

بسم الله الرحمن الرحيم

فصلنامه علمی

مجله حقوق

دوره هشتاد و چهارم / شماره یکصد و یازدهم / پاییز ۱۳۹۹

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

این نشریه در پایگاه‌های استنادی زیر نمایه‌سازی می‌شود:

پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) www.isc.gov.ir
پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی (SID) www.sid.ir
پایگاه اطلاعات نشریات کشور www.magiran.com
پایگاه مجلات تخصصی نور www.noormags.ir
پایگاه جامع علوم انسانی www.ensani.ir

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

شاپا چاپی: ۱۷۳۵-۴۳۵۸ شاپا برخط: ۷۱۹۸-۲۶۷۶ قیمت: ۴۲۰ هزار ریال
صندوق پستی: ۱۱۱۵۵-۳۵۱۵ نشانی پست الکترونیک: law.journal1316@gmail.com

آدرس سامانه مجله: www.jl.jl.ir



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

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

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

ویراستار فارسی و صفحه‌آرا: زهرا مشایخی

مترجم و ویراستار انگلیسی: مهدی ابراهیمی

مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

ابوالفضل آقاخانی، مسلم آقایی طوق، محمدعلی بابایی، زهرا بهادری جهرمی، منصور پورنوری،
محمدقاسم تنگستانی، حسن جعفری تبار، احمد حاجی‌ده‌آبادی، علی رحمتی، ولی رستمی، احمد
رفیعی، سودابه رضوانی، محمدعبدالصالح شاهنوش فروشانی، حسن عالی‌پور، محسن عبداللهی، شادی
عظیم‌زاده، نریمان فاخری، فاطمه قناد، علیرضا محمدزاده وادقانی، شهلا معظمی، عباس میرشکاری

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

منشور اخلاقی مجله حقوقی دادگستری

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

۱. تکالیف سردبیر و اعضای هیأت تحریریه

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

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

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

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

۲. تکالیف داوران

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

- ۲-۱. **سرعت عمل:** به منظور حفظ حقوق نویسندگان، داوران مجله متعهد می‌شوند که موارد ارجاعی را در سریع‌ترین زمان ممکن پاسخ دهند و چنانچه این امکان برای ایشان مهیا نیست، مجله را در جریان خواهند گذاشت تا نسبت به تعیین داور دیگر اقدام شود.
- ۲-۲. **محرمانگی:** داوران مجله، مقالاتی را که برای ارزیابی در اختیار آن‌ها قرار می‌گیرد، محرمانه تلقی کرده و در مورد محتوای آن‌ها هیچ‌گونه اطلاعاتی در اختیار دیگران قرار نخواهند داد.
- ۲-۳. **بی‌طرفی:** داوران باید به نحو بی‌طرفانه صورت گیرد. برای تأمین این هدف، نظرات داوران باید مستظهر به استدلال‌های ایشان باشد.
- ۲-۴. **دقت در ذکر منابع:** داوران دقت نظر کافی به عمل خواهند آورد تا هر گونه مطلبی که در مقاله درج شده و از منبعی دیگر اقتباس یا نقل شده است، با رعایت دقیق ضوابط ارجاع، مشخص گردد و منبع مورد استفاده در مقاله درج گردد.

۳. تکالیف نویسندگان

- شیوه عملکرد نویسندگان مقالات، به عنوان تأمین‌کنندگان اصلی محتوای مجله، اهمیت فراوانی برای مجله حقوقی دادگستری دارد.
- ۳-۱. **اصالت مطالب:** نویسندگان تضمین می‌کنند که مطالب ارسالی آن‌ها برای مجله از اصالت برخوردار است و قبلاً به هیچ زبانی، در هیچ نشریه‌ای، اعم از داخلی و خارجی، منتشر نشده است.
- ۳-۲. **اصالت نویسندگان:** ثبت‌کننده مقاله در مجله متعهد می‌شود که تنها نام کسانی را در مقاله به عنوان نویسنده درج کند که مشارکت قابل توجهی در نگارش مقاله داشته است. نام تمامی کسانی که در نگارش مقاله چنین نقشی داشته‌اند، باید در مقاله به عنوان نویسنده درج شود.
- ۳-۳. **رعایت ضوابط ارجاع:** هرگونه استفاده از منابع دیگر، دقیقاً و با ذکر مشخصات کامل منبع مورد استفاده، در مقاله مشخص می‌شود. در مواردی که از مطالب دارای کپی‌رایت استفاده می‌شود (مانند جداول، عکس‌ها یا نقل قول‌های گسترده) نویسندگان متعهد هستند که قبلاً رضایت مکتوب و صریح صاحب حق را اخذ کنند و در مقاله خود نیز آن را تصدیق نمایند.
- ۳-۴. **هم‌زمانی:** نویسندگان تعهد می‌نمایند که مقالات ارسالی به مجله را تا پیش از تعیین تکلیف نهایی آن‌ها، برای مجله دیگری ارسال ننمایند. ارائه مقاله به بیش از یک نشریه به طور هم‌زمان تخلف محسوب می‌شود و مجله حقوقی دادگستری در صورت اطلاع از این امر در هر یک از مراحل بررسی مقالات، ادامه روند بررسی را متوقف خواهد کرد.
- ۳-۵. **تعارض منافع:** چنانچه نویسندگان در انجام پژوهش خود از منابع مالی مؤسسه یا دستگاه خاصی استفاده کرده‌اند، لازم است که آن را در مقاله خود مورد تصریح قرار دهند.

شیوه‌نامه نگارش مقالات مجله حقوقی دادگستری

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

۱. راهنمای نگارش مقاله

مقاله باید دارای بخش‌های زیر باشد:

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

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

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

ت) فهرست تمام منابع مورد استفاده.

• حجم مقاله کمتر از ده هزار واژه باشد.

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

• روش تحقیق، موضوع تحقیق، اهداف تحقیق، فرضیه‌ها و سؤالات تحقیق، پیشینه، نوآوری و ادبیات موضوع به صورت مختصر ولی روشن و در حد امکان در مقدمه مقاله ارائه شود.

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

• عناوین (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی و ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود:

مقدمه

۱. ساختار حقوقی کنوانسیون برن

۱-۱. چیستی معاهده

۱-۱-۱. تعهدات ناشی از معاهده

۱-۱-۲. اقسام نقض در معاهده

۱-۲. اقسام معاهده

۲. اصول حاکم بر معاهده

۲-۱. موضوعات مورد حمایت

۲-۲. مصادیق مورد حمایت

نتیجه

۲. راهنمای روش ارجاع‌دهی

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

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

نمونه: (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۶: ۲۵۱)

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

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

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

نمونه: (غلامی و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۳)

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

نمونه: (حسینی، ۱۳۹۲/۲: ۱۴۲)

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

نمونه: (حسینی، ۱۳۹۲ [الف]: ۱۴۲)

- در ارجاع درون متنی در صورت تکرار منبع، به جای استفاده از op.cit، ibid، همان یا پیشین، منبع عیناً ذکر شود.
- علائم نگارشی مثل کاما (،) (نقطه‌کاما (:)) (دونقطه (:)) (نقطه (.) حتماً بعد از پرانتز گذارده شود.

۳. راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقاله

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

۴. راهنمای تنظیم فهرست منابع

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sample: Lang, Jon, **The Protection of Commercial Trade Secrets, Jon Lang Mediation**, available at: <<http://www.jonlang.com/pdf/EIPR%20Vol%2025%20Issue%2010.pdf>> (last visited on 10/10/ 2015).

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

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

۵. راهنمای ارسال مقالات

- مقالات ارسالی می‌بایست در قالب برنامه Word با فرمت DOC یا DOCX باشد و از طریق ثبت نام در سایت مطابق راهنمای مندرج در آن ارسال شوند. همچنین لازم است که فرم تعارض منافع نویسندگان و موافقت با کپی رایت را در یک صفحه A4 چاپ و به امضای تمام نویسندگان رسیده و تصویر یا اسکن آن در سایت بارگزاری شود.
- میزان تحصیلات، رتبه و پایه علمی، محل کار دانشگاهی، شماره تلفن همراه، پست الکترونیک و نویسنده مسئول (Corresponding Author) (فارسی و انگلیسی) را در فایل مجزا در سامانه ارسال نموده و مطابق با آن اطلاعات سامانه تکمیل گردد.

نمونه: دکتر نجادعلی الماسی (استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران).

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

- ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها همراه مقاله ارسال گردد.
- مقاله ارسالی نباید در هیچ نشریه داخلی یا خارجی چاپ شده باشد و به طور هم‌زمان نباید به سایر نشریات فرستاده شده باشد. در این صورت مقاله از فرآیند ارزیابی و انتشار خارج خواهد شد.
- مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله به عهده نویسنده مسئول است.
- نشریه در اصلاح، تلخیص و ویرایش مقاله آزاد است.
- نظرات و ارزیابی داوران به معنای پذیرش نهایی مقاله نیست، بلکه پذیرش نهایی مقاله منوط به تأیید هیئت تحریریه نشریه می‌باشد.

کلیه حقوق مادی برای مجله حقوقی دادگستری محفوظ است و آن دسته از نویسندگان که درصدد انتشار مقاله منتشره خود در این نشریه، در مجموعه مقالات یا بخشی از یک کتاب هستند، لازم است با ارائه درخواست کتبی، موافقت نشریه را اخذ نمایند.

فهرست مقالات

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

- ضمان در صدور و اجرای احکام منجر به سلب حیات ۱
سیدحسین آل طاهها، حسین آقایی جنت‌مکان، عارف بشیری
- تأملی پیرامون ثبوت و اثبات در قرارداد کار با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه ۲۳
حسن بادینی، بهنام شکوهی مشهدی
- چالش‌های اعمال قواعد تعدد جرم نسبت به اشخاص حقوقی ۴۷
حسن پوربافرانی، اصغر احمدی، جواد پولادی
- حق بر فهم قانون ۶۵
احمد خسروی، حامد نوروزی
- الزام‌آوری شرط داوری موضوع بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان ۸۹
عیسی رجبی، شهرزاد اونق
- امکان‌سنجی طرح دعوا در محاکم قضایی بین‌المللی و داخلی در موضوع ترور سردار سلیمانی و همراهان ۱۰۷
مهناز رشیدی
- تبیین و نقد نظریه «تعامل متقارن» در تعیین میزان تقصیر زیان‌دیده و خوانده دعوی در مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر ۱۲۹
سجاد شهباز قهفرخی
- قانون کلود؛ از کارکرد تا دست‌آوردها و نقایص آن در تحقیقات کیفری فراسرزمینی در حامل دیتای کاربران شرکت‌های فناوری ۱۴۷
جواد صالحی
- الگوی پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان در نظام قضایی ایران؛ مطالعه موردی در استان مازندران ۱۷۳
همت‌اله نادی بابایی، حسین غلامی، حسن حاجی‌تبار فیروزجائی، مهدی اسماعیلی
- مطالعه تطبیقی اجرای حقوق ممتاز دریایی در دادرسی ورشکستگی ۱۹۳
فریبا فولادگر، محسن ایزانلو
- چالش‌های تحقیقات مقدماتی جرایم اشخاص حقوقی ۲۱۷
سیدابراهیم قدسی، حسین فاضلی هریکندی
- علامت تجاری عام؛ احراز فقدان و زوال تمایزبخشی در پرتوی پرونده «اکبرجوجه» ... ۲۳۷
علی سیدین، مهدی کارچانی

ضمان در صدور و اجرای احکام منجر به سلب حیات

سیدحسین آل طاهرا*، حسین آقایی جنت‌مکان**، عارف بشیری***

چکیده

بین فقها درباره ضمان یا عدم ضمان در برابر مرگ محکوم علیه و کیفر اضافی که در مرحله صدور یا اجرای حکم بر وی تحمیل شده، پرسش‌های اساسی و اختلاف‌های آشکاری مطرح شده است: مشهور فقها با استناد به قاعده «لا دية لمن قتله الحد أو القصاص» قائل به هدر بودن خون فرد شده‌اند؛ شماری نیز عدم ضمان را با استناد به برخی عمومات مقید به عدم تجاوز در مجازات دانسته و معدودی نظیر شیخ مفید قائل به تفکیک حقوق الله از حقوق الناس شده‌اند. این تشویش آرا بین علما به قانون مجازات اسلامی هم سرایت کرده است و تناقضاتی در برخی مواد قانونی دیده می‌شود که شایسته بررسی است. مطالعه حاضر با روش توصیفی تحلیلی به نقد و بررسی هر دیدگاه به همراه مستندات آن‌ها و تحلیل مواد قانونی می‌پردازد. نظر مختار نگارندگان بر ثبوت مطلق حکم ضمان در مقابل مجازات منجر به سلب حیات در جایی است که سرایت جراحت مستند به تقریط محکوم علیه نباشد. این مدعا مستند به حاکمیت ادله حرمت خون مسلم بر سایر ادله، عمومات باب قتل و نیز موافق با دیدگاه محقق خوانساری در یکی از احتمالات خود بوده و مطابق با نص صریح ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی به همراه تبصره ماده ۱۸۵ همان قانون است. بر اساس قانون، سلب حیات ناشی از مجازات، در صورتی که مسبوق به اعلام قاضی اجرای مجازات به دادگاه باشد، ضمان را از وی برمی‌دارد.

واژگان کلیدی: ضمان، قتل، کیفر اضافی، دیه، اجرای حکم

* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران (نویسنده مسئول)
shaltaha@scu.ac.ir

** دانشیار گروه حقوق، دانشکده اقتصاد و علوم اجتماعی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران
housein_aghaei@yahoo.com

*** دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
arefbashiri@yahoo.com

مقدمه

در قانون مجازات ایران به تبع فقه اسلامی، برای هرگونه بزهکاری، مجازات و کیفر در نظر گرفته شده است، به طوری که می توان مجازات های بدنی را بر سه قسم کلی قصاص، حدود و تعزیرات تقسیم کرد. در صورتی که بزهکار، به تبع جرمی که مرتکب شده است، محکوم به قصاص عضو گردد یا مستوجب اجرای تعزیر شده یا اینکه مرتکب حدی از حدود الهی شده باشد که عقاب آن قتل و کشتن نیست، چنانچه مجازات منجر به قتل فرد محکوم شود، بین فقها در خصوص ضمان یا عدم ضمان و نوع آن پرسش های اساسی و اختلاف های آشکاری مطرح شده است:

اولاً آیا نسبت به محکوم علیه ضمانی وجود دارد یا خیر؟ ثانیاً مستندات هر دیدگاه تا چه اندازه ای قابل پذیرش است؟ ثالثاً در صورت قول به پذیرش ضمان، میزان این مسئولیت تا چه حدی است؟ رابعاً مرجع ضمان در مجازات برعهده چه نهاد یا فردی است؟ به طور کلی، سه دیدگاه در این زمینه وارد شده است که هر سه دیدگاه مسئله محل بحث را از نگاه مجزا و متفاوتی بررسی کرده اند و هرکدام به قسمی از مبانی استناد جسته اند که به نظر نگارندگان به جنبه ویژه ای نظر دارد که لازم است هریک به تفکیک مورد بررسی قرار گیرد. از میان علمای اهل سنت نیز چنین اختلافاتی مشاهده می شود و مالک و ابوحنیفه قائل بر عدم ضمان به نحو مطلق شده اند؛ لکن شافعی امام را ضامن پرداخت دیه می داند (منتظری، ۱۴۰۹: ۳/۵۵۶). این تشویش آراء بین علما به قانون مجازات اسلامی هم سرایت کرده است و تناقضاتی در برخی مواد قانونی دیده می شود که به آن پرداخته خواهد شد.

مسئله مذکور به صورت گذرا و پراکنده توسط فقها در باب حدود و تعزیرات و گاه در باب قصاص مورد توجه ایشان واقع شده است. از میان پژوهش های جدید می توان به مقاله «بررسی انتقادی قاعده لادیه لمن قتله الحد» در مجله فقه و اصول (۱۳۹۷) اشاره کرد که نویسنده در این مقاله با تمرکز بر روی مجازات حدی و گاه تعزیر و قصاص کوشیده است، همسو با فقها و برخی مواد قانون مجازات اسلامی، کارکرد قاعده و محدوده آن را تبیین نماید که از نظر نگارندگان محل تردید است و در این نوشتار ضمن بررسی پرسش های مطرح شده مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت.

۱. دیدگاه فقها

به طور کلی سه دیدگاه از سوی فقها در این مسئله وارد شده است:

الف) دیدگاه مشهور که معتقدند چنانچه فردی در اثر قصاص غیر نفس، حد یا تعزیر بمیرد، خونس هدر است و ضمانی ندارد.

ب) برخی فقها نظیر صاحب جواهر، محقق سبزواری و معدودی از علمای معاصر همچون امام خمینی (ره)، آیت الله منتظری و آیت الله گلپایگانی عدم ضمان را مشروط به عدم تجاوز در

مجازات حد یا تعزیر منجر به فوت دانسته‌اند. بنابراین در صورتی که تعزیر یا حد به گونه‌ای شدت یابد که سبب فوت مجرم گردد، در اینجا، ضمان مطرح می‌شود. قانون مجازات اسلامی در مواد ۴۴۰ و ۴۸۶ از این نظریه تبعیت کرده است.

ج) دیدگاه شیخ طوسی در استبصار و شیخ مفید و برخی متأخرین نظیر محقق سبزواری و آیت‌الله منتظری که قائل به تفکیک بین حق الناس و حق الله شده‌اند. قانون مجازات اسلامی در ماده ۴۸۵ این نظر را برای مجری حد پذیرفته است.

ثمره نزاع بین دو دیدگاه اول این است که مشهور، به طور مطلق، حاکم را «محسن» محسوب کرده است و هرگونه تحقیق راجع به مسئولیت داشتن حاکم را رد می‌کند، زیرا قائل بر هدر بودن خون محکوم‌علیه می‌باشد. ولی دیدگاه دوم فرض تعدی حاکم را موضوعاً خارج از مقوله «احسان» قلمداد می‌کند. پوشیده نیست که سخنان این دو دیدگاه با یکدیگر ملازمه دارد، زیرا محسن بودن حاکم با متعدی بودن وی منافات دارد و این بدان معناست که نمی‌توان فردی را که بر جان کسی تجاوز می‌کند محسن قلمداد کرد. دیدگاه دوم اساساً به یک اصل کلی فقهی اصرار دارد که هیچ فقیهی در آن شکی ندارد و آن اینکه شخص متعدی و متلف ضامن است. بنابراین در بادی امر این چنین به نظر می‌رسد اختلاف بین این دو دیدگاه صرفاً تفاوت در نوع نگاه و بیان تعبیر است و گونه محتوا یکی است.

اما آیا واقعاً هیچ ثمره‌ای را نمی‌توان برای چنین اختلافاتی در نظر گرفت؟ به نظر نگارندگان، ثمره حقیقی نزاع در اثر حقوقی حکم «هدر بودن خون» فرد بعد از اجرای مجازات است که چنین حکمی عملاً به معنای مختومه بودن پرونده فرد بعد از اجرای حکم و منع هرگونه تعقیب، تردید و تحقیق در حکمی است که صادر شده است و سزااست که چنین مصونیت قضایی برای قاضی را در تضاد با اصول اولیه عدالت در دادرسی دانست (نک: اشرافی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۱).

۱-۱. دیدگاه نخست: عدم ضمان و هدر بودن خون محکوم‌علیه

قول مشهور در مسئله این است که چنانچه فردی در اثر قصاص غیرنفس، حد یا تعزیر بمیرد، خونس هدر است و ضمانی ندارد. محقق حلی در باب حدود می‌فرماید: «اگر کسی در اثر اجرای حد یا تعزیر بمیرد، هیچ دیه‌ای به خاطر او پرداخت نمی‌شود؛ اما از ناحیه بعضی گفته می‌شود که پرداخت دیه او بر بیت‌المال واجب است ولی قول اول از طریق روایات به دست می‌آید» (حلی (محقق)، ۱۴۰۸: ۴/۱۵۸).

شهیدین (مکی عاملی، ۱۴۱۰: ۲۶۰؛ عاملی، ۱۴۳۲: ۲/۳۷۴)، محقق حلی (حلی (محقق)، ۱۴۰۸: ۴/۱۵۸)، علامه حلی (حلی (علامه)، ۱۴۲۰: ۳۴۷)، فاضل هندی (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۰/۵۶۲)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۱/۴۷۰)، خوانساری (خوانساری، ۱۴۰۵: ۷/۱۶۰) و

بسیاری دیگر از فقها قائل بر این نظر هستند. بنا بر گفته ابن ادریس کسی که بر اثر قصاص یا حد کشته شود، قصاص و دیه‌ای برای او نیست، خواه حد از حقوق الناس باشد یا از حقوق الله (ابن ادریس حلّی، ۳/۱۴۱۰: ۳۶۱). همچنین شهید ثانی می‌گوید: «کسی که بر اثر حد یا تعزیر کشته شود، خونس هدر است، یعنی عوضی ندارد، خواه حق الله باشد یا حق الناس» (عاملی، ۲/۱۴۳۲: ۳۷۴).

در الخلاف تصریح شده است به اینکه اختلافی در این امر نیست (طوسی، ۳/۱۴۰۷: ۵۰۵-۵۰۴) و ابن زهره بر این مطلب ادعای اجماع کرده است (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۴۲۰) و صاحب جواهر و روحانی این قول را به مشهور نسبت داده‌اند (نجفی، ۴۱/۱۳۶۲: ۴۷۰؛ روحانی، ۲۶/۱۴۱۲: ۶۲).

۱-۱-۱. «کَلَّ فَعَلَ سَائِغٌ لَا يَتَعَقَّبُهُ ضَمَانٌ»

قائلین به عدم ضمان به یک اصل فقهی استناد می‌کنند: «فعل واجب أو سائغ فلا ضمان له؛ فعل واجب یا جایز، ضمانی را در پی ندارد» (عاملی، ۱۴/۱۴۱۳: ۴۷۲). مقصود این است که امام در مقام امتثال اوامر الهی و حکمی از احکام خداوند است که جایز و بلکه انجام آن از تکالیف شرعی است؛ بنابراین برای چنین فردی مسئولیتی نیست. این گفتار نه تنها در این مسئله بلکه در تحلیل بسیاری از مسائل مبنای گفته فقها واقع شده است؛ از جمله مسئله ضمان طیب (صیمری، ۴/۱۴۲۰: ۴۲۶)، جراحت ناشی از افتادن در چاهی که برای مصلحت مسلمین حفر شده است (حلّی (علامه)، ۲/۱۴۲۰: ۲۶۴)، تجارت ولی برای طفل که به ضرر طفل بینجامد (حلّی (علامه)، ۱۴/۱۴۱۴: ۲۷۰)، ضرر ناشی از مال عاریه داده شده (عمیدی، ۱/۱۴۱۶: ۵۹۴) و تأذیب زوجه (ترحینی عاملی، ۹/۱۴۲۷: ۴۳۸؛ جبعی عاملی، ۱۵/۱۴۱۳: ۶۰). عمیدی در کتاب کنزالفوائد، از این عبارت به عنوان یک قاعده کلی که در تمام ابواب فقهی ساری است و جریان دارد یاد کرده است: «کَلَّ فَعَلَ سَائِغٌ لَا يَتَعَقَّبُهُ ضَمَانٌ» (عمیدی، ۱/۱۴۱۶: ۵۹۴). شیخ طوسی (طوسی، ۲/۱۴۲۰: ۲۶۴)، ابن ادریس (به نقل از صیمری، ۴/۱۴۰۴: ۴۷۰)، شهید ثانی در روضة البهیة (عاملی، ۱۰/۱۴۱۰: ۹۳)، اردبیلی (اردبیلی، ۱۴/۱۴۰۳: ۲۴۰)، صیمری (صیمری، ۴/۱۴۲۰: ۴۲۶)، محقق اصفهانی (اصفهانی، ۲/۱۴۱۶: ۴۸۵)، صاحب ریاض (ریاض المسائل، ۱۶/۱۲۳۱: ۳۷۵) و بسیاری دیگر از فقها در این مسئله به این اصل فقهی استناد جسته‌اند.

عبارت «کَلَّ فَعَلَ سَائِغٌ لَا يَتَعَقَّبُهُ ضَمَانٌ»، که ادعای قاعده بودن آن شده است، صحیح نیست. آیت الله گلپایگانی در نقد این عبارت می‌گوید: «خیلی موارد در فقه وجود دارد که از نظر فقهی جایزند ولی ضمان دارند و دلیل ضمان هم، دلیل خاص است» (گلپایگانی، بی تا/۲۲۲)؛ مثلاً اگر حفظ نفس محترمه بر خوردن و نوشیدن از مال غیر متوقف باشد، خوردن و نوشیدن جایز است و ضمان نیز بر عهده فرد می‌آید. اگر به غیر خوردن و نوشیدن نیز مباشرت کند، محسن است و بر

عهده او ضمان می آید. همچنین در مورد لقطه نیز اگر لقطه به عنوان صدقه به فقیر داده شود و صاحب لقطه را بشناسد و بداند که صاحب آن راضی نیست، اعطاکننده لقطه ضامن است (خوانساری، ۱۴۰۶ق/۷: ۱۶۱). افزون بر اینکه این عبارت با قاعده «الجواز الشرعی لاینافی الضمان» معارض است که فقها از آن با عنوان «الإذن لاینافی الضمان» هم یاد می کنند.

۱-۱-۲. قاعده احسان

یکی دیگر از ادله فقهای مشهور قاعده احسان است. شهید ثانی در مسالک می گوید: «از آنجایی که امام در مقام امتثال اوامر الهی و حکمی از احکام خداوند است، بنابراین ایشان محسن محسوب می شود و خطاب «ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» ضمان را از وی برمی دارد (عاملی، ۱۴۱۳/۱۴: ۴۷۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۶/۱۰: ۵۶۲) خواه چنین حدی از حقوق الناس باشد، یا از حقوق الله (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰/۳: ۳۶۱). مقتضای قاعده بر اساس این تحلیل این است که خطاب «ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» به عدد محسنین موجود در عالم خارج منحل می گردد، بدین نحو که هر کسی که عنوان محسن بر او صدق کند، مؤاخذه ای ندارد و ضامن قرارداد آن، به اقتضای آیه «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» (الرحمن/۶۰)، نوعی مؤاخذه و اسائه است (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱/۱: ۳۸-۳۹).

مسلم است که قضات معصوم از حکم دادن از روی عصبانیت، شتاب ورزیدن و تقصیراتی از این قبیل نیستند و چنین عوارضی از مصادیق تقصیر حاکم است و قتلی که مستند به چنین حالاتی باشد، وی را ضامن کرده و فعل او را تخصصاً از مقوله احسان خارج می سازد. بر این اساس، برای رفع ضمان قاضی، صرف اینکه او امتثال کننده امری از اوامر خداوند متعال است یا اینکه دارای سوءنیتی نیست کفایت نمی کند و بعید است که فقهای دسته نخست مقصودشان این باشد که حاکم با فرض تعدی و تقصیر هم محسن محسوب می شود.

۱-۱-۳. روایات

دلیل دیگر قائلین به عدم ضمان عموم روایاتی است که مفاد آن ها بر یک معنا دلالت دارد: الف) «عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: أَيَّمَا رَجُلٍ قَتَلَهُ الْحَدُّ أَوْ الْقِصَاصُ فَلَا دِيَّةَ لَهُ؛ حلبی از امام صادق (ع) روایت کرده است که ایشان فرمودند: هر کسی که بر اثر اجرای حد یا قصاص کشته شود دیه ای ندارد» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹/۲۹: ۶۵).

ب) «عَنْ مُعَلَّى بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: مَنْ قَتَلَهُ الْقِصَاصُ أَوْ الْحَدُّ لَمْ يَكُنْ لَهُ دِيَّةٌ؛ کسی که بر اثر اجرای قصاص یا حد کشته شود، دیه ای ندارد» (طوسی، ۱۳۹۰/۴: ۲۷۳).

علما از واژه «الحد» در روایت معنای عموم آن که شامل تعزیر هم می شود مستفاد کرده اند. از جمله شیخ طوسی در الخلاف (که در این کتاب مطابق با نظر مشهور رأی داده است) می گوید: «و

أَنَّ التَّعْزِيرَ حَدٌّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى». صاحب‌جواهر می‌گوید: «ظاهراً مقصود از «الحَدَّ» در روایت، شامل تعزیر هم می‌شود» (نجفی، ۴۱/۱۳۶۲: ۴۷۱). همچنین مقدّس اردبیلی می‌فرماید: «در صحیح‌ه حلبی که فرموده: «أَيُّمَا رَجُلٍ قَتَلَهُ الْحَدَّ أَوْ الْقَصَاصَ، فَلَا دِيَّةَ لَهُ» [که در روایت فقط حد و قصاص ذکر شده است] قطعاً تعزیر را هم شامل می‌شود» (سبزواری، ۲۸/۱۴۱۳: ۵۷). بسیاری دیگر از علما همین‌گونه بیان داشته‌اند.

اولاً نمی‌توان به‌طور قطع بر دلالت مفرد محلّی به «ال» بر جمع نظر داد و برای همین بین علمای اصول در چنین دلالتی اختلاف نظر وجود دارد و این برخلاف جمع محلّی به «ال» است که دلالت آن بر عموم اجماعی است (ربّانی، ۱۳۸۱: ۲۰۶). البته برخی از واژه «أی» در روایت، به دلالت وضعی، عموم را مستفاد کرده‌اند (عاملی، ۱۴/۱۴۱۳: ۴۷۲) که این نظر خالی از قوّت نیست.

ثانیاً لازمه حکم به هدربودن خون فرد مسلم که استنباط فقها از عبارت «فلا دية له» از روایات این باب است ضایع کردن خون فرد مسلم است که در روایات نهی شده است و تعزیر فرد کم‌طاقت به معنای اسراف در قتل و ریختن خون فردی محقون‌الدم است که شرع مقدّس اجازه چنین تعدی را به حاکم نمی‌دهد (خوانساری، ۷/۱۴۰۵: ۱۶۱). این مطلب مؤکد به روایات متعددی از قبیل روایت ابوبصیر از امام صادق (ع) می‌باشد که می‌فرماید: «لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ؛ خُونُ مُسْلِمَانِ ضَايِعٌ وَ بَاطِلٌ نَمِي شُود» (طوسی، ۴/۱۳۹۰: ۲۶۲). بر این اساس هدربودن خون با مقتضای قاعده احترام خون مسلم منافات دارد و چگونه می‌توان قائل بر هدربودن خون مسلم شد در حالی که مقتضای چنین حکمی بی‌احترام کردن جان مسلم و عدم ضمان در برابر خون وی به‌طور مطلق است. آیت‌الله سبحانی می‌گوید: «وظایف بیت‌المال محافظت بر خون مسلم است که خون او هدر نرود و در این ضمان هیچ تفاوتی بین کسی که در ازدحام کشته شده است یا کسی که برای او عاقله نیست یا مال دارد و یا متمکّن نیست وجود ندارد» (سبحانی، ۱۳۹۱). این گفته، مؤید روایت امام صادق (ع) است که خون مسلمان در هیچ حالتی ضایع و باطل نمی‌شود.

ثالثاً، در روایات، عبارت «فلا دية له» آمده است نه عدم ضمان یا هدربودن خون فرد مسلم و نفی دیه اخصّ از عدم ضمان و هدربودن خون فرد مجرم است. به عبارت دیگر، ابهام جدی که در استنباط مشهور فقها از این روایات وجود دارد این است که ایشان نفی کلی ضمان را از روایات این باب استنتاج کرده‌اند و حال آنکه «نفی کلی ضمان» مجرای قاعده حرمت خون مسلم (لَا يَبْطُلُ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ) است که آن را نفی می‌کند و بر آن ادله حاکم است.

برخی محققان مشکل مذکور را این‌گونه حل کرده‌اند: «بر اساس برخی شواهد و قرائن از جمله تردید در صراحت روایات مطرح‌شده مبنی بر نفی کلی ضمان و از طرفی إیاء از تخصیص داشتن ادله

حرمت خون مسلمان می‌توان ادله مطرح‌شده را تخصیص زد و نتیجه گرفت که این روایات دلالت بر نفی ضمان از مجری حد می‌کنند و در واقع روایات مطرح‌شده در مقام نفی ضمان از افرادی است که در اجرای حد نقش داشته‌اند که در این صورت دیه کسی که بر اثر اجرای حد کشته شده باید از بیت‌المال پرداخت شود. چنین جمعی در مورد مشابه مورد پذیرش صاحب‌جواهر قرار گرفته است» (قندیلی و عابدی، ۱۳۹۷: ۹۵). این تحلیل فاعل «قتل» را به اجراکننده حد (حدّاد) نسبت داده است و ضمیر «ه» در عبارت «فلا دية له» را به محکوم‌علیه.

اما این توجیه، مشکلی را حل نمی‌کند، زیرا برای مجری حد نیز همچون حاکم امکان استناددادن قتل به او وجود دارد. بنابراین در استناددادن تقصیر و حتی خطا به فاعل آن هیچ تفاوتی بین مجری حد یا حاکم نیست، زیرا تفاوت آشکاری است بین عنوان قتل با عنوان موت و قتل، ولو به نحو خطا صورت گرفته باشد، مانع از اسناددادن آن به فاعل مرتکب نمی‌شود، زیرا هر قتلی مستند به اسباب فعلی و فاعل آن است. برای مثال صاحب‌جواهر می‌فرماید: «در صورتی که فرد مجری حد (جلاد) علم به کشته‌بودن اجرای حکم داشته باشد، ضامن تمام دیه است» و علامه حلی قائل بر نصف دیه شده است (حلی (علامه)، ۱۳/۱۴۱۳: ۵۵۳). بنابراین همین ایراد را می‌توان بر ذیل ماده ۴۸۵ قانون مجازات اسلامی وارد دانست که متذکر شده است: «هرگاه محکوم به قصاص عضو یا تعزیر یا حد غیر مستوجب سلب حیات در اثر اجرای مجازات کشته شود یا صدمه‌ای بیش از مجازات مورد حکم به او وارد شود، چنانچه قتل یا صدمه عمدی یا مستند به تقصیر باشد، مجری حکم حسب مورد به قصاص یا دیه محکوم می‌شود. در غیر این صورت در مورد قصاص و حد ضمان منتفی است و در تعزیرات دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود.» ماده مذکور در تعارض با ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی است که در مقام بیان قاعده‌ای کلی در امور کیفری است که شامل حاکم و غیر حاکم می‌شود (مرتضوی، ۱۳۹۶: ۵۲). ماده مذکور مقرر کرده است: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آن‌ها حسب مورد نباید از میزان و کیفیتی که در قانون یا حکم دادگاه مشخص شده است تجاوز کند و هرگونه صدمه و خسارتی که از این جهت حاصل شود، در صورتی که از روی عمد یا تقصیر باشد، حسب مورد موجب مسئولیت کیفری و مدنی است و در غیر این صورت، خسارت از بیت‌المال جبران می‌شود.»

در روایتی از پیامبر اکرم (ص) آمده است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لِسَعْدِ بْنِ عُبَادَةَ: إِنَّ اللَّهَ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا، وَجَعَلَ عَلَى كُلِّ مَنْ تَعَدَّى حَدًّا مِنْ حُدُودِ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - حَدًّا»؛ پیامبر اکرم (ص) به سعد بن عباده فرمود: خداوند برای هر چیزی حدی قرار داد و برای هر کسی که از آن حد تجاوز نماید نیز حدی قرار داد» (کلینی، ۱۴/۱۴۰۷: ۹).

امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله، قید «اذا لم يتجاوز» را در لسان روایات تقدیر گرفته است و می‌فرماید: «من قتله الحد أو التعزیر فلا دية له إذا لم يتجاوز» (موسوی خمینی، ۲/۱۴۲۰: ۴۸۱). به نظر می‌رسد تقدیر مرحوم امام به صواب نزدیک‌تر است؛ به شرطی که مقصود از قید «لم يتجاوز» اعم از تجاوز از میزان مجازات مقدر شرعی، که مرحوم امام و فقهای هم‌نظر وی به همین قسم بسنده کرده‌اند، و تجاوز از میزان طاقت فرد ولو به نحو خطا باشد که در این صورت (یعنی خطا) ضمان آن بر عهده بیت المال است (توضیح این دیدگاه در صفحات آتی خواهد آمد). این تقدیر هم متناسب با مسلمات و عمومات ادله باب قتل است و هم با احکام سرایت جراحت در باب قصاص و نیز با تبصره ماده ۱۸۵ قانون مجازات اسلامی سازگار است که در این باره مقرر نموده است: «چنانچه ورود آسیب اضافی مستند به محکوم علیه باشد ضمان منتفی است.»

۴-۱-۱. اصل برائت

علاوه بر موارد فوق، آنجایی که مجرم در اثر تعزیر کشته می‌شود، کسانی که قائل به عدم دیه شده‌اند، به اصل عملی برائت استناد کرده‌اند، زیرا پس از آنکه حد شرعی، که یکی از تکالیف شرعی است، اجرا شد و منجر به مرگ فرد محکوم گردید، شک وجود دارد که آیا ضمانی وجود دارد یا نه. در این صورت اصل بر عدم تکلیف است. برخی فقها نظیر شهید اول (مکی عاملی، ۴/۱۴۱۴: ۳۰۰) و محقق اصفهانی (اصفهانی، ۱۰/۱۴۱۶: ۵۶۳) به اصل مذکور استناد کرده‌اند. این دلیل چندان قابل اعتنا نیست، زیرا در این مورد روایات وجود دارد و اصول عملیه توانایی معارضه با ادله روایات را ندارند (خوانساری، ۷/۱۴۰۶: ۵۱). ضمن اینکه جان همچون ناموس و مال از امور بسیار مهم و حیاتی حقوق مردم محسوب می‌شود که به اعتقاد علمای اصول مجرای اصالة الاحتیاط است نه اصالة البرائة (انصاری، ۱/۱۴۱۵: ۵۴۴).

۲-۱. دیدگاه دوم: ضامن بودن در صورت تعدی و تجاوز از میزان مجازات

دسته‌ای دیگر از فقها نظیر مرحوم نجفی، محقق سبزواری و معدودی از علمای معاصر همچون امام خمینی (ره)، آیت الله منتظری و آیت الله گلپایگانی که عدم ضمان را مشروط به عدم تجاوز در مجازات حد یا تعزیرات دانسته‌اند. بنابراین در صورتی که تعزیر یا حد به گونه‌ای شدت یابد که سبب فوت مجرم گردد، در اینجا، ضمان مطرح می‌شود (نجفی، ۴۱/۱۳۶۲: ۴۷۰؛ سبزواری، ۲۸/۱۴۱۳: ۵۸؛ موسوی خمینی، ۲/۱۴۲۰: ۴۸۱؛ گلپایگانی، ۲/۱۴۱۲: ۴۰۱). وجه ترجیح دیدگاه دوم فقها از اول در همین نکته است که دیدگاه اول مسئله را با قطع نظر از عوارضی که موجب تغییر حکم می‌گردد تحلیل کرده است، برخلاف دیدگاه دوم.

اگرچه در فقه اسلامی، احکام غالباً با قطع نظر از عناوین ثانویه صادر می‌شوند، در این مسئله سزاوار بود که فقهای دسته نخست، حکم را مقید به عدم تعدی و تقصیر حاکم می‌کردند، زیرا از حکم ایشان نوعی اطلاق در عدم ضمان فهمیده می‌شود (وگرنه سایر فقها بر ایشان مناقشه نمی‌کردند).

صاحب‌جواهر می‌فرماید: «کیف کان (الأول مروی) فی الحسن أو الصحیح عن الصادق علیه السلام «أیما رجل قتله الحد أو القصاص فلا دية له» و فی خبر الشحام «من قتله الحد فلا دية له» مضافاً إلى أصل البراءة وقاعدة الإحسان، ولكن ینبغی تقييد ذلك بما إذا لم یحصل الخطأ لو کان من غیر المعصوم علیه السلام بالتجاوز ونحوه وإلا اتجه الضمان؛ مقتضای روایات... و نیز اصل براءت و قاعدة احسان این است که هیچ دیه‌ای برای حاکم نیست. ولی شایسته است چنین حکمی مقید به حالتی شود که قتل توسط غیر معصوم از روی خطا یا تجاوز و مانند آن صورت نگرفته باشد وگرنه ضمان متوجه حاکم می‌شود» (نجفی، ۴۱/۱۳۶۲: ۴۷۱).

آیت‌الله منتظری در تفسیر قید «عدم تجاوز» می‌فرماید: «حدّ مصطلح، میزان و مقدار آن از جانب خداوند باری تعالی تعیین شده است. بنابراین هرگاه حاکم، که مأمور به اجرای حکم است، بدون تعدی و تفریط، آن را جاری سازد، هیچ وجهی برای ضمان او نمی‌توان تصور کرد، زیرا حکم از جانب خداوند متعال است و حاکم امثال‌کننده امر خداوند بوده است. اما تعزیر [ات غیر مقدر] و تأدیب از آنجایی که مقدار خاصی برای آن‌ها در شرع تعیین نشده است و تعیین میزان آن به صلاح‌دید حاکم یا والی است و از طرف دیگر غرض هم ادب‌کردن با حفظ موضوع آن و سلامت فرد است، در این صورت می‌توان گفت که مرگ مستند به خطا و اشتباه حاکم در تعیین مقدار تعزیر بوده است و بنابراین ضمان ثابت است (منتظری، ۱۴۰۷/ق ۱: ۳۱۸). همین قول را پیش‌تر شیخ طوسی در المبسوط فرموده است: «احوط این است که چنانچه امام به تعزیر مجرم می‌پردازد و آن مجرم در اثر اجرای مجازات تعزیر جان خود را از دست بدهد، پرداخت تمام دیه وی لازم می‌گردد، زیرا مجازات تعزیری وی به منظور تأدیب بوده است» (طوسی، ۸/۱۳۸۷: ۶۳).

۱-۲-۱. صحیحۃ ابی‌العباس

«محمد بن الحسن عن أحمد بن محمد، عن محمد بن عیسی، عن داود بن الحصین عن أبي العباس، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عمّن أقيم علیه الحد، أيقاد منه أو تؤدى دية؟ قال: لا إلا أن یزاد علی القود»؛ از امام پرسیدم در مورد کسی که حد بر او [به ناحق] جاری شده است، آیا از او قصاص می‌شود؟ یا دیه به او داده می‌شود؟ امام فرمود: خیر؛ مگر اینکه بیشتر از قصاص بر او جاری شده باشد» (حرّعاملی، ۲۹/۱۴۰۹: ۶۵).

در سند این روایت کسی اشکال نکرده است. اما در مدلول روایت، در پاسخ «لا» در جواب امام تردید وجود دارد که آیا در جواب قصاص است یا هم قصاص و هم دیه؟ مرحوم خویی می‌فرماید: «فإنَّها تدلُّ علی أنَّه لا قود ولا دية فی ذلک مطلقاً؛ این روایت دلالت بر این دارد که نه قصاص و نه دیه مطلقاً ثابت نمی‌شود» (خویی، ۱۳۸۰/۴۲: ۱۰۱). اما آیت‌الله فاضل لنکرانی می‌گوید: «از این روایت، عدم ثبوت قصاص فهمیده می‌شود، نه دیه بابت کسی که توسط حد یا قصاص کشته شده است» (لنکرانی، ۱۳۸۰: ۱۸۸).

۲-۱. ادله اثبات ضمان نفس

این ادله از مسلمات شرع مقدس است، مبنی بر اینکه کسی که از حدودی که خداوند تعیین نموده است تجاوز کند یا سبب مرگ متخلف گردد، قطعاً ضامن است و ضمان بر شخص او تعلق می‌گیرد. محقق سبزواری می‌گوید: «هرکس از مجازاتی که شرع میزان آن را مقدر نموده تجاوز کند، مجازات دیه یا قصاص بر اوست؛ به دلیل عمومات بدون مخصص و اطلاقاتی که مقید نشده‌اند (سبزواری، ۱۳۸۰/۲۸: ۵۸). در بخشی از ماده ۴۴۰ قانون مجازات اسلامی آمده است: «قصاص عضو را می‌توان فوراً اجرا کرد، لکن اگر علم به سرایت وجود نداشته باشد و قصاص اجرا شود و پس از آن جنایت سرایت کند و سرایت پدید آمده عمدی محسوب شود، مرتکب، حسب مورد، به قصاص نفس یا عضو محکوم می‌شود...» مستند این ماده روایات متعددی است که برای نمونه دو مورد ذکر می‌شود:

۱. مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ، عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحِ الثَّوْرِيِّ، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «إِنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَمَرَ قَبْرًا أَنْ يَضْرَبَ رَجُلًا حَدًّا، فَعَلَّظَ قَبْرًا، فَزَادَهُ ثَلَاثَةَ أَسْوَاطٍ، فَأَقَادَهُ عَلَى عَلَيْهِ السَّلَامُ مِنْ قَبْرِ ثَلَاثَةِ أَسْوَاطٍ؛ حسن بن صالح ثوری از امام باقر (ع) روایت می‌کند که علی (ع) به قنبر دستور داد تا درباره مردی حد جاری نماید. قنبر در تعداد ضربات اشتباه کرد و سه ضربه بیش از آنچه بدان مأمور بود زد. علی (ع) قصاص آن سه ضربه را از قنبر گرفت» (کلینی، ۱۴۰۷/۱۴: ۲۴۳).

۲. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لِسَعْدِ بْنِ عُبادَةَ: إِنَّ اللَّهَ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا، وَجَعَلَ عَلَى كُلِّ مَنْ تَعَدَّى حَدًّا مِنْ حُدُودِ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - حَدًّا؛ پیامبر اکرم (ص) به سعد بن عبادۀ فرمود: خداوند برای هر چیزی حدی قرار داد و برای هر کسی که از آن حد تجاوز نماید نیز حدی قرار داد» (کلینی، ۱۴۰۷/۱۴: ۹).

اولاً تعدی و تفریط تنها با تجاوز از میزان و مقداری که خداوند برای هر جرم تعیین کرده است محقق نمی‌شود تا اینکه «مقدر بودن» مجازات ملاک برای ضمان و عدم ضمان حاکم شود، بلکه یکی

دیگر از راه‌های تعدی و تفریط توجه‌نکردن به میزان طاقت شخص محکوم و اجرای حکم با داشتن «خوف تلف مرتکب یا صدمه بر عضو دیگر» موضوع بند (پ) ماده ۳۹۳ قانون مجازات اسلامی است. همچنین ماده ۴۴۰ قانون نامبرده می‌گوید: «قصاص عضو را می‌توان فوراً اجرا کرد، لکن اگر علم به سرایت وجود نداشته باشد و قصاص اجرا شود و پس از آن، جنایت سرایت کند و سرایت پدیدآمده عمدی محسوب شود، مرتکب، حسب مورد، به قصاص نفس یا عضو محکوم می‌شود. لکن پیش از اجرای قصاص نفس ولی دم باید دیه جنایتی را که به‌عنوان قصاص عضو بر مرتکب وارد شده است به او پردازد و اگر سرایت پدیدآمده غیرعمدی محسوب شود، مرتکب به دیه جنایتی که به‌وسیله سرایت پدید آمده است محکوم می‌شود و دیه مقداری که قصاص شده است کسر نمی‌شود.»

مقتضای این تحلیل این است که در بند (پ) ماده ۳۹۳ قانون مجازات اسلامی باید به‌جای عبارت «داشتن خوف تلف مرتکب یا صدمه بر عضو دیگر» از عبارت «مجازات نباید سبب مرگ محکوم‌علیه شود» تعبیر آورده شود، زیرا خوف‌نداشتن حین صدور حکم یا اجرای مجازات ضمان مسئولین قضایی را برنمی‌دارد.

ثانیاً با فوت فرد ممکن است پس از رسیدگی موجبات قتل کشف شود که حاکم در صدور حکم به اجرای مجازات و عدم تشخیص (ضابطان و کارشناسان او) دچار خطا شده است که در این صورت بر اساس روایات شرعی ضمان برعهده بیت‌المال است. آیت‌الله منتظری در مبانی فقهی حکومت اسلامی می‌گوید: «ما در تعزیر از آن جهت امام را ضامن می‌دانیم که تعزیر تأدیبی است که در آن سلامت متخلف شرط شده، پس اگر اجرای آن سبب تلف و از بین رفتن گردد، معلوم می‌شود که امام تا این حد مجاز نبوده و ضمان مقتول برعهده اوست». از مؤیدات این گفته، ماده ۴۸۶ قانون مجازات اسلامی است که مقرر کرده است: «هرگاه پس از اجرای حکم قصاص، حد یا تعزیر که موجب قتل یا صدمه بدنی شده است پرونده در دادگاه صالح، طبق مقررات آیین دادرسی، رسیدگی مجدد شده و عدم صحت آن حکم ثابت شود، دادگاه رسیدگی‌کننده مجدد حکم پرداخت دیه از بیت‌المال را صادر و پرونده را با ذکر مستندات جهت رسیدگی به مرجع قضایی مربوط ارسال می‌نماید تا طبق مقررات رسیدگی شود. در صورت ثبوت عمد یا تقصیر از طرف قاضی صادرکننده حکم قطعی وی ضامن است و به حکم مرجع مذکور، حسب مورد، به قصاص یا تعزیر مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» و بازگرداندن دیه به بیت‌المال محکوم می‌شود.»

بنابراین در مجازات‌های حدی و تعزیری مقدر و حتی قصاص عضو هم با وجود اینکه خداوند میزان آن را تعیین نموده است باز هم امکان چنین تقصیری از سوی حاکم و مجریان احکام وجود دارد.

۳-۱. دیدگاه سوم: تفکیک بین حقوق الله و حقوق الناس

صاحبان این نظریه برای ضمان حاکم بین حقوق الله و حقوق الناس (مانند حد قذف) تفکیک قائل شده‌اند. اولین فقیهی که قائل بر این دیدگاه شده است شیخ مفید است. ایشان در المقنعه می‌گوید: «اگر امام شخصی را تازیانه بزند، سپس در اثر اجرای تازیانه بمیرد و این حد از باب حقوق الله باشد، دیه‌ای ندارد. اما اگر او را از باب تأدیب یا حدی که مختص به حقوق الناس است تازیانه بزند، ضامن دیه‌اش است و کسی که از باب قصاص بدون تعدی کشته شود دیه‌ای ندارد» (مفید، ۱۴۱۳: ۷۴۳). شیخ طوسی در کتاب المبسوط و در ضمن باب اشر به، ضمن اشاره به قول قائلین به عدم ضمان، معتقد است که مذهب امامیه اقتضای این را دارد که دیه بر بیت المال ثابت باشد (طوسی، ۸/۱۳۸۷: ۶۳). این درحالی است که در النهایه قول دیگری را اختیار کرده است و بر این نظر است که کسی که در اثر اجرای قصاص یا حد کشته شود قصاص و دیه‌ای ندارد (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۵۵)؛ اما در کتاب استبصار با عقیده شیخ مفید مبنی بر تفکیک بین حق الله از حق الناس موافقت کرده است.

آیت الله منتظری این دیدگاه را مقتضای جمع بین روایات و موافق با احتیاط دانسته است و می‌فرماید: «مقتضای احتیاط این است که در باب حدود، به‌خاطر جمع بین روایات، تفصیل شیخ را پذیرفت (منتظری، ۲/۱۴۰۹: ۳۶۷). درحقیقت آیت الله منتظری هم تفصیل شیخ مفید و شیخ طوسی را می‌پذیرد و هم تعزیر و تأدیب حاکم را در آنجایی که غیرمقدر است ضامن می‌داند.

علمای این دسته برای اثبات دیدگاه خود مبنی بر وجوب دیه در حدودی که مربوط به حق الناس باشد، به روایتی از امام صادق (ع) تمسک کرده‌اند که شیخ صدوق نیز با سند خود آن را در «من لایحضره الفقیه» نقل کرده است (صدوق، ۴/۱۴۱۳: ۷۲). الحسن بن محبوب، عن الحسن بن صالح بن حلی الثوری، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: سمعته یقول: «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ قَالَ: قَالَ الصَّادِقُ (ع) مَنْ ضَرَبْنَاَهُ حَدًّا مِنْ حُدُودِ اللَّهِ فَمَاتَ فَلَا دِيَةَ لَهُ عَلَيْنَا وَمَنْ ضَرَبْنَاَهُ حَدًّا مِنْ حُدُودِ النَّاسِ فَمَاتَ فَإِنَّ دِيَتَهُ عَلَيْنَا؛ محمد بن علی بن حسین از امام صادق (ع) روایت کرده است که ایشان فرمودند: کسی که حدی از بابت حقوق الله بر او زده شود و بمیرد، دیه‌ای بر عهده ما ندارد و کسی که حدی از بابت حقوق الناس بر او زده شود و بمیرد، دیه او بر عهده ماست» (صدوق، ۴/۱۴۱۳: ۷۲).

فخرالمحققین بر تواتر این روایت ادعای اجماع کرده است (حلی (فخرالمحققین)، ۴/۱۳۸۷: ۵۱۶). صاحب‌جواهر و بسیاری از فقها در پاسخ به ادعای اجماع فخرالمحققین گفته‌اند: «این خبر که گفته‌اند متواتر است محقق نشده و ضعیف است، پس صلاح نیست که مقید یا مخصص حسنه حلی از امام صادق (ع) باشد» (نجفی، ۴۱/۱۳۶۲: ۴۷۱).

آیت الله منتظری در پاسخ می گوید: اولاً اسناد شیخ صدوق بر متن امام (ع) آن هم به نحو تأکید دلالت بر ثبوت آن نزد ایشان دارد و الا ایشان این تعبیر را جایز نمی شمرد؛ خصوصاً با توجه به حرمت قول و نسبت دادن بدون علم به امام (ع). ثانیاً سند ثوری صحیح است و ابن محبوب از اصحاب اجماع است و شاید تمام این موارد برای اعتماد به خبر کافی باشد، ولو اینکه خود شخص ثوری از زیدیه بتریه باشد و وثاقت او ثابت نشده باشد. «ثالثاً ظاهر قول شیخ طوسی در استبصار نیز بر این است که ایشان بر این خبر اعتماد کرده است و ایشان روایات دسته نخست (مؤید نظر مشهور مثل: «ایما رجل قتله الحدّ أو القصاص، فلا دية له» که دیه هر گونه ضمان را نفی کرده اند) را بر این روایت حمل نموده است و در نتیجه قول بهتر حکم به تفصیل است (منتظری، ۱۴۰۹: ۲/۳۶۷).

فقهایی بسیاری همچون محقق خوانساری (خوانساری، ۱۴۰۵: ۷/۱۶۱)، فاضل هندی (اصفهان، ۱۴۱۶: ۱۰/۵۶۳)، شهید ثانی (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۴۷۳)، نجفی (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۱/۴۷۱)، مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱/۳۹۳) بر سند این روایت خدشه وارد کرده اند. آیت الله خویی می فرماید: «این روایت به دلیل اسناد از حسن بن صالح الثوری ضعیف است و استدلال و نیز اعتماد به آن در استنباط احکام شرعی اصلاً ممکن نیست» (خویی، ۱۴۱۸: ۴۲/۲۶۳).

دیدگاه سوم، که بر اساس روایات بین حقوق الناس و حقوق الله قائل به تفکیک شده است، محل مناقشه است. اگرچه استدلال فقها در اثبات ضمان برای حقوق الناس محکم است ولی به نظر می رسد عدم ضمان در حقوق الله بر هیچ استدلال محکمی استوار نیست، زیرا همان مناقشاتی که این فقیهان بر نظریه مشهور مبنی بر عدم ضمان حاکم در حقوق الناس وارد کرده اند، بر نظریه خود ایشان مبنی بر عدم ضمان حاکم در حقوق الله نیز وارد است. برای مثال شیخ مفید در مقنعه، به رغم آنکه قائل بر ضمان در حقوق الناس شده است، اما متعرض ثبوت ضمان در مورد قصاص شده و فرموده است: «و من قتله القصاص من غیر تعد فیه، فلا دية له» (مفید، ۱۴۱۳: ۱/۷۴۳). این گفته محل تأمل است، زیرا هیچ خصوصیتی در حقوق الناس نیست که در حقوق الله باشد که لازم باشد در مسئله قائل بر تفصیل شد، زیرا در اجرای حکم در خصوص حقوق الله نیز چنانچه حاکم اهمال ورزد یا مرتکب را عمدتاً به قتل برساند یا در تشخیص آمادگی فرد برای اجرای مجازات دچار خطا شود، عدم ضمان منجر به نفی احترام خون مسلم و تباه شدن آن می گردد و همان مناقشات کاملاً قابل تسری به رأی ایشان است. افزون بر اینکه بر سند روایت حسن بن محبوب مناقشات فراوانی از سوی علما وارد شده است و توجیهات آیت الله منتظری خلاف اصول و معیارهای اعتبارسنجی احادیث نزد علمای بزرگ شیعه همچون آیت الله خویی، نجفی و... است؛ چنان که پوشیده نیست.

مرحوم نجفی در جواهر می‌نویسد: «اگر حاکم غیر معصوم، از روی عصبانیت به اجرای حد محدودی به مقداری بیش از میزان حد حکم نماید، در صورتی که قصد قتل را نداشته باشد و فعل هم غالباً کشتنده نباشد و شخص بر اثر آن زیاده حد بمیرد، نصف دیه بر عهده حاکم است که از مال خود باید آن را پرداخت نماید. [حکم به ضمان در برابر نصف دیه] به شرطی است که فرد زنده (جلاد) علم به کشته‌بودن اجرای حکم نداشته باشد. اما در صورتی که علم داشته باشد، او ضامن است، زیرا او مباشر در قتل است. برخلاف فرض اول که آمر (حاکم) در آن اقوی از مباشر (جلاد) است. پس ضمان اختصاص به او دارد، زیرا در اینجا قتل از نوع شبه‌عمد است. پس فرض مسئله این‌گونه شد که مقتول با دو سبب کشته شده است: یکی فرض جایز و دومی فرض ضامن‌بودن حاکم بعد از انجام کاری که جایز نبوده است، زیرا او قصد فعل (اجرای حکم) داشته است، نه قصد قتل؛ [خلاصه آنکه] در هر صورت چنین تغلیظ در عقوبتی از مقوله خطای حاکم (قتل خطایی) نیست» (نجفی، ۱۳۱۶/۴۱: ۴۷۳).

این تفصیل محل تردید است، زیرا اسباب ضمان در برابر قتل به اعتبار اقسام قتل است، نه جواز و عدم جواز آن؛ به همین خاطر قسم سوم، یعنی خطای حاکم در تفصیل، نادیده انگاشته شده است و ایشان ریختن خونی را که مستند به ارتکاب قتل خطایی توسط حاکم باشد مهدور فرض کرده است. به نظر می‌رسد دلیل محور قراردادن جواز یا عدم جواز در این تفصیل به خاطر عبارت «کلّ فعل جایز لایتعقّب» در عبارات مشهور فقهاست که عموم ایشان برای اثبات عدم ضمان حاکم به آن استناد جسته‌اند.

۲. نظر مختار

نظر مختار نگارندگان بر ثبوت حکم ضمان در صدور یا اجرای عموم مجازات‌ها در جایی است که سرایت جراحت مستند به تفریط محکوم‌علیه نباشد. این مدّعا با نص صریح ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی به همراه تبصره ماده ۱۸۵ همان قانون مطابقت می‌کند. ماده ۱۳ مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آن‌ها حسب مورد نباید از میزان و کیفیتی که در قانون یا حکم دادگاه مشخص شده است تجاوز کند و هرگونه صدمه و خسارتی که از این جهت حاصل شود، در صورتی که از روی عمد یا تقصیر باشد، حسب مورد موجب مسئولیت کیفری و مدنی است و در غیر این صورت، خسارت از بیت‌المال جبران می‌شود.» تبصره ماده ۱۸۵ نیز متذکر شده است: «چنانچه ورود آسیب اضافی مستند به محکوم‌علیه باشد ضمان منتفی است.»

دلیل نگارندگان به شرح ذیل است:

الف) قاعده احترام خون مسلم: در حقیقت لازمه حکم به عدم ضمان ضایع کردن خون فرد مسلم است که شرع مقدس اجازه چنین تعدی را نمی‌دهد.

ب) روایت ثبوت دیه بر بیت المال: که این روایت قتل از روی خطا را هم مشمول ضمان دانسته است و این گفته مؤید روایت امام صادق (ع) است که خون مسلمان در هیچ حالتی ضایع و باطل نمی شود. به تحقیق، از میان علمای امامیه، تنها محقق خوانساری در جامع المدارک است که به رغم اینکه مسئله را به واسطه نظر مشهور مشکل دانسته است، علاوه بر رد نظریه تفصیل شیخ مفید، به واسطه ضعف روایت صالح الثوری، دیدگاه عدم ضمان مشهور را هم منافی با روایات حرمت خون مسلمان دانسته است (خوانساری، ۱۴۰۵/۷: ۱۶۱).^۱ بنابراین، دلیل اصلی قول به حکومت ادله حرمت خون مسلم بر روایات مؤید نفی ضمان است، زیرا از یک سو در صراحت داشتن روایات مطرح شده مبنی بر نفی کلی ضمان تردید وجود دارد و از طرفی دیگر ادله حرمت خون مسلمان اباء از تخصیص دارند.

۲-۱. تحقیق در مرجع ضمان

پذیرش حکم ضمان فرعی را بر مطلب مترتب می کند و آن تحقیق در مرجع ضمان در احکام منجر به فوت است. بین فقها در این زمینه اختلاف شده است. مبنای دیدگاه کسانی که قائل به تفکیک حق الناس از حق الله بودند روایت شیخ صدوق از حسن بن صالح الثوری (مَنْ ضَرَبَتْهُ حَدًّا مِنْ حُدُودِ اللَّهِ فَمَاتَ فَلَا دِيَّةَ لَهُ عَلَيْنَا وَمَنْ ضَرَبَتْهُ حَدًّا مِنْ حُدُودِ النَّاسِ فَمَاتَ فَإِنَّ دِيَّتَهُ عَلَيْنَا) است. شیخ مفید، شیخ طوسی، محقق سبزواری و آیت الله منتظری بر مضمون این روایت عمل کرده اند که البته استنباط های مختلفی از آن ارائه کرده اند. شیخ مفید در مقنعه قائل بر این است که استفاد از روایت این است که امام ضامن است (مفید، ۱۴۱۳/۱: ۴۷۳). مرحوم نجفی این قول را محتمل دانسته است (نجفی، ۱۳۱۶/۴: ۴۷۱) و شهید ثانی نیز، با فرض پذیرش ضمان، قائل بر ثبوت ضمان بر امام شده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳/۱۴: ۴۷۳).

آیت الله منتظری می گوید: «ظاهراً مراد از عبارت «بکون دیتة علینا» در روایت، یعنی دیه بر حاکمان است، زیرا آنان حکام مسلمین هستند که در این صورت برعهده بیت المال است؛ همان گونه که روایت «الأصبع» بر آن دلالت می کند (منتظری، ۱۴۰۹/۲: ۳۶۷). در روایت اصبع آمده است: «محمد بن علی بن الحسین باسناده عن الأصبع بن نباته قال: قضی أمر المؤمنین علیه السلام

۱. و يمكن أن يقال: تارة يكون من يجرى عليه الحد في معرض الموت فلا أظن أن يقال بإجراء الحد عليه لأن المفروض أن من يجرى عليه الحد محقون الدم بل يعد الإقدام مع هذا عمداً ولذا ذكر في مفطرات الصوم نحو هذا عمداً، و أخرى من باب الاتفاق فالتمسك بما ذكر مشكل لأن الاستيفاء السانغ لا ينافي الضمان، ألا ترى أنه لو توقف حفظ النفس المحترمة على الأكل والشرب من مال الغير جاز وعليه الضمان ولو باشر هذا غير الأكل والشارب كان محسناً وعليه الضمان، و أيضاً قالوا في اللقطة إذا أعطيت الفقير به عنوان الصدقة وعرف صاحبها ولم يرض يكون المعطى ضامناً، وقد ورد في الأخبار عدم مهورية دم المسلم والمسألة مشكلة (خوانساری، ۱۴۰۵/۷: ۱۶۱).

أن ما أخطأت القضاة في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين؛ هر آنچه قضات در خون یا قطع عضو دچار خطا شوند، دیه بر بیت المال مسلمین است» (حرّ عاملی، ۱۳۹۹/۱۸: ۱۲۵). شیخ طوسی در کتاب استبصار نیز با استناد به روایت الثوری، قائل بر ضمان بیت المال است. شهید ثانی در نقد شیخ طوسی می‌فرماید: «مقتضای این گفته تخصیص حد است و نیز اینکه مراد از بیت المال بیت المال امام است نه بیت المال مسلمین» (جبعی عاملی، ۱۳۹۳/۱۴: ۴۷۳).

آیت الله منتظری در ردّ گفته شهید ثانی می‌فرماید: «امکان دارد که گفته شود در تعزیر و تأدیب حاکم، در صورتی که مرگ مستند به خطا و اشتباه حاکم در تعیین مقدار تعزیر باشد، ضمان را ثابت می‌کند و در این صورت ضمان بر بیت المال مسلمین ثابت می‌شود، نه بر خود او؛ همان گونه که از روایت اصبع بن نباته استنباط می‌شود که کافی هم به سند موثق ابی مریم از ابی جعفر (ع) روایت مذکور را نقل می‌کند (منتظری، ۱۳۹۹/۲: ۳۶۵).

از عبارت آیت الله منتظری (در صورتی که مرگ مستند به خطا و اشتباه حاکم در تعیین مقدار تعزیر باشد...) محوریت «قواعد باب قتل» در تحلیل و اثبات ضمان حاکم به خوبی محرز می‌شود و به نظر نگارندگان در صورتی که فقها تحلیل اصل مسئله، یعنی اثبات ضمان در مجازات‌های بدنی، را بر محوریت قواعد مسلم در باب قتل می‌گذاشتند، در این صورت بررسی مسئله چندان با ابهام جدی روبه‌رو نمی‌شد، زیرا موضوع مسئله در حقیقت درباره «قتل» است و هر قتلی مستند به اسباب اثرگذار و فاعل آن است و خطایی بودن قتل مانع اسناددهی فعل به فاعل آن نمی‌شود.

به نظر می‌رسد اختلاف فقها در مرجع ضمان صرفاً در غفلت از توجه به اسباب آن است، وگرنه هیچ گونه تنافی بین اقوال دیده نمی‌شود. دیدگاه شیخ طوسی و آیت الله منتظری مبنی بر ثبوت ضمان بر عهده بیت المال را باید حمل بر موردی کرد که قتل مستند به خطا و اشتباه قاضی باشد که بنا به روایت «أن أُرش خطا القاضی فی دم أو قطع علی بیت المال» ضمان بر عهده بیت المال است و فتوای فقها مبنی بر ثبوت ضمان بر عهده حاکم را باید مربوط به فرض‌هایی دانست که قتل به نحو شبه عمد یا عمد صورت گرفته باشد که شیخ مفید و شهید ثانی و برخی دیگر از علما به آن فتوا داده‌اند. طبق این فرض، دیگر نیازی هم به تأویل کردن قید «بیت المال» به «بیت المال حاکم» آن گونه که ایشان بیان کرده‌اند هم نیست، چراکه چنین تأویلی جداً بعید است. مؤید این تحلیل ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی است که خسارت ناشی از حکم به کیفر و اجرای آن را در صورتی هم که از روی غیر عمد و غیر تقصیر باشد از بیت المال دانسته است.

۲-۲. تحقیق در مفهوم مقام قضایی در آیین دادرسی کیفری

با اثبات نظریه حکم ضمان مقامات قضایی در صورت تقصیر مستند به ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی و عموماً باب قتل، فرعی بر مسئله مترتب می‌شود و آن ضرورت تفکیک مرجع صدور حکم از قاضی اجرای احکام کیفری است. در متون فقهی اسلام، نظام دادرسی به صورت سنتی بوده است و مقصود از مقام قضایی همان حاکم شرع است که هم مرجع صدور حکم و هم ناظر بر اجرای مجازات است. اما در نظام دادرسی کیفری ایران این دو نهاد از یکدیگر مجزا هستند و در قوانین کیفری مقامی با نام «قاضی اجرای احکام کیفری» پیش‌بینی شده است که در مرحله اجرای حکم و حتی مرحله بعد از اجرای حکم دارای وظایف و اختیاراتی است. به موجب ماده ۴۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری، «عملیات اجرای رأی با دستور قاضی اجرای احکام کیفری شروع می‌شود و به هیچ وجه متوقف نمی‌شود، مگر در مواردی که قانون مقرر نماید». همچنین ماده ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری متذکر شده است: «هرگاه محکوم‌علیه به بیماری جسمی یا روانی مبتلا باشد و اجرای مجازات موجب تشدید بیماری و یا تأخیر در بهبودی وی شود، قاضی اجرای احکام کیفری با کسب نظر پزشکی قانونی تا زمان بهبودی اجرای مجازات را به تعویق می‌اندازد.» برای مثال چنانچه در جرایم تعزیری امیدی به بهبودی بیمار نباشد، قاضی اجرای احکام کیفری، پس از احراز بیماری محکوم‌علیه و مانع بودن آن برای اعمال مجازات، با ذکر دلیل، پرونده را برای تبدیل به مجازات مناسب دیگر، با در نظر گرفتن نوع بیماری و مجازات، به مرجع صادرکننده رأی قطعی ارسال می‌کند (آقایی جنت‌مکان، ۱۳۹۴/۴: ۵۸).

بر اساس ماده ۱۰ آیین‌نامه نحوه اجرای احکام حدود، سلب حیات و...، مصوب ۱۳۹۸/۳/۲۷ رئیس قوه قضائیه، در صورت حدوث هریک از موانع قانونی نظیر بارداری، بیماری جسمی یا روانی محکوم تا زمان بهبودی، منوط به آنکه اجرای مجازات موجب تشدید بیماری یا تأخیر در بهبودی شود (و نیز سایر قیدهای مندرج در ماده)، قاضی اجرای احکام کیفری موظف است با تنظیم صورت‌مجلس و ذکر علت، انجام تشریفات قانونی و حسب مورد پس از اخذ نظر پزشکی قانونی و تأیید این نظر دستور تعویق اجرای مجازات را تا رفع مانع یا سپری شدن مدت صادر کند.

از این عبارات به خوبی مشخص می‌شود که آرای کیفری به دستور و تحت نظارت قاضی اجرای احکام کیفری اجرا می‌شود. رفع ابهام و اجمال از رأی با دادگاه صادرکننده رأی قطعی است. اما رفع اشکالات مربوط به اجرای رأی با رعایت موازین شرعی و قانونی با قاضی اجرای احکام کیفری است که رأی زیر نظر او اجرا می‌شود. برای همین، ماده ۴۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «هرگاه قاضی اجرای احکام کیفری رأی صادره را از لحاظ قانونی لازم‌الاجرا نداند، مراتب را با اطلاع

دادستان به دادگاه صادرکننده رأی قطعی اعلام و مطابق تصمیم دادگاه اقدام می‌کند.» بنابراین از آنجایی که وظیفه شناسایی وضعیت جسمانی و احراز آمادگی محکوم‌علیه برای اجرای مجازات با قاضی اجرای احکام است، در صورتی که اجرای حکم منجر به سلب حیات محکوم‌علیه شود و تقصیر مستند به عدم نظارت صحیح قاضی اجرای حکم باشد، ایشان ضامن است، مگر آنکه، بر طبق ماده ۴۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری، قاضی اجرای حکم مراتب را به دادرس اعلام کند و مجازات با تصمیم دادستان و دادگاه صادرکننده رأی قطعی اجرا گردد. بنا به ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی، مسئولیت کیفری و مدنی مقامات قضایی مشروط به عمد یا تقصیر ایشان در اجرای مجازات و تجاوز از میزان و کیفیتی است که در قانون یا حکم دادگاه مشخص شده است. از این رو، در صورتی که اجرای رأی قطعی با صلاحدید و البته با خطای کارشناسی و سایر قصورات از این قبیل همراه باشد، حسب ماده مذکور جبران خسارت به عهده بیت‌المال است.

نتیجه

چنانچه عقلاً امکان تقصیر در تک‌تک مصادیق مجازات‌ها در مرحله صدور و اجرای حکم وجود داشته باشد، در این صورت محذوریت «باطل شدن خون مسلم» و سردرگمی در خصوص مسئله ضمان خون اضافی ریخته‌شده فرد مسلم همچنان بر آن مترتب می‌شود. به نظر نگارندگان، منشأ اختلافات فقها اغلب به دلیل اختلاف در مبانی و مستندات است که در این باب وارد شده است و هر گروه استنباط‌های متفاوتی از این مستندات ارائه کرده‌اند که منجر به غفلت از مبادی و مسلمات فقهی باب قتل شده است. اگر فقها در تحلیل اصل مسئله بر محوریت قواعد مسلم در باب قتل توجه می‌کردند، در این صورت بررسی مسئله چندان با ابهام جدی روبه‌رو نمی‌شد، زیرا موضوع مسئله در حقیقت در خصوص «قتل» است و هر قتلی مستند به اسباب اثرگذار و فاعل آن است و خطایی بودن قتل مانع اسناددهی فعل ارتكابی به فاعل آن نمی‌شود، چراکه در باب ضمان در قتل نیز روایات و قواعد مسلمی وجود دارد و به عقیده نگارندگان این دسته از روایات همچون «لا یبطل دم امرئ مسلم»، حاکم بر روایات مؤید نظر مشهور مبنی بر نفی ضمان کلی و سایر روایات هستند، زیرا روایات مؤید نظر مشهور برخلاف آن دسته قابل تخصیص می‌باشند و بنا به نظر امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله مقدر به قید «اذا لم یتجاوز» هستند. بنابراین نظر قوی‌تر بر ثبوت حکم ضمان در صدور یا اجرای عموم مجازات‌ها درجایی است که سرایت جراحت مستند به تفریط محکوم‌علیه نباشد. این مدعا مستند به حاکمیت ادله حرمت خون مسلم بر سایر ادله، عمومات باب قتل و نیز موافق با دیدگاه محقق خوانساری در یکی از احتمالات خود بوده و مطابق با نص صریح ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی به همراه تبصره ماده ۱۸۵ قانون مجازات اسلامی است. مقتضای استناد به

ماده ۱۳ ضرورت تطبیق نهاد قضایی مصرّح در ادله فقهی با مقام صدور حکم و قاضی اجرای مجازات در نظام دادرسی کیفری ایران است. از آنجایی که وظیفه شناسایی وضعیت جسمانی و احراز آمادگی محکوم علیه برای اجرای مجازات با قاضی اجرای احکام است، در صورتی که مجازات منجر به سلب حیات محکوم علیه شود و تقصیر مستند به عدم نظارت صحیح قاضی اجرای حکم بر موارد مندرج در ماده ۱۰ آیین نامه نحوه اجرای احکام حدود، سلب حیات و... یا اهمال در انجام ماده ۴۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری باشد، ایشان ضامن است.

منابع

فارسی

- آقایی جنت مکان، حسین (۱۳۹۴)، حقوق کیفری عمومی - دانش اجرای احکام کیفری، تهران، انتشارات جنگل.
- اشرفی، محمود؛ زراعت، عباس (۱۳۹۷)، «اصل ترافعی بودن محاکمات کیفری در حقوق ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۲، شماره ۱۰۱.
- ربانی، محمدحسن (۱۳۸۱)، «حکم و قضاوت بر اساس قرینه‌ها»، مجله فقه، دوره ۹، شماره ۳۳-۳۴.
- سبحانی، جعفر، درس خارج فقه آیت الله سبحانی کتاب الحدود و التعزیرات، ۱۳۹۱/۱۱/۱۱، قابل‌بازبینی در پیوند زیر:
<http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh/91/911111/>
- قندیلی، سیدحسین؛ عابدی سرآسیا، علیرضا (۱۳۹۷)، «بررسی انتقادی قاعده لا دية لمن قتله الحد»، مجله فقه و اصول، شماره ۱۱۵.
- مرتضوی، سیدضیا (۱۳۹۶)، «بایستگی گسترش مسئولیت مدنی دولت در قوانین موجود»، فصلنامه دین و قانون، شماره ۱۶.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، تعزیر و گستره آن، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- منتظری، حسین علی (۱۴۰۹ق)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، مترجم: صلواتی، محمود و شکوری، ابوال، قم: مؤسسه کیهان.

عربی

- ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن‌زهره، حمزة بن علی حسینی (۱۴۱۷ق)، غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- ابن‌منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دارصادر.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- انصاری، محمدعلی (۱۴۱۵ق)، الموسوعة الفقهية الميسرة، قم، نشر المجمع الفکر الإسلامی، چاپ اول.
- جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۳۲ق)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، قم: انتشارات شریعت.
- جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۳ق)، مسالك الافهام الى تنقيح الشرائع، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق)، تذکرة الفقهاء (ط - الحديثة)، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- حلّی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلّی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلّی، مقداد بن عبدالله سیوری (۱۴۲۵ق)، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم: انتشارات مرتضوی.
- خوانساری، احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، سید ابو القاسم موسوی (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئی، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی ره.
- روحانی، سید صادق حسینی (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه السلام (للروحانی)، انتشارات دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
- سبزواری، عبد الأعلى (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آية الله.
- صدوق، محمّد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق)، من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- صیمری، مفلح بن حسن (حسین) (۱۴۲۰ق)، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار الهادی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰ق)، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دار الكتب الإسلامية.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحکام، تهران: دار الكتب الإسلامية.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، تهران: انتشارات المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- عبدالرحمان، محمود (بی تا)، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية، بی جا.
- عمیدی، سید عمید الدین بن محمد اعرج حسینی (۱۴۱۶ق)، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الکافی، قم: دار الحديث للطباعة و النشر.

- گلیپایگانی، محمدرضا (بی‌تا)، **تقریرات الحدود و التعزیرات**، قم: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البيت (ع).
- گلیپایگانی، محمدرضا (١٤١٢ق)، **الدر المنصود فی أحكام الحدود**، قم: دارالقرآن الکریم.
- لنکرانی، محمد فاضل موحّدی (١٣٨٠)، **تفصیل الشریعه-قصاص**، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار (ع).
- مفید، محمّد بن محمد بن نعمان (١٤١٣ق)، **المقنعة**، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمة الله علیه.
- مغنیه، محمدجواد (١٤٢١ق)، **فقه الإمام الصادق علیه السلام**، قم: مؤسسه انصاریان.
- مکارم شیرازی، ناصر (١٤١٨ق)، **أنوار الفقاهة**، قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.
- مکی عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (١٤١٤ق)، **غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- مکی عاملی، شهید اول، محمد بن مکی (١٤١٠ق)، **اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیه**، بی‌جا: دار التراث - الدار الإسلامية.
- منتظری، حسین علی (١٤١٧ق)، **نظام الحكم فی الإسلام**، قم: نشر سرایی.
- منتظری، حسین علی (١٤٠٩ق)، **دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية**، قم: نشر تفکر.
- موسوی بجنوردی، محمد بن حسن (١٤٠١ق)، **قواعد فقهیه**، تهران: مؤسسه عروج.
- موسوی خمینی، روح الله (١٤٢٠ق)، **تحریر الوسيلة**، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- نجفی، محمدحسن بن باقر (صاحب جواهر) (١٣٦٢ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

تأملی پیرامون ثبوت و اثبات در قرارداد کار با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه

حسن بادینی*، بهنام شکوهی مشهدی**

چکیده

قرارداد کار نقش مهمی در ایجاد رابطه کار و همچنین اثبات آن دارد. از طریق این قرارداد می‌توان رابطه مزبور را از سایر مفاهیم و نهادهای مشابه در قانون مدنی تمایز داد. نظر به وجود مقررات کنونی از جمله قانون کار، قانون رفع برخی موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی مصوب ۱۳۸۷ و قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور سال ۱۳۹۴ در خصوص نقش قرارداد مزبور، ضابطه شکلی و تشریفاتی بودن آن تردید شکل گرفته است. این نوشتار به بررسی دیدگاه‌های مربوط به این موضوع با روش توصیفی تحلیلی و با رویکرد تطبیقی پرداخته است. نتیجه این بود که تنظیم قرارداد کتبی، مانند حقوق فرانسه، تنها در مرحله اثبات مؤثر می‌باشد. رویه قضایی و عدم پیش‌بینی ضمانت اجرای مؤثر در این خصوص گزاره اخیر را تقویت می‌کند. ادله اثبات دعاوی روابط کار در آیین نامه آیین دادرسی کار مصوب ۱۳۹۱ پیش‌بینی گردیده و به گواهی گواهان و سوگند به عنوان دلیل در معنای خاص (برخلاف قوانین موضوعه) اشاره نشده است. در حقوق فرانسه، قانون کار راجع به ادله اثبات مقررهای ندارد و بدین سان تمامی دلایل مطابق حقوق مدنی قابل پذیرش است؛ امری که پذیرش آن در حقوق ما با توجه به قوانین موضوعه و روح قانون کار در راستای حمایت از طبقه کارگر بعید نمی‌نماید.

