‌مند شود. علاوه بر این، در قرارداد ضمانت مانند عقد بیمه، ضمانت‌دهنده مبلغی را به عنوان ضمانت دریافت می‌کند؛ حتی اگر عیب و نقص در مدت ضمانت در کالا ایجاد نشود. هر دو عقد لازم‌اند. در هر دو عقد تعهدات بیمه‌گر و ضمانت‌دهنده همه حالت‌های عیب و نقص و همه خسارت‌ها را شامل نمی‌شود. تحلیل قرارداد ضمانت در قالب عقد بیمه آثاری را در پی دارد؛ از جمله این آثار می‌توان به لازم بودن عقد بیمه اشاره کرد؛ به طوری که ضمانت‌دهنده و ضمانت‌گیرنده نمی‌توانند به طور یک‌جانبه و به دلخواه قرارداد را برهم زنند و از اجرای تعهدات قراردادی خودداری کنند. به علاوه، با توجه به اعتبار قرارداد بیمه براساس حقوق موضوعه، بسیاری از اشکالات قرارداد ضمانت از قبیل احتمالی بودن این عقد، وجود غرر و انحصار عقود به عقود خاص

۱. طبق ماده ۵۶۱ قانون مدنی، جعالة التزام شخص به تأدیه اجرت معلوم در مقابل انجام عملی خواه طرف معین باشد یا نامعین است.

۲. کاتوزیان، ناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، ص ۱۳۲.

۳. حیدری، عباس، «تحلیل حقوقی از مسئولیت در قبال ارائه کالای معیوب و حمایت از مصرف‌کنندگان»، پژوهش و نگارش کتب دانشگاهی، شماره ۱۱، ۱۳۹۲.

برطرف می‌شود.^۱ بر این بحث نیز از سوی صاحب‌نظران انتقاداتی وارد شده است که عبارت‌اند از: اشکال چنین تحلیلی این است که اخص از مدعی است؛ به‌طوری‌که چنین تحلیلی فقط دربرگیرنده ضمانت اصلاح کالا است و نه ضمانت تبدیل و تعویض کالا؛ به عبارت دیگر، در قرارداد بیمه، بیمه‌گر به جبران خسارت متعهد می‌شود، درحالی‌که در قرارداد ضمانت، ضمانت‌دهنده علاوه بر جبران خسارت (اصلاح کالا) به تبدیل و تعویض کالای معیوب نیز متعهد می‌شود. ارائه‌دهندگان ضمانت به‌طور معمول، تولیدکنندگان کالا هستند؛ لیکن بیمه ممکن است از سوی هر شخص واجد صلاحیتی ارائه شود. به عبارت بهتر، بیمه‌گر معمولاً شخصی غیر از تولیدکننده و فروشنده است. ضمانت معمولاً از تاریخ تحویل دستگاه به خریدار آغاز می‌شود؛ ولی در بیمه چنین امری بستگی به توافق طرفین قرارداد دارد. این باعث می‌شود بیمه کالا تا پایان عمر آن بارها اتفاق بیفتد.^۲

ضمانت دارای ماهیتی ویژه است. در چنین عقدی ضمانت‌دهنده دو تعهد را بر عهده می‌گیرد: تعهد به تبدیل کالای معیوب و تعهد به اصلاح آن. یکی از دو تعهد مزبور به‌طور معمول قائم‌مقام تعهد دیگر می‌شود. به‌گونه‌ای که در صورت بروز نقض در کالای مورد معامله، یا نقض مزبور قابل رفع است یا اینکه قابل رفع نیست و باید کالا تعویض شود. پس غیرممکن است که اجرای دو تعهد در یک قطعه خاص در کنار یکدیگر قابل اجرا باشد و کالا قابل اصلاح و هم قابل تبدیل شود، مگر توافق جدید واقع شود. به‌علاوه، قالب‌های مندرج در قانون مدنی با عنوان عقود معین، به‌هیچ‌وجه پاسخ‌گوی تعهدات مطرح شده در قرارداد ضمانت نیست؛ به عبارت دیگر، قرارداد ضمانت نمی‌تواند در پوشش عقودی مانند جعالة خاص و بیمه تحلیل شود و به نظر می‌رسد از مصداق‌های قراردادهای خصوصی ماده ۱۰ ق.م.ا است. مسائلی که این امر را تقویت می‌کند، ویژگی‌های این عقد است که در عقود مشابه هم‌تا ندارد؛ برای مثال، ضمانت‌گیرنده طی مدت زمانی خاص می‌تواند از مزایای ضمانت بهره‌مند شود و مزایای مزبور فقط در صورت امکان نقص و عیبی خاص، که البته ممکن است ایجاد نشود، برقرار می‌شوند. اگر مدت پایان برسد و عیب جدید حادث نشود، قرارداد ضمانت تمام می‌شود. به‌علاوه، میزان تعهدات ضمانت‌دهنده و میزان مصالح لازم برای اصلاح کالا و تبدیل آن مجهول است؛ بنابراین، عدم امکان انطباق قرارداد ضمانت در قالب عقود معین اندیشه تحلیل آن در قالب اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی را تقویت می‌کند. البته پذیرش این تحلیل، موجب می‌شود قرارداد ضمانت عقدی مشروع و معتبر باشد، بی‌آنکه آثار و احکام خاص عقود معین را داشته باشد. شایان ذکر است برخی صاحب‌نظران نیز ضمانت را عقدی مستقل و متمایز از عقود و قراردادهای دیگر می‌دانند.

۱.۳. کارایی اقتصادی ضمانت

کارایی^۳ مفهومی است که در فرایند رسیدن به هدف، هزینه منابع صرف‌شده را ارزیابی می‌کند. به‌طوری‌که مقایسه خروجی‌های به‌دست‌آمده با ورودی‌های مصرف‌شده، میزان کارایی را مشخص می‌کند. هزینه تأمین منابع انسانی، هزینه استفاده از تجهیزات، نگهداری تسهیلات و نرخ بازگشت سرمایه و نظایر آن در سنجش کارایی مورد ملاحظه قرار می‌گیرد.^۴

^۱ محمدی و شنیر، پیشین، ص ۶۵

^۲ نادری، فرشته، «ماهیت گارانتی و آثار و احکام آن از منظر فقه و حقوق»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی، ۱۳۹۷، صص ۵۷-۵۸.

^۳ Efficiency

^۴ رضائیان، علی، *مبانی سازمان و مدیریت*، تهران: سمت، ۱۳۸۶، ص ۳۵.

به عقیده یکی از پیشگامان تحلیل اقتصادی حقوق^۱، کارایی در «به حداکثر رساندن ثروت» است و ثروت نیز در صورتی به حداکثر می‌رسد که ارزش جمعی تمام کالاها و خدمات افزایش یابد. البته منظور از کالاها و خدمات، صرفاً کالاها و خدماتی نیست که در بازارهای واقعی مبادله می‌شوند؛ بلکه شامل کالاها و خدمات غیراقتصادی مانند زندگی، آسایش، خانواده، ایمنی و تحمل خسارات که در بازارهای فرضی مبادله می‌گردد، نیز می‌شود. ضمانت‌ها می‌توانند سبب کاهش هزینه‌های مبادلاتی و نهایتاً افزایش کارایی اقتصادی شوند. هزینه‌های مبادلاتی مفهومی است که رونالد کوز^۲ آن را در مقالات خود مطرح کرد و منظور وی هزینه‌هایی بود که در عالم واقع به معاملات تجاری ورود می‌یابند. این هزینه‌ها در واقع مجموعه هزینه‌های مربوط به انتقال حق مالکیت از یک طرف به طرف دیگر است که در اقتصادهای بازار محور که در آن‌ها مالکیت خصوصی پررنگ است، مطرح‌اند:

الف) هزینه‌هایی که آشکار و قابل محاسبه عددی‌اند و در واقع مجموع هزینه‌هایی است که در بازار صرف می‌شود. این هزینه‌ها شامل هزینه‌های حسابداری، وکیل، ثبت و اجرای قراردادها و غیره می‌شود.

ب) هزینه‌هایی که مستتر است و بدون اینکه هزینه آشکاری داشته باشد، مانع از توسعه فعالیت‌های تجاری می‌شود یا معاملات موجود را محدود می‌کند. این هزینه‌ها عمدتاً به دلیل ناکارایی نظام حقوقی در تعریف راه‌های کارآمد و شیوه‌های صحیح انجام مبادلات و نظام قراردادها و اجرای آن‌ها بروز می‌نماید. موارد زیر جزء هزینه‌های مبادله به شمار می‌آیند: هزینه‌های اجرای حقوق مالکیت به دلیل حقوق مالکیت ضعیف؛ هزینه حمایت و اجرای قراردادها ناشی از نکول قراردادها، هزینه‌های اجرای ضمانت‌نامه‌ها و علایم تجاری؛ هزینه نظارت بر قراردادها و پیش‌بینی رفتار عاملان اقتصادی و حسن اجرای آن‌ها؛ هزینه‌های کسب اطلاعات؛ هزینه‌های دادرسی و مطالبه حقوق و همچنین هزینه‌های مجازات و تنبیه.

لذا به نظر می‌رسد قرارداد ضمانت از طریق کاهش کسب اطلاعات سبب کاهش هزینه‌های فرصت^۳ می‌شود؛ زیرا نوع ضمانت که یک شرکت تولیدی برای محصول خود ارائه می‌دهد، می‌تواند برای خریدار به عنوان راهنمایی در خصوص کیفیت محصول عمل کند. هزینه فرصت غالباً به بالاترین ارزش فرصت‌ها یا گزینه‌های انتخاب نشده اشاره دارد. می‌توان گفت هزینه فرصت هزینه واقعی برآوردن یک خواسته است که برحسب هزینه از دست دادن فعالیت‌های دیگر بیان شده است. برخی اقتصاددانان بر این عقیده‌اند که هزینه فرصت را باید به عنوان جایگزین‌هایی در نظر گرفت که بر فرایند یک انتخاب تأثیر می‌گذارد. به نظر می‌رسد^۴ ضمانت سبب می‌شود زمانی را که لازم است خریدار برای جست‌وجوی یک کالای باکیفیت رضایت‌بخش صرف کند، به فعالیتی اختصاص دهد که برای او ایجاد درآمد بیشتری می‌کند. ازسوی دیگر، ضمانت سبب کاهش هزینه‌های دادرسی و نهایتاً افزایش کارایی اقتصادی می‌شود. با این توضیح که باوجود ضمانت قراردادی، در صورت بروز عیب در کالا و ایجاد خسارت، خریدار از اثبات تقصیر عرضه‌کننده معاف است و برای الزام تولیدکننده و عرضه‌کننده به جبران خسارت، زمان و هزینه کمتری لازم است. افزون بر این، نوع تضمینی که تولیدکننده عرضه می‌کند، از اموری است که می‌تواند از راه کاهش هزینه‌های دادرسی احتمالی و ناراضی‌های مصرف‌کنندگان که در قیمت نهایی محصول محاسبه می‌شود، قیمت تمام‌شده آن را کاهش دهد. تولیدکننده تضمینی را که موجب از دست

^۱. Posner

^۲. Ronald Coase

^۳. Opportunity Costs

هزینه فرصت اصطلاحی اقتصادی است که طبق آن باید در محاسبه «هزینه‌های» مرتبط با انتخاب یک گزینه، فرصت‌های قبلی از دست رفته ناشی از این انتخاب را هم در نظر گرفت.

^۴. Cooter, Robert. "unity in tort, contract and property: The Model of Precaution", *California Law Review*, Volume 73, Issue 1, 1985, P 98.

دادن مصرف‌کنندگان شود، عرضه نمی‌کند.^۱ این بدان معناست که اگر مصرف‌کنندگان خطر تولید کالای معیوب یا بی‌کیفیت را صحیح ارزیابی کنند، تضمین فروخته‌شده توسط تولیدکننده، منجر به کاهش قیمت تمام‌شده محصولات خواهد شد. بنابراین اگر عرضه‌کننده یا تولیدکننده نتواند به‌درستی از علامت‌دهندگی ضمانت استفاده کند و مصرف‌کنندگان خطر کالای معیوب یا بی‌کیفیت را اشتباه ارزیابی کنند، ضمانت فروخته شده در بازار به لحاظ اقتصادی غیرمنطقی است؛ به‌ویژه زمانی که مصرف‌کنندگان به‌اشتباه ریسک محصول را کمتر از ریسک واقعی آن برآورد می‌کنند، منجر به خرید ضمانت با شرایط محدودکننده یا ضمانت خواهد شد که خطر تولید کالای معیوب یا بی‌کیفیت را برعهده نمی‌گیرد (اگر مصرف‌کننده ریسک را بیشتر ارزیابی کند، ضمانت را که بسیار کامل است، خریداری خواهد کرد).

۲. تحلیل حقوقی ضمانت و خدمات پس از فروش صنعت خودرو

هرچه بر تنوع و کمیت تولیدات کالاها افزوده می‌شود، خطرهای احتمالی ناشی از به‌کارگیری و مصرف کالاها نیز افزایش می‌یابد. در این میان عدالت اقتصادی اقتضا می‌کند که تولیدکنندگانی که توانگرتر از مصرف‌کنندگان محسوب می‌شوند و سودهای فراوانی را به دست می‌آورند، بیشتر متحمل پیامدها و مسئولیت‌های ناشی از خطر در بهره‌برداری از تولیدات خود شوند و ضرورت حمایت از مصرف‌کننده آشکار می‌شود. مصرف‌کننده اگر به نتیجه‌ای که انتظار داشته دست نیابد و با خرید کالایی که اطمینان از کارکرد صحیح او ندارد نتواند نیازهایش را رفع کند، تعادل در عرصه اقتصادی دچار آسیب جدی می‌شود؛ لذا دولت‌ها در تلاش‌اند تا با تدوین قوانینی نقش حمایتی از مصرف‌کننده را نهادینه سازند.^۲ ضرورت و اهمیت حمایت از مصرف‌کننده، توافقات فی‌مابین تولیدکننده و مصرف‌کننده را از حالت شخصی خارج کرده است و در برخی موارد تولیدکننده موظف است از استانداردهای بین‌المللی مربوط به نظام‌های کنترل کیفیت تولید پیروی کند و در صورت تخلف مصرف‌کننده می‌تواند در برابر تولیدکننده مدعی جبران خسارت شود.^۳

۲.۱. قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶

غالباً تصویب قوانین خاص در حوزه حقوق مصرف‌کننده با هدف برقراری نظام ویژه و حمایت از کسانی است که به‌دلیل وضعیت حقوقی خاص، قانون حمایت از آنها را ضروری دانسته است؛ درحالی‌که در زمینه قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو این حمایت به‌نحو مؤثری از مصرف‌کنندگان خودرو صورت نگرفته است و اگر حقوق مصرف‌کنندگان خودرو تابع قوانین عام، مانند قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ یا قانون مدنی باشد، وضعیت زیاد فرق نمی‌کند؛ حتی در مواردی به نظر می‌رسد که قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو در صدد تحدید مسئولیت عرضه‌کنندگان خودرو برآمده است. هرچند قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو به روشنی تعهد عرضه‌کننده در طول مدت ضمانت دایر بر تأمین ایمنی و سلامت خودرو را تعهد به نتیجه دانسته است و او با اثبات بی‌تقصیری خود نمی‌تواند از زیر بار مسئولیت شانه خالی کند؛ اما با توجه به کوتاه بودن مدت ضمانت، این حمایت، جزئی و ناچیز است؛^۴

۱. Juscus, V. and Deimena Lekaviciene. "The impact of internationalization and globalization on the competitiveness of companies", *Economics and Management*, 2007, P 35.