واژگان کلیدی: ادله اثبات، قرارداد کار، شرایط ماهوی و شکلی، آیین نامه آیین دادرسی کار، حقوق فرانسه

* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
hbadini@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
behnam.shekoohi@ut.ac.ir

مقدمه

قرارداد کار به عنوان منبع و نقطه شروع رابطه کارگر و کارفرمایی تلقی می شود که به واسطه آن کارگر در ازای انجام کار حقی السعی دریافت می کند. بدین سان، ایجاد این رابطه مستلزم توافق طرفین (کارگر و کارفرما) می باشد. توافق مزبور مانند قراردادهای مدنی قرارداد کار نامیده می شود. نقش قرارداد مزبور در احراز، اثبات و معنابخشیدن به این رابطه از این حیث مهم و شایان توجه است که وفق قانون مدنی بسیاری از خدماتی که مورد معامله واقع می شوند، احتمال اینکه بتوان آن ها را در چهارچوب قرارداد کار گنجانند وجود دارد. فصل دوم قانون کار به ذکر شرایط اساسی این قرارداد پرداخته است و ماده ۷ آن در تعریف قرارداد کار مقرر می دارد: «... عبارت است از قرارداد کتبی یا شفاهی که به موجب آن کارگر در قبال دریافت حق السعی کاری را برای مدت موقت یا غیر موقت انجام دهد.» این قرارداد جزو عقود معوض، مستمر و قائم به شخص به شمار می آید؛ بدین معنا که تعهدات کارگر جنبه شخصی دارد و با مرگ وی این تعهد به وراثت وی منتقل نمی گردد.

انعقاد آن مانند سایر قراردادهای علاوه بر شرایط چهارگانه صحت در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، در قانون کار ۱۳۶۹، قانون رفع برخی موانع تولید و سرمایه گذاری صنعتی مصوب ۱۳۸۷ و قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور سال ۱۳۹۴ نیز به شرایطی اشاره شده است و هرکدام مقرره ای مخصوص دارد. نحوه تنظیم مواد مربوط به گونه ای است که رضایی یا تشریفاتی بودن این قرارداد را با تردید مواجه کرده است، زیرا از سویی قانون گذار طرفین را مکلف به تنظیم قرارداد کتبی می نماید و از طرفی هیچ ضمانت اجرایی در این خصوص بیان نمی کند. از این رو، این سؤال مطرح می شود که آیا تنظیم سند (قرارداد کتبی) برای تحقق رابطه مزبور لازم است یا خیر و ضمانت اجرای تخلف از آن چیست.

از طرف دیگر، در هر رابطه حقوقی امکان اینکه یکی از طرفین آن رابطه به جهت اختلاف های پیش آمده به مرجع قضایی یا مشابه آنچه در قانون مربوط پیش بینی شده است مراجعه کرده و خواستار رسیدگی شود وجود دارد. رابطه ناشی از کار هم از این امر مستثنا نیست. ادله اثبات دعوا امری مهم در احقاق حق و اجرای عدالت به شمار می آید، زیرا حق در صورتی می تواند برای دارنده آن کامل باشد که چنانچه مورد تضییع قرار گرفت، بتوان، با اثبات آن، طرف مقابل را به شناسایی آن ملزم کرد. این ادله در قوانین مدنی و آیین دادرسی مدنی پیش بینی شده است اما در روابط کار با توجه به آیین نامه آیین دادرسی کار، مصوب ۱۳۹۱، تنها به سه مورد (اقرار، سند و اماره) اشاره گردیده و گواهی گواهان و سوگند را در شمار دلیل به معنای خاص نیاورده است. بنابراین جای سؤال است که آیا تمسک به این دو دلیل در رابطه کارگر و کارفرمایی امکان دارد یا خیر. فرضیه های قابل اثبات در نوشتار

حاضر این است که تنظیم قرارداد کتبی، به لحاظ فقدان ضمانت اجرای مؤثر، در فرض تخلف طرفین از این موضوع، شرط تحقق و ایجاد رابطه مزبور نیست، بلکه تنها در مرحله اثبات مؤثر می‌باشد. همچنین نظر به اینکه مفاد آیین‌نامه، با توجه به اصل ۱۳۸ قانون اساسی، نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد و به طریق اولی نیز با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت ننماید (اصل ۷۲ قانون اساسی)، از این رو پذیرش تمامی ادله اثبات (از جمله گواهی و سوگند) وفق حقوق مدنی پیشنهاد می‌گردد. بدین‌سان، نوشتار حاضر در پی پاسخ به سؤالات مزبور با روشی توصیفی و تحلیلی به بررسی شرایط انعقاد، ضمانت اجرای آن‌ها و ادله اثبات در ایران و با تطبیق در حقوق چند کشور خارجی به‌ویژه فرانسه پرداخته است.

۱. شرایط انعقاد قرارداد کار و ضمانت اجرای آن‌ها

از آنجا که انعقاد قرارداد کار مانند هر قرارداد دیگری نیازمند توافق اراده‌ها و سایر شروط مندرج در قانون کار و قانون مدنی می‌باشد، از این رو بایسته است به بررسی این شرایط و ضمانت اجرای آن‌ها پرداخته شود تا در نهایت جنبه ثبوتی یا اثباتی تنظیم سند در احراز و اثبات رابطه مزبور مشخص گردد.

۱-۱. شرایط انعقاد قرارداد کار

در برخی از کشورها مانند بلژیک، چین و آلمان برای انعقاد قرارداد کار شرایط خاصی در قانون پیش‌بینی شده است. در ماده ۲ قانون قرارداد کار بلژیک، مصوب سوم ژوئیه ۱۹۷۳^۱، در تعریف این قرارداد آمده است: «قراردادی است که توسط کارگر در برابر مزد به منظور انجام یک کار دستی تحت نظارت کارفرما منعقد می‌شود» و در ماده ۳ آن، انجام کارهای معنوی (ادبی، هنری و...) را که زیر نظر کارفرما و توسط کارگر انجام می‌شود مشمول قرارداد کار دانسته است. در این قانون، یک‌سری شروط شکلی و اساسی برای انعقاد قرارداد مزبور لازم است.^۲ شروط اساسی همان شرایط عمومی صحت معاملات است که در قانون مدنی این کشور پیش‌بینی شده و یگانه شرط اختصاصی (شکلی) این قرارداد مکتوب بودن آن است که تشریفات بودن این قرارداد در حقوق این کشور را به ذهن تداعی می‌کند (Neuprez et Deprez, 2018: 18). اما منظور از تشریفات بودن این نیست که اگر قرارداد کتبی تنظیم نشود، رابطه کارگر و کارفرمایی ایجاد نمی‌گردد. این مهم از منطوق ماده ۹ این قانون استنباط می‌گردد، چراکه عدم تنظیم قرارداد کتبی در قراردادهای کار با مدت مشخص را به‌عنوان کار با مدت دائمی تلقی کرده است.

1. Belgian Labor Contract Law.

2. www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=11635. 28/11/2018.

در کشور چین، در سال ۱۹۹۴، قانون کار^۱ تصویب شد که به عقیده برخی قانون مزبور به اندازه کافی کامل نبوده است (Fan et al 2013: 465). اما قانون قرارداد کار^۲ مصوب ۲۰۰۸ در این راستا مقرراتی را احصا نمود که گام مهمی در جهت ثبات و امنیت حقوق کارگران برداشته است. همچنین این قانون را مهم‌ترین بخش اصلاح قانون کار چین در بیش از یک دهه معرفی کرده‌اند (Chan, 2009: 44). ماده ۱۰ قانون مزبور در این باره مقرر می‌دارد که به منظور ایجاد روابط کار قرارداد کار باید به صورت کتبی منعقد گردد. اما در ادامه بیان کرده است که در مواردی که هیچ قرارداد کار کتبی در زمان ایجاد روابط کار وجود نداشته باشد کارفرما باید ظرف یک ماه قرارداد را مکتوب نماید. مطابق ماده ۱۱ قانون اخیر، در صورتی که کارفرما نتواند قرارداد کتبی با کارگر را در زمان به کارگیری وی تنظیم نماید و میزان دستمزد نیز روشن نباشد، در این صورت دستمزد باید مطابق نرخ تعیین شده در «قراردادهای جمعی»^۳ تعیین گردد. در ماده ۱۷ قانون یادشده شرایط اختصاصی این قرارداد بیان گردیده است.

در حقوق آلمان برای انعقاد این قرارداد نیاز به فرم خاصی نیست (Bold et al, 1965: 257). همچنین بیان شده است که کارفرما متعهد است ضوابط و شرایط قرارداد را مکتوب نماید و یک نسخه امضاشده آن را در اختیار کارگر قرار دهد؛ اما در «قراردادهای کارآموزی»^۴ و «قراردادهای با مدت مشخص»^۵ نیز قانون به صراحت به کتبی بودن آن‌ها اشاره کرده است.^۶

در قانون کار و قانون مدنی فرانسه، قرارداد کار تعریف نشده است اما حقوق دانان و رویه قضایی این کشور به تعریف آن پرداخته‌اند.^۷ در حقوق این کشور، شرایط عمومی صحت قرارداد کار همان شرایط مندرج در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی این کشور است که در ماده ۱-۱۱۲۲۱ قانون کار اشاره شده است. شرایط قرارداد کار را به اساسی و شکلی تقسیم‌بندی کرده‌اند و در بحث شرایط ماهوی اهلیت، توافق و دیگر شروط اساسی را بررسی کرده (GHestin, 1972: 182-183) و توافق دو اراده را پایه و اساس تشکیل این قرارداد اعلام نموده‌اند (Camerlynck et Lyon, 1975: 129). در قانون کار این کشور اصل آزادی اراده پذیرفته شده و بیان گردیده است که قرارداد کار فاقد هر گونه شکل و فرم

1. Labor Law 1994

2. Labor Contract Law

3. Collective contract

4. apprenticeship contract

5. Fixed-term-contract

6. <https://iclg.com/practice-areas/employment-and-labour-laws-and-regulations/germany>. 06/11/2018.

۷. قرارداد کار قراردادی است که در آن شخصی متعهد می‌شود که بر اساس آن نظر و دستورهای شخص دیگری فعالیتش را در اختیار شخص اخیر گذارده و عوضی دریافت دارد (Camerlynck, 1968: 47-48).

می‌باشد (Camerlynck et Lyon, 1975: 183). به عبارتی، این قرارداد از عقود رضایی است که در این راستا به ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی نیز استناد شده است (Camerlynck, 1968: 47).

در حقوق ایران، ماده ۷ قانون کار در این راستا دارای دو تبصره است؛ بدین صورت که قرارداد مزبور را اعم از شفاهی و کتبی دانسته است. این قرارداد بی‌نیاز از شرایط اساسی صحت معاملات (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) نیست و برخلاف سایر قراردادها دارای سه عنصر تعهد انجام کار، مزد و رابطه تبعیتی می‌باشد (هاشمی، ۱۳۹۶: ۱۰۲). اما در قانون رفع برخی موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی مصوب ۱۳۸۷، به موجب ماده ۸ آن، یک تبصره به عنوان تبصره ۳ به ماده ۷ اضافه شد. این تبصره مقرر می‌دارد: «قراردادهای با بیش از ۳۰ روز باید به صورت کتبی و در فرم مخصوص که توسط وزارت کار و امور اجتماعی در چهارچوب قوانین و مقررات تهیه و در اختیار طرفین قرار می‌گیرد باشد.» البته خود این تبصره دارای ابهام بوده و معلوم نیست که کتبی بودن ویژه قراردادهای دائم است یا در خصوص قراردادهای موقت بیش از ۳۰ روز می‌باشد. قانون مزبور موقتی بوده و به صورت آزمایشی برای مدت ۵ سال تصویب گردیده بود که تمایل قانون‌گذار را به سمت کتبی بودن قرارداد نشان می‌داد. سپس، قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور در سال ۱۳۹۴ تصویب شد. در ماده ۴۱ این قانون دو تبصره به ماده ۷ قانون کار اضافه شد که تبصره ۳ آن چنین مقرر داشته است: «قراردادهای مربوط به قانون کار در صورت کتبی بودن باید در فرم مخصوصی باشد که توسط وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی در چهارچوب قوانین و مقررات تهیه می‌شود و در اختیار طرفین قرار می‌گیرد.» در این قانون، برخلاف قانون رفع برخی موانع تولید، هرچند تا حدی ابهام‌زدایی گردید، اما در عین حال برخی سؤال‌ها بی‌جواب مانده است. با توجه به تبصره مزبور، قرارداد کار در صورتی که کتبی باشد، باید در فرم مخصوصی تنظیم گردد و اما مفهوم این تبصره این سؤال را مطرح می‌کند که چنانچه قرارداد کار به صورت کتبی باشد اما در فرم مخصوص پیش‌بینی شده تنظیم نگردیده باشد، تکلیف چیست. آیا این قرارداد فاقد اعتبار است؟ اگر به برخی از شرایط مندرج در فرم پیش‌بینی شده عمل نشود، چه ضمانت‌اجرایی دارد؟ بهتر است به این سؤالات در قسمت مربوط به ضمانت اجرا پاسخ داده شود.

۱-۲. ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط تنظیم قرارداد

قرارداد کار مانند سایر قراردادهای مدنی واجد یک سری شرایط انعقاد است که این شروط به ماهوی و شکلی تقسیم می‌گردد؛ از این رو، به ترتیب به بررسی ضمانت اجرای آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱-۲-۱. ضمانت اجرای شرایط ماهوی

در حقوق مدنی ضمانت اجرای شرایط اساسی قرارداد، حسب مورد، بطلان یا عدم نفوذ است. ماده ۹ قانون کار، ضمن بیان اصل صحت در قراردادهای کار، ضمانت اجرای رعایت نکردن شرایط مندرج در این ماده را بطلان قرارداد اعلام کرده است. بدین سان، بدیهی است که چنانچه در قرارداد کار قصد انشاء وجود نداشته باشد یا موضوع آن غیرقانونی یا نامشروع باشد، مانند حقوق مدنی، قرارداد باطل است. اما در این قانون ماده‌ای که به صراحت ضمانت اجرای عدم نفوذ را برای قرارداد کار پیش‌بینی کرده باشد دیده نمی‌شود (نک: عراقی، ۱/۱۳۹۶: ۲۲۱). در حقوق فرانسه ضمانت اجرای شرایط اساسی را بطلان قرار داده‌اند (GHestin, 1972: 183) و کارفرما را، در صورت بطلان قرارداد کار، مسئول پرداخت جبران خسارت کارگر دانسته‌اند (Camerlynck, 1973: 47).

۱-۲-۲. ضمانت اجرای شرایط شکلی

در خصوص شرایط شکلی قرارداد کار، سؤال این است که تنظیم قرارداد جهت شروع و احراز این رابطه جنبه ثبوتی دارد یا اثباتی. گفته شده است که ثبوت به وجود هر چیز در واقع و نفس الامر صرف نظر از علم و جهل انسان اشاره دارد اما اثبات مربوط به مرحله علم انسان به چیزی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۸۷؛ امامی ۶/۱۳۶۴: ۶؛ متین‌دفتری، ۱/۱۳۷۸: ۳۴۸). بدین سان، حق دارای دو مرحله ثبوت و اثبات است. مرحله ثبوت ناظر به وجود واقعی حق است اما مرحله اثبات مربوط به علم و آگاهی ما نسبت به وجود آن حق و به عبارت دیگر ناظر به آشکار و احرازکردن وجود حق در مرحله دادرسی می‌باشد.

در قانون چین، همان گونه که ذکر شد، ایجاد رابطه کار را مستلزم تنظیم «قرارداد کتبی»^۱ دانسته است و در صورت عدم انعقاد کتبی این قرارداد در زمان ایجاد رابطه، کارفرما را ملزم به تنظیم کردن کتبی قرارداد ظرف یک ماه کرده است. اما به رغم این صراحت، هیچ ضمانت‌اجرایی در راستای تنظیم نکردن قرارداد کتبی مقرر نگردیده است و صرفاً تکلیفی برای کارفرما بیان شده است. گفته شد که در حقوق فرانسه قرارداد کار فاقد هرگونه شکل و فرم بوده (همچنین در حقوق آلمان) و می‌تواند در قالب‌هایی که طرفین موافق آن هستند در نظر گرفته شود (Camerlynck, 1973: 135). از این رو می‌تواند اعم از کتبی و شفاهی باشد. همچنین، تنظیم قرارداد کتبی را جهت سهولت اثبات رابطه کارگر و کارفرمایی معرفی کرده‌اند (Brochard, 1960: 33). بنابراین، به رغم عدم تنظیم قرارداد کتبی

میان کارگر و کارفرما، رابطه کار میان آن‌ها بر فرض دائمی بودن ایجاد می‌گردد^۱ و بدین گونه تنظیم قرارداد کار تنها در مرحله اثبات خود را نشان می‌دهد.

در حقوق ما در این راستا چندین قانون تصویب شده است که هرکدام از آن‌ها مقررۀ مختلفی را پیش‌بینی نموده است. گفته شد که ماده ۷ قانون کار قرارداد کار را اعم از کتبی و شفاهی دانسته است؛ اما قانون رفع برخی موانع تولید قراردادهای بیش از ۳۰ روز را مستلزم تنظیم قرارداد کتبی اعلام کرد و متعاقباً در قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور اختیاری بودن تنظیم قرارداد کتبی پیش‌بینی گردید، زیرا در این تبصره آمده است که، در صورت کتبی بودن قرارداد، باید در فرم مخصوصی تنظیم شود و مفهوم این تبصره آن است که می‌تواند شفاهی هم باشد. از این رو قانون‌گذار، برخلاف قانون موقتی رفع برخی موانع تولید، در قانون سال ۱۳۹۴ به همان اصل مندرج در ماده ۷ قانون کار بازگشت کرد و از سوی دیگر هیچ ضمانت‌اجرای مؤثری را، اعم از حقوقی یا جزایی، در صورت تخلف از مفاد تبصره قانون ۱۳۹۴ پیش‌بینی نکرده است. بدین سان، ضمانت‌اجرای عدم تنظیم قرارداد کتبی تنها از حیث اثبات مؤثر است و ملازمه با عدم ایجاد رابطه کارگر و کارفرمایی ندارد. در عمل نیز بسیاری از پرونده‌های مطروح در هیئت‌های حل اختلاف ناظر به اثبات روابط کارگر و کارفرمایی بر اساس قرارداد شفاهی است. مشابه این بحث را می‌توان در خصوص تنظیم سند رسمی راجع به بیع املاکی که دارای سابقه ثبتی هستند یافت.^۲ مطابق تبصره ماده ۱۰ قانون کار، چنانچه قرارداد کار به صورت کتبی باشد، باید در ۴ نسخه تنظیم گردد. اما سؤال این است که اگر قرارداد به صورت کتبی باشد اما در یک نسخه تنظیم شود، دارای اعتبار است. به رغم عدم پیش‌بینی ضمانت‌اجرا در این خصوص، در عمل خدشه‌ای به این رابطه وارد نمی‌شود. با وجود این تبصره، در عمل مشاهده می‌شود کارگری که به شدت جهت تأمین مایحتاج خود نیازمند کار است معمولاً بدون مطالعه اوراق تهیه شده از سوی کارفرما آن‌ها را امضا می‌نماید و حتی بدون اینکه نسخه‌ای از قرارداد را در اختیار داشته باشد، در قرارداد کار موقت، بدون جعل و درج تاریخ دقیق کار، گاه اتفاق می‌افتد که کارفرما در خلال کار تاریخ ختم قرارداد را خود درج نموده و به این رابطه پایان می‌دهد و بدین سان موجب تضییع حقوق کارگر می‌شود، چراکه دست‌کم اثبات این موارد در عمل با دشواری و مشکلات زیادی روبه‌روست. بدین سان، شایسته بود قانون‌گذار ضمانت‌اجرایی در این راستا پیش‌بینی می‌کرد

1. Art. L. 122-3-1 Code travail.

۲. در این باره اظهار نظر شده است که باید بین املاکی که هنوز به ثبت نرسیده و املاکی که ثبت شده‌اند قائل به تفاوت شد. درباره املاک اخیر با توجه به صراحت ماده ۲۲ قانون مزبور، وقوع بیع بستگی به تشریفات ثبت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۹۴) و بدین سان تنظیم قرارداد رسمی مطابق این تعبیر دارای جنبه ثبوتی است.

تا، در صورت تخلف از آن، راه سوء استفاده بسته می ماند؛ چه می دانیم که مبنای مقررات کار حمایت از طبقه کارگری است که به جهت نیازمند بودن به مزد برای امرار معاش تحت تبعیت کارفرما قرار گرفته است و از این رو بایسته است توجه و دقت لازم برای تأمین هدف مزبور به کار گرفته شود.

۲. ادله اثبات دعوا در روابط کار

نظر به طبیعت ویژه اختلاف های میان کارگر و کارفرما، مراجع خاصی در قانون کار برای این منظور پیش بینی گردیده است. ویژگی های خاص این اختلاف موجب تأثیر در شیوه رسیدگی و ماهیت مرجع رسیدگی کننده می گردد. در این رابطه، اختلاف های پیش آمده در بیشتر موارد جنبه فردی دارد که اقدام به دادخواهی نیز در خیلی از موارد از جانب کارگر صورت می گیرد و گاه به گونه ای است که اختلاف جنبه دعوای حقوقی و قضایی ندارد؛ یعنی بدان شکل نیست که بندی از قرارداد یا مقرره ای از قانون نادیده گرفته شده باشد بلکه اختلاف از یک سو جمعی است و از طرف دیگر ناشی از تعارض منافع است (عراقی، ۱۳۹۵/۲: ۳۶۲). ماده ۱۵۷ قانون کار رسیدگی به «هرگونه اختلاف فردی میان کارگر و کارفرما» را قابل رسیدگی در مراجع حل اختلاف کار دانسته است و از «سازش» به عنوان نخستین مرحله حل اختلاف نام می برد، بدون اینکه سازوکار مشخصی را در این راستا تعیین کرده باشد. بدین سان برخی از نویسندگان وفق مواد ۱۳۹، ۱۴۲ و ۱۴۳ قانون کار حل اختلاف های جمعی کار را دارای چهار مرحله دانسته اند^۱ و بعضی دیگر نیز به موجب ماده ۱۵۷ قانون کار مراجع دادرسی کار را صالح به رسیدگی به دعوای جمعی ندانسته اند اما با توجه به مقررات فصل هفتم قانون مزبور از جمله تبصره ۱ ماده ۱۳۹ و مواد مذکور و همچنین ماده ۲ آیین نامه آیین دادرسی کار^۲ رسیدگی به این نوع اختلاف ها را در صورت حل و فصل نشدن از طریق سازش (شیوه غیر قضایی) قابل رسیدگی در مراجع دادرسی کار (شیوه قضایی) دانسته است (قبادی، ۱۳۹۲: ۸۶-۸۵). اما برخی از استادان از مفهوم ماده ۱۴۲ قانون کار چنین برداشت کرده اند که اختلاف مدنظر مقنن در اینجا موردی از اختلاف جمعی (اعتصاب همراه با حضور کارگران در کارگاه و نیز اعتصاب به صورت

۱. مراحل مزبور عبارتند از: ۱. مذاکره مستقیم تشکل کارگری و کارفرمایی؛ ۲. میانجی گری کارشناس پیمان های دسته جمعی معرفی شده از سوی وزارت کار و امور اجتماعی (تعاون، کار و رفاه اجتماعی)؛ ۳. رسیدگی غیر قضایی (ارشادی) توسط مراجع حل اختلاف (هیئت های تشخیص و حل اختلاف) و ارائه نظر و پیشنهاد؛ ۴. تصمیم گیری از سوی مراجع و مقام های اداری و سیاسی (وزیر تعاون، کار و رفاه اجتماعی و هیئت وزیران) (رفیعی، ۱۳۹۱: ۴۹-۴۸).
۲. این ماده مقرر می دارد: «رسیدگی و اتخاذ تصمیم در خصوص دعوای و اختلافات فردی یا جمعی بین کارگر یا کارآموز و کارفرما که ناشی از اجرای قانون کار و مقررات تبعی آن قانون یا عرف باشد، بر اساس این آیین نامه در مراجع حل اختلاف کار انجام می شود.»

اعتصاب بازده یا راندمان) است که رسیدگی در این خصوص نمی‌تواند جنبه قضایی داشته باشد و از راه صدور رأی و اجرای یک تصمیم قضایی نمی‌توان بدان پایان داد. بلکه باید از راه مذاکره و راه حل‌های منصفانه درصدد خروج از این بن‌بست کوشید اما به‌رغم این مهم تبصره ماده ۱۴۲ را به‌عنوان مانعی در جهت قطعیت این برداشت دانسته‌اند (عراقی، ۱۳۹۵/۲: ۳۶۲). چه از متن این تبصره چنین برمی‌آید که هدف قانون‌گذار تعیین تکلیف مواردی بوده است که اختلاف درباره یک پیمان دسته‌جمعی ممکن است به‌صورت اختلاف حقوقی و قضایی درآید. بدین‌سان، چه در اختلاف فردی و چه در اختلاف‌های جمعی^۱، هنگامی که موضوع از طریق سازش یا مذاکره حسب مورد میان کارگر و کارفرما یا تشکل‌های کارگری و کارفرمایی صورت می‌گیرد، موضوع بدان شکل نیست که هر کس به هر آنچه می‌خواهد برسد بلکه حفظ روابط شغلی و آشتی در این راستا بیشتر مدنظر می‌باشد؛ چه از یک سو کارفرمایان ملاحظات اقتصادی را بر ملاحظات انسانی مقدم می‌دارند و از آن سوی ادامه اشتغال نیز برای کارگر اهمیت داشته و به همین جهت ممکن است برای از دست‌ندادن موقعیت شغلی خود با کوتاه‌آمدن در برخی زمینه‌ها و شرایط به سازش برسند.^۲ اما چنانچه اختلاف از این راه حل و فصل نشد، موضوع حسب مورد از طریق مراجع دادرسی کار با شرایط پیش‌بینی شده در آیین‌نامه مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت.

یکی از مشکلاتی که کارگران در مراجعه به مراجع حل اختلاف کار جهت دریافت حقوق و مزایا با آن مواجه هستند موضوع اثبات وجود رابطه کارگر و کارفرمایی است. بیشتر این اختلاف‌ها که مربوط به پرداخت حقوق کارگر است منوط به احراز این رابطه توسط مرجع رسیدگی است و اثبات وجود آن با کارگر است.^۳ ذکر این نکته ضروری است که نمی‌توان گفت بر دادرسی کار همه قواعد حاکم بر آیین دادرسی مدنی حکومت دارد، زیرا دادرسی کار خود دارای اصول خاصی است و به همین جهت بوده است که در مقدمه آیین‌نامه آیین دادرسی کار به اصول خاص این دادرسی اشاره شده است. مبرهن است که ادله اثبات دعوا امری مهم و تعیین‌کننده در احراز و احقاق حق به شمار

۱. بیان شد که در بیشتر موارد اختلاف‌های فردی کارگر و کارفرما اختلاف مربوط به تفسیر و اجرای قانون یا قرارداد کار است و جنبه حقوقی دارد، در حالی که در مذاکرات جمعی و گروهی، نمایندگان کارگران بر سر کسب امتیازات اقتصادی جدید و شرایط کاری بهتر برای همتایان خود با کارفرما یا کارفرمایان اختلاف پیدا می‌کنند و بحث راجع به ادله اثبات نیز به آن معنا که در این پژوهش بدان پرداخته‌ایم معنا پیدا نمی‌کند و به همین علت نیز بوده است که برخی استادان شیوه رسیدگی به اختلاف جمعی را غیرقضایی دانسته‌اند.

۲. بنابراین امکان سوءاستفاده از موقعیت و تحت فشار گذاشتن کارگر نیز در برخی موارد وجود دارد.

۳. ماده ۸۷ آیین‌نامه آیین دادرسی کار

می‌آید، تا آنجا که برخی از نویسندگان فرانسوی بیان داشته‌اند: «آنچه قابل اثبات نیست وجود ندارد»^۱ (Carbonnier, 1998: 28 به نقل از Tekely, 2002: 5). توانایی اثبات حق، هنگامی که مورد تضییع یا انکار قرار می‌گیرد، امری ضروری برای دارنده حق به‌شمار می‌آید؛ چه زمانی که طرفین دعوا در موقعیت برابر هستند، دشواری مرحله اثبات برای هر دو طرف یکسان است اما در روابط کارگر و کارفرمایی که طرفین در یک وضعیت و رابطه حقوقی نابرابر قرار دارند توازن و برابری را در مرحله اثبات مخدوش می‌نماید (Tekely, 2002: 5). به همین علت در حقوق فرانسه به ادله حقوق مدنی روی آورده‌اند. بدین‌سان، در ابتدا به بررسی این ادله در حقوق ایران و حقوق خارجی پرداخته می‌شود.

۲-۱. ادله اثبات در حقوق ایران

گفته شد که در آیین دادرسی کار، مانند آیین دادرسی مدنی، اصول و قواعدی حاکم می‌باشد (نک: طاهری، ۱۳۹۴: ۸۹ به بعد) که گاه سبب تفاوت این‌ها از یکدیگر شده است. ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی دلایل اثبات دعوی را برشمرده است و به اقرار، اسناد، شهادت، امارات و قسم اشاره کرده است. دلایل مصرح در قانون آیین دادرسی مدنی شامل اقرار، اسناد، گواهی، معاینه محل و تحقیق محلی، کارشناسی و سوگند می‌باشد. درخصوص روابط کار، ماده ۸۲ آیین‌نامه آیین دادرسی کار ادله اثبات دعوا را به ترتیب شامل اقرار، اسناد و امارات دانسته است و شهادت شهود را با رعایت شرایط در حد اماره تلقی کرده است. آیین‌نامه مزبور به تکرار مطالب مندرج در قوانین مدنی و آیین دادرسی مدنی پرداخته است و در بیشتر مواد آن حکم جدید و ویژه‌ای ندارد. از همین رو، ایراد تکرارگویی بدان وارد می‌باشد، زیرا از ویژگی‌های قوانین جدید این است که علاوه بر علنی، امری، عام و الزام‌آور بودن (راسخ، ۱۳۸۵: ۱۵-۲۱) لازم است از هرگونه تکرار بپرهیزد. در حالی که آیین‌نامه مزبور واجد این ویژگی نیست و بهتر بود تنها به وضع مقررات مخصوص در رابطه با اصول خاص دادرسی کار پرداخته می‌شد. ایراد دیگر این است که با توجه به اصل ۱۳۸ قانون اساسی، مفاد آیین‌نامه نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد و اماره تلقی کردن شهادت و عدم اشاره به سوگند مؤید این موضوع است که افزون بر این‌ها، با فلسفه حمایت از طبقه کارگر نیز منافات دارد. در ادامه به ترتیب به بررسی ادله مزبور پرداخته می‌شود.

۲-۱-۱. اقرار و اسناد

مواد ۸۲، ۸۳ و ۸۴ آیین‌نامه آیین دادرسی کار به تعریف و آثار اقرار پرداخته است که از مواد ۲۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی و ۱۲۷۸ قانون مدنی اقتباس گردیده است؛ بدین صورت که چنانچه

1. ce qui ne peut être prouvé n'a pas d'existence

در دعوی بین کارگر و کارفرما شخص اخیر به نفع کارگر اقراری نمود و حق یا دینی بر ذمه وی ثابت شد، با فوت او، وارث وی ملزم و پایبند به مفاد اقرار خواهند بود. نکته‌ای که در این آیین‌نامه مسکوت مانده است راجع به اثر اقرار وکیل در حق موکل خود می‌باشد که با توجه به عام‌بودن مقررات مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی مفاد ماده ۲۰۵ این قانون در اینجا نیز مجری است. هرچند اقرار کارفرما طبق ماده ۸۲ آیین‌نامه آیین دادرسی کار مهم‌ترین دلیل بر وجود رابطه کارگر و کارفرمایی است، اما بدین لحاظ که ممکن است، در برخی موارد، کارگر و کارفرما بر وجود این رابطه طی چندین سال تباری کرده باشند و اثر این اقرار نیز متعهدکردن سازمان تأمین اجتماعی است. در این موارد، مراجع رسیدگی‌کننده به صرف اقرار کارفرما به اصدار حکم اقدام نمی‌نمایند و به تحقیقات بیشتر در این خصوص روی می‌آورند.

بند ۶ ماده ۱ همان آیین‌نامه به تعریف سند پرداخته است و مواد ۸۵ و ۸۶ شرایط سند را ذکر کرده است که ایراداتی علاوه بر تکرارگویی بدان وارد است. بدین صورت که ماده ۸۵ راجع به تکلیف خواهان در پیوست نمودن ضمایم دادخواست و رونوشت مدارک استنادی می‌باشد که این مبحث در قانون آیین دادرسی مدنی ذیل بحث پیوست‌های دادخواست پیش‌بینی گردیده است و از این رو ماده مزبور با ادله اثبات ارتباط چندانی ندارد. از سوی دیگر، درخصوص ادعای جعل و رسیدگی به آن، آیین‌نامه مزبور مقرره‌ای ندارد و از همین رو برخی با توجه به عمومات ماده ۷۰ تشخیص اصالت یا عدم اصالت سند در ایراد جعل را با این استدلال که ادعای جعل واجد جنبه کیفری می‌باشد در صلاحیت مراجع کیفری دانسته‌اند (قبادی، ۱۳۹۲: ۱۹۹). ماده مزبور ناظر به مطرح‌بودن دعوی کیفری مرتبطی است که بین طرفین به‌طور هم‌زمان در مرجع دیگری مورد رسیدگی قرار دارد و از این رو مبنای عدم صلاحیت مراجع حل اختلاف کار با توجه به اصطلاح «دعوی کیفری مرتبط»، «بین طرفین» و «مرجع دیگر» مورد تحلیل و پذیرش قرار گرفته است.

موضوع مهم دیگر راجع به اسناد سفیدامضایی می‌باشد که کارگر مدعی است آن را به‌صورت سفید و قبل از تکمیل امضا کرده است و سپس مندرجات آن توسط کارفرما کامل گردیده است. در حقوق مدنی امضای سند به معنای اعلام رضای امضاکننده به مفاد آن است و این فرض را به وجود می‌آورد که به آنچه رضایت داده آگاه بوده است و نمی‌تواند اصل عدم اطلاع را مستند قرار دهد اما در عین حال تحت شرایطی نیز امکان اثبات اشتباه در این نوع اسناد وجود دارد (کاتوزیان، ۱/۱۳۸۸: ۴۱۰-۴۱۱). در خصوص دادرسی کار برخی بر این عقیده هستند که اسناد سفیدامضا در این دادرسی معتبرند و صرف سفیدامضا بودن موجب بی‌اعتباری آن نمی‌شود (قبادی، ۱۳۹۲: ۱۹۰)؛ اما شایان ذکر است که معاون روابط کار وزارت کار پذیرش اسناد سفیدامضا را به‌عنوان ادله اثبات دعوا در

مراجع حل اختلاف ممنوع اعلام کرده است و در راستای تشدید ضمانت اجرای استفاده از اسناد تسویه حساب سفیدامضا مقرر گردیده است که چنانچه شرکت های پیمانکاری ارائه دهنده خدمات به دستگاه های اجرایی و شرکت های دولتی موضوع دستورالعمل شماره ۱۴۹۷۱ مورخ ۱۳۸۸/۲/۱۹ به اخذ هرگونه تسویه حساب سفیدامضا یا انعقاد قرارداد به صورت سفیدامضا با کارگران اقدام نمایند، صلاحیت کاری آنان لغو می شود و در مناقصات مربوط به دوره های بعد نسبت به شرکت مزبور تأیید صورت نخواهد گرفت؛ بدین سان، شرکت های مزبور مکلفند قراردادهای کار را با کارگران به صورت کتبی تهیه کرده و نسخه ای از آن را به انضمام فایل الکترونیکی مربوط، به اداره کار محل، ارسال نمایند. پیش بینی و عمل به چنین مقرراتی درخور تحسین است و عملاً راه سوءاستفاده کارفرمایان از کارگرانی که فقط به دنبال کار هستند و بدون اینکه نسخه ای از قرارداد را در دست داشته باشند یا حتی آن قرارداد را قبل از مطالعه کامل امضا کنند کاهش می دهد. از این رو، تسری این ضمانت اجرا به سایر اشخاص جهت تنظیم قرارداد کتبی در راستای حمایت از طبقه کارگر و کاهش پرونده های مطروح، به دلیل قراردادهای شفاهی، منطقی و موافق با روح مقررات حمایتی کار خواهد بود. در حقوق فرانسه هم دیدیم که در صورت عدم تنظیم قرارداد کتبی رابطه کار ایجاد شده را دائمی تلقی نموده اند که این راهکار نیز در عمل سوءاستفاده کارفرمایان از خدمات کارگر را کاهش می دهد.

رأی دیگری که به درستی پاسخ مشکلات و ابهامات زیادی که در عمل مراجع رسیدگی کننده با آن مواجه بودند را داد، رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۲۰-۱۷ مورخ ۱۳۹۷/۰۱/۲۱ است^۱ که راه کارفرمایانی که بعضاً قصد سوءاستفاده از شرایط بد مالی کارگر را داشتند بسته می گذارد.

۲-۱-۲. اماره

ماده ۸۸ آیین نامه آیین دادرسی کار اماره را تعریف کرده است که این نیز اقتباسی از ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی می باشد. در ماده ۸۸ آیین نامه آیین دادرسی کار در تعریف اماره به هر دو نوع اماره اشاره کرده است، اما دو مثالی که در قسمت اخیر آن آمده است تنها امارات قضایی را دربرمی گیرد. در ماده مزبور به تحقیق محلی و کارشناسی اشاره شده است که این مصادیق حصری نیستند و تمثیلی

۱. «... صرف اینکه کارگر با تنظیم یادداشتی اعلام کند که مزد و حقوق مربوط را دریافت کرده بدون اینکه کارفرما اسناد مالی ناظر بر نحوه پرداخت را ارائه کند موجب یقین بر پرداخت مزد و حقوق کارگر نخواهد بود. از این رو در هر مورد که کارفرما مدعی پرداخت مزد و حقوق و مزایا به کارگر است و سندی متناسب به کارگر ارائه می کند که وی مزد و حقوق خود را دریافت کرده ارائه اسناد مثبته پرداخت این مزد و حقوق الزامی است...»

است. ماده ۸۹ آیین‌نامه موصوف^۱، اقتباسی از ماده ۲۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی درخصوص قرار معاینه محل است. ماده ۲۴۹ قانون آیین دادرسی مدنی درخصوص تحقیق محلی مقرر کرده است: «در صورتی که طرفین دعوا یا یکی از آنان به اطلاعات اهل محل استناد نمایند... دادگاه قرار تحقیق محلی صادر می‌کند.» طبق ظاهر این ماده، دادگاه نمی‌تواند رأساً اقدام به صدور قرار مزبور کند، زیرا به‌صراحت به صدور آن در نتیجه درخواست اصحاب دعوا اشاره شده است. برخی از استادان به استناد ماده ۱۹۹ و ۲۵۶ همان قانون معتقدند که دادگاه می‌تواند رأساً قرار مزبور را صادر کند (شمس، ۳/۱۳۸۹: ۳۴۶-۳۴۷)، اما یکی دیگر از استادان مخالف این نظرند (کاتوزیان، ۱/۱۳۹۲: ۱۰۵-۱۰۴)؛ ولی در عمل دادگاه‌ها رأساً قرار تحقیق محلی را صادر می‌کنند. در آیین‌نامه، این نقص به‌درستی مرتفع گردیده است و به‌صراحت به صدور این قرار رأساً توسط دادگاه یا در نتیجه درخواست اصحاب دعوا اشاره گردیده است. در این راستا، گفتنی است دخالت دولت به‌منظور ایجاد تعادل میان طرفین کار در میزان تأثیرگذاری در انعقاد قرارداد و تعیین شروط ضمن عقد قابل اشاره است و یکی از نهادهایی که در اجرا و نظارت بر قانون کار و تحقق اهداف آن دارای نقش تعیین‌کننده می‌باشد اداره کل بازرسی وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی است (رستمی و آخوندی، ۱۳۹۶: ۳۹-۳۷). فصل چهارم قانون کار مبحثی را به بازرسی کار اختصاص داده است که در مواد ۹۶ تا ۱۰۶ قانون مزبور مقررات مفصل‌تری نسبت به قوانین پیشین در این خصوص پیش‌بینی کرده است. در این راستا بیان شده است که گرچه «در ابتدا پیدایش بازرسی کار با هدف نظارت بر رعایت موازین ایمنی و بهداشت در محیط کار بود اما از سال ۱۹۴۷ به بعد... به‌جای تأکید صرف بر ایمنی و بهداشت به سمت مشاوره، آموزش و حتی میانجی‌گری و حل اختلاف پیش رفته است» (طاهری، ۱۳۹۷: ۲۲۵). نقش این بازرسان به‌عنوان مأمور تحقیق در روند رسیدگی به اختلاف کار نیز مؤثر و دارای اهمیت بوده است که این خود می‌تواند کاستی و نقایص مربوط به ادله اثبات در آیین‌نامه را در جهت حمایت از طبقه کارگر تا حدی تأمین نماید و به همین منظور ماده ۹۳ آیین‌نامه آیین دادرسی کار مقرر داشته است: «مرجع رسیدگی‌کننده می‌تواند با توجه به ماهیت پرونده و سایر اوضاع و احوال انجام تحقیق را به بازرس کار... محول نماید.» بدین‌سان، بازرسان کار با بازرسی کردن از کارگاه‌های مشمول قانون کار می‌توانند، علاوه بر بررسی اسناد و مدارک، اظهارات سایر اشخاص و کارکنان یا کارگران مشغول به کار را به‌صورت محرمانه و پنهان از دیدگان کارفرما در گزارش خود منعکس کنند

۱. «مرجع رسیدگی‌کننده می‌تواند به تشخیص خود یا به درخواست هر یک از طرفین دعوا قرار تحقیق محلی صادر کند.»

(طاهری، ۱۳۹۷: ۳۳۲) و در جهت احقاق حقوق کارگر گام مهمی بردارند. موضوع دیگری که در آیین‌نامه مشخص شده است اما به‌صراحت در قانون آیین دادرسی مدنی از آن سخن به میان نیامده است راجع به تعیین موضوع قرار مذکور جهت اجرای آن است. اجرای چنین قرار مستلزم تعیین دقیق موضوع آن می‌باشد، کما اینکه این مهم در ماده ۲۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی درخصوص قرار معاینه محل پیش‌بینی شده است.

در ماده ۹۷ آیین‌نامه آیین دادرسی کار، ارجاع امر به کارشناسی را در صورتی مقرر کرده است که اتخاذ تصمیم منوط به تحصیل نظر کارشناسی باشد اما ظاهر ماده ۲۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع امر به کارشناسی را در اختیار دادگاه قرار داده است و رویه قضایی نیز به همین «اختیار» تمایل دارد. ولی گفته شده است که اختیار ناظر به تشخیص دارابودن یا نبودن جنبه فنی و تخصصی موضوع است و چنانچه این جنبه احراز گردد، لازم است امر به کارشناس ارجاع شود (شمس، ۱۳۸۹: ۳۰۹-۳۱۰). ماده ۹۸ آیین‌نامه آیین دادرسی کار مقرر داشته است که چنانچه ارجاع امر به کارشناسی به نظر دادگاه باشد، پرداخت هزینه به‌عهده خواهان است. اما ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی، در این فرض، پرداخت هزینه را در صورتی بر عهده خواهان قرار داده است که انشای رأی بدون انجام کارشناسی ممکن نباشد. بدین‌سان، با توجه به اینکه در اختلاف‌های کارگر و کارفرمایی عمدتاً خواهان کارگر می‌باشد و با توجه به اصل مجانی بودن دادرسی کار بهتر بود که مقنن رویه قانون آیین دادرسی مدنی را در پیش می‌گرفت و از سوی دیگر قسمت اخیر ماده ۹۸ مقرر داشت که چنانچه هزینه کارشناسی پرداخت نشود، مرجع رسیدگی «بدون توجه به نتایجی که از کارشناسی حاصل خواهد شد، رسیدگی را ادامه داده و رأی صادر می‌نماید». حال سؤالی که می‌تواند مطرح شود این است که منظور از «ادامه رسیدگی» چیست. آیا مرجع رسیدگی بدون توجه به کارشناسی وارد ماهیت شده و رأی صادر می‌نماید یا اینکه دعوارد می‌شود؟ اگر منظور راهکار اول باشد چطور ممکن است بدون تحصیل نظر کارشناس، در ماهیت، رأی صادر شود، چراکه طبق ماده ۹۷ آیین‌نامه آیین دادرسی کار ارجاع امر به کارشناس در صورتی است که انشای رأی متوقف بر تحصیل نظر کارشناس باشد. از طرف دیگر، چنانچه متقاضی کارشناسی یکی از اصحاب دعوا باشد و از پرداخت هزینه ممانعت کند، در آیین دادرسی کار تکلیف آن مشخص نگردیده است اما ماده ۲۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی ضمانت اجرای آن را پیش‌بینی کرده است.

ماده ۹۹ آیین‌نامه یادشده بیان داشته است: «چنانچه هزینه کارشناسی توسط خواهان پرداخت شود، در صورت محکومیت خوانده، مرجع رسیدگی‌کننده مکلف است هزینه کارشناسی را طبق تعرفه در رأی صادره علیه خوانده ملحوظ نماید» و در این باره اظهار نظر شده است که از آنجا که

مراجع دادرسی کار صالح به رسیدگی دعوای خسارت نمی‌باشند، ماده مذکور خلاف این اصل بوده و باید در موضع نص اجرا شود (قبادی، ۱۳۹۲: ۱۹۵). همچنین رأی وحدت رویه‌ای درخصوص خسارت تأخیر تأدیه حقوق کارگر صادر شده است و رسیدگی به این خواسته را به‌طور کلی در صلاحیت دادگاه دانسته است^۱ که به چند دلیل قابل انتقاد است، به‌نحوی که خود نوشتاری جداگانه می‌طلبد؛ از جمله اینکه چه تفاوتی در ماهیت اصل دعوا (حق السعی) و خسارت تأخیر وجود دارد که اولی در صلاحیت هیئت حل و اختلاف کار باشد اما درخصوص خسارت تأخیر تأدیه ناشی از آن صلاحیت نداشته باشد. آیا این مورد اختلاف میان کارگر و کارفرما که در ماده ۱۵۷ قانون کار پیش‌بینی شده است، نمی‌باشد؟^۲ آیا ماده مزبور صراحتی بر خروج خسارت تأخیر از صلاحیت هیئت موصوف دارد؟ اگر کارگر مزد معوقه و خسارت ناشی از تأخیر را مطالبه نماید، تکلیف چیست؟ از طرف دیگر، چنانچه به مقدمه آیین دادرسی کار توجه شود، به اصول خاص این دادرسی از جمله اصل سرعت، اصل غیرتشریفاتی بودن رسیدگی، اصل رایگان بودن دادرسی و... اشاره گردیده است که تعیین صلاحیت دادگاه برای رسیدگی به خسارات مذکور به‌صراحت مخالف اصول یادشده می‌باشد که خود انتقادی از منظر تحلیل اقتصادی محسوب می‌شود.

۳-۱-۲. گواهی و سوگند

در آیین دادرسی کار، گواهی گواهان به‌عنوان دلیل محسوب نشده است، البته با رعایت شرایط در حد اماره تلقی گردیده است. حال در جهت پاسخ به این سؤال که این اقدام معارض با قوانین مدنی و آیین دادرسی بر چه اساس و اصولی قابل توجیه است، اظهار نظر شده است که با توجه به

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۵۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «نظر به اینکه مطابق ماده ۱۵۷ قانون کار رسیدگی به هرگونه اختلاف فردی بین کارفرما و کارگر که ناشی از اجرای این قانون و سایر مقررات کار باشد، در صلاحیت هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف قرار داده شده است، بنابراین، چنانچه دعوای دیگری غیر از آنچه در ماده مرقوم به آن‌ها تصریح شده، بین اشخاص مذکور در فوق مطرح شود، رسیدگی به آن با توجه به اصل یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی که دادگاه‌های دادگستری را مرجع تظلمات و شکایات قرار داده، از صلاحیت هیئت‌های مورد اشاره خارج و در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری خواهد بود. بر این اساس، به نظر اکثریت قریب به اتفاق اعضای هیئت عمومی، رأی شعبه دهم دیوان عالی کشور که دعوی مطالبه خسارت تأخیر تأدیه محکوم به رأی هیئت تشخیص اداره تعاون، کار و رفاه اجتماعی را در صلاحیت دادگاه دانسته، صحیح و قانونی است. این رأی طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.»

۲. همان گونه که برخی از استادان اظهار داشته‌اند: «مفاد ماده ۱۵۷ را، با چشم‌پوشی از پاره‌ای نارسایی‌ها، باید بر اختلاف‌هایی حمل کرد که فردی و بیشتر منطبق بر دعوای حقوقی قضایی است» (عراقی، ۱۳۹۵: ۲/۳۹۴).

فلسفه و جایگاه ایجاد مراجع تخصصی غیردادگستری که رسیدگی به امور تخصصی و فنی است و با توجه به اینکه دعاوی در صلاحیت مراجع رسیدگی به اختلافات کارگر و کارفرما باید عاری از تشریفات خاص قضایی حل و فصل شوند پذیرش ادله‌ای مانند گواهی و سوگند خلاف اصول مزبور می‌باشد (قبادی، ۱۳۹۲: ۱۹۶)؛ اما شایان ذکر است که همین ایراد نیز در رسیدگی به اقرار و سند وجود دارد. از طرف دیگر، آیین دادرسی کار به موجب آیین‌نامه تصویب گردیده است و از این رو مفاد آیین‌نامه مطابق اصل ۱۳۸ قانون اساسی نباید با متن و روح قوانین^۱ مخالف باشد و به‌طریق اولی با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی (اصل ۷۳ همان قانون). همچنین در عمل مشاهده می‌شود که بیشتر اختلافات، ناشی از شفاهی بودن قرارداد کار است و در این راستا معمولاً کارگر متضرر می‌گردد و می‌دانیم که مبنای مقررات کار و برخی اصول دادرسی کار در جهت حمایت از طبقه کارگر می‌باشد و آیا رواست که از سویی نظر به دادرسی سریع، عاری از تشریفات و رایگان کار بدهیم و از آن سوی پذیرش گواهی را به‌عنوان دلیل اثبات نپذیریم؟ آیا این موضوع با قاعده دادرسی عادلانه که در مقدمه آیین دادرسی کار به‌صراحت ذکر شده است هماهنگ می‌باشد؟^۲ در عمل هم تا آنجا که نگارندگان آگاهی دارند و با تحقیقی که از برخی مراجع حل اختلاف کار و وکلای دادگستری فعال در این حوزه به عمل آمد این مراجع تنها بر اساس گواهی گواهان رأی صادر نمی‌نمایند و در واقع گواهی را به‌عنوان دلیل در معنای خاص قابل استناد نمی‌دانند، اما از آن در حد اماره بهره لازم را در اصدار رأی می‌برند.

بدین‌سان، کنار گذاشتن شهادت به‌عنوان ادله اثبات دعوا و در حد اماره تلقی کردن آن موافق با مقررات قانونی نیست و همین ایراد نیز بر عدم پیش‌بینی سوگند نیز وارد است؛ چه مراجع حل اختلاف کار (با تحقیق و بررسی مختصری که به‌عمل آمد) هیچ توجهی به سوگند ننموده‌اند و برای آن ارزشی حتی در حد اماره هم قائل نیستند. آن‌گونه که برخی از شعب رسیدگی‌کننده در این راستا بیان کرده‌اند که پیش‌بینی نشدن سوگند در آیین‌نامه و به‌تبع نپذیرفتن آن به‌عنوان دلیل در اختلاف‌های کار از یک سو منطقی است؛ چه اتیان سوگند نیازمند تشریفات خاص می‌باشد و حجم زیاد

۱. میان نویسندگان در رابطه با مفهوم روح قانون اختلاف بسیار است و برای مطالعه بیشتر در این خصوص، نک: (مهرپور و صفری، ۱۳۹۷: ۲۰۷-۲۰۶)؛ اما صرف‌نظر از این اختلاف‌ها آنچه به‌عنوان روح قانون کار مدنظر نویسندگان قرار گرفته است حمایت از طبقه کارگر می‌باشد.

۲. برخی از نویسندگان جهت نیل به کشف حقیقت و تحقق عدالت، به‌لحاظ طریقت ادله و حصری نبودن آن، نظر به نظام ادله آزاد دارند (مختاری، ۱۳۹۷: ۱۶۷)؛ اما این در حالی است که آیین‌نامه مورد بحث، صرف‌نظر از ماهیت دادرسی کار، با متن قانون اساسی و روح قانون کار مغایرت دارد.

پرونده‌های مطروح در این مراجع مانع از اجرای آن تشریفات می‌گردد و برخی دیگر نیز اظهار داشته‌اند چون مراجع حل اختلاف کار جزو مراجع قضایی به شمار نمی‌آیند، بلکه مراجعی اداری محسوب می‌شوند و این مراجع هم تنها بر اساس اسناد و مدارک کتبی که قبلاً در زمان اشتغال ایجاد شده است می‌توانند رأی صادر کنند، از این رو شهادت شهود و سوگند نمی‌تواند دلیل بر اثبات ادعا و مبنای اصدار رأی باشد. اما بعضی دیگر از آن شعب این موضوع را غیرقانونی و غیرمنطقی می‌دانند؛ بدین بیان که حجم بالای پرونده‌ها نباید مانعی در پذیرش سوگند باشد. چه این ایراد می‌تواند در فرض اقرار و دیگر ادله هم مطرح شود و از طرفی رسیدگی این مراجع را اداری صرف نمی‌دانند، چراکه اختلاف‌های پیش‌آمده در بیشتر موارد واجد جنبه حقوقی و قضایی می‌باشد. بدین‌سان، به نظر می‌رسد که محروم کردن کارگران از حق قانونی که در قوانین موضوعه به‌عنوان دلیل اثبات بدان تصریح شده است، افزون بر اینکه در تعارض با قانون اساسی است، با روح قانون کار و واقعیت‌های موجود نیز هماهنگ نمی‌باشد؛ چه کارگری که بعضاً به سبب وضعیت بد اقتصادی یا ناآگاهی، برای کسب درآمد و امرار معاش، شرایط کار را می‌پذیرد و حتی در عمل مشاهده شده است که سفته‌ای سفیدامضا هم از آن‌ها گرفته می‌شود، بدون اینکه حتی نسخه‌ای از قرارداد به آن‌ها داده شود یا اینکه اصلاً قراردادی در این زمینه مکتوب شود. نپذیرفتن سوگند نیز به‌نوبه خود سبب تضییع حقوق این قشر خواهد شد.

۲-۲. ادله اثبات در حقوق خارجی

در حقوق ایتالیا گفته شده است که قرارداد کار یک قرارداد مدنی است و دلایل اثبات همان ادله‌ای می‌باشد که در قانون مدنی آمده است؛ اما با توجه به دشواری مراحل اثبات، مکتوب‌نمودن قرارداد از این حیث حائز اهمیت است (Bold et al, 1965: 363). در قانون قرارداد کار بلژیک علاوه بر سند، در ماده ۱۲ آن، شهادت شهود نیز به‌عنوان ادله اثبات معرفی شده است و برخلاف آیین دادرسی کار ایران دارای توان اثباتی در حد اماره نمی‌باشد.

در حقوق هلند نیز قرارداد کار تابع شکل و فرم خاصی نیست اما در برخی موارد تنظیم قرارداد کتبی ضروری است. در این کشور تا قرن ۱۹ از همه دلایل در دعاوی میان کارگر و کارفرما استفاده می‌شد تا اینکه سوگند مورد انتقاد واقع شد و این نارضایتی و انتقادات سبب شد تا در قانون مصوب سال ۱۹۰۷ این دلیل اثبات با نسخ مواجه شود اما سایر ادله از جمله شهادت برخلاف حقوق ما دارای ارزش اثباتی مطلق می‌باشد ولی در عین حال شهادت برخی افراد به نفع برخی دیگر با محدودیت روبه‌روست (Bold et al, 1965: 648).

حقوق فرانسه به سمت آزادی کامل تمامی ادله اثبات رفته است (Camerlynck, 1968: 167)، چراکه قانون کار این کشور عملاً مقررات خاصی در رابطه با ادله اثبات در قراردادهای کار ندارد. بنابراین تمامی ادله اثبات پیش‌بینی شده در قانون مدنی می‌تواند در دادرسی کار مورد استفاده قرار گیرد (Godard, 1973: 155) و بدین جهت و به لحاظ نابرابری طرفین در این قرارداد استفاده از تمامی روش‌های اثبات می‌تواند این نابرابری را در مرحله اثبات جبران کند.^۱ شایان ذکر است که این آزادی طرفین در استناد به ادله به صورت مطلق نیست بلکه باید سایر اصول و مقررات قانونی در این راستا مثل حفظ حریم خصوصی رعایت گردد (Tekely, 2002: 9). گفته شده است که در ۹۰ درصد اختلافات حاصل، میان طرفین، قرارداد کار کتبی وجود ندارد و این مشکل معمولاً از آنجا ناشی می‌گردد که شواهد و مدارک دال بر اثبات این رابطه در کارگاه یا شرکت نگهداری می‌شود که تحت سلطه و اختیار کارفرماست و در مواردی هم دسترسی به آن‌ها وجود ندارد؛ بنابراین عدم تعادل در دادرسی نیز قابل مشاهده است و از این رو برخی معتقدند که استفاده از شواهد الکترونیکی می‌تواند یک ابزار قانونی در خدمت تعادل دوباره روابط قراردادی باشد (Ternynck, 2014: 16). این ادله عبارتند از:

۱-۲-۲. سند^۲

از آنجا که این روش اثبات قبل از هرگونه اختلاف یا دادرسی توسط طرفین تنظیم می‌گردد و همچنین به دلیل ماهیت خاص آن یک ابزار معتبر و قابل اعتماد برای اثبات محسوب می‌شود. اسناد مختلفی که می‌توانند در یک اختلاف کار تولید شوند همه آن‌ها تأثیر قابل مشاهده و مشابهی در دادرسی ندارند (Tekely, 2002: 12). به عنوان مثال، قرارداد کار، اسناد پرداخت، اسناد خروج، نامه کارفرما به مؤسسه کاریابی جهت فرستادن کارگر، ثبت نام کارگر در این مؤسسه و... اسناد مختلف در احراز رابطه کار هستند اما نقش آن‌ها در دادرسی و اثبات یکسان نیست. همچنین بیان شده است که با وجود آزادی طرفین در استناد به ادله اثبات کارفرما تحت دستورالعمل اجرایی اول ژوئیه ۱۹۹۳^۳ ملزم است که عناصر اساسی روابط کاری را به طور شفاهی به کارمند اطلاع دهد و سند ضبط این عناصر نباید بیش از دو ماه پس از استخدام به کارکنان ارسال شود. اما اعتبار قرارداد کاری به هیچ وجه بدان وابسته نیست.

۱. برگرفته از سایت ذیل:

<http://www.glose.org/mem010-htm.htm>. 21/02/2019.

2. L'écrit

3. Directive applicable depuis le 1er juillet 1993

۲-۲-۲. اماره^۱ و شهادت^۲

امارات نیز در حقوق فرانسه به دو دسته «اماره قانونی»^۳ و «اماره واقعی»^۴ تقسیم بندی می گردد. گفته شده است آنچه می تواند به عنوان ادله اثبات در نظر گرفته شود امارات واقعی هستند، چراکه به معنای قانع کردن قاضی است و از سوی دیگر با اماره قانونی جای مدعی و منکر عوض می شود و بار اثبات بر عهده طرف مقابل قرار می گیرد (Tekely, 2002: 17). همچنین، شهادت شهود به عنوان یکی از ادله اثبات احصاء گردیده است و بدین سان، با توجه به آزادی طرفین در استناد به ادله در راستای اثبات قرارداد کار، دلیل مزبور دارای توان اثباتی در حد سند می باشد (Wolmark, 2014: 282) و بسان حقوق ما با تنزل درجه اثباتی در دادرسی کار مواجه نشده است. شهادت یک کارگر به نفع کارگر دیگر یا شهادت مشاور و شخصی که توسط کارمند انتخاب شده است، صرفاً بدین لحاظ که می تواند بی طرف نباشد رد نخواهد شد (Tekely, 2002: 28).

۲-۲-۳. اقرار^۵ و سوگند^۶

اقرار ممکن است «اقرار در دادگاه»^۷ باشد یا «اقرار خارج از دادگاه»^۸. این تمایز مهم است، زیرا اثر و مقررات حاکم بر این دو اقرار نیز متفاوت می باشد. شخصی که در خارج از دادگاه و دادرسی اقرار می کند اقرارش به عنوان یک سند مورد استفاده قرار می گیرد. اقرار در دادگاه، که به عنوان «ملکه اثبات»^۹ از آن یاد شده است، دارای قدرت اثباتی مطلق است که این خصوصیت بر طبق قانون مدنی و بر اساس قاعده اقرار هر کس بر علیه خودش نافذ است می باشد. یکی دیگر از ادله اثبات سوگند است که در قانون مدنی این کشور بدان اشاره شده است. این دلیل اثبات ریشه در تمدن های باستان و مذهب دارد و اما در خصوص مبنای اثبات این دلیل تردیدهایی وارد شده است. گفته شده است که به دلیل سوءاستفاده و سوءظن افراد ممکن است این دلیل اثبات مورد استفاده نامناسب قرار گیرد و قضات را وادار به اصدار حکم بر اساس آن نماید، در حالی که ممکن است واقعیت چیز دیگری باشد. اما در نهایت گفته اند که با توجه به مطلق بودن قدرت اثبات آن ممکن است به عنوان یک دلیل

1. Présomption
2. Témoignage
3. Présomption legal
4. présomption de fait
5. L'aveu
6. Serment
7. L'aveu judiciaire
8. L'aveu extrajudiciaire
9. "La reine des preuves"

اثبات کامل در نظر گرفته شود (Tekely, 2002: 32-33)، زیرا قانون کار این کشور مقررۀ خاصی در زمینه دلایل اثبات ندارد و در قانون مدنی سوگند به عنوان یک دلیل اثباتی معرفی گردیده است.

نتیجه

راجع به تنظیم قرارداد کتبی و ضمانت اجرای آن در احراز و اثبات رابطه کار، با توجه به ماده ۷ قانون کار و مفهوم تبصرۀ ماده ۴۱ قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور ۱۳۹۴، به رغم ظاهر تبصرۀ ماده ۸ قانون رفع برخی موانع تولید و سرمایه گذاری صنعتی مصوب ۱۳۸۷، باید گفت که تنظیم قرارداد کتبی، به لحاظ عدم وجود ضمانت اجرای مؤثر در فرض تخلف طرفین از انشاء و ضبط مکتوب قرارداد، شرط تحقق رابطه مزبور نیست بلکه تنها در مرحله اثبات مؤثر می باشد، بی آنکه خدشه ای بر ثبوت آن وارد نماید. البته این موضوع ممکن است سبب سوء استفاده کارفرمایان قرار گیرد. از این رو، در راستای حمایت از طبقۀ کارگر و کاهش پرونده های مربوط به اثبات قرارداد شفاهی و با استفاده از دستورالعمل شماره ۱۴۹۷۱ معاونت روابط کار وزارت کار، مکلف کردن کارفرمایان به تنظیم قرارداد کتبی و ارسال نسخه الکترونیکی آن به واحدهای مرتبط پیشنهاد می گردد. از سوی دیگر در راستای همین اهداف، دائمی تلقی کردن رابطه کار ایجاد شده در فرض عدم کتبی بودن قرارداد با توجه به وضعیت فعلی توصیه می شود، همان گونه که در حقوق فرانسه در جهت حمایت از کارگر و برابری طرفین چنین مقرره ای وجود دارد و در قانون قرارداد کار بلژیک نیز همین ضمانت اجرا در قرارداد کار با مدت مشخص آمده است. بر همین اساس، پیش بینی ضمانت اجرای مؤثر (از قبیل جزای نقدی، عدم تأیید صلاحیت اشخاص در مناقصه ها)، مانند دستورالعمل مذکور در راستای تخلف از تنظیم کتبی قرارداد برای سایر اشخاص حقوقی و حقیقی، نیز پیشنهاد می گردد. در حقوق فرانسه، هلند و آلمان (به جز قرارداد کار با مدت معین و کارآموزی)، قرارداد کار نیز مانند حقوق ما عقدی رضایی است و البته، در جهت تأمین اهداف فوق، نویسندگان قرارداد مکتوب را ارجح دانسته اند. در برخی از کشورها، مانند بلژیک و چین نیز برای ایجاد رابطه کارگر و کارفرمایی به وجود سند مکتوب اشاره شده است اما عدم رعایت این موضوع تأثیری بر ثبوت این رابطه ندارد. آیین نامه آیین دادرسی کار در خصوص ادله اثبات دارای ایرادات زیادی، از جمله تکرار مواد قوانین مدنی و آیین دادرسی مدنی، پیش بینی موارد غیر مرتبط با این بحث، تنزل ارزش شهادت شهود به اماره و عدم پیش بینی سوگند در شمار این ادله می باشد که این موضوع، علاوه بر مغایرت صریح با قوانین موضوعه، با روح حمایتی قانون کار نیز منطبق نیست؛ چه مفاد آیین نامه با توجه به اصول ۷۳ و ۱۳۸ قانون اساسی نباید با اصول، احکام مذهبی، قانون اساسی، متن و روح قوانین و مقررات عمومی کشور مخالف باشد. از این رو و با توجه به اینکه در وضعیت کنونی کارفرمایان اصولاً به جهت فرار از پرداخت

بیمه و سایر مزایای قانونی تمایلی به تنظیم قرارداد کتبی با کارگر ندارند، نپذیرفتن شهادت شهود و حتی سوگند (با رعایت شرایط و مقررات مربوط) به ضرر کارگر خواهد بود و بدین سان، مانند حقوق فرانسه، به جهت برابر کردن طرفین در مرحله دادرسی و اثبات، به رغم نابرابری در مرحله ایجاد رابطه کار، تمامی ادله اثبات (از جمله گواهی و سوگند) وفق حقوق مدنی پیشنهاد می‌گردد.

منابع

فارسی

- امامی، سیدحسن (۱۳۶۴)، *حقوق مدنی*، جلد ششم، چاپ ششم، تهران: انتشارات ابوریحان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۳)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ سیزدهم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- راسخ، محمد (۱۳۸۵)، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، *مجلس و پژوهش*، سال سیزدهم، شماره ۵۱.
- رستمی، ولی؛ آخوندی، فائزه (۱۳۹۶)، «تحلیل حقوقی طرق اجرایی دخالت دولت در روابط کار در حقوق کار ایران»، *فصلنامه جستارهای حقوق عمومی*، سال اول، شماره اول.
- رفیعی، احمد (۱۳۹۱)، *دفتر دوم- حل اختلاف کارگر و کارفرما در پرتو اصول دادرسی منصفانه*، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۹)، *آیین دادرسی مدنی*، دوره پیشرفته، جلد سوم، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات دراک.
- طاهری، آزاده‌السادات (۱۳۹۷)، «بررسی تطبیقی حدود اختیارات و تکالیف بازرسان کار در حقوق ایران و استانداردهای سازمان بین‌المللی کار»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۸، شماره ۱.
- طاهری، شیرین (۱۳۹۴)، *قواعد حاکم بر ادله اثبات دعوا در آیین دادرسی کار و آیین دادرسی مدنی*، پایان‌نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، تهران: پردیس بین‌المللی ارس دانشگاه تهران.
- عراقی، سیدعزت‌الله (۱۳۹۶)، *حقوق کار*، جلد اول، چاپ هجدهم، تهران: انتشارات سمت.
- عراقی، سیدعزت‌الله (۱۳۹۵)، *حقوق کار*، جلد دوم، چاپ چهاردهم، تهران: انتشارات سمت.
- قبادی، حسین (۱۳۹۲)، *آیین دادرسی کار*، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *اثبات و دلیل اثبات*، جلد اول، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، *عقود معین*، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مختاری، رحیم (۱۳۹۷)، «اثر حاکمیت نوع نظام ادله‌ای بر هدف دادرسی مدنی در حقوق ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۲، شماره ۱۰۱.
- متین‌دفتری، احمد (۱۳۷۸)، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، جلد اول، چاپ اول، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- مهرپور، حسین؛ صفری، سجاد (۱۳۹۷)، «روح قانون در حقوق ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۲، شماره ۱۰۳.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۶)، *حقوق کار*، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

غیرفارسی

- Boldt. G, Camerlynck. G, Horion, P, kayser. A, Levenbach. M. G, Mengoni. L (1965), *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C. E. C.* A, Paris, Dalloz.
- Brochard, Jean (1960), *Contrat de travail*, Paris, Liraire Dalloz, V e.
- Camerlynck, G.H. et Lyon-Cean, Gerard (1975), *Droit du Travail*, Paris, Dalloz, ed 7e.
- Camerlynck, G.H. (1973), *Contrat de Travail*, Paris, Dalloz.

- Camerlynck, G.H. (1968), **Traite de Droit du Travail**, Contrat de travail, Paris, Dalloz.
- Chan, Jenny (2009), "MEANINGFUL PROGRESS OR ILLUSORY REFORM?", **Analyzing China's Labor Contract Law**, New Labor Forum, Vol. 18.
- Fan Cui, Ying Ge, and Fengchun Jing (2013), "The Effects of the Labor Contract Law on the Chinese Labor Market", **Journal of Empirical Legal Studies**, Volume 10, Issue 3.
- GHestin, Jacques (1972), **Droit du Travail**, Paris, Sirey, 2 e Annee, ed c.
- Godard, Odile (1973), **Le regime de la prevue en matiere d, accidents du travail**, Paris, Sirey.
- Neuprez, Vincent et Deprez, Michel (2018), **Contrat de travail: l'essentiel**, Liège, Edipro, 5^{ème}.é.
- Tekely, Magdalena (2002), **Le particularisme des modes de preuve en droit du travail**, Nancy, Glose.
- Ternynck, Élise (2014), **Le juge du Contrat de travail et la preuve électronique**, Université Lille, Hal, THÈSE pour obtenir le grade de Docteur en droit, Université Lille Nord de France.
- Wolmark, Cyril (2014), "La preuve en droit du travail - Essai de synthèse", **Le Droit Ouvrier**, AVRIL, Commission de droit social du SAF, n°789.

سایت اینترنتی

- <http://www.glose.org/mem010-htm.htm>. (last visited on 21/02/2019).
- <https://iclg.com/practice-areas/employment-and-labour-laws-andregulations/germany>. (last visited on 06/11/2018)
- www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=11635. (last visited on 28/11/2018).

چالش‌های اعمال قواعد تعدد جرم نسبت به اشخاص حقوقی

حسن پورباقرانی*، اصغر احمدی**، جواد پولادی***

چکیده

با توجه به پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و تعیین کیفرهایی برای این اشخاص در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، این پرسش مطرح می‌شود که آیا مقررات تعدد جرم در خصوص اشخاص حقوقی بزهکار هم‌سان با اشخاص حقیقی اعمال خواهند شد. پاسخ به این پرسش از یک سو آسان و از دیگر سو دشوار است. آسان است چون هم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قوانین کیفری ایران پذیرفته شده است و هم اشخاص حقیقی ویژگی بارزی ندارند که اعمال این قواعد را مختص به آن‌ها بدانیم. دشوار است زیرا با توجه به نوپا بودن پذیرش مسئولیت کیفری این اشخاص در حقوق کیفری ایران و گذار از نگاه انسان‌محورانه قوانین کیفری ایران به سوی اشخاص حقوقی، چالش‌های بسیاری را در راه اعمال قواعد تعدد جرم نسبت به این اشخاص پیش می‌کشد. از جمله مهم‌ترین این دشواری‌ها می‌توان به تجمیع و ماهیت متفاوت کیفرهای اشخاص حقوقی که در ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر شده‌اند اشاره کرد که سد محکمی در راه اعمال مقررات تعدد اعتباری به وجود آورده است. علاوه بر آن، اعمال مقررات تعدد واقعی موضوع ماده ۱۳۴ در خصوص اشخاص حقوقی با مسائلی چون عدم امکان تعیین اشد کیفر و سپس کیفر

* دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول)

hpoorbafarani@ase.ui.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

ahmadi.niya@ase.ui.ac.ir

*** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

javad_pouladi@yahoo.com

اشد و محدودیت اختیار دادگاه در تعیین دو کیفر برای شخص حقوقی روبه‌روست که سبب می‌شود نتوان مقررات تعدد واقعی را در مورد اشخاص حقوقی چون اشخاص حقیقی به کار بست. **واژگان کلیدی:** اشخاص حقوقی، مسئولیت کیفری، تشدید کیفر، تعدد جرم

مقدمه

با وجود اختلاف نظرهایی که در راه پیش‌بینی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی^۱ وجود دارد، امروزه این مسئولیت یکی از مباحثی است که پایه‌های خود را در بسیاری از نظام‌های حقوقی استوار کرده است (خدابخشی، ۱۳۸۷: ۱۲۱). حقوق کیفری ایران نیز در راستای هم‌گرایی جهانی برای پذیرش این مسئولیت گام برداشته است. در قوانین تصویب‌شده در سال‌های اخیر، بزهکاری اشخاص حقوقی کراراً مورد تصریح قرار گرفته است. علاوه بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲^۲، در قوانین متفرقه و خاص دیگری نیز چون قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ (الحاقی به قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵)، قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم مصوب ۱۳۹۴^۳ و قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر مصوب ۱۳۹۴ (ماده ۹) این رویکرد حفظ شده است. متعاقب آن در ادبیات حقوقی موضوع نیز شاهد آنیم که نویسندگان حقوقی به تشریح و تبیین چنین مسئولیتی پرداخته‌اند (موسوی‌مجاب و رفیع‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۸۵؛ شریفی و دیگران، ۱۳۹۲: ۵۷؛ یوسفیان شوره‌دلی، ۱۳۹۰: ۳۷۱). با این حال پذیرش این مسئولیت مسائلی را در راه تطبیق و اعمال مقررات جزایی به‌خصوص مقررات جزایی اسلامی در نظام حقوقی ایران به وجود می‌آورد و در این میان اصول حقوق جزا یکی از موانع مهم است (محسنی، ۱۳۸۹: ۹). از جمله مهم‌ترین این چالش‌ها که این مقاله عهده‌دار بررسی آن است چگونگی اعمال قواعد تعدد جرم نسبت به اشخاص حقوقی در هنگام ارتکاب جرایم متعدد (تعدد جرم) است.

سؤال‌هایی که مطرح می‌شود آن است که نحوه اعمال قواعد تعدد جرم بر اشخاص حقوقی چگونه است و آیا چالشی در این خصوص وجود دارد یا خیر و اگر پاسخ مثبت است، دلیل مبنایی و اصلی این چالش‌ها چیست و آیا قابل برطرف‌کردن است یا خیر. فرضیه مقاله آن است که اعمال

1. Legal persons criminal liability

۲. ماده ۱۴۳ این قانون مقرر می‌دارد: «در مسئولیت کیفری اصل بر مسئولیت شخصی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست».

۳. ماده ۴ این قانون مقرر می‌دارد: «در صورت ارتکاب جرایم موضوع این قانون توسط شخص حقوقی، طبق مقررات قانون مجازات اسلامی مصوب ۸۳۹۲/۲۸ اقدام می‌شود».

قواعد تعدد جرم نسبت به اشخاص حقوقی به سادگی اعمال آن نسبت به اشخاص حقیقی نیست و چالش‌های متعددی که در متن مقاله به آن‌ها اشاره می‌شود در این راه وجود دارد. این چالش‌ها نه فقط به جهت ماهیت متفاوت شخص حقوقی با حقیقی که عمدتاً به جهت تدوین نادرست و غیردقیق ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ است. بر این اساس، با اصلاح قانون و تدوین درست و دقیق این ماده، این چالش‌ها قابل برطرف شدن هم هستند. کافی است مقنن در اصلاحاتی که انجام می‌دهد از همان الگوی ماده ۲۰ قانون جرایم رایانه‌ای در تدوین ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی هم بهره‌برد. توضیح آنکه ماده ۱۲۰ تمامی کیفرهای اشخاص حقوقی را در هفت بند پیش‌بینی کرده است. این در حالی است که این کیفرها، فارغ از نوع جرم ارتكابی، بر تمامی جرایم تعزیری اشخاص حقوقی قابل اعمال هستند. به همین جهت، چالش عمده‌ای که وجود دارد آن است که کیفرهای مقرر برای تمامی جرایم ارتكابی اشخاص حقوقی در یک ماده تجميع گشته‌اند که این موضوع سبب حذف کارکرد تعدد اعتباری و واقعی در بزه‌های تعزیری اشخاص حقوقی می‌شود. به همین جهت امکان اعمال مقررات تعدد اعتباری بر رفتار ارتكابی اشخاص حقوقی نیست، زیرا در این تعدد علاوه بر اینکه باید رفتار واحدی رخ دهد که دارای عناوین مجرمانه متعدد باشد باید امکان اعمال کیفر اشد وجود داشته باشد؛ در حالی که چون تمامی کیفرهای اشخاص حقوقی در ماده ۲۰ گردآوری شده‌اند، امکان اعمال کیفر اشد وجود ندارد. در تعدد واقعی نیز که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در قالب تعدد رفتاری و نتیجه‌ای (سه رفتاری یا نتیجه‌ای و بیش از سه رفتاری یا نتیجه‌ای) پیش‌بینی شده است، باید شیوه «اشد کیفر» و سپس «کیفر اشد» رعایت شود؛ در حالی که همچون تعدد اعتباری امکان تعیین اشد کیفر و سپس کیفر اشد برای کیفرهای اشخاص حقوقی به جهت واحد بودن کیفرهای آن‌ها در یک ماده وجود ندارد. در ادامه برای تبیین دقیق‌تر موضوع، ابتدا مباحث مربوط به تعدد اعتباری و چالش‌های اعمال قواعد تعدد جرم درخصوص آن مطرح می‌شود و سپس همین مباحث درخصوص تعدد واقعی پیگیری می‌شود.

۱. ماده ۲۰ در این خصوص مقرر می‌دارد: «در صورتی که شخص حقوقی بر اساس ماده (۱۴۳) این قانون مسئول شناخته شود، با توجه به شدت جرم ارتكابی و نتایج زیان‌بار آن به یک تادو مورد از موارد زیر محکوم می‌شود، این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست: الف: انحلال شخص حقوقی. ب: مصادره کل اموال. پ: ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی به‌طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال. ت: ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه به‌طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال. ث: ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر برای مدت پنج سال. ج: جزای نقدی. چ: انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها».

۱. تعدد اعتباری بزه‌های تعزیری اشخاص حقوقی

مقصود از تعدد اعتباری یا معنوی ارتکاب رفتار واحدی است که مشمول دو یا چند عنوان مجرمانه است. طبق ماده ۱۳۱، «در جرایم موجب تعزیر هرگاه رفتار واحد دارای عناوین مجرمانه متعدد باشد، مرتکب به مجازات اشد محکوم می‌شود». تعدد معنوی دارای یک ماهیت و یک کارکرد است. ماهیت آن همان ارتکاب رفتار واحد مشمول دو یا چند عنوان مجرمانه است و کارکرد آن در اعمال کیفر اشد است. پس زمانی که رفتاری صورت گیرد که مشمول عناوین متعدد مجرمانه و به عبارت دیگر نقض دو یا چند ارزش باشد ولی امکان اعمال کیفر اشد وجود نداشته باشد، سخن‌رانند از تعدد معنوی چندان صحیح نخواهد بود.

۱-۱. امکان تحقق تعدد اعتباری توسط شخص حقوقی

از آنجا که تعدد معنوی ناظر بر رفتار است و توجهی به مجرم ندارد، این پرسش مطرح می‌شود که آیا اشخاص حقوقی همچون اشخاص حقیقی قادر به ارتکاب رفتاری هستند که سبب ایجاد تعدد معنوی شود یا خیر. پاسخ آن است که تعدد معنوی در جرایم مستوجب تعزیر صدق می‌کند و از آنجا که اشخاص حقوقی از لحاظ ارتکاب جرم همان جرایمی را مرتکب می‌شوند که شخص حقیقی نیز توانایی انجام آن را دارد، پس روشن است که اشخاص حقوقی نیز می‌توانند رفتار واحدی را انجام دهند که عنوان‌های متعدد داشته باشد، زیرا نه تعدد معنوی ویژگی خاصی دارد که آن را منحصر به اشخاص حقیقی بدانیم و نه اشخاص حقوقی دارای ماهیتی می‌باشند که نشود آن‌ها را مشمول حالتی قرار داد که از رفتار مجرمانه آن‌ها دو مقررۀ کیفری حمایت کند. بنابراین اگر شخص حقوقی در وب‌سایت خود به شخص حقوقی دیگری نسبت شنود غیرمجاز دهد (افترا) که هم‌زمان انتشار اکاذیب نیز باشد، مصداقی از تعدد معنوی است؛ بنابراین از لحاظ ماهیتی امکان تحقق تعدد معنوی درخصوص جرایم اشخاص حقوقی وجود دارد.

نکته‌ای که در این خصوص وجود دارد آن است که تعدد معنوی ناظر به جرایم تعزیری است (ماده ۱۳۱)؛ پس تعدد معنوی ارتكابی از جانب اشخاص حقوقی نیز فقط در همین دسته از جرم‌ها قابل صدق است. هرچند که قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۱۳۲ همین قانون به صورت تلویحی امکان تحقق تعدد معنوی درخصوص حدود را پذیرفته است ولی چون اساساً اشخاص حقوقی قادر به ارتکاب جرم‌های حدی نیستند (پوربافرانی، ۱۳۹۷: ۱۹)، بنابراین فرض تعدد معنوی در این دسته

۱. طبق تبصره ۲ ماده ۱۳۲ «چنانچه دو یا چند جرم حدی در راستای هم و در یک واقعه باشند، فقط مجازات اشد اجرا می‌شود؛ مانند تفخیز در هنگام لواط که تنها مجازات لواط اجرا می‌شود».