۲. دعاگوی، محمد، «شروط تحمیلی در قراردادهای صنعت خودرو»، *مبانی فقهی حقوق اسلامی*، دوره ۷، شماره ۱۴، ۱۳۹۳، ص ۸۶.

۳. قاسمی حامد، حدادی و عبدالله‌زاده ثانی، پیشین.

۴. لاری دشت بیاض، محمود، مهدی صالحی و علیرضا شفیع بیک محمدی، «تأثیر الزامات مالی ایران خودرو بر سودآوری قطعه سازان صنعت خودرو»، *مجله اقتصاد پولی، مالی*، دوره ۲۲، شماره ۹، ۱۳۹۴، ص ۸۵.

بنابراین، اقتضا داشت قانون‌گذار سقف دوره ضمانت را میزان بالاتری تعیین می‌کرد تا حمایت مقتضی از مصرف‌کننده صورت می‌گرفت. از طرف دیگر، قانون در خصوص مسئولیت عرضه‌کننده در خارج از مدت ضمانت حکمی ندارد و از این سکوت ممکن است این‌گونه برداشت شود که مسئولیت عرضه‌کننده محدود به مدت ضمانت است و خارج از مدت ضمانت نسبت به جبران خسارات ناشی از عیب خودرو مسئولیتی ندارد؛ یعنی، در حقیقت قانون در جهت تحدید مسئولیت عرضه‌کننده برآمده است. بنابراین لازم بود برای جلوگیری از این استنباط، قانون‌گذار نظام مسئولیت عرضه‌کننده خودرو در خارج از مدت ضمانت را هم مشخص می‌کرد. اما، قبل از تغییر قانون از طریق تفسیر هم می‌توان این مشکل را برطرف کرد. لذا با توجه به اینکه قانون مورد بحث جنبه حمایتی دارد، تفسیر قانون باید به نفع مصرف‌کننده خودرو باشد نه عرضه‌کننده. از این‌رو، باید در خصوص مسئولیت عرضه‌کننده خودرو بین دو فرض تفکیک قائل شد؛ مسئولیت عرضه‌کننده در مدت ضمانت که مبتنی بر تقصیر نیست و از نوع تعهد به نتیجه است و مسئولیت عرضه‌کننده در خارج از مدت ضمانت که تابع قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ و قواعد عمومی است. در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودروهای خارجی، فقط به مسئولیت عرضه‌کننده در مدت ضمانت اشاره شده است، اما در این زمینه که آیا مصرف‌کننده می‌تواند برای جبران خسارت خود به هریک از افراد درگیر در زنجیره تولید و توزیع خودرو از جمله سازنده قطعه معیوب، واسطه فروش، نمایندگی فروش و سازنده خودرو مراجعه کند، ساکت است. در این صورت در این خصوص باید به قواعد عمومی رجوع کرد. متأسفانه قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و سایر مقررات عام نیز برای عرضه‌کنندگان کالا مسئولیت تضامنی مقرر نکرده است. با توجه به فنی بودن و تخصصی بودن عیب خودرو جا داشت که قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو تعریف روشنی از عیب خودرو ارائه می‌داد یا معیارهایی کلی در این زمینه مقرر می‌داشت تا مصرف‌کننده به راحتی بتواند به آن استناد کند. نکته قابل توجه دیگر درباره عیب خودرو این است که مطابق ماده ۲ قانون، عرضه‌کننده مکلف به رعایت استانداردهای ابلاغی درباره ایمنی، کیفیت، سلامت خودرو و مطابقت آن با ضمانت ارائه شده به مصرف‌کننده است. اما این ماده یا مواد دیگر به صراحت اعلام نکرده‌اند که چه مراجعی تکلیف دارند که استانداردها را درمورد ایمنی، کیفیت و سلامت خودرو اعلام کنند. هرچند آئین‌نامه در بند (ت) ماده ۲، مبادرت به طرح این موضوع کرده است، با توجه به شأن و جایگاه قانونی آیین‌نامه این تکلیف مصون از ایراد نخواهد بود. از جمله نکات مثبت قانون این است که ضررهای اقتصادی (عدم النفع) که به استناد عموماً در خصوص قابلیت جبران آن تردید وجود دارد، قابل مطالبه شناخته شده است. همچنین به نظر می‌رسد به استناد این قانون هزینه‌های درمانی مازاد بر دیه را نیز بتوان مطالبه کرد. هرچند، خسارت معنوی به صراحت ذکر نشده است، می‌توان گفت که اطلاق عبارت «جبران کلیه خسارات وارده به مصرف‌کننده و اشخاص ثالث» ضرر معنوی را هم دربر می‌گیرد و مصادیق ذکر شده در قانون جنبه تمثیلی دارد. ناهماهنگی‌ها و ضعف کنونی حاکم درمورد عرضه و فروش خودرو، موجب سردرگمی مصرف‌کننده و برخوردار نشدن او از حمایت لازم، دست‌کم از حیث اطلاعات فنی، شده است. بهتر است قانون‌گذار با توجه به میزان بالای مصرف و خطر و خسارات ناشی از خودرو، که متوجه عموم و محیط زیست می‌شود، ضابطه‌هایی را برای اعلام اوصاف خودرو و قراردادهای فروش مربوط و جلوگیری از تبلیغات خلاف واقع عرضه‌کنندگان خودرو و تکلیف آنان به ارائه اطلاعات درست مقرر دارد. همچنین اطلاع‌رسانی به مصرف‌کنندگان در سطوح مختلف، به‌ویژه از طریق رسانه‌های فراگیر و آشنا ساختن مصرف‌کننده با معیارهای ایمنی و سلامت خودرو، انتظار معقولی است که باید برآورده شود.^۱ چنانچه بعد از عرضه خودرو به بازار مشخص شود که در آن عیبی وجود دارد، عرضه‌کننده لازم

۱. بادینی، حسن، پناهی اصائلو، پانته آ، «نقدی بر قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶»، نشریه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۱، ص ۱۰۱.

است طی فراخوانی دارندگان خودروهای معیوب را از وجود عیب آگاه کند تا ظرف مهلت مشخصی برای رفع عیب مراجعه کنند. متأسفانه در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو به این تکلیف مهم عرضه‌کننده خودرو اشاره نشده است. به نظر می‌رسد راه حل مندرج در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، که در آن پیش‌بینی شده است که در درجه اول انجمن‌های حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان به اختلافات بین مصرف‌کنندگان و عرضه‌کنندگان کالاها و خدمات رسیدگی کنند، در مقایسه با راه حل قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو که هیئت خاصی را پیش‌بینی کرده است، با اصول حقوق مصرف‌کنندگان سازگارتر است.

۲.۲. مسئولیت ناشی از عیب تولید در قبال دارندگان خودروهای خارجی

عیب خودروهای خارجی در سه سطح عیب طراحی، عیب تولید و عیب در بهره‌برداری قابل بررسی است. این عیوب به‌طور یکسان موجب مسئولیت خودروسازان نمی‌شود و با یکدیگر متفاوت است.

۲.۲.۱. مسئولیت خودروسازان در اثر عیب در طراحی خودروهای خارجی

عیب در طراحی خودروهای خارجی شامل عیوب ایرودینامیکی، سازه‌ای، کنترلی و... است که به فناوری و تجهیزات تولید مرتبط نیست و ضعف اولیه در طراحی نخستین موجب بروز این مشکل است. در واقع فقدان دانش طراحی مهندسان یا در قصور آنان در پیش‌بینی جهت کاربری خودرو منجر به بروز ضعف طراحی می‌شود. اما چه عیوبی در طراحی، مؤثر در تحقق مسئولیت می‌شود. به‌طور مثال، وجود کیسه هوا و طراحی آن در خودرو موجب ایمنی بیشتر خودروهای خارجی می‌شود و خریداران را در انتخاب آن ترغیب می‌کند؛ اما چنانچه در تصادفی که کیسه هوا عادتاً باید عمل می‌کرده، به‌درستی کار نکرده و موجب خسارات جانی شود، چنانچه عیب طراحی اثبات شود، مسئولیت قابل اثبات است. یا ضعف عملکرد ترمزها که می‌تواند بیشترین خسارات را در پی داشته باشد، اگر ناشی از ضعف طراحی باشد، موجب مسئولیت خودروساز می‌شود. لذا در زمینه اشکالاتی که موجب بروز خطر می‌شود، چنانچه ناشی از طراحی اولیه بوده باشد، تولیدکننده به‌دلیل قصور در ارتقای فناوری و همگام نشدن با طراحی علمی یا ضعف در کنترل کیفیت مسئول است؛ اما معیارهایی برای تشخیص عیب طراحی خودرو وجود دارد که دادگاه می‌تواند در رسیدگی به ادعاهای خواهان به آن توجه کند؛ چراکه اگر خواهان مدعی عیب در طراحی خودرو باشد، باید بار اثبات را به دوش بکشد.

این معیارها عبارت‌اند از:

- معیار انتظار مشروع مصرف‌کننده:^۱ مطابق آن، چنانچه طراحی خودروهای خارجی به‌گونه‌ای باشد که ممکن است در شرایط خاص یا ویژه‌ای کارکرد غیرمنتظره یا ضعیف‌تری نسبت به شرایط عادی داشته باشد، طراح و خودروساز آن را متذکر شده باشد یا هشدار قبلی داده باشند. مانند عملکرد ترمزها در برف یا کارکرد خودرو در مناطق کوهستانی و صعب‌العبور.

- تئوری سود-خطر:^۲ این معیار مختص به کالاهایی است که باوجود خطر، فوایدی نیز دربردارند و کسی که از فواید آن استفاده می‌کند، باید هزینه زیان‌های آن را بپردازد. این امر به‌ویژه درباره خودرو حائز اهمیت است. بزرگ‌ترین عیب اتومبیل را می‌توان آلوده کردن هوا دانست که بر میزان آلودگی‌ها می‌افزاید و مطابق این معیار می‌توان کسی را که از

1. The Legitimacy expectation of consumer test

2. The risk – profit theory

فواید آن استفاده می‌کند مسئول جبران این زیان دانست.

– معیار میانه:^۱ این معیار در واقع تلفیقی از دو روش فوق است که مطابق آن دادرس براساس اوضاع، شرایط و صلاحدید خویش می‌تواند از هریک از معیارهای فوق پیروی کند. در واقع طبق این معیار، علم قاضی به یاری وی شتافته تا براساس گزینش‌گری از میان دو روش فوق بپردازد.^۲

۲.۲.۲. مسئولیت ناشی از عیب تولید خودروهای خارجی

در این نوع مسئولیت، برخلاف عیب طراحی که ناشی از ضعف دانش یا فناوری است، در فرایند تولید، کیفیت قطعات در سطح استاندارد و مطلوب نیست که می‌تواند آثار سوء و پیامدهای منفی داشته باشد. در این زمینه ممکن است خودروساز علی‌رغم طراحی مطلوب و مناسب با به‌کار بردن مواد اولیه نامرغوب و ارزان برای دستیابی به سود بیشتر اقدام ورزد. تولیدکننده برای بهینه کردن هزینه‌های تولید، روی طراحی مناسب و کنترل کیفیت باید سرمایه‌گذاری کند.^۳

«عیب در تولید ممکن است نوعی یا شخصی باشد: گاه خط تولید کالایی ناقص است و همانند فرضی که طرح ساخت کالا نادرست است، همه فراورده‌های از آن نوع معیوب می‌شود؛ ولی در نوع عیب‌های از این‌گونه در اثر خطای سازنده پاره‌ای از مصداق‌ها عیب پیدا می‌کند؛ مانند پیچ‌های چرخ اتومبیلی که محکم نمی‌شود و درحال حرکت واژگون می‌شود: عیبی که به طرح و خط عمومی تولید ارتباط ندارد و کمتر از عیب در طرح رخ می‌دهد. به همین دلیل، عیب در تولید را عیب عملی نامیده‌اند، در برابر عیب در طرح که نظری است. تمییز عیب در تولید آسان است؛ زیرا کالای معیوب با سایر مصداق‌های آن، که همه در خط تولید باید یکسان باشد، تفاوت دارد و این مقایسه عیب در تولید مبیع را مشخص می‌کند؛ درحالی‌که مبنای قیاس در عیب طراحی مشخص نیست و به‌سختی معلوم می‌شود».^۴

بنابراین مسئولیت ناشی از عیب تولید به طریق اولی مسئولیت مبتنی بر تقصیر و بار اثبات بر دوش مصرف‌کننده خودرو است. بدین ترتیب که وی باید کیفیت پایین و نامطلوب قطعات خودرو و رابطه سببیت را میان عامل زیان و زیان وارده را اثبات کند. بدین‌گونه است که مسئولیت خودروساز تحقق می‌یابد. به‌طور خلاصه آنکه، مسئولیت مدنی ناشی از عیب تولید بر مبنای مسئولیت تقصیر است و نظریه خطر یا فرض تقصیر کارگر نیست.

۲.۲.۳. مسئولیت ناشی از عیب انتفاع یا بهره‌برداری خودرو

طبق این نظریه، تولیدکننده باید نحوه انتفاع و بهره‌برداری مناسب را به مصرف‌کننده آموزش دهد و هشدارهای لازم را در زمینه معایب آن گوشزد کند. این موضوع در هنگام فروش خودروهای خارجی به همراه دفترچه راهنما تحقق می‌یابد. در این دفترچه راهنما خودروساز نحوه استفاده، امکانات و هشدارهای لازم را در آن متذکر می‌شود. این امر موجب می‌شود تا مصرف‌کننده به‌طرز بهینه و مطلوب‌تری از خودرو استفاده کند و کمتر دچار نقص و خرابی شود. «رویه قضایی فرانسه در آغاز میان تعهد به آگاه‌سازی و عیب فرقی نمی‌گذاشت و در واقع فروشنده را به آگاه‌سازی از دو چیز متعهد می‌دانست: آگاه‌سازی مشتری از وضعیت مبیع (عیب) و آگاه‌سازی وی از نحوه استعمال مبیع و دادن هشدار از خطاهای پنهان آن. در کامن‌لا نیز فقدان راهنمایی و هشدار نوعی عیب کالا محسوب می‌شود. اما خود مبحث تعهد به آگاه‌سازی

^۱. Tow – prony test

^۲. حیدری، پیشین، ص ۵۷.

^۳. Bilschke, W. R. *Warranty Management and Product Mnuufacture*, London: Springer, 2006, P 6.

^۴. کاتوزیان، پیشین، ص ۷۴.

و تکلیف تولیدکنندگان و فروشندگان درمورد راهنمایی و هشدار، به اندازه کافی وسیع مهم است که بتوان آن را در ذیل مبحثی جدای از خیار عیب مورد بحث قرار داد». البته لازم به ذکر است که هشدار و تذکر همواره نمی‌تواند رافع مسئولیت تولیدکننده باشد و عیب در تولید و طراحی را پوشش دهد و بی‌اثر کند. بلکه تولیدکننده باید حداکثر تلاش خویش را در رفع عیب خودرو بکند. تشخیص این موضوع پس از ارجاع به کارشناسان خبره برعهده دادگاه است. اما در مواردی که عیب تولید آشکار شده است و خودروساز از طریق اعلان عمومی یا اعلام مشتریان و مصرف‌کنندگان فراخوان عمومی برای مراجعه و رفع عیب می‌دهد، در صورت عدم مراجعه مبری از مسئولیت در صورت وقوع حادثه زیان‌بار می‌شود. این موضوع درباره اتومبیل‌های سواری پژو ۴۰۵ ساخت سال‌های ۱۳۸۰ و ۱۳۸۱ به دلیل آتش سوزی‌های متعدد مشهود بود. لازم به ذکر است، در این زمینه به نظر می‌رسد اعلان عمومی کارگشا نیست و خودروساز باید علاوه بر آن حتی‌الامکان به تمامی مصرف‌کنندگان اعلام خطر و ضرورت مراجعه به شرکت را متذکر شود.^۱

۳. مسئولیت ناشی از عدم رعایت حقوق مصرف‌کننده خودرو

نفس حمایت از مصرف‌کننده و مداخله دولت در تنظیم بازار خودرو برقراری توازن و پاسداشت حاکمیت اراده در قرارداد است. بازار خودرو در ایران بازاری انحصاری است که تولیدکنندگان داخلی در فقدان رقبای خارجی انحصار را در اختیار داشته است و انحصار همواره موجب افزایش قیمت و کیفیت پایین می‌شود. در زمینه کاهش اثرات سوء انحصار دولت به دلیل حمایت از تولیدکنندگان داخلی خودرو اقداماتی کرده است. قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو نیز در این راستا در تاریخ ۱۳۸۶/۰۳/۳۰ به تصویب رسید.