جرم‌ها نیز منتفی است. درخصوص دیه باید گفت که تبصره ماده ۱۴ به صراحت انتساب آن را به اشخاص حقوقی پذیرفته است و به همین جهت در موارد تداخل دیات^۱ امکان اعمال تعدد معنوی برای رفتار واحد آن‌ها وجود دارد. طبق این تبصره، «چنانچه رابطه علیت بین رفتار شخص حقوقی و خسارت وارد شده احراز شود، دیه و خسارت قابل مطالبه خواهد بود...». درخصوص کیفر قصاص نیز همانند حدود، امکان ارتکاب جنایت مستوجب آن توسط اشخاص حقوقی نیست و، به فرض تصور امکان ارتکاب جنایت، اعمال قصاص اعم از نفس یا عضو نسبت به اشخاص حقوقی منتفی است (پوربافرانی، ۱۳۹۷: ۲۱). بنابراین فرض تعدد معنوی نسبت به این جرایم هم در مورد اشخاص حقوقی منتفی است. پرسشی که در این زمینه پیش می‌آید آن است که در صورتی که شخص حقوقی مرتکب رفتاری شود که موجب پدید آمدن دو رفتار مجرمانه که یکی مستوجب تعزیر و دیگری مستوجب قصاص باشد، آیا باید تعدد معنوی را برقرار دانست. ماده ۱۳۵ در این خصوص تصریح دارد به این‌که تعدد معنوی در این حالت برقرار نیست و جمع کیفرها باید اعمال شود.

۲-۱. چالش کارکرد تعدد اعتباری در مورد اشخاص حقوقی

حال باید دید تعدد اعتباری درخصوص کیفرهای تعزیری اشخاص حقوقی کارکردی دارد یا خیر؟ همان‌طور که اشاره شد، کارکرد اصلی تعدد اعتباری مطابق ماده ۱۳۱ قانون مجازات اسلامی اعمال کیفر اشد است؛ یعنی ابتدا باید امکان تشخیص اینکه کدام کیفر بیشتر است وجود داشته باشد تا دادگاه بتواند به آن حکم دهد. لازمه کارکرد تعدد اعتباری وجود کیفرهای مشخص شده جداگانه برای هر جرم است؛ کیفرهایی که قانون‌گذار به‌طور مشخص به‌عنوان ضمانت اجرای کیفری یک جرم پیش‌بینی کرده است و با کمک همین کیفر جداگانه است که کیفر اشد تعیین می‌شود. در حالی که هیچ‌یک از جرایم اشخاص حقوقی مجازات جداگانه و منحصر به فرد ندارند. مقنن تنها در یک ماده کلی به وضع مجازات برای اشخاص حقوقی، صرف‌نظر از آنکه چه جرمی مرتکب شده‌اند، پرداخته است. هرکدام از جرایم تعزیری که توسط شخص حقوقی واقع شود مجازات آن همان موارد مندرج در ماده ۲۰ است و هیچ معادل و متناسب‌سازی با مجازات‌های اشخاص حقیقی نشده است. دادگاه هم تنها با لحاظ درجه‌بندی آن‌ها در ماده ۱۹ مبادرت به تعیین مجازات می‌کند. به دیگر سخن، چون تمامی کیفرهای تعزیری برای اشخاص حقوقی تنها در یک ماده گردآوری شده‌اند، بنابراین امکان اعمال کیفر اشد نیست.

۱. احکام تداخل و تعدد دیات در فصل هفتم بخش اول کتاب چهارم (دیات) مقرر شده‌اند.

البته این مورد با استثنایی همراه است و آن جرایم رایانه‌ای ارتكابی توسط اشخاص حقوقی است. طبق ماده ۲۰ قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ (ماده ۷۴۸ الحاق شده به قانون تعزیرات ۱۳۷۵)^۱ در مواردی که اشخاص حقوقی طبق ماده ۱۹ قانون جرایم رایانه‌ای (۷۴۷)^۲ مسئولیت کیفری دارند می‌توان قائل به کارکردداشتن تعدد معنوی بود، زیرا طبق ماده ۲۰ این قانون مجازات شخص حقوقی بر اساس همان مجازات مقرر شده برای شخص حقیقی تعیین می‌شود. به عبارت دیگر، همان مجازات مقرر شده برای اشخاص حقیقی معادل سازی برای اشخاص حقوقی شده است و بنابراین برای هر تعداد جرم رایانه‌ای که شخص حقوقی مرتکب شود، مجازات متناسب با آن جرم طبق ماده ۲۰ (۷۴۸ الحاق شده به قانون تعزیرات ۱۳۷۵) موجود است؛ برای مثال اگر شخص حقوقی مرتکب کلاهبرداری رایانه‌ای موضوع ماده ۷۴۱ قانون مذکور شود که میزان مجازات حبس آن با توجه به مجازات شخص حقیقی مرتکب این جرم یک تا پنج سال حبس است، تعطیلی از یک تا نه ماه خواهد بود. در مورد جزای نقدی هم بر اساس جزای نقدی مقرر برای شخص حقیقی معادل سازی مطلوب در صدر ماده ۷۴۸ صورت گرفته است. بدین ترتیب می‌توان گفت که اگر مقنن از همان الگوی تعیین مجازات مقرر شده در قانون جرایم رایانه‌ای برای قانون مجازات اسلامی هم استفاده کند، کارکرد تعدد معنوی، یعنی تعیین مجازات اشد، در آن قانون هم برقرار خواهد شد.

حال سخن این است که مراجع قضایی هنگام مواجهه با تعدد اعتباری جرم اشخاص حقوقی (جز جرایم رایانه‌ای که مشکلی در خصوص اعمال قواعد تعدد اعتباری ندارند) چگونه باید مبادرت به صدور حکم کنند. به نظر می‌رسد راه درست آن است که در چنین مواردی با وحدت ملاک گرفتن

۱. طبق این ماده: «اشخاص حقوقی موضوع ماده فوق با توجه به شرایط و اوضاع و احوال جرم ارتكابی میزان درآمد و نتایج حاصله از ارتكاب جرم علاوه بر سه تا شش برابر حداکثر جزای نقدی جرم ارتكابی به ترتیب ذیل محکوم خواهند شد: الف) چنانچه حداکثر مجازات حبس آن جرم تا پنج سال حبس باشد تعطیلی موقت شخص حقوقی از یک تا نه ماه و در صورت تکرار جرم تعطیلی موقت شخص حقوقی از یک تا پنج سال. ب) چنانچه حداکثر حبس آن جرم بیش از پنج سال حبس باشد تعطیلی موقت شخص حقوقی از یک تا سه سال و در صورت تکرار جرم شخص حقوقی منحل خواهد شد».

۲. «در موارد زیر چنانچه جرایم رایانه‌ای به نام شخص حقوقی و در راستای منافع آن ارتكاب یابد شخص حقوقی دارای مسئولیت کیفری خواهد بود: الف) هر گاه مدیر شخص حقوقی مرتکب جرم رایانه‌ای شود. ب) هر گاه مدیر شخص حقوقی دستور ارتكاب جرم رایانه‌ای را صادر کند و جرم به وقوع پیوندد. ج) هر گاه یکی از کارمندان شخص حقوقی با اطلاع مدیر یا در اثر عدم نظارت وی مرتکب جرم رایانه‌ای شود د) هر گاه تمام یا قسمتی از فعالیت شخص حقوقی به ارتكاب جرم رایانه‌ای اختصاص یافته باشد...».

از ماده ۱۳۱، ضمن تفهیم اتهام هر دو عنوان مجرمانه و با استدلال تعدد اعتباری عمل، در نهایت مبادرت به صدور حکم به مجازات جرم ارتكابی شدیدتر کنند.

نکته دیگری که در خصوص تعدد اعتباری لازم به ذکر است در تبصره ماده ۱۳۵ نهفته است که بر اساس آن، «در صورتی که جرم حدی از جنس جرم تعزیری باشد، مانند سرقت حدی و سرقت غیر حدی یا مانند زنا و روابط نامشروع کمتر از زنا، مرتکب فقط به مجازات حدی محکوم می‌شود و مجازات تعزیری ساقط می‌گردد...». دو نکته در خصوص این مقرر لازم به ذکر است. نخست پرسشی که به وجود می‌آید آن است که این تبصره ناظر به تعدد اعتباری است یا تعدد واقعی. در پاسخ باید بیان کرد که به نظر می‌رسد مقصود قانون‌گذار در تدوین این تبصره تعدد اعتباری بوده است، زیرا پذیرش تعدد واقعی در فرضی که موضوع جرم اموال و اشخاص گوناگون باشد دشوار است. به دیگر سخن، چنانچه فردی یک بار مرتکب جرم سرقت تعزیری شده باشد و چند روز بعد مرتکب جرم سرقت حدی از مکانی دیگر شود، دلیلی برای چشم‌پوشی از مجازات جرم نخست او وجود ندارد. ضمن اینکه صدر ماده ۱۳۵ در خصوص جمع بین مجازات این جرایم تصریح کافی دارد. بنابراین، هرچند ابتدای تبصره ماده ۱۳۵ به‌نحو مبهمی نگارش یافته است که چنین برداشت نادرستی را نیز به ذهن متبادر می‌کند، تردیدی نباید داشت که منظور قانون‌گذار صرفاً رفتار هم‌زمانی بوده است که در عین حال تشکیل‌دهنده جرم حدی و جرم تعزیری است. به‌عنوان مثال، کسی که مرتکب زنا شده است در مورد همان فردی که با او عمل زنا را انجام داده است حتماً اعمال نامشروع دون زنا را نیز انجام داده است اما قانون‌گذار مایل نیست که مرتکب در خصوص رفتار دوم نیز مورد مؤاخذه قرار بگیرد. یا کسی که با شکستن حرز سرقتی را انجام داده است چه‌بسا در همان محل شیء دیگری را نیز که در حرز قرار نداشته است با خود برده باشد. او در یک زمان و در مورد یک موضوع واحد هم مرتکب سرقت حدی شده است و هم مرتکب سرقت تعزیری. لیکن از نظر قانون‌گذار فقط محکومیت به مجازات سرقت حدی در مورد او کافی است (جعفری، ۱۳۹۲: ۱۹۱-۱۹۲).

نکته دوم آنکه این تبصره در خصوص شخص حقوقی کاربرد ندارد و مختص به اشخاص حقیقی است، زیرا شخص حقوقی قادر به ارتکاب بزه مستوجب حد نیست؛ بنابراین در فرضی که شخص حقوقی رفتاری را انجام دهد که هم‌زمان هم از جنس حدی باشد و هم از جنس تعزیری، دیگر سخن از تبصره ماده ۱۳۵ به میان نخواهد آمد و کیفر شخص حقوقی بر پایه ماده ۲۰ صورت خواهد گرفت.

۲. تعدد واقعی بزه‌های تعزیری اشخاص حقوقی

در این قسمت به تحلیل چگونگی اعمال قواعد تعدد واقعی جرایم ارتكابی اشخاص حقوقی پرداخته می‌شود. اما پیش از آن باید گریزی به مقررات تعدد بزه در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ زده شود تا بهتر بتوانیم تعدد بزه اشخاص حقوقی را به تصویر بکشانیم.

۲-۱. درآمدی بر مقررات تعدد مادی جرم

اعمال کیفر در تعدد واقعی جرم می‌تواند بر اساس یکی از چهار سیستم جمع کیفر، تعیین کیفر اشد، افزودن به کیفر اشد و افعال مختلف، عنوان واحد صورت گیرد (کلانتری و جعفریان سوته، ۱۳۹۰: ۳۱۷-۳۱۲). با نگاهی به مقررات تعدد مادی بزه در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ نمایان می‌شود که هر چهار سیستم پذیرفته شده‌اند. توضیح آنکه سیستم نخست بر اساس تبصره ۴ ماده ۱۳۴ بدین نحو مورد پذیرش قرار گرفته است که «مقررات تعدد جرم در مورد جرایم تعزیری درجه‌های هفت و هشت اجرا نمی‌شود. این مجازات‌ها با هم و نیز با مجازات‌های تعزیری درجه یک تا شش جمع می‌گردد».^۱ سیستم دوم و سوم بر اساس ماده ۱۳۴ در تعدد بزه تا سه رفتار یا نتیجه و بیش از سه رفتار یا نتیجه و در نهایت سیستم چهارم بر اساس تبصره ۲ همین ماده بدین نحو پذیرفته شده است که «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 می‌گردد».

مقررات تعدد مادی در جرایم تعزیری در ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی بیان شده است.^۲ طبق این ماده، تعدد مادی به اعتبار رفتار و نتیجه به دو دسته تقسیم می‌شود: دو یا سه رفتاری یا نتیجه‌ای و بیش از سه رفتاری یا نتیجه‌ای. بنابراین در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ دو قاعده تعدد رفتاری و اعمال کیفر اشد به ترتیب جایگزین تعدد وصفی (رفتارهای مشابه یا مختلف) و جمع

۱. با وجود این به نظر می‌رسد که جمع کیفر در حالت تعدد واقعی بزه‌های سزاوار تعزیر تنها ناظر به کیفرهای تعزیری درجه هفت و هشت نیست و موارد خاصی که در قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ پیش‌بینی شده‌اند همچنان اعمال می‌شوند. برای مثال می‌توان به ماده ۶۰۷ این قانون اشاره کرد که مقرر می‌دارد: «اگر متمرّد در هنگام تمرّد مرتکب جرم دیگری هم بشود به مجازات هر دو جرم محکوم می‌شود».

۲. در تبصره ماده مزبور نیز آمده است: «در صورتی که از رفتار واحد نتایج مجرمانه متعدد حاصل شود طبق مقررات فوق عمل می‌شود». مانند آن که شخصی به تصرف عدوانی ملک دیگری اقدام کند (ماده ۶۹۲ قانون تعزیرات) و این کار به از بین رفتن نخل‌های خرما یا باغ وی منجر (ماده ۶۸۵ قانون تعزیرات) شود (قیاسی، ۱۳۸۸: ۱۳۸). اگر چه برخی از حقوق‌دانان این حالت را مشمول تعدد اعتباری می‌دانند (پیمانی، ۱۳۷۴: ۱۷) اما قانون‌گذار آن را زیر مجموعه تعدد مادی دانسته است؛ هر چند که وجه اشتراک هر دو اجرای مجازات اشد است (فروغی و رحیمیان، ۱۳۹۴: ۱۸۱).

کیفرهای تعزیری (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۹۴: ۱۱۰) که منطبق بر طرز تفکر عینی از جرم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بود (صانعی، ۱۳۷۲: ۶۶)، گشته‌اند.

اعمال کارکرد تعدد مادی از طریق شمارش بزه‌های تعزیری که در درجه یک تا شش هستند صورت می‌گیرد. اگر بزه‌های ارتكابی یک نفر دو یا سه مورد باشد، ابتدا، حداکثر کیفر هریک از بزه‌ها یا، در صورت فقدان حداقل و اکثر، تا یک چهارم حداکثر آن‌ها تعیین می‌شود که در واقع همان اشد کیفر است. سپس از میان این دو یا سه مجازات، مجازات اشد یا همان شدیدترین کیفر اجرا می‌شود. به همین دلیل شاید بتوان گفت که تعدد مادی از یک جهت که تنها یک کیفر اعمال می‌شود، نوعی تخفیف یا تشویق مرتکب است ولی از جهت اجبار به اعمال حداکثر شدیدترین مجازات تشدید است و همین دومی ملاک قرار می‌گیرد. اگر بزه‌ها مشابه باشند، تعیین کیفر اشد منتهی است و دادگاه حداکثر مجازات را به اجرا می‌گذارد. البته بزه‌های مشابه مطابق با نظری عبارت‌اند از بزه‌هایی که هم از جهت عنوان و هم از جهت کیفر مشابه‌اند. بنابراین سرقت ساده و مشدد و کلاهبرداری و شروع به آن مشابه نیستند، زیرا کارکرد کیفر آن‌ها برای تشدید به جهت مختلف بودن مشابه نیست. هرچند مطابق قانون قبل نظر صحیح‌تر این بود که باید این جرایم را مشابه می‌دانستیم، زیرا اولاً ماهیت این جرایم یکی است و از طرفی مطابق قانون قبل از آنجایی که در جرایم مختلف قاعده جمع مجازات‌ها اعمال می‌شد، اقتضای عمل به اصول و قواعد تفسیر قوانین کیفری، از جمله اصل تفسیر به نفع متهم، مشابه قلمداد کردن این جرایم بود.

اگر شمار بزه‌ها بیش از سه عدد باشد، خواه مشابه باشد و خواه غیرمشابه، اشد مجازات هریک تعیین می‌شود و سپس بیش از حداکثر به علاوه نصف حداکثر برای هریک لحاظ می‌شود. سپس کیفر اشد از میان آن‌ها به اجرا در می‌آید. در اینجا به طور واقعی، کیفر قانونی در قلب تشدید مجازات تغییر می‌یابد و دادگاه به بالاتر از سقف کیفر قانونی حکم می‌دهد و نقص قانون قبل در خصوص عدم معیار مناسب در خصوص تشدید مجازات برطرف شده است.

۲-۲. چالش‌های اعمال قواعد تعدد واقعی در مورد اشخاص حقوقی

حال پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا مقررات تعدد واقعی جرم به همین صورت در خصوص اشخاص حقوقی نیز اعمال می‌شوند یا خیر. در پاسخ باید افزود که در تعدد جرم به رفتارهای مجرمانه توجه می‌شود، نه مرتکب جرم؛ بنابراین تفاوتی نمی‌کند که مرتکب شخص حقیقی است یا حقوقی (سیفی، ۱۳۹۲: ۷۱). اما چالش‌های مهمی در راه اعمال مقررات تعدد واقعی جرم در مورد اشخاص حقوقی وجود دارد که سبب می‌شود نتوان ماده ۱۳۴ را به همین کیفیت در مورد آن‌ها به کار بست.

نخستین چالشی که در این خصوص وجود دارد این است که کیفردهی اشخاص حقوقی بسان کیفردهی اشخاص حقیقی صورت نمی‌گیرد و دادگاه برای تعیین کیفر این اشخاص، به جهت ارتکاب هر جرمی، تنها باید بر اساس ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی عمل کند و یک تا دو مورد از میان آن‌ها را برگزیند. تأکید می‌شود هر جرمی که شخص حقوقی انجام دهد مجازاتش همانی است که در ماده ۲۰ آمده است، جز هنگام ارتکاب جرایم رایانه‌ای. در حالی که یکی از لوازم اجرای قاعده تعدد جرم وجود مواد قانونی و مجازات متعدد است که به دادگاه امکان انتخاب کیفر اشد را بدهد. هرچند این چالش زمانی که شخص حقیقی هم مرتکب جرایم متعدد هم‌سان می‌شود وجود دارد؛ ولی به علت اینکه در خصوص اشخاص حقوقی حتی زمانی که مرتکب جرایم متعدد هم می‌شوند امکان مراجعه به مواد قانونی متعدد وجود ندارد نمود بیشتری دارد. این چالش ممکن است این تصور را تقویت کند که اساساً ماده ۱۳۴ تنها ناظر بر تعدد جرم اشخاص حقیقی است و قانون‌گذار اشخاص حقوقی را از مقررات تعدد جرم مستثنا کرده است و کیفردهی آنان را، چه مرتکب یک بزه و چه مرتکب تعدد بزه شوند، هم‌سان پنداشته است که در هر دو حالت دادگاه بدون توجه به تعداد بزه‌های ارتكابی یک تا دو کیفر از میان کیفرهای ماده ۲۰ را برای آنان بر می‌گزیند. اما این پندار چندان با مبانی حقوقی سازگار نیست، زیرا زمانی که قانون‌گذار اصل مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را در بزه‌های سزاوار تعزیر پذیرفته است، تمامی قواعد ناظر بر جرایم و کیفرها نیز در مورد آن‌ها قابل اعمال است و نیاز نیست که قانون‌گذار به صورت جداگانه به اصل کاربرد این قواعد بر اشخاص حقوقی صحه بگذارد. البته بدیهی است که منظور قواعدی است که با ماهیت اشخاص حقوقی سازگاری دارند، نه قواعدی مانند آزادی مشروط که ناظر بر اشخاص حقیقی است.

حال باید دید در صورتی که شخص حقوقی مرتکب تعدد جرم شود، دادگاه چگونه می‌تواند اعمال قواعد تعدد کند. برای پاسخ به این پرسش باید میان تعدد تا سه جرم و بیش از آن قائل به تفکیک شد که مورد اخیر در قالب چالش سوم بیان می‌گردد. در حالت نخست یعنی زمانی که شخص حقوقی دو یا سه جرم تعزیری انجام داده است، راه حل آن است که دادگاه برای هریک از جرایم ارتكابی، جداگانه، به ماده ۲۰ رجوع کند و حسب درجه آن جرم یک تا دو مورد از موارد ذکر شده در این ماده را مورد حکم قرار دهد و برای اجرای قواعد تعدد مطابق ماده ۱۳۴ هرکدام از موارد انتخابی را در حالت حداکثر قرار دهد و در بین این حداکثرها کیفر اشد را انتخاب کند. بدین سان فارغ از ماهیت کیفر، یکی از معیارهای تشخیص کیفر اشد درجه بندی کیفرهای موضوع ماده ۱۹ است. به همین جهت بر اساس تطبیق مواد ۱۹ و ۲۰ قانون مجازات اسلامی باید اشاره کرد که به ترتیب انحلال شخص حقوقی و مصادره کل اموال (درجه ۱)، ممنوعیت دائم از یک یا چند

فعالیت شغلی یا اجتماعی و ممنوعیت دائم از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه (درجه ۵)، انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها، ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی حداکثر تا مدت پنج سال، ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه حداکثر تا مدت پنج سال و ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر تا مدت پنج سال (درجه ۶) نسبت به یکدیگر اشد محسوب می‌شوند. در مورد جزای نقدی باید اذعان داشت که می‌تواند در هر درجه‌ای قرار گیرد؛ لیکن باید متوجه بود که جزای نقدی طبق اصل قانونی بودن مجازات و مستفاد از ماده ۲۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تنها باید در مواردی تعیین گردد که «در قانون برای ارتکاب همان جرم به وسیله اشخاص حقیقی» هم جزای نقدی مقرر شده باشد. به عنوان مثال وقتی شخص حقوقی مرتکب جرم کلاهبرداری (ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷) شود، قابل محکوم شدن به جزای نقدی حداقل دو برابر و حداکثر چهار برابر مبلغی است که برای ارتکاب کلاهبرداری توسط شخص حقیقی تعیین شده است. ولی در صورتی که شخص حقوقی مرتکب جرمی شود که فاقد مجازات جزای نقدی است، مانند خیانت در امانت (ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی تعزیرات ۱۳۷۵)، تعیین جزای نقدی ناممکن است، زیرا شخص حقیقی هم که مرتکب آن شود، جزای نقدی در مورد او منتفی است و در واقع معیاری نیست که دو برابر و چهار برابر آن قابل تعیین باشد.

دومین چالشی را که در ادامه همین راهکار به وجود می‌آید می‌توان در قالب یک پرسش مطرح کرد. آیا دادگاه در کیفرگزینی خود برای شخص حقوقی تکلیف دارد که نوع کیفرها را طوری برگزیند که امکان تشخیص اشد از اخف وجود داشته باشد یا اینکه اختیار دارد؟ برای مثال چنانچه شخص حقوقی مرتکب دو جرم شده باشد، آیا دادگاه می‌تواند برای بزه نخست کیفر ممنوعیت دائم از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی و برای بزه دوم کیفر ممنوعیت دائم از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه را که هر دو از درجه پنج هستند برگزیند که اگر این چنین کند، باید کدام یک را نسبت به دیگری اشد دانست. یا اینکه تکلیف دارد که کیفرهایی را از ماده ۲۰ انتخاب کند که هم درجه نیستند و از این راه امکان تشخیص کیفر اشد وجود داشته باشد.^۱ در پاسخ باید میان حالتی که دادگاه با توجه به ماهیت بزه ارتكابی

۱. هر چند چالش گزینش کیفر اشد در فرضی که جرایم ارتكابی اشخاص حقوقی یا حقیقی یکسان باشند وجود دارد؛ اما تفاوت این مورد با فرضی که جرایم ارتكابی اشخاص حقوقی مختلف ولی از نظر شدت و ضعف هم‌سان هستند آن است که در فرض نخست دادرس راهی جز تعیین کیفر واحد ندارد در حالی که در این فرض دادرس می‌تواند با گزینش کیفرهای متفاوت امکان اعمال ماده ۱۳۴ را فراهم آورد.

یا فارغ از آن بخواهد چنین کاری انجام دهد قائل به تفکیک شد. توضیح آنکه چنانچه دو جرم ارتكابی شخص حقوقی هم‌سان با یکدیگر نباشند و از حیث درجه از شدت و ضعف نسبت به هم برخوردار باشند، دادگاه می‌تواند نظر دوم را اعمال کند و بر اساس آن کیفرهایی هم‌سنخ با جرایم ارتكابی از درجه‌های متفاوت برگزیند. اما زمانی که ماهیت بزه‌های ارتكابی هم‌سنگ با یکدیگر باشند، به جهت رعایت اصل تناسب کیفر با جرم، که یکی از اصول مهم حقوق کیفری است، دادگاه باید نظر نخست را اعمال کند و خود یکی از کیفرهای مقرر در درجه یکسان را به‌عنوان کیفر اشد انتخاب نماید.

چالش سوم زمانی به وجود می‌آید که شخص حقوقی بیش از سه جرم را انجام داده باشد. در اینجا مطابق ماده ۱۳۴ باید مجازات هریک از جرایم بیش از حداکثر مجازات مقرر قانونی تعیین شود، مشروط به اینکه از حداکثر به‌اضافه نصف آن تجاوز نکند یا اگر فاقد حداقل و اکثر باشد، تا نصف حداکثر اضافه کند. اما با نگاهی به کیفرهای مقرر در ماده ۲۰ نمایان می‌شود که در کیفرهای انحلال شخص حقوقی، مصادره کل اموال، ممنوعیت دائم از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی، ممنوعیت دائم از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه و انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها امکان تشدید کیفر به میزان بیشتر از حداکثر مقرر قانونی وجود ندارد. در نتیجه این امکان فقط در چهار کیفر ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی حداکثر تا مدت پنج سال، ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه حداکثر تا مدت پنج سال، ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر تا مدت پنج سال و جزای نقدی وجود دارد. بدین‌سان، به جز جزای نقدی که می‌تواند با توجه به کیفر اصلی جرم ارتكابی متغیر باشد و در درجه‌های مختلفی از ماده ۱۹ قرار گیرد^۱، سه کیفر نخست مشمول درجه ۶ می‌شوند و از این‌رو چالش کیفرگزینی اشخاص حقوقی در این فرض پررنگ‌تر می‌شود، زیرا رویکرد قانون‌گذار در تعدد بیش از سه جرم بر نوعی سخت‌گیری استوار است که باید میزان کیفر از حداکثر قانونی آن تجاوز پیدا کند؛ در حالی که در این فرض دادگاه راهی جز گزینش یکی از چند کیفر مقرر در درجه ۶ را ندارد. به همین جهت، راه حل مزبور در تعدد تا سه جرم نیز در این خصوص کاربرد ندارد، زیرا ماهیت کیفرهای تعیین شده برای اشخاص حقوقی چنین اجازه‌ای را به دادگاه نمی‌دهد. از این‌رو، باید بیان کرد که چنانچه شخص حقوقی مرتکب بیش از سه جرم شود، در موقعیت بهتری نسبت به حالتی که وی مرتکب تا سه جرم می‌شود قرار می‌گیرد.

۱. مطابق ماده ۲۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «میزان جزای نقدی قابل اعمال بر اشخاص حقوقی حداقل دو برابر و حداکثر چهار برابر مبلغی است که در قانون برای ارتکاب همان جرم به وسیله اشخاص حقیقی تعیین می‌شود».

چالش چهارم در صدر ماده ۲۰ که مقرر می‌دارد: «... شخص حقوقی... به یک تا دو مورد از موارد زیر محکوم می‌شود...» نهفته است. در واقع پرسش آن است که آیا دادگاه اختیار کامل برای گزینش دو کیفر را دارد یا اینکه با توجه به کیفر اصلی پیش‌بینی شده برای بزه باید یک یا دو کیفر را برگزیند. برای مثال، چنانچه شخص حقوقی مرتکب جرم موضوع ماده ۵۲۷ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) شود که بر اساس آن کیفر یک تا سه سال حبس برای جعل مدارک اشتغال به تحصیل یا فارغ‌التحصیلی و... پیش‌بینی شده است، دادگاه می‌تواند برای این عمل دو کیفر را در نظر گیرد یا تعیین دو کیفر زمانی است که قانون برای یک جرم دو کیفر اصلی در نظر گرفته باشد. مانند ماده ۴۶ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ که برای بزه‌های مختلفی از جمله بزه سوءاستفاده از اطلاعات نهانی بورس^۱ کیفر سه ماه تا یک سال یا جزای نقدی معادل دو تا پنج برابر سود به‌دست‌آمده یا زیان متحمل نشده یا هر دو مجازات را تعیین کرده است. برای پاسخ به این پرسش باید میان سه حالت جرم واحد، تعدد تا سه جرم و تعدد بیش از سه جرم تفکیک قائل شد.

در حالت نخست یعنی ارتکاب جرم واحد از سوی شخص حقوقی از ظاهر عبارت یادشده برمی‌آید که دادگاه در هر دو حالت، چه قانون یک کیفر را تعیین کرده باشد و چه دو کیفر، اختیار دارد که یک یا دو کیفر را مورد حکم قرار دهد. در حالت تعدد تا سه جرم، دو فرض را می‌توان مطرح کرد: نخست آنکه دادگاه اختیار داشته باشد که برای هر جرم یک یا دو کیفر را در نظر گیرد که در این حالت می‌توان در برابر سه جرم از سه تا شش کیفر در نظر گرفت؛ اما فرض دوم آن است که دادگاه مکلف است برای هر جرم دو کیفر تعیین کند که در مجموع در برابر سه جرم، شش کیفر در نظر گرفته می‌شود. به نظر می‌رسد که فرض نخست با مبانی حقوقی، صدر ماده ۲۰ و تعداد کیفرهای تعیین شده در این ماده سازگارتر باشد، زیرا چنانچه شخص حقوقی نه برای ارتکاب جرم به‌وجود آمده و نه با انحراف از هدف مشروع نخستین فعالیت خود را منحصرأً در جهت ارتکاب جرم قرار داده باشد^۲، دادگاه حق تعیین دو کیفر انحلال شخص حقوقی و مصادره اموال آن را ندارد؛ بنابراین در این حالت

۱. بند ۱ ماده ۴۶ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «هر شخصی که اطلاعات نهانی مربوط به اوراق بهادار موضوع این قانون را که حسب وظیفه در اختیار وی قرار گرفته به‌نحوی از انحصار به ضرر دیگران یا به نفع خود یا به نفع اشخاصی که از طرف آن‌ها به هر عنوان نمایندگی داشته باشند، قبل از انتشار عمومی مورد استفاده قرار دهد و یا موجبات افشا و انتشار آن‌ها را در غیر موارد مقرر فراهم آورد».

۲. ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «انحلال شخص حقوقی و مصادره اموال آن زمانی اعمال می‌شود که برای ارتکاب جرم، به وجود آمده یا با انحراف از هدف مشروع نخستین، فعالیت خود را منحصرأً در جهت ارتکاب جرم تغییر داده باشد».

دادگاه فقط می‌تواند به کیفرهای باقی مانده که در مجموع به پنج عدد می‌رسد حکم دهد. اما در مورد تعدد چهار جرم فقط فرض نخست قابل تحقق است، زیرا در هر صورت دادگاه راهی جز تعیین چهار کیفر ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی حداکثر تا مدت پنج سال، ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه حداکثر تا مدت پنج سال، ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر تا مدت پنج سال و جزای نقدی ندارد.

چالش پنجم درخصوص کیفری است که در نهایت درخصوص شخص حقوقی به اجرا گذاشته می‌شود. توضیح آنکه مطابق ماده ۱۳۴، چه درخصوص تعدد تا سه جرم و چه بیش از سه جرم، در هر حال پس از تعیین اشد کیفر، کیفر اشد، یعنی تنها یک کیفر، به اجرا گذاشته می‌شود. اما مطابق ماده ۲۰ دادگاه می‌تواند دو کیفر برای شخص حقوقی برگزیند. حال پرسش آن است که منظور از این عبارت آن است که در مقام اجرا نیز چنانچه دادگاه بخواهد، باید دو کیفر در مورد شخص حقوقی به اجرا گذاشته شود. به سخن دیگر، هر چند دادگاه در تعدد تا سه جرم اشخاص حقوقی می‌تواند از سه تا شش کیفر و در تعدد بیش از سه جرم چهار کیفر را مورد حکم قرار دهد، آیا در این میان باید مطابق ماده ۱۳۴ رفتار کند و تنها کیفر اشد را برگزیند یا مطابق اجازه ماده ۲۰ مبادرت به اجرای دو کیفر نماید. در پاسخ می‌توان گفت که از یک سو برای هم‌گرایی مقررات تعدد جرم در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ باید بر اساس ماده ۱۳۴ رفتار کرد و تنها یک کیفر را در مورد شخص حقوقی به اجرا گذاشت اما از سوی دیگر نظر دقیق‌تر آن است که دادگاه بر اساس ماده ۲۰ اختیار اجرای دو کیفر را در مورد شخص حقوقی داشته باشد، زیرا وقتی که شخص حقوقی مرتکب جرم واحدی می‌شود و قانون این اجازه را به دادگاه برای اعمال دو کیفر داده است، در حالت تعدد جرم که وضعیتی خطرناک‌تر نسبت به ارتکاب جرم واحد است نیز دادگاه از این اختیار بهره‌مند و از ابزار کافی برای کیفردهی شخص حقوقی بزهکار برخوردار باشد.

چالش ششم آن است که اگر شخص حقوقی مشمول ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ باشد، یعنی برای ارتکاب جرم به وجود آمده یا از هدف مشروع نخستین خود روی برگردانده و فعالیت خود را منحصرأً برای ارتکاب جرم قرار داده باشد، آیا دادگاه می‌تواند پس اعمال مقررات ماده ۱۳۴ دو کیفر را از میان کیفرهای مقرر در ماده ۲۰ بر شخص حقوقی بار کند. به نظر می‌رسد در این صورت مشکلی از لحاظ جمع میان مصادره کل اموال و دیگر کیفرها نیست. اما در خصوص

انحلال شخص حقوقی می‌توان تبصره یک ماده ۱۳۲ را مدنظر قرار داد و بر اساس آن گفت که در این صورت فقط انحلال بر شخص حقوقی بار خواهد شد و دیگر کیفرها قابل اجرا نخواهند بود.^۲

چالش هفتم در خصوص کیفرهای تعزیری درجه هفت و هشت است که بر اساس تبصره ۴ ماده ۱۳۴ مقررات تعدد جرم در مورد آن‌ها اجرا نمی‌شود و این کیفرها با هم و نیز با کیفرهای تعزیری درجه یک تا شش جمع می‌گردند. حال پرسشی که پیش می‌آید آن است که چنانچه در میان رفتارهای تعزیری متعدد شخص حقوقی جرمی باشد که کیفر اصلی آن مشمول این درجه‌ها باشد، تکلیف چیست. آیا با یک تا دو مورد از کیفرهای مقرر در ماده ۲۰ جمع می‌شوند یا خیر. به نظر می‌رسد که پاسخ مثبت باشد و این کیفرها قابل جمع با کیفرهای درجه یک تا شش باشند.

۳-۲. راه‌حل‌های غلبه بر چالش‌ها

راه‌حل بنیادی غلبه بر این چالش‌ها اصلاح قانون مجازات اسلامی بر اساس الگوی قانون جرایم رایانه‌ای است. اگر اشخاص حقوقی مرتکب تعدد جرایم رایانه‌ای شوند، چالش‌های پیش‌گفته یا وجود ندارد یا کمتر نمود پیدا می‌کند و امکان تشدید مجازات (فرا گرفتن از حداکثر مجازات قانونی) و انتخاب مجازات اشد وجود دارد و در این موارد در حالت تعدد جرم اشخاص حقوقی هم‌سان اشخاص حقیقی خواهند بود. بر این اساس، در این مورد هم پیشنهاد ما پذیرش آن الگو در قانون مجازات اسلامی است. تأکید می‌شود که پیشنهاد مقاله پذیرش الگوی معادل‌سازی مجازات‌های شخص حقوقی با مجازات اشخاص حقیقی مندرج در ماده ۲۰ قانون جرایم رایانه‌ای است و نه الزاماً پیروی بدون قید و شرط از آن ماده. باید همه مجازات‌های اصلی اشخاص حقوقی به خصوص انواع پرکاربرد آن مثل حبس، شلاق و جزای نقدی را متناسب با حساسیت‌های اشخاص حقوقی، از جمله ملاحظه حقوق سهام‌داران، خدمات‌گیرندگان، کارکنان، رونق اشتغال و رونق تولید برای اشخاص حقوقی، معادل‌سازی و متناسب کرد. مثلاً می‌توان با استفاده از آن الگو مقرر داشت اگر شخص حقوقی مرتکب جرمی شد که مجازات آن در صورت ارتکاب توسط شخص حقیقی حبس‌های درجه یک، دو یا سه است، به تعطیلی موقت یا منع از فعالیت‌های شغلی خاص به مدت دو تا پنج سال یا

۱. «چنانچه مرتکب به اعدام و حبس یا اعدام و تبعید محکوم گردد، تنها اعدام اجرا می‌شود».

۲. البته منظور کیفرهایی است که در صورت انحلال شخص حقوقی تعیین آن‌ها کاری بیهوده است مانند ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی به‌طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال، ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه به‌طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال و ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر برای مدت پنج سال اما بدیهی است که جزای نقدی و انتشار حکم قطعی به‌سبیل رسانه‌ها با انحلال شخص حقوقی قابل جمع خواهند بود.

جزای نقدی درجه یک تا سه محکوم شود. گفته شد که پیروی بدون قید و شرط از ماده ۲۰ قانون جرایم رایانه‌ای مطلوب نیست؛ دلیل این سخن یکی عدم تنوع و دیگری سنگین بودن مجازات تعطیلی موقت مندرج در این ماده است. این مجازات در مورد برخی از اشخاص حقوقی می‌تواند افراد زیادی از جمله سهام‌داران، خدمات‌گیرندگان از شرکت، کارمندان شرکت و خانواده‌های آن‌ها را تحت تأثیر قرار داده و دچار مشکل کند. بر این اساس، در این معادل‌سازی باید با احتیاط کامل عمل کرد. مثلاً مقنن استفاده از تعطیلی موقت را فقط با مجازات‌های حبس تعزیری درجه یک تا سه آن هم بنا به اختیار دادگاه معادل‌سازی کند و در موارد حبس‌های تعزیری درجه چهار تا هشت معادل آن را برای اشخاص حقوقی فقط تعطیلی موقت (دارای حداقل و حداکثر) یکی از فعالیت‌ها (در صورت تعدد فعالیت)، جزای نقدی دارای حداقل و حداکثر یا عدم افزایش سرمایه در مدت مثلاً شش ماه تا سه سال و... قرار دهد.

بحث دیگری که بدون پرداختن به آن مقاله ناتمام است پیشنهاد عملی مقاله است و آن اینکه در حال حاضر دادگاه‌ها در صورت مواجهه با تعدد جرایم اشخاص حقوقی چه تصمیمی باید اتخاذ کنند. تا حدود زیادی ضمن بیان چالش‌ها به این سؤال پاسخ داده شد. با بیانی دیگر تأکید می‌شود که اقتضای تعدد جرم تشدید مجازات است و دادگاه‌ها تا آنجا که مقررات ماده ۲۰ اجازه می‌دهد باید مقررات تعدد جرم را با رعایت حال همه کسانی که ممکن است از مجازات صدمه ببینند لحاظ کنند. به عبارت دیگر، در صورت ارتکاب تا سه جرم توسط شخص حقوقی، باید معادل هر جرم و متناسب با درجه جرم ارتكابی حداکثر مجازات متناسب آن را تعیین کرده و از بین آن‌ها شدیدترین را اعمال کنند. در صورت ارتكاب چهار جرم و بیشتر نیز تا جایی که تشدید مجازات ممکن است (در بند پ، ت و ث ممکن نیست)، بدون خدشه به اصل قانونی بودن مجازات باید چنین کرد. در جایی هم که اعمال تشدید ممکن نیست، دادگاه با تکلیفی مواجه نیست و به آن حد قانونی ممکن اکتفا خواهد کرد. هر چند بی‌ربط است ولی مفید است که اعمال قواعد تعدد جرم نافی اعمال کیفیات مخففه هم نیست. ولی این چالش‌ها هنگام اعمال کیفیات مخففه در حالت تعدد جرم اشخاص حقوقی هم به همان جهات اشاره شده خودنمایی می‌کند. به هر حال در صورتی که دادگاه قصد تخفیف مجازات داشته باشد، بدون نیاز به استناد به ماده ۱۳۴، همه کیفرهای جرایم ارتكابی را تا میانگین حداقل و حداکثر و در صورت فقدان آن تا نصف تقلیل می‌دهد. از میان این‌ها آنچه از همه شدیدتر است قابل اعمال خواهد بود.

نتیجه

شخص حقوقی همان طور که می‌تواند مرتکب جرم تعزیری واحد شود توانایی ارتكاب جرایم متعدد را نیز دارد. مواد ۱۳۱ و ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به تنظیم و تسهیل مقررات

تعدد اعتباری و واقعی جرم پرداخته‌اند که در تطبیق این مواد بر رفتارهای مجرمانه متعدد اشخاص حقوقی و کیفرهای مقرر برای آن‌ها که در ماده ۲۰ همین قانون تعیین شده‌اند چالش‌های جدی به وجود می‌آید که سبب می‌شود نتوان قواعد تعدد جرم را در خصوص اشخاص حقوقی هم‌سان با اشخاص حقیقی قابل اعمال دانست. اگرچه مقنن در خصوص اعمال قواعد عام تشدید مجازات نسبت به اشخاص حقوقی تصریحی ندارد، اما از لحاظ تحلیل حقوقی مانعی برای اعمال این قواعد نسبت به شخص حقوقی نیست. در عین حال، اعمال این قواعد نسبت به اشخاص حقوقی با چالش‌هایی مواجه است که از جمله آن‌ها می‌توان به عدم امکان اعمال قواعد تشدید مجازات در موارد تعدد اعتباری و تا حدود زیادی در موارد تعدد مادی اشاره کرد. این چالش‌ها به جهت آن است که مقنن فقط در یک ماده کلی (ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی) برای همه جرایم اشخاص حقوقی تعیین مجازات کرده است. اگر مقنن همان الگوی پذیرفته‌شده برای تعیین مجازات اشخاص حقوقی در ماده ۲۰ قانون جرایم رایانه‌ای (ماده ۷۴۸ الحاقی به قانون مجازات اسلامی تعزیرات ۱۳۷۵) را در قانون مجازات اسلامی هم بپذیرد و ماده ۲۰ این قانون را مطابق آن الگو اصلاح نماید، این چالش‌ها از بین خواهد رفت. ذکر این نکته هم لازم است که این چالش‌ها جای این تفسیر را هم باز گذاشته است که هرچند از لحاظ نظری می‌توان اشخاص حقوقی را مشمول مقررات عام تشدید مجازات از جمله تعدد جرم قرار داد، ولی از لحاظ قانونی اعمال این قواعد نیاز به تصریح مقنن در این خصوص دارد و با توجه به عدم تصریح مقنن اعمال قواعد تعدد جرم نسبت به اشخاص حقوقی درست نیست. البته این تفسیر نباید چندان مورد اعتنا واقع شود، زیرا از لحاظ مبنایی تفاوتی بین تعدد جرایم اشخاص حقیقی و حقوقی نیست و درست نیست که در مورد اشخاص حقیقی و حقوقی در این خصوص دو موضع متفاوت اتخاذ شود. مضافاً اینکه اطلاق مقررات تعدد نسبت به همه جرایم تعزیری است، اعم از اینکه توسط شخص حقیقی یا حقوقی ارتکاب یابد. در قانون جرایم رایانه‌ای هم در خصوص اعمال قواعد تشدید حداقل نسبت به تکرار جرم تصریح وجود دارد. این مباحث ضرورت اصلاح ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی بر اساس الگوی قانون جرایم رایانه‌ای را آشکارتر می‌کند. اما پیشنهاد عملی این مقاله تا زمان اصلاح بنیادی قانون هم آن است که دادگاه‌ها با توجه به اقتضای تعدد جرم که تشدید مجازات است، تا جایی که ممکن است و به جزئیات آن در متن مقاله اشاره شد، در راستای اعمال مقررات تعدد جرم، به تعیین مجازات مطابق ماده ۱۳۴ بپردازند. در جایی که با توجه به مقررات موجود اعمال تشدید ممکن نیست هم با تکلیفی مواجه نیستند.

منابع

- پوربافرانی، حسن (۱۳۹۷)، حقوق جزای عمومی (مجرم و مسئولیت کیفری)، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.
- پیمانی، ضیاءالدین (۱۳۷۴)، بررسی تاریخی و تطبیقی قاعده تعدد جرم، قم: مجتمع آموزش عالی قم.
- جعفری، مجتبی (۱۳۹۲)، «تعدد جرم و آثار آن در قانون جدید مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)»، پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره پنجم.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۸۷)، «نقش قواعد مدنی در شناسایی مسئولیت کیفری شخص حقوقی»، فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۱۷.
- سیفی، مهدیه (۱۳۹۲)، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی، پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد، گروه حقوق دانشگاه اصفهان.
- شریفی، محسن، محمدجعفر حبیبزاده، محمد عیسائی تفرشی و محمد فرجیها (۱۳۹۲)، «انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و انگلستان»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۶.
- شیخ الاسلامی، عاطفه (۱۳۹۴)، «مشکلات ناشی از اعمال ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی در بستر صلاحیت‌های ذاتی محاکم»، فصلنامه تعالی حقوق، سال هفتم، شماره ۱۰.
- صانعی، پرویز (۱۳۷۲)، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: گنج دانش.
- فروغی، فضل‌الله و رضا رحیمیان (۱۳۹۴)، «ارزیابی تعدد مادی جرایم تعزیری در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره هفتم، شماره چهارم.
- قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۸۸)، «بررسی وحدت یا تعدد جرم در حالت تعدد نتیجه»، فقه و حقوق، سال پنجم، شماره ۲۰.
- کلانتری، کیومرث و سیدحسن جعفریان سوته (۱۳۹۰)، «افق‌های اعمال کیفر در تعدد مادی جرم افعال مختلف عناوین متفاوت با تأکید بر حقوق ایران و مصر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۶.
- محسنی، فرید (۱۳۸۹)، «تحولات مسئولیت کیفری شرکت‌ها (از نظر تا عمل)»، دیدگاه‌های حقوقی و قضایی، شماره ۵۱-۵۲.
- موسوی‌مجاب، سیددرید و علی رفیع‌زاده (۱۳۹۴)، «ضمانت اجراهای جرایم اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، دیدگاه‌های حقوقی و قضایی، دوره ۲۰، شماره ۶۹.
- یوسفیان شوره‌دلی، بهنام (۱۳۹۰)، «مسئولیت اشخاص حقوقی در جرایم اقتصادی یا سازمان یافته: رویکردهای نوین ملی و بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۶.

حق بر فهم قانون

احمد خسروی*، حامد نوروزی**

چکیده

اصل حاکمیت قانون و به دنبال آن تعیین حق‌ها، آزادی‌ها و تکالیف مردم می‌طلبد تا، جهت آگاهی از این حق‌ها و تکالیف، قوانین از طریق انتشار در دسترس عموم قرار گیرد. اما صرف انتشار قانون مردم را از حق‌ها و تکالیف مقرر در قانون آگاه نخواهد کرد، بلکه لازم است تا محتوای قانون نیز برای مردم قابل فهم باشد. پژوهش حاضر حول محور این پرسش اصلی شکل گرفته است که به رغم آنکه زبان قانون باید تخصصی باشد قانون به چه نحوی باید تدوین یابد تا ضمن انتقال دقیق منظور قانون‌گذار، برای مردم نیز قابل فهم باشد. رویکرد پژوهش توصیفی و تحلیلی است و برای جمع‌آوری داده‌های تحقیق از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است. پس از بررسی روشن شد که بر سر راه فهم قانون دو گونه عوامل ابهام‌زا (عوامل ابهام‌زای زبانی و غیرزبانی) وجود دارد. عوامل زبانی همان عوامل نگارشی هستند که در همه متون، به ویژه متون حقوقی، نیز لازم‌الرعا می‌باشد؛ عوامل غیرزبانی نیز شامل مواردی مانند تعدد مراجع قانون‌گذاری، قانون‌گذاری پراکنده و... می‌شود. در نهایت باید گفت با توجه به فلسفه حقوق که همانا ایجاد حق و تکلیف برای افراد جامعه است می‌طلبد که قوانین به زبانی بیان شود که عموم جامعه قادر به فهم آن باشند؛ گرچه نباید استفاده از زبان معیار و ساده‌نویسی تا جایی پیش برود که دقت در بیان قوانین را تحت تأثیر قرار دهد و ابزار سوءاستفاده‌های قانونی را فراهم کند.

واژگان کلیدی: حق بر فهم قانون، عوامل ابهام‌زای قانون، علم حقوق، زبان حقوق

* استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بیرجند، بیرجند، ایران (نویسنده مسئول)

a.khosravi@birjand.ac.ir

** دانشیار گروه زبان و ادبیات فارسی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بیرجند، بیرجند، ایران

Hd_noruzi@birjand.ac.ir

مقدمه

حیات اجتماعی مبتنی بر قانون همیشه برای انسان مطلوب بوده است، اما برخی از موضوعات مربوط با فلسفه حقوق همواره مورد مناقشه علما و فلاسفه این علم بوده است. اگرچه لازمه برقراری نظم در جامعه نه تنها تبعیت فرمانبران، بلکه برخلاف گذشته، تبعیت فرمانروایان از قانون است. اما یکی از مسائل مناقشه‌انگیز در اجرای قانون و تبعیت از آن فهم آن است. بنابراین همواره این دغدغه وجود داشته است که قوانین باید ویژگی‌ها یا شرایطی داشته باشند که برای فرمانبران و فرمانروایان قابل فهم باشد و به نحو مطلوبی اجرا شود. اما فهم قانون به چه معنی است؟

با ظهور دیدگاه‌های خردگرایی و از جمله نظریات دانشمندانی چون پوفندرف، دکارت و به خصوص گروسیوس مبنی بر اینکه حقوق محصول عقل بشر است و اینکه حقوق از دستورهای عقل عملی است و هدف از وضع قواعد صرفاً اجرای دستورات خداوند نیست، بلکه هدف اجرای عدالت و برقراری نظم در روابط بین انسان‌هاست، همواره این مسئله نیز مطرح بوده است که قواعدی که با عقل انسان وضع می‌شود به گونه‌ای باید نگارش یابد که برای عموم مردم قابل فهم باشد. هرچند در مقابل آن عده‌ای دیگر نیز بر دقت قانون بیش از قابل فهم بودن آن برای مردم تأکید ورزیده‌اند. این افراد معتقد بودند که برای اجرای بهتر و عادلانه‌تر قوانین باید قوانین را بسیار دقیق نوشت. گرچه عده‌ای نیز قائل به غیرقطعی بودن قانون جهت بازگذاشتن دست قضات در صدور رأی مناسب با وضعیت هر پرونده می‌باشند (Bradly, 1986: 2) و به نوعی قائل به مبهم‌نویسی قانون توسط قانون‌گذار هستند. بنابراین می‌توان دو دیدگاه کلی را در خصوص فهم قانون از هم متمایز کرد: دیدگاهی که فهم قانون را مقدمه اجرای عادلانه قانون می‌داند و دیدگاهی که دقت در نگارش قانون را مقدمه اجرای عادلانه قانون می‌داند، هرچند این دقت در نگارش سبب دشواری در فهم آن شود.

در ایران هرچند ظهور قوانین به معنای امروزی آن به حدود یک قرن پیش (یعنی به عصر مظفرالدین شاه) برمی‌گردد و می‌توان این دوران را نقطه عطف و شروع تولید و اجرای قانون موضوعه دانست، ولی سهم قواعد شرعی و قاعده‌گذاری مجتهدین از قرن چهارم به بعد در قالب فتوا و اقتباس قوانین موضوعه از آن‌ها را نمی‌توان نادیده گرفت. از آنجا که قواعد فقهی به زبان عربی نگاشته شده است، ورود الفاظ و عبارات عربی به زبان حقوقی ایران مشکلات فراوانی را در جهت فهم قانون برای افراد عادی فراهم می‌کند. به علاوه، استفاده از تجربیات کشورهای دیگر در قالب ترجمه و تقلید از قوانین کشورهای دیگر که بعضاً به صورت گریته‌برداری انجام شده و سبب ورود اصطلاحات نامأنوس به زبان حقوقی ایران شده است و همچنین نحوه نگارش قانون و امثال آن بر ابهام و غیرقابل فهم بودن زبان حقوقی افزوده است. این ابهام صرفاً در قوانین مصوب مجلس نیست، بلکه در هر قاعده عام،

کلی و لازم‌الاجرا از قانون اساسی گرفته تا آرای وحدت رویه، از جمله مقررات دولتی و حتی مصوبات مراجع محلی، نیز مشاهده می‌شود.

سؤال اصلی تحقیق حاضر این است که در تعارض بین اصل قابل فهم بودن قانون (اعم از عام و خاص)، به عنوان مهم ترین منبع حقوق برای عموم که باید در قالب حق مدنظر قرار گیرد^۱، و اصل دقت در نگارش مطالب حقوقی تکلیف چیست. با توجه به اینکه تاکنون پژوهش خاصی در این خصوص صورت نگرفته است در این پژوهش سعی شده تا به روش توصیفی و تحلیلی ابتدا مبانی نظری حق بر فهم قانون بررسی شود. به این منظور دیدگاه‌های فیلسوفان حقوق درخصوص اینکه زبان نگارش قانون باید زبان تخصصی حقوقی باشد یا زبان معیار مورد بررسی قرار گرفته است. سپس ویژگی‌های قانون مطلوب و در نهایت نیز عوامل ابهام‌زای قانون و راهکارهای فهم آن بررسی شده است.

۱. مبانی نظری حق بر فهم قانون

برای تبیین حق بر فهم قانون لازم است تا، ضمن بیان مفهوم فهم قانون، از لحاظ علم و هنر بودن مورد بررسی قرار گیرد. همچنین از این جهت که آیا همانند سایر علوم می‌باید با زبان تخصصی و علمی نگاشته شود یا اینکه از آنجا که برای مردم ایجاد حق و تکلیف می‌کند، لازم است به زبان معیار به نگارش درآید. برای تبیین بهتر موضوع سعی شده است تا ویژگی‌های قانون مطلوب نیز مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۱. فهم قانون

فهم قانون را می‌توان در دو سطح بررسی کرد: یکی فهم نظام حقوقی و دیگری فهم متون حقوقی. فهم هر نظام حقوقی در پرتو فهم مبانی و اصول تشکیل دهنده آن است و این غیر از فهم مفاهیم موضوعه است. فهم قوانین موضوعه روشی منطقی می‌طلبد. فهم نظام حقوقی مرتبه‌ای بالاتر و کلی‌تر است و آن فهم اصول و مبانی تشکیل دهنده حقوق است. اما فهم متون قانونی بدون در نظر گرفتن کل نظام حقوقی فهمی ناقص خواهد بود، چراکه فهم صحیح از یک طرف متکی بر منطق تفسیر حقوقی است و از طرفی دیگر در جهت مبانی و اصول کلی نظام حقوقی می‌باشد. برای مثال، فهم قوانین موضوعه کشورمان در پرتو اصول تفسیری فقه امامیه است و البته تفسیر درست و صحیح فراتر از همین می‌باشد. ممکن است که فرد حقوق دان نباشد و با تأمل در مبانی تشکیل دهنده نظام حقوقی

۱. این نوع حق را می‌توان در قالب حق‌های ساختاری (Structural Rights) که خود تضمین کننده سایر حق‌های فردی هستند تلقی کرد. حق‌های ساختاری توسط اوزان او. وارول (Ozan O. Varol) در مقاله‌ای با همین عنوان مطرح شد و به عنوان حق‌هایی تلقی می‌شود که مرتبط با بدنه دولت است و بیشتر تقویت کننده حق‌های فردی در مقابل دولت است.

آن را بفهمد و فهم برون حقوقی نظام حقوقی قائم به اشراف بر قوانین نیست ولی علم به آن باعث فهم بهتر و دقیق‌تر آن می‌شود. البته تولید حقوق نیز صرفاً به وضع قانون ختم نمی‌شود، بلکه حقوق‌دان نیز برای پرکردن خلأهای قانون و گاه در مقام اصلاح و ترمیم آن خود از طریق آرای قضایی و حقوقی دست به تولید حقوق می‌زند که در بسیاری از موارد برگرفته از فقه و قواعد فقهی است (موسوی، ۱۳۹۱: ۱۴۹-۱۴۸). چنانکه اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر فقهی اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید». گاه نیز برای پرکردن خلأ قانونی دست به استخراج اصول حقوقی می‌زند که این اصول نیز برگرفته از رویه عملی، چه در سطح سیاسی اداری و چه در سطح قضایی، است. بنابراین فهم نظام حقوقی و متون حقوقی اعم از قوانین و سایر منابع حقوق، برای کسی که می‌خواهد مسلط به حقوق یک کشور باشد تا آن را در دستگاه‌های اجرایی و قضایی در ارتباط با مردم اجرا نماید، از ملزومات است.

اما گونه‌ای دیگر از فهم نیز وجود دارد که درجه‌ای پایین‌تر از تسلط بر آن است و آن فهم سطحی قوانین و مقررات برای مردمی است که قرار است از آن تبعیت نمایند. بنابراین زبان قانون باید به گونه‌ای نگاشته شود که برای عموم مردم قابل فهم باشد. ولی با توجه به مسائلی که درباره منابع حقوق ایران مطرح شد، خواه ناخواه، الفاظ و اصطلاحات فقهی که برگرفته از زبان عربی است وارد نظام حقوقی ایران شده است. البته مسئله به همین جا ختم نمی‌شود، بلکه تقلید از کشورهای دیگر و نحوه نگارش غیراصولی قوانین بر ابهام قوانین افزوده است. اما آیا لازم است که این الفاظ و عبارات که در زبان معیار وجود ندارد و فهم متون حقوقی به طور عام و قوانین به طور خاص را برای عموم سخت می‌کند وجود داشته باشد؟ نگاه اولیه به مقایسه علم حقوق، که قوانین را جمع‌آوری و تحلیل می‌کند، با سایر علوم، مانند پزشکی، نجوم، منطق و امثال آن، که در بیان آن‌ها از زبان تخصصی آن علم آن هم از جهت دقت در انتقال مفاهیم استفاده می‌شود، این ذهنیت را به وجود می‌آورد که زبان حقوق نیز برای دقت در ارائه مطالب باید به زبان تخصصی باشد. اما باید گفت حقوق متفاوت از سایر علوم است. حتی در اینکه حقوق علم است یا فن نیز باید تشکیک کرد، چراکه اگر حقوق را علم ندانیم، قطعاً نیاز به زبان تخصصی نیز برای بیان آن نخواهیم داشت.

۲-۱. جایگاه حقوق؛ علم یا فن

همان طور که گفته شد متخصصین بسیاری از علوم، برای احاطه و حصول آن علم، از الفاظ و اصطلاحات تخصصی آن علم استفاده می‌کنند، چراکه علم که شیوه فهم و کسب معلومات قابل اعتماد از جهان مادی است به توضیح و توصیف آن جهان مادی می‌پردازد و برای تصرف در آن

شیوه‌هایی را ارائه می‌دهد. توضیحات علمی انعکاسی از واقعیات هستند که بیشتر از معارف دیگر واقعیات را منعکس می‌کنند. انعکاس این واقعیت نیاز به زبان تخصصی دارد. اما آیا زبان حقوق که قوانین آن برای مردم ایجاد حق و تکلیف می‌کند نیز باید تخصصی باشد یا می‌توان و باید به زبان رایج مفاهیم حقوقی را منتقل کرد؟ برای پاسخ به این سؤال لازم است تا ابتدا ماهیت حقوق مورد بررسی قرار گیرد که آیا حقوق علم است یا فن. در این خصوص بین نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد. پیروان مکتب تحقیقی اجتماعی معتقدند که حقوق علم است، چراکه وظیفه حقوق را کشف و مطالعه قواعدی می‌دانند که بر گروه‌های انسانی حکومت دارد و موضوع آن بررسی حوادث اجتماعی و سیر تاریخی آن‌ها و قواعد حاکم بر رویدادهای اجتماعی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۷۰). اما فن که خود به معانی مختلف، از جمله گونه، نوع، قسم، هنر (عمید، ۱۳۸۶: ۸۰۲) و به معنای فرع چیزی آمده است، متفاوت با علم است. از جمله اینکه فن فرع علم است؛ فن فرعی ممکن است از فرعیات یک علم باشد؛ مانند اینکه خواص اعداد، حساب، هندسه و جز آن فروع علم ریاضیات اند. یا اینکه از فرعیات چند علم باشد؛ مانند اینکه فن شعر ترکیبی از علوم قافیه، عروض، زیباشناسی، بیان، بدیع و علوم دیگر است. مقوله این دو نیز متفاوت از هم است. در حالی که علم مربوط به کشف است، فن مربوط به هنر است. برخی عقیده بر علم بودن حقوق و برخی عقیده بر فن بودن حقوق دارند. تفصیل این عقاید خارج از حوصله بحث است. با وجود این، از مجموع نظریات می‌توان استنباط کرد که ایجاد قواعد حقوقی تنها در مشاهده و تجزیه و تحلیل امور اجتماعی دخالت ندارد و دولت در هنر حکومت کردن و وضع قانون از شوق رسیدن به هدف‌ها و آرمان خاص نیز الهام می‌گیرد. بنابراین می‌توان گفت حقوق هر دو جنبه را داراست. به طور دقیق‌تر، باید بین مرحله مربوط به کاوش و تحقیق درباره کشف قواعد و مرحله طرز استفاده از آن قواعد تمایز قائل شد. به عبارت دیگر، مرحله تحقیق و تدوین و همچنین تجزیه و تحلیل مبانی و ریشه آن قواعد، علم محسوب می‌شود و در مرحله‌ای که دادرسان و وکلا در مقام فصل یا دفاع از دعوی به کار می‌برند فن است. هر چند نمی‌توان این دو مرحله را مستقل از هم دانست، چراکه در تهیه و تدوین قواعد حقوقی نه می‌توان به واقعیات و نیازهای اجتماعی بی تفاوت بود و نه مجریان این قواعد می‌توانند به ریشه و مبانی اصول حقوقی بی اطلاع باشند. بنابراین بررسی و تحلیل قوانین نیز مانند سایر علوم و هنرها قواعد خاص دارد که حقوق دانان باید آن را بدانند و به جای خود به کار برند.

بنابراینچه گفته شد به ذهن می‌رسد که تجزیه و تحلیل و تدوین قوانین حداقل در بخشی علم است و به نظر، زبان آن نیز باید زبان علمی و متمایز از زبان رایج بین عموم مردم باشد، چراکه زبان ابزاری برای انتقال معناست. این معانی چون باید دقیق باشند لازم است با الفاظ و عباراتی بیان شوند

که دقیق باشند. برای همین، دقت در انتقال معانی می‌طلبد که الفاظ و عبارات به‌کاربرده‌شده طوری باشد که معنای مدنظر بین علمای همان علم را منتقل کند. به همین مناسبت احتمال دارد که الفاظ و عبارات رایج بین علمای یک علم برای عوام و سایرین قابل فهم نباشد یا اینکه الفاظ و اصطلاحات همان‌هایی باشد که بین عموم نیز رایج است، ولی معانی که از طریق آن منتقل می‌شود غیر از معانی مدنظر در زبان معیار باشد. اما اگر مسئله را از بعد دیگر بنگریم، مشخص می‌شود که حقوق در مفهوم تحلیل و بررسی قوانین همانند سایر علوم نیست. لزوم قابل فهم بودن قوانین و مقررات برای عموم باعث شده است تا دیدگاه‌های دیگری درخصوص زبان حقوق در مقایسه با زبان سایر علوم بیان شود. هرچند همگی علما در این خصوص اتفاق نظر ندارند.

۳-۱. زبان قانون؛ زبان معیار یا تخصصی

درباره اینکه زبان حقوق مانند سایر علوم باید تخصصی باشد یا اینکه باید به زبان معیار بیان شود، سه نظریه وجود دارد:

الف) نزدیک به زبان عامیانه بودن زبان قانون: برخی از اندیشمندان علم حقوق معتقدند که هرچند علم تجزیه و تحلیل قوانین (حقوق)، همانند سایر علوم، اصول و قواعد و روش معین و مفاهیم و تأسیس‌های ویژه دارد و نمی‌توان آن را از زبان خاص بی‌نیاز دانست، ولی زبان قانون باید به‌عنوان یک زبان فرعی در نظر گرفته شود. به عقیده تریزما^۱، دلیل این امر تعدد زبان‌های فرعی در متون فرهنگی مختلف است؛ چنان‌که زبان قوانین انگلیسی در انگلیس از زبان قوانین انگلیسی در هند متفاوت است (Francis, 1999: 3). حتی در یک جامعه معین، زبانی که سردفتران در نگارش اسناد به کار می‌برند از زبانی که قضات در انشای رأی استفاده می‌کنند متفاوت است و این دو زبان با زبان قانون‌گذار فرق دارد. اما سؤال اینجاست که زبان قانون تا چه حد می‌تواند به زبان معیار^۲

1. Triesma

۲. البته در تعریف زبان معیار اتفاق نظر وجود ندارد. برخی چون ترادگیل معتقدند زبان معیار زبانی است که در مطبوعات به کار می‌رود و در مدارس تدریس می‌شود و در پخش اخبار و سایر موقعیت‌های مشابه به کار می‌رود (ترادگیل، ۱۳۷۶: ۲۲). برخی دیگر آن گونه زبانی را که به قلمرو ملی و فراگیر اختصاص دارد و در میان همه فارسی‌زبانان تحصیل کرده مشترک است زبان معیار می‌نامند (سمیعی، ۱۳۷۸: ۴۹). برخی دیگر معتقدند زبان معیار یک گونه مدون و ثبت‌شده زبان است که از سوی بخش قابل ملاحظه‌ای از یک جامعه زبانی به‌عنوان الگوی پذیرفته شده و به کار می‌رود و دارای ویژگی‌هایی از قبیل ثبات، انعطاف‌پذیری و دقت یا پختگی است (Gravin, 1973). لذا برخی آن را به زبان رسمی و مشترک نزدیک کرده و معتقدند با یکدیگر هم‌پوشانی دارند و برخی این سه زبان را مجزا از یکدیگر می‌دانند. با وجود این می‌توان گفت زبان معیار مفهومی نسبی است و زبان معیار مطلق وجود ندارد و نمی‌توان بین زبان معیار و زبان غیرمعیار خط فاصلی ترسیم کرد.

نزدیک شود. تریزما ملاکی را برای ارزیابی زبان قانون به عنوان معیار اصلی تلقی کرده است و آن اینکه زبان قانون باید برای مقامات عمومی علی الخصوص مقامات غیر حقوقی قابل فهم باشد، چراکه معتقد است اگر قوانین برای مقامات عمومی قابل فهم نباشد، از یک طرف این مقامات مجریان قانون در ادارات هستند و عدم درکشان اجرای قوانین را با مشکل مواجه خواهد کرد و از طرف دیگر عموم هیئت منصفه و غیره نیز تحت انقیاد متونی خواهند بود که آن را نمی فهمند. و وکلا و قضات نیز در انتقال زبان تخصصی حقوق به زبان معیار یا زبانی که توسط موکلانشان یا ارباب رجوع استعمال می شود دچار مشکل می شوند و همواره سوء برداشت هایی نیز وجود دارد. حتی در بین حقوق دانان آموزش یافته نیز که با برخی از متون نامأنوس هستند این زبان تخصصی نیاز به توضیح و تفسیر خواهد داشت. وی به این واقعیت معتقد است: «این امید که هر فرد می تواند وکیل خود باشد که قرن هاست وجود دارد احتمالاً نسبت به این فرض که هر فرد دکتر خود باشد به واقعیت نزدیک تر است. در حقیقت در جامعه ما قوانینمان هر روز پیچیده تر می شوند و این نوعی بی فکری خواهد بود که زبان نیز همزمان با آن‌ها پیچیده تر شود. لذا نیاز به اصلاح زبان قانون یک هدف اساسی است» (Francis, 1999: 5).

ب) قانونین به تخصصی بودن زبان قانون: برخی دیگر بر تخصصی بودن زبان قانون اصرار دارند. ایشان معتقدند که کلمه ها و جمله ها احکام و دستورهای حقوقی را قابل فهم و دریافت می سازند و زبان وسیله انتشار این احکام و دستورات است. در انتقال مفاهیم باید از کلمه ها و جمله هایی استفاده کرد که به جز یک مفهوم (و آن اراده قانون گذار) را نرساند. و زبان معیار که واژگان آن بعضاً دارای مفاهیم متعدد است نمی تواند به این هدف نائل آید. بنابراین جنبه فنی و تخصصی زبان در تمامی سطوح و زمینه هایی که قانون در آن‌ها به مرحله اجرا در می آید میدان دار است (موسوی، ۱۳۹۱: ۵۴). در تحریر قاعده، همانند ساخت آن قاعده، باید مسائلی چون صلابت و استواری آن قاعده از یک طرف و انعطاف پذیری ملاحظات خاص نظام حقوقی از طرف دیگر در نظر گرفته شود. اما در همه موارد جمع هر دو هدف امکان پذیر نیست. به همین خاطر در این زمینه نیز افراط و تفریط هایی دیده می شود. برخی معتقدند زبان قانون رابطه بین مقنن و قاضی و حتی قوه مجریه را مطرح می سازد و منشأ آثار و نتایج جامعه شناسی مهمی است، بدین گونه که اگر متن دقیق باشد، در روابط حقوقی امنیت حکم خواهد راند (Sunstian, 1995: 956)، اما در مقابل برخی دیگر معتقدند در واقعیت برخی از موارد منفرد و اوضاع و احوال استثنایی ممکن است نادیده گرفته شود. توجه نکردن به این موارد استثنایی سبب می شود که حق در برخی از موارد تضییع گردد. اگرچه متن غیردقیق امنیت کمتری به شهروندان ارزانی می دارد، ولی دست قاضی را در یافتن راه حل هایی که با امور واقع دمسازترند باز می گذارد (Maxeiner, 2007: 543). در تعارض بین دو دیدگاه، برقراری نظم و

امنیت بر اجرای عدالت ارجحیت دارد، چراکه تا نظم و امنیتی نباشد، احقاق حقوق فردی نیز تضمین نخواهد شد. بنابراین زبان قانون باید تخصصی باشد تا دقت در نگارش قوانین فدای فهم آن نشود. و در نهایت اگر در مرحله اجرا معنی فنی کلمات روشن نباشد، ناگزیر باید به تفسیر آن پرداخت.

ج) نظریه بینابین: برخی دیگر معتقدند مطلوب است که قوانین به زبان عادی و جاری تدوین شوند تا آسان‌تر در دسترس شهروندان قرار گیرد و موجب دریافت مطلوب آن شود، اما پیچیدگی گریزناپذیر قاعده حقوقی، که نتیجه تنوع و تعدد روابط اجتماعی است، اجرای این پیشنهاد را بعضاً ناممکن یا دست‌کم دشوار می‌سازد و ناگزیر از زبان تخصصی هستیم. بنابراین، وقتی که زبان معیار و روزمره برای بیان مفاهیم حقوقی توانایی دارد و کفایت می‌کند، با توجه به سهولت استفاده و وضوح معانی آن برای عامه مردم، به‌کارگرفتن آن بر استفاده از زبان فنی ترجیح دارد، اما اگر خطر ایجاد ابهام در پیش باشد، بایسته است که زبان عامه مردم جای خود را به اصطلاحات خاص بسپارد (حبیبی، ۱۳۷۴: ۳).

با توجه به نظریات فوق و با توجه به دلایل ذیل می‌توان گفت حقوق متفاوت از سایر علوم است و تنها نمی‌توان با زبان تخصصی قواعد قانونی را تحریر کرد:

نخست، با توجه به تعریفی که از حقوق می‌شود، حقوق مجموع قواعدی است که بر اشخاص حکومت می‌کند، از این جهت که در اجتماع هستند؛ لذا حقوق صرفاً کشف و تحقیق قواعد علمی نیست و حوزه رواج آن صرفاً علمای حقوق را شامل نمی‌شود، بلکه قلمرو حاکمیت آن بر آحاد افراد یک جامعه نیز گسترانیده شده است. بنابراین قواعد حقوق باید به زبانی گفته شود که برای عموم قابل فهم باشد.

دوم، قانون‌نویسی هنر قانون‌گذار است. اما قانون‌گذار به‌منظور ارضای یک حس غلیان‌یافته دست به وضع قانون نمی‌زند، بلکه هنر او برای مردمان است. قانون هنجاری کلی است که حق‌ها و تکالیف افراد را تعیین می‌کند تا این موجود مدنی بالطبع رفتارشان در اجتماع تنظیم شود. پس مخاطبش صرفاً علمای حقوق نیستند، بلکه عموم مردم هستند. به‌طور کلی یکی از ویژگی‌های قانون این است که باید برای تأمین منافع همگان باشد. به گفته افلاطون، «قوانینی که برای تأمین منافع عده‌ای محدود وضع می‌شود، درخور نام قانون نیستند... و حقی که بر پایه آن گونه قوانین استوار باشد لاف و گزافی بیش نیست» (منتسکیو، ۱۳۷۰: ۱۲۸).

سوم، قانون باید با وضع و فرهنگ مردمان متبوع خود هم‌خوانی داشته باشد. قانون پدیده‌ای تاریخی است که محصول توسعه و تحولات تربیت و فرهنگ اجتماعی جامعه است (تقوایی، ش ۵۱: ۲۵). زبان نیز یکی از عناصر فرهنگ اجتماعی جامعه است که در طول تاریخ توسعه و تحولاتی داشته است و لذا نمی‌توان در تهیه و تصویب قانون آن را نادیده گرفت.

چهارم، قوانین پس از اینکه توسط قانون‌گذار وضع شد باید مفاد آن منتشر شود و به اطلاع عموم برسد.^۱ انتشار قانون لازمه اجرای آن است. قاعده قبح عقاب بلایان نیز اقتضا می‌کند که مفاد قوانین به اطلاع عموم برسد. پس از انتشار قانون کسی نمی‌تواند ادعای جهل به قانون نماید. هرچند که مفهوم «بیان» در اصل مزبور خود مبهم بوده و قانون‌گذار آن را روشن نساخته است. البته در شرع بین بیان صادر و واصل آن اختلاف نظر است. ولی بیشتر فقها معتقدند از آنجا که مجازات شخصی که بر تشریع قانون آگاهی نداشته باشد عقلاً قبیح است، لذا «بیان» به کاررفته در قاعده را بر بیان واصل تفسیر کرده‌اند. چنان‌که آخوند خراسانی معتقد است: «عقل مستقل است در اینکه مجازات و مؤاخذه بر تکلیف مجهول بعد از فحص و یأس از دستیابی به چیزی که حجت و دلیل بر آن است، مجازات بدون بیان و مؤاخذه بدون دلیل است» (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۷). بنابراین، انتشار قانون که به زبانی نگاشته شده است که برای عموم قابل فهم نیست نمی‌تواند دلیل بر اطلاع عموم از آن قانون یا به عبارت دیگر «بیان واصل» تلقی شود.

از طرف دیگر، عدم فهم قانون دارای آثار سوئی است، از جمله دربرداشتن هزینه‌های اداری برای شهروندان به‌منظور فهم و بهره‌برداری از قوانین، دشوار ساختن اتخاذ تصمیم، دامن‌زدن به نابرابری به‌ویژه در استفاده از خدمات عمومی و لطمه‌زدن به امنیت حقوقی. همچنین ابهام و پیچیدگی قوانین بر مقامات حکومتی نیز دارای آثار سوء است، از جمله هزینه‌های اداری سنگین و دیوان‌سالاری بیش‌ازحد در تصمیم‌گیری‌های اداری توسط مقامات اداری و کارمندان، در صورت غیرقابل فهم بودن.

بنابراین، روشن است که به عقیده بسیاری از علمای حقوق زبان قانون بر اجرا و هدف از اجرای قانون تأثیرگذار است. اما سؤال دیگری که مطرح می‌شود این است که، به‌رغم آنکه در اسناد و قوانین به مسئله حق بر فهم قانون پرداخته نشده است، اگر قابل فهم بودن را به‌عنوان حق برای مردم تلقی کنیم، قاعدتاً می‌بایست قائل به مکلف این حق نیز باشیم و چون واضع قوانین دولت است، آیا دولت (قوه مقننه) مکلف است که در تدوین قانون به قابل فهم بودن آن توجه داشته باشد.

۴-۱. قابل فهم بودن؛ ویژگی اساسی قانون

نظام‌های حقوقی جهان به ویژگی‌های قانون در کنار سایر مسائل حقوقی توجه داشته‌اند. این اصول که در دو دسته اصول شکلی و ماهوی قرار می‌گیرند را می‌توان به شرح ذیل نام برد: قانونی بودن، انطباق با قانون اساسی، معاهدات بین‌المللی و اعمال اصول کلی، کارآمدی و اثربخشی، متناسب بودن، عملی بودن، الزام‌آوردن (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۹۵)، آمرانه بودن (کاتوزیان،

۱. مطابق ماده ۱ قانون مدنی، «روزنامه رسمی موظف است ظرف مدت ۷۲ ساعت مصوبه را چاپ و منتشر نماید».

۱۳۹۰: ۴۲۱-۴۲۰)، عام‌بودن (Raz, 2012: 198-202)، به نقل از کدخدایی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۸۹)، علنی‌بودن (منتسکیو، ۱۳۶۲: ۹۹۴)، قطعی‌بودن (Raz, 2012: 50-57)، به نقل از راسخ، ۱۳۸۵: ۲۱)، تصویب توسط مرجع ذی‌صلاح، هماهنگی، سادگی، وضوح و قابلیت دسترسی. این ویژگی‌ها ادامه دارد، اما می‌توان گفت یکی از ویژگی‌های اساسی قانون قابل‌فهم‌بودن آن برای شهروندان است. لذا منطقی خواهد بود که انتظار برود قانون‌گذار اراده خود را در قالب عبارات و جملات صریح و به‌دور از هر گونه ابهام بیان کند (هابز، ۱۳۸۱: ۳۱۰).

از منظر علمای حقوق، قانون مبهم موجب سردرگمی تابعان قانون خواهد شد. در حقیقت، می‌توان گفت هرچه عبارات قانون معین‌تر باشد، محتوای آن اجراشدنی‌تر خواهد بود، چراکه مراد قانون‌گذار را بهتر مشخص می‌سازد. پیش‌بینی‌پذیر کردن رفتار حاکمان برای شهروندان می‌تواند مطلوب‌ترین نتیجه حاصل از این اصل باشد (Finnis, 1980: 7). منتسکیو طرفدار قانون ساده است و پیشنهاد می‌کند قانون «از طمطراق و عناوین بزرگ احتراز نماید» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۰۱). فردریک هگل از تعبیر معین‌بودن قانون استفاده می‌کند. از نظر وی هرچه قانون معین‌تر باشد، محتوای آن به‌صورتی که هست اجراشدنی‌تر است (هگل، ۱۳۷۸: ۳۵۹). جان فینیس از این ویژگی تحت عنوان «تعیین» نام می‌برد و منظور وی این است که باید معلوم باشد قانون در مورد چیست و چه‌چیزی را می‌خواهد اداره یا تمشیت کند (Finis, 1980: 7-8). فولر^۱ قانون را اقدام برای تابع حکومت قواعد ساختن رفتار انسان می‌داند. وی هدف اصلی قانون را یاری‌رساندن به شهروندان برای هم‌زیستی، همکاری و پیشرفت می‌داند. به همین دلیل، وی هشت اصل را به‌عنوان اصول درونی قانون بدین ترتیب بیان می‌کند: قواعد باید عام باشد، منتشر شود، وضع و اعمال قواعد معطوف به گذشته باید به حداقل رسانده شود، قواعد باید قابل‌فهم باشد، پیروی از قواعد نباید ناممکن باشد، در طول زمان نسبتاً ثابت بماند و بین قواعد اعلام‌شده و اجرای آن هم‌خوانی وجود داشته باشد (Fuller, 1978: 89-133). از نظر وی قابل‌فهم‌بودن قانون یکی از اصول درونی قانون محسوب می‌شود که معادل با وضوح، شفافیت و قابل‌دسترس‌بودن است. از نظر فولر، این اصل در کنار سایر ویژگی‌های قانون، از جمله انتشار، ثبات و معطوف به آینده بودن، همگی در خدمت برآوردن هدف ایجاد قابلیت در قانون به‌عنوان مهم‌ترین ابزار راهنمایی شهروندان در جهت برنامه‌ریزی قرار دارند (Fuller, 1978: 85-88). رالز^۲ نیز یکی از پیش‌شرط‌های ضروری تضمین حقوق و آزادی‌ها را واضح‌بودن قانون می‌داند: «اگر قوانین نادقیق و مبهم قاعده قانونی‌بودن جرم را نقض کنند، آنچه قرار

1. Fuller

2. Rawls

است در وضعیت آزادی انجام دهیم نیز نادقیق و پوچ خواهد بود. در اینجا مرزهای آزادی مبهم و نامعین‌اند و تا آن اندازه که این‌گونه باشد، ترس و هراس معقول از اعمال آزادی، آزادی را در بند می‌کشد» (رالز، ۱۳۸۷: ۳۶۳). متیو^۱ نیز معتقد است که اگر شهروندان نتوانند قواعد حقوقی حاکم بر خود را بشناسند یا درک کنند، حق دارند که بپندارند هرج و مرج حاکم است: «... بی‌دقتی در تدوین قوانین و محتوای قانون و ابهامات در شرایط اعمال آن برای شهروندی که ناگهان با قانون روبه‌رو می‌شود ناامنی حقوقی ایجاد می‌کند که گاهی قابل تحمل نیست» (متیو، ۱۳۹۱: ۱۳۵). رز نیز معتقد است که معنای حقیقی حاکمیت قانون را باید در دو جنبه این مفهوم یافت: نخست مردم باید تحت سلطه قانون باشند و از آن تبعیت کنند و دوم اینکه قانون باید به‌نحوی باشد که امکان راهنمایی برای مردم را فراهم کند. فرد زمانی از قانون تبعیت می‌کند که از آن آگاهی داشته باشد؛ یعنی اگر لازم است قانون مورد تبعیت قرار گیرد، باید قابلیت راهنمایی رفتار تابعان خود را داشته باشد. قانون باید به شکلی باشد که تابعان توان فهم و اقدام بر طبق آن را دارا باشند (رز، ۱۳۸۸: ۳۹۶).

لزوم روشنی و تعیین قانون در نوشته‌های نظریه‌پردازان بومی نیز مورد توجه قرار گرفته است. برای نمونه به نظر کسروی، از نویسندگان عصر مشروطه ایران، قانون خود راهی است برای انجام کاری؛ پس این راه باید راست و یک‌سره باشد (کسروی، ۱۳۴۸: ۱۴۵). برای فهم عمومی قانون لازم است از کاربرد عوامل ابهام‌زا در متن پرهیز شود. در زیر عوامل ابهام‌زای قوانین، شامل عوامل ابهام‌زای زبانی و غیرزبانی، بررسی می‌شود.

۲. عوامل ابهام‌زای قوانین

با توجه به گستردگی عوامل ابهام‌زای قوانین، در این مقاله به دو عامل زبانی و غیرزبانی خواهیم پرداخت. در عین حال باید توجه داشت که احتمال دارد عوامل دیگری نیز در ایجاد ابهام‌های زبانی و غیرزبانی مؤثر باشند که در این مقاله به آن‌ها پرداخته نشده است. عوامل متعددی منجر به ابهام قوانین می‌شوند که می‌توان مهم‌ترین آن‌ها را در دو دسته عوامل ابهام‌زای زبانی و غیرزبانی تقسیم کرد.

۲-۱. عوامل ابهام‌زای زبانی قانون

در تدوین قوانین یکی از وظایف بسیار مهمی که قانون‌گذار دارد یافتن قواعدی است که عادلانه‌ترین راه‌حل‌ها را در روابط اجتماعی ارائه دهد. در این مهم باید از سایر علوم اجتماعی، مانند اخلاق، جامعه‌شناسی، تاریخ، علوم سیاسی و اقتصادی و حتی از تجربیات کشورهای دیگر یاری خواست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۷۳). این امر خواه ناخواه موجب ورود الفاظ و اصطلاحات علوم دیگر

یا حتی الفاظ بیگانه به زبان حقوق خواهد شد. از طرف دیگر، پی بردن به قواعد مفید کافی نیست، بلکه قواعد حقوقی باید به زبانی گفته شود که برای عموم قابل فهم باشد. باید به اندازه‌ای صریح باشد که دادرس را در اجرای آن دچار تردید نسازد و در عین حال به وی مجال توجه به اوضاع و احوال خاص هر دعوی را بدهد و راهی برای اجرای عدالت بازگذارد. بنابراین در نگارش قانون ناچار از توجه به زبان‌شناسی هستیم. اما در تعامل میان زبان و حقوق سه دیدگاه وجود دارد: برخی معتقدند موضوع اصلی زبان است و حقوق داده‌های مرتبط را برای تحلیل‌های زبانی فراهم می‌کند. برعکس به عقیده برخی دیگر حقوق عنصر اصلی است و زبان تنها وسیله فهم فرایند حقوقی و عملکرد آن نظام است. برخی دیگر معتقدند که زبان در نظام حقوقی به عنوان ابزاری برای بررسی فرایندهای روان‌شناسی، عکس‌العمل‌های اجتماعی یا مقتضیات فرهنگی عمل می‌کند (Mellinkoff, 2004: 4). دیدگاه غالب هرچه باشد، به نظر می‌رسد نمی‌توان نقش زبان را در نگارش حقوقی نادیده گرفت. برخی از مشکلات زبانی قوانین در ادامه مقاله بررسی می‌شود:

الف) در متن قانون، ممکن است لفظی بیش از یک معنی داشته باشد. در این صورت اگر قرینه‌ای وجود نداشته باشد که روشن نماید که کدام معنی مدنظر قانون‌گذار است، لفظ به ابهام می‌گراید. در صورتی که لازمه فهم متون قانونی دقت و شفافیت معنایی است؛ به عنوان مثال خود لفظ «قانون» به دو معنی عام و خاص به کار می‌رود. معنای خاص آن قوانین مصوب مجلس است و معنای عام آن تمام قواعد عام، کلی و لازم‌الاجرا (اعم از قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات دولتی) است (حاجی‌علی‌خمس، ۱۳۹۳: ۷-۵). ماده ۴ قانون مدنی در خصوص عطف‌بماسبق نشدن قانون و استثنای آن است. اگر آن را قانون به معنای عام تلقی کنیم، لذا می‌توان استنباط کرد که مقررات دولتی با شرط وضع مقررات خاص در آن مصوبه قابل تسری به گذشته است و اگر قانون به معنای خاص آن باشد، این اختیار صرفاً بر عهده مجلس است.

ب) ابهام دیگری که در برخی قانون‌ها دیده می‌شود، ابهام نحوی است. بدین مفهوم که گاهی به دلیل جابه‌جایی یا حذف ارکان جمله، حروف اضافه و حتی تأثیر نحو زبان‌های بیگانه (در عبارات ترجمه‌ای) معنای جمله به سمت ابهام می‌گراید. مهم‌ترین مشکلات نحوی مشاهده‌شده در قوانین

عبارت‌اند از: ۱. اطناب^۱؛ ۲. ایجاز^۲؛ ۳. حذف یا کاربرد بی‌جای ضمیر (جانزاده، ۱۳۸۵: ۱۵۲)؛ ۴. عطف بی‌دلیل (نیکوبخت، ۱۳۹: ۶۳)؛ ۵. ارجاع ضمیر به مابعد (کریمی‌نیا، ۱۳۸۹: ۴۷)؛ ۶. حذف بی‌دلیل حرف اضافه (جانزاده، ۱۳۸۵: ۱۵۰ و ۱۵۷)؛ ۷. کاربرد فعل وصفی (نیکوبخت، ۱۳۹۳: ۶۷)؛ ۸. حذف بی‌قرینه فعل (نیکوبخت، ۱۳۹۳: ۷۵)؛ ۹. عدم توجه به معنای حروف اضافه در افعال زبان فارسی^۳.

ج) یکی دیگر از مواردی که سبب ایجاد ابهام در قانون می‌شود، کاربرد استعاره، مجاز و کنایه است. گاهی در متون حقوقی عباراتی وجود دارد که دارای معنای ثانویه هستند؛ مانند «به‌ثمر رسیدن تعهدات» (Wydict, 2013: 5).

د) ورود الفاظ و اصطلاحات بیگانه عامل دیگری است که سبب ابهام قانون می‌شود. این نوع ابهام در قوانین ایران معمولاً به‌دلیل وجود دو گرایش عمده ایجاد می‌شود:

۱. عربی‌نویسی: بی‌شک مهم‌ترین عامل ابهام‌زا در فهم قوانین ایران، عربی‌مآبی (نیکوبخت، ۱۳۹۳: ۱۱۳) یا استفاده افراطی از واژگان و ترکیبات زبان عربی در قوانین است. در همه کتاب‌های فارسی‌نویسی، به فارسی‌سازی یا دست‌کم معادل‌یابی برای ترکیب‌ها و اصطلاحات نامأنوس و بیگانه، از جمله ترکیب‌ها و اصطلاحات زبان عربی توصیه شده است (نک: جانزاده، ۱۳۸۵: ۱۵۸؛ معروف، ۱۳۸۲: ۵۵). مطابق پژوهش‌های انجام‌شده حدود ۴۰ درصد از واژگان فارسی‌روزمه

۱. یکی از عوامل ابهام‌زای رایج درازنویسی و بیان مطالب در جمله‌های بسیار طولانی است (جانزاده، ۱۳۸۵: ۱۱۶)، به‌نحوی که در برخی موارد انتهای جمله عملاً با ابتدای آن نامربوط است یا در صورت ارتباط، مخاطب مفاهیم ابتدای جمله را فراموش کرده است و معنای کل جمله را به‌درستی درک نمی‌کند. برای اطناب گونه‌های مختلفی ذکر شده است؛ از جمله اطناب در جمله مرکب به‌واسطه پی‌درپی آوردن دو موصول یا حرف ربط، ذکر استشهاد یا نقل قول‌های متعدد درمیان جمله و تابع و تکرار افعال (نیکوبخت، ۱۳۹۳: ۸۸)؛ اما آنچه بیشتر در متن مواد قانونی دیده می‌شود اطناب ممل است که قانون‌گذار با روش نادرستی به‌طور فراوان به تکرار یک مطلب پرداخته است که نه‌تنها فایده‌ای بر آن مترتب نیست، بلکه موجب ابهام در قانون نیز شده است. به‌عنوان مثال شرایط نفوذ اقرار در قانون مجازات اسلامی سابق در مواد ۶۹، ۱۱۶، ۱۳۶، ۱۵۴، ۱۶۹، ۱۸۹، ۱۹۹ و ۲۳۳ تکرار شده بود که ضروری است این موارد و شرایط آن در ضمن یک ماده قانونی بیان شود (محمّدی جورکویه، ۱۳۸۳: ۸۹).

۲. در مقابل اطناب، ایجاز نیز می‌تواند مخل دریافت معنی و عامل ابهام باشد، چراکه بسته به پیچیدگی یا وضوح مطلب حداقلی از توضیح برای انتقال مفاهیم مندرج در آن لازم است؛ اگر نویسنده در بیان مطلب کوتاهی کند و کمتر از میزان لزوم مطلب را توضیح دهد، این امر سبب ابهام در فهم مخاطب می‌شود.

۳. برای مثال ماده ۳۵ قانون انتخابات ریاست‌جمهوری یکی از شرایط انتخاب‌شوندگان را «رجال مذهبی، سیاسی» و «ایرانی‌الاصل بودن» مقرر کرده است که مشخص نیست آیا زنان هم می‌توانند یا اینکه چه کسانی ایرانی‌الاصل هستند.

عربی هستند (Davis, 2006 & Perry, 2005). اما این میزان در متون اداری، تخصصی و به‌ویژه فقهی و حقوقی تا ۸۰ درصد افزایش می‌یابد.

۲) فرنگی‌نویسی: در مورد قوانین جدید، به‌ویژه قوانین مربوط به نهادهای مالی و اعتباری جدید (نظیر بورس، بانک‌ها و مانند آن) و تکنولوژی‌های جدید (مانند رایانه، اینترنت، شبکه‌های اجتماعی و مانند آن) به‌جای واژگان و اصطلاحات عربی از واژگان و اصطلاحات فرنگی (انگلیسی، فرانسه، آلمانی ...) استفاده می‌شود. نکته دیگر اینکه منشأ بسیاری از این کلمات انگلیسی و فرانسوی خود لاتینی و یونانی هستند؛ به گونه‌ای که یکی از دلایل ابهام و پیچیدگی زبان حقوقی کشورهای انگلیسی و فرانسوی‌زبان نیز آمیختگی زبان حقوقی آن‌ها با الفاظ و عبارات لاتین است (saint Louis, 2012: 1283). در این زمینه سازمان حرفه‌ای به نام «انجمن بین‌المللی زبان‌شناسان دادگاه»^۱ و نشریه‌ای به نام «مجله بین‌المللی سخنرانی، زبان و حقوق»^۲ تأسیس شده است.

ه) از جمله دیگر مشکلات زبان حقوق، ترادف و اشتراک لفظی است. بدین مفهوم که گاهی برای یک مفهوم واحد دو لفظ مختلف اما هم‌معنی به کار می‌رود؛ برای مثال مفاهیم «جان و روح، تن، فرد» همگی در واژه «نفس» جمع شده است؛ لذا کاربرد کلمه «نفس» در بافت‌های مختلف بسیار ابهام‌زا خواهد بود (کریمی‌نیا، ۱۳۸۹: ۱۳۵-۱۲۶). در مقابل اشتراک لفظی می‌توان نمونه‌هایی از اشتراک معنایی نیز یافت؛ برای مثال واژه‌های «تجاوز» و «تعدی» به‌صورت کلی می‌تواند دارای یک معنا باشد که کاربرد آن‌ها در بافت‌های مشابه ابهام‌زاست.

و) عامل ابهام‌زای دیگر گرت‌برداری^۳ است که یکی از فرایندهای پیچیده و ام‌گیری زبانی می‌باشد. در این فرایند، صورت ترکیبی یا اصطلاحات زبان و ام‌دهنده تجزیه می‌شود و برای هریک از کلمه‌های آن ترکیب یا اصطلاح یک معادل در زبان و ام‌گیرنده قرار داده می‌شود و عبارت به زبان و ام‌گیرنده ترجمه می‌شود. این فرایند انواع مختلفی دارد؛ از جمله گرت‌برداری اصطلاحات (نک: جانزاده، ۱۳۸۵: ۱۱۴-۱۰۴)، گرت‌برداری واژگانی (نیکوبخت، ۱۳۹۳: ۱۰۶)، گرت‌برداری معنایی و نحوی (جانزاده، ۱۳۸۵: ۱۱۴-۱۰۴).

ح) برخی از موارد مبهم در قوانین به تغییر در مفهوم اصطلاح، معادل‌یابی به‌جای توضیح اصطلاح و ساختن اصطلاحات دشوار و دور از ذهن بازمی‌گردد (جانزاده، ۱۳۸۵: ۱۵۶).

1. International Association of Forensic Linguistics
2. International Journal of Speech, Languages and law
3. calque

ط) استفاده نابه‌جا از فعل مجهول و حذف بی‌دلیل فاعل یا ذکر فاعل به همراه فعل مجهول نیز می‌تواند سبب ابهام در جمله شود (نیکوبخت، ۱۳۹۳: ۷۴).

ظ) ابهام ساختاری: برعکس ابهام واژگانی که ابهام در قانون ناشی از وجود یک واژه در جمله است، در ابهام ساختاری ترکیب واژگان با هم و ساختار آن موجب بروز ابهام می‌شود (امام‌وردی، ۱۳۹۵: ۲۲۲).

ی) گاهی ابهام ناشی از تقسیم‌بندی موضوعات در قوانین است. اگرچه ذات تقسیم‌بندی در ساده‌سازی و فهم احکام کاربرد دارد، اما بعضاً تقسیم‌بندی ممکن است حمل بر تمام اقسام نشده و یا اینکه یکی از اقسام نفی گردد و روشن نباشد که مراد کدام‌یک از اقسام باقی‌مانده است و امثال آن و این باعث سردرگمی بیشتر و بعضاً برداشت ناصواب از قانون شود (صادقی‌مقدم و امام‌وردی، ۱۳۹۲: ۱۴۶).

۲-۲. عوامل ابهام‌زای غیرزبانی

علاوه بر آنچه در بالا ذکر شد، عوامل غیرزبانی ابهام‌زا نیز در قوانین وجود دارند که با توجه به سابقه بررسی آن از منظر حقوقی و اطاله مطلب تفصیل آن خارج از حوصله بحث است. از عوامل مهم آن می‌توان به عوامل شخصی مقام تدوین‌کننده قانون در مرحله نگارش قانون اشاره کرد. از جمله بی‌دقتی، ناشی‌گری، بی‌بندوباری و تشتت فکری از مصادیق آن می‌باشند (امام‌وردی، ۱۳۹۵: ۲۱۹). تعدد مراجع قانون‌گذاری (حاجی‌علمی‌خمسه، ۱۳۹۳: ۱۳-۱۱)، قانون‌گذاری پراکنده^۱ و در نتیجه تورم قوانین در یک حیطه یا موضوع و همچنین افزایش بیش‌ازحد قوانین و مقررات به‌صورت کلی است. همراه با پیشرفت و تکنولوژی، روابط اجتماعی افراد نیز پیچیده‌تر شده است و قوانین و مقررات حاکم بر روابط مردم نیز پیچیده‌تر می‌شود و فزونی می‌یابد. طبعاً فزونی قوانین و مقررات آگاهی از همه قواعد و مقررات در یک جامعه را اگر نگوئیم ناممکن، دست‌کم بسیار دشوار می‌کند. و به گفته بالزاک، ملتی که چهل هزار قانون دارد اصلاً قانون ندارد یا به گفته رئیس جمهور فرانسه در سخنرانی خود در ۱۹ ماه مه ۱۹۹۵، «زیادی قوانین قانون را می‌کشد» (متیو، ۱۳۹۱: ۹۴).

۳. راه‌حل‌ها

برای حل مشکلات زبانی قوانین و قابل فهم شدن آن‌ها راه‌حل‌های زیر پیشنهاد می‌شود:

۱. قانون‌گذاری پراکنده به معنای قانون‌گذاری موردی و متعدد به‌ویژه اصلاحیه‌های مکرر به قوانین و الحاق مفاد جدید به قوانین پیشین بدون دغدغه حفظ کلیت و سازگاری نظام حقوقی و دسترسی آسان مردم به قواعد حقوقی لازم‌الاجرا است (مرکز مال‌میری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۸).

۱. پرهیز از افراط در کاربرد الفاظ دشوار و پیچیدگی‌های زاید؛ ۲. هم‌خوانی زبان حقوق با زبان روز؛ ۳. عدم کاربرد الفاظ و اصطلاحات قدیمی و مهجور؛ ۴. عدم کاربرد الفاظ و اصطلاحات بیگانه؛ ۴. ساده‌سازی برخی اشکال و صور ارتباط و ابلاغ پیام.

در مواردی نیز که کلمه چند معنی داشته باشد یا معنای آن واضح نباشد، باید با تعریف قانونی کلمه ابهام و واضح نبودن واژه را برطرف کرد یا اینکه با توضیح اضافی منظور را مشخص ساخت یا می‌توان با برگزیدن تعبیر جدید معنا و مراد را گزارش کرد (حبیبی، ۱۳۷۴: ۱۴). لازمه رعایت موارد بالا فعال‌سازی، به‌روزرسانی و التزام به قوانین و نهادهای محافظ مفهوم‌سازی قانون است.

۳-۱. قوانین محافظ مفهوم‌سازی قانون

الف) کاربرد زبان فارسی: حق بر آموزش زبان مادری در بسیاری از اسناد و معاهدات حقوق بشری مثل منشور زبان مادری، اعلامیه حقوق زبانی، بندهای ۴ و ۳ ماده ۴ متعلق به اقلیت‌های قومی، ملی، زبانی، مذهبی ماده ۳۰ حقوق کودک، ماده ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مورد تأکید قرار گرفته است. اصل ۱۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مقرر می‌دارد: «زبان و خط رسمی مردم ایران فارسی است. اسناد، مکاتبات، کتب درسی باید به این خط و زبان باشند...» و هرچند که ادامه اصل ۱۵ قانون اساسی تأکید دارد که استفاده از زبان‌های محلی و قومی در مطبوعات و در رسانه‌های گروهی در کنار زبان فارسی آزاد است، ولی از آنجا که قوانین و مقررات در کل کشور مورد استفاده قرار می‌گیرند، لذا می‌باید به زبان فارسی زبان رسمی کشور نوشته شوند.

ب) منع ورود واژه‌های بیگانه: به تبع بند قبل که بر کاربرد زبان فارسی تأکید دارد، لازم است تا حد امکان از ورود اصطلاحات بیگانه نیز به قوانین و مقررات جلوگیری شود. در این راه نیز قانون‌گذار کشورمان نیز اقداماتی داشته است؛ از جمله وضع قانون ممنوعیت به کارگیری اسامی و عناوین بیگانه (مصوب ۱۳۷۵ که آیین‌نامه اجرایی آن در سال ۱۳۷۸ توسط دولت وضع شده است). قانون و آیین‌نامه مزبور تنها در جلوگیری از الفاظ و اصطلاحات جدید وضع شده است و به‌رغم ایرادات ذکر شده در ماده ۴ آیین‌نامه واژه‌هایی را که از گذشته وارد زبان فارسی شده‌اند به رسمیت شناخته است.

۳-۲. نهادهای محافظ مفهوم‌سازی

علاوه بر اینکه در قوانین موضوعه ایران راهکارهایی برای مفهوم‌سازی پیش‌بینی شده است، لازم است تا نهادهایی نیز تضمین اجرای این قوانین را بر عهده گیرند. از آنجا که در قانون اساسی نگارش فارسی مورد تأکید قرار گرفته است (اصل ۱۵)، استفاده از الفاظ و اصطلاحات غیرفارسی با قانون اساسی کشور مغایرت دارد. در عمل نیز شورای نگهبان طرح‌ها و لوایح متعددی را به استناد به اصل ۱۵ ایراد گرفته است؛ از جمله ایراد به استفاده از واژه «لینینگ» در نظریه شماره ۸۶/۳۰/۲۴۴۵۳

مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۲ درخصوص لایحه ساماندهی و حمایت از تولید و عرضه مسکن که (بند ۱ ماده ۱۴). ایراد به به‌کارگیری کلمه «فراکسیون» در طرح اصلاح موادی از قانون آیین‌نامه داخلی مجلس مصوب ۱۳۹۰/۸/۴ (نظریه شماره ۹۰/۳۰/۴۴۵۱۴ مورخ ۱۳۹۰/۸/۲۶) (نک: فتحدی، ۱۳۹۳) و بسیاری نمونه‌های دیگر که بررسی آن‌ها خارج از حوصله بحث است.

همچنین به‌منظور اجرای اصل ۱۵ قانون اساسی، کارگروهی متشکل از حقوق‌دانان، نمایندگان و اعضای فرهنگستان زبان و ادب در این فرهنگستان تشکیل شده است که وظیفه نظارت بر انشای قوانین را برعهده دارد. وظیفه این کارگروه جست‌وجوی کلمات بیگانه موجود در متون قانونی و جایگزین نمودن آن با کلمات فارسی است.

البته باید توجه داشت که مفهوم‌سازی قوانین و اصطلاحات نباید سبب شود که متن به سمت عامیانگی و آزادنویسی (کاربرد کلمات عامیانه و موهن) پیش رود (جانزاده، ۱۳۸۵: ۱۵۳). از سوی دیگر باید از کاربرد واژه‌ها و ساخت‌های مربوط به لهجه‌ها، گویش‌ها و گونه‌های غیرمعیار زبانی (برای تعریف این اصطلاحات نک: دبیرمقدم، ۱۳۸۵) نیز پرهیز شود (جانزاده، ۱۳۸۵: ۱۵۴).

در حیطه قوه مجریه نیز اولاً قوانین بسیاری وجود دارند و قانون‌گذار در نگارش این قوانین باید توجه بیشتری به قابل‌فهم‌بودن آن داشته باشد، چراکه عمده مقامات آن (برخلاف قوه قضائیه) غیرحقوقی هستند و اگر در قوانین اداری و به‌خصوص قوانین کار و استخدامی که هدفشان تنظیم حیطه گسترده‌ای از روابط و عکس‌العمل‌های شخصی است، در صورتی که ابهام باشد، به گفته ولتر اولسون^۱ هم زمینه سوءاستفاده مقامات را فراهم می‌کند و هم موجب افزایش دعاوی در این خصوص می‌شود. چنان‌که داده‌ها در آمریکا نشان می‌دهد که قانون استخدام سریع‌ترین رشد دعاوی در این کشور را فراهم کرده است (Saint Louis:1295).

ثانیاً آیین‌نامه‌ها، تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌های مصوب قوه مجریه نیز با توجه به اینکه قواعد عام، کلی و لازم‌الاجرا می‌باشند و در بسیاری موارد برای مردم ایجاد حق و تکلیف می‌نمایند، به معنای عام، قانون محسوب می‌شوند. مرجع نظارت بر مقررات دولتی رئیس مجلس است (اصل ۱۳۸ قانون اساسی). وی ملزم است موارد به‌کارگیری الفاظ و اصطلاحات بیگانه را به استناد به قانون اساسی و قانون ممنوعیت به‌کارگیری اسامی، عناوین و اصطلاحات بیگانه تطبیق و مراتب اصلاح آن را به هیئت دولت بازگرداند.

از طرف دیگر مطابق اصل ۱۷۰ قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند. شاید بتوان گفت، با استناد به اصل مزبور، قضات دادگستری می‌توانند از اجرای آیین‌نامه یا تصویب‌نامه‌ای که در آن از الفاظ و اصطلاحات بیگانه استفاده شده است، به این دلیل که از لحاظ شکلی خلاف قانون است، خودداری نمایند و دیوان عدالت اداری بتواند اقدام به ابطال این آیین‌نامه نماید. به نظر می‌رسد که دیوان عدالت اداری صرفاً از جهت مغایرت نظامات دولتی به لحاظ ماهوی و عدم رعایت تشریفات شکلی اقدام به ابطال آن‌ها می‌نماید و عملاً تاکنون به استناد به اینکه آیین‌نامه یا تصویب‌نامه‌ای از الفاظ و اصطلاحات بیگانه استفاده کرده است، اقدام به ابطال آن آیین‌نامه یا تصویب‌نامه ننموده است.

۳-۳. حذف تشریفات پیچیده در اجرای قانون

یکی از موانع فهم قانون تشریفات پیچیده در اجرای آن است. تشریفات زدایی و ساده‌کردن اجرای قانون، به‌خصوص در دادگاه‌ها، سهم بسزایی در فهم نظام حقوقی خواهد داشت. یکی از راهکارهای حذف تشریفات و در نتیجه فهم متون حقوقی، به‌خصوص در مرحله دادرسی، مدیریت پرونده قضایی است.^۱ تشریفات زدایی نیز به معنای ایجاد انعطاف در شیوه‌های آیین دادرسی و ساده‌سازی آن‌ها با حذف تشریفات حقوقی و مادی است، به‌نحوی که تشریفات‌گرایی مرسوم در دادرسی به سمت روش‌های نرم و منعطف حرکت کرده یا ساده شوند. هرچند دادرسی اصولاً تشریفاتی بوده و اصل بر تشریفاتی‌بودن آن است (محسنی، ۱۳۸۹: ۵۵)، ولی تشریفات زدایی نیز از ضروریات نظام دادرسی در ایران است. تشریفات زدایی حقوقی به معنی حذف تشریفات قانونی طرح دعوی و دفاع از اعمال و اقدامات متداعیین و دادگاه است که ریشه در قانون دارد و از وظایف مقنن است و دیگر تشریفات زدایی مادی از دادرسی و آیین آن است که به معنای از بین بردن ابزارها و وسایل مادی و کاغذی دادرسی است که مستقیماً ناشی از پذیرش فناوری ارتباطات و اطلاعات و ابزارهای مربوط به دادرسی و آیین آن است (محسنی و رضایی‌نژاد، ۱۳۹۱: ۵).

علاوه بر این، در تصمیم‌گیری‌های قضایی نیز این مسئله از اهمیت اساسی برخوردار است، به‌خصوص که چگونگی وقایع و کیفیات و اوضاع و احوال و ادعاهای طرفین دعوی که زبان عمومی و بعضاً زبان سایر علوم است (در قالب نظریه کارشناس) ضروری است به زبان قابل فهم برگردانده شود

۱. مقصود از مدیریت پرونده قضایی استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات در دادرسی به‌منظور دسترسی و تبادل اطلاعات میان دادگاه و اشخاص مرتبط با پرونده است.

و در برگردان آن نیز باید دقت کافی به عمل آید تا منظور دیگری برداشت نشود. در تحریر تصمیمات نیز باید کوشش شود تا کیفیات و اوضاع و احوال قضیه از اصل تصمیم مجزا باشد و ماهیت عمومی دعوی و چگونگی رسیدگی و شکل آن به روشنی بیان شود و ادعاها و مستندات طرفین دعوی به شکل جدید و بی حشو و زواید بیان گردند. بنابراین در آراء نخست باید استدلال‌ها و استنادات رأی بیان شود و سپس اصل تصمیم، به صورت جداگانه، بیاید. البته ساده‌نویسی و پرهیز از اطناب بدین معنی نیست که قاضی یکی از اصول اساسی دادرسی عادلانه به موجب اصل ۱۶۶ قانون اساسی (مستدل و مستندبودن رأی به مواد قانون) و ذکر آن‌ها در رأی را نادیده بگیرد. همه چیز باید در جای خود باقی بماند و از ذکر علل و موجبات و مستندات رأی نباید صرف نظر شود، زیرا امنیت حقوقی و استقرار عدالت بسته و پیوسته به این استدلال‌ها و وضوح آن‌هاست (جیبی، ۱۳۷۴: ۳۶). و در نهایت توجه به تفاسیر قضایی به خصوص آرای وحدت رویه به عنوان منبعی بعد از قانون از حیث اعتبار، تدوین و تنقیح آن‌ها همانند قوانین و سهولت دسترسی به آن‌ها حائز اهمیت است (یاوری، مهرآرام، ۱۳۹۷: ۲۶۴).

قوانین و به طور کلی متون حقوقی با الفاظ بیان می‌شوند و معنی الفاظ در طول زمان تغییر می‌کند (سیالیت زبان)، ولی قضات همچنان از سنت گذشته خود تبعیت می‌کنند. در حقیقت بسیاری از الفاظی که قضات به کار می‌برند هرگز معنای معینی ندارند. لذا زبان قضات در صدور آراء شایسته است متناسب با تغییرات زبانی تغییر نماید و به عبارتی خود را با الفاظ و اصطلاحات روز تطبیق دهند (saint Louis; 2012:1291). مهارت و توجه مجریان قانون، به خصوص قضات و مدیران اجرایی، به زبان‌شناسی در مرحله اجرای قانون از دیگر راهکارها می‌باشد. همان طور که سابقاً نیز گفته شد زبان حقوق بی‌نیاز از زبان عامه و حتی سایر زبان‌های تخصصی نیست، چراکه مسائلی مطرح می‌شوند که در حیطه سایر علوم از جمله پزشکی، حسابداری، مالی، مالیاتی و امثال آن است. ویرایش ابهامی نوعی ویرایش زبانی ناظر به رفع خطاهای دستوری و زدودن ابهام و کاهش پیچیدگی عبارت‌ها و حذف تعبیرهای ناپسند است. ویرایش ابهامی که خود بخشی از ویرایش زبانی است معمولاً در مرحله پیش از تصویب قانون صورت می‌گیرد؛ اگرچه بعضاً بعد از تصویب نیز ممکن است انجام شود (اماموردی، ۱۳۹۵: ۲۲۳). تنقیح قوانین، اعم از تنقیح شکلی و ماهوی، یعنی گردآوری و تجمیع قوانین و مقررات مختلف در یک متن با ساختاری واحد (آقایی طوق، ۱۳۹۸: ۳) و شناسایی تعارض قوانین، شناسایی موارد نسخ (اعم از صریح و ضمنی)، تشخیص قوانینی که موضوع آن‌ها متغی شده است، تعریف لغات تخصصی (ماده ۳ قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۸۹/۳/۲۵) و امثال آن در حل معضل ابهام به خصوص در مواقعی که با قانون‌گذاری پراکنده و قانون‌گذار پراکنده مواجه هستیم کارساز است.

نتیجه

یکی از اصول حاکم بر نظام‌های مردم‌سالار اصل حاکمیت قانون است. بدین معنی که روابط اجتماعی اشخاص (اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی) در چهارچوب قانون است و این قوانین هستند که برای مردم ایجاد حق و تکلیف می‌کنند. بنابراین همواره این دغدغه وجود داشته است که قوانین باید برای مردم (اعم از فرمانروایان و فرمانبران) قابل فهم بوده و به نحو مطلوبی نیز اجرا شود. به عبارت دیگر، در جهت تضمین حق‌های فردی از یک طرف و تکلیف مردم به تبعیت از قوانین از طرف دیگر لازم است قائل به وجود حقی به نام حق بر فهم قانون بود که مکلف آن نهادهای متعدد دولت است. از جمله قوه مقننه در مرحله وضع قانون باید وظایف اساسی چون پرهیز از افراط در کاربرد الفاظ دشوار و پیچیدگی‌های زاید، هم‌خوانی زبان حقوق با زبان روز، عدم کاربرد الفاظ و اصطلاحات قدیمی و مهجور، عدم کاربرد الفاظ و اصطلاحات بیگانه و ساده‌سازی برخی اشکال و صور ارتباط و ابلاغ پیام را مدنظر قرار دهد. همچنین قوای مجریه و قضائیه در مرحله اجرای قانون در تصمیمات و آرای که اتخاذ می‌کنند مقتضی است این مهم را مدنظر داشته باشند، چراکه قانونی که برای عموم قابل فهم نباشد، ضمن آنکه زمینه سوءاستفاده مجریان قانون را فراهم می‌کند، مشکلات زیادی را برای مردم به وجود می‌آورد.

در نظام حقوقی ایران، با ورود اسلام به ایران و حاکمیت قواعد فقهی و در نتیجه اقتباس قوانین بعدی از قواعد فقهی که به زبان عربی نگاشته شده بود بسیاری از اصطلاحات و الفاظ عربی برای ایجاد و در عین حال جلوگیری از نقص و ابهام قوانین وارد زبان حقوقی کشورمان گردید. اگرچه به اعتقاد برخی دلیل واژگان غیرفارسی و اصطلاحات دشوار در قوانین و حتی در ادبیات حقوقی برای فخرفروشی نیست، بلکه از ظرافت‌ها و فنی‌نویسی قوانین است. اما از آنجا که مردم آشنایی کافی با این الفاظ و اصطلاحات ندارند، لذا برای آنان قابل فهم نیست و بهتر است نهادهای حاکمیت به خصوص قوه مقننه این مهم را مدنظر قرار دهند. چنان‌که قوانین مصوب مجلس نباید خلاف اصل ۱۵ قانون اساسی باشد و در نگارش آن‌ها به قانون ممنوعیت به‌کارگیری اسامی، عناوین و اصطلاحات بیگانه توجه شود و دولت نیز در وضع مقررات دولتی و تصمیم‌گیری‌ها قانون مزبور را مدنظر داشته باشد و نهادهای انطباق قوانین تالی با قوانین عالی، مانند شورای نگهبان و رئیس مجلس، به آن توجه کنند. مقامات قضایی نیز مکلف به رعایت این مهم می‌باشند. از جمله قضات قوه قضائیه در صدور آراء خود این مهم را رعایت نمایند، به خصوص که برخی از آراء صادره از آن‌ها در قالب رأی وحدت رویه صادر می‌شود که در حکم قانون است.

منابع

فارسی

- آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۸)، «تدوین شکلی؛ حلقه مفقوده نظام تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۶.
- اماموردی، محمدحسن (۱۳۹۵)، «ابهام‌زدایی از طریق ویرایش قوانین»، حقوق خصوصی، دوره ۱۳، شماره ۲.
- امام خمینی، روح‌اله (۱۳۷۳)، ولایت فقیه، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- امامی، کریم (۱۳۸۵)، از پست و بلند ترجمه؛ «ده فرمان نقد ترجمه»، ج ۲، تهران: نیلوفر.
- برتران، متیو (۱۳۹۱)، قانون، مترجم: مجید ادیب، تهران: نشر میزان.
- ترادگیل، پیتر (۱۳۷۶)، زبان‌شناسی اجتماعی، مترجم: محمد طباطبایی، تهران: نشر آگاه.
- جانزاده، علی (۱۳۸۵)، فن ترجمه از دیدگاه استادان و صاحب‌نظران ترجمه، تهران: انتشارات جانزاده.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴)، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جواهری، سیدمحمدحسن (۱۳۸۸)، درس‌نامه ترجمه: اصول، مبانی و فرایند ترجمه قرآن، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- جوادی عاملی، عبدالله (۱۳۸۴)، حق و تکلیف در اسلام، تهران: نشر اثبات.
- نعمتی، جوز (۱۳۸۶)، «بازنگری و تحول قوانین در نظام حقوقی و قانون‌گذاری»، فقه و حقوق، سال دوازدهم، شماره ۴۷.
- حاجی‌علی‌خمس، مرتضی (۱۳۹۳)، سلسله مراتب قوانین در نظام جمهوری اسلامی ایران، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- حبیبی، حسن (۱۳۷۴)، «زبان حقوق»، نامه فرهنگستان، دوره اول، شماره یک.
- دبیرمقدم، محمد (۱۳۸۷)، «زبان، گویش، گونه، لهجه»، ادب پژوهی، دوره ۲، شماره ۵.
- ذوالفقاری، حسن (۱۳۹۲)، راهنمای ویراستاری و درست‌نویسی، چاپ سوم، تهران: نشر علم.
- راسخ، محمد (۱۳۸۵)، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، مجله مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره ۵۱.
- رز، جوزف (۱۳۸۸)، «در باب حاکمیت قانون و فضیلت آن»، مترجم: لیلی منفرد، حقوق اساسی، سال ۶، شماره ۱۱.
- رضایی‌والی (۱۳۸۳)، «زبان معیار چیست و چه ویژگی‌هایی دارد؟»، نامه فرهنگستان، دوره ۶، شماره ۳.
- راسخ، محمد (۱۳۸۴)، بنیادهای نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- سمیعی، احمد (۱۳۷۸)، نگارش و ویرایش، تهران: انتشارات سمت.
- صادقی‌مقدم، محمدحسن و محمدحسن اماموردی (۱۳۹۲)، «گونه‌هایی از ابهام در گزاره‌های قانونی»، مطالعات حقوقی شیراز، دوره ۵، شماره ۲.
- صفوی، کوروش (۱۳۸۵)، هفت گفتار درباره‌ی ترجمه، چاپ هفتم، تهران: نشر مرکز، کتاب ماد.
- فرهنگستان زبان و ادب فارسی (۱۳۹۰)، دستور خط فارسی. چاپ دهم، تهران: فرهنگستان زبان و ادب فارسی (نشر آثار).

- فوزی، یحیی (۱۳۸۴)، اندیشه‌های سیاسی امام خمینی (ره)، قم: نشر معارف.
- معروف، یحیی (۱۳۸۲)، فن ترجمه: اصول نظری و عملی ترجمه از عربی به فارسی و فارسی به عربی، چاپ دوم. تهران: دانشگاه رازی و سازمان مطالعه و تدوین کتب دانشگاهی (سمت).
- طباطبایی مومنی، منوچهر (۱۳۷۵)، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، فلسفه حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کدخدایی عباسعلی و محمد جواهری تهرانی (۱۳۹۲)، «کاوشی در مفهوم قانون»، فصلنامه مطالعات حقوقی دولت اسلامی، سال دوم، بهار ۱۳۹۲، شماره ۳.
- کریمی‌نیا، مرتضی (۱۳۸۹)، ساختهای زبان فارسی و مسئله ترجمه قرآن. تهران: هرمس.
- کسروی، احمد (۱۳۴۸)، زندگانی من، تهران: نشر جار.
- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۶۷)، حکومت در اسلام، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- مرکز مالگیری، احمد و مهدی مهدی‌زاده (۱۳۹۴)، «قانون‌گذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال ۱۷، شماره ۴۷.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۸)، «قاعده قبح عقاب بلایان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات»، مجله پژوهش‌های فلسفی، شماره ۱.
- معین، محمد (۱۳۷۱)، فرهنگ معین، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- موسوی، سیدمحمدامین (۱۳۹۱)، مبانی فهم حقوق، طهران: انتشارات جنگل.
- هگل، گئورگ ویلهلم (۱۳۷۸)، عناصر فلسفه حق، مترجم: مهدی ایرانی، تهران: نشر پروین.
- همایون کاتوزیان، محمدعلی (۱۳۷۷)، اقتصاد سیاسی ایران، از مشروطیت تا پایان سلسله پهلوی، تهران: نشر مرکز.
- محمدی جورکویه، علی (۱۳۸۳)، «نقد ساختار قانون مجازات اسلامی»، فقه و حقوق (حقوق اسلامی)، شماره ۱.
- متیو برتران، (۱۳۹۱)، قانون، مترجم: مجید ادیب، تهران: نشر میزان.
- منتسکیو (۱۳۶۲)، روح القوانين، ترجمه: علی اکبر مهتدی، چاپ هشتم، تهران: امیرکبیر.
- نیکوبخت، ناصر (۱۳۹۳)، مبانی درست‌نویسی زبان فارسی معیار، چاپ چهارم، تهران: چشمه.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۴۲)، تنبیه الامه و تنزیه المله، با مقدمه و حواشی محمود طالقانی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- نجفی، ابوالحسن (۱۳۹۱)، غلط‌نویسیم، چاپ هفدهم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- یآوری، اسدالله و پرهام مهرآرام (۱۳۹۷)، «تفسیر در قضایای حقوق عمومی»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۲، شماره ۱۰۲.

غیرفارسی

- Bradley, Craig M, (1986), "law the uncertainty principle in the supreme court", Duke Law Journal, No.1
- Davis, Richard (2006), "Persian" in Josef W. Meri, Jere L. Bacharach, "Medieval Islamic Civilization", Taylor & Francis.

- Gravin, p. (1973); “Some Comments on Language Planing”, in **language Planing: Current Issues and Research**, eds, J. Rubin and R. Skuy, Georgetown University Press, Washington DC.
- Finnis, john, (1980), **natural law and natural rights**, oxford, Oxford University Press
- Maxiener, James R. (2007), “legal certainty: a European alternative to American legal indeterminacy?”, **Tulane journal of international and comprarative law**, vol. 15, no. 2: Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1150522>
- Mellinkoff, David, (2004), **The Language of Law**, NewYork, Brown and Company
- Perry, John R. (2005), “Lexical Areas and Semantic Fields of Arabic” in ÉvaÁgnesCsató, Eva Agnes Csato, Bo Isaksson, Carina Jahani,” **Linguistic convergence and areal diffusion: case studies from Iranian, Semitic and Turkic**, Routledge.
- Raz, Joseph, (2012), **The rule of law and this virtue**, Clarendon Press, Oxford,
- Sustein Cass. R, (1995), “problems with rules”, **California law review**, vol. 83, no. 4.: available at: <https://www.jstor.org/stable/3480896?seq=1>

الزام آوری شرط داوری موضوع بند «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان

عیسی رجبی*، شهرزاد اونق**

چکیده

به دلیل استعمال الفاظ «می‌توانند» و «می‌تواند» در بندهای الف و ج ماده ۵۳ «شرایط عمومی پیمان»، با پیش‌بینی نهادهای شبه‌داوری و داوری در قالب شرط قرارداد، این ماده در معرض تفسیرهای مختلف تعیین مرجع صالح رسیدگی ابتدایی به اختلافات ناشی از قراردادهای پیمانکاری دولتی قرار گرفته است و موجب تشتت دیدگاه اندیشه‌های حقوقی و تفسیر متعارض در آراء محاکم دادگستری در مواجهه با این قبیل اختلافات، از حیث صلاحیت یا عدم صلاحیت ابتدایی دادگاه‌ها در مقابل شرط داوری، به تبع افاده «اختیار» یا «الزام» مراجعه طرفین پیمان به مراجع حل اختلاف غیرقضایی شده است، به طوری که عدم وجود رویه قضایی واحد در این خصوص سرگردانی و صرف هزینه‌های زمانی و مالی گزاف برای طرفین دعوا (کارفرما و پیمانکار) و محاکم دادگستری را دربرداشته است. از این رو، در نوشتار حاضر برآنیم با تکیه بر شیوه استدلال و نحوه به‌کارگیری مبانی و قواعد حقوقی حاکم بر موضوع در یکی از آراء قضایی صادره از محاکم عمومی بدوی به طور تمثیلی، ضمن بررسی ساختار و تحلیل ابعاد علمی اندیشه قضایی متبلور در رأی، از جمله مفهوم ماهیت حقوقی قرارداد پیمان و شیوه‌های حل اختلاف غیرقضایی و همچنین جایگاه مراجع حل اختلاف غیرقضایی در قراردادهای پیمانکاری دولتی، در قالب شرط قراردادی، به تبیین حدود اختیارات طرفین دعوا در انتخاب مرجع رسیدگی قضایی یا غیرقضایی پرداخته تا از این رهگذر در حد بضاعت رویکردی کارکردگرا و واحد در برخورد با این قبیل اختلافات ارائه شود.

واژگان کلیدی: پیمانکاری دولتی، شرایط عمومی پیمان، شرط داوری، مراجع غیرقضایی، شورای عالی فنی

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
(نویسنده مسئول) Ei_rajabi@ut.ac.ir

** دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران
shahrzadounegh@yahoo.com

مقدمه

از جمله مقررات حاکم بر قراردادهای پیمانکاری سند «شرایط عمومی پیمان»^۱ است. در تنظیم قراردادهای پیمانکاری نه تنها تخلف از شرایط عمومی پیمان امکان پذیر نیست، بلکه شرایط خصوصی پیمان نیز لزوماً باید در راستای قواعد سند «شرایط عمومی پیمان» تنظیم شوند. بنابراین می توان گفت آمره و تعیینی بودن شرایط عمومی قراردادهای پیمانکاری موجب تفکیک قواعد و احکام این قراردادها از قانون مدنی است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۳۲۷).

در این میان یکی از مسائل مورد مناقشه در شرایط عمومی پیمان، شیوه حل اختلاف در قراردادهای پیمانکاری است. ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان با عنوان «حل اختلاف» حکایت از پیش بینی مراجع مختلف حل اختلاف غیرقضایی اعم از «شبه داوری» (زرکلام، ۱۳۸۳: ۱۰۸-۱۰۷) و «داوری» دارد، به گونه ای که ماده اخیر در فصل پنجم شرایط عمومی پیمان ناظر بر قواعد حل اختلاف میان کارفرما و پیمانکار در موارد اختلاف در اجرا یا تفسیر مفاد قرارداد است. از جمله مناقشات در ماده اخیر، اختیار یا عدم اختیار (الزام و التزام) طرف های قرارداد پیمانکاری در انتخاب مراجع حل اختلاف قضایی یا غیرقضایی در صورت بروز اختلافات ناشی از قرارداد پیمانکاری است.

عمده منشأ مناقشه ناشی از استعمال الفاظ «می توانند» و «می تواند» در بندهای «الف» و «ج» ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان است. این امر موجب صدور آراء متناقض مراجع قضایی در برخورد با دعاوی ناشی از اجرا یا تفسیر مفاد قراردادهای پیمان از حیث شناسایی صلاحیت ابتدایی مراجع قضایی با وجود شرط قراردادی مراجعه به مراجع غیرقضایی شده است، به گونه ای که برخی از محاکم با افاده اختیار طرفین دعوا در مراجعه به محاکم قضایی یا غیرقضایی، از ظاهر الفاظ ماده اخیر، رسیدگی به اختلاف را در صلاحیت دادگاه دانسته و برخی دیگر در برداشتی متقابل، با عقیده به الزام آوردن مراجعه بدوی طرفین اختلاف به مراجع غیرقضایی، دعوای مطروحه را ابتدائاً در محاکم دادگستری قابل استماع ندانسته و قرار رد دعوا صادر می کنند.

به رغم اهمیت و مبتلا به بودن اختلافات ناشی از قراردادهای پیمانکاری دولتی، پیشینه پژوهشی اندیشه های حقوقی ایران، در زمینه هریک از دو رویکرد متضاد رویه قضایی موجود، تاکنون ادبیات چندانی در تبیین مفهوم و ماهیت حقوقی قرارداد پیمان و شیوه های «حل اختلاف» غیرقضایی موضوع ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» و همچنین تطبیق آن با نهادهای مرسوم حل اختلاف غیرقضایی اعم از «شبه داوری» و «داوری» و تحلیل ابعاد حقوقی آن از حیث نقاط اشتراک و افتراق موضوع با

۱. نک: نشریه شماره ۴۳۱۱ سازمان برنامه و بودجه

مفهوم داوری اختیاری یا اجباری ارائه نکرده است، به طوری که در این زمینه دکترین حقوقی فرصت ظهور در آراء محاکم نداشته و رویه قضایی نیز نتوانسته است در مسیر واحد با مبانی استدلالی مبین حرکت نماید تا ثمره آراء قضایی علاوه بر فصل خصومت، ایجاد وحدت رویه یا وضع قانون مناسب باشد. اگرچه بررسی برخی آراء صادره از محاکم در تقابل این دو رویکرد به غلبه گرایش دیدگاه قضایی به صدور قرار رد دعوا و عدم قابلیت استماع تمایل دارد، ولیکن غالب آراء قضایی در بخش استدلال و منطق رأی اختصاری بوده و کمتر بیانگر مبانی استدلالی و تحلیل حقوقی علت حکم است. از این رو، در نوشتار حاضر تلاش بر این است به منظور ایجاد اندیشه واحد، با تبیین مفهوم و ماهیت قرارداد پیمان و شیوه های حل اختلاف غیرقضایی (با تأکید بر نهاد داوری مندرج در بند ج ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان) و جایگاه آن در قراردادهای پیمانکاری، بر مبنای اصول فقهی، حقوقی، مقررات قانونی و اندیشه های حقوقی، به روح ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان و اراده واقعی قانونگذار در حدود اختیارات کارفرما و پیمانکار در انتخاب مراجع قضایی یا غیرقضایی به هنگام بروز اختلافات ناشی از قرارداد پیمانکاری دست یابیم.

در این راستا به بررسی ساختار و تحلیل علمی ابعاد حقوقی یکی از آراء بدوی محاکم عمومی دادگستری که با شیوه ای متفاوت از آراء دیگر به صورت تفصیلی و البته استدلالی صادر شده است پرداخته ایم. دادنامه صادره توسط احد از نگارندگان، فارغ از نتیجه آن در مرحله تجدیدنظر، از حیث نگاه علمی و فنی در قسمت اسباب موجه رأی درخور توجه بوده و ساختار و سبک اصدار رأی منتخب، با رعایت اصل نسبی بودن آراء محاکم، شاهی بر محصول اندیشه علمی متجلی در یک رأی قضایی است. هدف نوشتار حاضر فارغ از محدودیت ها و الزامات قانونی حاکم بر چهارچوب شکلی و ماهیتی صدور آراء قضایی، در ورای رأی و به عنوان تمثیلی از بازتاب رویکرد استدلالی علمی در اندیشه قضایی، مجال تحقق نگرشی نو با تبیین مفهومی از شرط داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی متمایز از نهاد داوری اختیاری، به عنوان شرط ضمن عقد موضوع باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی، به عنوان نهاد ویژه، در قالب ادبیات پژوهشی است.

۱. درآمدی بر ساختار رأی

نوشتار حاضر بر مبنای ساختار دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۰۵۶۵۰۰۴۰۰ مورخ ۱۳۹۸/۴/۱۶ صادره از شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان گرگان است. دادنامه اخیر پس از طرح دعوی یک شرکت ساختمانی به طرفیت یک ارگان دولتی به خواسته محکومیت خوانده به پرداخت وجه ناشی از انجام قرارداد پیمانکاری با جلب نظر کارشناس و تعدیل صورت وضعیت به انضمام خسارات دادرسی و خسارات تأخیر تأدیه صادر شده است. در بخشی از مقدمه رأی آمده است: «وکلاهی

خواهان بیان داشته‌اند حسب قرارداد پیمانکاری شماره ۴۱/۴۱.... مورخ ۱۳۸۱/۳/۱۳ احداث پروژه ساختمان... به شرکت موکل واگذار که این پروژه برابر صورت جلسه مورخ ۱۳۸۴/۹/۱۹ مورد بهره‌برداری اداره خوانده قرار گرفته لیکن اداره مزبور تاکنون از پرداخت مابقی طلب موکل به‌رغم صدور صورت وضعیت قطعی از سوی پیمانکار و تأیید آن در مراحل مختلف توسط مهندس مشاور امتناع ورزیده است. لذا تقاضای رسیدگی و صدور حکم به شرح ستون خواسته مورد استدعاست.» با صرف نظر از جزئیات، در مقابل، عمده ایراد نماینده حقوقی اداره مربوط ایراد عدم صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده بوده است.

دادگاه رسیدگی کننده پس از ذکر مقدمه پیش از ورود در اسباب موجهه و منطوق رأی، به بیان مفهوم و ماهیت قرارداد پیمان پرداخته است و سپس در ادامه متن رأی پرسش اولیه زمینه ساز اختلاف نظرهای فراوان مبنی بر اینکه «چه مرجعی صلاحیت رسیدگی به این اختلاف را خواهد داشت؟» وارد قسمت اسباب موجهه شده است. دادگاه صادرکننده رأی بر مبنای مفاد ماده ۵۳ سند شرایط عمومی پیمان ضمن توصیف انواع مراجع حل اختلاف غیرقضایی پیش‌بینی شده در ماده اخیر به تبیین مفهوم، ماهیت و جایگاه شرط داوری در قراردادهای پیمانکاری با تأکید بر بند ج ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان پرداخته است. در این راستا دادگاه صادرکننده رأی بر دستیابی به روح قانون و هدف مقنن از پیش‌بینی مراجع حل اختلاف غیرقضایی در قراردادهای پیمانکاری دولتی از مبانی استدلالی فقهی، اندیشه حقوقی و قانونی بهره جسته است تا در نهایت، با صدور قرار عدم صلاحیت به دلیل غیرقابل استماع بودن دعوای مطروحه، الزام آور بودن ارجاع امر به مراجع حل اختلاف غیرقضایی پیش‌بینی شده در ماده ۵۳ سند شرایط عمومی پیمان را تبیین نماید.

۲. مفهوم، ماهیت و ویژگی‌های قرارداد پیمانکاری

در این قسمت نخست به شیوه رأی منتخب در بیان مفهوم و ماهیت و تبیین ویژگی‌های قرارداد پیمان پرداخته و بدین منظور ابتدا برای کشف جایگاه قانونی آن تطور تاریخی را رصد کرده‌ایم. پیمانکاری، که سابقاً مقاطعه نامیده می‌شد، برای اولین بار در قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۹ تحت همین عنوان مطرح شده است. ولیکن در حال حاضر در قالب موافقت‌نامه پیمان، بر اساس ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱، برای اجرای طرح‌های عمرانی دولتی منعقد می‌شود. بر اساس آخرین آیین‌نامه‌ای که ذیل موضوع این ماده تحت عنوان نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی کشور در تاریخ ۱۳۷۵/۴/۴ به تصویب هیئت وزیران رسیده است، سازمان برنامه و بودجه کشور طی دفترچه‌ای منضم به بخشنامه شماره ۵۴/۸۴۲-۱۰۲/۱۰۸۸ مورخ ۱۳۷۸/۳/۳ شکل یکنواخت پیمان را منتشر کرده است. برای یافتن معنای اولیه و آگاهی از عقود پیمان ناگزیر از

مراجعه به آن خواهیم بود. در همین راستا ماده ۱ از شرایط عمومی پیمان در تعریف «پیمان» بیان می‌دارد: «پیمان مجموعه اسناد و مدارکی است که در ماده ۲ موافقت‌نامه پیمان درج شده است.» با رجوع به ماده ۲ موافقت‌نامه مذکور، مقنن مواردی را ذیل عنوان اسناد و مدارک اشعار می‌دارد که بخش عمده آن‌ها در دفترچه منتشر شده از سوی سازمان برنامه و بودجه کشور قید شده است. در دفترچه مذکور که در نشریه شماره ۴۳۱۱ سازمان برنامه و بودجه انتشار یافته است، سه عبارت در روی جلد آن جلب توجه می‌کند: الف) موافقت‌نامه، ب) شرایط عمومی و ج) شرایط خصوصی پیمان‌ها. این سه عبارت در واقع سه جزء یا سه سند مرتبط با هم است و مستفاد از ماده ۱، شرایط عمومی پیمان به صورت خلاصه «پیمان» نامیده می‌شوند.

ماهیتاً پیمان عقدی است که اگرچه در قالب عقود معین سنتی دسته‌بندی نمی‌شود، لیکن بر اساس اصل حاکمیت اراده و در گستره ماده ۱۰ قانون مدنی قرار گرفته است و به مرور جزء عقود خاص و ویژه شناخته شده است و طبق ماده ۶ شرایط عمومی پیمان بین کارفرما و پیمانکار^۱ منعقد می‌شود (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۶: ۱۳۶). فارغ از اینکه عقد پیمان در سایه ماده ۱۰ قانون مدنی به مرور جزء عقود خاص شناسایی شده است، لیکن با توجه به ارکان و آثار اصلی عقد پیمان، امکان تطبیق آن با ماهیت عقود معین توصیف شده در قانون مدنی و دیگر قوانین عام قابل بررسی است تا مشابهت‌های عقد پیمان با توصیف عقود سنتی و معین ذهن را به خاستگاه این نوع قراردادهای امروزی رهنمون شود. تعریف عقد طبق ماده ۱۸۳ قانون مدنی عبارت است از: یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد؛ حال آنکه نوع تعهد و اثر اصلی هر عقد تعیین‌کننده نوع ماهیت انشاء شده در عالم اعتبار است که اصولاً با توصیف عقد حاصل می‌شود. به طور کلی و ابتدایی در توصیف نوع عقد پیمان بر اساس ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد ۱۳۳۹ می‌توان گفت «مقاطعه یا پیمانکاری» قراردادی است که به موجب آن دولت یا مؤسسات و سازمان‌های عمومی انجام عمل یا فروش کالایی را با شرایط معینی در برابر مزد و در مدت معین به شخص حقیقی یا حقوقی به نام پیمانکار (مقاطعه کار) واگذار می‌کنند. موضوع پیمان ممکن است ایجاد ساختمان یا حمل و نقل یا تهیه و تدارک کالا یا انجام عملی باشد. همچنین، مطابق ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی انتخاب پیمانکار از طریق مناقصه و مزایده انجام می‌گیرد.

به عقیده نگارندگان، عناصر تعریف اخیر مبین این است که عنوان پیمانکاری (مقاطعه) مفهومی است که بر یک سری از قراردادهایی که از حیث نوع تعهد اعم از انجام عمل یا فروش کالا در

۱. مهندس مشاور برخلاف تصور برخی از نویسندگان از طرف‌های پیمان تلقی نمی‌شود.

موضوعات مختلف است اطلاق دارد. بنابراین در بادی امر از صرف استعمال لفظ پیمانکاری نمی‌توان افاده ماهیت حقوقی معین در نهاد عقود معین مدنی رسید، زیرا لفظ پیمانکاری بیانگر «نوع» در مجموعه انواع عقود و قراردادهاست که اقسام مختلفی از نظر موضوع تعهد و روش انجام کار دارد. تقسیم‌بندی قراردادهای پیمانکاری به اقسامی نظیر قرارداد بر اساس فهرست بها^۱، قرارداد بر اساس برآورد کلی با قیمت ثابت^۲، قرارداد هزینه به اضافه سود^۳، قرارداد کلیددر دست^۴، قراردادهای تأمین تجهیزات و طراحی، تأمین تجهیزات، ساخت^۵، قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری^۶، قرارداد بیع متقابل^۷ و... مؤید نظر نگارندگان است.^۸ بنابراین باید به این نکته توجه کرد که آنچه به اتخاذ عنوان پیمانکاری در یک قراردادی در موضوع نوشتار حاضر خصوصیت می‌دهد اشتراک معیارهایی نظیر طرفین قرارداد از حیث دولتی بودن کارفرما و اعمال مقررات خاص شرایط عمومی پیمان در قراردادهای عمرانی و همچنین معیار انجام عمل معین در برابر مزد معین در مدت معین است که موجب می‌شود شماری از قراردادها با این مشخصات در زیر عنوان نوع قراردادهای پیمانکاری قرار گیرند. در حالی که مشترکات اقسام قراردادهای پیمانکاری فی نفسه مبین وصف حقوقی خاصی نبوده و عام و مطلق در معیار انجام عمل معین در برابر مزد معین در مدت معین هستند، زیرا بسیاری از قراردادهای خصوصی ممکن است در مفاد خود دربرگیرنده انجام عمل معین در برابر مزد معین در مدت معین باشند، ولیکن قرارداد پیمانکاری در معنای اخص خود نباشند. در نتیجه با توجه به اینکه موضوع تعهد و روش انجام کار در هریک از اقسام قراردادهای پیمانکاری متفاوت است، ماهیت حقوقی هریک از اقسام قراردادها نیز متفاوت است. ولیکن می‌توان قائل بر این بود که ماهیت کلیت قرارداد پیمانکاری در هریک از اقسام خود یک عقد مرکب (مختلط) است که متشکل از انواع عقود معین و غیر معین می‌باشد که به عنوان مجموعه واحد موضوع یک ایجاب و

1. Unite rate
2. Lump Sum
3. Cost Plus
4. Turnkey Contract
5. EPC
6. BOT
7. BUYBACK

۸. لازم به ذکر است دسته‌بندی ارائه شده بر اساس مفهوم عام پیمان کاری می باشد، چراکه نگارندگان نیز التفات دارند که پیمانکاری در معنای خاص، صرفاً به فعالیت های اجرایی یا همان (Construction) تعریف می شود و با قراردادهای خدمات مشاوره (Engineering) به جهت اینکه بیشتر جنبه طراحی، نظارت و مدیریت دارد و همچنین قرارداد سفارش تجهیزات (Procurement) که انتقال مالکیت با تحویل نهایی کالا صورت می گیرد و نه به تدریج، تفاوت دارد. (برای مطالعه بیشتر نک: شیروی، ۱۳۹۳: ۳۹۵)

قبول واقع شده‌اند (خوړسندیان و شینور، ۱۳۹۰: ۸۹)، به طوری که در مجموع استقلال فردی هر عقد از دست رفته و عقود در کنار یکدیگر یک قرارداد پیمانکاری را خلق کرده‌اند. از سویی دیگر، برخی از اندیشه‌های حقوقی ایران قراردادهای پیمانکاری را بر مبنای ماهیت دلالتی و حق العمل کاری تبیین نموده‌اند و در مبنای استدلالی خود از تبیین قراردادهای پیمانکاری بر مبنای یک نهاد حقوقی تجاری بهره جسته‌اند (غلامی، ۱۳۹۱: ۴۳۴)، هرچند در نظام حقوقی ایران تبیین ماهیت حقوقی واحد برای کلیت قراردادهای پیمانکاری دشوار است.

تبیین ویژگی‌های قراردادهای پیمانکاری موضوع بحث مستلزم پاسخ به این پرسش است که آیا قراردادهای پیمانکاری از جمله قراردادهای حقوق عمومی (اداری) است یا قراردادهای حقوق خصوصی (مولایی، ۱۳۹۴: ۱۲۵-۱۲۴). باید اذعان داشت که در نظام حقوقی ایران اقسام قراردادهای پیمانکاری دولتی تحت عنوان اعمال اداری دوجانبه یا قراردادهای اداری از نوع قراردادهای عمومی به شمار می‌روند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۲۳۷). قراردادهای حقوق عمومی به‌رغم اتخاذ عنوان «قرارداد» به‌طور کامل از اصول و قواعد حاکم بر قراردادهای حقوق خصوصی پیروی نکرده و در کلیت امر از باب حفظ نظم و نفع عمومی، بر مبنای اصول حاکم بر خدمت عمومی^۱، تحت الشعاع حاکمیت دولت هستند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۳۲۵). الزامات قانونی بر قراردادهای پیمانکاری از مراحل بدوی ترتیب انعقاد و انتخاب طرف قرارداد از طریق مزایده یا مناقصه و شرایط انعقاد تا خاتمه قرارداد حکومت دارند. کارفرما، در قراردادهای پیمان، شخص حقوقی وابسته به حقوق عمومی (دولت) است. قراردادهای انعقادی از سوی سازمان‌های دولتی از حیث نظام حقوقی حاکم بر آنها ممکن است تابع قواعد حقوق خصوصی، مانند بیع یا اجاره، نیز باشند (رستمی، مجیبی‌فر، ۱۳۹۴: ۶۰)، ولیکن این قبیل قراردادها طبق ماده ۳۲ قانون برنامه و بودجه برای اجرای طرح‌های عمرانی دولتی از سوی سازمان برنامه و بودجه منتشر شده و به تمامی دستگاه‌های اجرایی ابلاغ شده است؛ بنابراین از قراردادهای خصوصی فاصله گرفته و مشمول قراردادهای اداری حقوق عمومی هستند و به تبع ویژگی‌های خاص این قبیل قراردادها نیز بر آنها نیز بار خواهد شد (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۶: ۵۵-۲۵). از این رو قراردادهای پیمان از عقود تشریفاتی و ناگزیر از رعایت قانون برگزاری مناقصات بوده و همچنین جزء عقود الحاقی می‌باشند. قراردادهای پیمان به علت اولویت منافع عمومی بر منافع شخص خاص، مستفاد از مواد ۴۶ و ۴۸ شرایط عمومی پیمان، نسبت به کارفرما جایز و برای پیمانکار لازم است (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۶: ۴۹-۴۸).

۱. اصل انطباق، اصل ثبات یا استمرار، اصل تساوی و اصل تقدم خدمات عمومی

۳. مبانی استدلالی اسباب موجهه رأی در تعیین مرجع صالح

ویژگی‌های خاص این قبیل قراردادها و گستردگی و پیچیدگی دامنه فعالیت طرفین موجب برداشت‌های متفاوت طرفین از امور قرارداد و تفسیر معارض از آن شده و اسباب اختلاف در قرارداد را فراهم آورده است. یکی از مسائل زمینه‌ساز اختلاف‌نظرها تعیین مرجع صالح رسیدگی به این اختلافات است. در دادنامه استنادی آمده است:

«... نخستین و نزدیک‌ترین پاسخی که در بادی امر و با استفاده از مفهوم اصول ۳۴ و ۱۵۹ قانون اساسی، طبق این اصول دادخواهی حق مسلم هر شخصی بوده و دادگستری مرجع رسمی شکایات و تظلمات عمومی است، به ذهن هر حقوق‌دانی متبادر خواهد شد دادگستری (دادگاه) می‌باشد. با این وصف با تأمل و تدقیق در ماده ۵۳ سند شرایط عمومی پیمان که به‌نوعی بیانگر شیوه‌های حل اختلاف، که ترجمه عبارت (ADR) Alternative Dispute Resolution بوده و... راهکار دیگری غیر از دادگستری به ما [ارائه] می‌دهد»؛

با پذیرش این استدلال، محل نزاع در اختیار یا الزام طرفین اختلاف در مراجعه بدوی به مراجع حل اختلاف قضایی یا غیرقضایی است. منشأ بحث راجع به استعمال الفاظ «می‌توانند» و «می‌تواند» در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان است. لازم به ذکر است اگرچه ممکن است عوامل دیگری از قبیل نوع اختلاف و دخالت اشخاص متعدد مدعی حق و ذی‌نفعانی غیر از طرفین قرارداد پیمانکاری در تعیین صلاحیت مرجع قضایی اثرگذار باشند، ولیکن فرض نوشتار حاضر فارغ از اثر متغیرهای دیگر و در شرایطی است که نوع اختلاف در محدوده مفاد ماده ۵۳ بوده و طرفین اختلاف نیز طرفین قرارداد (کارفرما و پیمانکار) باشند. همچنین ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان مراجع حل اختلاف غیرقضایی متعدد اعم از «شبه داوری» و «داوری» را در ضمن بندهای خود پیش‌بینی کرده است (آوانسیان، ۱۳۹۰: ۴۷-۵۵) که از حیث طولی یا عرضی بودن رجوع به هریک از آنها نیز قابل تأمل است، ولیکن این امر فرع بر اثبات ماهیت اختیاری یا اجباری در اصل رجوع بدوی به مراجع حل اختلاف قضایی یا غیرقضایی بوده و محل پژوهشی مستقل است. با توجه به تشتت رویه قضایی، که محل اصلی تجلی کاربردی و اجرایی اندیشه‌های علمی و حقوقی در موارد سکوت، اجمال یا ابهام قانون به تلقی از هدف مقنن و روح قانون است، رویکرد نوشتار حاضر بر عدم صلاحیت بدوی مراجع قضایی و عدم قابلیت استماع دعواست. مبنای رویکرد منتخب، ماهیت اجباری رجوع به مراجع حل اختلاف غیرقضایی تحت عنوان داوری اجباری است. در این راستا نخست به مبانی فقهی الزام‌آور بودن رجوع بدوی به مراجع حل اختلاف غیرقضایی و سپس به تبیین مفهوم جامد شرط در شرایط عمومی پیمان و ماهیت داوری اجباری در قراردادهای پیمانکاری پرداخته می‌شود.

۳-۱. مبانی فقهی الزام آور بودن رجوع بدوی به مراجع حل اختلاف غیرقضایی

از ظاهر الفاظ معنا و از معنای جملات منطوق و مفهوم استنباط می شود و شارع قصد خود را در قالب منطوق یا مفهوم عبارات بیان می کند. در تفسیر حکم ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، رأی منتخب از مباحث اصولی الفاظ بهره جسته و استدلالات فقهی رأی بر چند مبحث اصولی استوار شده و چنین آمده است:

«... اگرچه کلیت ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان، تحت عنوان «حل اختلاف»، پیش‌بینی شده است، ولیکن نمی‌توان به اطلاق مراجع حل اختلاف اعم از قضایی و غیرقضایی تمسک کرد، چراکه قانون‌گذار در مقام بیان موضوع خاص بوده و علاوه بر آن در بندهای مختلف ماده اخیر قرینه مبنی بر تقیید وجود دارد، به نحوی که در جزء (۱) بند الف، در خصوص برداشت‌های متفاوت طرفین از متون بخشنامه‌ها، مرجع تفسیری آن را سازمان برنامه و بودجه تعیین کرده و در جزء (۲) بند الف، در مورد اختلاف نظرهای خارج از شمول بند (۱)، رسیدگی و اعلام نظر درباره آن‌ها را به کارشناسی یا هیئت کارشناسی منتخب دو طرف واگذار نموده که تا این قسمت بند به نوعی یادآور هیئت بررسی اختلاف^۱ می‌باشد که در قالب نهاد «شبه‌داوری» اخیراً در سازمان‌های بین‌المللی همچون فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک) در شرایط قراردادهای ساخت (کتاب قرمز) که کارفرما خود کارهای طراحی تأسیسات را انجام داده و ساخت آن را به پیمانکار واگذار می‌کند، رایج می‌باشد. البته در ادامه و در بیان نتیجه این جزء از بند الف، بند ب ماده ۵۳ در اقدامی کاملاً عجیب و با بیان عبارت در صورتی که دو طرف در انتخاب کارشناس یا هیئت کارشناسی به توافق نرسند یا نظر اعلامی مورد قبول هریک از دو طرف نباشد، برای حل اختلاف طبق بند ج (داوری) اقدام می‌گردد، به کلی هدف این بند را عبث و بیهوده نموده و از آنجایی که اندراج این شرط فایده علمی نیز ندارد، حتی می‌توان با استفاده از مفهوم بند ۲ ماده ۲۳۲ قانون مدنی شرط را باطل (البته غیر مفسد عقد) دانست. از این‌رو در تلقی از معنای حل اختلاف و مراجع حل اختلاف مقدمات حکمت نسبت به اطلاق مراجع اعم از قضایی و غیرقضایی فراهم نبوده و در مانحن‌فیه به قدر متیقن اکتفاء کرده و نمی‌توان فراتر از آن پیش رفت تا مراجع قضایی را نیز شامل در حکم ماده دانست. در نتیجه قانون‌گذار نظر به شیوه حل اختلاف دیگری غیر از مرجع تظلم عمومی داشته است. به علاوه قرینه دیگری که در این زمینه رهنمون ما در تفسیر صدرالذکر می‌شود: بند ب ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان می‌باشد که در صورت بروز اختلاف بین پیمانکار کل و پیمانکار جزء کارفرما را مرجع رسیدگی و حل اختلاف

1. dispute review board

می‌داند و از آنجایی که دو طرف می‌پذیرند نظر کارفرما قطعی و لازم‌الاجراست، لذا دادن چنین اثری به نظر کارفرما نمی‌تواند غیر از داوری، برخلاف دیگر روش‌های جایگزین اختلاف که ایجاد التزام نمی‌کند، باشد...»

علاوه بر این، از نظر اصولی نیز معنای لفظ «می‌تواند» قابل تأمل است. در بند ج ماده ۵۳ از لحاظ ساختار عبارت، جمله نخست با لفظ «هرگاه» شروع شده است و لفظ «می‌تواند» حکم جمله بعد می‌باشد. لفظ «هرگاه» از ادوات شرط است؛ جمله نخست جمله شرط و لفظ «می‌تواند» جزای شرط است؛ از این رو جمله نخست قید حکم لفظ «می‌تواند» بوده و واجب از نوع واجب مشروط است (زراعت، ۱۳۹۱: ۶۵ و ۶۸-۷۱)؛ به عبارت دیگر، ساختار عبارت حاکی از ضوابط و شرایط رجوع به داوری در موارد اختلاف در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین طرفین است و شرطیت از احکام وضعی است. با این فرض که موضوع اختلاف ممکن است در مواردی غیر از اجرا یا تفسیر مفاد پیمان یا غیر از لزوماً طرفین حادث شود. در نتیجه لفظ «می‌تواند» مبین حکم تکلیفی اختیار طرفین در رجوع به داوری یا مرجع قضایی نمی‌باشد تا از آن اباحه و تخیر را افاده نمود، چراکه تلقی اخیر متضمن نقض غرض قانون‌گذار در درج شرط داوری است و بند ج ماده ۵۳ و تبصره آن لغو خواهد بود.

۲-۳. مفهوم جامد شرط در شرایط عمومی پیمان

لفظ «شرط» دارای دو معنای جامد و حدی است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۶۲-۵۲). در معنای جامد شرط خاصیت قید را دارند (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۵۲). مصداق استعمال لفظ «شرط» در معنای جامد توسط قانون‌گذار ماده ۱۹۰ قانون مدنی است. ماده اخیر در مقام بیان «شرایط اساسی صحت عقد» بوده و استعمال لفظ «شرط» در این ماده به صورت جمع تحت واژه «شرایط» است، به طوری که از مفاد ماده ۱۹۰ قانون مدنی معنای قید و جامد شرط استنباط می‌شود. مذاقه در معنای لفظ «شرط» در عبارت «شرایط عمومی پیمان» نیز حائز اهمیت است؛ معنای شرط در عبارت اخیر جامد بوده و قانون‌گذار در مقام بیان قیود و الزامات عمومی اساسی در انشاء و خلق صحیح قراردادهای پیمان دولتی بوده است. دادنامه در این خصوص بیان داشته است:

«... به عبارتی دیگر، در تعبیری فراتر از ظاهر لفظ «شرط» در عبارت «شرایط عمومی پیمان»، قانون‌گذار با عمومیت دادن قیود و الزامات مندرج در سند «شرایط عمومی پیمان»، درصدد قاعده‌سازی برآمده است؛ بنابراین می‌توان حل اختلاف به شیوه ماده ۵۳ را به عنوان قاعده عمومی حل اختلاف در قراردادهای پیمان، به ویژه در ارجاع امر به داوری تلقی نمود؛ با این تعبیر تصور معنایی حدی از لفظ «شرط» که متضمن مفاهیمی چون «شارط»، «مشروط به» و «مشروط» است دشوار خواهد بود...»

اگرچه در دیدگاهی مخالف، برخی از اندیشه‌های حقوقی با تلقی معنای حدیثی از لفظ «شرط» عقیده بر این دارند که اصلح بود به جای عبارت «شرایط عمومی پیمان» از «شروط عمومی پیمان» استفاده می‌شد (اسماعیلی هریسی، ۱۳۹۶: ۸۶-۸۵). در تقویت رویکرد استنباط معنای جامد از لفظ «شرط» و در گواهی این مدعا این گونه استدلال شده است:

«... می‌توان به ضمانت اجرای عدم درج شرط یا توافق بر عدم وجود آن در قراردادهای پیمان رجوع کرد. چنانچه ضمانت اجرای عدم درج شرایط عمومی پیمان و حتی تغییر عبارات و یا نهایتاً توافق بر عدم وجود چنین شرطی، بی‌اعتباری و بطلان قرارداد پیمان باشد، چراکه بیان شد شرایط عمومی پیمان سند اداری و دولتی است که اگر پیمانکار هم موافق با زوال داوری باشد کارفرما به علت وابستگی به اداره متبوع خویش و اطاعت از مقررات اداری حق عدول زائل نمودن شرط داوری مندرج در بند ج ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان را نخواهد داشت (نک: عمادزاده و همکاران، ۱۳۹۵: ۹۹-۱۰۰)؛ در نتیجه شرایط عمومی پیمان در حکم شرایط صحت عقد خواهد بود...»

۳-۳. تبیین ماهیت داوری اجباری در قراردادهای پیمانکاری دولتی

چنان‌که پیش‌تر گفته شد آنچه محل نزاع در صلاحیت رسیدگی ابتدایی دادگاه عمومی می‌باشد، از یک سو استعمال لفظ «می‌توانند» در بند الف و «می‌تواند» در بند ج ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان است. در مقام رفع ابهام از معنای الفاظ «می‌توانند» و «می‌تواند» دادنامه موضوع نوشتار حاضر معتقد است:

«... قید «می‌توانند» موضوع بند الف به سرعت و با تأمل در نحوه نگارش ماده رفع ابهام خواهد شد، چراکه در عبارت میان دو ویرگول (،) این اختیار صرفاً تا قبل از درخواست ارجاع موضوع مورد اختلاف به داوری طبق بند ج می‌باشد و به عبارتی مقنن ارجاع به داوری موضوع بند ج را امری اجتناب‌ناپذیر تلقی می‌نماید و در مورد بند ج نیز صرف نظر از لزوم تفسیر منطقی قانون، که به موجب آن در موارد ابهام نمی‌توان یک بند یا ماده را به تنهایی تفسیر کرد بلکه لازم است با ملحوظ نظر داشتن بندهای قبلی و بعدی نسبت به تفسیر آن اقدام نمود، هم‌راستا با بند الف و با التفات به اینکه در لسان مقنن همیشه «می‌تواند» به معنای تخییر نبوده و بعضاً در مقام بیان حکم جواز می‌باشد، در این بند با ملحوظ نظر تمامی نکات سابق‌الذکر مبنی بر الزامی و غیرقابل عدول بودن شرایط عمومی پیمان و بالتبع شرط ضمن آن واژه «می‌تواند» به این معناست که هریک از طرفین در صورت بروز اختلاف حق دارد به داوری شورای عالی فنی مراجعه کند و با توجه به اینکه اختیار لازم در اعمال یا اسقاط حق خود نیز دارد، می‌تواند یا از اختلاف خود و به تبع حق مراجعه به شورای عالی فنی به کلی صرف نظر کند و یا با اعمال این حق به داوری شورای عالی فنی رضایت دهد و نمی‌تواند به جای

شورای عالی فنی به دادگاه مراجعه کند و تلقی غیر از این امر متضمن نقض غرض قانون‌گذار در درج شرط داوری است و بند ج ماده ۵۳ و تبصره آن لغو خواهد بود...»

به تعبیری دیگر از قصد قانون‌گذار از استعمال الفاظ «می‌توانند» و «می‌تواند»، می‌توان گفت قانون‌گذار در صدد شناسایی حق برای هریک از طرفین بوده است و از آن افاده ایجاد حق رجوع به مرجع حل اختلاف غیرقضایی به نفع طرفین می‌شود، نه اختیار در انتخاب نوع مرجع، چراکه حسب استدلال دادنامه منتخب:

«... موافقت‌نامه داوری چه به صورت مستقل و چه به صورت شرط ضمن عقد لازم، به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده برای طرفین لازم‌الاتباع بوده و نظر به اینکه شرط داوری مندرج در بند ج ماده ۵۳ در قسمت شرایط عمومی پیمان درج شده که این شرایط مثل قانون حاکم بر کلیه پیمان‌ها می‌باشد و مستفاد از «بند ۲-۱ دستورالعمل نحوه تکمیل و تنظیم موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان‌ها و مقررات مربوط به آن» که هرگونه تغییردادن یا افزودن مطلبی به شرایط عمومی را مجاز ندانسته و تأکید داشته که باید بدون هیچ تغییری باشد و همچنین مفاد مقدمه سند شرایط خصوصی پیمان و ماده ۴ این شرایط که بیان می‌دارد: موارد درج‌شده در این شرایط هیچ‌گاه نمی‌تواند مواد شرایط عمومی پیمان را نقض کند، ازاین‌رو بیانگر لزوم شرایط عمومی و عقد پیمان برای کارفرما و پیمانکار و بالتبع لزوم شرط داوری مندرج در شرایط عمومی بوده و در نتیجه مفاد (مندرجات) ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» نیز از حیث الزام‌آور بودن به جهات فوق مشمول امر قانون‌گذار است و طرفین قرارداد در انواع قراردادهای پیمان چه ماده اخیر را به عنوان ماده‌ای از مواد قرارداد در متن قرارداد ذکر نمایند یا چه حاکمیت مفاد سند «شرایط عمومی پیمان» در متن قرارداد درج کنند، ملتزم به مفاد ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» هستند و بند ج ماده ۵۳ در ادامه بند الف و ب ماده اخیر، اینکه در طول دیگر بندهاست یا در عرض آن‌ها اختلاف نظر وجود دارد، ناظر بر لزوم ارجاع امر اختلاف به داوری در اجرا یا تفسیر مفاد بین دو طرف می‌باشد...»