۳.۱. حمایت از حقوق مصرف‌کننده خودرو

در ماده ۲ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو عرضه‌کننده مکلف به رعایت استانداردهای ابلاغی در موارد ایمنی، کیفیت، سلامت خودرو و مطابقت آن با ضمانت ارائه شده به مصرف‌کننده است و این دوره تضمین نمی‌تواند کمتر از یک سال یا سی هزار کیلومتر باشد. همچنین تولیدکننده باید تا ده سال از زمان تحویل رسمی آخرین خودرو به مصرف‌کننده، که دوره تعهد نام دارد، خدمات فنی استاندارد و تأمین قطعات را انجام دهد. این تعهدات یا به‌طور مستقیم یا از طریق نمایندگی‌های مجاز باید صورت گیرد.^۲ چنانچه نقص یا عیب قطعات ایمنی خودرو در طول دوره ضمانت پس از سه بار تعمیر همچنان باقی باشد یا در صورتی که نقص یا عیب قطعات، که موجب احتمال صدمه جسمی یا جانی اشخاص شود و با یک بار تعمیر برطرف نشده باشد یا خودرو بیش از سی روز به دلیل تعمیرات غیرقابل استفاده بماند، عرضه‌کننده مکلف است حسب درخواست مصرف‌کننده خودروی معیوب را با نو تعویض کند یا با توافق، بهای آن را به مصرف‌کننده مسترد دارد.^۳ همچنین خودروساز برای مدت زمان خواب خودرو برای تعمیر بیش از دو روز کاری برای همه روزهای توقف خودرو در نمایندگی اعم از تعطیل و غیرتعطیل بدون در نظر گرفتن فرایندهای داخلی عرضه‌کننده خسارت پرداخت کند و چنان‌که ایراد برطرف نشد، در بار دوم از همان روز پذیرش خسارت پرداخت کند. استفاده از قطعات غیراستاندارد

^۱. حیدری، پیشین، ص ۶۳

^۲. تبصره ۱ ماده ۳ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶/۰۳/۳۰.

^۳. ماده ۴ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶/۰۳/۳۰.

یا تأییدنشده توسط عرضه‌کننده و نمایندگی‌های مجاز تعمیر ممنوع است.^۱ چنانچه انجام تعهدات عرضه‌کننده به دلیل حوادث غیرمترقبه (غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل رفع) ممکن باشد، این تعهدات به حالت تعلیق درمی‌آید و مدت تعلیق به دوره ضمانت افزوده می‌شود.^۲ ماده ۷ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مقرر می‌دارد: «هر نوع توافق مستقیم یا غیرمستقیم بین عرضه‌کننده، واسطه فروش یا مصرف‌کننده به موجب آن تمام یا بخشی از تعهداتی که عرضه‌کننده بر طبق این قانون و یا ضمانت نامه صادره بر عهده دارد ساقط نماید یا به‌عهده واسطه فروش یا هر عنوان دیگری گذارده شود، در برابر مصرف‌کننده باطل و بلااثر می‌باشد». اما هرگونه عیب و نقص و خسارات جانی و مالی وارده به مصرف‌کننده و اشخاص ثالث که به دلیل تعویض یا نصب قطعات و سیستم‌های جانبی یا دریافت خدمات خارج از شبکه رسمی و مجاز عرضه‌کننده توسط مصرف‌کننده طی دوران ضمانت ایجاد شود، از مشمول این قانون خارج است و هیچ‌گونه حقی برای مصرف‌کننده و اشخاص ثالث در برابر عرضه‌کننده ایجاد نمی‌کند.^۳

۳.۲. مرجع حل و فصل میان مصرف‌کنندگان و عرضه‌کننده خودرو در مدت ضمانت

تبصره ۲ ماده ۳ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو هیئت حل اختلافی متشکل از نماینده عرضه‌کننده خودرو، کارشناس رسمی دادگستری و کارشناس نیروی انتظامی به ریاست کارشناس رسمی دادگستری و بر مبنای اکثریت آرا پیش‌بینی کرده است که به اختلافات موجود میان عرضه‌کننده خودرو و مشتری رسیدگی کند. در صورت اعتراض هر یک از طرفین به رأی، خواسته در دادگاه صالحه قابل پیگیری خواهد بود. ماده ۳۳ آیین‌نامه قانون مزبور در راستای بسط حقوق مصرف‌کنندگان خودرو مقرر می‌دارد: «عرضه‌کنندگان خودرو باید رضایت مصرف‌کننده را از خدمات ارائه‌شده خود در دوران ضمانت و تعهد تأمین کند. چنانچه رضایت مصرف‌کننده تأمین نشود، وی بدو می‌تواند شکایت خود را در مورد خودروهای ساخت داخل به وزارت صنایع و معادن و در مورد خودروهای خارجی به وزارت بازرگانی تسلیم کند. شکایت مصرف‌کننده از سوی مرجع ذی‌ربط تا سی روز مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و در صورت حل و فصل نشدن موضوع هر یک از طرفین می‌توانند به هیئت حل اختلاف مربوطه مراجعه و مرجع حل اختلاف موظف است تا بیست روز از تاریخ دریافت شکایت به موضوع رسیدگی و نسبت به حل اختلاف اقدام کند».^۴

نتیجه‌گیری

خودرو کالایی است که باید حمایت‌های قانونی از مصرف‌کننده آن به عمل آید این حمایت در مدت ضمانت می‌تواند صورت گیرد. ضمانت از نظر ماهیت به عقد بیمه و جعاله قرابت دارد، اما خود عقد مستقلی است. این امر نتیجه عدم انطباق ضمانت با جعاله خاص و بیمه است؛ زیرا در عقد جعاله، لزومی به قید مدت نیست و در ضمانت عنصر زمان، ضروری است و جایز بودن عقد جعاله و امکان برهم زدن آن نیز موجب عدم انطباق با قرارداد ضمانت می‌شود. در مورد بیمه نیز، با این ایراد مواجه است که چنین تحلیلی فقط ضمانت تبدیل و تعویض کالا را دربر می‌گیرد و شامل ضمانت اصلاح کالا نمی‌شود و ضمانت شرایطی دارد که با بیمه منطبق نیست. تصویب قوانین خاص در حوزه حقوق مصرف‌کننده

^۱ تبصره ماده ۵ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو.

^۲ ماده ۶ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو.

^۳ ماده ۸ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو.

^۴ صفایی، حسین و هادی شعبانی، «مبنای مسئولیت مدنی تولیدکنندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، اسلام، امریکا و اتحادیه اروپا»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۲، شماره ۴، ۱۳۹۴، ص ۵۳.

با هدف برقراری نظام ویژه و حمایت بیشتر از کسانی است که به دلیل وضعیت حقوقی خاص، قانون، حمایت از آنها را ضروری دانسته است، درحالی که در زمینه قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو این حمایت به نحو مؤثری از مصرف کنندگان خودرو صورت نگرفته است و اگر حقوق مصرف کنندگان خودرو تابع قوانین عام، مانند قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان مصوب ۱۳۸۸ یا قانون مدنی باشد، وضعیت زیاد فرق نمی کند؛ هرچند قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو به روشنی تعهد عرضه کننده در طول مدت ضمانت دایر بر تأمین ایمنی و سلامت خودرو را تعهد به نتیجه دانسته است و او با اثبات بی تقصیری خود نمی تواند از زیر بار مسئولیت شانه خالی کند، با توجه به کوتاه بودن مدت ضمانت، این حمایت جزئی و ناچیز است. حتی قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو درصدد تحدید مسئولیت عرضه کنندگان خودرو برآمده و با درج شرایط بسیار سختگیرانه حق استرداد و تعویض مصرف کننده را منوط به تحقق شرایطی خاص کرده است. ضمانت سبب کاهش هزینه های دادرسی و نهایتاً افزایش کارایی اقتصادی می شود. با این توضیح که باوجود ضمانت قراردادی، در صورت بروز عیب در کالا و ایجاد خسارت، خریدار از اثبات تقصیر عرضه کننده معاف است و برای الزام تولیدکننده و عرضه کننده به جبران خسارت، زمان و هزینه کمتری لازم است. افزون بر این، نوع تضمینی که تولیدکننده عرضه می کند، از اموری است که می تواند از راه کاهش هزینه های دادرسی احتمالی و نارضایتی مصرف کنندگان که در قیمت نهایی محصول محاسبه می شود، قیمت تمام شده آن را کاهش دهد. تولیدکننده تضمینی را که موجب از دست دادن مصرف کنندگان شود، عرضه نمی کند. این بدان معناست که اگر مصرف کنندگان خطر تولید کالای معیوب یا بی کیفیت را صحیح ارزیابی کنند، تضمین فروخته شده توسط تولیدکننده، منجر به کاهش قیمت تمام شده محصولات خواهد شد و همچنین ضمانت در نظام اقتصادی این مزیت را دارد که تولیدکنندگان برای کاهش هزینه های ناشی از مسئولیت خود در قبال عیب خودرو، کیفیت کالای عرضه شده را افزایش می دهند و افزایش کیفیت موجب افزایش هزینه ها برای عرضه کننده خواهد شد؛ اما به مراتب در کاهش تعداد و شدت حوادث مؤثر است و نهایتاً منجر به افزایش کارایی اقتصادی می شود. لذا پیشنهاد می شود با توجه به فنی و تخصصی بودن عیب خودرو، قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو تعریف روشنی از عیب خودرو ارائه دهد یا معیارهای کلی در این زمینه مقرر دارد تا مصرف کننده به راحتی بتواند به آن استناد کند. همچنین مطابق ماده ۲ قانون، عرضه کننده مکلف به رعایت استانداردهای ابلاغی درمورد ایمنی، کیفیت و سلامت خودرو و مطابقت آن با ضمانت ارائه شده به مصرف کننده است. اما این ماده یا مواد دیگر به صراحت اعلام نکرده اند که چه مراجعی تکلیف دارند استانداردها را اعلام کنند که بهتر است این موارد بازبینی شوند.

منابع

کتاب

۱. رضائیان، علی، *مبانی سازمان و مدیریت*، تهران: سمت، ۱۳۸۶.

مقاله

۲. بادینی، حسن، «نقدی بر مبنا و قلمرو مسئولیت مدنی عرضه کنندگان کالا و خدمات در قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان مصوب ۱۳۸۸»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۱۵، شماره ۵۸، ۱۳۹۱، صص ۵۵۴-۵۱۱.
۳. بادینی، حسن، پناهی اصائلو، پانته آ، «نقدی بر قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶»، *نشریه پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۱، صص ۶۴-۳۹.

۴. حیدری، عباس، «تحلیل حقوقی از مسئولیت در قبال ارائه کالای معیوب و حمایت از مصرف‌کنندگان»، پژوهش و نگارش کتب دانشگاهی، شماره ۱۱، ۱۳۹۲، صص ۷۴-۵۱.
۵. دعاگویی، محمد، «شروط تحمیلی در قراردادهای صنعت خودرو»، مبنای فقهی حقوق اسلامی، دوره ۷، شماره ۱۴، ۱۳۹۳، صص ۸۹-۶۵.
۶. شهیکی تاش، محمد نبی و عماد کاظم‌زاده، «سنجش حاشیه سود در صنعت خودروسازی ایران (بر اساس رهیافت هال-راجر)»، مطالعات اقتصادی کاربردی ایران، دوره ۶، شماره ۲۱، ۱۳۹۶، صص ۱۸-۱.
۷. صفایی، حسین و هادی شعبانی، «مبنای مسئولیت مدنی تولیدکنندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، اسلام، آمریکا و اتحادیه اروپا»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۲، شماره ۴، ۱۳۹۴، صص ۶۶-۴۳.
۸. عبدی پورفرد، ابراهیم، «گارانتی و تضمین کیفیت کالا»، حقوق اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۳۶، ۱۳۹۲، صص ۹۶-۶۵.
۹. قاسمی حامد، عباس، شهرزاد حدادی و شیوا عبدالله‌زاده ثانی، «گارانتی از منظر تحلیل اقتصادی حقوق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۸۱، ۱۳۹۷، صص ۱۳۸-۱۱۵.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۸، شماره ۳، ۱۳۸۷، صص ۳۴۲-۳۲۷.
۱۱. لاری دشت بیاض، محمود، مهدی صالحی و علیرضا شفیع بیک محمدی، «تأثیر الزامات مالی ایران خودرو بر سودآوری قطعه‌سازان صنعت خودرو»، مجله اقتصاد پولی، مالی، دوره ۲۲، شماره ۹، ۱۳۹۴، صص ۲۴۹-۲۳۰.
۱۲. محمدی، پژمان و قادر شنیور، «بررسی ابعاد حقوقی گارانتی»، دو فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۱۰، شماره ۲، ۱۳۹۲، صص ۲۳۷-۲۱۱.

پایان‌نامه

۱۳. نادری، فرشته، «ماهیت گارانتی و آثار و احکام آن از منظر فقه و حقوق»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی، ۱۳۹۷.

References

Books

1. Bilschke, W. R. *Warranty Management and Product Mnuufacture*, London: Springer, 2006.
2. Reza'cian, Ali, *Foundations of Organization and Management*, Tehran: Samat, 2007. (in Persian)
3. Stone, Richard and James Devenney, *The Modern Law of Contract*, London: Cavendish publishing limited, 15th Edition, 2002.