از سوی دیگر، استعمال لفظ «شرط» تحت عنوان کلی «شرایط عمومی پیمان»، در بدو امر انصراف به ماهیت «داوری اختیاری» به عنوان «شرط داوری» در ضمن قرارداد پیمان دارد. اگرچه ماهیت داوری در قراردادهای پیمان از حیث «اختیاری یا اجباری» بودن محل تأمل است، زیرا بر مبنای استدلال دادنامه،

«... استعمال لفظ «شرط» تحت عنوان کلی «شرایط عمومی پیمان»، در بدو امر انصراف به ماهیت «داوری اختیاری» به عنوان «شرط داوری» در ضمن قرارداد پیمان دارد، ولیکن چنان‌که بیان شد درج ماده اخیر در ضمن قراردادهای پیمان الزام قانونی است و اراده آزاد طرفین در خلق آن به عنوان شرط

ضمن عقد پیمان اثری ندارد، تلقی از ماهیت داوری در قراردادهای پیمان به معنای دقیق «داوری اختیاری» مشکل بوده و بلکه ماهیت امر را به «داوری اجباری» نزدیک تر ساخته است...».

اگرچه تبصره یک بند ج ماده ۵۳ تحت عبارت «چنانچه رئیس سازمان یادشده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود»، ماهیت امر در صورت عدم موافقت رئیس سازمان برنامه و بودجه به داوری اختیاری با حاکمیت قواعد عمومی داوری داخلی در قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۴۶۳ متمایل است. در راستای تبیین الزام آور بودن ارجاع امر به داوری و عدم صلاحیت بدوی دادگاه های عمومی در رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای پیمان در فروض نوشتار حاضر، در این بخش، به بررسی و تبیین ماهیت داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی پرداخته می شود.

در حقوق داوری داخلی ایران، داوری بر مبنای آزادی اراده طرفین منازعه در انتخاب مرجع رسیدگی، به اقسام «داوری اختیاری» و «داوری اجباری» تقسیم بندی می شود (برای مطالعه بیشتر، نک: هاشمی، ۱۳۹۵؛ کریمی و پرتو، ۱۳۹۷). در داوری اختیاری، طرفین با آزادی اراده و اختیار به داوری مراجعه می کنند. این قسم از داوری مصداق داوری موضوع باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی در داوری داخلی است (نک: کاکاوند، ۱۳۸۹).^۱ داوری اختیاری در مقابل داوری اجباری قرار دارد. اگرچه اصل بر داوری اختیاری است، ولیکن در مواردی مراجعه به داوری به حکم قانون بوده و طرفین منازعه در رجوع به داوری اختیار انتخاب ندارند. در حقوق داخلی مصادیق متعددی از داوری اجباری وجود دارد. داوری اجباری نیز خود با توجه به نحوه الزام قانونی طرفین دارای تقسیم بندی تحت عناوین داوری اجباری قراردادی و قانونی قرار گرفته است، به گونه ای که در نوع داوری اجباری قراردادی مقنن گنجاندن شرط داوری را در قرارداد اجباری کرده و در نوع دیگر مقنن ارجاع اختلافات به داوری را مستقیماً تحت عنوان قانون شناسایی کرده است و بدون وجود قراردادی حل اختلاف را در صلاحیت داوری دانسته است. برای نمونه می توان به مواد ۳۶ و ۳۷ قانون بازار کاغذ/ معامله گران، مشاوران سرمایه گذاری، ناشران، سرمایه گذاران و سایر اشخاص ذی ربط ناشی

۱. البته مستفاد از بند ۲ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۲۶/ ۰۶/ ۱۳۷۶ که مقرر می دارد: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند می توانند داوری اختلافات تجاری بین المللی خود را اعم از اینکه در مراجع قضایی مطرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد به تراضی، طبق مقررات این قانون به داوری ارجاع کنند» و با نظر به قید «می توانند» و «با تراضی» بیانگر اختیاری بودن امر داوری است.

از فعالیت حرفه‌ای آن‌ها، در صورت عدم سازش در کانون‌ها، توسط هیئت داوری رسیدگی می‌شود». به این داوری، داوری قانونی نیز گفته می‌شود.^۱ برخی اندیشه‌های حقوقی ایران در تبیین ماهیت داوری اجباری قراردادی و مصادیق آن بر آن است: «مقصود داوری‌هایی است که اگرچه پایه قراردادی داشته و موافقت‌نامه یا شرط داوری به امضای طرفین می‌رسد ولی نظر به الحاقی بودن قرارداد، در واقع اختیاری در کار نبوده و نپذیرفتن شرط داوری به قیمت انعقاد قرارداد منجر خواهد شد. این امر به وضوح در قراردادهایی که بین دولت و سازمان‌های دولتی با اشخاص خصوصی منعقد می‌گردد مشاهده می‌شود. برای نمونه می‌توان به ماده ۲۳ قانون نفت ۱۳۵۳ اشاره داشت که قانون‌گذار رفع اختلاف بین شرکت ملی نفت ایران و طرف‌های قرارداد را در صورت عدم حل و فصل از طرق مذاکره دوستانه از طریق داوری میسر دانسته است (نک: شیروی، ۱۳۹۱: ۲۸). همچنین است پیمان‌هایی که بین نهادهای دولتی و پیمانکار خصوصی صورت می‌پذیرد. این قبیل پیمان‌ها مشمول شرایط عمومی پیمان بوده که در ماده ۵۳ خود شرط ارجاع اختلافات آتی را به شورای عالی فنی پیش‌بینی کرده است. نمونه دیگر قراردادهای واگذاری سهام شرکت‌های دولتی است. بر اساس ماده ۲۰ قانون توسعه سوم، رسیدگی، اظهارنظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هریک از تصمیم‌ها در امر واگذاری در صلاحیت هیئت داوری است و این موضوع در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام قید می‌شود و به امضای طرفین قرارداد می‌رسد.»^۲ در نتیجه، آن دسته از داوری‌هایی که با اختیار و رضایت به آن مراجعه می‌گردد داوری اختیاری تلقی می‌گردد و داوری‌هایی که به اجبار در قراردادها گنجانیده می‌شود اختیاری نیستند. بنابراین داوری‌های موضوع شرایط عمومی پیمان یا آیین‌نامه واگذاری شرکت‌های دولتی اختیاری محسوب نمی‌شود و تکلیف دادگاه در ارجاع طرفین به داوری اجباری مطلق است.

۱. «داوری اجباری دارای دو معنی اعم و اخص است. در معنای اعم شامل داوری قانونی و البته داوری‌ای می‌گردد که بر مبنای توافق طرفین (قبل از بروز منازعه) اجباری است و در معنای اخص، تنها شامل داوری قانونی می‌گردد». کریمی، عباس، پرتو، حمیدرضا، پیشین.

۲. «مقصود از واگذاری، قراردادهای واگذاری مالکیت (اجاره به شرط تملیک، فروش تمام یا بخشی از سهام، حق تقدم سهام و سهم‌الشرکه، حقوق مالکانه و اموال) و واگذاری مدیریت (اجاره، پیمانکاری عمومی و پیمان مدیریت)، در کلیه موارد مشمول قانون اصلاح مواد از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی است.» (بند ج ماده ۲ آیین‌نامه نحوه تشکیل جلسات و چگونگی اتخاذ تصمیمات هیئت داوری موضوع ماده ۲۱ تنفیذی قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی)

۳-۴. تفسیر اراده قانون‌گذار در ماده ۵۳ سند شرایط عمومی پیمان

در راستای دستیابی به روح قانون در این بخش به شواهد قانونی که مفسر اراده مقنن از فلسفه وجودی ماده ۵۳ سند شرایط عمومی پیمان است پرداخته می‌شود. دادنامه موضوع نوشتار حاضر در تفسیر اراده قانون‌گذار بیان داشته است:

«... می‌توان به مفاد ماده ۱۷ بخشنامه سازمان برنامه و بودجه کشور به دستگاه‌های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمانکاران در موضوع انعقاد پیمان اجرای کارهای ساختمانی به صورت سرجمع به شماره ۹۶/۱۲۹۹۱۸۸ مورخ ۱۳۹۶/۵/۴ استناد کرد که شرط داوری در ماد اخیر به بیان و عبارت شیواتر از مفاد ماد ۵۳ شرایط عمومی پیمان پرداخته شده است و مبین الزام طرفین در رجوع ابتدایی به داوری تحت شرایط موارد اختلاف پیش‌بینی شده در شرط بین طرفین قرارداد پیمان است...»^۱

اگرچه برخی از دیدگاه‌ها با استناد به پاسخ سازمان برنامه و بودجه کشور به استعلام یکی از واحدهای صنفی مبنی بر تحیری بودن مراجعه به داوری شورای عالی فنی راه ورود و بروز نظر مخالف را بسته می‌دانند^۲، استدلال مقابل نظر اخیر در دادنامه به این صورت است:

«... صرف نظر از لزوم یا عدم لزوم قانونی تبعیت از پاسخ استعلام واصله آن سازمان در تمامی موارد مشابه دیگر، مگر نه این است که اقدام در قالب جزء (۱) از بند الف مبنی بر استعلام از سازمان برنامه و بودجه نیز با نظر به واژه «می‌توانند» در آن بند طی نظر همین دست از نویسندگان اختیاری و نه الزامی است، لذا چگونه این پاسخ برای طرفین قاطع و لازم‌الرعا می‌دانند؟ به علاوه نکته مهم تر دیگر اینکه با تدقیق در عبارات قانونی بند مذکور، صرفاً اختلاف در برداشت ناشی از «متن بخشنامه» قابل استعلام از سازمان برنامه و بودجه است نه اختلاف در مفاد پیمان اعم از شرایط عمومی و شرایط خصوصی، چراکه از نظر این مرجع، پیوست بودن شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان به بخشنامه ابلاغ شده از سوی سازمان برنامه و بودجه به معنای بخشنامه تلقی شدن شرایط عمومی پیمان و قابلیت تفسیر از سود آن نهاد نخواهد بود...»

در حالی که نظر اداره حقوقی قوه قضائیه در پاسخ به استعلام شماره ۹۰۰۰/۷۰۱۳/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۳/۲/۸ رئیس حوزه ریاست قوه قضائیه از مدیر کل حقوقی قوه قضائیه که بیان می‌کند: «چنانچه طرفین قرارداد منعقدۀ توافق کرده باشند که بر اساس شرایط عمومی پیمان عمل کنند، طرفین ملزم به حل اختلاف طبق بند (ج) ماده (۵۳) شرایط مذکور هستند و دادگاه‌ها باید قرار عدم استماع دعوی صادر نمایند.»

۱. بخشنامه اخیر جایگزین بخشنامه شماره ۱۰۰/۶۴۰۵ مورخ ۱۳۹۸/۲/۴ شده است.

۲. نامه شماره ۵۱۳/۱۳۰۴۰۴ مورخ ۱۳۸۴/۸/۱۷ سازمان برنامه و بودجه.

نتیجه

محل نزاع صلاحیت رسیدگی ابتدایی دادگاه عمومی با وجود بند ج ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» است. دلیل اختلاف استعمال لفظ «می‌تواند» در متن بند ج است که برخی از لفظ «می‌تواند» تخییر طرفین در انتخاب مرجع رسیدگی‌کننده اعم از قضایی و غیرقضایی افاده نموده و برخی دیگر حکم بند ج ماده ۵۳ را الزام طرفین در رجوع بدوی به داوری افاده کرده و طرح دعوای حقوقی را پیش از رجوع به داوری و عدم تحقق شرایط زوال داوری قابل استماع نمی‌دانند. دیدگاه اخیر مبتنی بر الزام‌آور بودن رجوع به داوری و تلقی ماهیت اجباری داوری در شرایط عمومی پیمان بوده و با روح قانون سازگارتر است. همچنین فارغ از اینکه ماهیت داوری را اختیاری یا اجباری تلقی کنیم، در هریک از ماهیت‌ها، چه در قالب شرط اجباری به حکم قانون و چه در قالب شرط داوری اجباری قراردادی، به هر تقدیر این شرط در قراردادهای پیمان وجود دارد و نمی‌توان آن را نادیده گرفت و رجوع به آن الزام‌آور است، چراکه قانون‌گذار عاقل بوده و فرض قانونی بر عدم صدور احکام لغو از سوی قانون‌گذار است. بنابراین از کلیت ماده ۵۳ در سند «شرایط عمومی پیمان»، تحت عنوان «حل اختلاف»، نمی‌توان به اطلاق مراجع حل اختلاف اعم از قضایی و غیرقضایی تمسک کرد و در تلقی از معنای حل اختلاف و مراجع حل اختلاف مقدمات حکمت نسبت به اطلاق مراجع اعم از قضایی و غیرقضایی فراهم نبوده و در مانحن‌فیه به قدرمتیقن اکتفاء نموده و فراتر از آن نمی‌توان پیش رفت و مراجع قضایی را نیز شامل در حکم ماده دانست. در نتیجه قانون‌گذار نظر به شیوه حل اختلاف دیگری غیر از مرجع تظلم عمومی داشته است و الزام و التزام طرفین قراردادهای پیمان دولتی به مفاد سند «شرایط عمومی پیمان» ناشی از الزام قانونی به موجب بخشنامه ۸۴۲ مصوب سازمان برنامه و بودجه کشور به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه است. مفاد سند «شرایط عمومی پیمان» امر قانونی و از موارد مربوط به حفظ نظم عمومی بوده و مستند به ماده ۲ مصوبه اخیر و مواد ۳ و ۴ مندرج در سند «شرایط عمومی پیمان» از حیث درج در متن قراردادهای پیمان به عنوان قانون حاکم و تعیین‌کننده ضوابط حاکم بر روابط طرفین قرارداد پیمان و هم از حیث التزام به مفاد آن از سوی طرفین قرارداد، تخلف‌ناپذیر است. در نتیجه مفاد (مندرجات) ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» نیز از حیث الزام‌آور بودن به جهات فوق مشمول امر قانون‌گذار است و طرفین قرارداد در انواع قراردادهای پیمان، چه ماده اخیر را به عنوان ماده‌ای از مواد قرارداد در متن قرارداد ذکر نمایند، چه حاکمیت مفاد سند «شرایط عمومی پیمان» را در متن قرارداد درج کنند، ملتزم به مفاد ماده ۵۳ سند «شرایط عمومی پیمان» هستند.

منابع

- آوانسیان، آید (۱۳۹۰)، «داوری در قراردادهای پیمانکاری»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.
- اعلایی فر، محمدعلی (۱۳۸۴)، «اصول حاکم بر قراردادهای پیمان کاری دولتی»، مجله حقوقی عدالت آراء، شماره ۱.
- اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۹۶)، شرح تفصیلی پیمان، تهران: انتشارات دادگستر.
- خسروی، وحید و افشین جعفری (۱۳۹۶)، «بررسی قراردادهای ساخت و ساز در نظام دولتی»، فصلنامه علمی-حقوقی قانون یار، دوره چهارم.
- خورسندیان، محمدعلی و قادر شینور (۱۳۹۰)، «ماهیت عقد مرکب در فقه و حقوق موضوعه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۳، شماره ۴.
- دشتی، محمدرضا و عباس کریمی (۱۳۹۲)، «مطالعه تطبیقی قرارداد داوری؛ رضایی یا تشریفاتی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۱.
- رستمی، ولی و محمدصادق مجیبی فر (۱۳۹۴)، «داوری در قراردادهای پیمانکاری دولتی»، فصلنامه حقوق اداری، سال دوم، شماره ۸.
- زراعت، عباس (۱۳۹۱)، «مفهوم قید؛ نگرشی نو در مفهوم مخالف»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۴، شماره ۶.
- زرکلام، ستار (۱۳۸۳)، «تفکیک بین نهادهای شبه داوری و داوری در قراردادهای پیمانکاری بین المللی»، مدرس علوم انسانی (ویژه نامه حقوق)، شماره ۷۳.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین المللی، چاپ اول، تهران: دادگستر.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳)، حقوق نفت و گاز، تهران: میزان.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۳)، حقوق اداری، چاپ نوزدهم، تهران: سمت.
- عمادزاده، محمدکاظم، غلامحسین مسعود و مصطفی مبارکی (۱۳۹۵)، «حل حقوقی اختلاف از طریق داوری در قراردادهای اداری ایران»، اندیشمندان حقوق، سال چهارم، شماره ۱۰.
- غلامی، جهانبخش (۱۳۹۱)، «پیمانکاری نهاد حقوقی مدنی یا تجاری»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۰.
- کاکاوند، محمد (۱۳۸۹)، «صلاحیت مرجع داوری اختیاری است نه اجباری»، ماهنامه مدرسه حقوق، شماره ۵۲.
- کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو (۱۳۹۷)، حقوق داوری داخلی، چاپ چهارم، تهران: دادگستر.
- مافی، همایون و محمدحسین تقی پور درزی نقیبی (۱۳۹۶)، «ماهیت حقوقی داوری»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۶، شماره ۲۱.
- مجتهدی، محمدرضا (۱۳۹۰)، «درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین المللی بر مبنای کنوانسیون «داوری اکسید»»، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره سوم.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- مولایی، آیت (۱۳۹۴)، «مفهوم شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۹، شماره ۸۹.
- میرباقری، سیدحسین (۱۳۹۶)، «شیوه‌های حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری دولتی»، دانش حقوق و مالیه، سال اول، شماره ۱.
- هاشمی، مریم (۱۳۹۵)، تبیین موارد داوری اجباری در نظام حقوقی ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرودشت.

امکان سنجی طرح دعوا در محاکم قضایی بین المللی و داخلی در موضوع ترور سردار سلیمانی و همراهان

مهناز رشیدی*

چکیده

اقدام آمریکا در به شهادت رساندن مقامات عالی رتبه نظامی کشور ایران و عراق، از جمله سردار شهید سپهبد قاسم سلیمانی و ابومهدی المهندس، مصداق بارزی از عمل تروریستی دولتی بوده و ناقض قواعد بسیار مهم حقوق بین الملل از جمله حق حیات، منع توسل به زور نظامی، احترام به حاکمیت دولت ها و اصل عدم مداخله در امور داخلی دیگر کشورها می باشد. همچنین دولت ترامپ با اقدام به این عمل، بدون هماهنگی با مجلس سنا، قوانین داخلی کشور آمریکا را نقض کرده است. یکی از طرق انتقام سخت مورد تأکید رهبر معظم انقلاب اسلامی می تواند پیروزی در جنگ حقوقی و احقاق حق در محاکم قضایی باشد. لذا سؤال اصلی این نوشتار آن است که پیگیری حقوقی این قضیه در چه مراجعی امکان پذیر است. برآمد مطالعه توصیفی تحلیلی در این نوشتار که با بررسی وقایع این پرونده و بهره گیری از منابع کتابخانه ای انجام شده آن است که مؤثرترین سازوکارهای حقوقی موجود طرح دعوا در دیوان بین المللی دادگستری به موجب «کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین المللی، از جمله مأمورین سیاسی» مورخ ۱۹۷۳ و نیز پیگیری ایجاد یک دادگاه بین المللی مختلط، به ویژه از طریق انعقاد توافق نامه با مجمع عمومی سازمان ملل یا سازمان همکاری اسلامی، است. هرچند این موارد نیازمند بررسی تبعات سیاسی و حقوقی هر روش است و قبل از آن اراده سیاسی مقامات عراقی در همکاری با سازمان های بین المللی شرط اصلی هر گونه اقدام است.

واژگان کلیدی: ترور سردار سلیمانی، پیگیری حقوقی، محاکم بین المللی، محاکم داخلی

مقدمه

ترور سردار سلیمانی، فرمانده کل سپاه قدس ایران، و همراهانش از جمله ابومهدی المهندس، معاون نیروهای حشد الشعبی، در بامداد سوم ژانویه ۲۰۲۰، در سرزمین کشور عراق توسط پهپادهای آمریکایی، به یکی از موضوعات حساس روز حقوق بین‌الملل بدل شده است و بیش از همه این سؤال را به ذهن متبادر می‌سازد که طرق پیگیری قضایی این قضیه به‌ویژه برای خانواده‌ها و بازماندگان شهدای این واقعه چیست.

در بادی امر، ذکر این نکته ضروری است که، به دلیل عدم حاکمیت شرایط جنگ مسلحانه فعال میان ایران و آمریکا، قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه بر این قضیه اعمال نمی‌شود، زیرا نیروهای نظامی دولت‌ها در شرایط جنگی می‌توانند هدف حمله قرار گیرند، مگر اینکه ناتوان از شرکت در جنگ باشند (Coracini: 44). اما ایران و آمریکا در این شرایط قرار نداشتند و سردار سلیمانی به عنوان نماینده ایران و با رضایت کامل مقامات عراقی برای انجام امری دیپلماتیک و سیاسی در کشور عراق حضور داشت؛ به این ترتیب نمی‌توان ترور این فرمانده عالی‌رتبه نظامی را طبق قواعد حقوق بشردوستانه مجاز دانست. همچنین مطابق با قواعد حقوق بین‌المللی بشر، کشتن اتباع دولت‌های دیگر بدون رعایت دادرسی عادلانه و مجازات آن‌ها در یک محکمه قانونی نقض فاحش حق حیات است و بر مبنای اصول منشور ملل متحد، یعنی منع توسل به زور و احترام به اصل حاکمیت دولت‌ها، تعرض مستقیم به منافع جمهوری اسلامی ایران و تمامیت ارضی کشور عراق (وکیل، ۱۳۹۸) مصداق بارزی از عمل تجاوز می‌باشد (Rome Statute, 1998, Art. 8 bis(e)). این درحالی است که آمریکا سعی در توجیه اقدام خود با بهره‌گیری از دکترین دفاع مشروع پیشگیرانه دارد، اما این ادعا از نظر حقوق بین‌الملل موضوعه قابل‌پذیرش نیست، زیرا اولاً این کشور دلایل لازم برای اثبات این ادعا را ارائه نداده و ثانیاً این دکترین از مقبولیت و پذیرش حقوقی لازم برخوردار نیست و نقض نص صریح منشور ملل متحد است (DeWees, 2016: 86). اما آنچه در حال حاضر اهمیت دارد آن است که در کنار اقدامات نظامی در راستای دفاع مشروع صورت گرفته با حملات موشکی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی به پایگاه آمریکایی عین‌الاسد، به منظور تسلی خاطر خانواده‌های قربانیان این حادثه غم‌بار و آسودگی ملت شریف ایران، طرق پیگیری حقوقی این قضیه در محاکم بین‌المللی و داخلی امکان‌سنجی شود. فرضیه اصلی که این پژوهش به منظور ارزیابی آن شکل گرفته آن است که امکان طرح دعوا در برخی از محاکم بین‌المللی و نیز دادگاه‌های داخلی کشورهای درگیر وجود دارد. بر این مبنای، این نوشتار، با روش توصیفی تحلیلی و بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و اسناد و قوانین موجود، پیش‌شرط‌های طرح این قضیه در محاکم قضایی بین‌المللی و محاکم داخلی

کشورهای عراق، ایران و آمریکا را بررسی خواهد کرد و مناسب‌ترین روش را بر اساس اصول و قواعد حقوقی پیشنهاد می‌دهد.

۱. طرح دعوا در محاکم بین‌المللی

با توجه به اینکه منظور از طرح دعوا در این مقاله استفاده از سازوکارهای حقوقی با اثر الزام‌آور است، مکانیزم‌های سیاسی موجود مثل طرح پرونده در شورای امنیت سازمان ملل یا ارائه گزارش به شورای حقوق بشر سازمان ملل، اگرچه اقدامی لازم است، اما به دلیل اجتناب از طولانی شدن مقاله و نیز بنا بر سلطه مؤثر آمریکا در این نهادها مورد بحث قرار نمی‌گیرد.

۱-۱. طرح دعوا در دیوان بین‌المللی دادگستری

در گذشته، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی و امروزه جانشین آن، دیوان بین‌المللی دادگستری، مهم‌ترین رکن قضایی بین‌المللی در حل و فصل اختلافات بین دولت‌ها تلقی می‌شوند. اما اساسنامه دیوان رسیدگی به اختلافات بین‌المللی را منوط به رضایت دولت‌ها به احاله اختلافات خود به این مرجع قضایی بین‌المللی کرده است. به عبارت دیگر، این رضایت اصحاب دعواست که به دیوان صلاحیت رسیدگی اعطا می‌کند (میرعباسی و سادات میدانی، ۱۳۸۷: ۴۷). هر دولت برای ابراز رضایتش به صلاحیت دیوان باید از دو مرحله گذر کند. ابتدا باید اساسنامه دیوان را پذیرفته باشد. اما این به تنهایی برای رسیدگی به یک اختلاف کفایت نمی‌کند. در مرحله دوم، هر دولت باید رضایت مستقل خود را برای رسیدگی به آن اختلاف ابراز نماید (Alexandrov, 2006: 29-30). مطابق اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، رضایت کشورها ممکن است به چند طریق اعلام شود:

۱. قرارداد خاص پس از بروز اختلاف که طرفین به آن رضایت می‌دهند که مسئله متنازع‌فیه را به دیوان ارائه کنند؛

۲. صدور اعلامیه اختیاری پذیرش صلاحیت اجباری دیوان؛

۳. درج شرط رجوع به دیوان در ضمن معاهدات چندجانبه یا دوجانبه طرفین اختلاف که از اعضای آن می‌باشند؛

۴. طرح دادخواست از سوی یکی از طرفین اختلاف و پذیرش ضمنی صلاحیت دیوان با حضور طرف دیگر در جلسات دادرسی و دفاع ماهوی از خود (Statute of International Court of Justice, 1945, Art. 36).

تنها معاهده‌ای که شرط رجوع به دیوان در ضمن آن درج شده است و دو کشور ایران و آمریکا بدان پیوسته‌اند و به شهادت رساندن سردار سلیمانی، از جهت موضوعی، در ذیل آن قرار می‌گیرد

کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی از جمله مأمورین سیاسی مورخ ۱۹۷۳ است.^۱

یکی از موارد تحت شمول «اشخاص مورد حمایت بین‌المللی» مدنظر این سند کلیه نمایندگان و کارمندان با شخصیت‌های رسمی هر کشور یا هر کارمند و شخصیت رسمی یا مأمور دیگر سازمان‌های بین‌المللی و بین‌الدولی است که به هنگام وقوع جرم علیه شخص او یا اماکن رسمی و محل سکنای شخصی یا وسایل نقلیه‌اش حق دارد از حمایت مخصوص در مقابل ایراد لطمه به شخصیت، آزادی و حیثیت خود و اعضای خانواده‌اش، که با او زندگی می‌کنند، برخوردار گردد.^۲ از جمله اقداماتی که در این سند مشمول مجازات‌های مقتضی از سوی دولت‌های عضو قرار خواهد گرفت، حمله خشونت‌آمیز به اماکن رسمی و محل سکنی یا وسیله نقلیه متعلق به شخص مورد حمایت بین‌المللی است، به‌نحوی که جان یا آزادی او به مخاطره افتد.^۳

بر این اساس، سردار سلیمانی، که یک مقام رسمی ایرانی و به‌عنوان فرستاده این کشور بوده و با اجازه و دعوت مقامات عراقی در سرزمین عراق حضور داشته‌اند، یک شخص مورد حمایت بین‌المللی مشمول این کنوانسیون است که بر مبنای ماده ۲ این سند جرایم قتل و حملات خشونت‌آمیز نسبت به خودروی ایشان صورت گرفته است.

بند ۱ ماده ۱۳ این معاهده مقرر می‌دارد که اگر اختلافات اعضا در موضوع تفسیر و اجرای این معاهده بر اساس مذاکره حل و فصل نگردد، حسب تقاضای یکی از آن‌ها به داوری ارجاع می‌شود و هرگاه شش ماه پس از تاریخ تقاضای ارجاع به داوری طرف‌ها نسبت به ترتیب داوری توافق نمایند، هریک از طرف‌های مذکور می‌توانند قضیه را به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع دهند. به این ترتیب، چون هر دو کشور ایران و آمریکا عضو این کنوانسیون می‌باشند، پس صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری را مطابق این ماده مورد پذیرش قرار داده‌اند و در صورتی که مراحل مذکور در ماده ۱۳ موجب حل اختلاف نشود، می‌توان این موضوع را به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع داد.^۴

1. Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, 1973.

2. Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, 1973: Art.1(1)(b).

3. Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, 1973: Art.2(1)(b).

۴. لازم به ذکر است در مورد ارجاع این قضیه به دیوان بر مبنای کنوانسیون ۱۹۷۳ ایرادات و انتقاداتی مطرح می‌شود مبنی بر اینکه اوضاع و احوال زمان انعقاد عهدنامه مبین آن است که هدف این سند محکوم‌کردن اعمال گروه‌ها و افراد

۲-۱. طرح دعوا در دیوان بین‌المللی کیفری

دیوان بین‌المللی کیفری به‌عنوان مهم‌ترین نهاد بین‌المللی برای رسیدگی به جنایات مهم بین‌المللی یعنی جنایت علیه بشریت، جرایم جنگی، نسل‌کشی و تجاوز تشکیل شده و مصونیت مقامات دولتی کشورهای عضو در این محکمه مانعی برای رسیدگی، صدور حکم و مجازات نیست. اگرچه درخصوص مصونیت مقامات دولتی‌های غیرعضو نیز اکثر حقوق‌دانان بر این نظرند که در مواردی که شورای امنیت موضوعی را به این محکمه ارسال می‌کند مقامات کشور خوانده از مصونیت برخوردار نخواهند بود، اما دیوان در برخی از آرای خود پیشنهاد کرده است که حقوق بین‌الملل عرفی مصونیت مرتکبان جرایم داخل در صلاحیت دیوان را نادیده بگیرد (ICC Malawi Decision, 2011, paras. 34, 36; ICC Chad Decision, 2011, paras. 13-14). اما این پیشنهاد تاکنون چندان مورد اقبال دولت‌ها واقع نشده است (Mettraux & et al, 2018: 603). به هر روی، نکته مهم آن است که دیوان مزبور صرفاً توانایی رسیدگی به جرایمی را دارد که اولاً در صلاحیت موضوعی این دیوان قرار داشته باشد و ثانیاً در سرزمین کشور عضو یا توسط اتباع دولت‌های عضو دیوان صورت گرفته باشد و در غیر این صورت دولتی که عضو دیوان نیست می‌تواند صلاحیت موردی دیوان را در مورد جرایم ارتكابی در سرزمینش یا صورت‌گرفته توسط اتباع کشورش بپذیرد و از دادستان درخواست انجام تحقیقات را نموده یا دیوان می‌تواند از مسیر ارجاع موضوع توسط شورای امنیت سازمان ملل آغاز به رسیدگی نماید (ICC: 17). به این ترتیب، نخست باید مشخص شود که آیا ترور سردار سلیمانی و همراهانش در زمره موضوعات تحت صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری یعنی جرایم علیه بشریت، نسل‌کشی، جرایم جنگی یا تجاوز قرار می‌گیرد.

مطابق ماده ۷ اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری، جرایم علیه بشریت عبارت است از جرایم خاصی مانند قتل، شکنجه، به بردگی گرفتن، ناپدیدسازی اجباری و غیره که به‌عنوان بخشی از یک حمله سیستماتیک یا گسترده علیه جمعیت غیرنظامی صورت می‌گیرد. بر این اساس، مهم‌ترین ویژگی جنایت علیه بشریت ماهیت جمعی آن است و شامل اقدامات علیه تعدادی از افراد و اقدامات

غیردولتی تروریستی نسبت به اشخاص مورد حمایت بین‌المللی است که به‌موجب آن دولت‌ها مکلف می‌باشند در قوانین داخلی خود این اقدامات تروریستی را جرم‌انگاری کرده و نسبت به مجازات مرتکبان و یا استرداد متهمین اقدام نموده یا با یکدیگر همکاری کنند. در حالی که قضیه ترور سردار سلیمانی و همراهان ایشان توسط گروه‌های غیردولتی تروریستی انجام نشده، بلکه مقامات رسمی دولتی یکی از کشورهای عضو نسبت به ارتکاب جرایم تحت شمول این کنوانسیون اقدام کرده‌اند. به واسطه آنکه در هیچ کجا از متن کنوانسیون به ویژگی‌های مرتکبان یا مظنونین به ارتکاب جرم از باب دولتی یا غیردولتی بودن اشاره‌ای نشده است، این مسئله از مواردی است که قابلیت تفسیر دارد.

منفرد خشونت‌آمیز نمی‌شود (ورله، ۱۳۸۷: ۶۴). به عبارت دیگر، جنایت علیه بشریت جرایمی است که علیه منافع کل جامعه بین‌المللی صورت پذیرد. به دلیل محدود بودن تعداد شهدای حادثه ترور سردار سلیمانی، نمی‌توان این اقدام را جنایت علیه بشریت دانست. وصف اصلی جرم نسل‌کشی نیز قصد خاص نابودی یک گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی است و اقدام به نابودی باید شامل تعداد زیادی از افراد باشد (عبدی، ۱۳۹۶: ۱۹۴). به همین دلیل، نمی‌توان اقدام آمریکا در موضوع ترور را نسل‌کشی نامید. جرایم جنگی تحت صلاحیت دیوان هم ناظر به نقض فاحش قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه است و عنصر تعیین‌کننده آن وقوع این جرایم در شرایط مخاصمات مسلحانه بین‌المللی و داخلی است. به واسطه آنکه وقوع عملیات به شهادت رساندن سردار در زمان مخاصمه مسلحانه فعال بین ایران و آمریکا یا آمریکا و عراق صورت نگرفته است، این اقدام مشمول جرایم جنگی نیز نمی‌شود.

تنها حالت باقی مانده آن است که این حمله را داخل در تعریف جرم تجاوز نسبت به کشور عراق دانست؛ توضیح آنکه در جریان کنفرانس بازنگری اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری در سال ۲۰۱۰ در کامپالا-اوگاندا، نمایندگان دولت‌ها موفق به اصلاح اساسنامه رم شده و در مهم‌ترین این اصلاحات، ماده ۸ مکرر را در خصوص جرم تجاوز تنظیم کردند. در نتیجه این کنفرانس موافقت شد که قطعنامه ۳۳۱۴ مبنای عمل در حوزه جرم تجاوز قرار گیرد (موسی‌زاده و فروغی‌نیا، ۱۳۹۱: ۱۴۱). ماده ۸ مکرر جرم تجاوز را به معنی برنامه‌ریزی، آماده‌سازی، ابتکار یا اقدام توسط شخصی دانسته است که بتواند به‌طور مؤثری کنترل یا هدایت سیاسی یا نظامی اقدام یک دولت به عمل تجاوز را انجام دهد که به واسطه خصیصه، شدت و بزرگی آن نقض فاحش منشور ملل متحد باشد (Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, Art. 8 bis, (1)). در بند ۲ این ماده، عمل تجاوز به معنی استفاده از نیروهای مسلح یک دولت علیه حاکمیت، تمامیت سرزمینی یا استقلال سیاسی دولتی دیگر یا به هر طریق دیگر مخالف با منشور ملل متحد تعریف شده است. ضمن بند مذکور، موارد مندرج در قطعنامه ۳۳۱۴ مجمع عمومی به‌عنوان عمل تجاوز در نظر گرفته شده است. یکی از موارد مصرح در این قطعنامه «استفاده از نیروهای مسلح یک دولت که بنا بر توافق‌نامه‌ای در داخل سرزمین دولتی دیگر هستند، برخلاف شرایط مقرر در توافق‌نامه...» است (Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, Art. 8 bis, (2)(e)).

به این ترتیب، اقدام آمریکا در به شهادت رساندن سردار سلیمانی، که برخلاف شرایط مقرر در توافق‌نامه امنیتی عراق و آمریکا در سال ۲۰۰۸ موسوم به توافق‌نامه^۱ سوفاً^۱ انجام شد، را می‌توان نوعی تجاوز نسبت به حاکمیت عراق نامید و آن را از این باب در صلاحیت موضوعی دیوان بین‌المللی کیفری قرار داد.

نکته دیگر آنکه هیچ‌یک از کشورهای درگیر در این قضیه یعنی ایران، عراق و آمریکا به عضویت دیوان بین‌المللی کیفری درنیامده‌اند. به این ترتیب برای آنکه این قضیه در دیوان بین‌المللی کیفری قابلیت طرح داشته باشد، یکی از طرق محتمل آن است که کشور عراق به‌عنوان کشور سرزمین محل وقوع جرم، مطابق ماده ۱۲ اساسنامه، صلاحیت موردی این دیوان را صرفاً در این قضیه بپذیرد (Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, Art. 12(3)). اما در این مسیر نیز موانعی وجود دارد؛ مانع نخست آن است که برای ورود دیوان در رسیدگی به جرم تجاوز به دلیل حساسیت دولت‌ها لازم است هم کشور سرزمینی و هم کشوری که اتباعش مرتکب این جرم شده‌اند صلاحیت دیوان را بپذیرند؛ یعنی هم کشور عراق و هم کشور آمریکا نسبت به طرح مسئله در دیوان رضایت داشته باشند (ذاکر حسین، ۱۳۹۸) که در این مورد کسب رضایت کشور آمریکا امری محال است. مانع دوم ناظر بر نبود میل و اراده سیاسی دولت عراق نسبت به پذیرش صلاحیت موردی دیوان بین‌المللی کیفری است، چراکه تجربه موضوع داعش نشان داده که حتی در آن مورد نیز عراق حاضر به پذیرش صلاحیت موردی دیوان نشد.

روش دیگر احاله این قضیه از سوی شورای امنیت به دیوان بین‌المللی کیفری است. اما تصمیم‌گیری در شورای امنیت منوط بر رأی مثبت اکثریت ۹ عضو آن است و، از میان این تعداد، دولت‌های عضو دائم شورای امنیت حتماً باید رأی موافق خود را اعلام کرده باشند. با توجه به اینکه کشور آمریکا عضو دائم شورای امنیت بوده و دارای حق وتوست، هر گونه تصمیمی مبنی بر ارجاع قضیه ترور سردار سلیمانی و همراهانش به دیوان بین‌المللی کیفری را رد خواهد کرد و این مسیر در عمل با بن‌بست روبه‌رو خواهد شد.

در نتیجه، امکان پیگیری حقوقی این امر در دیوان بین‌المللی کیفری در عمل میسر نخواهد بود.

۳-۱. طرح دعوا در دادگاه‌های بین‌المللی کیفری اختصاصی (موردی)

تا قبل از تشکیل دیوان بین‌المللی کیفری، تأسیس دادگاه‌های کیفری اختصاصی در سطح بین‌المللی مانع از بی‌کیفرمانی جنایتکاران بین‌المللی می‌شد. نسل اول این نوع محاکم دیوان‌های

1. Status of Forces Agreement (SOFA Agreement) between the United States of America and the Republic of Iraq, 2008.

نورنبرگ و توکیو بودند که توسط فاتحان جنگ جهانی دوم تشکیل شدند و نسل دوم این دادگاه‌ها، با صدور قطعنامه‌ای از سوی شورای امنیت تشکیل می‌شدند. دیوان‌های بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا از آن دست دیوان‌هایی هستند که اساس برپایی آن‌ها تصمیم شورای امنیت است. در موضوع به شهادت رساندن سردار سلیمانی و همراهانش نیز شورای امنیت می‌تواند با صدور قطعنامه‌ای اقدام به تأسیس یک دادگاه بین‌المللی کیفری اختصاصی کند، اما آنچه مانع محسوب می‌شود آن است که تصمیم‌گیری در شورای امنیت در این رابطه زمانی صورت می‌گیرد که ۹ عضو از ۱۵ عضو که شامل تمامی اعضای دائم شورای امنیت باشند، با تشکیل این دادگاه موافق باشند. مسلماً کشور آمریکا که مقامات آن مرتکب این جنایت شده‌اند و خود از اعضای دائم شورای امنیت است با تشکیل چنین دادگاهی موافقت نخواهد کرد. بر این مبنا، تشکیل دادگاه بین‌المللی کیفری اختصاصی برای رسیدگی به جنایت آمریکا در ترور سردار سلیمانی، به دلیل عدم اراده سیاسی، امکان‌پذیر نخواهد بود.

۴-۱. طرح دعوا در یک دادگاه مختلط (هایبرید)

دادگاه‌های بین‌المللی شده، مختلط یا هایبرید دادگاه‌هایی هستند که ویژگی بارز آن‌ها ترکیب عناصر ملی و بین‌المللی است (Nouwen, 2006: 190)؛ به این معنا که با مشارکت دولت‌های درگیر و طی انعقاد یک توافق‌نامه با سازمان ملل متحد یا یک سازمان بین‌المللی یا منطقه‌ای و با ترکیبی از قضات داخلی و بین‌المللی تشکیل شده و به یک موضوع مهم کیفری رسیدگی می‌کنند. این‌گونه دادگاه‌ها زمانی ایجاد می‌شوند که به دلیل وجود برخی موانع و مشکلات، از جمله ناتوانی نظام حقوقی داخلی یا مصونیت سران کشورها، امکان تعقیب و محاکمه جنایتکاران بین‌المللی در محاکم قضایی داخلی دولت‌ها وجود ندارد و همچنین امکان قرارگرفتن جرم ارتکاب‌یافته با تعقیب متهمان در دیوان بین‌المللی کیفری فراهم نبوده و اراده سیاسی لازم برای تشکیل یک دادگاه اختصاصی از سوی شورای امنیت نیز احراز نشده است. در چنین حالتی، دادگاه‌های مختلط یا بین‌المللی شده با مداخله نهادهای بین‌المللی و در رأس آن‌ها سازمان ملل متحد تشکیل می‌شود (میرمحمدصادقی و رحمتی، ۱۳۹۷: ۳۱۸-۳۰۲). برپایی این محاکم در مورد دادگاه‌های لبنان، کامبوج، سیرالئون و سنگال مسبوق به سابقه است. به نظر می‌رسد بهترین روش رسیدگی به موضوع ترور سردار شهید سلیمانی و همراهان ایشان، به دلیل عدم عضویت عراق و آمریکا در دیوان بین‌المللی کیفری و فقدان عزم شورای امنیت به ارجاع این اختلاف به دیوان مذکور و همچنین وجود مانع مصونیت قضایی مقامات آمریکایی در محاکم داخلی کشور عراق، تشکیل یک دادگاه بین‌المللی مختلط است. ولی آن چیزی که در برپایی این دادگاه چالشی بزرگ قلمداد می‌شود عدم اراده اعضای دائم شورای امنیت

در صدور مجوز انعقاد تفاهم‌نامه همکاری با دولت عراق برای تشکیل این دادگاه است. برای مرتفع‌ساختن این مانع، نکته‌شایان توجه آن است که در برخی موارد دادگاه‌های مختلط در اثر انعقاد توافق‌نامه میان کشور محل ارتکاب جرم و سایر نهادهای بین‌المللی یا منطقه‌ای، غیر از سازمان ملل متحد، تأسیس شده‌اند. چنان‌که در مورد شعب فوق‌العاده سنگال این اتفاق افتاد و تشکیل این دادگاه ماحصل توافق دولت سنگال و اتحادیه آفریقایی است (میرمحمدصادقی و رحمتی، ۱۳۹۷: ۳۱۷). برآورد حاصل از ارزیابی شرایط تشکیل برخی از دادگاه‌های بین‌المللی مختلط مانند دادگاه‌های کامبوج، سیرالئون و لبنان نیز آن است که این دادگاه‌ها لزوماً مبتنی بر انعقاد معاهده دولت سرزمین محل وقوع جرم با شورای امنیت سازمان ملل متحد نیستند، بلکه با مساعدت و تمهیدات مجمع عمومی سازمان ملل متحد ایجاد شده‌اند (رحمتی و میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸: ۱۱۲). بنابراین طریق مناسب برپایی یک دادگاه مختلط در این قضیه آن است که از طریق دیپلماسی مؤثر با دولت عراق و درخواست این کشور از مجمع عمومی سازمان ملل متحد یا از طریق انعقاد تفاهم‌نامه‌ای با سازمان همکاری اسلامی به تشکیل یک دادگاه بین‌المللی مختلط در سرزمین عراق اقدام شود و عاملان این جنایت به پای میز عدالت آورده شوند.

۲. طرح دعوا در محاکم داخلی کشورها

صلاحیت قضایی کشورها وجهه‌ای از حاکمیت آن‌ها پنداشته می‌شود. قضیه ترور سردار سلیمانی به سه کشور عراق، ایران و آمریکا مرتبط است. محاکم هریک از این کشورها مطابق با انواع مبانی اعمال صلاحیت شناخته‌شده در حقوق بین‌الملل، یعنی اصول صلاحیت سرزمینی و شخصی، می‌توانند این قضیه را مورد تعقیب و دادرسی قرار دهند. در این بخش به امکان‌سنجی طرح دعوا در محاکم هریک از این کشورها پرداخته می‌شود.

۲-۱. طرح دعوا در محاکم کشور عراق

با توجه به اینکه در حقوق داخلی عراق قانونی تحت عنوان «قانون ضد تروریسم شماره ۱۳»^۱ در سال ۲۰۰۵ به تصویب رسیده، امکان‌سنجی استفاده از ظرفیت‌های این قانون برای طرح دعوای خانواده‌های قربانیان این واقعه در دادگاه‌های کشور عراق محل تأمل است. اگرچه در عرصه بین‌المللی تعریف عام و متفق‌القولی از تروریسم وجود ندارد، اما ماده ۱ این قانون در تعریفی موسع «هر اقدام جنایی ارتکاب‌یافته توسط هر فرد یا گروه سازمان‌یافته که فرد یا گروهی از افراد یا گروه‌ها یا نهادهای رسمی و غیررسمی را هدف قرار دهد و منجر به خسارت به اموال عمومی یا خصوصی

شود، با هدف برهم زدن صلح، ثبات و وحدت ملی، ایجاد وحشت و ترس بین مردم و ایجاد آشوب برای دستیابی به اهداف تروریستی» را تروریسم می نامد (Anti-Terrorism Law, 2005, Art. 1). این قانون در ماده ۲ فهرستی از اقدامات تروریستی را برشمرده است و در ماده ۳ به بیان اقداماتی می پردازد که از میان اقدامات تروریستی به عنوان جرایم علیه امنیت دولت نیز تلقی می شوند. بر اساس بند ۵ ماده ۲، «حمله به ارتش و ادارات پلیس، مراکز داوطلبانه، ادارات امنیتی و حمله به سربازان نظامی یا پشتیبانی آن ها، خطوط ارتباطی یا اردوگاه ها و پایگاه های آن ها با یک انگیزه تروریستی» اقدام تروریستی محسوب می شود و بنا بر بند ۱ همین ماده «هر عمل با انگیزه های تروریستی که وحدت ملی و ثبات جامعه را تهدید می کند و بر امنیت دولت و ثبات آن اثر می گذارد و یا توانایی خدمات امنیتی را در دفاع و حمایت از شهروندان، اموال آن ها، مرزهای دولتی و نهادهای آن ها را خواه از طریق تقابل نظامی با نیروهای دولتی یا هر عمل دیگری که انحراف از آزادی بیان تضمین شده در قانون است، تضعیف می کند» عمل تروریستی است که امنیت دولت را خدشه دار می نماید (Anti-Terrorism Law, 2005, Arts. 2(1), 2(5)). با توجه به اینکه بخشی از قربانیان این واقعه نیروهای نظامی و رسمی دولت عراق بوده اند یا نیروهای رسمی ایرانی نیز به دعوت دولت قانونی عراق در این کشور حضور داشته اند، می توان این اقدام را تحت ماده ۱، هدف قراردادن افراد و گروه های رسمی و بنا بر بندهای مذکور در مواد ۲ و ۳ اقدامی دانست که امنیت و ثبات عراق را تهدید کرده و نوعی حمله نسبت به نیروهای نظامی دولت عراق نیز محسوب می شود.

اما آنچه در این دو بند از اهمیت برخوردار است، وجود انگیزه تروریستی است که در هیچ کجای این قانون تعریف مشخصی از آن ارائه نشده است. لیک می توان بر مبنای ماده ۱، هدف برهم زدن صلح، ثبات و وحدت ملی و ایجاد وحشت و ترس بین مردم را به عنوان قدر متیقن این انگیزه ذکر کرد. اگرچه نیروهای نظامی آمریکا با توافق دولت عراق در این کشور حضور دارند، اما به دلیل توسل به زور خارج از چهارچوب توافق نامه با دولت عراق و هدف قراردادن غیرموجه مقامات رسمی عراقی و ایرانی، که صلح و ثبات عراق را برهم زده است، مرتکب عملی تروریستی شده و می توان انگیزه تروریستی مقامات این کشور را به اثبات رساند.

مهم ترین چالشی که بر سر طرح دعوا در محاکم داخلی عراق وجود دارد آن است که در این قانون صحبت از محاکمه رهبران یا عاملان دولتی حوادث تروریستی نشده است و از آنجا که دستور این حمله توسط شخص رییس جمهور آمریکا صورت گرفته و عاملان آن نیز نیروهای نظامی آمریکا هستند، اقامه دعوا ممکن است با مانع مصونیت روبه رو شود. قاعده مصونیت، که از دیرباز به عنوان یک قاعده عمومی پذیرفته شده است، به این معنی است که یک دولت نسبت به خسارات ناشی از

اَعمال حاکمیتی خود از هرگونه مسئولیتی معاف است، مگر اینکه از روی لطف و بدون آنکه مسئولیتی متوجه‌اش باشد از زیان‌دیدگان جبران خسارت نماید (عبداللهی و شافع، ۱۳۸۶: ۵). در اینکه مصونیت یک قاعده مستقر حقوق بین‌الملل است هیچ تردیدی نیست، اما استثنائات متعددی بر آن بار شده است که مهم‌ترین آن‌ها «اَعمال تجاری» و دیگری «شبه‌جرم» است که مورد دوم به موضوع تروریسم مرتبط است. شبه‌جرم دربردارنده مواردی است که یک دولت خارجی، در سرزمین دولت محل دادگاه، باعث ایراد زیان به فرد دیگری می‌شود. امروزه شبه‌جرم‌ها نه تنها اَعمال غیرحاکمیتی را تحت شمول قرار می‌دهند، بلکه به تدریج به شبه‌جرم‌های حاکمیتی نیز تسری پیدا کرده‌اند (عبداللهی، ۱۳۹۶: ۱۵-۱۴)؛ برای مثال در قضیه لوتولیه در سال ۱۹۷۷ که به دنبال ترور وزیر اسبق شیلی در سرزمین آمریکا توسط مأموران اطلاعاتی شیلی صورت گرفت و خانواده او در محاکم آمریکا علیه دولت شیلی طرح دعوا کردند، به‌رغم آنکه دولت شیلی صلاحیت دادگاه آمریکا را به دلیل قاعده مصونیت نپذیرفت، قاضی با استناد به کارهای مقدماتی تصویب قانون ۱۹۷۶ مصونیت دولت‌های خارجی نظر دولت شیلی را رد و اعلام کرد که شبه‌جرم‌های حاکمیتی نیز در زمره مصادیق شبه‌جرم‌های استثنای مصونیت دولت قرار می‌گیرند (Isabel Morel De Letelier, et al v. The Republic of Chile, et al, Defendants, 1980). اما متأسفانه در قضیه آلمان علیه ایتالیا مطروحه در دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان با زیرکی از پرداختن به این موضوع اجتناب کرده و اعلام می‌کند آنچه به دیوان ارجاع شده «شبه‌جرم‌های نیروهای مسلح آلمان» است که بدون تردید حاکمیتی است (Jurisdictional Immunities of the State, 2012: para. 66-68) و مجدداً به اختلاف دولت‌ها در مورد حاکمیتی یا غیرحاکمیتی بودن شبه‌جرم مندرج در ماده ۱۲ کنوانسیون ۲۰۰۴ سازمان ملل متحد راجع به مصونیت دولت‌ها دامن می‌زند (United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004: Art. 12). آنچه در مورد رویه کشور آمریکا جالب توجه است اینکه آمریکا معتقد است ماده ۱۲ شامل شبه‌جرم‌های حاکمیتی نمی‌شود، در حالی که در داخل سرزمین خود بر مبنای شبه‌جرم‌های حاکمیتی و به‌ویژه طرح موضوع تروریسم دولتی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مصادیق این استثناء مصونیت قضایی و اجرایی کشورها را نقض می‌کند. دلیل این موضع‌گیری هم آن است که آمریکا هراس دارد که، در صورت پذیرش این استثناء، اَعمال اتباع خودش در سایر کشورها موضوع چنین دعاوی‌ای قرار گیرند (عبداللهی، ۱۳۹۶: ۱۶). به نظر می‌رسد اَعمال نیروهای آمریکایی در ترور سردار شهید سلیمانی و همراهانش نمونه بارزی از شبه‌جرم است که با فرمان حاکمیتی عالی‌ترین مقام حاکمیتی آمریکا تحقق یافته است. با وجود این، ماده ۱۲ موافقت‌نامه امنیتی ایران و آمریکا به

مقامات آمریکایی مصونیت قضایی اعطا کرده و دولت عراق تنها به استناد توسل به زور خارج از تعهدات توافق‌نامه توسط آمریکا که منجر به نقض ماده ۳ این توافق‌نامه شده است (SOFA Agreement between the United States of America and the Republic of Iraq, 2008: Arts. 12, 3)، صرفاً می‌تواند بر اساس قواعد حقوق معاهدات به این اقدام تنها به‌عنوان مبنای فسخ یا تعلیق تمام یا بخشی از تعهدات مندرج در این توافق‌نامه استناد نماید (Vienna Convention (on the Law of Treaties, 1969: Art. 60(1)). همان طور که مجلس عراق در پاسخ به اقدام آمریکا قانونی مبنی بر خروج نیروهای آمریکایی از عراق را به تصویب رساند. به هر ترتیب، هم‌چنان امکان نادیده‌انگاشتن مصونیت دولت‌ها به هنگام نقض قواعد آمره بین‌المللی در حقوق بین‌الملل محل سؤال است و دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی دولت (آلمان علیه ایتالیا) در سال ۲۰۱۲ با به‌کارگیری دیپلماسی قضایی آن را بی‌پاسخ گذاشت.

۲-۲. طرح دعوا در محاکم کشور ایران

پیگیری حقوقی قضیه ترور سردار شهید سلیمانی و همراهانش در محاکم کشور ایران از دو بُعد قابل تحلیل و ارزیابی است. بُعد نخست از باب رسیدگی حقوقی یا مدنی به این امر است و بُعد دوم ناظر بر رسیدگی به جنبه کیفری و مجرمانه آن است. در هریک از این ابعاد لازم است نخست دایره صلاحیت دادگاه‌های ایران نسبت به تحت شمول قرار دادن این قضیه مورد بررسی قرار گیرد. در بُعد مدنی، پس از اقدام خصمانه کشور آمریکا در تصویب «اصلاحیه قانون مصونیت‌های دولت‌های خارجی در سال ۱۹۹۶»، که مبنایی برای نقض مصونیت اموال نهادهای دولتی ایران در محاکم این کشور قرار گرفت، جمهوری اسلامی ایران در پاسخ و به‌عنوان یک اقدام متقابل، در سال ۱۳۷۸، «قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی» را تصویب کرد که اصلاحیه اخیر آن در تاریخ ۱۷ اردیبهشت ۱۳۹۱ مشتمل بر ۱۱ ماده تصویب شد و هم‌چنان معتبر است.

به‌موجب ماده ۱ این قانون، برای مقابله و جلوگیری از نقض قوانین و مقررات حقوق بین‌الملل، اشخاص حقیقی و حقوقی می‌توانند نسبت به اقدامات دولت‌های خارجی که مصونیت قضایی دولت جمهوری اسلامی ایران یا مقامات رسمی آن را نقض می‌کنند در دادگستری تهران اقامه دعوا کنند. در این صورت، دادگاه مرجع‌الیه مکلف است به‌عنوان عمل متقابل به دعاوی مذکور رسیدگی و طبق قانون حکم مقتضی را صادر نماید. اقدام دولت آمریکا در قضیه ترور سردار سلیمانی، مطابق بند الف ماده ۱، از جمله موضوعات مشمول این قانون است که منطوق آن چنین است: «خسارات ناشی از هرگونه اقدام و فعالیت دولت‌های خارجی در داخل یا خارج ایران که مغایر با حقوق

بین الملل است و منجر به فوت یا صدمات بدنی یا روانی یا ضرر و زیان مالی اشخاص می‌گردد.» همچنین به موجب ماده ۷ این قانون، «دعوی علیه نمایندگان یا مقامات یا نهادهای وابسته یا تحت کنترل دولت خارجی با رعایت اصل عمل متقابل در صورتی قابل رسیدگی است که خسارات ناشی از اقدامات موضوع این قانون باشد». بنابراین علاوه بر آنکه امکان طرح دعوا بر مبنای این قانون علیه دولت آمریکا وجود دارد، علیه شخص ترامپ به عنوان یک مقام آمریکایی هم می‌توان طرح دعوی حقوقی کرد. با در نظر گرفتن این ایراد که ممکن است اجرای احکام صادره علیه دولت آمریکا به دلیل آنکه اموال چندانی در کشور ایران ندارد دشوار باشد، شاید اقامه دعوا علیه شخص ترامپ از این جهت کارایی بیشتری داشته باشد، زیرا ترامپ در کشورهای همسایه ایران اموال شخصی بسیاری دارد (امیرعبداللهیان، ۱۳۹۸) و بر اساس ماده ۸ این قانون، «اموال متعلق به دولت یا مقامات یا نمایندگان آن یا نهادهای وابسته یا در کنترل دولت خارجی مشمول این قانون، با رعایت اصل عمل متقابل، مصون از اقدامات اجرایی نیست»؛ اگرچه در خصوص توقیف اموال دولت آمریکا یا شخص ترامپ در خارج از کشور اراده سیاسی دولت‌های محل وقوع این اموال برای اجرای احکام صادره از محاکم ایران شرط بنیادین است که نیازمند پیگیری‌های دیپلماتیک و سیاسی است. به ویژه آنکه اموال دولت آمریکا یا شخص ترامپ عموماً در کشورهایی واقع شده که روابط چندان دوستانه‌ای با کشور ایران ندارند که از جمله آن‌ها امارات متحده عربی است. به این ترتیب توسل به این قانون و محاکمه عاملان این حادثه اگرچه از نظر معنوی و سیاسی امری لازم است، اما در عمل نمی‌توان آثار خاصی بر آن متصور بود. بدیهی است که پیگیری حقوقی این قضیه، صرف‌نظر از امکان یا عدم امکان اجرای رأی، بر مبنای قانون یادشده در محاکم ایران امکان‌پذیر است، اما ممکن است از منظر سیاست قضایی با این چالش روبه‌رو شود که آیا تقلیل چنین موضوع مهمی با ابعاد ملی و حتی منطقه‌ای به صرف یک دعوی مدنی، آن هم در محاکم ایران، اساساً مورد توصیه قرار می‌گیرد؟

در خصوص بُعد دوم رسیدگی به این دعوا، یعنی رسیدگی از جنبه کیفری، اعمال صلاحیت قضایی محاکم ایران را می‌توان بر اساس اصل صلاحیت شخصی احراز کرد. اصل صلاحیت شخصی صلاحیت محاکم یک کشور نسبت به اقدامات ارتكابی در خارج از قلمروی سرزمینی آن کشور توسط اتباع یا علیه اتباع می‌باشد. این صلاحیت بر دو نوع است: نوع اول زمانی است که صلاحیت بر اساس تابعیت مجرم اعمال می‌شود که به آن اصل صلاحیت شخصی فعال می‌گویند و نوع دوم اعمال صلاحیت بر اساس تابعیت مجنی علیه بوده که به آن اصل صلاحیت شخصی منفعل گفته می‌شود. مبنای طرح این صلاحیت در آنجاست که حمایت از اتباع وظیفه هر دولتی است که عموماً به طرق مختلف سیاسی و کنسولی تحقق می‌پذیرد و زمانی دیگر این حمایت شکل حقوقی

داشته و دولت‌ها رسیدگی به جرایم خارج از سرزمینشان علیه اتباع خود را عهده‌دار می‌شوند. رویکرد کلی حقوق بین‌الملل آن است که این مبنای صلاحیتی را در مورد جرایم تروریستی به رسمیت شناخته است (اسماعیلی، ۱۳۹۵: ۵۸-۵۶).

قانون‌گذار کشور ایران در ماده ۸ قانون مجازات اسلامی اصل صلاحیت مبتنی بر تابعیت مجنی علیه را به صورت مشروط مورد پذیرش قرار داده است؛ یعنی اعمال صلاحیت محاکم ایران بر مبنای تابعیت مجنی علیه زمانی اعمال می‌شود که متهم در جرایم موجب تعزیر در محل وقوع جرم تبرئه یا محاکمه نشده باشد یا مجازات آن به صورت کلی یا جزئی اجرا نشده و رفتار ارتكابی به موجب قانون ایران و قانون محل وقوع جرم باشد. با توجه به اینکه جرایم تروریستی در کلیه مناطق جهان جرم شناخته می‌شود و قطعنامه ۱۳۷۳ شورای امنیت همه دولت‌ها را ملزم به جرم‌انگاری تروریسم کرده است (Security Council, 2001: para. 1)، شرط مجرمیت متقابل در زمینه اقدامات تروریستی که بدون تردید ترور سردار سلیمانی و همراهانش را می‌توان نمونه بارز آن دانست، تحقق یافته است. به این ترتیب، در صورتی که کشور محل وقوع جرم، یعنی عراق، اقدامی در راستای پیگیری و محاکمه عاملان این جرم انجام ندهد، محاکم کشور ایران صلاحیت رسیدگی به این قضیه را بر اساس قوانین کیفری ایران خواهند داشت. اگرچه در حقوق کیفری ایران، عنوان مجرمانه مستقلی برای تروریسم پیش‌بینی نشده است، اما می‌توان این اقدام آمریکا را ذیل عناوین مجرمانه دیگر مثل قتل عمد، بغی و افساد فی الارض مجازات کرد (حبیب زاده و حکیمی‌ها، ۱۳۸۶: ۷۱-۴۷).

مضاف بر اینکه در تاریخ ۲۱ مرداد ماه سال ۱۳۹۶ قانونی تحت عنوان «قانون مقابله با نقض حقوق بشر و اقدامات ماجراجویانه و تروریستی آمریکا در منطقه» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. بر اساس بند ۳ ماده ۴ این قانون، اشخاص آمریکایی که در سازماندهی، تأمین مالی، راهبری یا ارتکاب اقدامات تروریستی علیه منافع دولت یا شهروندان جمهوری اسلامی ایران مشارکت مؤثر دارند، مشمول مجازات‌های مندرج در بخش ششم این قانون قرار می‌گیرند. از جمله مجازات‌های مندرج در بخش ششم عبارت‌اند از منع صدور روادید ورود به کشور ایران، توقیف اموال و دارایی‌های این اشخاص در قلمروی صلاحیت ایران و توقف تراکنش‌های مالی و مسدود کردن حساب‌های بانکی این افراد. اگرچه وضع این قانون به خودی خود اقدام مفیدی در راستای مقابله با اقدامات تروریستی آمریکا و اشخاص آمریکایی است، لیکن حداقل در مورد مجازات مقامات و فرماندهان آمریکایی مشارکت‌کننده در قضیه ترور سردار سلیمانی مجازات‌های مطروحه به دلیل عدم حضور آن‌ها یا نداشتن اموال در سرزمین ایران از اثرگذاری لازم برخوردار نخواهند بود، زیرا به طور کلی دایره صلاحیت اجرایی به خصوص در مورد احکام صادره از محاکم کیفری محدود به مرزهای یک

کشور است، مگر به موجب تعهدات ناشی از معاهدات همکاری منعقدشده بین جمهوری اسلامی ایران با دیگر کشورها. این مورد نیز درخصوص تحویل مقامات آمریکایی توسط کشورهای اطراف این‌گونه معاهدات یا توقیف اموال آن‌ها بسیار بعید و دور از ذهن خواهد بود.

به هر روی، نکته مهم درخصوص پذیرش صلاحیت محاکم جمهوری اسلامی ایران در بُعد کیفری نیز مانع بودن مصونیت قضایی و اجرایی مقامات آمریکایی است. اگرچه می‌توان به دلیل غیرقانونی بودن عمل آمریکا در به شهادت رساندن سردار سلیمانی و همراهانش و نقض فاحش حقوق بشر مصونیت این کشور را به عنوان نوعی اقدام متقابل نقض کرد. به علاوه آنکه تبصره ۲ ماده ۴ قانون مقابله با نقض حقوق بشر و اقدامات ماجراجویانه و تروریستی آمریکا در منطقه، به منظور مبارزه با تروریسم و اجرای حکم مقرر در مواد ۸ و ۹ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، قوه قضائیه را به اختصاص شعبه یا شعبی از دادسراها و دادگاه‌های کیفری صالح برای رسیدگی به جرایم تروریستی موضوع بندهای قانون مبارزه با تأمین مالی تروریسم مصوب ۱۳۹۴ مکلف کرده است.

۲-۳. طرح دعوا در محاکم کشور آمریکا

نظام حقوقی کشور آمریکا بنا بر فدرال بودن از پیچیدگی‌هایی برخوردار است که در سیستم قضایی و صلاحیت‌های محاکم آن نیز نمود یافته است. سیستم قضایی ایالات متحده آمریکا متشکل از دو نوع دادگاه است: دادگاه‌های ایالتی و دادگاه‌های فدرال.

بخش عمده‌ای از دعاوی نزد دادگاه‌های ایالتی مطرح می‌شود و این دادگاه‌ها در بیش از ۹۰ درصد رسیدگی‌های کیفری مداخله می‌کنند (اسچپ و اسچپ دوم، ۱۳۸۳: ۶۷). هر ایالت با ساختار و اساسنامه خاص خود شکل گرفته است و به دلیل عدم اتحاد بین قوانین ایالات مختلف، ارائه جزئیات یکسان از این دادگاه‌ها غیرممکن است (Fransworth, 2010: 44). هر ایالت یک دادگاه تالی و لااقل یک دادگاه تجدیدنظر دارد. همچنین اغلب آن‌ها دارای محاکمی با صلاحیت عام و برخی محاکم با صلاحیت محدود در موضوعات خاص می‌باشند (اسچپ و اسچپ دوم، ۱۳۸۳: ۶۷). مطابق بند ۱ اصل سوم قانون اساسی آمریکا، اختیار تشکیل دادگاه‌های فدرال بر عهده کنگره قرار دارد که می‌تواند این‌گونه دادگاه‌ها را ایجاد کند. این سیستم از سه سطح تشکیل شده است که شامل دادگاه‌های ناحیه‌ای، دادگاه‌های تجدیدنظر و دیوان عالی می‌باشد (Fransworth, 2010: 45). دادگاه‌های فدرال، در سیستم ایالات متحده آمریکا، دادگاه‌های با صلاحیت محدود نامیده می‌شوند، زیرا تنها قابلیت رسیدگی به دعاوی خاص و محدودی را دارند (Crowell Moring, 2008: 11). بر اساس بند ۲ اصل ۳ قانون اساسی، صلاحیت‌های دادگاه فدرال عبارت‌اند از: موضوعات مربوط به ۱. قانون اساسی، قوانین فدرال و عهدنامه‌ها؛ ۲. سفرا، وزرای مختار و کنسول‌ها؛ ۳. موضوعات

دریایی؛ ۴. ایالات متحده به عنوان یک طرف دعوا؛ ۵. اختلافات فیما بین ایالات (یک ایالت و تبعه ایالت دیگر) شهروندان ایالات مختلف؛ ۶. اختلافات مابین یک ایالت یا شهروندان ایالت با کشورهای خارجی یا اتباع و شهروندان آن‌ها.

دعای مربوط به مورد پنجم، یعنی زمانی که دولت طرف دعوا باشد، نه فقط اقدامات کیفری بلکه همه دعای مطروحه از سوی آمریکا یا توسط یک نهاد یا مقام آمریکایی که بنا بر قانون کنگره این اختیار به آن داده شده است و نیز اقدامات معین علیه آمریکا که صلاحیت آن به دادگاه‌های ناحیه‌ای اعطا شده است را دربرمی‌گیرد (Fransworth, 2010: 47). بر اساس قواعد شکلی و آیین دادرسی، صلاحیت بررسی دعای بین کشور آمریکا و اتباع غیرآمریکایی در اختیار این دادگاه‌ها نهاده شده است (Crowell Moring, 2008: 11). صلاحیت کیفری دادگاه‌های فدرال ناحیه‌ای شامل همه جرایم علیه قوانین فدرال است که شامل جرایمی است که از نظر فدرالی مخالف حقوق بین‌الملل و حقوق ملی است (Fransworth, 2010: 47).

طبق نظر برخی از حقوق‌دانان آمریکایی، ترور سردار سلیمانی «قانون اختیارات جنگی» ایالات متحده را نقض کرده است، زیرا مطابق این قانون به رئیس جمهور آمریکا «تنها پس از اعلام جنگ توسط کنگره یا در وضعیت اضطراری ملی ایجادشده به موجب حمله به ایالات متحده، قلمرو یا اموال آن یا نیروهای مسلح ایالات متحده یا هنگام صدور مجوز قانونی خاص مانند مجوز استفاده از نیروی نظامی» اجازه داده شده است که نیروهای مسلح این کشور را وارد درگیری‌های مسلحانه یا جنگ قریب‌الوقوع کند (See: the U.S. War Powers Resolution, 1973: 1541). در حالی که هیچ‌یک از این وضعیت‌ها در قضیه حمله به اتومبیل‌های حامل سردار سلیمانی و همراهانش تحقق نیافته بود. همچنین به دلیل عدم ارتباط سردار سلیمانی با حوادث یازده سپتامبر، امکان توجیه این عمل بر اساس «مجاز استفاده از قوای نظامی» مصوب سال ۲۰۰۱ که به رئیس جمهور اجازه می‌داد علیه کسانی که در برنامه‌ریزی و اجرای عملیات این حادثه نقش داشته‌اند به قوه قهریه متوسل شود، وجود ندارد (کوهن، ۱۳۹۸؛ ۲: See: Authorization for the Use of Military Force, 2001, Sec. 2).

ماحصل بحث آنکه امکان طرح دعوا از سوی خانواده‌های قربانیان این حادثه یا دولت ایران علیه دولت آمریکا و نیز مقامات و فرماندهان آمریکایی مشارکت‌کننده در این حمله به جرم قتل و نقض حق حیات وجود دارد. هرچند باید پیش از هر گونه اقدام، با بررسی رویه قضایی این کشور، احتمال موفقیت در این دعوا را مورد ارزیابی قرار داد.

نتیجه

اقدام آمریکا در هدف قراردادن فرماندهان عالی‌رتبه ایرانی و عراقی علاوه بر آنکه مصداق بارز توسل به زور غیرقانونی است که دفاع مشروع یا اقدام متقابل از سوی دولت‌های عراق و ایران در برابر آن را موجه می‌سازد، قابلیت پیگیری حقوقی در برخی محاکم قضایی بین‌المللی و داخلی را داراست. نکته مهم آن است که طرح دعوا در محاکم بین‌المللی نیازمند آن است که کشورهای اطراف دعوا صلاحیت این مراجع را مورد پذیرش قرار دهند، اما درخصوص دیوان بین‌المللی کیفری تاکنون این پذیرش صلاحیت توسط دولت‌های اطراف دعوا صورت نگرفته است. اگرچه اقدام آمریکا نسبت به دولت عراق مصداقی از جرم تجاوز تحت صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری است و این دولت می‌تواند صلاحیت موردی این دیوان را مورد پذیرش قرار دهد، اما به دلیل حساسیت ویژه کشورها در پیگیری حقوقی جرم تجاوز رسیدگی به این جرم در آن نهاد بین‌المللی منوط به اعلام رضایت هر دو دولت سرزمین محل وقوع و دولتی است که اتباع آن مرتکب این جرم شده‌اند. با توجه به اینکه کشور آمریکا به هیچ وجه تمایلی به پذیرش صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری ندارد، به این ترتیب عملاً طرح دعوا در دیوان بین‌المللی کیفری امکان‌پذیر نمی‌باشد. ایده استفاده از کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرایم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی از جمله مأمورین سیاسی مورخ ۱۹۷۳ نیز که دولت‌های ایران و آمریکا به عضویت آن درآمده و صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری را پذیرفته‌اند می‌تواند در ارجاع این دعوا به دیوان بین‌المللی دادگستری راهگشا باشد. اما بهترین روش رسیدگی حقوقی به این قضیه که توجه به آن بیش از سایر روش‌ها توصیه می‌شود، برپایی یک دادگاه هیبرید یا مختلط از قضات داخلی و بین‌المللی در سرزمین عراق است. نیک واضح است که تشکیل این چنین دادگاهی نیازمند انعقاد توافق‌نامه با شورای امنیت سازمان ملل متحد است که به دلیل سلطه آمریکا بر این نهاد نمی‌توان چندان به موفقیت در ایجاد چنین محکمه‌ای امیدوار بود. اما بهره‌گیری از ظرفیت‌های سایر ارکان ملل متحد، مانند مجمع عمومی یا دیگر سازمان‌های بین‌المللی، به‌ویژه سازمان بین‌المللی همکاری اسلامی و با گرده برداری از تجربه تشکیل دادگاه سنگال، می‌تواند به تأسیس چنین دادگاهی کمک چشمگیری کند. طرح دعوا در محاکم داخلی کشور عراق اگرچه از منظر وجود قانون حاکم بر موضوع با خلأ حقوقی چندانی مواجه نیست، اما مصونیت قضایی اعطاشده به مقامات و نیروهای آمریکایی حاضر در عراق مانع از صلاحیت دادگاه‌های این کشور به رسیدگی می‌باشد. در رابطه با طرح دعوا در محاکم ایران، قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران نسبت به دعاوی دولت‌های خارجی اصلاحی سال ۱۳۹۱ به همراه قانون مقابله با نقض حقوق بشر و اقدامات ماجراجویانه و تروریستی آمریکا در منطقه مصوب سال

۱۳۹۶ می‌تواند مبنای خوبی برای رسیدگی به این قضیه باشد. اما نقیصه آن‌ها چگونگی اجرای حکم علیه مقامات آمریکایی یا دولت آمریکا است. با این حال، به نظر می‌رسد طرح دعوا در دادگاه داخلی ایران از نظر سیاسی و معنوی مفید بوده و امری ضروری تلقی می‌شود. طرح دعوا در محاکم فدرال کشور آمریکا نیز از دیگر راه‌حل‌های ممکن است که نیازمند تسلط کامل بر سیستم حقوقی کشور آمریکا بوده و مزیت آن این است که قاعده مصونیت دولت‌ها و چگونگی اجرای حکم در روند آن مانعی ایجاد نمی‌کند. ولی لازم است رویکرد حاکم در کشور آمریکا نسبت به عدم پذیرش این‌گونه دعاوی یا عدم تمایل به صدور حکم به نفع خواهان‌های ایرانی را هم در نظر آورد و بر اساس احتساب ضریب موفقیت و در نظر گرفتن منافع یا مضرات سیاسی امر دست به این اقدام زد. به این ترتیب، بهترین راهکار پیشنهادی تلاش برای همکاری با یک نهاد منطقه‌ای مثل سازمان همکاری اسلامی برای تشکیل یک دادگاه مختلط است و در صورت عدم امکان این امر، بررسی قابلیت طرح دعوا در دیوان بین‌المللی دادگستری بر مبنای کنوانسیون ۱۹۷۳ توصیه می‌شود.

منابع

- اسماعیلی، مهدی (۱۳۹۵)، «صلاحیت رسیدگی به جرایم تروریستی در قوانین ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۰، شماره ۹۴.
- اسچپ، جان و جان اسچپ دوم (۱۳۸۳)، گزیده متون حقوقی حقوق جزای آمریکا همراه با واژه‌نامه انگلیسی-فارسی، تهران: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی نگاه بینه.
- حبیب زاده، محمدجعفر و سعید حکیمی‌ها (۱۳۸۶)، «ضرورت جرم‌انگاری تروریسم در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۱، شماره ۲.
- رحمتی، علی و حسین میرمحمدصادقی (۱۳۹۸)، «امکان‌سنجی تعقیب و محاکمه مرتکبان جنایات اخیر در میانمار در عرصه ملی و بین‌المللی (با تأکید بر نقش دادگاه مختلط)»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۶.
- عبداللهی، محسن و میرشهبیز شافع (۱۳۸۶)، مصونیت قضایی دولت در حقوق بین‌الملل، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات.
- عبدی، فاطمه (۱۳۹۶)، «بررسی نسل‌کشی در عرصه بین‌الملل»، قانون‌یار، دوره ۱.
- موسی‌زاده، رضا و حسین فروغی‌نیا (۱۳۹۱)، «تعریف جنایت تجاوز در پرتوی قطعنامه کنفرانس بازنگری اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی در کامپالا (ژوئن ۲۰۱۱)»، راهبرد، سال ۲۱، شماره ۶۳.
- میرعباسی، سیدباقر و سیدحسین سادات میدانی (۱۳۸۷)، دادرسی‌های بین‌المللی، دیوان بین‌المللی دادگستری، تهران: جنگل جاودانه.
- میرمحمدصادقی، حسین و علی رحمتی (۱۳۹۷)، «دلایل و مبانی حقوقی تأسیس دادگاه‌های کیفری مختلط (بین‌المللی شده) از منظر داخلی و بین‌المللی»، پژوهش حقوق کیفری، دوره ۷، شماره ۲۵.
- ورله، گرهارد (۱۳۸۷)، «جنایات علیه بشریت در حقوق بین‌الملل معاصر»، مترجم: امیرساعد وکیل، مجله حقوقی بین‌المللی، سال ۲۵، شماره ۳۹.

نشست‌ها

- امیرعبداللهیان، حسین (۱۳۹۸)، نشست بررسی ابعاد حقوقی و بین‌المللی ترور شهید سپهبد حاج قاسم سلیمانی، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
- ذاکر حسین، محمدهادی (۱۳۹۸)، نشست بررسی ابعاد حقوقی و بین‌المللی ترور سپهبد شهید حاج قاسم سلیمانی، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
- عبداللهی، سیدمحمدعلی (۱۳۹۶)، گزارش نشست علمی: تحلیل طرح دعوی ایران علیه آمریکا در دیوان بین‌المللی دادگستری در پرتو رأی صادره در قضیه مصونیت‌های صلاحیتی دولت (آلمان علیه ایتالیا). تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.

پایگاه‌های تحلیلی - خبری:

- کوهن، مارجوری (۱۳۹۸)، «ترور ژنرال سلیمانی قوانین بین‌المللی و قوانین داخلی آمریکا را نقض کرد»، پایگاه خبری، تحلیلی مطالعات تروریسم، دسترسی در: <https://www.habilian.ir/fa>

- وکیل، امیرساعد (۱۳۹۸)، «ترور سردار سلیمانی از دیدگاه حقوق بین‌الملل»، خبرگزاری دانشجویان ایران (ایسنا). دسترسی در: <https://www.isna.ir/news/98101410436/>

انگلیسی

- Alexandrov, Stanimir A. (2006). The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: How Compulsory Is It?, **Chinese Journal of International Law**, Vol. 5, Issue. 1.
- Coracini, C. E. (n.d.). Targeted Killing of Suspected Terrorists During Armed Conflicts: Compatibility with the Rights to Life and to a Due Process? III Anuario Brasileiro de Direito Internacional, Available at: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27148.pdf>.
- DeWees, Geoffrey S. (2016). Anticipatory and Preemptive Self Defense in Cyberspace: The Challenge of Imminence. 2015 7th International Conference on Cyber Conflict: Architectures in Cyberspace. Tallinn: Nato CCD COE Publications.
- Fransworth, E. Allan. (2010). **An Introduction to the Legal System of the United States**. New York: Oxford University Press.
- Mettraux, Guénaél., Dugard, John & du Plessis, Max. (2018). "Heads of State Immunities, International Crimes and President Bashir's Visit to South Africa". **International Criminal Law Review**, No. 18.
- Nouwen, Sarah. M. H. (2006). 'Hybrid courts' the hybrid category of a new type of international crimes courts. **Utrecht Law Review**, Vol. 2, Issue. 2.

Documents and Awards

- Anti-Terrorism Law (2005).
- Authorization for the Use of Military Force (2001).
- Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, (1973).
- Crowell Moring, The ABCs of Cross-Border Litigation in the United States. (n.d.). (2008), Available at: https://www.crowell.com/files/ABC-Guide-to-Cross-Border-Litigation_Crowell-Moring.pdf, 2020.
- ICC Chad Decision: Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-140-tENG (ICC 2011).
- ICC Malawi Decision: Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC- 02/05-01/09-139-Corr (ICC 2011).
- ICC. (n.d.). Understanding the International Criminal Court. Available at: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/UICCEng.pdf>
- Isabel Morel De Letelier, et al v. The Republic of Chile, et al, Defendants, Civil Action No. 78-1477 (United States District Court for the District of Columbia March 11, 1980).

- Jurisdictional Immunities of the State, (Germany v. Italy; Greece Intervening), ICJ Reports 2012.
- Rome Statute of the International Criminal Court (1998).
- Security Council. (2001). S/RES/1373.
- Statute of International Court of Justice (1945).
- The U.S. War Powers Resolution (1973).
- Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (1955).
- United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004).
- Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).