Articles

4. Abdi Pourfard, "Guarantee & Assurance of Product Quality (Comparative Study of Present Patterns and Optimal Solutions)", *Islamic Law Quarterly*, Volume 10, Issue 36 2013, pp: 65-96. (in Persian)
5. Badini, Hasan, Panahi Osanloo, Pante'a, "A Critical Study of The Automobile Consumer Protection Act (2007)", *Journal of Private Law Research*, Volume 1, Issue 1, 2012, pp: 39-64. (in Persian)
6. Badini, Hassan, "Critique on the Basis and Scope of Civil Liability of Suppliers of Goods and Services in the Consumer Rights Protection Law Approved in 2009", *Legal Research Quarterly*, Volume 15, Issue 58, 2012, pp: 511-554. (in Persian)

7. Choi, B. and Ishii Jun. "Consumer Perception of Warranty as Signal of Quality: An Empirical study of Powertrain Warranties", *POSCO research Institute & Amherst college Department of Economics*, 2010, pp: 1-21.
8. Cooter, Robert. "Unity in Tort, Contract and Property: The Model of Precaution", *California Law Review*, Volume 73, Issue 1, 1985, pp: 1-51.
9. Do'agoui, Mohammad, "Imposed Conditions in Automotive Industry Contracts", *Jurisprudential Foundations of Islamic Law*, Volume 7, Issue 14, 2014, pp: 65-89. (in Persian)
10. Ghasemi Hamed, Abbas, Shahrzad Haddadi and Shiva Abdollah-Zadeh Sani, "Guarantee From Law and Economics Perspective", *Legal Research Quarterly*, Volume 21, Issue 81, 2018, pp: 115-138. (in Persian)
11. Heydari, Abbas, "Legal Analysis of Liability for Defective Goods and Consumer Protection", *Research and Writing of Academic Books*, Issue 11, 2013, pp: 51-74. (in Persian)
12. Jack, Nat and Frank Van Duyn Schouten, "Optimal Repair–Replace Strategies for a Warranted Product", *International Journal of Production Economics*, Volume 67, Issue 1, 2000, pp: 95-100.
13. Juscus, V. and Deimena Lekaviciene. "The Impact of Internationalization and Globalization on the Competitiveness of Companies", *Economics and Management*, 2007, pp: 746-753.
14. Katouzian, Nasser, "The Limits on Freedom of Contract Based on Consumer Protection", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 38, Issue 3, 2008, pp: 327-342. (in Persian)
15. Lari Dasht-e-Biaz, Mahmoud, Mehdi Salehi and Alireza Shafie' Beyk Mohammadi, "The Impact of Financial Requiriements Imposed by the IKCO on the Profitability of Automotive Component Manufacturers", *Journal of Monetary and Financial Economics*, Volume 22, Issue 9, 2015, pp: 230-249. (in Persian)
16. Mohammadi, Pejman and Ghader Shenivar, "Discriminating Guarantee and It's Legal Nature", *Private Law Bi-Quarterly*, Volume 10, Issue 2, 2013, pp: 211-237. (in Persian)
17. Priest, George L. "A Theory of Consumer Product Warranty", *Economic Analysis of the Law: Selected Reading*, 2004.
18. Safaei, Hossein and Hadi Sha'bani, "Comparative Study on the Civil Liability Foundation of Goods Producers and Services Providers in Iranian, Islamic, American and European Union Law", *Comparative Studies on Islamic and western Law*, Volume 2, Issue 4, 2015, pp: 43-66. (in Persian)
19. Shahiki Tash, Mohammad Nabi' and Emad Kazem-Zadeh, "The Evaluation of Profit Margin in Iran's Automotive Industry (Based on the Hall–Roeger Approach)", *Applied Economic Studies Iran*, Volume 6, Issue 21, 2017, pp: 1-18. (in Persian)

Thesis

20. Naderi, Fereshteh, "The Nature of Warranty and Its Effects and Rulings from the Perspective of Jurisprudence and Law", *Shahid Ashrafi Isfahani University*, 2018. (in Persian)

*This page is intentionally
left blank.*



Original Article

Constitutional Proceeding as the Missing Half of the Legislative Power in the Constitutional Legal System

Nader Asadi Ojagh¹, Mohammad Hasanvand²

ABSTRACT

The idea of constitutional proceedings, as an institution overseeing the observance of the principles and provisions of the constitution, entered the legal literature of the modern government in the constitutional period for the first time with the approval of the standard principle. But the design and identification of this mechanism (except for a legislative period) never led to the application of this control mechanism in the legal system of that period. This article seeks to answer the question, what are the structural and jurisdictional shortcomings of the constitutional judge in Iran's constitutional legal system? In the form of descriptive-analytical research, significant factors such as; "failure to formulate internal regulations for the institution of constitutional judge", "weak content of the standard principle", "Lack of assigning the authority to interpret the Constitution to the supervisory board", "Identifying the five-person board as members of the National Consultative Assembly", "failure to assign the competence to supervise the elections of the National Consultative Assembly", were identified as structural and competence shortcomings of this institution in the failure to realize and implement the system of control and supervision over the legislative process and the practical dismantling of that mechanism from the legislative arena of the constitutional system. However, the possibility of monitoring the law and the legislator in the contemporary legal history of Iran was considered up to the certainty of this achievement.

KeyWords: Standard Principle, Constitutional Judge, Constitutional Constitution, National Consultative Assembly, Supervisory Board.

How to Cite: Asadi Ojagh, Nader, Hasanvand, Mohammad, "Constitutional Proceeding as the Missing Half of the Legislative Power in the Constitutional Legal System", Legal Research, Vol. 28, No. 109, 2025, pp:271-286.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.229838.2390>

Received: 17/12/2022-Accepted: 28/05/2023

1. PhD Candidate, Faculty of Humanities, Islamic Azad university: North Tehran Branch, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: naderasadiojagh@gmail.com

2. PhD, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



دادرسی اساسی به مثابه نیمه گمشده قوه تقنین در نظام حقوقی مشروطه

نادر اسدی اوجاق^۱، محمد حسنونند^۲

چکیده

اندیشه دادرسی اساسی به مثابه نهاد ناظر بر رعایت اصول و مقررات قانون اساسی، برای نخستین بار با تصویب اصل طراز وارد ادبیات حقوقی دولت مدرن در دوره مشروطه شد. اما طراحی و شناسایی این سازوکار (به غیر از یک دوره تقنینیه)، هرگز منجر به کاربست این سازوکار کنترلی در نظام حقوقی آن دوره نشد. این نوشتار در پی پاسخ به این پرسش است که کاستی‌های ساختاری و صلاحیتی نهاد دادرسی اساسی در نظام حقوقی مشروطه ایران کدام‌اند؟ در قالب پژوهشی توصیفی-تحلیلی عوامل معتنابهی همچون؛ «عدم تدوین آیین‌نامه داخلی برای نهاد دادرسی اساسی»، «ضعف محتوایی اصل طراز»، «عدم اختصاص صلاحیت تفسیر قانون اساسی به هیئت نظار»، «شناسایی هیئت پنج تن به مثابه اعضای مجلس شورای ملی»، «عدم اختصاص صلاحیت نظارت بر انتخابات مجلس شورای ملی»، در زمره کاستی‌های ساختاری و صلاحیتی این نهاد در عدم تحقق و پیاده‌سازی نظام کنترل و نظارت بر فرایند تقنین و برجیده شدن عملی آن سازوکار از عرصه قانون‌گذاری نظام مشروطه شناخته شدند. اما باین حال، امکان نظارت‌پذیری قانون و قانون‌گذار در تاریخ حقوقی معاصر ایران، قدر متیقن این دستاورد محسوب شد.

کلید واژگان: اصل طراز، دادرسی اساسی، قانون اساسی مشروطه، مجلس شورای ملی، هیئت نظارت.

استناد به این مقاله: اسدی اوجاق، نادر، حسنونند، محمد، «دادرسی اساسی به مثابه نیمه گمشده قوه تقنین در نظام حقوقی مشروطه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۸، شماره ۱۰۹، فروردین ۱۴۰۴، صص: ۲۷۱-۲۸۶.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2023.229838.2390>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۰۷

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران شمال، تهران، ایران

/ایمیل نویسنده مسئول: naderasadioojagh@gmail.com

۲. دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

اندیشه «دادرسی اساسی»^۱ به مثابه نهاد ناظر بر رعایت اصول و مقررات قانون اساسی، برای نخستین بار با تصویب اصل دوم ذیل متمم قانون اساسی وارد ادبیات حقوقی دولت مدرن در دوره مشروطه شد. این سازوکار نوآیین در مفهوم عام آن، به نظارت بر نهادها، رویه‌ها و فرایندها در جهت صیانت از قانون اساسی اطلاق شده است.^۲ لذا آن را باید پاسخی به نگرانی‌ها و دغدغه‌های ناشی از تفکر رسویی مبنی بر تقدس و نظارت‌ناپذیری قانون و قانون‌گذار دانست.^۳ هرچند به باور برخی از پژوهشگران، کاربست هیئت نظارت در متمم قانون اساسی مشروطه را عاملی محدودکننده و نقض غرض در تبیین حقوق اساسی و حتی مغایر با حق بر قانون‌گذاری تلقی کرده‌اند.^۴ اما این حد از التفات مقام واضع به نظام نظارت در مهم‌ترین دوره تاریخ معاصر ایران (از حیث حقوقی)، افق‌های تازه‌ای را در تکمیل و تکامل نهاد دادرسی اساسی به روی نظام حقوقی ایران گشود. به‌طوری که علامه نائینی این هیئت منتخبه را هم‌زاد و متناظر با «اهل حل و عقد» در باورهای اهل تسنن مفروض داشته و مشروعیت قوانین در مجلس را توسط همین هیئت فقها قابل اثبات دانسته است.^۵ لذا چنین فهمی از این نهاد غامض در آن برهه زمانی را باید جلوه‌ای از اهتمام حداکثری به پاسداری از برتری آموزه شریعت به مثابه فرامین الهی تلقی کرد. بر همین اساس، برخی از حقوقدانان در مقام بیان اهمیت و جایگاه رفیع این نهاد نوپدید در نظام حقوقی ایران، از آن تحت عنوان «اصول قانون اساسی نوشته و نانوشته» یاد کرده‌اند.^۶

فارغ از ارتباط وثیق و ناگسستنی این نهاد نوپا با تئوری مشروطه مشروعه، که به جرئت می‌توان آن را نقطه عطفی در تحقق نظارت‌پذیری قانون به مثابه نماد و عصاره اراده عمومی تلقی کرد. اما باید اذعان داشت که کلیت این سازوکار از همان ابتدا با ابهامات، خلأها و کاستی‌های اندامی و کارویژه‌ای مواجه بوده که نقش‌آفرینی و استمرار حیات حقوقی این ساختار صیانتی را بیش از پیش آسیب‌پذیرتر و ناممکن کرده بود. به‌طوری که این سنجه نظارتی در سیر تطور قانون‌گذاری مشروطه به علت گسست‌های ساختاری و پاره‌ای دیگر از نارسایی‌ها، بیش از یک دوره از تقنینیه، نتوانست به‌عنوان کنشگری مؤثر، فرایند تقنین در نظام حقوقی ایران را سکان‌داری کند و بدین‌سان نمایندگان با غیبت هیئت نظارت همچنان فعال‌میشاء در سایه‌سار عرصه قانون‌گذاری تلقی شده و حتی کارویژه حائز اهمیت تفسیر کلیت قانون (قانون اساسی و عادی) نیز در شمار صلاحیت‌های مختصه آنان در مجلس شورای ملی محسوب شد.^۷

بنابراین، در ادامه تلاش خواهد شد در قالبی توصیفی-تحلیلی به این پرسش اساسی پاسخ داده شود که مهم‌ترین خلأها

۱. Constitutional Review

۲. پروین، خیراله، «جستارهایی بر اندیشه دادرسی اساسی در جهان»، دو فصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴، ص ۶۱.

۳. رسو معتقد بود که چون قانون از مجرای اراده عمومی معین می‌شود پس قانون نمی‌تواند اشتباه باشد و مقدس و نظارت‌ناپذیر است (گرچی، علی‌اکبر، **در تکاپوی حقوق اساسی**، تهران: جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۴، ص ۵۰۶).

۴. سلمانی‌زاده، محمد و محمد امین نژاد نجفیان، «مجلس شورای ملی و تلاش برای تبیین حقوق اساسی»، فصلنامه تاریخ اسلام و ایران، دوره ۲۲، شماره ۱۴، ۱۳۹۱، ص ۹۸.

۵. «اشتمال هیئت منتخبه بر عده‌ای از مجتهدین عدول و یا مأذون از قبل مجتهدی و تصحیح و تنفیذ و موافقتشان در آرای صادره برای مشروعیتش کافی است.» طالقانی، سید محمود و محمد حسین میرزای نائینی، **تنبيه الامه و تنزيه المله**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۵۸، ص ۱۵.

۶. سلطانی، سید ناصر، «اجرای اصل دوم متمم قانون اساسی در مجلس دوم مشروطه»، دو فصلنامه فقه حکومتی، دوره ۴، شماره ۸، ۱۳۹۸، ص ۶۲.

۷. اصل ۲۷ متمم قانون اساسی مشروطه - ... شرح و تفسیر قوانین از وظایف مختصه مجلس شورای ملی است.

و کاستی‌های ساختاری و صلاحیتی که منجر به ناکامی و غیبت دائمی نهاد دادرسی اساسی در نظارت بر فرایند قانون‌گذاری نظام مشروطه ایران شد کدام‌اند؟

فرضیه نویسندگان نوشتار حاضر این است که با وجود مترقیانه بودن مبانی فکری حاکم بر سازوکار هیئت نظارت، اما به خاطر نقایص غیرقابل اغمازی که بر فراز اصل طراز عارض بود و تسامح و تساهلی که در هنگام پیش‌بینی ترتیبات و تمهیدات ساختاری و صلاحیتی این سازوکار صورت گرفته بود، باعث شد که این تأسیس حقوقی به‌غیر از یک دوره تقنینیه، هرگز قادر به عرض اندام و کنشگری در حیطه قانون‌گذاری نظام مشروطه نشود.

در خصوص پیشینه این تحقیق، هرچند برخی از پژوهشگران در لابه‌لای آثار خود به موضوع نظارت بر قوانین در نظام حقوقی مشروطه اشاراتی داشته‌اند که به‌عنوان نمونه می‌توان به محمدحسین دانش‌کیا در مقاله «بررسی اجرای اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه»، سیدناصر سلطانی در تحقیق مربوط به «اجرای اصل دوم متمم قانون اساسی در مجلس دوم مشروطه» یا نصرت‌اله حاجی‌پور در اثر ارزشمند خود تحت عنوان «تطبیق قوانین با شرع در نظام قانون‌گذاری ایران» اشاره داشت. باوجود این، تاکنون تحقیقی به‌طور خاص پیرامون علل و عوامل ناکامی این نهاد از حیث نقیصه‌های ساختاری و صلاحیتی حاکم بر این نهاد پرداخته نشده است و از این نظر بررسی این موضوع بدیع است و به دلیل آثار و ثمراتی که در روشن‌گری قضیه و قیاس آن با دادرسی اساسی حال حاضر نظام حقوقی ایران دارد، ضروری است. در این نوشتار، ابتدا به مفهوم نهاد دادرسی اساسی پرداخته شده است (بند ۱) و سپس کاستی‌های ساختاری و صلاحیتی دادرسی اساسی نظام مشروطه بررسی و تحلیل می‌شوند (بند ۲).

۱. مفهوم دادرسی اساسی

دادرسی اساسی به تدابیر و ترتیباتی اطلاق شده است که اهمیت و درجه رفیع قانون اساسی را برای یک نظام مبتنی بر دموکراسی تضمین می‌کند و در عالی‌ترین صورت به پیاده‌سازی مفاد این دستورنامه و صیانت از حق‌ها و آزادی‌ها مبادرت می‌ورزد.^۱ همچنین این نهاد با اعمال صلاحیت کنترل و بازنگری، به روشن‌گری و تبیین مسیرهای صحیح و درست بر حکومت‌شوندگان و حکومت‌کنندگان می‌پردازد و به عبارتی به ایفای ضمنی نقش ارشادی مبادرت می‌ورزد.^۲ اما مفهوم اصطلاحی گزاره دادرسی اساسی را مترادف با نظام کنترل و نظارت بر قوانین عادی و انطباق آنها با اصول قانون اساسی برشمرده‌اند.^۳ بر همین اساس، برخی نیز آن را به منزله نهادی مفروض داشته‌اند که ارزش و منزلت قانون اساسی را به قصد اجرای محتوای آن، ترویج مردم‌سالاری و صیانت از هنجارهای اساسی در هرکشوری تضمین و برآورده می‌کند.^۴ پس این نظام نظارتی در بردارنده دو اصل اساسی «سلسله مراتبی میان قواعد حقوقی» و «برتری قانون اساسی» در کُنه و ذات خود است. از این‌روی، دادرسی اساسی به مفهوم مدرن امروزی به صلاحیت یک نهاد مجزا و مستقل در اعمال کنترل

۱. ناطقی، محمد و سید ابراهیم حسینی، «مبانی مشروعیت دادرسی اساسی»، دو فصلنامه اندیشه‌های حقوق عمومی، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص ۱۰۸.

۲. گرجی، علی اکبر، «شورای نگهبان به مثابه سوزن‌بان قانون اساسی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۸۲، ۱۳۹۷، ص ۱۷۵.

۳. عباسی، بیژن، «دادرسی اساسی یا نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی»، دو فصلنامه حقوق تطبیقی، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۸۳.

۴. جمعی از نویسندگان، دادرسی اساسی تطبیقی: مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۳، ص ۹.

بر قوانین به منظور جلوگیری از تعرضات احتمالی قوای عمومی از حدود و ثغور مقرر شده اطلاق شده است.^۱ مبتنی بر آنچه گفته شد، این تأسیس حقوقی، که مقارن با جنبش دستورگرایی^۲ (قانون اساسی خواهی) در ممالک مختلف جهان قد برافراشت، تداعی کننده چیدمان و هرم حقوقی «کلسن»^۳ در قرن بیستم و قرار گرفتن قانون اساسی به مثابه «ام القوانین» در رأس این هرم ترسیمی است تا بدین ترتیب، این سازوکار نوظهور سرآغازی برای قانون گرایی و آبشخور حاکمیت قانون در نظام های سیاسی مبدل شود.

لویی فاورو، دادرسی اساسی را به مثابه سوزن بانی دانسته است که کارویژه برجسته او ارائه رهنمودهای صحیح اعمال اصلاحات به قانون گذار است.^۴ می توان ادعا داشت که در پرتو مراقبت از اصول احصاشده در قانون اساسی از طریق سامانه دادرسی اساسی، احیای بنیان های منافع عمومی در جوامع بیش از پیش قوت می گیرد و از سوی دیگر حقوق و آزادی های بنیادین شهروندان تضمین می شود. علاوه بر آن، با دگردیسی در سعه و ضیق قلمرو مأموریتی دادرسان اساسی و با توسعه و توسیع صلاحیت های سپرده شده به آنان، این «دستورد»^۵ گران مایه به مثابه کنشگری فعال با مشارکت مستقیم و بلاواسطه در قدرت سیاسی کشورها در دوام و قوام حکومت نقش فعالانه ای را ایفا می کند.^۶ از سوی دیگر، این نهاد به لحاظ مفهومی در برخی از نظام های سیاسی همچون یک دادگاه قانون اساسی با اصفا^۷ و استماع تظلم خواهی شهروندان درباره تضییع حق ها و آزادی های بنیادین آنان پرداخته و در احیای حقوق عامه، تکمیل و تکامل و اساسی سازی ارزش های بنیادین نیز نقش بی بدیل خود را به معرض نمایش می گذارد. بنابراین امروزه نهاد دادرسی اساسی از ارکان اصلی و اثرگذار در لایه های حاکمیت سیاسی در کشورهایی به شمار می رود که لزوم وجود چنین سازوکاری را در ساختار سیاسی خود پذیرفته اند^۸ و می توان این نهاد را به مثابه مرجعی مستقل و غیروابسته به قوای عمومی، سنبل «تعادل و توازن قوا»^۹ در نظام های سیاسی مدرن و دموکراتیک محسوب کرد تا بدین سان، از فرادستی و هژمونی^{۱۰} یک قوه بر قوای دیگر ممانعت و امکان تصویب قوانین فاخر، اثرگذار و مترقی فراهم شود. لذا انگیزه تأسیس چنین نهادی در زمان مشروطه، که اعضای آن با مدلل کردن آرای خود بر استدلال های فقهی، مأمور به نگهداری از حریم شرع مقدس در عرصه قانون گذاری شده بودند، نقطه آغازی برای بنیان گذاری نهادی مستقل با کارویژه هایی مجزا و اعتباربخش بر مجلس شورای اسلامی^{۱۱} در عصر حاضر شدند.

۱. همان، ص ۶

۲. Movement Constitutionnl

۳. Hans Kelsen

۴. فاورو، لویی، *دادگاه های قانون اساسی (الگوی اروپایی دادرسی اساسی)*، ترجمه علی اکبر گرجی، تهران: جنگل، ویراست دوم، ۱۳۸۶، ص ۱۷۵.

۵. Achievement

۶. به عنوان نمونه یکی از فقهای شورای نگهبان در شرایط معین شده در ذیل اصل (۱۱۱) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه رئیس جمهور و رئیس قوه قضائیه همه وظایف رهبری را بر عهده می گیرد.

۷. استماع

۸. برخی از کشورهای اروپایی همچون بریتانیا، فنلاند، هلند و لوکزامبرگ هرگونه نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی را رد می کنند (عباسی، پیشین، ص ۸۹).

۹. Check and Balance

۱۰. سلطه و سلطه گری.

۱۱. مطابق اصل (۹۳) قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان، به غیر از تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوقدانان اعضای نهاد شورای نگهبان فاقد اعتبار قانونی است.

۲. کاستی‌های ساختاری و صلاحیتی نهاد دادرسی اساسی

با عطف توجه به اینکه مجلس اول به مثابه مجلس مؤسسان، اصل طراز را در زمره اصول تغییر ناپذیر در نظام حقوقی مشروطه ترسیم کرده بود (مطابق با بند آخر همین اصل)، اما نقیصه‌ها و ضعف‌های آشکار و پنهان موجود در آن، مانع از آن شد که مکانیزم پیش‌بینی شده در این اصل قانونی بتواند در دوره‌های مختلف تقنینیه در نظام مشروطه ایران ادامه حیات یابد و نقش‌آفرینی کند. لذا با نگاهی اجمالی به ماهیت و مأموریت سپرده شده به این هیئت نظارتی به نیکی می‌توان دریافت که نقیصه‌ها و نارسایی‌های قابل اعتنای ساختاری و صلاحیتی منجر به ناکامی و حذف عملی این سازوکار از ادبیات حقوقی نظام مشروطه شد. از جمله این کاستی‌ها می‌توان به «عدم تدوین آیین‌نامه داخلی برای نهاد دادرسی اساسی»، «ضعف محتوایی اصل طراز»، «عدم اختصاص صلاحیت تفسیر قانون اساسی به هیئت نظار»، «شناسایی هیئت پنج تن به مثابه اعضای مجلس شورای ملی»، «عدم اختصاص صلاحیت نظارت بر انتخابات مجلس شورای ملی بر این نهاد» اشاره کرد. در ادامه تلاش خواهد شد که هریک از این کاستی‌ها به‌طور مبسوط تحلیل و بررسی شوند.

۲.۱. عدم تدوین آیین‌نامه داخلی برای هیئت نظارت

در قوانین موضوعه ما تعریفی از آیین‌نامه داخلی به عمل نیامده است. باین‌حال، در اصل (۱۳۸) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، از آیین‌نامه به همراه تصویب‌نامه به منظور انجام وظایف اداری، تأمین اجرای قانون و تنظیم سازمان‌های اداری یاد شده است. علاوه بر آن، برخی از حقوقدانان نیز آیین‌نامه داخلی را تبیین‌کننده ساختار و صلاحیت‌های یک نهاد معین تلقی کرده‌اند.^۱

بی‌تردید، پدیدآورندگان هر ساختار سازمانی برای تحقق اهداف از پیش ترسیم‌شده، نیازمند به استقرا و پرداختن به جزئی‌ترین مسائل مرتبط با آن تشکیلات خواهند بود. بر همین اساس، انجام امور در جوامع سیاسی معاصر صرفاً در سایه نظم و قاعده‌ای از پیش تعیین شده امکان‌پذیر می‌گردد. فلذا عملی کردن این خواسته، مستلزم تهیه و تدوین آیین‌نامه یا نظام‌نامه‌ای متناسب با آن ساختار است تا در مسیر حرکت رو به جلو با معضل و مانعی مواجه نشود؛ در غیر این صورت، رسالت محول شده به آن نهاد ابتر مانده، اهداف و افق‌های ترسیمی دست‌نیافتنی و بنیان‌های آن سازمان متزلزل و فروپاشی آن محتوم خواهد بود.

باوجود اینکه رسالت خطیر پاسداری از شرع مقدس به نهاد دادرسی اساسی مشروطه محول شده بود، قانون‌گذار به جزئیات اجرایی آن در قوانین عادی هیچ‌گونه التفاتی نکرده بود. بر همین اساس، جای خالی نظام‌نامه یا آیین‌نامه اجرایی این سازوکار، که فرایند پیاده‌سازی الزامات قانونی را شفاف‌سازی کند، کاملاً مشهود و هویدا است. البته این خلأ آیین‌نامه‌ای بیش از همه مخالفت‌ها و مقاومت‌های برخی نمایندگان مشروطه‌خواه با مدلول اصل طراز و بی‌رغبتی آنان به مداخلات هیئت مجتهدین در فرایند قانون‌گذاری را بر اذهان متبادر می‌سازد.

هرچند قانون‌گذار عادی برای تسهیل اجرای قانون، مأموریت تدوین آیین‌نامه اجرایی را به دولت محول می‌کند، نظر به مفهوم قاعده حقوقی «اذن در شیء، اذن در لوازم آن نیز هست»، هیچ نوشته و سندی که دال بر اختصاص تشکیلات ساختاری و آیین‌نامه‌ای برای اعمال رسالت محوله به «هیئت مجتهدین خمس» باشد موجود نیست و صرفاً بر حضور

۱. عباسی، بیژن، *مبانی حقوق اساسی*، تهران: جنگل، ۱۳۹۳، ص ۱۴؛ به نقل از: نیکو نهاد، حامد و شبنم اورنگی، «سنجش آیین‌نامه نویسی شورای نگهبان؛ مبانی، قلمرو و نظارت‌پذیری»، *فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۱۹.

هیئت پنج‌نفره در مجلس شورای ملی به‌مثابه عضوی از اعضای این مجلس و اعمال نظر در موارد مقرر در اصل دوم متمم قانون اساسی بسنده شده بوده است. بر همین مبنا، حتی در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی (مصوب ۱۳۲۷ ه.ش) نیز از این موضوع اساسی اسمی به میان نیامده بود. بنابراین این حد از بی‌تفاوتی قانون‌گذار عادی به ابزار نظارتی هیئت نظار، خود دلیلی آشکار بر مواضع منفی قاطبه نمایندگان با اساس تشکیل چنین نهادی است.

به‌عنوان نمونه، در عصر حاضر، رد پای ارجاع اصول قانونی مربوط به دادرسی اساسی به قوانین عادی را در ماده (۱)^۱ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان می‌توان جست‌وجو کرد. بر همین اساس، با وجود سکوت قانون اساسی در زمینه صلاحیت شورای نگهبان در تدوین آیین داخلی، نهاد مزبور در مورخ ۱۳۷۹/۴/۲۲ مبادرت به تنظیم و تصویب آیین‌نامه خود کرد.^۲ علاوه بر آن، در اصل (۶۳) قانون اساسی جمهوری پنجم کشور فرانسه نیز ترتیبات مربوط به نحوه اداره، شیوه رسیدگی و مهلت اعتراض در شورای قانون اساسی به قانون خاص ارجاع شده است.

مبتنی بر آنچه گفته شد، می‌توان دریافت که یکی از دلایل اساسی عدم تنظیم و تنسيق آیین‌نامه داخلی برای دادرسی اساسی را باید در عدم اراده واقعی مجلس مبعوثان در ارجاع نحوه تعیین جزئیات اجرایی شدن این اصل حیاتی به قانون‌گذار عادی بوده است؛ چراکه هر سازمان و تشکیلاتی برای رتق و فتق امور سازمانی خود نیاز مبرم به داشتن آیین‌نامه داخلی دارد. نهایتاً و با نظر به موضع سکوتی که نظام‌نامه داخلی مجلس شورای ملی نسبت به اصل محوری طراز اختیار کرده بوده و هیچ‌گونه حکمی در این خصوص نداشت، لذا پیدایش اختلال در اعمال هیئت پنج تن و در حاشیه قرار گرفتن این نهاد اساسی از این حیث را باید امری طبیعی دانست و همین کاستی‌ها و غفلت‌های غیرقابل اغماض مقنن اساسی و عادی در بی‌تفاوتی نسبت به شناسایی ابزارهای قانونی را مؤثر در بی‌کفایتی این اهرم کنترلی در دوره‌های بعدی تقنینیه (از دوره سوم به بعد) در نظام مشروطه دانست.

۲.۲. ضعف محتوایی اصل طراز

در آثار برخی از نویسندگان قانون در زمره مفاهیم سهل و ممتنع و منشأ ابهام و ایهام محسوب شده است.^۳ لذا عام و کلی بودن این دانش‌واژه در مفهوم ماهوی‌اش به‌عنوان یکی از ویژگی‌ها و اوصاف ذاتی این گزاره تلقی شده است.^۴ که می‌تواند بر میزان ابهامات آن بیفزاید. از سوی دیگر، پاره‌ای از ابهامات نیز در عبارات قانونی منبعث از واژگان خاص بوده یا به نحوه چینش آنان ارتباط پیدا می‌کند.^۵ اما به‌هرروی، اصولاً قوانین به‌منظور اجرا به تصویب مراجع ذی‌صلاح می‌رسند و صرفاً آن دسته از الزاماتی در مسیر اجرا قرار می‌گیرند که واجد اوصافی همچون «قانون خوب» و «قانون باکیفیت» را در خود به‌همراه داشته باشند.^۶ چراکه قانون پیچیده و مبهم در زمره نرم‌های حقوقی بی‌کیفیت تلقی شده‌اند و از حیث

۱. ماده ۱- وظایف و اختیاراتی که به‌موجب اصل ۹۱ الی ۹۹ و دیگر اصول قانون اساسی و سایر قوانین بر عهده شورای نگهبان قرار دارد، به ترتیب مذکور در این آیین‌نامه اجرا می‌شود.

۲. نیکونهاد و اورنگی، پیشین، ص ۱۹.

۳. فیرجی، داود، **دولت مدرن و بحران قانون**، تهران: نشر نی، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۲۳۱.

۴. راسخ، محمد، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، دوره ۱۳، شماره ۵۱، ۱۳۸۵، صص ۲۰-۱۸.

۵. Schane, Sanford, "ambiguity and misunderstanding in the law", *Thomas Jefferson Law Review*, Volume 26, Issue 1, 2002.

۶. وکیلان، حسن و احمد مرکزالمیری، «مقدمه‌ای بر فلسفه قانون‌گذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۸، شماره ۵۱، ۱۳۹۵، ص ۴۹.

اجرا برای مخاطبان خود مشکل‌آفرین بوده‌اند.^۱ پس در پاره‌ای موارد همین ضعف و نقصان در محتوای قوانین عاملی اثرگذار در متروک و معطل ماندن همین الزامات تلقی شده است.^۲

اما تأمل و تتبع در مفاد اصل طراز و تبارشناسی مسیر نشان از وجود ابهامات گسترده‌ای در چیدمان ساختاری و صلاحیتی در این تأسیس حقوقی است. به‌عنوان نمونه تنظیم و تنسیق شدن بدون قید و شرط مفاد اصل ابدی را از جمله ابهامات برجسته و غیرقابل اغماض این سازوکار اساسی باید محسوب کرد. در همین خصوص به عدم اهتمام مقنن اساسی به ایضاح و شفاف‌سازی وضع تابعیتی مراجع تقلید در مقام انتخاب‌کنندگان تعداد بیست نفر از علما و هیئت پنج تن در جایگاه انتخاب‌شوندگان را گونه‌ای از این ابهامات می‌توان به‌شمار آورد. این مسئله از آن نظر حائز اهمیت است که قانون‌گذار اساسی در اصل (۴۵) قانون اساسی مشروطه تصریح و تأکید کرده بود که اعضای مجلس از اشخاص مملکت انتخاب می‌شوند. بنابراین، با نظر به اینکه هیئت پنج تن پس از گزینش در زمره اعضای مجلس قرار می‌گرفتند، دارا بودن تابعیت خارجی هرکدام از ایشان متعارض با این اصل قانونی مورد اشاره محسوب می‌شد.^۳ اما ابهام قابل تأمل دیگر مربوط به مبدأ و نقطه شروع زمان عملیاتی کردن مفاد اصل دوم همین قانون بود. هرچند طبق اسناد موجود (سند شماره ۰۰۷۵۷-۳۴-۱۶-۲۳-۰۵۳۰-۳۲ مرکز اسناد و کتابخانه مجلس)، در بادی امر یکی از نمایندگان مجلس شورای ملی طی مکتوبی از مراجع تقلید درخواست اجرای اصل دوم را کرده بود، یا در مجلس دوم این درخواست از جانب اصناف صورت پذیرفته بود؛^۴ لذا در اصل مزبور قانون‌گذار در خصوص کیفیت آغازین اجرایی شدن مدلول و منطوق اصل طراز دچار تسامح و تساهلی آشکار شده بود که مضاف بر عوامل جانبی، این‌دست از اشکالات ساختاری نیز بر شمار موانع اجرایی مزید شده بود.