تبیین و نقد نظریه «تعامل متقارن» در تعیین میزان تقصیر زیان دیده و خواننده دعوی در مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر

سجاد شهباز قهفرخی*

چکیده

بعد از پذیرش نظریه تقصیر نسبی و جایگزینی آن با قاعده «همه یا هیچ»، موضوع معیار و نحوه تعیین میزان تقصیر زیان دیده و خواننده دعوی در دعوی مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر مطرح گردید. پرسش اصلی این است که آیا در شناسایی و تمیز میزان و نوع تقصیر بین تقصیر زیان دیده و تقصیر خواننده تفاوتی وجود دارد. اگر عمل واحدی از سوی هر دو طرف اتفاق افتاده باشد و سایر عناصر مؤثر یکسان باشند، صرف نظر از وصف زیان دیده یا خواننده دعوی بودن، آیا باید مسئولیت بین دو مرتکب به صورت مساوی تقسیم گردد؟ اصول اروپایی مسئولیت مدنی و تئوری غالب در حقوق کامن لا «دیدگاه تعامل متقارن با رفتار زیان دیده و خواننده در تعیین میزان تقصیر هریک» را پذیرفته و به صورت یکسان، معیار مراقبت معقول را در ارزیابی رفتار ایشان در نظر گرفته است. این دیدگاه در حقوق کامن لا به انحاء مختلف مورد تعدیل واقع شده و استثنائاتی بر آن وارد گردیده است. از منظر تحلیل اقتصادی و نقد اخلاقی نیز ایراداتی بر این نظریه وارد است. به نظر می رسد این دیدگاه، به رغم شهرت، انتقادات فراوانی را بی پاسخ گذارده است. در مسیر ترسیم تئوری مناسب جهت پاسخ گویی به این پرسش، تبیین و نقد نظریه رایج قدمی رو به جلو خواهد بود.

واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، تقصیر زیان دیده، تقصیر مشارکتی، نظریه تعامل متقارن

* مربی گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران

مقدمه

یکی از مباحث جدی در مسئولیت مدنی موضوع تعدد اسباب است. در مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر ممکن است چند تقصیر با یکدیگر عامل ایجاد ضرر شده باشد. در حقوق روم و کامن‌لا فرضی را که تقصیر خوانده به همراه تقصیر زیان‌دیده باعث ایراد خسارت شده باشد نظریه «تقصیر مشترک» یا «تقصیر مشارکتی»^۱ نامیده‌اند. تقصیر مشارکتی در مسئولیت قراردادی نیز قابل طرح است (The Group of Authors, 1993: 1).^۲ از نظر تاریخی در سابق حق مطالبه خسارت به زیان‌دیده داده نمی‌شد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵: ۲۲۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۰۷). اما رفته‌رفته نظر عموم حقوق‌دانان به تقسیم مسئولیت بین اسباب متعدد گرایش پیدا کرد. با ظهور نظریه «تقصیر نسبی»^۳، قاعده «همه یا هیچ»^۴ در تقصیر مشارکتی کنار گذاشته شد. در نظریه تقصیر نسبی، «دیدگاه تقارنی» یا «دیدگاه تعامل متقارن»^۵ پذیرفته و اعمال شد. به موجب این نظریه، در مقام شناسایی میزان تقصیر هریک از زیان‌دیده و خوانده^۶، از یک معیار مراقبت معقول واحد نسبت به هر دو استفاده می‌شود.

در خصوص نحوه تقسیم مسئولیت بین اسباب مختلف گفته‌اند در حقوق ایران، اصل تقسیم مسئولیت به‌طور مساوی است، مگر اینکه ثابت شود که فعل یا تقصیر یکی از افراد مسئول بیشتر یا کمتر از دیگری مؤثر بوده است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵: ۲۳۷؛ صفایی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۴۷).

در مواردی که زیان‌دیده در ایراد ضرر به خود عمد داشته باشد، بی‌گمان تقصیر خوانده تأثیر نداشته و تمام مسئولیت بر عهده خود زیان‌دیده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۱۰-۵۰۷). لکن در سایر موارد چه مبنای ما در تقسیم خسارت نحوه مداخله هریک از مسئولان باشد یا درجه تقصیر هریک از ایشان، در خصوص تشخیص میزان تقصیر یا مداخله هر طرف باید بحث کرد. پرسش اصلی مقاله این است که آیا در شناسایی و تمیز میزان و نوع تقصیر بین تقصیر زیان‌دیده و خوانده تفاوتی وجود دارد. اگر عمل واحدی از سوی هر دو طرف اتفاق افتاده باشد، سایر عناصر مؤثر یکسان باشند، آیا

1. Contributory negligence

۲. مثال معروفی که در این مورد نقل می‌شود هنگامی است که شخص اتومبیل خود را جهت تعمیر سیستم ترمز به تعمیرگاه می‌دهد و متعاقب تعمیر ناقص ترمز مالک که با سرعت غیرمجاز رانندگی کرده و به دلیل نقص سیستم ترمز آسیب دیده است، علیه تعمیرکار اقامه دعوی می‌کند.

3. Comparative fault

4. All-or-Nothing Rule

5. Symmetry approach

۶. مراد از خوانده در این مقاله خواننده دعوی مسئولیت مدنی است. در این مقاله از استفاده از عبارت «عامل ورود زیان» اجتناب شده است؛ چه اینکه در فرض مقاله حتی زیان‌دیده نیز در ایجاد زیان مؤثر بوده است.

باید مسئولیت بین دو مرتکب صرف‌نظر از وصف زیان‌دیده یا خوانده بودن به‌صورت مساوی تقسیم گردد؟ ضرورت طرح این بحث از این‌روست که در موارد عملی کارشناس در مقام ارزیابی تقصیر طرفین و قاضی یا داور نیز در مقام سنجش نظریه کارشناسی با در نظر گرفتن معیاری دقیق و توجه به جزئیات هر قضیه اظهار نظر نمایند.

در این مقاله به تبیین نظریه «تعامل متقارن» در مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر^۱ و نقد آن پرداخته خواهد شد. این مطالعه به‌صورت تطبیقی در نظام حقوقی کامن‌لا و به‌طور مشخص انگلستان و ایالات متحده آمریکا با حقوق ایران صورت خواهد پذیرفت.^۲ جست‌وجوی معیاری برای شناسایی میزان تقصیر زیان‌دیده و خوانده دعوی مسئولیت مدنی و حدود و ثغور آن فرصتی دیگر می‌طلبد. در مقاله حاضر صرفاً به نفی و نقد نظریه «تعامل متقارن» که تاکنون حکومت داشته است، پرداخته خواهد شد. پیش‌فرض مقاله حاضر مربوط به‌جایی است که نظام حاکم بر جبران خسارت نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر «عدالت اصلاحی»^۳ یا «اعاده مدنی»^۴ باشد و گرنه در مواردی که نظام تأمین اجتماعی مانند نظام جبران خسارت کارگران یا «طرح جبران خسارت بدون تقصیر»^۵ یا نظام جبران خسارت مبتنی بر «نظریه تضمین اجتماعی»^۶ حاکم باشد ملاحظات دیگری نیز تأثیر خواهد گذاشت.

۱. تبیین نظریه تعامل متقارن در شناسایی میزان تقصیر زیان‌دیده و خوانده

از اواسط قرن بیستم با ظهور نظریه «مسئولیت نسبی»^۷ به‌نحو چشمگیری انتظارات زیان‌دیده برای جبران خسارت افزایش یافت. این نظریه به‌جای قاعده «همه یا هیچ» نشست و به‌جای رد کامل دعوی مطالبه خسارت زیان‌دیده از میزان خسارت پرداختی به وی به‌نسبت تقصیرش می‌کاهد. صرف‌نظر از میزان تأثیر فعل هریک از طرفین، آیا استاندارد و معیار رسمی واحدی بر شناسایی میزان تقصیر زیان‌دیده و خوانده حاکم است یا اینکه بسته به اینکه عمل را چه کسی انجام داده است، باید میزان تقصیر را محاسبه نمود؟ آنچه تاکنون به‌عنوان نظریه رایج شناخته شده است، چه در «تقصیر

۱. در مسئولیت مدنی مبتنی بر مسئولیت محض نیز این بحث قابل طرح است که مجالی مستقل می‌طلبد.

۲. بررسی موضوع در فقه امامیه، به‌عنوان منبع غنی حقوق ما، نه تنها می‌تواند داده‌های قابل‌قبولی به دست دهد، بلکه از حیث ابتدای قوانین بر فقه نیز می‌تواند هم در مقام قضا و هم در مقام قانون‌گذاری راهنمای ما باشد، لیکن بررسی فقهی این موضوع رسالت این مقاله نبوده و نیازمند پژوهشی مستقل است.

3. Corrective justice

4. Civil recourse

5. No-fault compensation scheme

۶. برای مطالعه بیشتر در مورد نظریه تضمین اجتماعی، نک: (قسمتی تیریزی، ۱۳۹۸: ۱۶۲-۱۳۷).

7. Comparative fault

مشترک سنتی» و چه در «تقصیر نسبی مدرن» حاکم بوده است، یک فهم متقارن از تقصیر بود که با معیار رسمی واحدی بر شناسایی میزان تقصیر زیان‌دیده و خواننده اعمال می‌گردید. خواننده به دلیل ناکامی در به‌کارگیری «مراقبت معقول» و ایجاد خطر برای زیان‌دیده مسئول بود و زیان‌دیده نیز به خاطر ناکامی در استفاده از مراقبت معقولی که باید با توجه به خطر ایجادشده اتخاذ می‌کرد و نکرده مسئولیت دارد و مسئولیت نهایی باید بین ایشان تقسیم گردد (simons, 2015: 37-38).

موضوع تقصیر مشارکتی و مباحث راجع به نحوه تقسیم مسئولیت بین عوامل مختلف ابتدا در دعاوی راجع به تصادفات رانندگی مطرح شد (Murray and Fordham, 2016: 183-186) و در همین فضا رشد یافته است.

در حقوق آمریکا، پیشنهاد شد «اگر شخص با توجه به تمام شرایط و اوضاع و احوال مراقبت معقول را اعمال نکند، عمل او تقصیرآمیز خواهد بود».^۱ هاشم دوم این پیشنهاد تصریح دارد که تعریف تقصیر هم بر موضوع تقصیر خواننده اعمال شود و هم بر تقصیر مشارکتی خواهان (The Group of Authors, 2009: 3). حقوق انگلستان نیز تعریف مشابهی از تقصیر ارائه داده است.^۲ علاوه بر این، معیاری که توسط قسمت سوم از اصلاحیه سوم مسئولیت مدنی برای تعیین سهم تقصیر نسبی هر طرف پیشنهاد شد تفاوتی بین رفتار خواننده و خواهان قائل نشده است. حقوق انگلستان نیز معیار «شخص معقول» را برای هر دو طرف دعوی یکسان انگاشته است (Deakin, Johnston, & Markesinis, 2001: 754-756). ایشان تقصیر را این‌گونه تعریف می‌کنند: «تقصیر نقض تکلیف قانونی یا هر فعل یا ترک فعلی است که موجب مسئولیت می‌شود یا می‌توانسته بشود و طبق قانون به خواننده امکان طرح دفاع تقصیر مشترک را می‌دهد.» در این معیار تفاوتی در نحوه ارزیابی و تحلیل تقصیر زیان‌دیده و خواننده وجود ندارد. در بریتانیا و استرالیا مقرر شده است که تسهیم زیان باید عادلانه و منصفانه باشد. حقوق کانادا نیز «به نسبت درجه‌ای که هر شخص مقصر بوده است» اشاره کرده و سخنی از شناسایی معیاری متفاوت برای تشخیص میزان تقصیر زیان‌دیده و خواننده ارائه نگردیده است (simons, 2015: 35). در چندین ایالت استرالیا نیز استاندارد مشابهی

1. "A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care under all the circumstances".

2. "fault" means negligence, breach of statutory duty or other act or omission which gives rise to a liability in tort or would, apart from this Act, give rise to the defence of contributory negligence. (Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, Section 4) available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/8-9/28/section/4>

برای مراقبت در تقصیر مشترک و تقصیر خوانده تقنین شده و گزارش آی‌پی‌پی (Ipp)^۱ نیز به متحدبودن استاندارد در هر دو مورد اشاره دارد. این گزارش تصریح می‌نماید که معیار عام در تشخیص میزان تقصیر هریک از طرفین «انسان معقول و متعارف» و این معیار هم در تقصیر غیر مشارکتی و هم در تقصیر مشارکتی اعمال می‌گردد^۲ (The Group of Authors, 2002: 122). اصول اروپایی مسئولیت مدنی نیز نظریهٔ تعامل متقارن را در مادهٔ ۱۰۱:۸ پذیرفته است.^۳ در هامش‌های تفسیری اصول اروپایی مسئولیت مدنی آمده است که ملاحظات اصولی برای تعیین دقیق درصدبندی و تسهیم میزان تقصیر بین زیان‌دیده و خوانده ملقمه‌ای از تسبیب و قابلیت انتساب است که منجر به ایجاد یک سیستم منعطف برآورد خسارت شده است که به‌سختی تحت معیار خاصی نظام‌مند می‌شود. البته در مورد اتفاقات پرتکرار، دادگاه‌ها تمایل به ایجاد نظام تسهیم خاص و روشن دارند (The Group of Authors, 2005: 134). در مورد معیار «مراقبت معقول»^۴ گفته شده است مراقبت معقول با در نظر گرفتن آنچه یک شخص معقول می‌توانسته انجام دهد یا باید انجام می‌داده است سنجیده می‌شود. زیان‌دیده به لحاظ عدم رعایت «خودمراقبتی»^۵ مقصر خواهد بود. در این مورد، معیار یکسانی از مراقبت بر رفتار هر دو اعمال می‌شود (The Group of Authors, 2005: 133).

۲. اندیشهٔ تعدیل «تعامل متقارن با رفتار طرفین»

مواجهه و برخورد یکسان با رفتار زیان‌دیده و خوانده در برخی موارد بالبداهه غیرمنصفانه و خلاف عدالت به نظر می‌رسید. از این رو، این اندیشه در عمل رو به تعدیل رفت و در برخی موارد کنار گذاشته شد. در یک دسته‌بندی می‌توان سه گونه برخورد دادگاه‌ها برای تعدیل اندیشهٔ هم‌سانی معیار تقصیر زیان‌دیده و خوانده را مشاهده کرد:

۱. این گزارش گزارش نهایی حقوق مسئولیت مدنی است که در سال ۲۰۰۲ به سفارش وزارت خزانه‌داری استرالیا توسط چهار تن از اساتید دانشگاهی تهیه شده است.

2. The common factor is the reasonable person. This is the basis for the view that there is only one standard of care, namely that of the reasonable person, and that it is common to both negligence and contributory negligence.

3. Art. 8:101. (1) Liability can be excluded or reduced to such extent as is considered just having regard to the victim's contributory fault and to any other matters which would be relevant to establish or reduce liability of the victim if he were the tortfeasor. (2) Where damages are claimed with respect to the death of a person, his conduct or activity excludes or reduces liability according to para. 1. (3) The contributory conduct or activity of an auxiliary of the victim excludes or reduces the damages recoverable by the latter according to para. 1.

4. Reasonable Care

5. Self-protection

الف) مواردی که، به‌رغم پذیرش تقصیر مشترک، بین معیار و استاندارد حاکم بر تقصیر زیان‌دیده با معیار ارزیابی تقصیر خواننده تفاوت وجود دارد.

اگرچه در سابق انسان معقول و متعارف معیاری نوعی داشت ولی امروزه بسیاری برآنند که قاضی باید بین آن دسته از شرایط درونی که به‌سادگی و به‌گونه‌ای قابل ارزیابی هستند، مانند سن، وضعیت جسمانی و... و شرایط درونی از نوع ذهنی یا روانی تفکیک قائل شده و صرفاً دسته نخست را لحاظ کند (بادینی، ۱۳۸۹: ۷۳). این اندیشه در برخی آراء دادگاه‌های آمریکایی انگلیسی نیز موجود بوده است و ایشان بین استاندارد اعمال‌شده بر تقصیر خواننده تفاوت‌هایی گذارده‌اند:

۱. برخی از دادگاه‌ها «معیار ذهنی»^۱ مراقبت را نسبت به زیان‌دیده بیشتر از خواننده اعمال می‌کنند. ضعف‌های فیزیکی یا روانی که به نفع زیان‌دیده مورد توجه قرار می‌گیرد نسبت به خواننده یا اصلاً لحاظ نمی‌شود یا اینکه کمتر مورد لحاظ قرار می‌گیرد. برخی دیگر در پاره‌ای موارد استانداردهای دوگانه را اعمال می‌کنند. به‌عنوان مثال فویبای خواهان از اینکه وقتی در اتومبیل نشسته است در تله گیر افتاده و به همین دلیل کمر بند ایمنی را نبسته است به‌عنوان یک فعل تقصیرآمیز که در تشدید خسارت در یک تصادف رانندگی مؤثر است تقصیر مشترک دانسته می‌شود. در واقع دادگاه، صرف‌نظر از اینکه دلیل نبستن کمر بند ایمنی چه چیزی بوده است، تقصیر خواهان را لحاظ نموده و از میزان خسارت قابل مطالبه کسر نموده است (Condon v Condon [1978] RTR 483).

۲. دکترین «واکنش آنی»^۲ در حقوق آمریکا به رسمیت شناخته شده است (See: simons, 2015: 37).^۳ در وضعیتی که خواهان باعث ایجاد آن شده است و در اثر وضعیت ایجادشده خواننده

1. Subjective Standard

2. The Agony of Moment

۳. به‌موجب این قاعده باید به این سؤال پاسخ داد که آیا رفتار و واکنش خواننده در شرایط و اوضاع و احوالی که به‌صورت آنی و غیرمنتظره برای وی ایجاد شده است (چه از سوی خواهان دعوی مسئولیت مدنی یا سایرین) معقول و محتاطانه بوده است یا نه. به تعبیر دادگاه تجدیدنظر استنادکننده به این قاعده در پرونده‌ای که دوچرخه‌سوار به‌صورت ناگهانی روبه‌روی کامیون آمده است، اگرچه راننده می‌توانسته ترمز نگیرد و به سمت چپ کشیده شود [و در نتیجه به دوچرخه‌سوار برخورد نکند، اگرچه به سایرین برخورد می‌کرد] ولی تصمیم اشتباه وی مبنی بر ترمز کردن را باید در شرایطی که با ورود دوچرخه‌سوار به روبه‌روی کامیون برای راننده ایجاد شده بود و نیازمند واکنش آنی وی بوده است سنجید. واکنش آنی راننده در اثر عذاب ورنج ناشی از تصمیم‌گیری آنی بوده که دوچرخه‌سوار (خواهان) برای او ایجاد کرده است. در واقع سؤالی که دادگاه تجدیدنظر با آن مواجه بود این بود که آیا در شرایطی که دوچرخه‌سوار ناگهان به جلوی کامیون آمده است تصمیم راننده با توجه به خطر ایجادشده منطقی بود یا خیر (Stuart v. Walsh [2012] NSWCA 186).

مرتکب تقصیر می‌گردد، با معیار ملایم‌تری تقصیر خواننده ارزیابی خواهد شد. همچنین نسبت به خواهان‌هایی که در جریان کمک به خواننده در اثر خطر دچار صدمه شده‌اند نیز معیار ملایم‌تری برای ارزیابی تقصیر خواهان در نظر گرفته می‌شود. برخی از دادگاه‌ها عنصر انصاف را که معیار پایین‌تری ارائه می‌دهد در مورد رفتار زیان‌دیده لحاظ می‌کنند. انصاف اقتضا دارد در مواردی که خواننده باعث ایجاد خطر منتهی به ضرر شده است، نتواند در خصوص نحوه رفتار و واکنش خواهان در لحظه مواجهه با این خطر اعتراض کند (simons, 2015: 38).

۳. یکی دیگر از تخفیفات شناخته‌شده معیار مراقبت برای شناسایی تقصیر مشترک، دکترین «صرف بی‌توجهی»^۱ است. وفق این نظریه هرگاه بی‌توجهی خواهان موجب بروز حادثه باشد، اما در عین حال این بی‌توجهی قابل اغماض باشد، خواننده نیز مسئولیت خواهد داشت. این نظریه بیشتر در حوادث کار اعمال می‌شود که در آن به‌رغم غفلت جزئی کارگر، که البته ممکن بود عواقب خطیری داشته باشد، تکلیف مهم کارفرما دال بر ایجاد سطح مطلوب ایمنی باعث می‌شود کارفرما نیز مسئول شناخته شود (Deakin, Johnston, & Markesinis, 2001: 756). به عبارت دیگر در اینجا نیز معیار پایین‌تری برای شناسایی تقصیر یکی از طرفین دعوی به رسمیت شناخته شده است.^۲

ب) مواردی که به‌رغم تقصیر محرز زیان‌دیده به‌دلیل ویژگی‌های خاص رفتار زیان‌دیده یا انتخاب وی مسئولیت جبران کامل خسارات بر عهده خواننده قرار می‌گیرد:

۱. وظیفه خواننده دقیقاً و صراحتاً مراقبت از زیان‌دیده در برابر خطراتی باشد که توسط خود زیان‌دیده به‌صورت تقصیرآمیز یا عمدی ایجاد می‌شود و این رفتار ناشی از ناتوانی یا معلولیت ذهنی یا جسمی زیان‌دیده باشد. مثال بارز این حکم مسئولیت کامل پرستاری است که برای مراقبت از بیمار آلزایمری استخدام شده است و بیمار به‌صورت عمدی یا غیرعمدی به خود آسیب رسانده است. در این مورد تقصیر زیان‌دیده نادیده گرفته می‌شود (Dobbs, 2001: 33-39).

۲. خواننده متعهد به مراقبت پزشکی برای خواهان بوده است، در حالی که نیاز به مراقبت ناشی از صدمه قبلی بوده یا اصلاح شرایط فیزیکی خطرناکی که قبلاً ایجاد شده، وجود دارد (Dobbs, 2001: 40-45). مانند جایی که شخص، با رانندگی خطرناک، اتومبیل خود را واژگون کرده یا دیگری باعث واژگون‌شدن خودرو و آسیب‌دیدن وی شده باشد و در بیمارستان در اثر عملکرد پزشک یا

1. Mere Inattentiveness Doctrine

۲. این معیار در پرونده Kakouris v Gibbs Burge and Co Pty Ltd [1970] VicRp 66; [1970] VR 502 (19 December 1969) مورد انتقاد قرار گرفته است.

پرستار به وی آسیب جدید رسیده یا آسیب وی بهبود نیافته باشد که در این موارد تقصیر اولیه و مقدمی زیان دیده لحاظ نخواهد شد و نمی‌توان به تقصیر مقدماتی خواهان و تقصیر مشترک استناد نمود.

۳. در مواردی که خواهان هیچ تکلیفی ندارد^۱، تقصیر زیان‌دیده تأثیری در مسئولیت کامل خوانده نخواهد داشت؛ برای مثال حقوق شهروندی و حق آزادی آمدو شد اقتضا می‌کند که شخص در رفت‌وآمد در تمام شهر آزاد باشد. حال اگر کسی به محله جرم‌خیز شهر رفته باشد و مورد تعرض و آسیب قرار گیرد، خسارت وی باید به‌نحو کامل جبران گردد، زیرا خواهان تکلیفی به نرفتن به قسمت خطرناک شهر نداشته است. طبق این دکترین، اشخاص تکلیفی به پیشگیری از قربانی جرم واقع شدن ندارند (simons, 2015: 40).

ناگفته نماند که اگرچه در مورد فرض اول قراردادی وجود دارد و شاید بتوان گفت که مسئولیت خوانده از باب مسئولیت قراردادی است، اما پذیرش وحدت بنیادین مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵: ۸۸) پاسخگوی ایراد خواهد بود. در مورد فرض سوم ممکن است بتوان ایراد وارد کرد که تصمیم زیان‌دیده مبنی بر «در معرض آسیب قرار گرفتن» عملی غیرمعقول و غیرمتعارف بوده است و از این حیث نمی‌توان تقصیر او را نادیده انگاشت. خصوصاً در فرضی که اثبات شود زیان‌دیده از جرم‌خیز بودن محله آگاه بوده یا باید آگاه بوده باشد. چنین عملی مصداق قاعده اقدام خواهد بود و شایسته است تقصیر مشترک دو طرف مورد لحاظ قرار گیرد. اگرچه در این مورد نیز می‌توان قائل به این شد که انصاف حکم می‌کند معیار پایین‌تری برای تقصیر خواهان لحاظ شود. بند سوم ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی حکم به امکان تخفیف در میزان خسارت، به تشخیص دادگاه، در مواردی که زیان‌دیده به‌نحوی از انحاء موجبات تسهیل ایجاد زیان را فراهم نموده، داده است. اطلاق قید «به‌نحوی از انحاء» باعث می‌شود تا در مواردی که عمل زیان‌دیده ولو به‌صورت مستقیم تسهیل‌کننده و زمینه‌ساز ورود زیان شده است نیز مشمول این بند گردد.

پ) مواردی که به‌رغم تقصیر محرز خوانده رأی به رد دعوی جبران خسارت خواهد شد:

۱. دکترین «نامشروع بودن رفتار زیان‌دیده»^۲ دعوی جبران خسارت اقامه‌شده توسط خواهانی را که در جریان رفتار غیرقانونی یا قابل سرزنش اخلاقی خود صدمه دیده است رد می‌کند. قلمرو این قاعده مشخص نیست و دیدگاه‌های مختلفی در این زمینه ارائه شده است (The Group of Authors, 2001: 14) اما قدر مسلم این قاعده مواردی است که زیان‌دیده در جریان رفتارهای مجرمانه خود دچار

۱. از این مورد به plaintiff no duty تعبیر می‌گردد.

2. The Illegality Doctrine or *ex turpi causa non oritur actio*

زیان می‌شود، مانند سارقی که در مسیر فرار از دست پلیس به علت سرعت غیرمجاز راننده دچار سانحه می‌شود. چنین سارقی نمی‌تواند علیه هم‌دست خود اقامه دعوی جبران خسارت نماید. این دکترین به عنوان دفاع از سوی خواننده مطرح می‌شود (The Group of Authors, 2001: 38-40).

۲. در مواردی که زیان دیده به نحو معقولی دامنه خسارات خود را کاهش ندهد، نسبت به خسارات اضافه استحقاق جبران ندارد. زیان دیده‌ای که دچار آسیب بدنی شده است اگر بعد از دریافت خدمات پزشکی، به نحو غیر معقولی، مداوای خود را به پایان نرساند و به همین دلیل جراحات شدت یابند، خواننده تکلیفی به جبران خسارات جدید ناشی از عدم رعایت دستورات پزشکی ندارد.

۳. هرگاه زیان دیده فعل منتهی به ورود ضرر را انجام داده باشد و به تعبیر فقها خود اقدام به ضرر کرده باشد، شایسته جبران خسارت نیست. در کامن لا با این تعبیر که زیان دیده به نحو معقول عمل نکرده است دعوی وی را رد می‌کنند (simons, 2002: 481). تئوری «پذیرش خطر»^۱ حاکی از رضایت بوده و نهادی متفاوت از تقصیر مشترک تلقی شده است.

برخی تلاش کرده‌اند حجیت دکترین «نامشروع بودن رفتار زیان دیده» را مبتنی بر «لزوم سخت‌گیری بر ستمکاران: گناهکاران یا مجرمان» نمایند و گفته‌اند چنین زیان دیده‌ای از جبران کامل یا جزئی خسارت محروم خواهد بود و از این حیث چهره خاصی از قاعده اقدام با عنوان «اقدام به فعل حرام» را معرفی کرده‌اند (قاسمی، ۱۳۹۶: ۱۰۷).

تکلیف زیان دیده به کاهش و مقابله با دامنه خسارات نیز کم‌وبیش بین فقهای معاصر پذیرفته شده است (محقق داماد و جعفری، ۱۳۸۹: ۱۰۳). ایشان با استناد به قاعده «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» گفته‌اند اگر وظیفه مقابله با خسارات را بر دوش خواهان یا شخصی که در معرض خسارت قرار دارد نگذاریم، عدم این تکلیف و حکم موجب ضرر است؛ فلذا حکم به لزوم این تکلیف می‌کنیم (محقق داماد و جعفری، ۱۳۸۹: ۱۱۲). از سوی دیگر، در موردی که در مثال حقوق کامن لا مطرح شده است می‌توان گفت سبب خسارات جدید قطع مداواست، نه صدمه سابق. نظریه اقدام نیز در معنای اقدام به ضرر (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۲۱) می‌تواند موجب معافیت خواننده از جبران خسارت شود.

۳. تحلیل نظریه تعامل متقارن با رفتار طرفین

رویه غالب در محاکم انگلستان و آمریکا تعامل متقارن و هم‌سان با زیان دیده و خواننده است (simons, 2015: 29). در واقع، در صورت مواجهه نبودن با قواعد بالادستی پیش گفته، در شناسایی تقصیر طرفین از یک استاندارد واحد و یکسان استفاده می‌شود. اما پرسش این است که آیا تعامل

متقارن با تقصیر طرفین عادلانه است. آیا باید تقصیر زیان دیده و خواننده را به عنوان دو مفهوم مشابه یا حتی یکسان از تقصیر در نظر گرفت؟ آیا لازم نیست قانون رفتار خطرناک تر از سوی زیان دیده را به عنوان آستانه مقصر بودن شناسایی کند یا اینکه آستانه مقصر بودن هر دو یکی است؟

در بسیاری موارد در نظر گرفتن معیار تعامل متقارن برای رفتار طرفین پذیرفتنی است. در مثالی که الف، ب و ج هر سه در حواس پرتی کامل در حال رانندگی هستند و یک تصادم زنجیره ای رخ می دهد و آسیب می بینند نمی توان معیار مراقبت مدیون کننده الف در برابر ب را معیاری متفاوت از معیار مراقبتی در نظر گرفت که در دعوی ب علیه الف اعمال می شود (همچنین به صورت مشابه در دعوی له یا علیه ج). در این قضیه یک عمل خاص یا غفلت از سوی الف رخ داده است که نه تنها برای ب و ج ایجاد خطر شده است، بلکه برای خود الف نیز خطر به وجود آورده است. این عمل خاص یکسان «حواس پرتی» معیار شناسایی یکسانی دارد. ممکن بود این «حواس پرتی» منجر به هیچ حادثه ای نشود یا فقط برای الف منجر به حادثه گردد یا اینکه برای افرادی غیر از الف نیز ایجاد خطر کند، بدون اینکه ایشان مرتکب تقصیری شده باشند. به هر حال تمام فروض محتمل است و به صورت «اتفاقی» فرض حاضر روی داده است. در عین حال در فرض حاضر، همین غفلت از سوی ب و ج نیز واقع شده است و هیچ فرقی بین این سه وجود ندارد. فلذا اعمال نظریه تعامل متقارن در شناسایی میزان تقصیر هر سه پذیرفتنی خواهد بود؛ چه اینکه به هر روی فعل تقصیری «حواس پرتی در حال رانندگی» از سوی هر سه به یک گونه واقع شده است و هیچ عامل موضوعی که بتواند فرقی بین سه مورد بگذارد وجود ندارد.^۱

اما در برخی موارد نمی توان معیار تعامل متقارن را اعمال کرد، زیرا اعمال چنین معیاری تفاوت های مهم بین رفتار زیان دیده و خواننده را مبهم می سازد. فرض کنید پ در عالم خیال خود غرق بوده و در همان حال بدون نگاه کردن به اطراف از عرض خیابان عبور می کند و در همان زمان س نیز که در عالم خیال بافی خود بدون توجه به خطرات جاده مشغول رانندگی است با وی برخورد می کند. در این تصادم منتهی به آسیب دیدن پ می توان تقصیر وی را ذیل مسئولیت نسبی در نظر گرفت. در این مثال نیز اگرچه فعل واحدی از سوی طرفین رخ داده است اما تفاوتی که بین رفتار زیان دیده و خواننده است قابل ملاحظه به نظر می رسد. خیال بافی پ صرفاً باعث ایجاد خطر فقط برای خود او شده است، در حالی که خیال بافی هم باعث ایجاد خطر برای خود او شده و هم برای دیگران.

۱. در این موارد باید امور موضوعی به صورت دقیق توسط کارشناس، داور و قاضی مورد توجه قرار گیرد. اگر از حیث موضوعی تفاوتی بین سه حواس پرتی وجود داشته باشد می تواند مورد لحاظ قرار گیرد.

پرسش این است که آیا موردی که شخص برای خود ایجاد خطر کرده^۱ و موردی که شخص برای دیگران ایجاد خطر کرده است^۲ دارای معیار مراقبت معقول یکسان و مشابه هستند یا نه. همان گونه که گفته اند: «صرفاً به این دلیل که خواهان شخصی است که ضرر را تحمل کرده است نباید با او رفتاری متفاوت از خواننده داشت... مهم این است که چه کسی می توانسته اقدامات احتیاطی بهتری برای جلوگیری از بروز حادثه به عمل آورد. البته این واقعیت که یک طرف ضرر را متحمل شده است و دیگری آن را تحمیل کرده است، چیزی در مورد اینکه کدام می توانسته اقدامات احتیاطی بهتری به عمل آورد به دست نمی دهد» (The Group of Authors: 124).^۳ از این منظر، معیار تقصیر باید نسبت به هر دو یکسان اعمال شود. اما در عین حال هم ایشان تصریح کرده اند اعمال معیار یکسان از مراقبت به معنای نادیده گرفتن تفاوت بین موقعیت و وضعیت خواهان یا خواننده یا ذات رابطه بین ایشان نیست (The Group of Authors: 123).

ممکن است برای رد نظریه تعامل متقارن گفته شود با استفاده از معیار قاضی لیرند هند^۴ می توان تقصیر زیان دیده و خواننده را به نحو متفاوت ارزیابی کرد. اما این نظریه بسیار کلی بوده و نمی توان با این معیار، تفاوتی بین موارد آفرینش خطر برای خود و آفرینش خطر برای دیگری قائل شد (simons, 2015: 45). اگرچه ممکن است به نظر برسد معقولیت رفتار یا تعادل بین خطر و منفعت در تشخیص میزان تقصیر هر طرف مؤثر است. اما این معیارها سطحی هستند، زیرا این پرسش که شخص معقول «در هر شرایط خاصی» چه کاری باید انجام دهد پاسخ مبهمی دارد. آوردن قید «در هر شرایط خاصی» ابهام مسئله را بیشتر می کند و این سؤالات خلق می شود که کدام شرایط باید مورد لحاظ قرار گیرد و کدام شرایط را می توان مرتبط با عمل دانست. (simons, 2015: 48) و مهم تر اینکه ارتباط بین شرایط و عملی که باید انجام می گرفت چگونه قابل احراز است. نباید به مقام قضایی اختیار بی حد و مرز در تشخیص و تعیین «شرایط» و «آنچه یک شخص معقول باید انجام دهد»، اعطا کرد؛

1. Self-Risk case

2. Risk to Other Case

۳. این ادبیات در فلسفه مسئولیت مدنی مبتنی بر اندیشه نگرش اقتصادی به حقوق و نظریه های مبتنی بر بازدارندگی است (نک: بادینی، ۱۳۹۴: ۴۳۹-۴۲۶).

۴. بر اساس معیار قاضی لیرند هند تقصیر تابع سه متغیر احتمال وقوع حادثه، شدت خسارات در صورت بروز حادثه و هزینه اقدامات احتیاطی است. در این معیار اگر هزینه پیشگیری از حادثه کمتر از ضرر مورد انتظار باشد، عدم انجام اقدامات احتیاطی تقصیر محسوب می شود (بادینی، ۱۳۹۴: ۴۳۳-۴۳۰).

بلکه باید زمینه‌ها و چهارچوب نظری آن توسط قانون‌گذار تعیین گردد که البته تعیین چهارچوب نظری جامع و منعطف به لحاظ تنوع پرونده‌های عملی بسیار دشوار خواهد بود.

در بادی امر ممکن است به نظر برسد بی‌طرفی و یکسان‌نگریستن به رفتار واحد از هر دو طرف منصفانه باشد. خیال‌بافی، بی‌توجهی، فقدان مهارت، فراموشی، اعتماد بیش‌ازحد به توانایی یک شخص یا دست‌کم گرفتن خطرات فعالیت‌های خاص، همگی، صرف‌نظر از اینکه برای خود شخص ایجاد خطر شود یا برای دیگران، به‌خودی‌خود خطرناک هستند. بنابراین بی‌راه نیست نتیجه گرفته شود که این امور، صرف‌نظر از اینکه فقط برای عامل ایجاد خطر کرده‌اند یا دیگران را نیز به خطر افکنده‌اند، نشانگر تقصیر اخلاقی و قانونی یکسانی هستند. با این استدلال می‌توان گفت در مثال راننده و عابر خیابان لازم نیست راننده مراقبت بیشتری اتخاذ می‌کرد. اما این سخن با دو مانع مواجه است: نخست، از نظر شدت و قلمرو، خطراتی که در اثر غفلت رانندگان ایجاد می‌شود بسیار بیشتر و گسترده‌تر از خطری است که توسط عابرین به وجود می‌آید. غفلت و بی‌توجهی عابر ممکن است باعث شود وی در چاله‌ای بیفتد یا گلدان کنار مغازه را بر زمین اندازد، در حالی که غفلت راننده برای تعداد زیادی عابر ایجاد خطر می‌کند. برای مقایسه دقیق باید موردی را فرض کنیم که یک راننده فقط برای یک عابر ایجاد خطر می‌کند و عابری که فقط برای خودش خطر ایجاد می‌کند تا بتوان سخن از یکسانی سطح هر دو به میان آورد. دوم، لازم است سایر عواملی را که می‌تواند در تعیین میزان تقصیر مؤثر باشد را یکسان‌سازی کنیم. ارزش اجتماعی منفعت حفظ‌شده توسط هر طرف در اثر احتیاط وی، انگیزه هر عامل، زمینه‌ای که زیان‌دیده از آن مطلع بوده و آزادانه خطر را پذیرفته است و اینکه چگونه منافع و خطرات رفتار یا فعالیت عامل در میان سایر اشخاص مؤثر توزیع گردد، باید یکسان‌سازی شود. از سویی این ویژگی‌ها در تعیین میزان تقصیر هر طرف مؤثر است و از دیگر سو امکان یکسان‌سازی نیز وجود ندارد؛ فلذا باید پذیرفت که مسئله فراتر از پاسخ به این پرسش است که آیا خطر صرفاً برای عامل ایجاد خطر کرده یا برای دیگران نیز خطر آفریده است و عمیق‌تر با مسئله مواجه شد. شاید از همین رو باشد که گزارش‌نهایی حقوق مسئولیت مدنی استرالیا موسوم به آی‌پی‌پی (Ipp) نیز معیار سهل‌گیرانه‌تری را برای تشخیص تقصیر زیان‌دیده توصیه کرده است. رویه قضایی نیز معیار مراقبت ضعیف‌تری برای زیان‌دیده نسبت به خواننده اعمال می‌کند (The Group of Authors, 2002: 123). بدین‌سان در مثال فوق، لازم بوده راننده توجه بیشتری نسبت به عابر به عمل می‌آورد.

۴. نقد اقتصادی نظریه تعامل متقارن با رفتار طرفین

در نگرش اقتصادی، به حقوق و قواعد آن به‌عنوان ابزارهایی برای «تغییر رفتار» و «سیاست‌گذاری» نگریسته می‌شود و سعی بر آن است که برای پیش‌بینی آثار و ضمانت‌اجراهای

حقوقی بر رفتار بشر نظریه‌ای علمی ارائه شود (بادینی، ۱۳۹۴: ۳۸۶). آنان که از دریچه اقتصاد به قواعد حقوقی می‌نگرند در پی ارائه الگویی از هزینه و منفعت رفتار هر یک از طرفین هستند. جدولی از ارزش‌های کمی رسم می‌کنند تا بار هزینه مراقبت لازم برای جلوگیری از ضرر نسبت به دیگران و خود را نشان دهند. در مثال راننده و عابر، اگر هزینه لازم جهت اتخاذ اقدامات احتیاطی را ۵۰ واحد و منفعت حاصله را ۲۰۰ واحد در نظر بگیریم، آنگاه عابر در برابر هزینه کردن ۵۰ واحد به ۲۰۰ واحد منفعت خواهد رسید، اما در آن سو راننده با اتخاذ ۵۰ واحد هزینه، صرفاً در برابر یک شخص در معرض خطر ۲۰۰ واحد منفعت خواهد برد و بدیهی است که چون افراد در معرض خطر ناشی از بی‌توجهی راننده قطعاً در یک روز عادی بیشتر از یک نفر است، پس عملاً منفعت بیشتری متوجه راننده خواهد شد. به دیگر عبارت هرچه افراد در معرض خطر بیشتر باشند، منفعت بیشتری نصیب راننده خواهد شد. نکته آنکه اگرچه در جدول فوق بار هزینه احتیاط برای راننده و عابر مساوی در نظر گرفته شد، اما قطعاً عناصری مانند زمان لازم، تلاش مورد نیاز برای اتخاذ اقدام احتیاطی و هزینه مالی احتیاط برای طرفین متفاوت است و راننده نسبت به عابر هزینه کمتری متحمل می‌شود. برای دقیق کردن راهکار ارائه شده، حتی می‌توان این‌گونه تفاوت‌ها را نیز در آن لحاظ کرد. در موارد خطر برای خود، ما باید بار هزینه‌ای تحمیل هزینه مراقبت از خود را برای زیان دیده دو برابر کنیم. بنابراین در مثال، هزینه بازبینی شده برای عابر پیاده که خود را به خطر افکنده ۱۰۰ واحد است، در حالی که بار هزینه برای راننده‌ای که دیگری را به مخاطره می‌افکند همان ۵۰ واحد باید در نظر گرفت و در یک تسهیم تقصیر مقایسه‌ای راننده باید به جای یک‌دوم از خسارت، دوسوم آن را بپردازد. بنابراین می‌توان با ترسیم یک فرمول ساده عددی نشان داد که تقصیر زیان دیده و تقصیر خواننده دو مفهوم متفاوت از یکدیگر هستند و برای تعیین هریک نیاز به الگویی مستقل است، هرچند این دو الگو در پاره‌ای موارد مشابهت‌هایی داشته باشند.

۵. نقد اخلاقی نظریه تعامل متقارن با رفتار طرفین

در قلمرو مباحث اخلاقی، اگرچه رفتار متخلف مطالبه خسارت را مشروع می‌کند، اما رفتار زیان دیده نیز در تعیین سطح و حدود این مشروعیت مؤثر است. فرض کنید شما تاریخ و ساعت قرار نهار دوستانه‌ای را فراموش می‌کنید. اگر قرار بر این بود که میزبان نیز موضوع را به شما یادآوری کند و وی نیز فراموش کرده باشد نسبت به فرضی که میزبان قول به یادآوری مجدد نداده بود، از شما انتظار عذرخواهی کمتری می‌رود. اگرچه هنجارهای اخلاقی زیربنای بسیاری از هنجارهای حقوقی

هستند، اما «هنجارهای اخلاقی درون شخصی»^۱ که بر رفتار مخاطره‌آمیز اعمال می‌شوند با هنجارهای قانونی که باید بر آن رفتار اعمال گردند، متفاوت هستند.

از حیث اخلاقی در شرایط مساوی، ایجاد خطر برای خود کمتر از ایجاد خطر برای دیگران قابل‌سرزنش است. راننده اتومبیل شخصی که غفلت کرده است و به‌رغم خواب‌آلودگی در شب رانندگی کرده کمتر از راننده اتوبوسی با چهل سرنشین که با خواب‌آلودگی رانندگی نموده سرزنش می‌شود. قلمرو یک تکلیف اخلاقی برای مراقبت معقول به‌منظور جلوگیری از ورود ضرر، در مواردی که رفتار شخص فقط برای خود او ایجاد خطر می‌کند و مواردی که رفتار او برای دیگران هم ایجاد خطر می‌کند، با یکدیگر متفاوت است. شما ممکن است با ضریب خطر ده درصد برای درآوردن کلاه مورد علاقه‌تان وارد دریای طوفانی شوید. اما آیا قابل‌قبول است که یک غریق‌نجات با ضریب خطر هفت درصدی مکلف به پذیرش ریسک برای درآوردن کلاه مورد علاقه شما باشد؟ ممکن است پزشک از نظر اخلاقی مجاز باشد که برای نجات شما یک کلیه شما را درآورد. اما آیا قابل‌قبول است که وی برای نجات دیگری یک کلیه شما را خارج سازد؟ وقتی خطرات و منافع برای یک شخص واحد باشد، از نظر اخلاقی اعطای حق انتخاب به همان شخص در مورد تصمیم‌گیری بین خطر و منفعت قابل‌پذیرش است. همچنین از نظر اخلاقی می‌توان به شخص سومی (مانند پزشک) نیز چنین اختیاری داده شود تا بین نفع‌بردن یک شخص و خطر ایجادشده برای همو دست به انتخاب بزند. اما هنگامی که خطر برای یکی و منفعت برای دیگری باشد، مسئله اخلاقی ما تغییر خواهد کرد. اگر نتیجه حاصله سودی برای یک طرف به مراتب بیشتر از خطر ایجادشده برای طرف دیگر داشته باشد، باز هم از نظر اخلاقی در مورد قابلیت مجاز دانستن رفتار خطرناک باید بحث کرد (simos, 2015: 51).

متغیرهایی نظیر نوع خطر ایجادشده برای یکی و نوع منفعت ایجادشده برای دیگری در تحلیل اخلاقی رفتار مؤثر است. فرض کنید با گرفتن ۷۵۰ میلی‌لیتر خون^۲ بدون کسب اجازه از یک شخص او را در معرض بی‌هوشی موقت قرار دهیم، اما جان شخص دیگری نجات پیدا کند. اگرچه خطر برای یکی و منفعت برای دیگری ایجاد شده است اما این عمل از نظر اخلاقی قابلیت توجیه دارد.

1. Interpersonal moral norms

۲. به‌طور طبیعی در هر بار خون‌گرفتن از اشخاص ۲۵۰ میلی‌لیتر خون گرفته می‌شود و مایع از دست‌رفته از بدن بین ۱۲ تا ۲۴ ساعت بعد جبران می‌شود.

سؤال دیگر اینکه آیا اخلاقی است که شخص برای نجات جان خود خطر را به سوی مال دیگری متوجه کند. نباید از نظر دور داشت که هر گاه نفع برای یک طرف و خطر برای دیگری باشد، توجیه اخلاقی بستگی به مبانی فکری، فرهنگی و سایر عوامل پیدا خواهد کرد.

آیا ارزش تکلیف اخلاقی «به مخاطره نینفکندن خود» به اندازه تکلیف اخلاقی «به خطر نینداختن دیگری» است؟ بر اساس دیدگاه کانتی تکلیف به مخاطره نینداختن دیگران تکلیف سنگین تری است. گفته شده که کانت تکالیف اخلاقی را به دو دسته تکالیف مربوط به خود و تکالیف مربوط به دیگران تقسیم نموده است (Wood, 2009: 2) و هر شخصی نسبت به دیگران مکلف به احترام گذاردن است (Wood, 2009: 28-31) و احترام گذاردن در گرو به مخاطره نینداختن دیگران است. بر اساس یک دیدگاه فایده گرایانه هر دو تکلیف یکسان انگاشته می شوند (simos, 2015: 52).

برخی تلاش کرده اند تحلیلی اخلاقی دیگری در حمایت از تعامل متقارن ارائه دهند. ایشان معتقدند شهروندان به نحو مشروعی از یکدیگر انتظار دارند همان میزان مراقبت و احتیاطی را که برای حفاظت از خود رعایت می کنند برای حفاظت از دیگران هم اعمال کنند^۱ (The Group of Authors, 2002: 123) و برای تأمین این انتظار، در هنگام تعیین میزان تقصیر زیان دیده و خوانده و ارزیابی رفتار ایشان، این انتظارات لحاظ می شوند. این سخن اگرچه از حیث تئوری صحیح است اما به نظر می رسد قائل آن دچار سفسطه «آرزواندیشی» شده باشد؛ چه اینکه نظر به خودخواه بودن ذاتی بشر و تأثیر انگیزه های مالی هزینه های مراقبت، در عمل اشخاص سطح مراقبتی بیشتری برای حفاظت از خود نسبت به دیگران به کار می برند. ضمن اینکه در هر قضیه به سختی می توان سطح انتظارات شهروندان از یکدیگر را تعیین کرد و معیاری دقیق برای آن ترسیم کرد.

در عین حال تقریری از سودمندگرایی وجود دارد که بیان می کند از نظر اخلاقی اگر فعل یا ترک فعلی که باعث کاهش سطح رفاه زندگی یا ایجاد خطر می شود جایگزینی داشته باشد که آن جایگزین بتواند رفاه خود شخص یا هر شخص دیگری را به حداکثر برساند یا خطر را کاهش دهد، انجام آن فعل یا ترک آن اشتباه بوده و باید آن جایگزین انجام گیرد (simons, 2015: 52). در این تئوری فرقی نمی کند که این حداکثرسازی رفاه و کاهش سطح خطر برای عامل باشد یا سایرین؛ به هر حال آنگاه که رفتاری جایگزین بهتری دارد ولی توسط عامل محقق نمی شود، این عامل مقصر خواهد بود.

1. In the opinion of the Panel, there is in the Australian community today a widely-held expectation that, in general, people will take as much care for themselves as they expect others to take for them. This is an application of the fundamental idea that people should take responsibility for their own lives and safety, and it provides powerful support for the principle that the standard.

از این رو نباید در مقام تعیین میزان تقصیر زیان‌دیده و خواننده تفاوتی بین رفتار ایشان در نظر گرفت. این سخن به معنای پذیرش نظریه تعامل متقارن است. اگرچه این تئوری اخلاقی زیربنای برخی نظریات تحلیل اقتصادی حقوق نیز هست (بادینی، ۱۳۹۴: ۴۰۰-۳۹۶)، اما پاسخ‌گوی پیچیدگی‌های پرسش‌های اخلاقی نیست.

نتیجه

نظریه و دیدگاه غالب در حقوق کامن‌لا تعامل متقارن و یکسان با رفتار زیان‌دیده و خواننده دعوی مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر است. ایشان صرف‌نظر از وصف زیان‌دیده یا خواننده بودن مرتکب اقدام به ارزیابی عمل مؤثر در وقوع حادثه می‌کنند. استثنائات نه‌گانه بر این تئوری نمی‌تواند پاسخ‌گوی انتقادات به اصل قاعده باشد. با الگوسازی از هزینه و منفعت ناشی از رفتار هریک طرفین، مشخص می‌گردد که تفاوت معناداری در هزینه و منفعت رفتار هریک از ایشان وجود دارد و دیدگاه تعامل متقارن از حیث اقتصادی قابل‌توجه نیست. کسی که با رفتار خود برای دیگران ایجاد خطر کرده است، از حیث اخلاقی قابل‌سرزنش‌تر از کسی است که رفتارش صرفاً برای خود وی خطرناک است. از سوی دیگر شخص ممکن است ناشی از خطری که برای خود ایجاد می‌کند منفعتی نیز برد که این خطر را توجیه‌پذیر کند، اما ایجاد خطر برای یک طرف و بهره‌بردن برای دیگری قابلیت توجیه ندارد. از حیث اخلاقی متغیرهای متنوعی وجود دارد که در هر مورد باید با بررسی همان مورد و با توجه به شرایط و واقعیات آن، اخلاقی بودن تعامل متقارن با رفتار طرفین ارزیابی گردد. به هر روی، نفی دیدگاه تعامل متقارن توجیه‌پذیر است؛ اگرچه ساماندهی نظریه‌ای جامع به‌عنوان معیاری برای شناسایی میزان تقصیر زیان‌دیده و خواننده دعوی مسئولیت مدنی و حدود و ثغور آن نیازمند پژوهشی مستقل است.

منابع

فارسی

- بادینی، حسن (۱۳۸۹). «نگرشی نقادانه به معیار «انسان معقول و متعارف» برای تشخیص تقصیر در مسوولیت مدنی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (فصلنامه حقوق سابق)، دوره ۴۰، شماره ۱.
- بادینی، حسن (۱۳۹۴). فلسفه مسوولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۵). مسوولیت مدنی، تهران: انتشارات سمت.
- صفایی، سیدحسین، حسن بادینی، بختیار عباسلو و سعیده صالحی (۱۳۹۷)، «معیار تقسیم مسوولیت در فرض تعدد اسباب و تحول آن در حقوق ایران»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۸۴.
- قاسمی، محسن (۱۳۹۶)، «دفاع نامشروع بودن رفتار زیان دیده در مسوولیت مدنی-بررسی تطبیقی در حقوق کامن‌لا، ایران و فقه امامیه»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره پانزدهم.
- قسمتی‌تبریزی، علی (۱۳۹۸)، «مبنایی متفاوت برای جبران خسارات ناشی از وسایل نقلیه»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و سوم، شماره ۱۰۵.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محقق‌داماد، مصطفی (۱۳۹۰)، قواعد فقه، بخش مدنی، تهران: مرکز نشر علوم انسانی.
- محقق‌داماد، مصطفی و نصرالله جعفری خسروآبادی (۱۳۸۹)، «بررسی قاعده‌ی مقابله با خسارت بر اساس فقه اسلامی و حقوق موضوعه‌ی ایران»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره دوم، سال چهل و سوم.

انگلیسی

- Condon v Condon (1978) RTR 483. Available at: https://www.guildhallchambers.co.uk/files/Contributory_Negligence_Works_hop2_Julian_Benson_Scenarios_PI_Def_Seminar_June_2013.pdf
- Deakin, Simon & Johnston, Angus & Markesinis, Basil (2001), Tort Law, Oxford, Oxford University Press.
- Dobbs, Dan B (2001), The Tort of Law, West Group Publishing: New York.
- Murray, Jackson v, Fordham, Margaret (2016), "Contributory Negligence and Apportionment", singapore Journal of Legal Studies, p.183-193.
- Robert V. Vitanza (1988), Victim Fault and Comparative Fault in Strict Liability, Available at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol48/iss5/10>
- Simons, Kenneth W (2015), "Victim Fault and Victim Strict Responsibility in Anglo-American Tort Law", Journul Tort Law; 8(1-2):29-66.
- Simons, Kenneth W. (2002), Reflections on Assumption of Risk, UCLA LAW REVIEW, VOL. 50, NO. 2:451-529. Available at: <https://www.uclalawreview.org/reflections-on-assumption-of-risk/>
- Stuart v. Walsh [2012] NSWCA 186. Available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7997397b-a6a5-49cc-83a0-744930a8e8c5>
- The Group of Authours (2005), Principles of European Tort Law Text and Commentary, Springer Wien: NewYork.

- The Group of Authors (1993), “Contributory Negligence as a Defence in Contract”, **The Law Commission**, No. 219.
- The Group of Authors (2001), “The Illegality Defence in Tort”, **The Law Commission Consultation Paper**, No. 160.
- The Group of Authors (2009), **Restatement (Third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm**.
- The Group of Authors (2002), **Review of the Law of Negligence Final Report**. available at:
 - https://treasury.gov.au/sites/default/files/2019-03/R2002-001_Law_Neg_Final.pdf
- Wood, Allen (2009), **Duties to Oneself, Duties of Respect to Others**. Available at:
 - <https://web.stanford.edu/~allenw/webpapers/DutiesOneself.doc>.
- **Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945**, Section 4. Available at:
 - <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/8-9/28/section/4>

قانون کلود: از کارکرد تا دستاوردها و نقایص آن در تحقیقات کیفری فراسرزمینی در حامل دیتای کاربران شرکت‌های فناوری

جواد صالحی*

چکیده

دولت ایالات متحده به‌زعم خویش با تصویب و اجرای قانون کلود، بعد از شکست در پرونده مایکروسافت پیش‌روی محاکم کیفری داخلی، درصدد عبور از این محدودیت‌ها بر اساس قانون داخلی است. این وضعیت تجربه‌ای است که دستاوردهای آن پیش‌روی سایر کشورها قرار گرفته است تا از ابعاد منفی آن احتراز شود. لذا بررسی ابعاد حقوقی قانون کلود، از کارکرد تا دستاوردها و نقایص آن در تحقیقات کیفری فراسرزمینی در آبرایانش شرکت‌های فناوری، موضوع و از اهداف این نوشتار است که با رویکرد توصیفی تحلیلی و انتقادی مدنظر قرار گرفته است. سؤال اصلی پژوهش این است که کارکرد و دستاوردهای قانون کلود در نظام عدالت کیفری ایالات متحده و سایر دولت‌ها برای پیشبرد تحقیقات کیفری فراسرزمینی در آبرایانش و نقایص آن چیست. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که قانون کلود به هر حال دولت ایالات متحده را به هدف اصلی وی برای دسترسی به دیتای ذخیره‌شده کاربر آبرایانش در حامل دیتای فراسرزمینی می‌رساند. اما دسترسی به دیتای کاربر آبرایانش در این شرایط هم متأثر از نادیده‌گرفتن محدودیت‌های ناشی از اصل حاکمیت درون‌سرزمینی و اصل ممنوعیت مداخله در امور دولت خارجی است که این بار در هیئت قانون داخلی ایالات متحده توجیه شده است، ولی به دلیل نقض محدودیت‌های حریم خصوصی کاربران آبرایانش مجاز و مقبول نشده است.

واژگان کلیدی: قانون کلود ایالات متحده، دیتای کاربر آبرایانش، تحقیقات کیفری فراسرزمینی، محدودیت اصل حاکمیت درون‌سرزمینی، اصل ممنوعیت مداخله در امور دولت خارجی

مقدمه

اطلاعات یا دیتا در جوامع مدرن یکی از کالاهای باارزش در مالکیت یا تصرف انسان است. ولی دولت‌ها در راستای اعمال حاکمیت درون‌سرزمینی تمایل دارند که حفاظت و مدیریت دیتای اتباع در اینترنت را در اختیار داشته باشند. لیکن این خواسته دولت‌ها با سازوکار ابررایانش^۱ منسوخ است. ابررایانش یکی از حوزه‌های در حال توسعه فناوری اطلاعات در فضای مجازی است. ساختار ابررایانش به نحوی است که شرکت‌های فناوری می‌توانند دیتای کاربران خود را با بهره‌گیری از آن در دیتاسنتر^۲ (حامل یا حامل دیتا) مستقر در محلی دور از محل اقامت کاربران یا دور از محل استقرار مرکز اصلی فعالیت شرکت ذخیره کنند. از این حیث، دیتا در این شرایط در ابررایانش از دستگاه رایانه یا گوشی همراه کاربر به سرورهای^۳ قابل کنترل برای شرکت فناوری از راه دور منتقل می‌شود (Schwartz, 2018: 1682) و بدین طریق از دسترس دولت متبوع کاربر خارج است. این وضعیت به یک اعتبار ضامن رعایت الزامات حریم خصوصی کاربر است، در جایی که شائبه نقض مقررات از سوی دولت سرزمینی محل استقرار مرکز اصلی فعالیت شرکت فناوری یا دولت متبوع کاربر وجود دارد. فعالیت پلیس زیر نظر دولت ایالات متحده نمونه‌ای از این شرایط است. پلیس ایالات متحده اغلب خواهان آن است تا بدون رعایت سازوکار قضایی و اخذ مجوز خاص قضایی به دیتای کاربر در ابررایانش دسترسی یابد، در جایی که تحقیقات اولیه کیفری وی ایجاب می‌کند. اما قانون هم پلیس ایالات متحده را محدود می‌کند و هم تحقیقات کیفری فراسرزمینی را از منظر وی مختل می‌کند. اما ایراد از قانون نیست؛ ایراد از ماهیت دیتا و ذخیره آن در حامل فراسرزمینی است که از حاکمیت قانون و دسترس پلیس در انجام تحقیقات کیفری خارج شده است. عبور از این وضعیت همکاری فراقانونی شرکت فناوری با پلیس را می‌طلبد که بنا به معذوریت حمایت از حریم خصوصی کاربر ابررایانش مفقود است.

ذخیره دیتا در حامل فراسرزمینی^۴ به باور برخی ناشی از جهانی‌شدن دیتاست که بر روند تحقیقات کیفری تأثیر منفی گذاشته است (Swire, Hemmings and Vergnolle, 2016: 327). این وضعیت با جهانی‌شدن جرایم و نقض فاحش امنیت ملی و بین‌المللی و ضرورت تنظیم سیاست جنایی جهانی برای تضمین امنیت حداکثری نیز در ارتباط است (نک: قناد و اکبری، ۱۳۹۶: ۳۹)، چراکه استفاده از ابررایانش یکی از امکانات پیش‌روی بزهکاران است تا آن‌ها نیز مستندات

1. Cloud Computing.
2. Data Centers.
3. Companies' Servers.
4. Data Centers Overseas.

فعالیت‌های مجرمانه خویش را از طریق ارتباطات الکترونیک در حامل فراسرزمینی دیتا ذخیره و نگهداری کنند (Mulligan, 2018: 1). وقوع جرم در قلمرو سرزمینی متفاوت از قلمرو سرزمینی محل استقرار حامل دیتا نتیجه‌ای است که دلایل مجرمانه ثبت شده در حامل دیتا را از دسترس مقامات قضایی یا پلیسی خارج می‌سازد. حامل دیتا یا محل استقرار آن در سرتاسر دنیا در مالکیت یا اجاره شرکت‌های فناوری است. استفاده از حامل یا محل استقرار آن تابع قرارداد تنظیمی با دولت مالک حامل یا دولت سرزمینی محل استقرار آن است. این وضعیت هیچ ارتباطی به الزام یا عدم الزام شرکت فناوری در افشاء یا عدم افشای دیتای ذخیره شده در حامل از قلمرو سرزمینی محل استقرار مرکز اصلی فعالیت شرکت ندارد. تلاش مقامات قضایی دولت سرزمینی محل وقوع جرم در این شرایط برای دسترسی به محتوای ارتباطات الکترونیک افراد در قالب ایمیل یا پست‌های آن‌ها در شبکه‌های اجتماعی بخشی از فرایند تحقیقات کیفری فراسرزمینی است که معمولاً به حامل فراسرزمینی دیتا منتهی می‌شود که از اعمال حاکمیت درون سرزمینی وی خارج است. مقامات پلیسی و قضایی در این شرایط با محدودیت صلاحیت کیفری سرزمینی و ممنوعیت تحقیقات کیفری در قلمرو فراسرزمینی و دسترسی به دیتای ذخیره شده در حامل فراسرزمینی از قلمرو سرزمینی متبوع مواجه هستند.

تکنولوژی ابررایانش باعث شده است که نحوه ذخیره دیتا با شکسته شدن مرزها و توسعه اعمال صلاحیت دولت‌ها برای دسترسی به آن تغییر کند (Schultheis, 2015: 661). نظام عدالت کیفری ایالات متحده با تصویب و اتکای به قانون تبیین استفاده قانون از داده‌های فراسرزمینی^۱ (قانون کلود) برای دسترسی به دیتای ذخیره شده فراسرزمینی و الزام شرکت فناوری دارای مرکز اصلی فعالیت در قلمرو سرزمینی متبوع به تبعیت از وی در صدد القای این مفهوم است. ایالات متحده با تصویب قانون کلود در صدد تسهیل دسترسی به دلایل ذخیره شده در حامل‌های فراسرزمینی از طریق شرکت فناوری تحت حاکمیت و فائق آمدن بر موانع سرزمینی حاکم بر تحقیقات کیفری فراسرزمینی بدون نیاز به موافقت‌نامه همکاری قضایی است. این در حالی است که تصویب قانون داخلی نافی ضرورت انعقاد موافقت‌نامه همکاری بین‌المللی قضایی نیست، هرچند که به اتکای قانون داخلی برخی از همکاری‌ها صورت گیرد (شریعت‌باقری، ۱۳۹۳: ۶۱). اما ایالات متحده با تصویب قانون کلود در صدد است تا به دو خواسته مرتبط با یکدیگر برای دسترسی به دیتای ذخیره شده فراسرزمینی نائل شود که بررسی ابعاد حقوقی آن، موضوع و از اهداف این نوشتار است. سؤال اصلی پژوهش این است که کارکرد و دستاوردهای قانون کلود در نظام عدالت کیفری ایالات متحده و سایر دولت‌ها برای پیشبرد

1. Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD Act).

تحقیقات کیفری فراسرزمینی در ابررایانش و نقایص آن چیست. فرض بر این است که قانون کلود واجد دو وضعیت است که اجرای هر دو بُعد آن با نقایصی مواجه است که دستاوردهای آن را ناچیز جلوه می‌دهد. لذا در این نوشتار ابتدا به تحقیقات کیفری و ضرورت دسترسی دولت‌ها به دیتای کاربران ابررایانش پرداخته و در ادامه به رویکرد شرکت‌های فناوری در افشای دیتای کاربر ابررایانش در حامل فراسرزمینی و سپس به الزامات ناشی از قانون ارتباطات ذخیره‌شده و ضرورت تغییر آن در قانون کلود می‌پردازیم تا نتایج تطبیقی حاصل از این مطالعه به علاقه‌مندان حوزه فناوری اطلاعات و رعایت اصول حاکم بر آن و حریم خصوصی کاربر ابررایانش در قلمرو تحقیقات کیفری فراسرزمینی ارائه شود.

۱. تحقیقات کیفری و ضرورت دسترسی دولت‌ها به دیتای کاربران ابررایانش

ابررایانش یکی از حوزه‌های در حال توسعه تکنولوژی اطلاعات است. دیتای کاربر در ابررایانش از گوشی تلفن همراه یا لپ‌تاپ به سرورهای قابل کنترل از راه دور برای شرکت فناوری با تنظیمات مختلف منتقل و ذخیره می‌شود. سرورهایی که دیتای کاربر را پشتیبانی می‌کنند از سوی شرکت فناوری در سرتاسر دنیا شبکه می‌شوند. هریک از سرورها بخشی از ابررایانش جهانی هستند و محتوای ذخیره‌شده در آن‌ها از تمام دنیا در دسترس کاربر ابررایانش است که از طریق نام کاربری و رمز عبور میسر است. از این‌رو، دیتای کاربر ابررایانش شرکت‌های اپل، گوگل یا مایکروسافت از دسترسی و کنترل دولت‌ها خارج است. این وضعیت موجب چالش‌های متعددی برای مقامات قانونی در دسترسی به اطلاعات ذخیره‌شده در حامل فراسرزمینی دیتا شده است. مقامات قانونی حسب قوانین داخلی امکان دسترسی به اطلاعات ذخیره‌شده کاربران فضای مجازی در حامل‌های فراسرزمینی دیتا را ندارند. این شرایط موجب نگرانی مقامات قانونی در تأمین امنیت ملی و تعقیب جرایم و دسترسی به دلایل مجرمانه آن در حامل فراسرزمینی دیتاست که جلوه‌ای از پیوند عدالت کیفری و امنیت ملی است. مسئله اصلی در این شرایط عدم دسترسی به حامل فراسرزمینی دیتا و انتقال اطلاعات آن برای تکمیل تحقیقات کیفری در قلمرو سرزمینی است. این وضعیت بر امنیت ملی تأثیرگذار است. به‌عنوان نمونه، جرم جاسوسی رایانه‌ای یکی از جرایم مرتبط با فضای مجازی و امنیت ملی است که با همین شرایط مواجه است (نک: محمدنسل، ۱۳۹۵: ۴۰).

ابررایانش تحت مدیریت شرکت‌های دارای تابعیت ایالات متحده و مشمول صلاحیت قضایی مرتبط است. اگرچه شرکت‌های ارائه‌کننده ابررایانش تابع اصل صلاحیت سرزمینی و قوانین دولت محل استقرار مرکز اصلی فعالیت خویش هستند، لیکن مشتریان آن‌ها فقط محدود به اتباع ایالات متحده نیستند و سرتاسر دنیا را پوشش می‌دهند. بنابراین عدم امکان دسترسی سایر دولت‌ها به دیتای اتباع خویش که از مشتریان این شرکت‌ها هستند و جواز دسترسی مطلق دولت ایالات متحده به

صرف تابعیت شرکت ارائه‌کننده ابررایانش یا سرزمینی بودن محل فعالیت آن‌ها مطلوب سایر دولت‌ها در سرتاسر دنیا نیست. دولت‌ها مدعی هستند که ذخیره دیتای اتباع آن‌ها در حامل‌های شرکت‌های متبوع ایالات متحده موجب نگرانی نقض حریم خصوصی شهروندی، نظارت خارجی و ممنوعیت دولت متبوع کاربر به دیتای تبعه خویش شده است. کما اینکه به اعتقاد برخی نظارت بر عملکرد کاربران اینترنتی بدون اطلاع آن‌ها در ایالات متحده مسبوق به سابقه است (فتحی و شاهمرادی، ۱۳۹۶: ۲۳۹). البته وضعیت به این بدی هم نیست، چراکه شرکت‌های فناوری متبوع ایالات متحده تابع سیاست‌های حرفه‌ای و قراردادهای استفاده از حامل دیتا در سرتاسر دنیا از یک طرف و تابع شرایط توافق‌شده با کاربر در زمان ثبت نام و استفاده از ابررایانش از طرف دیگر هستند. پرونده مایکروسافت در دیوان عالی و قطعیت شکست دولت ایالات متحده در دسترسی به دیتای کاربر نمونه‌ای از شرایط است. بر این اساس دولت ایالات متحده در دسترسی به دیتای کاربران این شرکت‌ها با محدودیت مواجه است، به نحوی که در برخی موارد حتی توسل به محاکم کیفری و قرار الزام شرکت فناوری به همکاری و افشای دیتای کاربر به پلیس یا دولت ایالات متحده نیز با بن‌بست مواجه شده است.

۱-۱. گزینه‌های پیش‌روی دولت‌ها برای دسترسی به دیتای کاربران ابررایانش

دولت‌ها درصدد بومی‌سازی و تصویب قوانین داخلی در ارتباط با دیتای اتباع برای رفع نگرانی‌های امنیت بین‌المللی هستند. این رویکرد مشترک دولت‌ها حاکی از تنظیم سیاست جنایی برای پاسخ به پدیده مجرمانه در ابررایانش است. دو تئوری برای رفع این نگرانی دولت‌ها وجود دارد: اول اینکه حامل فراسرزمینی دیتا به قلمرو سرزمینی کاربران آن منتقل شود. بر این اساس، دیتای کاربران ابررایانش از هر کشور به حامل دیتای همان کشور منتقل و ذخیره می‌شود. اما مخالفت با بالکانیزه‌شدن^۱ شبکه اینترنت جهانی از موانع اصلی این تئوری است (Swire and Kennedy, 2017: 662). دوم اینکه الزام شرکت‌های فناوری بر اساس قوانین داخلی کشوری میسر باشد که مرکز فعالیت آن‌ها در قلمرو سرزمینی وی مستقر شده است (Schwartz and Peifer, 2017: 118). بر این اساس شرکت فناوری تابع مقررات دولت محل استقرار مرکز اصلی فعالیت است، هرچند که دیتای کاربران خویش را در حامل فراسرزمینی ذخیره و مدیریت کرده باشد. اما این رویکرد با منافع شرکت‌های فناوری در تضاد است که دارای کاربرانی از سرتاسر دنیا هستند و تاب پذیرش قوانین سرزمینی محل استقرار مرکز فعالیت شرکت فناوری را ندارند، صرف‌نظر از اینکه اکثر شرکت‌های فناوری در قلمرو سرزمینی ایالات متحده مستقر بوده و بر اساس تئوری دوم تابع مقررات

۱. تقسیم و تجزیه نواحی به قطعات کوچک‌تر را گویند.

وی هستند. اکثر شرکت‌های فناوری از جمله گوگل و مایکروسافت دارای تابعیت و مرکز اصلی فعالیت در قلمرو سرزمینی ایالات متحده هستند، در حالی که کاربران آن‌ها از سرتاسر دنیا هستند. لذا اجرایی شدن گزینه دوم باعث می‌شود تا شرکت‌های فناوری بخش زیادی از مشتریان خود را از سرتاسر دنیا از دست بدهند.

دسترسی مقامات قانونی ایالات متحده به دیتای ذخیره‌شده کاربران دارای ملیت‌های متفاوت این شرکت‌ها حسب الزام ناشی از گزینه دوم فراهم است، در حالی که دسترسی مقامات قانونی دولت‌های متبوع کاربران این شرکت‌ها حسب گزینه اول همچنان به دو دلیل میسر نیست: اول اینکه شرکت‌های فناوری متبوع ایالات متحده در استقرار حامل دیتا تابع سیاست‌های متفاوت دولت‌ها در سرتاسر دنیا نیستند تا حسب تقاضای آن‌ها دیتای اتباع آن‌ها را به حامل مستقر در قلمرو سرزمینی آن‌ها ارسال و ذخیره کنند؛ دوم اینکه سایر کشورها، بر فرض دراختیارگرفتن حامل دیتای کاربران ملی این شرکت‌ها در قلمرو سرزمینی، حق دسترسی به دیتای ذخیره‌شده بدون همکاری و مجوزهای قانونی از شرکت‌های فناوری حسب قوانین داخلی ایالات متحده را ندارند. درواقع در این شرایط استقرار حامل‌های دیتای کاربران ملی در قلمرو سرزمینی دولت متبوع آن‌ها امتیازی تلقی نمی‌شود، در حالی که شرکت فناوری آن دارای تابعیت و مرکز اصلی فعالیت در قلمرو سرزمینی ایالات متحده است. این وضعیت باعث می‌شود تا دولت متقاضی دیتای کاربر ملی از شرکت فناوری با وجود دراختیارداشتن حامل دیتا در قلمرو سرزمینی از مقررات ایالات متحده تبعیت کند که در اکثر موارد با ممنوعیت دسترسی مواجه است.

تبعیت دولت سرزمینی محل استقرار حامل دیتا از مقررات ایالات متحده با اصل حاکمیت درون سرزمینی وی و تبعیت از قوانین خارجی راجع به مسائل داخلی منافات دارد. دولت ایالات متحده در این ارتباط نیز در وضعیت مشابه قرار دارد، با این تفاوت که شرکت‌های فناوری در قلمرو سرزمینی وی دارای مرکز اصلی فعالیت هستند، ولی حامل‌های ذخیره‌کننده دیتای کاربران خویش را در سرتاسر دنیا مستقر کرده‌اند. الزام شرکت‌های فناوری از سوی محاکم ایالات متحده به افشای محتوای ارتباطات الکترونیک کاربران از یک طرف با تعهدات آن‌ها در قبال کاربران و لزوم رعایت حریم خصوصی آن‌ها و از طرف دیگر با تعهدات آن‌ها در قبال دولت خارجی محل استقرار حامل دیتا بر لزوم کسب مجوز برای تبادل دیتای سرزمینی آن‌ها تداخل پیدا کرده است. این وضعیت ناشی از فراملی بودن جرایم فضای مجازی است (نک: دلخون اصل، گلدوزیان و کلانتری، ۱۳۹۸: ۱۳۶) که باعث شده است تا مقامات پلیسی و قضایی برای دسترسی به دیتای ذخیره‌شده کاربران این شرکت‌ها نیز با مشکلات مشابه سایر دولت‌ها مواجه باشند، هرچند که شرکت‌های فناوری در قلمرو

سرزمینی آن‌ها مستقر هستند و از این حیث نسبت به سایر دولت‌ها دارای امتیازند. اما این امتیاز با حربه اصل سرزمینی بودن قوانین کیفری برای آن‌ها کارآمد نیست. شرکت‌های فناوری معتقدند که مقامات قانونی و به طریق اولی محاکم کیفری نمی‌توانند آن‌ها را به استناد قوانین کیفری داخلی ملزم به افشای دیتای کاربران ابررایانش نمایند، در حالی که دیتا در حامل‌های فراسرزمینی ذخیره شده‌اند. اصل سرزمینی بودن قوانین و مکانیزم‌های دسترسی به دیتای ذخیره‌شده در حامل‌های فراسرزمینی مسئله‌ای است که باید برای آن چاره‌اندیشی شود. گزینه‌های متعددی در اعمال صلاحیت سرزمینی وجود دارد که شامل محل استقرار دیتا، محل اقامت کاربر، محل استقرار مرکز اصلی فعالیت شرکت میزبان دیتا می‌باشند. گزینه جایگزین برای پوشش دادن اعمال صلاحیت سرزمینی و دسترسی به دیتای ذخیره‌شده در حامل‌های فراسرزمینی شامل الزام شرکت‌های متبوع ایالات متحده در زمان طراحی شبکه به نحوی است که آن‌ها از قلمرو سرزمینی و بدون کسب مجوز از دولت سرزمینی حامل به دیتای ذخیره‌شده دسترسی و حق برداشت و افشاء به مقامات سرزمینی محل استقرار مرکز اصلی فعالیت یعنی ایالات متحده را داشته باشند، منوط به اینکه دولت سرزمینی محل استقرار حامل دارای چنین امتیازی نباشد، چراکه دیتا متعلق به کاربران شرکت متبوع ایالات متحده است که از مرکز اصلی پردازش و مدیریت شده و برای ذخیره به حامل فراسرزمینی هدایت می‌شود. اجاره حامل‌های فراسرزمینی موجد حقی برای دولت مؤجر به منظور دسترسی به دیتای ذخیره‌شده در حامل سرزمینی خویش نیست. در عین حال این وضعیت منصرف از حق دسترسی دولت‌های خارجی به دیتای کاربران شرکت‌های متبوع ایالات متحده است. هریک از دولت‌های خارجی حسب صلاحیتی که نسبت به دیتای کاربران شرکت‌های فناوری متبوع ایالات متحده پیدا می‌کنند حق دارند دسترسی به دیتای ذخیره‌شده شرکت‌های فناوری متبوع ایالات متحده را تقاضا کنند، ولو اینکه دیتا در قلمرو سرزمینی دیگری ذخیره شده باشد. این وضعیت با عدم حق دسترسی دولت سرزمینی محل استقرار حامل نیز تشدید و توجیه می‌شود. دولت محل استقرار حامل نه تنها حق دسترسی به دیتای ذخیره‌شده در حامل تحت حاکمیت سرزمینی ندارد، بلکه حق افشای آن را بدون کسب مجوز از شرکت فناوری یا مجوزهای لازم از محاکم دولت متبوع مرکز اصلی فعالیت شرکت فناوری ایالات متحده به طریق اولی ندارد. لذا باید سازوکاری برای الزام شرکت‌های متبوع ایالات متحده بر افشای دیتا بر اساس قرار محاکم دولت‌های خارجی یا بر اساس معاهدات همکاری حقوقی دوجانبه نیز وجود داشته باشد.

اما این شرایط میان دولت ایالات متحده و هریک از دولت‌های عضو اتحادیه اروپا سالب به انتفاء موضوع است. مقررات عمومی اتحادیه اروپا راجع به حفاظت از داده^۱ نمونه‌ای از این وضعیت است. اتحادیه اروپا مُصر به لزوم تبعیت شرکت‌های فناوری در حفاظت از دیتای کاربران تبعه اتحادیه اروپا در مقابل دولت‌های غیراروپایی از جمله ایالات متحده است. تصویب قانون کلود ناخواسته این نگرانی را برطرف کرده است، چراکه شرکت‌های فناوری به موجب آن حق دارند که با استناد به قوانین دولت محل استقرار مرکز اصلی فعالیت و با ادعای نقض احتمالی حریم خصوصی کاربران از دسترسی دولت ایالات متحده به دیتای ذخیره‌شده فراسرزمینی کاربران خویش جلوگیری کنند. این وضعیت منجر به لزوم توسل ایالات متحده به سازوکار معاهده همکاری حقوق دوجانبه می‌شود که سابق بر این نیز امکان آن وجود داشت، لیکن ایالات متحده به استفاده از آن به دلیل محدودیت‌های آن تمایلی نداشت، چراکه تجربه همکاری ایالات متحده و اتحادیه اروپا از این طریق برای دسترسی به دیتای ذخیره‌شده کاربران فضای مجازی با بن‌بست مواجه شده بود؛ زمانی که ایالات متحده با ادعای حمایت از تبعه ایالات متحده و اتحادیه اروپا نیز با ادعای حمایت از تبعه اتحادیه اروپا از افشای دیتای ذخیره‌شده کاربران متبوع خودداری می‌کردند.

۱-۲. لزوم همکاری دولت‌ها برای دسترسی به دیتای کاربر ابررایانش

حریم خصوصی کاربر ابررایانش موضوع مقررات اصلاحیه چهارم قانون اساسی ایالات متحده است. الزامات ناشی از اصلاحیه چهارم قانون اساسی نسبت به اتباع ایالات متحده در قلمرو فراسرزمینی با توجه به بایسته‌های صلاحیت و قوانین سرزمینی محل تحقیقات کیفری و بازرسی لازم‌الاجراء است، لیکن رعایت این الزامات در ارتباط با تحقیقات کیفری فراسرزمینی همیشه صادق نیست. رعایت این الزام در تحقیقات کیفری فراسرزمینی و دسترسی به متعلقات واجد حریم خصوصی متهم از این طریق فقط مربوط به زمانی است که ارتباط اختیاری وی، شمول یا تبعیت وی از قوانین ایالات متحده برقرار باشد. بدین معنا که متهم تابعیت ایالات متحده را داشته باشد و تحت شمول یا تبعیت از قوانین کیفری ایالات متحده قرار گرفته باشد تا الزامات ناشی از مقررات اصلاحیه چهارم قانون اساسی نسبت به وی مجری باشد. در شرایطی که متهم تابعیت ایالات متحده را نداشته باشد، برای انجام تحقیقات کیفری و بازرسی‌های لازم از وی در قلمرو فراسرزمینی به قرار یا حکم محاکم کیفری ایالات متحده نیازی نیست.

1. EU General Data Protection Regulation.

دولت ایالات متحده برای انجام تحقیقات کیفری نسبت به غیراتباع در قلمرو فراسرزمینی مشمول محدودیت‌های قانونی نیست. بر این اساس تحقیقات کیفری از اشخاص دارای تابعیت یا اموال متعلق به ایالات متحده یا بازرسی آن‌ها در قلمرو فراسرزمینی نیازمند مجوزهای قانونی از محاکم کیفری ایالات متحده است (United States v. Verdugo-Urquidez, 1990: 259). تحقق این وضعیت نه تنها باعث دسترسی ایالات متحده به حامل‌های فراسرزمینی، بلکه باعث دسترسی سایر دولت‌ها به حامل‌های مستقر در ایالات متحده هم می‌شود. این رویکرد با شعار مبارزه و پیشگیری از جرایم تروریستی برای تمام دولت‌ها توجیه‌پذیر است، چراکه دولت‌ها هریک بر اساس قوانین داخلی از یک طرف قائل به الزام شرکت‌های فناوری در همکاری با آن‌ها به افشای دیتای کاربران خویش هستند، وقتی که آن کاربر از اتباع دولت متقاضی هست. ولی از طرف دیگر خواهان عدم افشای دیتای کاربران به سایر دولت‌ها هستند، زمانی که آن کاربر از اتباع دولت متقاضی نیست. این سیاست یک بام و دو هواست. بر این اساس دولت‌ها از شرکت‌های فناوری می‌خواهند که دیتای کاربران خویش را از دسترسی سایر دولت‌ها محفوظ نگه دارند، وقتی که آن کاربر از اتباع دولت متقاضی نیست. در حالی که مبنای دسترسی دولت متبوع به دیتای کاربر شرکت فناوری شعار مبارزه و پیشگیری از جرایم تروریستی است که وقوع آن در هر نقطه از دنیا و از سوی هر تبعه‌ای محتمل است. در این شرایط فرقی میان تبعه داخلی و تبعه خارجی نیست.

بر این اساس تبعیت شرکت‌های فناوری از دستورات و دسترسی مقامات دولت ایالات متحده به دیتای ذخیره‌شده فراسرزمینی کاربران خویش منوط به سازوکارهای بین‌المللی یکسان برای تمام دولت‌هاست (نک: جلالی و توسلی اردکانی، ۱۳۹۸: ۱۳۵۱). حق دسترسی دولت ایالات متحده به دیتای کاربران با هر توجیه در جایی پذیرفتنی است که سایر دولت‌ها هم با توجیه مشابه از چنین حقی برخوردار باشند. این در حالی است که هیچ موافقت‌نامه الزام‌آوری بر لزوم رعایت یا نادیده گرفتن بایسته‌های حریم خصوصی کاربران فضای مجازی در عرصه بین‌المللی وجود ندارد، ولو اینکه منافع امنیت ملی دولت‌ها موضوعیت داشته باشد. بنابراین اعمال صلاحیت مأموران قانونی یک دولت در قلمرو سرزمینی دولت دیگر منوط به رضایت و انجام آن اقدامات توسط مأموران دولت اخیر (دولت سرزمینی) است. ورود و اقدامات عملیاتی مأموران دولت متقاضی در قلمرو سرزمینی دولت دیگر با ممنوعیت ناشی از اصل حاکمیت و اعمال مقتضیات آن توسط عوامل دولت سرزمینی است. اگر دولت متقاضی بتواند مقامات رسمی دولت سرزمینی را مجاب کند که به دیتای ذخیره‌شده در حامل سرزمینی وی برای شروع یا تکمیل تحقیقات کیفری در یک پرونده داخلی دسترسی داشته

باشد، بر این اساس استخراج، توقیف یا ارائه دیتا حسب صلاحدید از سوی مقامات رسمی دولت سرزمینی صورت می‌گیرد و نتایج آن به مقامات قانونی دولت متقاضی اعلام می‌شود. مقامات ذیصلاح سرزمینی چه بسا به این نتیجه برسند که امکان افشای دیتا به مقامات رسمی دولت متقاضی نیست. در هر شرایط مقامات پلیسی دولت متقاضی حق ندارند که رأساً وارد قلمرو سرزمینی دولت دیگر شوند و اقدامات لازم را نسبت به حامل مستقر در این سرزمین انجام دهند. ورود مقامات رسمی دولت متقاضی اعم از ورود فیزیکی یا مجازی است. ورود از طریق اینترنت به نحو غیرمجاز یا هک کردن صفحات مجازی نیز مشمول این ممنوعیت است. این وضعیت راجع به شرایطی است که دولت متقاضی توانسته باشد رضایت دولت سرزمینی را برای دسترسی به دیتای ذخیره شده در حامل مستقر در قلمرو سرزمینی وی جلب کند. مقامات قانونی دولت متقاضی بدون کسب رضایت دولت سرزمینی محل استقرار حامل دیتا حق ورود ندارند، ولو اینکه ورود از نوع مجازی و از طریق اینترنت باشد. بدین معنا که مقامات دولت متقاضی بتوانند از قلمرو سرزمینی خویش به حامل دیتای دولت دیگر نفوذ کنند و مأموریت خویش را در کشف، استخراج و تصاحب دیتا انجام دهند. وضعیت اخیر نه تنها نقض حریم خصوصی کاربر شرکت فناوری است، بلکه مداخله در امور داخلی کشور دیگر است که در حقوق بین الملل نه تنها با ممنوعیت، بلکه با مسئولیت بین المللی دولت خاطی توأم است.

۲. رویکرد شرکت های فناوری در افشای دیتای کاربر ابررایانش در حامل فراسرزمینی

ارتباط دادن میان دستگاه های رایانه از طریق اینترنت برای نمایش دیتای ذخیره شده در حامل های فراسرزمینی به جای ذخیره در دستگاه های رایانه از قابلیت های اصلی ابررایانش است. این تکنولوژی با ذخیره ارتباطات الکترونیک کاربر در سرورهای سرویس دهنده و اجازه به گیرنده مدنظر کاربر برای دسترسی به محتوای آن کار می کند. کاربر شرکت گوگل یا شرکت مایکروسافت از دستگاه رایانه متصل به اینترنت به برقراری ارتباط الکترونیک می پردازد (Schwartz, 2013: 1633)، در حالی که پیام الکترونیک از رایانه وی با مشخصات گیرنده مدنظر به حامل فراسرزمینی سرویس دهنده ایمیل منتقل و ذخیره می شود تا اینکه محتوی پیام در اولین فرصت در اختیار گیرنده آن قرار گیرد. طراحی شبکه به اراده سرویس دهنده است که مکان و نحوه ذخیره حجم گسترده مبادلات الکترونیک کاربران را بر اساس اهداف و سیاست های سازمانی تعیین می کند (Schwartz, 2018: 1686). دیتا در ابررایانش با دو مدل شامل بومی سازی^۱ و تقسیم سازی^۲ ذخیره می شود. دیتای کاربر در الگوی

1. Data Localization.

2. Data Shard.

بومی سازی در سرورهای مستقر در قلمرو سرزمینی یک کشور ذخیره می شود که ممکن است با قلمرو سرزمینی محل استقرار مرکز اصلی فعالیت شرکت یکسان نباشد. شرکت مایکروسافت از این الگو تبعیت می کند. دیتای کاربر در الگوی تقسیم سازی به چند بخش تقسیم می شود و هر بخش دیتا در سرور جداگانه ای ذخیره می شود (Chander and Le, 2015: 719). تقسیم داده از این طریق و ذخیره آن در سرورهای متفاوت دارای مزایای امنیتی است.

دولت ایالات متحده برای دسترسی به دیتای ذخیره شده در حامل فراسرزمینی با مقاومت شرکت های فناوری مواجه است. شرکت های فناوری مخالف دسترسی مقامات دولتی هستند. آن ها مدعی هستند که دسترسی مقامات دولت ایالات متحده به دیتای کاربران آن ها ناقض الزامات حریم خصوصی کاربران و تعهدات شرکت در این رابطه است. هرچند که این شرکت ها دارای تابعیت و مستقر در خاک سرزمینی ایالات متحده هستند و از قوانین آن باید تبعیت کنند. با وجود این، دولت ایالات متحده برای نیل به این خواسته به محاکم کیفری متوسل می شود و برای الزام شرکت های فناوری قرار کیفری صادر می شود. لیکن قرار الزام شرکت های فناوری به افشای دیتای کاربر ابرایانش با بن بست مواجه می شود. از منظر دولت ایالات متحده این اشکال ناشی از آن است که دیتای کاربران فضای مجازی در حامل های ایالات متحده ذخیره نمی شوند، بلکه در حامل های فراسرزمینی ذخیره می شوند که به جز از طریق همکاری شرکت های فناوری دسترسی به آن ها به دلیل فراسرزمینی بودن غیرممکن است. دسترسی به دیتای فراسرزمینی فقط برای شرکت فناوری طرف قرارداد حامل های دیگر کشورها میسر است.

شرکت های فناوری مانع اصلی دسترسی مقامات ایالات متحده به دیتای ذخیره شده کاربران در حامل های فراسرزمینی بدون طی کردن تشریفات همکاری دو یا چندجانبه قضایی هستند. این در حالی است که شرکت های فناوری مانند مایکروسافت، گوگل و اپل از اتباع ایالات متحده و در قلمرو سرزمینی وی دارای مرکز اصلی فعالیت هستند. این شرکت ها از یک طرف تابع مقررات سرزمینی ایالات متحده قرار می گیرند، اما از طرف دیگر به لحاظ ممنوعیت های ناشی از قراردادهای شرکت با کاربران و دولت دارنده حامل از افشای دیتای ذخیره شده به مقامات دولت محل استقرار مرکز اصلی فعالیت ممنوع هستند. افشای دیتای کاربران به مقامات دولت ایالات متحده برخلاف تعهدات شرکت فناوری بر رعایت الزامات حریم خصوصی کاربران از سرتاسر دنیا و عدم افشای آن به ثالث حتی با صدور حکم قضایی است. لذا تحقق این وضعیت در پرونده مایکروسافت و صدور حکم به نفع این شرکت در محاکم کیفری تجدیدنظر و دیوان عالی ایالات متحده به مذاق مقامات پلیسی دولت ایالات متحده سازگار نیامده است. در حالی که ایالات متحده در پرونده گوگل با شرایط مشابه

به‌خواسته خود بر دسترسی به دیتای کاربران ابررایانش رسیده بود، هرچند که موفقیت وی ناشی از سیاست‌های حرفه‌ای شرکت گوگل در ذخیره دیتای کاربران ابررایانش بوده است.

۲-۱. شرکت مایکروسافت و الزام وی به افشای دیتای کاربران ابررایانش

شرکت مایکروسافت در مقابل قرار الزام دادگاه کیفری ایالات متحده بر افشای اطلاعات کاربری و محتوی ارتباطات الکترونیک احد از کاربران ابررایانش استدلال کرد که اطلاعات کاربر در سرورهای شرکت مایکروسافت در قلمرو سرزمینی ایالات متحده ذخیره شده است، لیکن محتوی ایمیل کاربر در حامل داپلین ایرلند ذخیره شده است که در اختیار شرکت مایکروسافت و دولت ایرلند است. شرکت مایکروسافت اگرچه توانایی دسترسی به دیتای ذخیره‌شده در حامل فراسرزمینی و ارائه آن‌ها را به پلیس ایالات متحده داشت، لیکن با استدلال اینکه قرار دادگاه کیفری کارکرد فراسرزمینی ندارد، از همکاری با پلیس ایالات متحده امتناع کرد (صالحی، ۱۳۹۸: ۱۹۵). همین استدلال شرکت مایکروسافت در مقام اعتراض به رأی بدوی در مرحله تجدیدنظر مقبولیت یافت و مدنظر قضات دادگاه تجدیدنظر در عدم امکان الزام شرکت مایکروسافت در افشای دیتای کاربر ابررایانش قرار گرفت. مایکروسافت معتقد بود که الزام وی از سوی دادگاه کیفری به افشای دیتایی است که در حامل فراسرزمینی ذخیره شده است. این در حالی است که دسترسی به دیتای ذخیره‌شده در حامل فراسرزمینی مستلزم همکاری دولت ایرلند با دولت ایالات متحده است. عملکرد دولت ایالات متحده در دسترسی به دیتای حامل فراسرزمینی به اعتقاد برخی بدون جلب تمایل و همکاری دولت سرزمینی محل استقرار حامل دیتا با اصل حاکمیت سرزمینی و اصل ممنوعیت مداخله در امور سایر کشورها منطبق نیست (Brenner, 2010: 136).

القاء استدلال شرکت مایکروسافت در عدم همکاری با مقامات قانونی به معنای شکست پلیس دولت ایالات متحده در دسترسی به دیتای کاربر این شرکت بود. این رویکرد به معنای تضعیف توانایی مقامات قانونی و قضایی در کشف و تعقیب جرایم است (نک: طهماسبی و شاهمرادی، ۱۳۹۷: ۱۰۶-۱۰۵). اما دادگاه تجدیدنظر ایالات متحده در تأیید نظریه شرکت مایکروسافت استدلال کرد که دولت بر اساس قانون ارتباطات ذخیره‌شده نمی‌تواند دسترسی به دیتای ذخیره‌شده در سرورهای خارجی را حتی از شرکت‌های فناوری دارای مرکز اصلی فعالیت در قلمرو سرزمینی ایالات متحده تقاضا کند (United States v. Microsoft Corp., 2017: 356)، چراکه دیتا در حامل فراسرزمینی ذخیره‌شده است و قانون داخلی ایالات متحده نسبت به آن کارایی ندارد. لذا الزام شرکت فناوری به افشای دیتای ذخیره‌شده فراسرزمینی، ولو اینکه از مرکز اصلی فعالیت در قلمرو سرزمینی ایالات متحده صورت گیرد، به معنای اعتبار بین‌المللی قائل شدن برای قوانین داخلی ایالات

متحدہ است کہ در مانحن فیہ میسر نیست. قانون ارتباطات ذخیرہ شدہ ایالات متحدہ دارای کارکرد فراسرزمینی نیست تا محاکم داخلی بر اساس آن قراری را صادر کنند تا شرکت مایکروسافت بتواند در امور دولت خارجی دخل و تصرف کند. افشای دیتای ذخیرہ شدہ در حامل مستقر در قلمرو فراسرزمینی از امور مرتبط با دولت سرزمینی آن است و نسبت بہ شرکت مایکروسافت و دولت ایالات متحدہ عامل خارجی است.

دیتای ذخیرہ شدہ در حامل مستقر در قلمرو سرزمینی دولت ایرانند از امور داخلی و تابع ارادہ وی است. بنابراین دولت ایالات متحدہ و محاکم کیفری آن بر اساس این قانون می توانند نسبت بہ امور داخلی و در قلمرو سرزمینی دخل و تصرف کنند، در جایی کہ حامل دیتای شرکت مایکروسافت در قلمرو سرزمینی ایالات متحدہ مستقر باشد. این وضعیت با محدودیت اصل حاکمیت درون سرزمینی قوانین کیفری نیز منطبق است. اما دسترسی بہ دیتای ذخیرہ شدہ فراسرزمینی بر اساس این قانون، ہرچند کہ از سوی شرکت مایکروسافت و در قلمرو سرزمینی ایالات متحدہ صورت گیرد، مداخلہ در امور و متعلقات دولت ایرلند بودہ و با ممنوعیت ناشی از اصل ممنوعیت در امور داخلی دولت خارجی مواجہ است. شرکت مایکروسافت بہ صرف تبعیت از قوانین و قرارہای محاکم کیفری ایالات متحدہ نمی تواند در امور داخلی دولت خارجی مداخلہ کند و ارادہ حاکم وی را نادیدہ بگیرد. بر این اساس دیوان عالی ایالات متحدہ در پروندہ مایکروسافت بہ لزوم اصلاح قانون ارتباطات ذخیرہ شدہ اذعان کرد تا بر اساس اصلاحات جدید بتوان شرکت مایکروسافت را بہ افشای دیتای ذخیرہ شدہ در حامل فراسرزمینی ملزم کرد کہ از محل استقرار مرکز اصلی فعالیت شرکت در قلمرو سرزمینی ایالات متحدہ نسبت بہ آنہا مالکیت، دسترسی یا کنترل دارد.

۲-۲. شرکت گوگل و الزام وی بہ افشای دیتای کاربران ابرایانش

تقاضای دولت ایالات متحدہ بر افشای دیتای کاربر ابرایانش شرکت گوگل پیش روی دیوان عالی ایالات متحدہ نیز مسبوق بہ سابقہ است، با این تفاوت کہ رویہ قضایی محاکم ایالات متحدہ در این پروندہ متفاوت از پروندہ مایکروسافت است. الزام شرکت گوگل بہ افشای دیتای کاربر خویش در این پروندہ بہ معنای کارکرد فراسرزمینی قانون ارتباطات ذخیرہ شدہ تلقی شدہ است (United States v. Google, 2017: 725). در این پروندہ مسئلہ مکان دسترسی شرکت گوگل بہ دیتای ذخیرہ شدہ و ارزیابی پلیس ایالات متحدہ از این دیتا برای تکمیل تحقیقات کیفری موضوعیت دارد کہ از محل مرکز اصلی فعالیت شرکت گوگل و از حامل دیتای مستقر در قلمرو سرزمینی ایالات متحدہ صورت می گیرد. این سوء برداشت ناشی از ذخیرہ توأمان اطلاعات کاربر بہ نحو داخلی و بین المللی است. سیاست حرفہ ای شرکت گوگل در نحوہ ذخیرہ اطلاعات و دیتای کاربران ابرایانش

از سیاست حرفه‌ای شرکت مایکروسافت متفاوت است. شرکت گوگل، برخلاف شرکت مایکروسافت، اطلاعات و دیتای کاربران را به صورت هم‌زمان در دو حامل سرزمینی و فراسرزمینی ذخیره می‌کند. از این منظر اعمال صلاحیت کیفری سرزمینی و اتکا به قانون داخلی در پرونده گوگل باعث دسترسی به دیتا و ارزیابی آن در قلمرو سرزمینی ایالات متحده شده است. این رویکرد حاکی از اعمال صلاحیت کیفری بر اساس محل دسترسی به دیتا است، ولو اینکه نسخه دیگری از این دیتا به نحو فیزیکی در حامل فراسرزمینی هم ذخیره شده باشد. امکان دسترسی شرکت گوگل از هر موقعیت جغرافیایی به دیتای کاربران خویش ناشی از الگوی مورد استفاده مدنظر وی برای ذخیره دیتای کاربران است. لیکن شرکت مایکروسافت در ذخیره دیتای کاربران خویش از الگوی مشابه استفاده نمی‌کند. ذخیره دیتا از سوی شرکت مایکروسافت به نحوی است که دسترسی بدان فقط در قلمرو سرزمینی محل استقرار حامل امکان‌پذیر است، چراکه نسخه دیگری از دیتا در حامل سرزمینی مفقود است. این وضعیت برعکس ذخیره و امکان دسترسی به دیتای کاربران ابررایانش شرکت گوگل است.

از منظر شرکت گوگل امکان دسترسی به دیتا از قلمرو سرزمینی موجد صلاحیت کیفری محاکم ایالات متحده نیست، چراکه دیتا در حامل فراسرزمینی ذخیره شده است. بر اساس محل استقرار حامل، صلاحیت کیفری مقام قضایی صادرکننده قرار الزام به افشای دیتای کاربر و قانون مورد استناد وی فراسرزمینی است (United States v. Google, 2017: 710). اگر صلاحیت کیفری و قانون مورد استناد قاضی ایالات متحده محدود به قلمرو سرزمینی ایالات متحده باشد و او بخواهد از این طریق نسبت به مسائل فراسرزمینی اعمال صلاحیت کیفری کند، این رویکرد به معنای فراسرزمینی تلقی کردن صلاحیت کیفری قاضی و قانون ارتباطات ذخیره‌شده ایالات متحده است. در حالی که قوانین داخلی ایالات متحده در خارج از قلمرو سرزمینی ایالات متحده کاربرد ندارند، مگر اینکه کارکرد فراسرزمینی در همان قانون تصریح شده باشد. اما موضع‌گیری شرکت گوگل در محاکم کیفری ایالات متحده مقبولیت پیدا نکرد. امکان دسترسی شرکت گوگل به دیتا از قلمرو سرزمینی ایالات متحده از حیث فنی تأیید شده بود. ذخیره دیتا از سوی شرکت گوگل به نحوی بوده است که دسترسی بدان از هر موقعیت جغرافیایی برای اپراتور امکان‌پذیر است، وقتی که یک نسخه از دیتا در حامل مستقر در قلمرو سرزمینی است.

۳. الزامات ناشی از قانون ارتباطات ذخیره‌شده و ضرورت تغییر آن در قانون کلود

محتویات ایمیل کاربر در ابررایانش جلوه‌ای از حریم خصوصی وی است که برای بازرسی آن به حکم قضایی نیاز است (United States v. Warshak, 2010: 274). بر این اساس کپی محتوی ایمیل ناقض حریم خصوصی کاربر آن و مصداق بازرسی غیرقانونی است (Kerr, 2010: 703). لذا

دسترسی مقامات قضایی و پلیسی به ایمیل یا ارتباطات الکترونیک مجرمانه پس از طی تشریفات قانونی میسر است. اما گاهی اوقات قوانین مانع از به نتیجه رسیدن از طی تشریفات لازم می شوند، در جایی که الزامات حریم خصوصی موضوعیت دارند. الزامات حریم خصوصی کاربر باعث می شود تا پلیس در موارد حدس و گمان نتواند دادگاه را برای صدور مجوز دسترسی به داده کاربر در ابررایانش اقناع کند. منصرف از اینکه پس از صدور قرار دادگاه بر الزام شرکت فناوری راجع به افشای دیتای کاربر در ابررایانش هنوز پلیس اطمینان زیادی حسب رویه محاکم کیفری ایالات متحده در پرونده مایکروسافت برای دسترسی به محتویات مدنظر ندارد. اگرچه در حالت اول یعنی اقناع دادگاه برای صدور قرار الزام شرکت فناوری گریزی نیست، اما در حالت دوم برای ملزم کردن شرکت فناوری راهکار تصویب قانون جدید محتمل است. بر این اساس، تسهیل فرایند دسترسی دولت ایالات متحده به دیتای ذخیره شده فراسرزمینی مرتبط با منافع امنیت ملی وی موضوع قانون کلود قرار گرفته است، با این تفاوت که الزامات حریم خصوصی کاربر آن و تعهدات شرکت فناوری بر لزوم رعایت حریم خصوصی کاربر ابررایانش مانع از دسترسی دولت به دیتای ذخیره شده در حامل دیتای مستقر در قلمرو فراسرزمینی نیست. این وضعیت از نوآوری های قانون کلود بر قانون ارتباطات ذخیره شده^۱ است که پلیس ایالات متحده در پرونده مایکروسافت به استناد آن با شکست مواجه شد.

قانون کلود مسبق به قانون ارتباطات ذخیره شده و برای رفع کاستی های آن در ارتباط با حامل دیتای مستقر در قلمرو فراسرزمینی است. قانون ارتباطات ذخیره شده بخشی از قانون حریم خصوصی ارتباطات الکترونیک^۲ است که در رویه قضایی ایالات متحده برای دسترسی به دیتای کاربران در فضای مجازی شناسایی شده است. قانون ارتباطات ذخیره شده واجد کارکرد سرزمینی است، در حالی که دیتای کاربران فضای مجازی ماهیت فراسرزمینی دارد. تشریفات مقرر در قانون ارتباطات ذخیره شده مربوط به سرورها و حامل های ذخیره کننده دیتای کاربران شرکت فناوری است که در قلمرو سرزمینی ایالات متحده مستقر هستند. در این قانون به الزام شرکت فناوری بر ارائه محتوی ارتباطات الکترونیک کاربر و اطلاعات ذخیره شده وی در حامل های فراسرزمینی اشاره ای نشده است. اتکا به این قانون برای دسترسی به دیتای ذخیره شده کاربر ابررایانش شرکت فناوری متبوع یا دارای مرکز اصلی فعالیت در ایالات متحده در حامل های فراسرزمینی کارآمد نیست، چراکه این قانون واجد اعتبار سرزمینی است و به موضوعات فراسرزمینی سرایت ندارد. اما قانون ارتباطات ذخیره شده ایالات متحده

1. Stored Communications Act, 1986.

2. Electronic Communications Privacy Act, 1986.

با اصلاحات قانون کلود زین پس نسبت به دیتای ذخیره شده فراسرزمینی قابل اعمال و تأثیر است. با تصویب قانون کلود، گستره اجرایی قانون ارتباطات ذخیره شده واجد اعتبار بین المللی شده است. قانون کلود در الزام شرکت های فناوری به افشای دیتای کاربران خویش، صرف نظر از محل استقرار حامل دیتا در قلمرو سرزمینی یا فراسرزمینی، واجد اصلاح قانون ارتباطات ذخیره شده است که سابق بر این چنین تصریحی نداشت. از یک طرف، قلمرو اجرایی قانون ارتباطات ذخیره شده ایالات متحده تا پیش از تصویب قانون کلود سرزمینی و نسبت به دیتای ذخیره شده در حامل مستقر در قلمرو سرزمینی کاربرد داشت. از طرف دیگر، سایر دولت ها بر اساس قانون ارتباطات ذخیره شده از مکاتبه مستقیم با شرکت های فناوری برای دریافت دیتای کاربران آن ها راجع به محتوای ارتباطات الکترونیک منع شده بودند^۱، ولو اینکه کاربران مدنظر از اتباع داخلی آن ها بودند. رویکرد سابق قانون ارتباطات ذخیره شده به معنای الزام دولت ها به توسل از طریق معاهده همکاری حقوقی دوجانبه و تقاضای مساعدت از دولت ایالات متحده برای کسب مجوز افشای محتوای ارتباطات الکترونیک بود. این در حالی است که بر اساس قانون کلود این محدودیت برداشته شده است. دولت ها با امضای موافقت نامه اجرایی با ایالات متحده مجاز به برقراری ارتباط مستقیم با شرکت های فناوری برای دریافت دیتای کاربران این شرکت ها هستند، مشروط به اینکه اولاً افشای دیتا به دولت متقاضی در تعارض با قوانین داخلی وی نباشد^۲ و ثانیاً کاربر مدنظر از اتباع داخلی دولت متقاضی باشد. بر این اساس، افشای دیتای تبعه یا مقیم ایالات متحده به سایر دولت ها یا افشای دیتای کاربر متبوع دولت متقاضی برخلاف الزامات ناشی از قوانین داخلی وی راجع به حریم خصوصی شهروندان با ممنوعیت مواجه است.

۳-۱. قانون ارتباطات ذخیره شده و خلأ های اجرایی آن

بر اساس قانون ارتباطات ذخیره شده، شرکت های فناوری به جز در موارد استثنایی به تشخیص خود از افشای محتوای ارتباطات الکترونیک (متن ایمیل) به هر شخص یا نهادی منع شده اند، مگر اینکه برخی از الزامات فنی ضرورت آن را توجیه کند.^۳ علاوه بر این، شرکت فناوری از افشای سوابق یا مشخصات کاربر منع شده است.^۴ اما این ممنوعیت شامل افشای اطلاعات غیرمحتوایی نیست.^۵ بر اساس قانون ارتباطات ذخیره شده، الزامات حریم خصوصی کاربر و لزوم رعایت آن از سوی شرکت فناوری مزید بر علت شده است تا شرکت های فناوری حتی الامکان از افشای دیتا به مقامات

1. Stored Communications Act, 1986, 2702(a)(3)
2. CLOUD Act, 2018, 103(b).
3. Stored Communications Act, 1986, 2702(a)(1).
4. Stored Communications Act, 1986, 2702(a)(3).
5. Stored Communications Act, 1986, 2702(c)(6).

پلیسی و قضایی به بهانه ذخیره دیتا در حامل های فراسرزمینی امتناع کنند. از این رو، مقامات پلیسی، که در ایالات متحده زیر نظر دولت و بخشی از آن می باشد، برای الزام شرکت های فناوری ناگزیر از مراجعه به دادگاه و دریافت قرار الزام شرکت فناوری بر اساس قوانین فدرال آیین دادرسی کیفری هستند، منوط به اینکه محتوی ارتباطات حاکی از وقوع جرم و دلایل مؤید آن باشد و از زمان ذخیره آن بیش از ۱۸۰ روز سپری نشده باشد.^۱ اگر از زمان ذخیره اطلاعات بیش از ۱۸۰ روز گذشته باشد، پلیس با طی تشریفات دیگری که منجر به اطلاع و اعتراض صاحب اطلاعات در دادگاه می شود مجاز به تقاضای رسیدگی و صدور قرار الزام شرکت فناوری به افشای اطلاعات ذخیره شده است^۲، منصرف از اینکه پلیس در چنین شرایطی باید اثبات کند که محتوی مورد درخواست وی با تحقیقات کیفری در جریان مرتبط است.^۳

برای رفع این نقیصه، لایحه اصلاح قانون ارتباطات ذخیره شده به تصویب رسید^۴ تا به موجب آن شرکت فناوری ملزم به افشای دیتای در مالکیت، دسترسی و کنترل به پلیس باشد، صرف نظر از اینکه این دیتا را در کجا ذخیره کرده باشد، چراکه دولت ایالات متحده خواهان حفظ تبعیت شرکت های فناوری از دستورات دادگاه بر اساس قانون ارتباطات ذخیره شده نسبت به دیتای ذخیره شده فراسرزمینی است. این وضعیت با تجربه شکست دولت ایالات متحده در پرونده مایکروسافت توأم شده بود. دیوان عالی ایالات متحده در پرونده مایکروسافت اذعان کرد بر اساس قرار صادره از سوی دادگاه کیفری بر اساس قانون ارتباطات الکترونیک که در سرتاسر قلمرو سرزمینی ایالات متحده کاربرد دارد، نمی توان شرکت مایکروسافت را ملزم به افشای دیتایی کرد که در حامل دولت ثالث ذخیره شده است (United States v. Microsoft Corp., 2018: 548)، لیکن گزینه دیگری برای آن وجود دارد. تصویب قانون جدید و تقاضای مجدد دولت از شرکت مایکروسافت بر لزوم افشای دیتای کاربر وی چاره ساز است.

دولت بر اساس قانون کلود پس از این مرحله بود که تقاضای جدیدی را برای در اختیار گرفتن دیتای کاربر شرکت مایکروسافت در دادگاه مطرح کرد. دادگاه کیفری قرار جدیدی را بر اساس قانون کلود به منظور الزام شرکت مایکروسافت صادر کرد (United States v. Microsoft Corp., 2018: 548). دولت در نهایت از این طریق به دیتای ذخیره شده فراسرزمینی دست یافت، چراکه شرکت

1. Stored Communications Act, 1986, 2703(a).

2. Stored Communications Act, 1986, 2703(d).

3. Stored Communications Act, 1986, 2703(b)(1)(b).

4. Consolidated Appropriations Act, 2018.

مایکروسافت بر اساس قانون جدید ملزم بود به موجب قرار دادگاه ایالات متحده دیتای در مالکیت، دسترسی یا کنترل را صرف نظر از محل ذخیره دیتا اعم از قلمرو سرزمینی ایالات متحده یا دولت ثالث افشا کند.^۱ دیوان عالی ایالات متحده نیز، با توجه به موافقت دولت و شرکت مایکروسافت بر جایگزینی قرار جدید با قرار سابق دادگاه و تبعیت از آن، احکام دادگاه بدوی و تجدیدنظر در پرونده مایکروسافت را نقض کرد (United States v. Microsoft Corp., 2018: 548). دیوان عالی ایالات متحده در این پرونده استدلال کرد که با توجه به تصویب قانون کلود این پرونده و احکام صادره در آن از درجه اعتبار ساقط است (United States v. Microsoft Corp., 2018: 1186)، چراکه قانون کلود در قلمرو فراسرزمینی قابل اجراست و بر این اساس شرکت مایکروسافت مکلف به ارائه دیتای ذخیره شده کاربر در حامل های فراسرزمینی به پلیس ایالات متحده است.

۳-۲. قانون کلود: از مزایا و امتیازات تا نقیصه های آن

ایالات متحده به دیتای کاربران شرکت های فناوری دارای تابعیت وی یا مستقر در خاک سرزمینی خویش نیاز دارد. لیکن این دیتا حسب سیاست های حرفه ای شرکت های فناوری در حامل فراسرزمینی ذخیره می شوند. دولت ایالات متحده برای دسترسی به دیتای ذخیره شده در حامل فراسرزمینی به استناد قانون ارتباطات ذخیره شده با بن بست مواجه بود. پلیس ایالات متحده بر اساس قانون کلود از این مانع عبور کرده است، هرچند که قانون کلود در مرحله اجرا هنوز با ایراداتی مواجه است. پیش از این، سایر دولت ها برای دسترسی به دیتای ذخیره شده در حامل های ایالات متحده مجبور به طی تشریفات معاهدات همکاری حقوق دوجانبه^۲ یا دیگر سازوکارهای قضایی بودند. ایالات متحده نیز تابع همین شرایط بود. این در حالی بود که شرکت های فناوری متبوع یا دارای مرکز فعالیت در قلمرو سرزمینی ایالات متحده از مذاکره و ارسال مستقیم دیتا به سایر دولت ها ممنوع بودند.^۳ این محدودیت تاحدودی برای دولت ایالات متحده نیز وجود داشت، چراکه شرکت های فناوری در صورتی مجاز به ارائه دیتا به دولت ایالات متحده بودند که دولت با ارائه مستندات به دادگاه ثابت می کرد که در مبادلات الکترونیک کاربر شرکت احتمال وجود دلائل مجرمانه وجود دارد. اگر دادگاه متقاعد می شد و قرار الزام شرکت به افشای دیتای کاربر را صادر می کرد، آن زمان شرکت مجاز به ارائه دیتا به دولت بود.^۴ این تقاضاها سابق بر این به محاکم دولت مورد تقاضا ارجاع

1. CLOUD Act, 2018, 103.

2. Mutual Legal Assistance Treaties.

3. Stored Communications Act, 1986, 2702(a).

4. Stored Communications Act, 1986, 2703(a).

می‌شد. انطباق خواسته دولت متقاضی از دولت سرزمینی حامل دیتا با قوانین، تابع تشریفاتی بود که باید در محاکم کیفری طی می‌شد تا مجوز افشای دیتای کاربر صادر شود.

این فرایند زمان‌بر بود و اغلب با شکست در حصول نتیجه مدنظر دولت متقاضی توأم بود؛ کما اینکه این فرمول در پرونده مایکروسافت نیز موفقیت‌آمیز نبود. این وضعیت به دلیل ناکارآمدی در مبارزه همه‌جانبه و عکس‌العمل سریع در مقابله با جرایم روزافزون سایبری با انتقاداتی مواجه شد (White House, 2013: 227). توسل به قانون کلود به جای توسل به معاهده همکاری حقوقی دوجانبه برای تحقق چنین خواسته‌ای از پیشنهادات وزارت دادگستری ایالات متحده است. قانون کلود مشکلات ایالات متحده را مرتفع می‌کند، لیکن مشکلاتی برای تمام دولت‌ها ایجاد می‌کند. توسل به قانون کلود، اگر مداخله در امور داخلی سایر کشورها بر اساس قوانین ایالات متحده تلقی نشود، حداقل به معنای غلبه اراده مقنن ایالات متحده بر اراده تمام دولت‌ها در سرتاسر دنیا در مسئله همکاری یا عدم همکاری با ایالات متحده در افشای دیتای ذخیره‌شده در حامل‌های مستقر در خاک سرزمینی است. اتباع سایر دولت‌ها که دیتای آن‌ها نزد شرکت‌های متبوع ایالات متحده پردازش و مدیریت شده و در حامل‌های فراسرزمینی ذخیره می‌شود، پیش از این، مشمول مقررات سرزمینی ایالات متحده نبودند. این یکی از نقاط ضعف قانون کلود به صورت بالقوه برای تمام دولت‌ها و اتباع آن‌هاست که از ابررایانش شرکت‌های فناوری گوگل، مایکروسافت و اپل استفاده می‌کنند، چراکه این اراده نباید از سوی یک دولت برای سایر دولت‌ها محقق شود، بلکه این سازوکاری است که باید در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و حسب اراده جمعی دولت‌های عضو آن محقق شود تا مثمر‌تر باشد. اما ایالات متحده با وضع و تصویب قانون کلود اتفاقاً در صدد برآمده است تا بر اشکالات و وابستگی به معاهده همکاری حقوقی دوجانبه با سایر دولت‌ها در شرایط لزوم دسترسی به دیتای ذخیره‌شده در حامل‌های فراسرزمینی فائق آید.

این رویکرد به معنای حاکمیت اراده ایالات متحده بر اراده تمام دولت‌ها و یکجانبه‌گرایی وی است. وضع و تصویب قانون کلود از مظاهر اعمال حاکمیت و تحقق اراده ایالات متحده است، بدون اینکه برای اجرای آن نیازی به کسب رضایت سایر دولت‌ها باشد. بر اساس قانون کلود به رئیس‌جمهور ایالات متحده اجازه داده شده است تا به تنظیم قراردادهای انحصاری با دولت‌های خارجی برای دسترسی مستقیم به دیتای کاربران از طریق شرکت‌های فناوری بپردازد. این وضعیت بدین معناست که دولت ایالات متحده بدون در نظر گرفتن محل استقرار حامل ذخیره‌کننده دیتای کاربران فضای مجازی و الزامات حریم خصوصی می‌تواند به دیتای مورد نظر دست یابد. اما این رویه ایالات متحده موجب نگرانی رفتار مشابه سایر دولت‌ها با دیتای ذخیره‌شده در حامل‌های مستقر

در ایالات متحده است، منصرف از اینکه در هر دو حالت اصل سرزمینی بودن اعمال حاکمیت و صلاحیت کیفری به عنوان جزء لاینفک حقوق بین الملل کیفری نیز تحت الشعاع است. این در حالی است که باید مبنایی برای این رفتار وجود داشته باشد. این مبنا از دو حال خارج نیست. در این شرایط، محل فعالیت شرکت فناوری و محل استقرار حامل تعیین کننده است. شرکت مایکروسافت در پرونده ایالات متحده علیه مایکروسافت معتقد بود که دولت بر مبنای محل استقرار شرکت مایکروسافت و صلاحیت خود برای تقاضای دسترسی به دیتای کاربران استناد می کند، در حالی که حامل دیتا از قلمرو سرزمینی وی خارج است. این وضعیت دربرگیرنده دو مبنا به صورت توأمان است. مبنا بر این اساس، محل فعالیت شرکت فناوری است که دولت محل استقرار آن مجاز به دریافت دیتای کاربر است، ولو اینکه دیتا در حامل فراسرزمینی ذخیره شده باشد. مفهوم مخالف این فرمول آن است که دولت محل استقرار حامل که به ذخیره دیتای کاربران شرکت فناوری می پردازد و نسبت به آن صلاحیت سرزمینی دارد نیز مجاز به دسترسی به دیتای کاربران شرکت فناوری فراسرزمینی می باشد که محل فعالیت آن در قلمرو سرزمینی دولت ثالث است. این نتیجه گیری به معنای جواز مداخله در امور داخلی و اتباع سایر کشورهاست که در حقوق بین الملل با ممنوعیت مواجه است.

تقاضای دولت سرزمینی محل فعالیت شرکت فناوری برای دسترسی به دیتای ذخیره شده کاربران وی به معنای نادیده گرفتن تعهدات شرکت فناوری در قبال کاربران ابررایانش و در قبال دولت محل استقرار حامل است که برای استفاده وی از حامل های فراسرزمینی مشخص شده اند. دسترسی دولت محل استقرار حامل به دیتای ذخیره شده کاربران فراسرزمینی نیز به معنای زیرپا گذاشتن تعهدات شرکت فناوری در قبال کاربران و در قبال دولت محل فعالیت شرکت فناوری است که بر اساس آن اجازه فعالیت به شرکت فناوری داده شده است. پافشاری هریک از دو دولت محل استقرار مرکز اصلی فعالیت شرکت فناوری یا دولت محل استقرار حامل دیتا به معنای ناگزیر بودن شرکت فناوری به نادیده گرفتن و نقض قوانین دیگر دولت به بهای رعایت قوانین دولت متقاضی است. وجه اشتراک هر دو نادیده گرفتن تعهدات شرکت در قبال کاربران است که چه بسا از اتباع هیچ یک از دو دولت نباشند. چاره خروج از این وضعیت الزام شرکت فناوری از قوانین کیفری محل فعالیت است، هر چند که دیتای کاربران وی در حامل فراسرزمینی ذخیره شود، در عین حال که دولت محل استقرار حامل نیز برای دسترسی به دیتای ذخیره شده در قلمرو سرزمینی مجاز به تقاضا و کسب موافقت دولت سرزمینی محل فعالیت شرکت فناوری باشد. این وضعیت بدین معناست که شرکت فناوری حسب قراردادهای استفاده از حامل فراسرزمینی مکلف به تبعیت از قوانین کیفری دولت محل استقرار حامل نباشد و دولت محل استقرار حامل نیز به واسطه در اختیار داشتن حامل دارای حق اولویت به دیتای

ذخیره شده در حامل سرزمینی و الزام شرکت فناوری به تبعیت از قوانین وی برای عدم افشای دیتای ذخیره شده در حامل سرزمینی وی نباشد.

نتیجه

دولت‌ها درصدد هستند تا با ذخیره دیتای اتباع به عنوان بخشی از سرمایه‌های ملی در حامل مستقر در قلمرو سرزمینی شرایط دسترسی و مدیریت دیتای کاربران ابررایانش تحت حاکمیت قوانین داخلی متجلی شود. اما شرکت‌های فناوری برای فعالیت ناگزیر از پذیرش و اولویت به قوانین سرزمینی محل استقرار مرکز اصلی فعالیت شرکت هستند. استفاده شرکت فناوری از امکانات دیگر دولت‌ها و حامل‌های مستقر در قلمرو سرزمینی آن‌ها حسب قرارداد اجاره نیز به نادیده گرفتن قوانین کیفری محل فعالیت و استقرار مرکز اصلی شرکت منتهی نمی‌شود. هرچند که دولت محل استقرار مرکز اصلی شرکت فناوری ممکن است دارای حامل دیتا باشد، لیکن شرکت فناوری به هر دلیل فنی تمایل به استفاده از حامل فراسرزمینی دارد. از یک طرف، استفاده از حامل‌های فراسرزمینی مجوز عدول شرکت فناوری در تبعیت از قوانین سرزمینی محل استقرار مرکز اصلی فعالیت نیست. از طرف دیگر، استفاده از حامل‌های فراسرزمینی برای دولت صاحب سرزمین موجب حق تحمیل قوانین کیفری نسبت به شرکت فناوری و نوع فعالیت‌های وی در سرزمین ثالث (دولت محل استقرار مرکز اصلی شرکت) نیست. لذا دولت سرزمینی محل استقرار حامل دیتا نمی‌تواند شرکت فناوری را که در قلمرو سرزمینی دولت ثالث فعالیت می‌کند، ملزم به تبعیت از قوانین داخلی در فعالیت‌های فراسرزمینی وی کند، به این استناد که از حامل مستقر در قلمرو سرزمینی وی استفاده می‌کند. البته این به معنای نادیده گرفتن اعمال حاکمیت دولت محل استقرار حامل نسبت به استفاده شرکت فناوری از امکانات سرزمینی وی نیست. ایجاد محدودیت برای شرکت فناوری از سوی دولت محل استقرار حامل دیتا در زمان لزوم افشای دیتا به سایر دولت‌ها نمونه‌ای از این وضعیت است، هرچند که منجر به آزادی عمل دولت سرزمینی محل استقرار حامل دیتا هم نمی‌شود.

اعمال حاکمیت دولت محل استقرار حامل دیتا مجوز سرپیچی شرکت فناوری از قوانین محل استقرار مرکز اصلی فعالیت وی نیست. کما اینکه اگر حامل در قلمرو سرزمینی دولت محل استقرار مرکز اصلی فعالیت مستقر باشد، شرکت فناوری امکان دسترسی آزادانه به آن و نادیده گرفتن مقررات دولت سرزمینی در این ارتباط را ندارد. این وضعیت حاکی از گره خوردن فعالیت‌های اقتصادی شرکت‌های فناوری با ملاحظات اعمال حاکمیت دولت سرزمینی محل استقرار مرکز فعالیت یا محل استقرار حامل دیتاست. اما این وضعیت برای دولت ایالات متحده و پلیس وی مطلوب و قابل قبول نیست. الزام شرکت فناوری مستقر در قلمرو سرزمینی ایالات متحده به نادیده گرفتن مقررات دولت

سرزمینی محل استقرار حامل دیتا و افشای دیتای کاربران از محل مرکز اصلی فعالیت شرکت مورد تقاضاست. اما شرکت فناوری این فرایند را نیازمند مجوزهای قضایی می‌داند. پلیس و دولت ایالات متحده هم ابایی ندارد تا از سازوکارهای قضایی برای تحقق این خواسته استفاده کند، اما رویه قضایی محاکم کیفری ایالات متحده در این ارتباط متکی به قوانین داخلی است که با بن‌بست روبه‌رو هستند. به بیان دیگر، قوانین داخلی و قلمرو اجرایی آن‌ها تا سرحد مرزهای سرزمینی و تحت حاکمیت ایالات متحده است و فراتر از آن کاربرد ندارد. در این شرایط، صدور قرار الزام شرکت فناوری به افشای دیتای کاربر از سوی محاکم کیفری ایالات متحده ناکارآمد است، وقتی که قرار است دیتا از حامل دیتای مستقر در قلمرو فراسرزمینی بازخوانده شود. بازخوانی دیتا از حامل مستقر فراسرزمینی جلوه‌ای از مداخله در امور دولت خارجی است که با قوانین داخلی نمی‌توان آن را توجیه کرد، وقتی که قانون به قلمرو فراسرزمینی و کارکرد خود در آن اشاره نکرده است. دولت ایالات متحده برای عبور از این محدودیت‌ها به تصویب قانون کلود پرداخته است.

قانون کلود دارای دو جزء اصلی است. جزء اول آن واجد الزام شرکت‌های فناوری به افشای محتوی ارتباطات الکترونیک ذخیره‌شده در سرورهای شرکت و حامل‌های فراسرزمینی است. جزء دوم آن مجوز طرح و بررسی تقاضای سایر دولت‌ها از ایالات متحده برای دسترسی به دیتای ذخیره‌شده در حامل‌های مستقر در ایالات متحده است، مشروط به اینکه این تقاضا برای تکمیل تحقیقات کیفری یا تعقیب جرایم ضرورت داشته باشد. سابق بر این، راجع به جزء اول قانون کلود شرکت‌های فناوری در ایالات متحده به موجب قانون ارتباطات ذخیره‌شده و قرار صادره از محاکم ایالات متحده با ظن به وجود دلیل جرم ملزم به افشای محتوی ارتباطات الکترونیک کاربران بودند. اما زمانی که حامل ذخیره‌کننده مبادلات الکترونیک کاربران شرکت‌های فناوری در قلمرو سرزمینی ایالات متحده مستقر نبودند، این رویه با بن‌بست مواجه می‌شد. این اشکال قرار صادره از محاکم ایالات متحده را با مانع صلاحیت کیفری سرزمینی مواجه می‌کرد. بر این اساس، تصویب قانون کلود مجوز صدور و اجرای قرار محاکم ایالات متحده برای دسترسی به دیتای ذخیره‌شده در حامل فراسرزمینی از قلمرو سرزمینی ایالات متحده است. بر این اساس، استقرار حامل دیتا در قلمرو فراسرزمینی مانع از دسترسی مقامات قانونی یا پلیس ایالات متحده نیست، با این مزیت که ایالات متحده برای تحقق آن نیازی به توسل به سازوکار معاهده همکاری حقوقی دوجانبه هم ندارد.

از این رو، قانون کلود واجد دو وضعیت است که اجرای هر دو بعد آن با مضراتی مواجه است که منافع آن را ناچیز جلوه می‌دهد. از یک طرف به قرارهای صادره از محاکم کیفری ایالات متحده بر لزوم افشای دیتای ذخیره‌شده در حامل‌های فراسرزمینی اعتبار فراسرزمینی داده شده است، بدون

اینکه اراده قضایی سایر دولت‌ها در آن لحاظ شود. بر این اساس، دسترسی دولت ایالات متحده به حامل‌های مستقر در قلمرو سرزمینی دولت‌های ثالث تسهیل شده است که می‌تواند شرکت‌های فناوری درون‌سرزمینی را بر اساس قانون داخلی ملزم به افشای دیتای کاربر در حامل مستقر در قلمرو فراسرزمینی کند. حامل دیتا عامل ارتباط دولت محل استقرار آن با شرکت فناوری است. بر این اساس، لزوم اعمال حاکمیت قضایی وی بر امور شرکت فناوری بدیهی است. اما ایالات متحده به صرف استقرار مرکز اصلی فعالیت شرکت فناوری نمی‌تواند اراده و حاکمیت قضایی دولت محل استقرار حامل دیتا را نادیده بگیرد، چراکه رویکرد ایالات متحده به معنای وضع و تصویب قوانین دارای اعتبار فراسرزمینی و افزایش صلاحیت کیفری سرزمینی به سرتاسر دنیا است که با اصل ممنوعیت مداخله در امور داخلی سایر کشورها در تعارض است. اما وضعیت اول که مجوز دسترسی ایالات متحده به دیتای ذخیره‌شده در حامل‌های فراسرزمینی است، امتیازی است که دولت ایالات متحده از طریق قانون داخلی و به نیابت از تمام دولت‌ها در سرتاسر دنیا به خود داده است که جلوه‌ای از نقض اصل ممنوعیت مداخله در امور داخلی سایر کشورهاست. دادن امتیاز به تمام دولت‌ها تحت اراده دولت معطی است، لیکن گرفتن امتیاز از تمام دولت‌ها نیازمند اراده جمعی و موافقت سایر دولت‌هاست که معمولاً در قالب موافقت‌نامه‌های بین‌المللی متبلور می‌شود. از طرف دیگر، زمینه دسترسی دولت‌های ثالث به حامل‌های مستقر در قلمرو سرزمینی ایالات متحده در قانون کلود بدون مداخله و مجوز محاکم کیفری یکدیگر تسهیل شده است. این رویکرد بدین معناست که دولت‌های ثالث بدون نیاز به موافقت‌نامه همکاری قضایی و سیر مراحل قضایی در محاکم دولت ایالات متحده می‌توانند دیتای لازم را با مکاتبه با شرکت فناوری ارائه‌کننده خدمات کلود به کاربر فضای مجازی دریافت کنند، به صرف اینکه دولت ایالات متحده آن‌ها را تأیید کرده باشد.

وضعیت دوم، امتیاز ایالات متحده به تمام دولت‌ها در سرتاسر دنیا است که نسبت به شرکت‌های فناوری مستقر در قلمرو سرزمینی اعطاء می‌کند که تحقق آن جلوه‌ای از اعمال حاکمیت درون‌سرزمینی و دارای مقبولیت است. اما تأیید سایر دولت‌ها از سوی دولت ایالات متحده برای دسترسی به دیتای کاربر متبوع خویش از طریق شرکت فناوری مستقر در قلمرو سرزمینی ایالات متحده متکی به رعایت الزامات حقوق بشری و سازوکارهای محافظت و مراقبت از دیتای کاربر و عدم سوءاستفاده از آن است. این در حالی است که وضع قانون داخلی با کارکرد فراسرزمینی برای دسترسی به دیتای کاربران فضای مجازی زمینه‌ساز نقض الزامات حقوق بشری کاربران است، منصرف از اینکه واگذاری صلاحیت به دولت ایالات متحده و حذف فرایند قضایی در بررسی تقاضای سایر دولت‌ها برای دسترسی به دیتای کاربر فضای مجازی ناقض حریم خصوصی کاربر

است. بر این اساس، ایالات متحده در هر دو وضعیت ناشی از اجرای قانون کلود الزامات حریم خصوصی و تعهدات متقابل شرکت‌های فناوری به کاربران و برعکس آن را نادیده گرفته است و زیر پا گذاشته است. یکی از نتایج قانون کلود در تعیین سازوکارهای لازم برای سایر دولت‌ها در دسترسی به دیتای کاربران متبوع از طریق شرکت‌های فناوری متبوع ایالات متحده تشدید بالکانیزه‌شدن اینترنت و تشویق اتباع سایر دولت‌ها به استفاده از ابررایانش‌هایی است که شرکت ارائه‌کننده آن در قلمرو سرزمینی دولت متبوع آن‌ها مستقر و تابع مقررات قانون کلود ایالات متحده نباشند.

منابع

فارسی

- دلخون اصل، رامین؛ ایرج گلدوزیان و کیومرث کلانتری (۱۳۹۸)، «نقش پلیس در جمع‌آوری ادله الکترونیکی در فضای مجازی در نظام حقوقی ایران، فرانسه و کنوانسیون جرایم سایبری»، فصلنامه پژوهش‌های اطلاعاتی و جنایی، دوره ۱۴، شماره ۵۴.
- جلالی، محمود و سعیده توسلی اردکانی (۱۳۹۸)، «ضرورت ایجاد نظام هماهنگ حقوقی بین‌المللی در مقابله با جرایم در فضای مجازی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، شماره ۴.
- شریعت‌باقری، محمدجواد (۱۳۹۳)، «تصویب موافقت‌نامه‌های همکاری‌های قضایی بین‌المللی؛ مشکلات و راه‌حل‌ها»، دوره ۱۹، شماره ۶۶.
- صالحی، جواد (۱۳۹۸)، «دسترسی به اطلاعات دیتاستر دولت خارجی در تقابل با اصول صلاحیت کیفری سرزمینی و اعمال حاکمیت در حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۳۶، شماره ۶۰.
- طهماسبی، جواد و خیراله شاهمرادی (۱۳۹۷)، «چالش‌ها و خلاهای موجود در فرایند رسیدگی به جرایم سایبری»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۲، شماره ۱۰۴.
- فتحی، یونس و خیراله شاهمرادی (۱۳۹۶)، «گستره و قلمرو حریم خصوصی در فضای مجازی»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۱، شماره ۹۹.
- قناد، فاطمه و مسعود اکبری (۱۳۹۶)، «امنیت‌گرایی سیاست جنایی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ۵، شماره ۱۸.
- محمدنسل، غلامرضا (۱۳۹۵)، حقوق جزای اختصاصی؛ جرایم رایانه‌ای در ایران، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.

انگلیسی

- Brenner, W. Susan (2010), *Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace*, Praeger Publishing.
- Chander, Anupam and Uyen P. Le (2015), "Data Nationalism", *Emory Law Journal*, Vol. 64(3).
- Kerr, S. Orin (2010), "Fourth Amendment Seizures of Computer Data", *Yale Law Journal*, Vol. 119.
- Mulligan, P. Stephen (2018), *Cross-Border Data Sharing Under the CLOUD Act*, Congressional Research Service, No. 7-5700.
- S. 2383, 115th Cong. (2018).
- Schwartz, M. Paul (2013), "Information Privacy in the Cloud", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 161.
- Schwartz, M. Paul (2018), "Legal Access to the Global Cloud", *Columbia Law Review*, Vol. 118.
- Schwartz, M. Paul and Karl-Nikolaus Peifer (2017), "Transatlantic Data Privacy Law", *Georgetown Law Journal*, Vol. 106.
- Schultheis, Ned (2015), "Warrants in the Clouds: How Extraterritorial Application of the Stored Communications Act Threatens the United States

Cloud Storage Industry”, **Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law**, Vol. 9.

- Swire, Peter and DeBrae Kennedy-Mayo (2017), “How Both the EU and the U.S. Are “Stricter” than Each Other for the Privacy of Government Requests for Information”, **Emory Law Journal**, Vol. 66.
- Swire, Peter; Justin Hemmings and Suzanne Vergnolle (2016), “A Mutual Legal Assistance Case Study: The United States and France”, **Wisconsin International Law Journal**, Vol. 34.
- United States (2017), Proposed Legislation to Permit Secure and Privacy-Protected Access to Cross-border Electronic Data for Law Enforcement to Combat Serious Crime and Terrorism.
- United States (1986), Stored Communications Act.
- United States (2018), Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD Act).
- United States (2018), Consolidated Appropriations Act.
- United States (2018), Electronic Communications Privacy Act.
- United States v. Google (2017), 232 F. Supp. 3d.
- United States v. Microsoft Corp. (2017), 138 S. Ct.
- United States v. Microsoft Corp. (2018), 138 S. Ct.
- United States v. Microsoft Corp. (2018), No. 17-2.
- United States v. Verdugo-Urquidez (1990), 494 U.S.
- United States v. Warshak (2010), 631 F.3d.
- White House (2013), Liberty and Security in a Changing World the President's Review Group on Intelligence and Communications Technologies, Liberty and Security in a Changing World, Report and Recommendations of the President's Review Group on Intelligence and Communications Technologies, Available at:
https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/2013-12-12_rg_final_report.pdf (last visited on 5/5/2020).

الگوی پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان در نظام قضایی ایران؛ مطالعه موردی در استان مازندران^۱

همت‌اله نادى بابایی*، حسین غلامی**

حسن حاجی تبار فیروزجانی***، مهدی اسماعیلی****

چکیده

یکی از مباحث مهم در رابطه با جرایم اطفال و نوجوانان اتخاذ نوع الگوی پاسخ‌دهی به آن است که به‌طور کلی می‌توان این الگوها را در قالب چهار نوع ترمیمی، کیفری، تخمینی و بازپروری مورد توجه قرار داد که در این نوشتار تلاش شده است تا با استفاده از روش میدانی به بررسی موضوع در قلمرو نظام حقوقی و قضایی ایران پرداخته شود. روش حاکم بر پژوهش حاضر کیفی و مبتنی بر روش داده‌بنیاد است. جامعه آماری را تعدادی از قضات دادگستری استان مازندران، مددکاران قانون اصلاح و تربیت و استادان آشنا به حقوق کودکان و نوجوانان تشکیل می‌دهند. نمونه‌ها به‌طور هدفمند انتخاب و در مرحله گردآوری داده‌ها از روش مصاحبه استفاده شد. داده‌ها در دو بخش توصیفی و استنباطی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفتند. نتایج این تحقیق نشان داده است که در سیاست کیفری

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی با راهنمایی نویسنده مسئول و نگارش همت‌اله نادى بابایی تحت عنوان «تأثیرگذاری اسناد بین‌المللی بر سیاست جنایی ایران درخصوص اطفال و نوجوانان بزهکار» و با مشاوره دکتر حسن حاجی تبار فیروزجانی و دکتر مهدی اسماعیلی در دانشگاه آزاد اسلامی واحد آیت‌اله آملی است.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، مجتمع حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد آیت‌اله آملی)، آمل، ایران
nbabaei45@gmail.com

** استاد گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
gholami1970@yahoo.com (نویسنده مسئول)

*** استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی (واحد قائم‌شهر)، قائم‌شهر، ایران
hajitabar@yahoo.com

**** استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد قائم‌شهر)، قائم‌شهر، ایران
dresmaeli@yahoo.com

ایران در ارتباط با چگونگی برخورد با جرایم اطفال و نوجوانان سه نوع از الگوهای پاسخ‌دهی یعنی الگوهای کیفری، ترمیمی و بازپروری قابل استفاده است و الگوی تخمینی جایگاهی ندارد؛ اما چگونگی برخورد سامانه عدالت کیفری با جرایم اطفال و نوجوانان در استان مازندران گاه به شکل بیشینه و گاه به صورت کمینه است، به طوری که در سطح رویه قضایی دادگاه‌های اطفال و نوجوانان استان مازندران استفاده بیشتر از دو الگوی پاسخ‌دهی کیفری و بازپروری بر حسب سن افراد قابل شناسایی است و استفاده از الگوی ترمیمی کمتر در آرای قضایی مشاهده شده است.

واژگان کلیدی: الگوی پاسخ‌دهی، ترمیمی، بازپروری، کیفری، تخمینی، کودکان

مقدمه

یکی از دغدغه‌های بسیار مهم اندیشمندان و سیاست‌گذاران داخلی و بین‌المللی، در قرن حاضر به‌ویژه در سالیان اخیر، مسئله جرایم کودکان و نوجوانان و نرخ فزاینده آن به‌ویژه از حیث نوع و کیفیت جرایم آنان در میان جوامع بشری از جمله کشور ایران است. به‌گونه‌ای که اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق جزا و جرم‌شناسی که در سال ۱۹۵۵ به ابتکار سازمان ملل متحد درباره پیشگیری از جرم و اصلاح مجرمین در شهر ژنو تشکیل گردیده بود در قطعنامه خود چنین پیشنهاد کرده است: «کمسیون مسائل اجتماعی باید پس از مشورت با کمیسیون حقوق بشر با جلب موافقت دولت‌ها و سایر تشکیلات ذی‌نفع هرچه زودتر به تجدیدنظر در مورد قواعد و مقررات مربوط به پیشگیری از جرایم و اصلاح قوانین و تربیت مجدد اطفال بزهکار اقدام نماید» (صانعی، ۱۳۷۶: ۱۴۵) و سازمان جهانی حمایت از کودکان در یک جمله کوتاه ولی کلی و فراگیر خاطرنشان می‌سازد: «اگر خواهان زندگی صلح‌آمیزی هستیم باید از کودکان شروع کنیم» (نوربها، ۱۳۸۴: ۹۰). بر این اساس، جنبه تأدیبی و اصلاح‌کننده کیفر در مورد اطفال بزهکار مورد تأکید قرار گرفت.

جوامع مختلف الگوی پاسخ‌دهی متعددی را برای جرایم اطفال و نوجوانان معرفی کرده‌اند. بی‌تردید ظهور و بروز الگوهای متفاوت پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان در دوره‌های مختلف سیاسی، اقتصادی و اجتماعی در جامعه‌ای خاص، صرف‌نظر از تفاوت ماهیت، مؤلفه‌ها و عناصر جرایم اطفال در دوره‌های مذکور، تحت تأثیر همان شرایط فراگیر سیاسی، اقتصادی و غیره است. از این‌رو، نگرش گونه‌شناسانه به تحولات پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان نه تنها زمینه شناخت مدل حاکم بر نظام عدالت کیفری ملی را در این خصوص فراهم می‌آورد، بلکه موجبات تأمل و تعمق در اوضاع و احوال اجتماعی مؤثر بر بروز و کاربرد آن گونه پاسخ‌دهی را نیز امکان‌پذیر می‌سازد» (غلامی، ۱۳۹۲: ۹۰)، زیرا نتایج مطالعات میدانی جرم‌شناسانه انجام گرفته در این باره به این نتیجه رسیده‌اند که «این الگوهای پاسخ‌دهی باید سودمند باشند تا از این رهگذر جامعه نفع

ببرد. در واقع در پرتو این الگوها، آنچه اهمیت دارد آینده بزهکار است و نظام عدالت کیفری باید در این راستا حرکت کند. بازدارندگی، توان‌گیری و بازپروری از مهم‌ترین این الگوها به شمار می‌روند» (sigel and senna, 2008: 123). همچنین پنج الگوی رفاه، عدالت کیفری، مداخله حداقلی، عدالت ترمیمی و الگوی مدیریت خطر (تخمینی) که متفاوت از اجرای عدالت کیفری اطفال هستند شناخته شده‌اند (غلامی، ۱۳۹۲: ۹۱).

سنگ‌بنای اتخاذ سیاست کیفری افتراقی به جرایم اطفال و نوجوانان در کشور ایران به موجب قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ آغاز شد که این امر با تصویب قانون مربوط به تشکیل دادگاه اطفال بزهکار در سال ۱۳۳۸ رویکرد سیاست‌گذاران کیفری ایران به انتخاب و گزینش یک الگو یا یک مدل مشخص برای پاسخ‌دهی به بزهکاری اطفال جنبه جدی به خود گرفت. این عملکرد تا زمان تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ پایدار ماند ولی پس از آن دچار برخی تحولات شد تا سرانجام در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ سیاست‌گذار کیفری ایران با توجه به انتقادات وارد و نیز با اقتباس از مقررات بین‌المللی فصل مستقلی را برای مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان در نظر گرفت. بنابراین، این پرسش مطرح می‌گردد که تاکنون چه الگوهایی برای پاسخ‌دهی به جرایم کودکان و نوجوانان اعمال و اجرا شده است و الگو یا الگوهای حاکم بر پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان در حقوق ایران کدام است. این پژوهش به طور موردی درصدد تبیین الگوهای پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان در رویه قضایی استان مازندران است تا مشخص نماید که الگوی پاسخ‌دهی به جرایم این دسته از افراد در استان مازندران کدام است. از این رو، در این نوشتار به مهم‌ترین الگوهای پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و بررسی این موضوع در رویه قضایی استان مازندران پرداخته خواهد شد.

۱. الگوهای پاسخ‌دهی

کیفیت پاسخ به جرایم اطفال و نوجوانان با توجه به جایگاه آسیب‌پذیر آن‌ها در جامعه موضوع تأمل و سیاست‌گذاری‌های متفاوتی واقع شده است، به طوری که منجر به ظهور گونه‌های مختلف پاسخ‌دهی به جرایم اطفال گردیده است. در ادامه به برخی از الگوهای مهم مطرح‌شده پرداخته شده است.

۱-۱. الگوی عدالت ترمیمی

ظهور مفهوم عدالت ترمیمی حاصل تحول در نگرش‌ها و دیدگاه‌های عمومی حقوق‌دانان کیفری، جرم‌شناسان و مجریان نظام کیفری نسبت به عدالت کیفری مبتنی بر «جزا و سرکوب» و عدالت کیفری مبتنی بر «اصلاح و تربیت» است که در پیوند با مفاهیم انسانی و فرهنگ و ارزش‌های جامعه مدنی، عدالت کیفری خلاق و پویایی را معرفی می‌کند. آنچه در این دیدگاه اهمیت ویژه دارد

جبران خسارت‌های مادی، معنوی، روانی و عاطفی وارد شده بر بزه‌دیده است. از طرف دیگر، این دیدگاه معتقد است حل و فصل اختلاف‌های ناشی از ارتکاب بزه و آشتی بین طرف‌های ذی‌نفع نیز نه به وسیله قدرت حاکم و دولت، بلکه به وسیله جامعه محلی و با حضور فعال بزه‌دیده و بزه‌کار در چهارچوب میانجیگری، مذاکره، مصالحه، نشست و... که سازوکارهای مختلف عدالت ترمیمی محسوب می‌شوند باید صورت پذیرند. از نظر طرفداران این دیدگاه، طرف‌های عدالت ترمیمی عبارت‌اند از بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه محلی. الگوی عدالت ترمیمی ارتکاب بزه را نقض قوانین و مقررات رسمی و مخالف با دولت نمی‌پندارد، بلکه آن را به عنوان یک اختلاف و تعارض در روابط اشخاص قلمداد می‌کند (رایجیان اصل، ۱۳۸۴: ۲۲). این رویکرد در پی آن است که بزه‌دیده و بزه‌کار را به مثابه دو انسان صاحب کرامت پنداشته و ترس و دلهره را از بزه‌دیده برطرف سازد تا از بزه‌دیدگی ثانویه وی پیشگیری کند (رایت، ۱۳۸۴: ۲۵). بر این اساس، عدالت ترمیمی به دنبال پاسخ‌گویی کامل و مستقیم است. پاسخ‌گویی به طور ساده به این معنی نیست که بزه‌کاران با واقعه‌ای که منجر به نقض قانون شده است روبه‌رو شوند، بلکه آنان باید با کسانی که به آنان ضرری وارد کرده‌اند نیز روبه‌رو شوند و ملاحظه کنند که اقدامات ایشان چگونه منجر به ضرر و زیان دیگران شده است. آنان باید در مورد رفتار خود توضیح دهند تا بزه‌دیده و جامعه بتوانند آن را درک کنند. این الگوی پاسخ به دنبال دعوت به مشارکت کامل، اتفاق نظر و اجماع است؛ یعنی بزه‌دیدگان و بزه‌کاران به طور کلی درگیر موضوع می‌شوند اما با وجود این کسان دیگری که احساس می‌کنند منافع آن‌ها نیز تحت تأثیر پدیده مجرمانه قرار گرفته است نیز می‌توانند مشارکت کنند. با بازگرداندن وحدت و هماهنگی بین آن چیزی که در نتیجه ارتکاب جرم گسسته شده است، یک نوع آشتی میان بزه‌کار و بزه‌دیده اتفاق می‌افتد و اختلاف از بین می‌رود و ایشان به جامعه بازگردانده می‌شوند.^۱

قانون‌گذار ایران به موجب ماده ۸۸ و تبصره‌های آن و قسمت دوم از ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ این نوع از الگوی پاسخ‌دهی را بیشتر درباره مجرمین گروه سنی بین ۹ تا ۱۵ سال در صورت ارتکاب جرایم تعزیری و استثنائاً درباره افراد نابالغ زیر ۱۸ سال در صورت ارتکاب جرایم موجب حد یا قصاص به لحاظ وجود شرایط خاص ذهنی و روانی در مرتکب (نابالغ) مورد پذیرش قرار داده است؛ گرچه قانون‌گذار ایران بر اساس قسمت اول ماده ۹۱ قانون مزبور درباره افراد بالغ زیر

۱. جهت اطلاع بیشتر از مفهوم عدالت ترمیمی و سازوکارها و مدل‌های عدالت ترمیمی، (نک: نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۶: ۹-۴).

۱۸ سال در حالت عادی و در صورت نداشتن آن شرایط خاص ذهنی و روانی از الگوی عدالت کیفری (عدالت مکافات‌گرا) تبعیت نموده است.

۱-۲. الگوی عدالت کیفری

هر اندازه که الگوی عدالت ترمیمی بر ضرورت اتفاق و اجماع و گفت‌وگو بین بزه‌دیده و بزه‌کار و جبران خسارت بزه‌دیده تأکید دارد، الگوی عدالت کیفری مجازات بزه‌کار و ضرورت واکنش جزایی را مناسب می‌داند. در این الگو، تأکید اصلی به جای بزه‌کار و اوضاع و احوال فردی و محیطی ناظر به او، بر عمل مجرمانه است. در واقع، نظام عدالت کیفری پس از وقوع جرم از رهگذر مجازات که دست‌کم با رنج ناشی از بزه‌کاری برابر است به بزه‌کار پاسخ می‌دهد تا عدم تعادلی که به واسطه جرم پدید آمده است، جبران شود (نجنفی ابرندآبادی و هاشم‌بیگی، ۱۳۷۷: ۲۹). در انتقاد نسبت به الگوی عدالت کیفری یا به تعبیری رویکرد سزاگرایی نسبت به بزه‌کاری اطفال و نوجوانان گفته شده است: «رویکرد سزاگرایی در مقام ریشه‌یابی علت ارتکاب جرم و وضعیت مجرم نبوده و به اراده آزاد مرتکب در ارتکاب جرم نظر داشته و در تعیین تناسب میان جرم و مجازات به میزان سرزنش‌پذیری رفتار و صدمه وارده توجه می‌کند. همچنین سزاگرایی به گذشته نگاه داشته و آینده‌نگر نیست؛ تأثیر اجتماعی کیفر را نادیده گرفته و با توجه به نحوه ارتکاب جرم و بررسی مؤلفه‌های آن کمتر به ملاحظه‌های اجتماعی در مورد کیفردهی توجه می‌کند» (قورچی‌بیگی و شهرانی، ۱۳۹۷: ۱۶۳).

در نظام حقوق کیفری موضوعه ایران، الگوی کیفری پاسخ‌دهی بیشتر درباره نوجوانان (۱۵ تا ۱۸ سال) در صورت ارتکاب جرایم تعزیری (ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) و استثنائاً نسبت به افراد بالغ بین ۹ تا ۱۵ سال تمام قمری دختر در صورت ارتکاب جرایم موجب حد یا قصاص و نداشتن شرایط خاص ذهنی و روانی (مواد ۸۸ و ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) قابل استفاده و پذیرش است. از این رهگذر استفاده از این الگو، یعنی الگوی عدالت کیفری، (بیشتر مجازات‌های سالب آزادی و شلاق درکنار جزای نقدی و دیه) در پرونده‌های قضایی استان مازندران قابل مشاهده است. به عنوان مثال، در رأی صادره از شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان قائم‌شهر (۱۰۱ جزائی سابق) مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۹ به شماره دادنامه ۹۶۰۹۹۷۱۲۳۰۹۰۰۷۸۹ درخصوص ایراد جرح عمدی با چاقو و سرقت مستوجب تعزیر که از سوی علیرضا خ. ۱۵ ساله اهل قائم‌شهر اتفاق افتاده است رأی صادره بدین شرح است: «... از جهت جنبه عمومی ایراد ضرب و جرح عمدی با چاقو به استناد ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نامبرده را به سه ماه نگهداری در کانون اصلاح و تربیت محکوم می‌نماید و از بابت شروع به جرم سرقت نیز به استناد ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نامبرده را به سه ماه نگهداری در کانون اصلاح و تربیت محکوم می‌نماید...

«... در نمونه‌ای دیگر متهم ۱۴/۵ ساله به اتهام لواط به عنف از سوی شعبه ۱۰۸ دادگاه کیفری دو شهرستان ساری مورخ ۹۶/۷/۱۱ و به شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۱۵۱۲۱۰۱۲۶۷ بدین شرح حکم گرفت: «... این دادگاه ارتکاب بزه در حکم تفخیز (ارتکاب بزه موضوع تبصره ماده ۲۳۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) از ناحیه متهم را محرز تشخیص و مستنداً به مواد ۱۶۰، ۲۱۱، ۲۳۵ و تبصره آن و ماده ۲۳۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ متهم موصوف را به تحمل یکصد ضربه شلاق حدی در محل اجرای شلاق دادگستری محکوم و اعلام می‌نماید. به علاوه اینکه دادگاه با توجه به نوع جرم ارتكابی و خصوصیات رفتاری سرزده از ناحیه متهم نامبرده را به نگهداری در کانون اصلاح و تربیت به مدت دو سال با احتساب ایام نگهداری قبلی محکوم می‌نماید...»

با توجه به این مطالب، تمایز بین عدالت ترمیمی و عدالت کیفری بهتر تبیین می‌گردد. نکته درخور توجه در این خصوص این است که نباید احساس شود که عدالت ترمیمی در مقابل عدالت کیفری قرار دارد. در واقع عدالت کیفری که مبتنی بر سزادهی و بازپروری است به عنوان سامانه اصلی و قانون عدالت جنایی قرار دارد و الگوی عدالت ترمیمی به عنوان مکمل عدالت جنایی و در راستای آن می‌تواند راهگشا باشد.

۳-۱. الگوی عدالت تخمینی

این الگو، در راستای افزایش کارایی نظام عدالت کیفری، بر کنترل جرم و مجرم‌ان تأکید دارد. در این الگو پیشگیری خنثی‌کننده بر سایر اهداف عدالت کیفری اولویت دارد. در واقع، جبران خسارت بزه‌دیده و سایر اقدامات و تعهدات بزه‌کار تنها به این دلیل می‌تواند اهمیت داشته باشد که منجر به کاهش میزان ارتکاب جرم و تکرار آن گردد. الگوی عدالت تخمینی جرم را یک امر عادی و بهنجار در جامعه تلقی می‌کند و به دنبال طبقه‌بندی و مدیریت مجرم‌ان بر اساس احتمال خطر و میزان تکرار جرم‌شان می‌باشد (غلامی، ۱۳۹۲: ۱۴).

مبنای نظری الگوی عدالت تخمینی یا مدیریت خطر (ریسک)^۱ ایدئولوژی «قانون و نظم» است که بر افزایش کارایی و تأثیرگذاری نظام عدالت کیفری از طریق اعمال و اجرای سیاست کیفری سخت‌گیرانه تأکید می‌کند (غلامی، ۱۳۸۶: ۱۱۰). این الگو با هدف مدیریت پیشگیری کیفری از بزه‌کاری کودکان و نوجوانان به مداخله پیش‌دستانه و زودرس برای مبارزه با ریشه بزه‌کاری توجه می‌کند. به همین دلیل قلمرو مداخله الگوی مذکور نه تنها فقط رفتارهای جنایی، بلکه رفتارهای نامطلوب و غیراجتماعی آنان نیز خواهد بود. بنابراین با استمداد از مفهوم «خطر»، مدیریت آن

1. Estimated Justice/Risk management

(مدیریت خطر) دامنه مداخله نظام عدالت کیفری به دوران رشد، مدیریت خانواده، حضور در مدرسه و... نیز تسری می‌یابد؛ به این منظور، به جای پاسخ‌دهی به بزه و رسیدگی به آن، حمایت از امنیت اجتماعی و نظم عمومی، مبنای نظری «مداخله پیش‌دستانه نظام عدالت کیفری» را تشکیل می‌دهد. الگوی عدالت تخمینی زمینه‌های کاهش سن مسئولیت کیفری یا تشدید پاسخ‌های کیفری به کودکان و نوجوانان بزهکار یا معارض قانون را نیز فراهم کرده است (غلامی، ۱۳۸۶: ۱۰۳-۱۰۲). بنابراین رویکرد عدالت تخمینی در پی تغییر بزهکاران نیست، بلکه می‌خواهد به آشکال مختلف آن‌ها را مدیریت کند تا مانع ارتکاب جرم توسط آن‌ها شود.

ارتقای سرعت در فرایند رسیدگی، مداخله زودرس در امور اطفال و نوجوانان، کاهش سن مسئولیت کیفری یا تشدید پاسخ‌های کیفری به اطفال و نوجوانان بزهکار یا معارض قانون از ویژگی‌های این الگو می‌باشد. در تأکید اهمیت سرعت بخشی به تعقیب بزهکاران، دادرسی کیفری و اجرای مجازات، جرم‌شناسانی همچون سزار بکاریا و فیلانثیری نیز به کارگیری این شیوه را به دلیل کوتاه‌شدن فاصله میان ارتکاب جرم و پاسخ‌دهی دستگاه عدالت کیفری، برای کاهش میزان جرایم مؤثر دانسته‌اند (بکاریا، ۱۳۸۵، ۹۶-۹۵). اما باید توجه داشت که این موضوع نباید منجر به برخورد یکسان با پرونده‌های جرایم اطفال و نوجوانان شود یا کیفیت رسیدگی به این پرونده‌ها قربانی کمیت رسیدگی و شتاب‌زدگی و اشتباهات ناشی از آن گردد.

این رویکرد در سیاست کیفری موضوعه ایران و به تبع آن در سطح رویه قضایی دادگاه‌های کیفری اطفال و نوجوانان قابل استفاده نیست. یک روش جدید ارزیابی با استفاده از ابزارهای آماری است که میزان احتمال تکرار جرم با بررسی خصیصه‌های جرم‌شناسی، روانی و اجتماعی گروه‌های بزهکاری سنجیده می‌شود، سپس افراد با در نظر گرفتن نقاط اشتراکشان با این گروه‌ها در طبقات مختلف قرار می‌گیرند و متناسب با طبقه خود با ضمانت اجرای خاصی روبه‌رو می‌شوند. بنابراین این رویکرد نیازمند به طبع مدیریتی، تکیه بر عقلانیت صوری، توجه به کنترل مستمر، درپیش گرفتن سیاست دوگانه‌سازی و روی آوردن به دولت امنیت‌گرا می‌باشد که برخی از این خصیصه‌ها با حدود و ثغوری متفاوت قابل تبیین در قالب‌های شرعی و قانونی است و برخی در جهتی متفاوت از آموزه‌های دینی و باید‌ها و نبایدهای قانونی قرار دارد. بنابراین به نظر می‌رسد ارائه مدلی بومی و شرعی از این رویکرد در دادگاه‌های کیفری استان مازندران نیازمند به تدقیق و بررسی موشکافانه و اساسی دارد.

۴-۱. الگوی بازپروری

الگوی بازپروری بیش از سایر الگوهای مذکور به دنبال پاسخ‌های اصلاحی و درمانی به منظور بازاجتماعی شدن و بهبود فرایند رشد و تربیت اطفال بزهکار می‌باشد. این دسته از پاسخ‌ها با ماهیت

بازپرورانه به دنبال بازگشت اطفال بزهکار به زندگی سالم اجتماعی، هنجارمند کردن و پیشگیری از تکرار بزهکاری آنان هستند (drowns and hwss, 2000: 437). در راستای باور به «مؤثر بودن اندیشه بازپروری» گرایش به سنجش میزان اثربخشی برنامه‌های اصلاحی و درمانی برای شناسایی عوامل اثربخشی برنامه‌ها از یک سو و کشف عوامل خطر جرم از سوی دیگر افزایش یافته است. یکی از لوازم واقع‌بینی در این بازپروری‌گرایی نوین توجه به خطر جرم بزهکاران است.

بر این مبنا، برنامه‌های بازپروری بزهکاران بر اساس طبقه‌بندی خطر جرم بزهکاران طراحی شده و به اجرا گذاشته می‌شود. در این رویکرد، بازپروری وسیله مدیریت خطر بزهکاران است و نه یک هدف اصلی. اگر برنامه‌های بازپروری اثربخش نباشند، می‌توان از سایر تدابیر مدیریت خطر جرم، مانند توان‌گیری، استفاده کرد. بدین ترتیب امروزه از بازپروری‌گرایی در چهارچوب رویکرد خطرمداری استفاده می‌شود، نه رویکرد رفاه‌مداری صرف. این بدان معناست که می‌توان شاهد شکل‌گیری نوعی تفکیک یا دوگانه‌سازی در استفاده از تدابیر بازپرورانه بود که به موجب آن بزهکاران بسیار خطرناک عمده‌تاً مشمول تدابیر توان‌گیرانه قرار می‌گیرند و برای بقیه بزهکاران از تدابیر اصلاحی درمانی استفاده می‌شود. این مطالب دربردارنده همه ویژگی‌های بازپروری‌گرایی جدید نیست، بلکه در حقیقت دربردارنده پیوندی عمیق میان خطر جرم و بازپروری است (رجبی و مهرا، ۱۳۹۶: ۹۲). منظور از این پیوند این است که در بازپروری‌گرایی جدید در کنار مفهوم خطر جرم به عوامل اصلاحی درمانی، مانند عوامل مرتبط با نیازهای آن‌ها و میزان تأثیرپذیری آنان از برنامه‌های بازپرورانه، نیز توجه می‌گردد. به هر شکل، این امر «علاوه بر نتایجی که از لحاظ تربیت مجدد اطفال دارد» (امامی نمینی و صلاحی، ۱۳۸۹: ۱۰۳)، باعث می‌شود میزان خطا و خطر جرم نیز کاهش یابد.^۱

رویکرد بازپرورانه در دادگاه‌های کیفری کشور در رابطه با جرایم اطفال و نوجوانان بیشتر بر جنبه‌های تأدیبی و تربیتی این گروه در کانون‌های اصلاح و تربیت تأکید دارد. در حالی که همان‌طور که اشاره شد، نگهداری بزهکاران در کانون‌های اصلاح و تربیت به‌نوعی مجازات سالب آزادی محسوب می‌گردد. از سوی دیگر، برآمد اجرای احکام مبتنی بر نگهداری بزهکاران در کانون اصلاح و تربیت، با توجه به بالا بودن آمار تکرار جرم، تاکنون نتوانسته است مهر تأییدی بر اهداف بازپروری‌گرایانه باشد. قضات دادگاه‌های اطفال و نوجوانان در استان مازندران نیز با تبعیت از سیاست کیفری قانون‌گذار ایران بر اساس مواد ۸۹ و ۹۱ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، در اغلب

۱. در ارتباط با تحولات تقنینی الگوی بازپروری (پاسخ‌دهی اصلاحی) پیرامون بزهکاری اطفال و نوجوانان در قوانین و مقررات ایران، (نک: قورچی‌بیگی و شهرانی، ۱۳۹۷: ۱۷۳-۱۶۹).