همچنین، از جمله صور دیگر مربوط به عدم صراحت و شفافیت در مفاد اصل مزبور شیوه نوشتاری آن اصل قانونی است که با اصول قانون‌نویسی چندان تناسبی نداشته است. بر همین اساس، این اصل برخلاف اصول دیگر که با اقتباس از ممالک دیگر به‌طور متعارف تنظیم و تنسیق شده بودند، بسیار نامناسب و با متن و محتوای طولانی و نامتوازن ترتیب یافته بود؛ به‌طوری‌که چیش منطوق و مفاد این تمهید قانونی در قالب عباراتی کوتاه و منجز نیز ممکن و میسر بوده است.^۵ لذا با اینکه در اندیشه سیاسی برخی از علمای اثرگذار بر نظام مشروطه، مشروعیت دخالت نمایندگان در سیاست مستلزم اذن فقها در قالب تشکیل هیئت علما و نظارت آنان بر جریان قانون‌گذاری بود،^۶ باین‌حال، عده‌ای با استناد بر متمم قانون اساسی (اصل ۲۷) و با استدلال بر این مفهوم که نگهبانی و پاسداری از شرع مقدس را باید در مسیر مشارکت عامه علما جست‌وجو کرد،^۷ با غیرمفید جلوه دادن هیئت نظارت، آشکارا به مخالفت با تشکیل چنین تأسیس حقوقی برآمدند، ارزش و اعتبار این اصل بنیادین را تضعیف کردند و با اجرایی نشدن آن بر کیفیت محتوایی این اصل قانونی اثر منفی برجای گذاشتند.

۱. عبدالله‌زاده، آزاده، «مبانی نظری بحث پیرامون مسئله کیفیت قانون: چیستی و چرایی قانون»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۱، شماره ۶۳، ۱۳۹۸، ص ۳۰۱.

۲. ابریشمی‌راد، محمد امین و نادر اسدی اوجاق، «مهم‌ترین علل قابل اجرا نبودن قوانین در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، دوره ۱۱، شماره ۳۵، ۱۴۰۱، ص ۱۳۱.

۳. اصل ۴۵- اعضای این مجلس از اشخاص خبیر و بصیر و متدین محترم مملکت منتخب می‌شوند...

۴. «چون در قانون اساسی مصرح است که هیئت پنج نفر از علمای اعلام را ... در مجلس منتخب نموده به عضویت قبول نمایند لهذا ما مسلمانان از» مجلس انتخاب آن.

۵. حاجی‌پور، نصرت‌الله، **تطبیق قوانین با شرع در نظام قانون‌گذاری**، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۱۶۰.

۶. میرزای نائینی، محمد حسین، **رساله «تنبيه‌الامة و تنزیه‌الملله»**، ۱۳۳۴، صص ۹۰، ۸۸، ۷۹، ۴۸، ۱۵.

۷. کسروی، احمد، **تاریخ مشروطه ایران**، تهران: امیر کبیر، چاپ شانزدهم، ۱۳۶۳، صص ۳۷۱ - ۳۷۰.

۲.۳. عدم اختصاص صلاحیت تفسیر قانون اساسی به هیئت نظار

آموزه تفسیر را در ترادف با توضیح دادن و تشریح کردن دانسته‌اند؛ اما در مفهوم اصطلاحی، تفسیر قانون به کشف مراد مقنن اطلاق شده است.^۱ همچنین تفسیر قانون به مثابه فرایندی تلقی شده که به قانون ارزش و اعتبار بخشیده و از مغالطات و معضلات مربوط به قرائت‌ها و خوانش‌های ناصحیح ممانعت می‌کند.^۲ به عبارت آخری، تأسیس تفسیر (هرمنوتیک)^۳ بر گونه‌ای از فهم مقصود پدیدآورنده یک متن یا پرده‌برداری از مفهوم یک مرقوم^۴ بدون در نظر گرفتن قصد و غرض نویسنده اطلاق شده است.^۵

بر همین اساس و به باور عده‌ای از حقوقدانان، فلسفه اجتناب از پذیرش نهادی کنشگر در مقام دادرس اساسی و عدم اراده واقعی در شناسایی کارویژه‌هایی اختصاصی همچون صلاحیت تفسیر اصول قانون اساسی برای این نهاد دادرس اساسی در نظام مشروطه ایران در راستای نگرانی از به مخاطره قرار گرفتن حق‌ها و آزادی‌های بنیادین حکومت‌شوندگان دانسته شده است و با ابتنای بر همین طرز تلقی محافظه‌کارانه، همواره بر آن به دیده تردید نگریسته‌اند.^۶

اما همان‌گونه که پیداست، متکثر و متفاوت بودن نیازهای افراد و تغییرپذیری آنها در ازمنه و امکان همواره مانع از آن شده که با اکتفای بر الزامات و متون قانونی صرف، نیازهای متغیر و معتنا به اشخاص و افراد برطرف شود. لذا با نگرش بر ادبیات حقوقی به کاررفته در بند آخر ذیل اصل (۲۷) متمم قانون اساسی مشروطه، می‌توان به دغدغه‌های تدوین‌کنندگان قانون اساسی مشروطه نسبت به این موضوع کلیدی پی برد. بر همین اساس، برخی از نمایندگان روشنفکر با اتکای بر همین مقررۀ قانونی، کارویژه تفسیر و تبیین را از صلاحیت‌های ذاتی عموم نمایندگان می‌پنداشتند. لذا افرادی همچون حسن تقی‌زاده با مستمسک قرار دادن همین الزام قانونی به مخالفت با شناسایی اصل طراز در متمم قانون اساسی می‌پرداخت و بیان می‌داشت: «با بودن چنین بندی نیازی به آن «اصل» نیست. و تأکید می‌کرد: نگهبانی قانون‌ها را همگی علما باید بکنند و شما با این «اصل»، آنها را تنها به چندین تن وا می‌گذارید.»^۷ بدین ترتیب این گروه با کاربست انواع لطایف‌الحیل به مخالفت و تعرض بر این الزام پرداخته و از تحدید، تضییق تفسیر، تشریح و واگذاری این ابزار کنترلی به تعداد خیلی از علما را آیینی مترقیانه و تصمیمی عقلایی تلقی نمی‌کردند.

فارغ از اینکه تدوین‌کنندگان قانون اساسی مشروطه، بر چه مبنا و ادله‌ای، هرگز حاضر به واگذاری کارویژه کلیدی تفسیر اصول قانون اساسی به هیئت پنج تن به مثابه دادرسی اساسی نشده‌اند، از فضای سیاسی حاکم بر مجلس مبعوثان قانون اساسی مشروطه و انتقادات مستمر نمایندگان اپوزیسیون^۸ به وجود هیئت نظار در مجلس شورای ملی به آسانی می‌توان این استنباط را داشت که آنان درهرحال موافق با توسیع دامنه صلاحیت‌های این هیئت نبوده‌اند و همواره مترصد افزایش اختیارات و اقتدارات این اعضا در مجلس شورای ملی بودند. لذا، این شیوه از طرز تلقی نمایندگان از فحوای مجادلات و

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ هفدهم، ۱۳۸۶، صص ۱۷۱-۱۷۰.

۲. موسی‌زاده، ابراهیم و مصطفی منصوریان، «رویکرد منشأگرایی در تفسیر قانون اساسی»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره ۳، شماره ۸، ۱۳۹۳، ص ۲.

۳. Hermeneutics

۴. مرقوم به معنای گفتار و بیان کردن است.

۵. بیات، محمدحسین، «هرمنوتیک و تأویل آیات قرآن کریم»، *دوفصلنامه سراج منیر*، دوره ۳، شماره ۷، ۱۳۹۱، ص ۲۸.

۶. کذدایی، عباسعلی و محمد بهادری جهرمی، «ضرورت تفسیر قانون اساسی در پرتو ویژگی‌های این قانون»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۸، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۴.

۷. کسروی، پیشین، ص ۲۷۰.

۸. Opposithon

مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی کاملاً مبرهن و آشکار بوده و همواره از قائل شدن صلاحیتی بیش از صلاحیت‌های وکلای مجلس به هیئت نظار احتراز می‌جستند.^۱ بنابراین چنین رویکردی از نمایندگان آن عصر را در این زمینه باید اقدامی کاملاً آگاهانه، قاصدانه و در مقام بیان تلقی کرد. از سوی دیگر رُعب و وحشت ناشی از احتمال سوءاستفاده از ابزار تفسیر قانون را نیز باید توجیه دیگری در امتناع تدوین‌کنندگان قانون اساسی به سپردن این صلاحیت حائز اهمیت به هیئت موصوف محسوب کرد.

اما تجربه تلخ در حاشیه قرار گرفتن کارویژه «دیدبانی علما بر قوانین»، که متعاقب دوره تقنینی کوتاه (دوره دوم مجلس شورای ملی) برای همیشه به بوتۀ فراموشی سپرده شد، منجر به تجلی شورای نگهبان به‌مثابه نهادی مقتدر در طراز نظام سیاسی حال حاضر ایران شد. بر همین اساس، مقنن اساسی در اصل (۷۳)^۲ همین قانون، ضمن واگذاری تفسیر قوانین عادی به نمایندگان مجلس، در راستای جلوگیری از تکرار مجدد خلأها و کاستی‌های موجود در نهاد سلف شورای نگهبان، ضمانت اثرگذار اختیار تفسیر قانون اساسی را به موجب اصل (۹۸)^۳ این قانونی به شورای مزبور واگذار کرد تا بدین ترتیب به‌عنوان نهادی انحصاری در بیان مراد مقنن اساسی تلقی شود و بر همین مبنا، باید از این صلاحیت شورا به‌عنوان مهم‌ترین کارویژه نهاد موصوف یاد کرد. لذا این نهاد با عهده‌دار شدن کارویژه مضاعف تفسیر قانون اساسی، مسئولیت خطیری را در احتراز از انحرافات احتمالی به هنگام اعمال این صلاحیت پذیرا شده است. پس با این توضیحات، نهاد مذکور که تکمیل و تکامل یافته سازوکار اصل طراز در نظام مشروطه است، پاسداشت از مأموریت خطیر الزامات قانونی را وجهه همت خود قرار داد تا بدین ترتیب نقش ترجمان واقعی، قصدگرایانه و ایضاح مراد مقنن (شارع مقدس) را به نحو شایسته‌ای ایفا کند.

۲.۴. شناسایی هیئت پنج تن به‌مثابه اعضای مجلس شورای ملی

برخلاف قوه مجریه که اصل سلسله مراتبی اداری (به‌عنوان یکی از شاخصه‌های نظارت درون سازمانی) بر آن حکمفرما است،^۴ نمایندگان مجلس در عرض همدیگر قرار داشته و روابط سازمانی طولی بر ایشان حاکم نیست. باوجود این، به‌علت اثرگذاری قابل ملاحظه نمایندگان مجلس در عرصه سیاسی و فراهم بودن زمینه انحراف و اشتباه آنان از قبل بر خوردارى ایشان از قدرت سیاسی، لذا نظارت و کنترل بر اعمال و رفتار تقنینی نمایندگان توسط مرجعی بی‌طرف و مستقل امری اجتناب‌ناپذیر است.^۵ اما برخلاف ضرورت یادشده، تدوین‌کنندگان متمم قانونی اساسی مشروطه به‌صراحت اصل دوم این قانون، علمای طراز اول در مجلس شورای ملی را به‌منزله اعضای همسان و هم‌رده با سایر نمایندگان مجلس تلقی کرده بودند. لذا هیئت نظار بدون اینکه به‌عنوان رکنی مستقل و هم‌دوش با مجلس شورای ملی تلقی شوند، بدون ضمانت اجرایی مؤثر بر رفتار تقنینی نمایندگان، در آن دوره هرچند کوتاه، نظارت پیشینی بر فرایند قانون‌گذاری را به عمل

^۱ مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی، جلسه ۱۳۰۳/۸/۱۰.

^۲ اصل ۷۳- شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق از قوانین می‌کنند نیست.

^۳ اصل ۹۸- تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه‌چهارم آنان انجام می‌شود.

^۴ امامی، محمد و فرشته دهقان، «نظارت درونی سلسله مراتب بر دستگاه‌های اداری در نظام حقوقی ایران»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۵، شماره ۱، ۱۳۹۲، ص ۲.

^۵ مصباح نسب، سید روح‌الله و ابراهیم موسی‌زاده، «چرائی نظارت مستمر بر نمایندگان مجلس شورای اسلامی»، *فصلنامه قانون‌یار*، دوره ۳، شماره ۳، ۱۳۹۶، ص ۲۲۲.

می‌آوردند. تا آنجا که هم‌زمان با آغاز فعالیت مجلس، جدال پیرامون جدایی و انفکاک فی‌مابین «حقوق» و «مذهب» مانع از آن شد که علمای طراز اول بتوانند نقش نظارتی خود را بر اعمال تقنینی نمایندگان ایفا کنند؛ لذا برخی از حقوقدانان همین شاخصه را در زمره ادله متروک و معطل ماندن اصل ابدی طراز محسوب کرده‌اند.^۱ در همین ارتباط، برخی از نمایندگان روشنفکر همچون حسن تقی‌زاده به‌منظور استخلاص از عواقب اصل دوم متمم قانون اساسی و فروکاستن از ابهت هیئت مجتهدین و تنزل دادن ارزش نظارتی این عده به حد نمایندگی مجلس، اظهار می‌داشت: «فصلی (اصل ۲۷)، در اینجا نوشته شده است که مستغنی از آن است که قوانین موضوعه مجلس وقتی عنوان قانونیت پیدا کند که به تصویب مجلس ملی و سنا و به صحنه همایونی موشح شده و ... زیرا که این مسئله حق تمام علمای اسلام است و ما آن را منحصر در چند نفر می‌نماییم و حال آنکه اگر با امضای این چند نفر حکمی شکل قانونی پیدا کند و بعد از آن شهرت علمای دیگر بر خلاف آن قائم شود، باز از قانون بودن خارج خواهد بود. پس خوب است این امر را همان نحو به خود باقی بگذارید، همین که از علما حکمی بر خلاف آن صادر نشد، کافی است.»^۲ همان‌گونه که پیداست، جمعی از نمایندگان به طُرُق مختلف و به‌نحو آشکار مواضع مغرضانه خود را با آموزه مشروطه مشروعه اعلام می‌داشتند و از هیچ تلاشی در ممانعت از تحقق بنیان‌های دادرسی اساسی با این سبک و سیاق دریغ نمی‌کردند و در این طریق تا آن اندازه جری شدند که حتی مبتکر و ثورسین این اندیشه را طی یک دادگاه فرمایشی از سر راه خود برداشتند. تا بدین ترتیب از عملی نشدن نظام سنجش و کنترل شرعی مصوبات مجلس اطمینان حاصل شود. لذا، هرچند تلاش‌های آنان به ملغی‌الاثَر شدن اصل طراز منجر نشد، این گزاره تا پایان سلطنت پهلوی دوم متروک و بلاجرا باقی ماند. اما در مقام قیاس اعضای هیئت نظار با منصوبان (فقها) و منتخبان (حقوقدانان) شورای نگهبان به مثابه نهاد تکامل‌یافته اصل طراز در نظام جمهوری اسلامی ایران می‌توان ادعا داشت که اعضای این شورا با برخورداری از سازوکارهای قانونی و ضمانت‌های اجرایی مؤثر به‌عنوان نهادی کنشگر در نظام سیاسی کشور نمود یافته است. مبتنی بر این مطلب، قانون‌گذار اساسی مطابق اصل (۹۳) قانون اساسی جمهوری اسلامی، مجلس را بدون وجود شورای نگهبان فاقد اعتبار قانونی محسوب کرده است. لذا همین اعتباربخشی قانونی به شورا، منجر به قوت یافتن بنیان‌های ضمانت اجرایی این نهاد شده و بیش از پیش بر ارزش و اهمیت این تأسیس بنیادی افزوده است و می‌توان مدعی شد که این گزاره قانونی موجب توفیق و برتری بلامنازع این ساختار حاکمیتی به‌مثابه رکن ثانوی نهاد تقنین در نظام تک‌مجلسی ما شده است. این در حالی است که قانون‌گذار اساسی مشروطه با غفلت از این موضوع تعیین‌کننده موجب تضعیف و استحقار این سازوکار در نظام مشروطه شده بود و بر همین اساس، نظام کنترل و ارزیابی قانون در عصر مشروطه به‌جز یک دوره کوتاه قانون‌گذاری در حد تحریر و ترقیم در متن متمم قانون اساسی کارایی دیگری به همراه نداشت.

۲.۵. عدم اختصاص صلاحیت نظارت بر انتخابات مجلس شورای ملی

در حکومت‌های دموکراتیک مبتنی بر نمایندگی، اگر شاخصه انتخابات از بنیان‌های اصلی آنها محسوب می‌شود، در مقابل، بحث نظارت بر فرایند انتخابات را نیز در زمره مقوله‌های کلیدی در این حیطه مفروض داشته‌اند.^۳ مضاف بر آن، به اعتقاد

۱. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۲، ص ۴۲۶.

۲. ترکمان، محمد، *نظارت مجتهدین طراز اول: سیر تطور اصل دوم متمم قانون اساسی در دوره اول تقنینیه*، در: مجموعه مقالات تاریخ معاصر ایران، کتاب اول، تهران: مؤسسه پژوهش و مطالعات فرهنگی، چاپ اول، ۱۳۶۸، صص ۲۹-۳۰.

۳. یآوری، اسدالله، «بررسی صلاحیت نامزدهای انتخابات توسط شورای نگهبان: تأملی دیگر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۰، شماره ۸۰، ۱۳۹۶، ص ۲۱۴.

برخی دیگر از حقوقدانان، انطباق مؤلفه انتخابات با قانون اساسی از ضروریات جوامع امروزی محسوب می‌شود و نهاد ناظر بر فرایند دادرسی انتخاباتی را منشعب از دادرسی اساسی دانسته‌اند.^۱ از آنجا که مصداق بارز «مشارکت به مثابه حق حق‌ها» در ضمن انتخابات تبلور می‌یابد، نتیجتاً راهبری این کارویژه حائز اهمیت نیز باید به نهادی سپرده شود که از قوه تصمیم‌گیری، اقتدارات و اختیارات مکفی نیز برخوردار بوده و علاوه بر آن، اجرای مقدمات و تمهیدات پیش‌بینی شده در این حوزه، که توسط این نهاد به کار گرفته می‌شود، از ضمانت اجرایی کافی برخوردار باشد. مبتنی بر مطالب مزبور و با کاوشی مدقانه بر نظام انتخاباتی آن دوره، می‌توان دریافت که تدوین‌کنندگان قانون اساسی مشروطه و متمم آن با رویکردی تسامح‌گرایانه به برخورد با این موضوع پرداخته‌اند. به طوری که قانون‌گذار اساسی آن دوره هیچ‌گونه اهمیتی در ترسیم الزامات قانونی در حوزه انتخابات نداشته و حتی در ارجاع تشریح سازوکارهای این ابزار به قوانین عادی نیز غفلت کرده است. لذا مسکوت ماندن موضوعات مهمی همچون کیفیت نظارت انتخابات و همه‌پرسی از جمله موارد قابل تأملی است که ابهام و بلاتکلیفی در این قضایا را نسبت به مجریان این کارویژه دوچندان کرده است. همان‌گونه که پیداست، قانون‌گذار اساسی در اصل (۹۹) قانون اساسی، نظارت شورای نگهبان بر انواع انتخابات را به طور مبرهن اشاره کرده و مورد تصریح قرار داده و کوشیده است که ابهامات و نقاط ضعف مورد بحث در اصل ابدی، مجدداً در ذیل قانون اساسی ما تکرار نشود. بر همین اساس، مغفول ماندن نقش هیئت نظارت در قانون انتخابات مجلس شورای ملی - مصوب ۱۲۹۰ - به عنوان نقیصه‌ای غیرقابل اغماض، بر ابعاد مختلف نهاد دادرسی اساسی در نظام مشروطه سایه انداخته و در ماده (۸)^۲ قانون مزبور به جای دادرسی اساسی نهادی تحت عنوان «انجمن نظارت» متصدی اجرا و مسئول ممیزی صحت انتخابات تعیین شده بود.

اما با دقت نظر بر مفاد قانون اخیرالذکر، می‌توان دریافت که در این الزام قانونی نه تنها هیئت نظار، بلکه نمایندگان مجلس شورای ملی نیز در کنشگری انتخابات مورد بی‌مهری و بی‌توجهی قرار گرفته بودند. این در حالی است که در نظام حقوقی حال حاضر جمهوری اسلامی ایران، ابتکار عمل فرایند انجام انتخابات با نهاد شورای نگهبان است. به طوری که به استناد نظر تفسیری شماره ۱۲۳۴ - ۱۳۷۰/۳/۱، در خصوص اصل (۹۹) قانون اساسی، نظارت شورای نگهبان بر انتخابات استصوابی تلقی شده است. لذا به غیر از انتخابات شوراهای اسلامی، شورای نگهبان صلاحیت نظارت همه‌جانبه بر فرایند انجام انتخابات را داراست. نهایتاً اینکه با تورق قانون قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه نیز به وضوح می‌توان بر استیلای شورای قانون اساسی در نظام حقوقی این کشور بر جریان برگزاری انتخاباتی پی‌برد.^۳

نتیجه‌گیری

طی این جستار مشخص شد که علل و عوامل معتناهی در متروک و غیرقابل اجرا شدن مفاد اصل طراز دخیل و تصرف داشته‌اند. در این زمینه هرچند بر لایتغیر و ابدیت اصل دوم متمم قانون اساسی تأکید شده بود، بی‌میلی نمایندگان روشنفکر و رفتارهای مغرضانه این گروه مانع از آن شده اعضای پیش‌بینی شده در این اصل بنیادین بتوانند در قاعده‌گذاری

۱. بجنوردی موسوی، سید محمد، «بررسی فقهی-حقوقی جایگاه شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی ایران و نحوه نظارت آن بر قوانین و مقررات»، مجله پژوهشنامه متین، دوره ۱۳، شماره ۵۳، ۱۳۹۰، ص ۶۲.

۲. ماده ۸- در مرکز هر حوزه انتخابیه ... حکومت محل انجمنی به اسم انجمن نظارت انتخابات موقتاً تشکیل می‌دهد که متصدی و مسئول صحت انتخابات باشد...

۳. به موجب اصول (۵۸) و (۶۰) قانون اساسی فرانسه، صلاحیت نظارت شورای قانون اساسی این کشور بر فرایند انتخابات مورد توجه قرار گرفته است.

نقش آفرینی کنند و در مجاب و مفهوم کردن نمایندگان مجلس به رعایت حدود و ثغور شرع مقدس در قانون گذاری توفیق یابند. لذا، همین خوی شریعت گریزی حاکم بر نمایندگان مجلس شورای ملی و نواختن ساز مشروطه خواهی و تلاش و اصرار بر قانون گذاری بدون جاری کردن موازین شریعت در متون قانونی، باعث در حاشیه کشیده شدن روزافزون حکم مقرر شده در مفاد اصل طراز شد. بر همین اساس بود که مؤلفه هایی همچون، عدم اهتمام به تدوین و تنسیق آیین نامه داخلی برای نهاد دادرس اساسی، ضعف محتوایی حاکم بر اصل طراز که ناشی از عدم پیش بینی ضمانت اجرایی مؤثر در اعمال کارویژه های محوله بر این نهاد بود و همچنین عدم واگذاری مأموریت تفسیر قانون اساسی و متمم آن به هیئت نظار، تنزل مقام و جایگاه هیئت پنج تن به مقام عضویت در مجلس شورای ملی و بالاخره عدم اختصاص کارویژه نظارت بر انتخابات مجلس شورای ملی به این هیئت از جمله عوامل اثرگذار در غیرمفید و غیرعملیاتی شدن نهاد موصوف در عرصه نظام حقوقی مشروطه شد. در این زمینه، هرچند مخالفان اصل طراز سازوکار پیش بینی شده در اصل (۲۷) متمم قانون اساسی را در انطباق قوانین با شرع کافی به مقصود می دانستند، اتهامات بی شمار حاکم بر این اصل امکان نظارت شرعی بر قوانین از این طریق را ناممکن کرده بود. اما پیش بینی اصل دوم متمم قانون اساسی و اجرای آن در یک برهه زمانی اندک این واقعیت را بر همگان آشکار می کند که نهاد موصوف به مثابه نقطه عطفی در امکان نظارت پذیری قوانین در نظام حقوقی ایران تلقی شده و همین اقدام تقنینی قانون گذار اساسی مشروطه در احصای اصل طراز، زمینه ساز ظهور نهادی اثرگذار در تعادل و توازن قوا، تحت عنوان شورای نگهبان در نظام حقوقی کشور را، که تکمیل و تکامل یافته هیئت نظار است، امکان پذیر کرد.

منابع

کتاب

۱. ترکمان، محمد، *نظارت مجتهدین طراز اول: سیر تطور اصل دوم متمم قانون اساسی در دوره اول تقنینیه*، در: مجموعه مقالات تاریخ معاصر ایران، کتاب اول، تهران: مؤسسه پژوهش و مطالعات فرهنگی، چاپ اول، ۱۳۶۸.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ هفدهم، ۱۳۸۶.
۳. جمعی از نویسندگان، *دادرسی اساسی تطبیقی؛ مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۳.
۴. حاجی پور، نصرت الله، *تطبیق قوانین با تسرع در نظام قانون گذاری*، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۵. طالقانی، سید محمود و محمدحسین میرزای نائینی، *تنبیه الامه و تنزیه مله*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۵۸.
۶. عباسی، بیژن، *مبانی حقوق اساسی*، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.
۷. فاوړو، لویی، *دادگاه های قانون اساسی (الگوی اروپایی دادرسی اساسی)*، ترجمه علی اکبر گرجی، تهران: جنگل، ویراست دوم، ۱۳۸۶.
۸. فیرحی، داود، *دولت مدرن و بحران قانون*، تهران: نشر نی، چاپ اول، ۱۴۰۰.
۹. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۲.
۱۰. کسروی، احمد، *تاریخ مشروطه ایران*، تهران: امیر کبیر، چاپ شانزدهم، ۱۳۶۳.
۱۱. گرجی، علی اکبر، *در تکاپوی حقوق اساسی*، تهران: جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۴.
۱۲. میرزای نائینی، محمد حسین، *رساله «تنبیه الامه و تنزیه الملّه»*، ۱۳۳۴.

مقاله

۱۳. ابریشمی‌راد، محمد امین و نادر اسدی اوجاق، «مهم‌ترین علل قابل اجرا نبودن قوانین در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره ۱۱، شماره ۳۵، ۱۴۰۱، صص ۱۱۹-۱۴۴.
۱۴. امامی، محمد و فرشته دهقان، «نظارت درونی سلسله مراتب بر دستگاه‌های اداری در نظام حقوقی ایران»، *مجله مطالعات حقوقی*، دوره ۵، شماره ۱، ۱۳۹۲، صص ۱-۲۳.
۱۵. بجنوردی موسوی، سید محمد، «بررسی فقهی-حقوقی جایگاه شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی ایران و نحوه نظارت آن بر قوانین و مقررات»، *مجله پژوهشنامه متین*، دوره ۱۳، شماره ۵۳، ۱۳۹۰، صص ۷۳-۵۲.
۱۶. بیات، محمدحسین، «هرمنوتیک و تأویل آیات قرآن کریم»، *دو فصلنامه سراج منیر*، دوره ۳، شماره ۷، ۱۳۹۱، صص ۴۶-۹.
۱۷. پروین، خیراله، «جستارهایی بر اندیشه دادرسی اساسی در جهان»، *دو فصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴، صص ۸۳-۶۱.
۱۸. راسخ، محمد، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، دوره ۱۳، شماره ۵۱، ۱۳۸۵، صص ۴۰-۱۳.
۱۹. سلطانی، سید ناصر، «اجرای اصل دوم متمم قانون اساسی در مجلس دوم مشروطه»، *دو فصلنامه فقه حکومتی*، دوره ۴، شماره ۸، ۱۳۹۸، صص ۸۳-۶۱.
۲۰. سلمانی‌زاده، محمد و محمد امین نژاد نجفیان، «مجلس شورای ملی و تلاش برای تبیین حقوق اساسی»، *فصلنامه تاریخ اسلام و ایران*، دوره ۲۲، شماره ۱۴، ۱۳۹۱، صص ۱۲۸-۹۵.
۲۱. عباسی، بیژن، «دادرسی اساسی یا نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی»، *دو فصلنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۱، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۹۹-۸۱.
۲۲. عبدالله‌زاده، آزاده، «مبانی نظری بحث پیرامون مسئله کیفیت قانون: چیستی و چرایی قانون»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۲۱، شماره ۶۳، ۱۳۹۸، صص ۳۱۷-۲۹۷.
۲۳. کدخدایی، عباسعلی و محمد بهادری جهرمی، «ضرورت تفسیر قانون اساسی در پرتو ویژگی‌های این قانون»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۸، شماره ۱، ۱۳۹۷، صص ۲۱-۱.
۲۴. گرجی، علی اکبر، «شورای نگهبان به مثابه سوزن‌بان قانون اساسی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۱، شماره ۸۲، ۱۳۹۷، صص ۱۸۰-۱۵۳.
۲۵. مصباح‌نسب، سید روح‌الله و ابراهیم موسی‌زاده، «چرایی نظارت مستمر بر نمایندگان مجلس شورای اسلامی»، *فصلنامه قانون‌یار*، دوره ۳، شماره ۳، ۱۳۹۶، صص ۲۴۰-۲۲۱.
۲۶. ملائی توانی، علیرضا و مرضیه بیگی‌زاده، «بازخوانی مواضع آیت‌الله سید ابوالحسن اصفهانی در برابر اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه»، *فصلنامه مطالعات تاریخ اسلام*، دوره ۱۰، شماره ۳۶، ۱۳۹۷، صص ۱۶۰-۱۳۳.
۲۷. موسی‌زاده، ابراهیم و مصطفی منصوریان، «رویکرد منشأگرایی در تفسیر قانون اساسی»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، دوره ۳، شماره ۸، ۱۳۹۳، صص ۲۱-۱.
۲۸. ناطقی، محمد و سید ابراهیم حسینی، «مبانی مشروعیت دادرسی اساسی»، *دو فصلنامه اندیشه‌های حقوق عمومی*، دوره ۵، شماره ۲، ۱۳۹۵، صص ۱۱۰-۹۳.
۲۹. نیکونهاد، حامد و شبنم اورنگی، «سنجش آیین‌نامه نویسی شورای نگهبان؛ مبانی، قلمرو و نظارت پذیر»، *فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق/اداری*، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۳۶-۱۱.
۳۰. وکیلان، حسن و احمد مرکزالمیری، «مقدمه‌ای بر فلسفه قانون‌گذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۱۸، شماره ۵۱، ۱۳۹۵، صص ۵۴-۲۹.
۳۱. یآوری، اسدالله، «بررسی صلاحیت نامزدهای انتخابات توسط شورای نگهبان: تأملی دیگر»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۰، شماره ۸۰، ۱۳۹۶، صص ۲۳۷-۲۱۳.

References

Books

1. A group of authors, *Comparative Constitutional Proceedings; Concepts, Principles, and Models of Constitutional Proceedings*, Tehran: Guardian Council Research Institute, 2014. (in Persian)
2. Abbasi, Bijan, *Fundamentals of Constitutional Law*, Tehran: Jungle, 2014. (in Persian)
3. Favreau, Louis, *Constitutional Courts (European model of constitutional proceedings)*, Translated by: Ali Akbar Gorji, Tehran: Jungle, Second Edition, 2007. (in Persian)
4. Feirahi, Davoud, *Modern Government and Law Crisis*, Tehran: Nay Publishing, First Edition, 2021.
5. Gorji, Ali Akbar, *In the Struggle for Constitutional Law*, Tehran: Jungle, Third Edition, 2015. (in Persian)
6. Haji-Pour, Nosratollah, *Adaptation of Laws to Shari'a in the Legislative System*, Tehran: The Islamic Revolution Records Center, First Edition, 2004. (in Persian)
7. Jafari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Legal Terminology*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 17th edition, 2007. (in Persian)
8. Kasravi, Ahmad, *Iran's Constitutional History*, Tehran: Amir Kabir, 16th Edition, 1984. (in Persian)
9. Katouzian, Nasser, *Philosophy of Law*, Tehran: Tehran University Press, 1973. (in Persian)
10. Mirzaye Nae'ini, Mohammad Hossein, *Treatise of "Tanbih Al-Omah and Tanzih Al-Mellah"*, 1955. (in Persian)
11. Taleghani, Sayyed Mahmoud and Mohammad Hossein Mirzaye Nae'ini, *Tanbih Al-Omah and Tanzih Al-Mellah*, Tehran: Publication Company Publication, 1979. (in Persian)
12. Torkaman, Mohammad, *Supervision of First-Class Mujtahids: The Evolution of the Second Amendment to the Constitution in the First Legislative Period*, In: Collection of articles on contemporary Iranian history, First Book, Tehran: Institute for Research and Cultural Studies, First Edition, 1989. (in Persian)

Articles

13. Abbasi, Bijan, "Constitutional Proceedings or Monitoring the Compliance of Ordinary Laws with the Constitution", *Bi-Quarterly Journals of Comparative Law*, Volume 1, Issue 2, 2010, pp: 81-99. (in Persian)
14. Abdollah-Zadeh, Azadeh, "Theoretical Foundations of the Debate on the Quality of Law: What and Why Is Law", *Public Law Research Quarterly*, Volume 21, Issue 63, 2019, pp: 297-317. (in Persian)
15. Abrishami-Rad, Mohammad Amin and Nader Asadi-Ojagh, "The Most Important Reasons for the Non-Enforceability of Laws in Iran's Legal System", *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, Volume 11, Issue 35, 2022, pp: 119-144. (in Persian)
16. Bayat, Mohammad Hossein, "Hermeneutics and Interpretation of the Verses of the Holy Quran", *Bi-Quarterly Journal of Siraj Munir*, Volume 3, Issue 7, 2012, pp: 9-46. (in Persian)
17. Bojnourdi Mousavi, Sayyed Mohammad, "Jurisprudential-Legal Review of the Position of the Guardian Council in the System of the Islamic Republic of Iran, and How It Supervises Laws and Regulations", *Research Journal of Matin*, Volume 13, Issue 53, 2011, pp: 52-73. (in Persian)
18. Emami, Mohammad and Fereshteh Dehghan, "Hierarchical Internal Supervision of Administrative Bodies in Iran's Legal System", *Journal of Legal Studies*, Volume 5, Issue 1, 2013, pp: 1-23. (in Persian)
19. Gorji, Ali Akbar, "The Guardian Council as the Switchman of the Constitution", *Legal Research Quarterly*, Volume 21, Issue 82, 2018, pp: 153-180. (in Persian)

20. Kadkhodaei, Abbas Ali and Mohammad Bahadori Jahromi, "The Necessity for Interpretation of the Constitution in the Light of its Specifications", *Public Law Studies Quarterly*, Volume 48, Issue 1, 2018, pp: 1-21. (in Persian)
21. Mesbah-Nasab, Sayyed Rouhollah and Ebrahim Mousa-Zadeh, "Why Continuous Monitoring of the Representatives of the Islamic Council", *Qanoun-Yar Quarterly*, Volume 3, Issue 3, 2017, pp: 221-240. (in Persian)
22. Molaei Tavani, Alireza and Marzieh Begi-Zadeh, "Rereading the Views of Ayatollah Sayyed Abolhassan Esfahani on the Second Supplementary Article of the Conditional Constitution", *Quarterly Journal of Islamic History Studies*, Volume 10, Issue 36, 2018, pp: 133-160. (in Persian)
23. Mousa Zadeh, Ebrahim and Mostafa Mansourian, "The Origin-Based Approach in Constitutional Interpretation", *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, Volume 3, Issue 8, 2014, pp: 1-21. (in Persian)
24. Nateghi, Mohammad and Sayyed Ebrahim Hosseini, "Foundations of Legitimacy of Constitutional Proceedings", *Bi-Quarterly Journal of Public Law Thoughts*, Volume 5, Issue 2, 2016, pp: 93-110. (in Persian)
25. Nikou-Nahad, Hamed and Shabnam Owraangi, "Measuring the Regulations of the Guardian Council; Fundamentals, Realm and Contemporary", *Quarterly Journal of New Research in Administrative Law*, Volume 2, Issue 3, 2020, pp: 11-36. (in Persian)
26. Parvin, Kheirollah, "A Survey on Constitutional Justice", Volume 6, Issue 1, 2015, pp: 61-83. (in Persian)
27. Rasekh, Mohammad, "Intrinsic and Transverse Characteristics of Law", *Parliament and Strategy Quarterly*, Volume 13, Issue 51, 2006, pp: 13-40. (in Persian)
28. Salmani-Zadeh, Mohammad and Mohammad Amin Nezhad-Najafian, "The National Assembly and Efforts to Explain the Constitutional Rights", *Quarterly Journal of the History of Islam and Iran*, Volume 22, Issue 14, 2012, pp: 95-128. (in Persian)
29. Schane, Sanford. "Ambiguity and Misunderstanding in the Law", *Thomas Jefferson Law Review*, volume 26, Issue 1, 2002, pp: 1-21.
30. Soltani, Sayyed Nasser, "The Implementation of the Second Principle of the Amendment to the Constitution in the Second Constitutional Assembly", *Bi-Quarterly journals of Governmental Jurisprudence*, Volume 4, Issue 8, 2019, pp: 61-83. (in Persian)
31. Vakilian, Hassan and Ahmad Markaz Malmiri, "An Introduction to the Philosophy of Legislation: in the Effort to Improve the Quality of the Law", *Quarterly Journal of Public Law Research*, Volume 18, Issue 51, 2016, pp: 29-54. (in Persian)
32. Yavari, Asadollah, "Examining the Qualifications of Election Candidates by the Guardian Council: Another Reflection", *Legal Research Quarterly*, Volume 20, Issue 80, 2017, pp: 213-237. (in Persian)



Legal Research
Volume 28, Issue 109, 2025

Table of Contents

Evaluation of the Bases of Permission and Prohibition of Therapeutic Cloning in Iran and the United States of America	1
<i>Mahsa Moshar Movahhed, Mohammad Rasekh, Mir Ghasem Jafarzadeh, Sayyed Mohammad Qari Sayyed Fatemi</i>	
Incoherence of Iran's Criminal Procedure Code (Basics and Effects)	19
<i>Rajab Goldoust Jouybari</i>	
Conceptual Analysis of Constitutional Reasoning: with Looking at Procedures of European Constitutional Courts.....	35
<i>Ali Akbar Gorji, Rezvan Ziae'i</i>	
Legal Role of Environmental Tax in Iran	57
<i>Saeedreza Abadi, Mojtaba Ghasemi, Mohsen Izadgashb</i>	
Implementation of the Labor Law in Government Institutions; Challenges and Solutions	75
<i>Mohammad Ghasem Tangestani, Mahdi Moradi Berelian</i>	
Content Analysis of the Criminality and Victimization of Afghan Immigrants in the Novel "Afghan Keshi" Based on Criminological Doctrines	93
<i>Ali Molabeigi, Seyed Hesamoddin Seyed Esfahani</i>	
The Material Multiplicity System of Ta'ziri Crimes in the Islamic Penal Code (amended in 2020); Challenges, Ambiguities and Solutions.....	115
<i>Hadi Rostami</i>	
Feasibility of Establishment an International Organization to Preserve the Persian Language.....	133
<i>Qotbol Arefin Seraj, Sayyed Hadi Mahmoudi</i>	
A Comparative Study of the General Duties of Company Directors in Iran and UK Law	153
<i>Ali Khajavi, Amirhossein Sa'adati Cheshmehghan, Mohammad Hadi Daraei</i>	
Ensuring the Structural Independence of the Judiciary in Light of the Opinions of the Guardian Council.....	175
<i>Ahmad Rahimi, Mohammad Sadegh Farahani, Ali Fattahi Zafarghandi</i>	
Preventive Legal Measures to Deal with the Negative Consequences of Video Games.....	199
<i>Sadegh Sayyadi, Habibollah Kiani</i>	
Bankruptcy Option; Jurisprudential and Legal Redefinition of Insolvency Option.....	219
<i>Mohsen Vaseghi, Mohammad Mehryar, Sayyedeh Fatemeh Hashemi</i>	
A Reflection on the Scope of Article 34 of the Amended Registration Code 2007	235
<i>Amin Ghasem-Pour, Sajad Shahbaz Ghah-Farrokhi, Hossein Haghi</i>	
Legal and Economic Analysis of Warranty from Automobile Consumer Rights Perspective	253
<i>Somayeh Kaviani, Mahdieh Saneei</i>	
Constitutional Proceeding as the Missing Half of the Legislative Power in the Constitutional Legal System.....	271
<i>Nader Asadi Ojagh, Mohammad Hasanvand</i>	

Legal Research

Volume 28, Issue 109, 2025

Scientific Journal of the Law Faculty of Shahid Beheshti University in Cooperation with Iranian Association of Comparative Law, Iranian Association of Penal law, Iranian Association of Arbitration, Iranian Association of Administrative Law



Print ISSN: 1024-0772 Online ISSN: 3060-5911

Owner and Publisher: Shahid Beheshti University

Director in Charge: Abbas Ghasemi Hamed

Editor-in-Chief : Mansour Amini

Executive Director: Shahrzad Haddadi

Editorial Board

Mohammad Ashouri, *Professor of Criminal Law and Criminology, Tehran University, Tehran, Iran*

Nejad Ali Almasy, *Professor of Private Law, Tehran University, Tehran, Iran*

Mahmoud Bagheri, *Professor of Private Law, Tehran University, Tehran, Iran*

Mohammad Reza Pasban, *Associate Professor of Private Law, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran*

Abdollah Shams, *Private Law Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Abdolhossein Shiravi Khozani, *Professor of International Trade Law, Tehran University of: Farabi Campus, Qom, Iran*

Abbas Shiri Varnamkhasti, *Professor of Criminal Law and Criminology, Tehran University, Tehran, Iran*

Hossein Safaie, *Professor of Private Law, Tehran University, Tehran, Iran*

Hedayatollah Falsafi, *International Law Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Mostafa Mohaghegh-Damad, *Islamic Law Professor, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Ali Hossein Nadjafi Abrandabadi, *Professor of Criminal Law and Criminology, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

Text editor: Bahareh Arab, Elham Vahdanifar

Layout managing: Marzieh Barekat

Cover Design: Marzieh Barekat

Address: Journal of Legal Research, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Evin, Tehran, Iran
Postal Code: 1983969411

Website: <https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/> and Email: law.res.mag@gmail.com

Phone: +982122431681, Mobile: +98 910 145 8348, Fax: +982122431759



Legal Research

- ▶ **Evaluation of the Bases of Permission and Prohibition of Therapeutic Cloning in Iran and the United States of America**
Mahsa Moshar Movahhed, Mohammad Rasekh, Mir Ghasem Jafarzadeh, Sayyed Mohammad Qari Sayyed Fatemi
- ▶ **Incoherence of Iran's Criminal Procedure Code (Basics and Effects)**
Rajab Goldoust Jouybari
- ▶ **Conceptual Analysis of Constitutional Reasoning: with Looking at Procedures of European Constitutional Courts**
Ali Akbar Gorji, Rezvan Ziae'i
- ▶ **Legal Role of Environmental Tax in Iran**
Saeedreza Abadi, Mojtaba Ghasemi, Mohsen Izadgashb
- ▶ **Implementation of the Labor Law in Government Institutions; Challenges and Solutions**
Mohammad Ghasem Tangestani, Mahdi Moradi Berelian
- ▶ **Content Analysis of the Criminality and Victimization of Afghan Immigrants in the Novel "Afghan Keshi" Based on Criminological Doctrines**
Ali Molabeigi, Seyed Hesamoddin Seyed Esfahani
- ▶ **The Material Multiplicity System of Ta'ziri Crimes in the Islamic Penal Code (amended in 2020); Challenges, Ambiguities and Solutions**
Hadi Rostami
- ▶ **Feasibility of Establishment an International Organization to Preserve the Persian Language**
Qotbol Arefin Seraj, Sayyed Hadi Mahmoudi
- ▶ **A Comparative Study of the General Duties of Company Directors in Iran and UK Law**
Ali Khajavi, Amirhossein Sa'adati Cheshm Meghan, Mohammad Hadi Daraei
- ▶ **Ensuring the Structural Independence of the Judiciary in Light of the Opinions of the Guardian Council**
Ahmad Rahimi, Mohammad Sadegh Farahani, Ali Fattahi Zafarghandi
- ▶ **Preventive Legal Measures to Deal with the Negative Consequences of Video Games**
Sadegh Sayyadi, Habibollah Kiani
- ▶ **Bankruptcy Option; Jurisprudential and Legal Redefinition of Insolvency Option**
Mohsen Vaseghi, Mohammad Mehryar, Sayyedeh Fatemeh Hashemi
- ▶ **A Reflection on the Scope of Article 34 of the Amended Registration Code 2007**
Amin Ghasem-Pour, Sajad Shahbaz Ghah-Farrokhi, Hossein Haghi
- ▶ **Legal and Economic Analysis of Warranty from Automobile Consumer Rights Perspective**
Somayeh Kaviani, Mahdieh Saneei
- ▶ **Constitutional Proceeding as the Missing Half of the Legislative Power in the Constitutional Legal System**
Nader Asadi Ojagh, Mohammad Hasanvand