آرای خود نسبت به نوجوانان بزهکار به‌ویژه در صورت ارتکاب جرایم تعزیری (گروه سنی ۱۵ تا ۱۸ سال) بر نگهداری آنان در قانون اصلاح و تربیت تأکید کرده‌اند. می‌توان گفت تقریباً در اکثر آرای صادره این حکم مشاهده می‌گردد. به‌عنوان مثال، در رأی صادره در پرونده «علیرضا.خ» ۱۵ ساله به شماره دادنامه ۹۶۰۹۹۷۱۲۳۰۹۰۰۷۸۹ در بخش دوم اتهامات خود از بابت شروع به سرقت مورخ ۹۶/۱/۲۹، پرونده «فرهاد.ض» ۱۷ ساله به شرح دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۲۰۶۳۱۰۰۱۱۴ به اتهام لواط به عنف و اکراه مورخ ۱۳۹۵/۰۹/۲۳، پرونده «شبنم.آ» ۱۷ ساله به شماره دادنامه ۹۵۰۹۹۷۲۰۶۳۱۰۰۱۱۹ به اتهام نگهداری هروئین و شیشه مورخ ۹۵/۱۰/۰۷ و موارد بسیاری از این دست، منوط به نگهداری در قانون اصلاح و تربیت در مدت زمان تعیین‌شده بوده است.

در مجموع باید گفت هریک از الگوهای مطرح‌شده برای پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان تحت تأثیر اوضاع و احوال سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی متعدد در نظام‌های حقوقی ملی یا بین‌المللی قابل تغییر و تحول هستند. بنابراین همان‌طور که پیش‌تر نیز گفته شد، این الگوها ضرورتاً مؤلفه‌های پاسخ به جرایم اطفال و نوجوانان در سیاست جنایی تلقی نمی‌شوند، بلکه ممکن است بخش‌ها یا جنبه‌هایی از آن با توسل به الگو یا مدل دیگر و نیز اوضاع و احوال حاکم بر نظام حقوق کیفری قابل بررسی و تحلیل باشد. سیاست کیفری ایران از سال ۱۳۰۴ شمسی تاکنون شاهد تحولات عمیق در این رابطه بوده است که بی‌شک قلمرو سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ایران تأثیر بسیاری بر آن نهاده است. از این‌رو، به نظر می‌رسد با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، رویکرد سیاست کیفری ایران، با توجه به انتقادات وارد و پژوهش‌های صورت‌گرفته و نیز با اقتباس از مقررات بین‌المللی، این بار الگوی بازپروری را مدنظر قرار داده باشد، به‌طوری که در قانون یادشده، نه تنها فصل مستقلی برای مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان در نظر گرفته شد، در فصول و مواد متفرقه‌ای نیز به جرایم و مجازات این‌گونه افراد توجه ویژه‌ای مبذول گردید، تا جایی که به موجب ماده ۹۱ حتی جرایم مستوجب مجازات حد و قصاص نیز با احتیاط بیشتری نسبت به افراد بالغ کمتر از ۱۸ سال مقرر شد. با این حال با مراجعه به دادگاه‌های ویژه اطفال و نوجوانان یا قانون‌های اصلاح و تربیت و بررسی پرونده‌های موجود می‌توان درک بهتری از رویکرد قانون‌گذار برای پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان یافت که این پژوهش این موضوع را در استان مازندران پیش گرفته است.

۲. روش‌شناسی

روش حاکم بر پژوهش حاضر کیفی است و مطابق با پارادایم تفسیری، برای دستیابی به واقعیت که امری نسبی است، از روش داده‌بنیاد استفاده می‌شود. این مطالعه مبتنی بر رویکرد استقرایی است

و مطابق با تقسیم‌بندی گوبا و لینکن^۱ (۱۹۹۴) در زمره پارادایم‌های تفسیری پژوهشی قرار می‌گیرد. در این پژوهش پس از تبدیل داده‌های کلامی به متن، خطبه‌خط آن‌ها تحلیل و کدگذاری شده‌اند که نتیجه آن ایجاد مفاهیم و مقوله‌های متعدد بوده است. این کدگذاری گونه‌ای از تحلیل محتوا به شمار می‌رود که به استخراج عبارات و واژه‌های کلیدی و تکرارپذیر می‌پردازد. جامعه آماری پژوهش حاضر را ۸ نفر از قضات دادگستری استان مازندران، ۵ نفر از مددکاران کانون اصلاح تربیت کودکان و نوجوانان در کانون اصلاح و تربیت استان و ۴ نفر از استادان آشنا به حقوق کودکان و نوجوانان، جمعاً به تعداد ۱۷ نفر، تشکیل می‌دهند. نمونه‌ها بر اساس نمونه‌گیری هدفمند انتخاب شدند؛ چون با توجه به هدف پژوهش افرادی انتخاب شده‌اند که اطلاعات غنی در مورد عنوان مطالعه دارند.

در مرحله گردآوری داده‌ها با توجه به موضوع مورد مطالعه و سؤال تحقیق از روش مصاحبه‌های عمیق برای گردآوری داده‌ها استفاده شده است. داده‌ها در دو بخش توصیفی و استنباطی مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفتند که در بخش توصیفی به منظور توصیف داده‌های جمعیت‌شناختی اطفال و نوجوانان بزهکار، از قبیل سن، جنسیت، نوع اتهام و رأی دادگاه، از نرم افزار spss استفاده شد. در این رابطه اطلاعات این افراد از تعداد ۱۰۰ پرونده موجود در شعبه ۱ دادگاه کیفری یک ویژه اطفال و نوجوانان استان مازندران، شعبه ۱۰۸ دادگاه کیفری دو شهرستان ساری، شعبه ۱۰۲ دادگاه کیفری دو شهرستان عباس‌آباد، شعبه دوم دادگاه عمومی بخش سرخورد، شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان آمل، شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان قائمشهر، شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان تنکابن و شعبه ۱۰۴ دادگاه کیفری دو شهرستان بابل به دست آمده است.

در بخش استنباطی، تحلیل داده‌هایی که به منظور تکوین نظریه داده‌بنیاد گردآوری می‌شوند با استفاده از کدگذاری انجام گرفته است. در این شیوه، تیم تحقیق پس از انجام هر مصاحبه به کدگذاری پرداخته و مقولات اولیه را شکل دادند. در کدگذاری از شیوه آنالیز محتوا استفاده شد. پس از یادداشت‌برداری، سرانجام، با کدگذاری گزینشی، مقوله‌ها پالایش شدند. با طی این فرایندها در نهایت، توسعه چهارچوب از طریق مقایسه با متون موجود و مشخص کردن تفاوت‌ها و شباهت‌ها با سایر تحقیقات در این مرحله انجام شد. لازم به ذکر است که در کل فرایند تحقیق، ملاحظات اخلاقی رعایت شده است. به این ترتیب که به مسئولان ذیربط توضیح داده شد که تمام این اطلاعات بدون ذکر نام و نشانی کودکان و نوجوانان و تنها به منظور انجام یک کار پژوهشی دریافت می‌شود و اصل محرمانه بودن اطلاعات در تمام مراحل پژوهش رعایت می‌گردد.

۳. یافته‌های تحقیق

یافته‌های حاصل از توصیف داده‌های جمعیت‌شناختی اطفال و نوجوانان بزه‌کار اعم از جنسیت، سن، نوع اتهام و رأی دادگاه نشان داد که کمترین سن ارتکاب بزه ۸ سال و بیشترین سن ارتکاب بزه ۱۸ سال است. بنابراین دامنه تغییرات سن بزه‌کاری در این گروه ۱۰ سال می‌باشد. میانگین سن اطفال و نوجوانان بزه‌کار ۱۵ سال بوده و بیشتر این افراد مرد هستند. یعنی ۸۱ درصد از بزه‌کاران مرد و ۱۹ درصد زن می‌باشند. به لحاظ نوع اتهام وارد شده، بیشترین فراوانی متعلق به ضرب و جرح عمدی است و لواط و سرقت در رتبه‌های بعدی قرار گرفته‌اند.

جدول ۱. اطلاعات دموگرافیک اطفال و نوجوانان بزه‌کار

درصد	فراوانی	دموگرافیک اطفال و نوجوانان بزه‌کار	
۲	۲	کمتر از ۱۰ سال	سن
۱۲	۱۲	۱۰ تا ۱۲ سال	
۴۰	۴۰	۱۳ تا ۱۵ سال	
۴۶	۴۶	۱۶ تا ۱۸ سال	
۱۰۰	۱۰۰	جمع	
۱۹	۱۹	زن	جنسیت
۸۱	۸۱	مرد	
۱۰۰	۱۰۰	جمع	
۶	۶	زنای به عنف	نوع اتهام
۳	۳	اخذ فیلم و انتشار در فضای مجازی	
۱۱	۱۱	عمل منافعی عفت غیر از زنا با اکراه	
۲	۲	آدم‌ربایی	
۲۷	۲۷	ضرب و جرح عمدی	
۱۵	۱۵	لواط	
۴	۴	تفخیز به عنف و اکراه	
۱۴	۱۴	سرقت	
۴	۴	نگهداری مواد مخدر	
۳	۳	رانندگی بدون گواهینامه	

۵	۵	ایراد صدمه بدنی	رأی دادگاه
۱۰۰	۱۰۰	جمع	
۱۰	۱۰	جزای نقدی	
۳۲	۳۲	نگهداری در کانون	
۱۷	۱۷	شلاق	
۱۱	۱۱	پرداخت دیه	
۴	۴	اخذ تعهد به مواظبت در حسن اخلاق طفل	
۳	۳	تسلیم به والدین	
۱۰	۱۰	انجام خدمات عمومی	
۹	۹	معرفی به مشاوره رایگان بهزیستی	
۴	۴	حبس تعزیری	
۱۰۰	۱۰۰	جمع	

در مورد رأی دادگاه نیز، همان گونه که در جدول (۱) آمده است، باید گفت بیشترین رأی صادره منوط به نگهداری در کانون اصلاح و تربیت استان مازندران است که ۳۲ رأی در این خصوص اتخاذ شده است. شلاق، پرداخت دیه، جزای نقدی و انجام خدمات عمومی نیز پرتکرارترین آرای صادره می‌باشند.

در بخش استنباطی، تحلیل اطلاعات با استفاده از کدگذاری آزاد شروع شد و پس از بررسی متن مصاحبه‌ها، معانی یکپارچه و منسجم که سازنده یک مقوله بودند از هم تفکیک شد. سپس این مفاهیم نام‌گذاری شدند. کدگذاری محوری از طریق کنار هم قراردادن کدهای اولیه به دست آمد. این بخش به دنبال یافتن پاسخ مناسب به این سؤال بود که الگوی پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان در استان مازندران چیست. نتایج نشان داد که مقولات شامل پنج الگوی پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان در استان مازندران است که از طریق ترکیب تقریبی ۳۲ مفهوم اولیه یا کدگذاری آزاد به دست آمده‌اند و به‌طور میانگین هر ۸ مفهوم اولیه یک مفهوم ثانویه را نشان می‌دهد که در مرحله بعد این مقولات نامگذاری و ویرایش گردید. جدول (۲) فهرست الگوهای پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان مفهوم‌سازی شده را پس از کدگذاری آزاد و محوری نشان داده است.

جدول ۲. مفاهیم اولیه و مقولات حاصل از کدگذاری آزاد و محوری

عبارت‌های مهم (کدهای واقعی)	مقوله‌های اولیه حاصل از کدگذاری باز	مقوله‌های حاصل از کدگذاری محوری	نظریه‌های حامی
دستگاه قضایی در جرایم مربوط به کودکان و نوجوانان می‌تواند از تدابیری استفاده نماید که بدون سلب آزادی این بزهکاران اصلاح و درمان آنان مورد هدف قرار گیرد.... در حال حاضر جوامع در نظام عدالت کیفری خود نیاز به سامانه‌هایی دارند که جامعه‌مدار، بازپرورانه و غیر سالب آزادی اطفال و نوجوانان باشد....	نصیحت قضایی، اخطار، شرمنده‌سازی، تعهد نوشتاری، تسلیم به والدین، اخذ تعهد از والدین، خدمات عمومی رایگان، سپردن به اشخاص داوطلب،	پاسخ‌دهی از طریق ماندگارسازی بازپروری	استرانگ و ویت (۱۹۹۶) درونز و هس (۲۰۰۰) نیازپور (۱۳۹۶)
با وجود تأکید بر استفاده کم از واکنش‌های سالب آزادی هنوز بسیاری از آرای قضایی در دادگاه‌های کیفری اطفال و نوجوانان استان مازندران بر سپردن اطفال و نوجوانان بزهکار به کانون اصلاح و تربیت صادر می‌شود.... کانون اصلاح و تربیت با اینکه اهداف آموزشی و تربیتی را دنبال می‌کند اما در هر صورت نوعی مجازات سالب آزادی محسوب می‌گردد.... حبس تعزیری و آزادی مشروط در اغلب پرنده‌های کیفری ویژه اطفال و نوجوانان به چشم می‌خورد....	سپردن به کانون اصلاح و تربیت، حبس تعزیری، آزادی مشروط	پاسخ‌دهی از طریق سلب آزادی بزهکاران	استرانگ و ویت (۱۹۹۶) غلامی (۱۳۸۶) نیازپور (۱۳۹۶)

نظریه‌های متناسب‌سازی پاسخ‌های کیفری شارپ (۱۹۹۸)، رایت (۲۰۰۷)، غلامی (۱۳۸۶)، نیازپور (۱۳۹۶)	پاسخ‌دهی از طریق الگوهای ترمیمی	میانجیگری، ترک تعقیب، آگاه‌سازی، سلب نیمه‌وقت آزادی، ترمیم زیان‌های وارد، توجه به شخصیت بزهکار	در نظام بازپروری و عدالت ترمیمی توجه به نظام شخصیتی کودکان و نوجوانان ضروری است... قضات باید نظام سزاگرایانه را در جرایم اطفال و نوجوانان کنار گذارند... قضات باید از آموزه‌های تربیتی و پرورشی آگاه بوده و واقعیت مربوط به کودکان و دوره کودکی و نکته‌های تربیتی این دوران را در نظر بگیرند و تصمیم‌گیری نمایند...
نظریه‌های جرم‌شناسی نظریه‌های فردی‌سازی مجازات	پاسخ‌دهی از طریق الگوهای کیفری	سلب آزادی، واکنش جزایی، جبران خسارت، حبس، پرداخت جریمه، پرداخت دیه، شلاق	الگوهای پاسخ‌دهی کیفری سنتی مبتنی بر توان‌گیری، سزادهی، سرکوب‌گری و بازدارندگی است که در حقوق کیفری ایران نیز این نوع اقدامات برای پاسخ‌دهی به کودکان و نوجوانان بزهکار به رسمیت شناخته شده است... مجازات‌های بدنی مثل زدن شلاق در آرای قضایی مشاهده می‌گردد... حبس و جریمه‌های مالی و پرداخت دیه در آرای قضایی واکنش سزاده محسوب می‌شود... واکنش‌های جزایی سخت‌گیرانه نتیجه مطلوبی تاکنون از خود برجای نگذاشته است و منجر به کاهش میزان بزهکاری اطفال و نوجوانان نشده است...
نظریه‌های مدیریت خطر ایدئولوژی‌های نظم و قانون	پاسخ‌دهی از طریق الگوهای تخمینی	مداخله پیش‌دستانه، واکنش به رفتارهای جنایی کودکان،	شاخصه پاسخ‌های تخمینی رابطه توأم با مخاصمه و جدال طرفین یعنی بزهکار، بزه‌دیده و دولت است... دولت به نمایندگی از جامعه در فرایند

غلامی (۱۳۸۶)		ممانعت از ارتکاب جرم، مدیریت رفتارهای مجرمانه بر اساس احتمال خطر و میزان تکرار جرم، حمایت از امنیت اجتماعی، حمایت از نظم عمومی	کیفری حاضر می‌شود و برای نظم و امنیت رفتارهای مجرمانه را بر اساس میزان خطری که برای جامعه دارند کاهش می‌دهد یا از بروز آن و تکرار آن جلوگیری می‌نماید....
--------------	--	---	---

پس از تعیین کدهای باز و مقولات محوری در ادامه به کدگذاری گزینشی مبادرت شد. حاصل این کدگذاری در جدول شماره (۳) نشان داده شده است.

جدول ۳. مقولات کانونی پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان در استان مازندران

ردیف	مقوله‌های محوری	مقوله کانونی
۱	سلب آزادی	الگوی عدالت کیفری سنتی
۲	جبران خسارت	
۳	حبس تعزیری	
۴	پرداخت جریمه	
۵	سپردن به کانون اصلاح و تربیت	
۶	پرداخت دیه	
۷	شلاق	
۸	میانجیگری	الگوی عدالت ترمیمی
۹	ترک تعقیب	
۱۰	آگاه‌سازی	
۱۱	ترمیم زیان‌های وارده	
۱۲	انجام خدمات عمومی	

۱۳	سپردن به اشخاص داوطلب
۱۴	آزادی مشروط
۱۵	نصیحت، تعهد و شرم‌نده‌سازی
۱۶	تسلیم به والدین
۱۷	اخطار قضایی

نتیجه

پس از تعمق در قوانین و مقررات موجود ایران و به‌ویژه مطالعه رویه قضایی دادگاه‌های کیفری اطفال و نوجوانان در سطح استان مازندران و داده‌ها و بررسی تجزیه و تحلیل آماری پیرامون آن، نتایج ذیل حاصل شده است:

۱. در سیاست کیفری ایران در ارتباط با چگونگی برخورد با جرایم اطفال و نوجوانان سه نوع از الگوهای پاسخ‌دهی یعنی الگوهای کیفری، ترمیمی و بازپروری قابل استفاده است؛ بدین شرح که قانون‌گذار ایران الف) الگوی کیفری را بیشتر درباره نوجوانان (۱۵ تا ۱۸ سال) در صورت ارتکاب جرایم تعزیری و استثنائاً نسبت به افراد بالغ بین ۹ تا ۱۵ سال تمام قمری دختر در صورت ارتکاب جرایم موجب حد یا قصاص و نداشتن شرایط خاص ذهنی و روانی، ب) الگوی ترمیمی را بیشتر درباره مجرمین گروه سنی بین ۹ تا ۱۵ سال در صورت ارتکاب جرایم تعزیری و نیز استثنائاً درباره نابالغ زیر ۱۸ سال در صورت ارتکاب جرایم موجب حد یا قصاص به شرط وجود شرایط خاص ذهنی و روانی در آنان، پ) الگوی بازپروری را نسبت به نوجوانان بزه‌کار به‌ویژه در صورت ارتکاب جرایم تعزیری (گروه سنی ۱۵ تا ۱۸ سال) از طریق نگهداری در کانون اصلاح و تربیت را قابل اعمال و اجرا دانسته است.

۲. چگونگی برخورد سامانه عدالت کیفری با جرایم اطفال و نوجوانان در استان مازندران گاه به شکل بیشینه و گاه به صورت کمینه است. در سطح رویه قضایی دادگاه‌های اطفال و نوجوانان استان مازندران نیز با تبعیت از سیاست کیفری ایران بیشتر از دو الگوی پاسخ‌دهی کیفری و بازپروری بهره برده‌اند. این امر نشانگر این است که با وجود کمینه‌سازی مجازات‌های کیفری سنتی که مبتنی بر توان‌گیری و سزادهی است و تأکید بر استفاده از این شیوه، بنا به ضرورت، این شیوه پاسخ‌دهی همچنان در دادگاه‌های ویژه اطفال و نوجوانان در استان مازندران کاربرد دارد. بر این اساس، عدالت کیفری مبتنی بر «جزا و سرکوب» و عدالت کیفری مبتنی بر «اصلاح و تربیت» برای پاسخ‌گویی به ضرورت‌های ناشی از وقوع جرم و اجرای عدالت کیفری در این استان الگوی مناسب برای پاسخ‌دهی

به جرایم اطفال و نوجوانان محسوب می‌شود. اما استفاده از الگوی عدالت ترمیمی که مبتنی بر میانجیگری، مذاکره، مصالحه، نشست، ترمیم زیان‌ها و شرم‌نده‌سازی درباره مجرمین کم‌سن‌وسال است کمتر در آرای قضایی دادگاه‌های کیفری ویژه اطفال و نوجوانان استان مازندران مشاهده می‌گردد؛ گرچه در این شیوه از پاسخ‌دهی، قضات دادگاه‌های کیفری ویژه اطفال و نوجوانان پاسخ‌های خود را بر اساس واقعیت‌های مربوط به کودکان و نوجوانان انجام داده‌اند و این دسته از افراد (زیر ۱۸ سال) را نابالغ و در واقع فاقد مسئولیت کیفری دانستند. همچنین در پرتو این رویکرد، پاسخ‌های شناسایی شده بیشتر جنبه حمایتی دارد، مثل سپردن و تسلیم کودکان به والدین یا سپردن به اشخاص معتبر و داوطلب و اینکه این نوع از تدابیر حمایت‌گرایانه (ترمیمی) نسبت به این افراد نسبت به قبل شتاب بیشتری گرفته است.

در مجموع می‌توان گفت که سامانه عدالت کیفری استان مازندران تا مطلوب‌شدن وضعیت حقوق کیفری اطفال و نوجوانان هنوز فاصله دارد، زیرا به‌رغم گرایش قانون‌گذار ایران و نیز اندیشمندان به استفاده مطلوب از الگوی عدالت ترمیمی در پاسخ‌دهی به جرایم اطفال و نوجوانان به‌منظور نیل به اهداف عدالت ترمیمی، از جمله جبران خسارات و درد و رنج‌های جسمانی، عاطفی و روانی ناشی از جرم و ایجاد احساس پشیمانی و شرمساری در مرتکب جرم، از طریق استفاده از ظرفیت‌های قانونی موجود در ایران از جمله ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری با الحاقات و اصلاحات بعدی مصوب ۱۳۹۴، با توجه به نمایش داده‌های آماری حاصل از جدول‌های شماره ۲ و ۳ این نوشتار به شرح اشاره‌شده همچنان تمایل قضات به استفاده از الگوی پاسخ‌دهی عدالت کیفری (مکافات‌گرا) درباره کودکان و نوجوانان مورد توجه است. از این‌رو، باید فرایندهای اجباری و یک‌جانبه عدالت سزادهنده به فرایندهای داوطلبانه توافقی و در جهت سازش و آشتی تغییر کند.

منابع

فارسی

- امامی نمینی، محمود و جاوید صلاحی (۱۳۸۹)، *دادرسی اطفال و نوجوانان بزهکار*، تهران: نشر میزان.
- بکاریا، سزار (۱۳۸۵)، *رساله جرایم و مجازات‌ها*، ترجمه: محمدعلی اردبیلی، تهران: نشر میزان.
- پراذل، ژان (۱۳۹۶)، *تاریخ اندیشه‌های کیفری*، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: انتشارات سمت.
- رایجیان اصل، مهرداد (۱۳۸۴)، *بزه‌دیده شناسی حمایتی*، تهران: انتشارات دادگستر.
- رایت، مارتین (۱۳۸۴)، *عدالت ترمیمی، ارتقاء بخشیدن رویکرد بزه‌دیده محوری* (مجموعه مقالات)، ترجمه: امیر سماواتی پیروز، تهران: انتشارات خلیلیان.
- رجبی، فرناز و نسرین مهرا (۱۳۹۶)، «پاسخ دهی به بزهکاری کودکان و نوجوانان: تخمینی یا ترمیمی»، *تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، شماره ۳۲.
- صناعی، پرویز (۱۳۷۶)، *حقوق جزای عمومی*، تهران: گنج دانش.
- عباچی، مریم (۱۳۸۸)، *حقوق کیفری اطفال در اسناد سازمان ملل متحد*، تهران: انتشارات مجد.
- غلامی، حسین (۱۳۹۲)، «الگوها یا گونه‌های عدالت کیفری اطفال»، *آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی*، شماره ۶.
- غلامی، حسین (۱۳۸۶)، *نشست‌های گروهی خانوادگی* (دیپاچه)، تهران: انتشارات مجد.
- قورچی بیگی، مجید و معصومه شهرانی (۱۳۹۷)، «میزان صدور احکام بازپرورانه در برهکاری اطفال و نوجوانان بعد از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰۲.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین و حمید هاشم بیگی (۱۳۷۷)، *دانشنامه جرم‌شناسی*، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- نجفی ابرندآبادی، علی حسین (۱۳۹۶)، *دیپاچه در: تاریخ اندیشه‌های کیفری*، پراذل، ژان، تهران: انتشارات سمت.
- نوربها، رضا (۱۳۸۴)، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ چهاردهم، تهران: انتشارات گنج دانش و دادآفرین.
- نیازپور، امیرحسین (۱۳۹۶)، *حقوق کیفری کودکان و نوجوانان، فرایند پاسخ‌دهی به بزهکاری کودکان و نوجوانان*، تهران: میزان.

دادنامه‌ها

- دادنامه شماره ۱۳۹۵/۱۰/۰۷-۹۵۰۹۹۷۲۰۶۳۱۰۰۱۱۹ صادره از شعبه ۱ دادگاه کیفری یک ویژه اطفال و نوجوانان استان مازندران.
- دادنامه شماره ۱۳۹۵/۶/۲۰-۹۵۰۹۹۷۲۰۶۳۱۰۰۰۶۱ صادره از شعبه ۱ دادگاه کیفری یک ویژه اطفال و نوجوانان استان مازندران.
- دادنامه شماره ۱۳۹۶/۰۷/۱۱-۹۵۰۹۹۷۱۵۱۲۱۰۱۲۶۷ صادره از شعبه ۱۰۸ دادگاه کیفری دو شهرستان ساری.
- دادنامه شماره ۱۳۹۶/۱/۲۹-۹۶۰۹۹۷۱۲۳۰۹۰۰۷۸۹ صادره از شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو ویژه شهرستان قائم‌شهر.

- دادنامه شماره ۱۱۴۰۰۶۳۱۰۰۹۹۷۲۰۹۵۰۹۹/۲۳-۱۳۹۵ صادره از شعبه ۱ دادگاه کیفری یک ویژه اطفال و نوجوانان استان مازنداران.

انگلیسی

- Drowns, Robert, W. & Hess, Kären, M. (2000), **Juvenile Justice**, Thomson and Wadworth Publishers.
- Sigel, Larry, J. & Senna, Joseph, J. (2008), **Introduction Criminal Justice**, Thomson and Wadworth Publishers.

مطالعه تطبیقی اجرای حقوق ممتاز دریایی در دادرسی ورشکستگی^۱

فریبا فولادگر*، محسن ایزانلو**

چکیده

حقوق ممتاز دریایی از جمله وثایق حکمی نسبت به اموال دریایی محسوب می‌شوند و تابع نظام خاص پرداخت و قواعد ویژه دادرسی هستند و از طریق ایجاد حق ممتاز و اجرای سریع آن موجب تشویق طلبکاران دریایی به کمک به کشتی برای تداوم سفر دریایی می‌گردند. در مقابل، دادرسی ورشکستگی نیز متضمن قواعد خاصی در رابطه با تصفیه یا بازسازی تجاری تاجر است که مشمول قواعد ملی کشورها مبنی بر توقف همه دادرسی‌های در جریان و اعمال مقررات خاص مربوط به رسیدگی جمعی به کلیه دیون در دادرسی واحد است که می‌تواند تعارضاتی را در مرحله اجرا با قواعد حقوق دریایی ایجاد کند. این تحقیق اشکال مختلف تعارض این دو رژیم حقوقی و نحوه حل آن را با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و با روش توصیفی تحلیلی و به صورت تطبیقی در نظام حقوقی کشورهای ایران، انگلیس و فرانسه مورد بررسی قرار می‌دهد. نتایج پژوهش حکایت از آن دارد که، با توجه به خاص بودن هریک از قوانین ورشکستگی و دریایی، تدوین قاعده‌ای برای حدودمرزگذاری هریک از دو نظام فوق ضروری به نظر می‌رسد. در این راستا، پیشنهاد می‌شود که، با توجه به اقتضانات حقوق دریایی و مبانی ایجاد حق ممتاز، ضمن عدم اعمال قواعد ورشکستگی بر اجرای حقوق عینی نسبت به کشتی، کلیه حقوق تأمینی بر اموال دریایی صرف‌نظر از زمان ایجاد آن (قبل یا بعد از شروع ورشکستگی مالک)، تحت رژیم خاص حقوق دریایی که به آن تعلق دارد مورد بررسی قرار گیرد.

واژگان کلیدی: حقوق ممتاز دریایی، ورشکستگی، دارایی دریایی، مقرره حدودمرزگذاری

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «حقوق ممتاز دریایی» با راهنمایی آقای دکتر محسن ایزانلو و مشاوره آقای دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی و امیر صادقی‌نشاط در دانشگاه تهران است.
* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
fooladgar.f@gmail.com

** دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
mizanloo@gmail.com

مقدمه

حقوق ممتاز در مفهوم عام آن به حقوقی گفته می‌شود که به موجب حکم قانون دارنده حق در تمتع و استیفای آن از موضوع حق بر سایرین رجحان می‌یابد (سیدی، ۱۳۵۸: ۱۰). مطالبات ممتاز که در حقوق ایران در قوانین مختلف تحت عناوین طلب ممتاز، دیون ممتاز یا حقوق ممتاز شناخته شده است به دیونی اطلاق می‌گردد که برای طلبکار عموماً حق تقدم در وصول و گاه حق عینی نسبت به مال معین یا نحوه خاص تعقیب برای وصول پیش‌بینی می‌کند (ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۹۱: ۳۹). این حق در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است و توافق بدهکار و اشخاص ثالث نمی‌تواند آن را از بین ببرد (میرشکاری، ۱۳۹۵: ۱۴۱). از آنجایی که حقوق ممتاز تأسیسی قانونی است، بدون تصریح قانون‌گذار ایجاد نمی‌گردد و از این نظر با طلب مرتهن که منشأ قراردادی دارد، متفاوت است. یکی از مصادیق بسیار مهم این مطالبات در قانون دریایی ایران تحت عنوان «حقوق ممتاز دریایی» و در انگلستان و کشورهای کامن‌لا تحت عنوان «Maritime liens» و در حقوق فرانسه و نظام حقوق نوشته با عنوان «Privileges Maritimes» مطرح شده است. مقررات این حقوق ریشه در عرف‌های قدیم دارد و برای تضمین استیفای طلب، برای طلبکار، نوعی حق عینی ایجاد کرده است (ابوعطا، ۱۳۸۹: ۴). به منظور متحدالشکل کردن مقررات مربوط به رهن و حقوق ممتاز دریایی، سه کنوانسیون بین‌المللی تدوین گردیده که به جز «کنوانسیون بین‌المللی یکنواخت کردن بعضی مقررات مربوط به حقوق ممتاز و رهن دریایی بروکسل مصوب ۱۹۲۶»^۱، که تنها حدود بیست کشور جهان از جمله ایران و فرانسه به آن پیوسته‌اند، دو کنوانسیون بعدی ۱۹۶۷^۲ و ۱۹۹۳^۳ مورد اقبال قرار نگرفته است. حقوق ممتاز دریایی وثیقه‌ای قانونی نسبت به کشتی ایجاد می‌کند و به طلبکار اجازه می‌دهد با توقیف کشتی در نظام حقوق نوشته یا طرح دعوی بر شیء^۴ در نظام کامن‌لا حق خود را نسبت به کشتی مطالبه کند. ضمن اینکه حقوق ممتاز دریایی در زمان اجرا از ترتیب خاصی برای پرداخت میان انواع مختلف طلبکاران پیروی می‌کند.

جهانی‌شدن فعالیت‌های تجاری و وجود شرکت‌های چند ملیتی پیامدهای فراملیتی بر حقوق ذی‌نفعان هر دعوا را به همراه داشته است و مرزهای صلاحیت داخلی کشورها را درنور دیده و تجارت

1. Brussels Convention of 1926 for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Mortgages and Liens
2. Brussels Convention of 1967 for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Mortgages and Liens
3. International Convention on Maritime Liens & Mortgages, Adopted in Geneva 1993
4. Action in rem

کشتیرانی نیز از این تحولات مصون نمانده است. مشکلات مربوط به تأمین مالی، که مانع بازارهای کشتیرانی از اقدام به تأمین مالی جهانی و موجب بحران در این زمینه در سال ۲۰۰۸ گردید و به تبع چندین شرکت کشتیرانی را به ورطه دادرسی ورشکستگی کشاند، جامعه جهانی را بر آن داشت تا برای ایجاد مقررات و قواعد مختلفی در این زمینه تلاش کنند. در این وضعیت، دکتین حقوق دریایی تلاش‌های بسیاری برای تطبیق دادن اسناد بین‌المللی جاری با قواعد حقوق دریایی نظیر قانون نمونه آنسیترال در مورد توقف فرامرزی مصوب ۱۹۹۷ داشته‌اند. به نظر می‌رسد نتیجه این تلاش تنها در مسئله صلاحیت قضایی آشکار گردید و در مورد سایر جنبه‌های اجرای حقوق ممتاز دریایی در فرض ورشکستگی شرکت کشتیرانی قاعده‌ای مقرر نشد و تصمیم‌گیری در این مسائل به دادگاهی سپرده شد که این حق را به لحاظ بین‌المللی شناسایی خواهد کرد (Martín Osante, 2017: 160-161).

در گذشته، حقوق و عرف‌های حاکم بر تجارت دریایی راه‌هایی را برای اشخاص دارای حق دعوای بر شیء در دیون دریایی در نظر گرفته بود، به طوری که آن‌ها می‌توانستند کشتی را در هر کشوری که در آب‌های آن حرکت می‌کرد توقیف نمایند. دین دریایی، صرف‌نظر از توقف یا ساختار گروهی شرکت مالکان کشتی، در دادگاه مقرر رسیدگی و مورد حکم قرار می‌گرفت. دادگاه محلی دریایی صلاحیت عام برای فروش کشتی از طریق قضایی و تصفیه دیون آن از هر حق ممتاز یا ادعای دریایی را در اختیار داشت. ضمن اینکه حاصل فروش بین طلبکاران بر اساس ترتیب مقرر در حقوق دریایی کشور محل رسیدگی و صرف‌نظر از وضعیت مالی مالکان کشتی یا توقف آن‌ها در کشور مرکز اصلی اداره توزیع می‌شد. در قرن بیستم، به تدریج شاهد آثار بین‌المللی فروپاشی اقتصادی شرکت‌های چندملیتی در خصوص تنوع استفاده از دارایی‌های محلی شرکت برای پرداخت مطالبات طلبکاران در دادگاه مقرر و اعاده مازاد آن به مقرر شرکت هستیم. این موضوع می‌توانست بسته به کشوری که دارایی بدهکار، محل اقامت او یا طلبکارانش در آن قرار داشت، به توزیع و تقسیمات مختلف دارایی‌ها بین طلبکاران شرکت ورشکسته در سراسر جهان منجر شود. از این رو، تلاش برای ایجاد قانون نمونه با هدف ایجاد مکانیزمی مؤثر برای پرداختن به توقف بین‌المللی آغاز شد تا بتواند اداره منصفانه و کارآمد توقف فرامرزی را ارتقا داده و از منافع همه طلبکاران و ذی‌نفعان، از جمله بدهکار و دارایی او، در سراسر جهان حمایت کند (Rares, 2017: 14-20). امکان وجود عنصر خارجی در دادرسی ورشکستگی تمایل به تدوین قانون نمونه آنسیترال ۱۹۹۷ در مورد توقف فرامرزی را افزایش داده و به طور رسمی همکاری بین دولت‌ها را اعلام و مکانیزم‌هایی برای پرداختن به آیین

توقف در صورت وجود عنصر خارجی را مقرر داشته است. ابزار قانونی اصلی برای این منظور در قانون مزبور این است که دادرسی خارجی انجام شده توسط دادگاه خارجی مورد شناسایی قرار گیرد و همان آثار ناشی از ورشکستگی در آن کشور در دادگاه داخلی به رسمیت شناخته شود. بنابراین با شناسایی دادرسی خارجی، شروع یا ادامه دعوی و رسیدگی های انفرادی در آن کشور که مربوط به اموال، حقوق و تعهدات بدهکار بود متوقف می گردد و بدهکار از حق انتقال یا رهن یا سایر حقوق نسبت به اموال محروم می شود. علت مبنای این راه حل، صرف نظر از صلاحیت قضایی محل وقوع مال، ایجاد سیستم متمرکز اداره و فروش اموال بدهکار است. در این صورت، بدهکار از انتقال دارایی خارجی اش منع می گردد و طلبکاران خارجی مشمول همان برخورد برابری هستند که طلبکاران در کشور محل رسیدگی از آن برخوردارند. البته قانون نمونه به صورت جزئی به دول متعاقد اجازه می دهد که استثنائاتی را بر قاعده توقف رسیدگی ها علیه بدهکار خارجی ایجاد کنند. اتحادیه اروپا در مقدمه مقرر ۲۰۱۵/۸۴۸ مقرر می دارد که دادرسی اصلی ورشکستگی باید در دولت عضوی مطرح شود که مرکز امور مهم بدهکار در آن قرار دارد و این دادرسی جهان شمول است و کلیه اموال بدهکار را دربر می گیرد. با وجود این، طرح دادرسی ورشکستگی نباید حقوق عینی طلبکاران یا اشخاص ثالث علیه شیء متعلق به بدهکار را که در زمان شروع دادرسی در قلمرو دولت متعاقد دیگر قرار دارد تحت تأثیر قرار دهد، بلکه این حقوق انحصاری هستند و ادعایی خاص را تضمین می کنند. بر این اساس، هدف اصلی مقرر فوق آن است که کشوری که دارایی بدهکار بر اساس دادرسی دریایی در آن توقیف شده است باید تقدم دادرسی ورشکستگی را بپذیرد، در عین حال که نزاکت متقابل اقتضا دارد که دادگاه رسیدگی کننده به ورشکستگی نیز مشروعیت تأمین اتخاذ شده در دادرسی دریایی در کشور محل توقیف را شناسایی کند و به آن احترام بگذارد (Radunović, 2018-2019: 19).

بنابراین، در دادرسی ورشکستگی، اصل «جهان شمولی ورشکستگی» تمامی دادگاه ها را به همکاری با دادگاه کشور محل رسیدگی به ورشکستگی دعوت می کند تا از این طریق بتواند توزیع اموال بدهکار بین طلبکارانش را بر اساس یک سیستم واحد و منظم توزیع تضمین کند. این امر مستلزم آزادسازی همه اموال توقیف شده بدهکار و تبعیت طلبکاران دریایی از رژیم ورشکستگی است. از طرف دیگر، وقتی مالک کشتی در شرف ورشکستگی قرار می گیرد، طلبکاران اغلب به دادرسی دریایی نظیر توقیف کشتی، که برای حمایت از منافع طلبکاران محلی پیش بینی شده است، متوسل می شوند. چنین آیین هایی عموماً در حوزه های قضایی دریایی شناسایی می شود و مزیت اصلی آن، خدمت به طلبکاران صرف نظر از محل قرار داشتن کشتی است و این موضوع، مرکز تعارض بین رژیم دریایی و ورشکستگی است. زیرا توقف خودکار کلیه دادرسی های اجرایی نسبت

به اموال بدهکار شامل اجرای دیون دریایی علیه کشتی که نوعاً مبتنی بر نظام خاص و مستقل رتبه‌بندی و توزیع است نیز می‌شود. در حالی که توقیف کشتی در دادرسی دریایی، کشتی را به‌عنوان تأمین عینی درمی‌آورد که تنها در دیون دریایی قابل‌دسترس است و نمی‌تواند به‌وسیله دادرسی ورشکستگی نفی شود. از طرف دیگر در قوانین دریایی، هر ادعای حق ممتاز دریایی تنها از مطالبه دریایی دیگری که دارای اولویت بالاتر باشد، تأثیر می‌پذیرد. بنابراین اگرچه آیین ورشکستگی بر مالک کشتی، وجود دیون دریایی را که قبل از شروع دادرسی ورشکستگی ایجاد شده، انکار نمی‌کند اما اگر دیون دریایی نتواند در دادرسی ورشکستگی به‌طور کامل ایفا شود، اولویت چنین ادعاهایی و نحوه اجرای آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد. علت این اثرپذیری آن است که موقعیت طلبکاران ورشکستگی و طبقه‌بندی ادعاهای آن‌ها معمولاً با رتبه‌بندی طلبکاران دریایی در حقوق دریایی انطباق ندارد، زیرا طیف طلبکاران بدهکار ورشکسته از طلبکاران دارای ادعای دریایی گسترده‌تر است و آیین‌های ورشکستگی معمولاً مبتنی بر برخورد مساوی و به تناسب بین طلبکاران است.

بنابراین در قوانین ملی اکثر کشورها، دادرسی ورشکستگی در مرحله نخست به دنبال ایفای کلیه دیون طلبکاران دارای وثیقه است و سپس تلاش می‌کند تا به نسبت مساوی به دیون طلبکارانی که دارای وثیقه نیستند، بپردازد. در این صورت منافع دارندگان حق ممتاز دریایی در دسته منافع باوثیقه محسوب می‌شود و عموماً در ورشکستگی برای تعیین اعتبار و اولویت میان مطالبات، در کنار سایر طلبکاران وثیقه‌دار لحاظ می‌شود و مدعیان دریایی ممکن است نهایتاً به تمام طلب تصفیه شده خود به همان میزانی که در دادگاه دریایی می‌توانستند وصول کنند دست نیابند. از آنجایی که در اکثر نظام‌های حقوقی نظیر ایران و فرانسه، بر اساس قواعد عام حاکم بر شخصیت، اصل وحدت دارایی به‌عنوان یک عقیده غالب پذیرفته شده است، طلبکاران مالک، نیز می‌توانند اجرای حق خود را نسبت به کشتی و به‌عنوان مالی از اموال او مطالبه کنند. از سوی دیگر، طلبکاران دریایی نیز می‌توانند نسبت به دارایی زمینی مالک طرح دعوا کنند. بنابراین، تفاوتی بین طلبکاران دریایی یا غیر آن وجود ندارد و در صورت صدور حکم تصفیه اصولاً همه دارایی‌های دریایی و زمینی تاجر ورشکسته هم‌زمان به فروش رسیده و حاصل آن میان طلبکاران تقسیم می‌شود یا مشمول مقررات بازسازی تجاری قرار می‌گیرد.

در مقابل، دادرسی اختصاصی در نظام حقوق دریایی، به‌ویژه در کامن‌لا، با نادیده‌گرفتن کلیه دیون غیردریایی صرفاً به دیون دریایی اولویت می‌بخشد که نشانه‌ای از ماهیت مستقل حقوق دریایی است؛ به این معنی که در دادگاه دریایی دیون غیردریایی در آخرین مرحله ایفا می‌شوند و اگر کشتی یگانه دارایی بدهکار باشد، دارندگان حقوق ممتاز دریایی می‌توانند تمام مطالبات خود را استیفا کنند، در حالی که طلبکاران غیردریایی که منافع آن‌ها در دادرسی ورشکستگی از حق وثیقه برخوردار بود

بدون پرداخت باقی می‌مانند. ضمن اینکه در دادگاه دریایی کشتی عموماً سریع‌تر به فروش می‌رسد و حاصل آن در دادرسی که به کشتی و طلبکاران آن محدود است تقسیم می‌شود و مازاد حاصل فروش بین طلبکاران غیردریایی تقسیم می‌شود (Ende, 1988: 576-578).

در کنوانسیون‌های سه‌گانه بین‌المللی راجع به حقوق ممتاز مقررات خاصی در رابطه با تأثیر توقف مالک کشتی در زمان اجرای حقوق ممتاز دریایی ذکر نگردیده است و هیچ‌یک مقررات ورشکستگی را نه از شمول کنوانسیون استثنا کرده و نه شرایط اعمال آن را تعیین کرده‌اند (Tetley, 1996: 259-260). علاوه بر تفاوت در عملکرد دادرسی دریایی و ورشکستگی، نبود مقرراتی راجع به آثار توقف و ورشکستگی مالک کشتی بر حقوق طلبکاران ممتاز در کنوانسیون‌های فوق از یک سو و پیچیدگی و ارتباط نزدیک حقوق ورشکستگی با قوانین ملی از سوی دیگر سرنوشت حق ممتاز دریایی را، در فرض توقف، به قوانین ملی کشورها وابسته کرده است؛ در این صورت حقوق ممتاز دریایی در عرصه بین‌المللی ممکن است با برخوردهای متفاوت و پیش‌بینی نشده‌ای در موارد ورشکستگی فرامرزی روبه‌رو شود (Martín Osante, 2017: 155-158).

بنابراین در این تحقیق نحوه اجرای حقوق ممتاز دریایی در دادرسی ورشکستگی در دو مبحث اصلی مورد بررسی قرار می‌گیرد: نخست، عمده اشکال تعارض دادرسی ورشکستگی و دریایی در رابطه با مبانی و شیوه اجرای قواعد این دو نظام دادرسی و همچنین تعارض صلاحیت احتمالی دادگاه‌های دریایی و ورشکستگی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در مبحث دوم نیز، ضمن بررسی نحوه عملکرد نظام‌های حقوقی مختلف و انواع رویکردهای مربوط به حل تعارض بین رژیم حقوق دریایی و حقوق ورشکستگی، رویکرد منتخب نویسندگان ارائه خواهد شد.

۱. اشکال تعارض دادرسی دریایی و ورشکستگی

ورشکستگی مالک کشتی می‌تواند منجر به تعارضاتی بین رسیدگی‌های مربوط به ورشکستگی، که اصولاً مبتنی بر قوانین ملی کشورها و عملاً زمان‌بر و پیچیده است، با دادرسی‌های دریایی، که دارای ماهیت بین‌المللی و عموماً فوری و بدون تشریفات شکلی خاص می‌باشد، گردد. به عبارت دیگر، قوانین ورشکستگی ممکن است بنا بر ملاحظات اجتماعی هر جامعه از کشوری به کشور دیگر متفاوت باشد. در حالی که قواعد حاکم بر حقوق دریایی دارای ماهیتی بین‌المللی است (Martín Osante, 2017: 156).

با شروع فرایند ورشکستگی، ممکن است راهکارهای در دسترس حقوق دریایی، نظیر توقیف کشتی، از اجرا باز ماند و با اعمال مقررات ورشکستگی طلبکاران ممتاز تا مدت‌ها نتوانند به وصول مطالبات خود امیدوار باشند. ضمن اینکه در برخی کشورها نظیر انگلیس، دادرسی نسبت به شیء

دریایی در صلاحیت خاص دادگاه‌های دریایی قرار دارد، در حالی که دعاوی ورشکستگی در دادگاه‌های خاص تجاری مورد رسیدگی قرار می‌گیرد (Tetley, 1996: 262). همچنین طلبکاران در ورشکستگی به طلبکاران وثیقه‌دار و عادی تقسیم می‌شوند و طلبکار ممتاز دریایی در کنار سایر طلبکاران با وثیقه در نظر گرفته می‌شود، در حالی که در دادرسی دریایی، دیون دریایی مقدم بر دیون غیردریایی لحاظ می‌گردند و طلبکاران ممتاز دریایی برخلاف طلبکاران غیردریایی با وثیقه در رتبه نخست قرار می‌گیرند. این موضوع بدان جهت است که حقوق دریایی و ورشکستگی دیدگاه‌های متفاوتی نسبت به حقوق طلبکاران و بدهکاران دارند که این امر تفکیک صلاحیت دادگاه دریایی و ورشکستگی و عملکرد مستقل آن‌ها از یکدیگر را تقویت می‌کند. دغدغه اصلی دادگاه‌های ورشکستگی افزایش امکان بازسازی فعالیت تجاری تاجر به نحوی است که از طریق توقف دادرسی‌های در جریان به بدهکار فرصت بازبایی می‌دهد تا تاجر بتواند با روش منظمی برنامه تصفیه یا بازسازی را ادامه دهد. ضمن اینکه توقف دادرسی، با حذف روند سریع تقسیم دارایی ورشکسته، از طلبکاران او نیز حمایت کرده و برخورد برابر با طلبکاران را تضمین می‌کند. بنابراین دادگاه ورشکستگی‌ای که به دیون تاجر رسیدگی می‌کند، مهلت‌هایی را برای بدهکار و طلبکاران آن در نظر می‌گیرد و با توقف خودکار دادرسی‌های موازی، زمانی را برای طبقه‌بندی اموال بدهکار فراهم می‌کند تا مواردی را که ضرورت فروش در آن‌ها وجود دارد پیش‌بینی و حاصل آن را توزیع کند، در حالی که دادگاه دریایی چنین دغدغه‌هایی را دنبال نمی‌کند و درصدد تسریع تعیین وضعیت کشتی است، زیرا کشتی‌ها در طول زمان بازداشت در معرض خرابی و آسیب قرار می‌گیرند و باید زودتر در مورد آن‌ها تعیین تکلیف شود. به همین دلیل ضروری است که کشتی توقیف‌شده فوراً به جریان تجارت بازگردد و از منافع عالی صنعت دریایی از طریق در اختیار قراردادن مفیدترین و مولدترین اموال در دسترس برای خدمت (یعنی کشتی) حمایت شود. به عبارت دیگر، هدف سیستم ورشکستگی ایفای منصفانه مطالبات طلبکاران ورشکسته است. ضمن اینکه درصدد حذف شرکت‌هایی است که قادر به ایفای تعهدات خود نیستند تا از این طریق مانع در معرض خطر قرارگرفتن سرمایه سایر اطراف تجاری ایشان شود. از سوی دیگر، نظام ورشکستگی فرصت شروع مجدد به بدهکاران بی‌تقصیر اما بدقبال را اعطا می‌کند. از این منظر، اختیارات قانونی هیئت مدیره در شرکت، به صورت خودکار و انحصاری، به مدیر تصفیه منصوب از طرف دادگاه منتقل می‌شود و به همین دلیل از زمان شروع دادرسی ورشکستگی بدهکار از تصرف در اموال خود و اجرای کلیه حقوق به دست‌آمده ممنوع می‌شود. ضمن اینکه نظام ورشکستگی دارای قواعد خاصی برای اولویت‌بندی میان طلبکاران نیز هست که ممکن است با ترتیب پرداخت مطالبات ممتاز دریایی تطابق نداشته باشد (Radunović, 2018-2019: 17).

علاوه بر موارد فوق از آنجایی که حق ممتاز در کامن لا مبتنی بر دعوای شیء است و دعوای بر شیء نیز در صلاحیت اختصاصی دادگاه دریایی قرار دارد، این بحث مطرح شده است که آیا دادگاه ورشکستگی که به کلیه دعوای جمعاً رسیدگی می‌کند صلاحیت رسیدگی به این دعوا را دارد (Ende, 1988: 576-578).

در بررسی این تعارضات، لازم است این پرسش مطرح شود که، به لحاظ مبنایی، تا چه میزان بین دو نظام دادرسی دریایی و ورشکستگی تفاوت وجود دارد. علت این پرسش آن است که دادرسی ورشکستگی همیشه به تصفیه و تقسیم حاصل فروش اموال بین طلبکاران منتهی نمی‌شود، بلکه هدف اساسی‌تر آن کمک به بازسازی وضعیت تجاری تاجر ورشکسته و تداوم عملیات تجاری اوست. در عین حال، باید گفت که کارکرد حق ممتاز بر کشتی تابع همان اصول عام حاکم بر سایر حقوق ممتاز نیست، زیرا در حقوق مدنی و قواعد عمومی مربوط به حقوق ممتاز اهمیت عملی حق ممتاز تنها در زمان اجرای حق طلبکاران ممتاز از عین بازداشت‌شده یا معافیت طلبکار ممتاز از مقررات رقابتی آشکار می‌شود، در حالی که نقش حقوق ممتاز دریایی خارج از آیین اجرایی معلوم می‌گردد. در واقع به نظر نگارنده، هدف واقعی از پیش‌بینی حقوق ممتاز دریایی تشویق به تداوم سفر دریایی است تا، از طریق این امتیاز، ارائه‌دهندگان خدمت به کشتی برای سالم‌رسانیدن آن به مقصد ترغیب شوند و از بابت تأدیه مطالباتشان با نگرانی مواجه نگردند. بنابراین در حقیقت، توقیف، فروش و توزیع قیمت پیشامدهای نامطلوب ذکر شده در قوانین دریایی هستند، زیرا حق در نظر گرفته شده بر کشتی در حقوق دریایی به منظور فروش آن نبوده است، بلکه برای به انجام رساندن مأموریتی عالی‌تر، یعنی تکمیل سفر دریایی، بوده است. برای همین است که کارکرد حقوق ممتاز در حقوق مدنی با حقوق دریایی متفاوت است و نقش اصلی حق ممتاز در مورد حقوق مدنی در مرحله اجرا ظهور می‌کند، ولی در دومی نقش اصلی این حقوق در مرحله اجرا عقیم می‌ماند.

با توجه به مقدمه فوق، می‌توان چنین استدلال کرد که دادرسی ورشکستگی از آنجا که با منع مالک از تصرف در اموال خود روبه‌رو است، نمی‌تواند مبنای حقوق ممتاز دریایی را تأمین کند، زیرا حتی در صورتی که دادرسی ورشکستگی منجر به تصفیه و فروش اموال شود، مبنای اصلی حقوق ممتاز دریایی که همان تداوم سفر دریایی است تا حدودی خنثی می‌گردد. در عین حال اگر حکم نهایی دادگاه مبنی بر بازسازی تجاری برقرار شود، کشتی‌رانی تجاری به حیات خود ادامه می‌دهد، اما نمی‌تواند به تشویق طلبکاران دریایی برای کمک به کشتی در حین سفر منجر شود و مبنای حقوق ممتاز دریایی حاصل نخواهد شد؛ به این توضیح که دارندگان حقوق ممتاز در روند بازسازی باید مانند سایر طلبکاران در جریان عملیات تجاری تاجر منتظر پرداخت مطالبات خود باقی بمانند و

مالک نمی‌تواند برای پرداخت این حقوق نسبت به سایر طلبکاران تبعیضی قائل شود. در حالی که در دادرسی دریایی، با توقیف کشتی، مالک به‌منظور جلوگیری از فروش آن مجبور به ایفای فوری دیون ممتاز دریایی و آزادسازی کشتی از توقیف می‌شود و این رسیدگی و پرداخت سریع موجب تشویق و افزایش انگیزه برای ارائه‌دهندگان خدمت به کشتی می‌گردد.

تعارضات موجود در اهداف، مبانی و نحوه اجرای حقوق ممتاز دریایی و دادرسی ورشکستگی از یک سو و عدم کفایت قواعد بین‌المللی و نبود مقررات قانونی صریح که روابط متقابل قواعد دریایی و دادرسی ورشکستگی را در سطح ملی و بین‌المللی روشن کند از سوی دیگر لزوم بررسی خط‌مشی نظام‌های مختلف حقوقی را در برخورد با هر یک از دو نظام دریایی و ورشکستگی افزایش می‌دهد.

۲. رویکرد نظام‌های حقوقی در اجرای قواعد حاکم بر نظام ورشکستگی و حقوق دریایی

مقررات دریایی و ورشکستگی، هر دو، از قوانین خاص محسوب می‌شوند و مسائل مربوط به ایفای مطالبات طلبکاران را از دو منظر متفاوت درک می‌کنند. به همین دلیل ممکن است در رابطه با حاکمیت هریک از دو رژیم ورشکستگی یا دریایی دو رویکرد مطرح شود: نخست اینکه قواعد حقوق دریایی، به دلیل ماهیت خاص آن، اعمال قواعد ورشکستگی را استثناء نماید و حقوق ممتاز دریایی بدون تأثیرگیری از روند ورشکستگی اجرا شود.

رویکرد دوم حاکمیت قوانین ورشکستگی بر قواعد دریایی است؛ با توجه به اینکه یکی از آثار ورشکستگی توقف کلیه دادرسی‌ها علیه بدهکار و دارایی اوست، هیچ‌یک از مقررات قانون دریایی نمی‌تواند کشتی‌ها و سایر دارایی‌های دریایی را از قرارگرفتن در شمول دارایی‌های ورشکستگی منع کند و بر این اساس تمام این اموال باید تابع صلاحیت دادگاه ورشکستگی و قواعد قابل‌اعمال بر آن باشد. در این مبحث به بررسی این دو رویکرد در حقوق ایران، انگلیس و فرانسه می‌پردازیم.

۲-۱. رویکرد حاکمیت قواعد حقوق دریایی

به لحاظ تاریخی ردپای این رویکرد را در کامن‌لا و آیین دادرسی دریایی آن و حمایت از شرکای دریایی در مقابل سایر اشخاص می‌توان دید، به این نحو که حقوق ممتاز دریایی به‌عنوان عالی‌ترین ابزار تأمین در این حوزه محسوب می‌شود تا جایی که این حق حتی در صورت فروش کشتی به خریدار باحسن‌نیت بدون اطلاع قابل اجرا است، مگر اینکه در قالب دادرسی علیه شیء ساقط گردد و از آنجایی که تنها دادگاه دریایی است که صلاحیت اجرای دعوای بر شیء را دارد، اجرای حق ممتاز دریایی در صلاحیت همین دادگاه قرار دارد (Ende, 1988: 576). از جمله اشکال اعمال رویکرد

ترجیح قواعد دریایی بر دادرسی ورشکستگی را می‌توان در «حق تفکیک»^۱ در حقوق انگلیس مشاهده کرد.^۲ در این کشور، «وثایق عینی»، مانند رهن و حق ممتاز دریایی، علاوه بر ویژگی حق تقدم در پرداخت و حق تعقیب، ویژگی دیگری نیز دارند که به آن حق تفکیک اطلاق می‌گردد و موجب می‌شود طلبکار باوثیقه بتواند مال مزبور را خارج از دادرسی ورشکستگی یا تصفیه برای پرداخت مطالباتش حفظ کند. بر همین اساس طلبکار ممتاز دریایی می‌تواند، ضمن برخورداری از حق تقدم و تعقیب، حق عینی خود بر کشتی را خارج از فرایند دادرسی ورشکستگی اجرا کند (Huang, 2015: 177). این ویژگی به خاصیت حق دعوای بر شیء و رابطه مستقیم بین آن و طلبکار بازمی‌گردد.

همان طور که می‌دانیم حق ممتاز دریایی، به لحاظ ماهیت، حق عینی است و پرداخت مطالبات برخی طلبکاران دریایی را بر اساس رتبه‌بندی خاصی تضمین می‌کند. در عین حال، قاعده عام در ورشکستگی یا انحلال آن است که به کلیه طلبکاران به نسبت مساوی از حاصل فروش دارایی‌های بدهکار پرداخت می‌شود. حقوق دریایی در انگلیس که در آن حقوق ممتاز از طریق دعوای بر شیء قابل مطالبه است به طلبکار اجازه می‌دهد تا، صرف نظر از وجود دادرسی ورشکستگی در کشور محل اقامت بدهکار و تا ایفای طلبش در غیاب سایر طلبکاران (غیردریایی)، دادرسی علیه شیء را ادامه دهد. در قانون توقف ۱۹۸۶ انگلیس،^۳ برای حمایت از طلبکاران دارای وثیقه، مقرره‌ای وضع گردیده است که، بر اساس آن، این دسته از طلبکاران می‌توانند حق خود را قبل از تقسیم اموال بدهکار مطالبه نمایند. بخش چهارم قانون توقف انگلیس بر انحلال قهری و اختیاری شرکت‌های ثبت شده طبق

1. A right of separation

۲. در آلمان بر اساس ماده ۵۹۶ قانون تجاری (German Commercial Code)، دستمزد خدمه، عوارض عمومی، خسارات ناشی از صدمات جسمی و مرگ، نجات دریایی و مبالغ تأمین اجتماعی به عنوان حقوق ممتاز دریایی محسوب می‌شوند و قبل از سایر حقوق وثیقه‌دار نسبت به دارایی دریایی طبقه‌بندی می‌شوند. اولویت‌بندی این حقوق به صورت مجزا از رتبه‌بندی سایر دیون مقرر گردیده است و از حقوق سایر طلبکاران متأثر نمی‌شود. بر اساس ماده ۵۰ قانون توقف این کشور مصوب ۲۰۰۲، اجرای انفرادی حقوق طلبکاران دارای وثیقه، صرف نظر از شروع دادرسی ورشکستگی، مجاز است و طلبکارانی که حق تأمین آن‌ها بر وثایق قراردادی، قضایی یا قانونی مبتنی است می‌توانند ایفای مستقل و جداگانه مطالبات خود را از شیء تحت توقیف اجرا کنند (حق جداسازی یا right of separation). برای اینکه چنین حق جداسازی مؤثر واقع شود، طلبکاران تأمین می‌توانند علیه مدیر تصفیه ورشکسته اقامه دعوا کنند، در حالی که شیء تحت وثیقه را دنبال می‌کنند. دارایی‌هایی که به فروش شیء تحت وثیقه منتهی می‌شود تا سطح دیون تأمین شده آن‌ها بین طلبکاران وثیقه‌دار توزیع می‌شود و باقی مانده آن به دارایی ورشکسته ملحق و در دسترس سایر طلبکاران باقی مانده قرار می‌گیرد (Radunović, 2018-2019: 24).

3. The Insolvency Act 1986

قانون ۱۹۸۵ اعمال می‌شود. هر دو روش به‌لحاظ ماهیت شبیه به هم هستند (Thomas, D. R., 1980: 66). به‌محض صدور دستور انحلال اجباری، هیچ دادرسی‌ای علیه شرکت نمی‌تواند ادامه یابد، مگر با اجازه دادگاه و تنها تحت شرایطی که دادگاه تعیین می‌کند (Tetley, 1996: 266). به‌موجب حکم ماده ۱۲۸(۱)، «هرگونه توقیف یا اجرای‌ای نسبت به دارایی یا اموال شرکت بعد از شروع عملیات تصفیه باطل است». بر اساس قانون مزبور، نحوه برخورد با طلبکاران دارای تأمین در دادرسی ورشکستگی عموماً به تاریخی بستگی دارد که دعوی بر شیء اجرا می‌شود. در خصوص دارنده حق ممتاز دریایی، اختلافی در رویه قضایی این کشور وجود ندارد، بلکه همه اتفاق‌نظر دارند که دارنده حق مزبور، به‌عنوان طلبکار باوثیقه، از حق مطالبه خارج از دادرسی تصفیه و مستقل از آن برخوردار است. بنابراین، دادگاه ورشکستگی معمولاً به چنین طلبکاری اجازه می‌دهد که برای اجرای طلبش مستقلاً اقدام و تأمین خود را تحصیل کند. به‌علاوه، در رویه قضایی این کشور به دارنده حق ممتاز دریایی، حتی بعد از صدور دستور انحلال و ورشکستگی شرکت، این اجازه داده می‌شود که طلبش را مطرح کند (Radunović, 2018-2019: 25)؛ توضیح آنکه در خصوص رابطه بین دعوی بر شیء و قواعد مربوط به انحلال در این کشور، می‌توان گفت که اگر دارندگان حقوق عینی بر کشتی، اعم از دارندگان حق ممتاز دریایی یا مرتهنین، از طریق توقیف کشتی، قبل از شروع تصفیه اجباری یا بعد از تصویب یک صلح‌نامه در انحلال اختیاری، بخواهند حق خود را اجرا کنند، می‌توانند دادرسی‌های مربوط به دعوی نسبت به شیء را که قبل از صدور رأی انحلال شرکت از طریق توقیف کشتی آغاز شده است ادامه دهند و انحلال شرکت تأثیری بر ادامه این روند ندارد. این به دلیل آن است که دارنده حق ممتاز، بعد از توقیف کشتی، به «طلبکار با وثیقه و تأمینی‌ای» مبدل می‌شود که منافع ناشی از تأمین خود را علیه شیء اعمال می‌کند، به‌جای اینکه ادعایی نسبت به شرکت داشته باشد؛ لذا ادعای او خارج و مستقل از عملیات تصفیه قابل بررسی است. اگرچه مدعی باید برای ادامه روند رسیدگی از دادگاه کسب اجازه کند، معمولاً این اجازه صادر می‌شود. اگر مدعی، در زمان شروع عملیات تصفیه، هنوز اقدامی جهت توقیف کشتی انجام نداده باشد، با او به‌عنوان یک طلبکار عادی برخورد می‌شود و دادگاه دادرسی بر شیء او را متوقف می‌کند (Hunge, 2015: 10). البته دادگاه، درخصوص اینکه آیا دادرسی‌های مربوط به او باید متوقف شود یا خیر، از اختیارات صلاحیدیدی خود استفاده می‌کند. از آنجایی که مدعی دارای حق ممتاز یا مرتهن کشتی، از زمان ایجاد حق ممتاز، «طلبکار باوثیقه» هستند، دادگاه اختیار خود را به نفع مدعی دریایی اعمال می‌کند و اجازه شروع دادرسی دریایی را به آن‌ها می‌دهد. بدیهی است اگر هم توقیف و هم فروش اجباری کشتی قبل از شروع تصفیه اتفاق بیفتد، اجرای آن، حتی بعد از انحلال، ادامه یافته و کامل خواهد

شد. لذا این گونه مطالبات نسبت به شیء از انحلال متعاقب تأثیر نمی پذیرد (Tetley, 1996: 269). قاضی «برایتمن»^۱ در قضیه شرکت با مسئولیت محدود «ری آرو»^۲ اعلام کرد که، به موجب قانون توقف، دارندگان حقوق ممتاز دریایی به عنوان طلبکاران با وثیقه رتبه بندی می شوند و نسبت به مرتبه کشتی حق تقدم خواهند داشت و به موجب اجازه مقرر در ماده ۲۳۱ قانون مزبور، طلبکاران ممتاز دریایی می توانند، به رغم دستور انحلال، حق خود را با تمسک به دادرسی دریایی نسبت به شیء اجرا کنند (Hunge, 2015: 191). این رویکرد به صورت ضمنی دلالت بر حاکمیت قواعد مربوط به دادرسی بر شیء دریایی در مقابل دادرسی های مربوط به توقف تاجر دارد.^۳

با اعمال رویکرد حاکمیت قواعد دریایی، عملاً کشتی از سایر اموال مالک آن مجزا می شود و دارایی دریایی^۴ از دارایی زمینی تفکیک می گردد. در غیر این صورت، سایر طلبکارانی که نفع اندکی در دارایی مالک کشتی دارند، به جرگه رقبای طلبکاران دریایی می پیوندند و عملکرد این حقوق را مختل می کنند. در واقع، مفهوم دارایی دریایی یک عنصر غالب و حاکم، یعنی کشتی، را فرامی خواند. بنابراین در حقوق دریایی این موضوع قابل تأیید است که هر کشتی مرکز دارایی مستقل دریایی است تا جایی که نمود این استقلال، از نقطه نظر سلبی، در اصول تحدید مسئولیت مالکان کشتی و، از منظر ایجابی، در حقوق ممتاز دریایی قابل مشاهده است؛ به این صورت که، در تحدید مسئولیت، طلبکاران دریایی، به میزان قابل ملاحظه ای، ملزم به اقامه دعوا بر ثروت دریایی می شوند و از طرح دعوا نسبت به سایر اموال مالک محروم می گردند و در عین حال طلبکاران ممتاز نیز به میزان چشمگیری حق انحصاری برای طرح دعوا علیه کشتی، به عنوان یک ثروت دریایی، دارند (El-baroudi, 1963: 88).

۲-۲. رویکرد حاکمیت قواعد ورشکستگی

رویکرد ثانویه به موضوع حل تعارض دو رژیم ورشکستگی و دریایی اجرای دیون ممتاز دریایی در محدوده قواعد ورشکستگی است. فرانسه قانون ورشکستگی خود را به موجب قانون ۸۵-۹۸ ژانویه ۱۹۸۵^۵ اصلاح کرده است و هدف آن کمک به تداوم تجارت در شرایط سخت مالی است.

1. Brightman

2. Re Aro Co

۳. در ماده ۳۲ قانون نمونه آنسیتال در مورد توقف فرامرزی نیز این موضوع مورد توجه قرار گرفته است؛ هدف قانون مزبور برخورد مساوی و برابر با طلبکاران هم ردیف بوده است، ولی در عین حال اعلام می دارد که این موضوع نباید دیون طلبکاران تأمین شده (وثیقه دار) یا طلبکاران قانونی علیه شیء را تحت تأثیر قرار دهد (Hunge, 2015: 177-178).

4. fortune de mer

5. Law No. 85-98 of January 25, 1985

اگر بدهکار شرکت تجاری نظیر شرکت کشتیرانی باشد، محکمه تجاری محلی که دفتر اصلی شرکت یا مقر اصلی در آن قرار دارد صالح است و تعارض صلاحیت دادگاه دریایی و ورشکستگی منتفی است. در آیین رسیدگی واحد در قانون فرانسه دادرسی به درخواست بدهکار، طلبکار، مدعی العموم یا خود دادگاه با صدور حکم ابتدایی آغاز می‌شود. در روند دادرسی، دوره نظارتی تعیین شده و در این مدت مدیر تصفیه مشخص می‌شود. مدیر تصفیه، با بررسی وضعیت اجتماعی و اقتصادی بدهکار، پیش‌نویس مربوط به اعاده تجاری تاجر را ارائه می‌کند و دادگاه پس از بررسی مدارک ابرازی توسط مدیر تصفیه ممکن است دستور تداوم فعالیت تجاری تاجر را تحت برنامه خاصی تجویز کند یا آنکه، در صورت ناکارآمد بودن سایر راه‌حل‌ها، تصفیه قضایی شرکت را مورد حکم قرار دهد.

هیچ‌یک از مطالبات مطرح علیه بدهکار که قبل از صدور حکم ابتدایی ایجاد شده است نمی‌تواند بعد از صدور حکم ایفا شود. تمام طلبکاران حتی دارندگان حقوق ممتاز و مرتبه‌ن کشتی باید ادعاهای پیش از صدور حکم خود را ظرف دو ماه از انتشار حکم اولیه به نماینده طلبکاران اعلام کنند، در غیر این صورت طلب آن‌ها ساقط می‌شود.

به موجب ماده ۴۷ قانون فرانسه، به محض انتشار حکم اولیه، تمامی دادرسی‌های قضایی بابت ادعاهایی که قبل از صدور حکم ایجاد شده‌اند متوقف می‌شوند. این توقیف نسبت به تمام طلبکاران عادی و ممتاز مؤثر است. ماده ۴۷ این قانون تمام مطالبات اعم از مطرح شده یا نشده بابت پرداخت بدهی یا اجراییه علیه مال منقول یا غیر منقول را متوقف می‌کند. این توقف تا زمان اعلام مطالبات طلبکاران ادامه می‌یابد. سپس نماینده طلبکاران یا مدیر تصفیه دادرسی را برای حصول حکمی که صرفاً مؤید وجود طلب و میزان آن است، بدون اینکه شامل دستور پرداخت آن‌ها باشد، ادامه می‌دهد. در حقوق فرانسه، برخلاف حقوق انگلیس، طلبکار با وثیقه در این مرحله نمی‌تواند، با اخذ اجازه از دادگاه، حقوق عینی خود را به صورت مجزا از آیین دادرسی ورشکستگی تحصیل کند.

در صورتی که دادگاه، به جای حکم اعاده وضعیت تجاری، به تصفیه شرکت حکم دهد، مدیر تصفیه باید نسبت به این امر اقدام نماید، در غیر این صورت اگر امر تصفیه ظرف سه ماه از تاریخ صدور حکم تصفیه آغاز نشده باشد، طلبکاران دارای حق ممتاز حقوق خود را از طریق اعلام مطالباتشان به صورت انفرادی دنبال می‌کنند. در زمان تصفیه، ترتیب مقرر در حقوق دریایی برای پرداخت دیون ممتاز رعایت خواهد شد و مطابق مواد ۳۲ و ۳۳ قانون ۱۹۶۷ حقوق ممتاز دریایی مقدم بر رهن دریایی استیفا می‌شوند و سایر حقوق ممتاز مقرر در قواعد عام حقوق مدنی بعد از رهن دریایی قرار خواهند گرفت. در صورتی که عواید حاصل از فروش مال موضوع حق ممتاز برای ایفای کلیه مطالبات ممتاز کافی نباشد، طلبکار ممتاز در کنار سایر طلبکاران ممتاز یا عادی حق خود را به نسبت از سایر اموال

وصول خواهد کرد. در عین حال در ماده ۴۰ قانون مربوط به اعاده تجاری اصلاحی ۱۹۹۴، مقرر گردیده است که، در صورت تصفیه، برخی از مطالبات مانند دیون مربوط به دستمزد یا هزینه‌های قانونی که بعد از حکم بدوی ایجاد شده‌اند بر کلیه مطالبات اعم از ممتاز یا وثیقه‌دار به صورت مطلق مقدم است (Tetley, 1996: 278- 288). بنابراین در حقوق فرانسه به رغم اعمال قواعد ورشکستگی بر دیون دریایی، با لحاظ مجموع دارایی‌های مثبت و منفی بدهکار، در هنگام تصفیه، ترتیبات قانونی مربوط به پرداخت دیون رعایت می‌شود. حقوق ممتاز دریایی مطابق مواد ۳۲ و ۳۳ قانون ۱۹۶۷ بر رهن دریایی، که خود بر حقوق ممتاز قانون مدنی^۱ مقدم است، اولویت دارد (امید، ۱۳۵۳: ۱۳۱).

قانون دریایی ایران امکان ورشکستگی در شرکت‌های کشتیرانی را مستقلاً مورد حکم قرار نداده است. در عین حال قواعد ورشکستگی با اموال دریایی به صورت مجزا از سایر اموال بدهکار رفتار نمی‌کند. همچنین دادگاه اختصاصی جهت رسیدگی به دعاوی مربوط به حقوق دریایی یا ورشکستگی پیش‌بینی نشده است. هرچند ماده ۱۸۸ قانون دریایی وزارت دادگستری را مکلف کرده است که ظرف سه ماه از تصویب این قانون نسبت به تشکیل دادگاه دریایی اقدام نماید، ولی تاکنون اقدامی در این رابطه صورت نگرفته است و عملاً دادگاه‌های عمومی با صلاحیت عام خود همچنان به این دعاوی رسیدگی می‌کنند. همچنین مواد ۲۱ و ۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی نیز بر صلاحیت نسبی دادگاه محل اقامت تاجر ورشکسته یا مرکز اصلی شرکت تجاری ورشکسته اشاره دارد. از این رو، در حقوق ایران، تعارض ذاتی در صلاحیت دادگاه دریایی یا ورشکستگی مطرح نمی‌باشد و دادگاه مرکز امور اصلی شرکت صلاحیت رسیدگی دارد. صرف نظر از صلاحیت دادگاه، اصول حاکم بر ورشکستگی نظیر توقف کلیه دادرسی‌های مطروحه به محض توقف تاجر ورشکسته، سازکارهای مقابله با فرار بدهکار از پرداخت دین، منع تقدم و ترجیح در پرداخت و معاملات معارض و اصل لزوم رسیدگی جمعی به کلیه دعاوی قابل طرح علیه تاجر ورشکسته در قانون تجارت پیش‌بینی شده است که دادگاه رسیدگی کننده به امر ورشکستگی باید آن‌ها را در نظر بگیرد. بنابراین دادگاه صالح به کلیه دعاوی ممتاز، وثیقه‌دار و عادی به صورت جمعی رسیدگی می‌کند و، برخلاف رویه مستقر در انگلیس، امکان رسیدگی مستقل به دعاوی مربوط به حق عینی وجود ندارد. ریشه این موضوع را می‌توان در نظریه وحدت شخصیت و دارایی اشخاص در حقوق مدنی فرانسه و قواعد عام حقوقی ایران جست‌وجو کرد که از این نظر تفاوتی بین دارایی دریایی و غیردریایی قائل نشده است.

1. privileges de droit commun

به موجب ماده ۴۱۹ قانون تجارت ایران، کلیه طلبکاران تاجر ورشکسته باید ادعای خود را علیه مدیر تصفیه یا اداره تصفیه مطرح کنند و از تعقیب انفرادی بدهکار ممنوع می‌باشند. همچنین به موجب همین ماده کلیه اقدامات اجرایی نیز مشمول این قاعده قرار می‌گیرد و حتی اگر قبل از صدور حکم دعوایی علیه تاجر اقامه شده باشد، باید متوقف گردد و مطالبه طلب به طرفیت اداره تصفیه اقامه شود. این ممنوعیت تا جایی است که حتی در مواردی که قبل از حکم ورشکستگی حکمی از دادگاه صالح صادر شده باشد اجرای آن نیز متوقف خواهد شد (اسکینی، ۱۳۸۷: ۷۱-۷۰). بنابراین، با توجه به عدم تفکیک بین دادرسی دریایی و غیر آن، به نظر می‌رسد کلیه مطالبات در دادگاه ورشکستگی بر اساس اصول مقرر در قانون تجارت بررسی خواهد شد.

قانون‌گذار، ایران برای تقسیم حاصل فروش اموال در زمان ورشکستگی تاجر ورشکسته، طلبکاران را بر حسب تقدم به سه دسته تقسیم کرده است: طلبکاران با وثیقه، طلبکاران با حقوق ممتاز و طلبکاران عادی (اسکینی، ۱۳۸۷: ۲۰۵). طلبکاران با حق رجحان را باید در دو بخش طلبکاران موضوع ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه مصوب ۱۳۱۸ و طلبکاران دارای حق ممتاز خارج از این ماده ملاحظه کرد. بخش اول به چهار طبقه تقسیم شده‌اند که هر طبقه بر طبقه بعدی حق تقدم دارد، اعم از خدمه تاجر، اشخاص تحت ولایت تاجر که مال آن‌ها تحت اداره او بوده، پزشک و داروفروش و نفقه زوجه تاجر. در بخش دوم، در قوانین مختلف، حقوق ممتاز متنوعی برای طلبکاران در نظر گرفته شده است، بدون اینکه حق تقدم آن‌ها نسبت به وضعیت بدهکار ورشکسته مشخص شود. از جمله این حقوق مقدم حقوق ممتاز دریایی است. به عنوان مثال خدمه تاجر به حکم ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه در زمره طلبکاران ممتاز و بعد از دارندگان حق وثیقه قرار گرفته‌اند، در حالی که به موجب ماده ۲۹ قانون دریایی خدمه کشتی متعلق به بدهکار از حق عینی بر کشتی برخوردار هستند. مؤلفان حقوق تجارت غالباً به این موضوع پرداخته‌اند و فقط دکتر ستوده تهرانی به بیان این نکته بسنده کرده است که «به هر حال چون تاریخ تصویب قوانین مزبور (خاص) بعد از تصویب قانون اداره امور ورشکستگی است، ناچار باید در نظر گرفته شود» (اسکینی، ۱۳۸۷: ۲۱۳). بی‌توجهی به تدوین شکلی قوانین و قانون‌گذاری جزیره‌ای و پاره‌پاره به جای قانون‌گذاری کل‌نگر و مبتنی بر برنامه‌ریزی موجب شده است که دستیابی به آخرین اراده قانون‌گذار دشوار گردد و نتوان درک درستی از آنچه نظام حقوقی کشور در موضوعی خاص (مانند حقوق ممتاز) در نظر داشته است به دست آورد (آقای طوق، ۱۳۹۸: ۱۶).

در این رابطه، رأی وحدت رویه دیوان عالی به شماره ۲۱۲ مورخ ۱۳۵۰/۸/۶ در خصوص نحوه جمع بین ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد ۱۳۳۵ و ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه چنین مقرر داشته است که مقررات مربوط به وصول مالیات از اموال مؤدیان در ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد ناظر به اشخاص

ورشکسته نمی‌باشد و در مورد این اشخاص باید از ترتیب مقرر در ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه بهره برد و مطالبات آن‌ها را عادی تلقی کرد (گل محمدی، ۱۳۹۷: ۶۳). بر همین اساس، در بادی امر به نظر می‌رسد که اگرچه رأی مذکور تنها در خصوص مطالبات وزارت دارایی صادر شده است، لکن از آنجایی که قوانین مختلف راجع به حقوق ممتاز دارای خصوصیتی نیستند، ملاک رأی وحدت رویه را می‌توان در مورد آن‌ها نیز قابل اعمال دانست (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۷: ۸۶۶). به موجب نظریه هیئت عمومی دیوان عالی کشور، فقط بر اساس مقررات راجع به ورشکستگی است که دیون تاجر باید پرداخت شود و مقدم داشتن طلبکاری بر دیگری یا شناسایی طلبی به عنوان طلب ممتاز باید مبتنی بر آن مقررات باشد. بنابراین اگر در مقرراتی به نحو عام برای بستانکاران اولویت‌هایی در نظر گرفته شده باشد، در مقام تصفیه امور تاجر ورشکسته قابل اجرا نمی‌باشد. این عقیده از آن جهت قابل دفاع است که تصفیه جمعی موضوع متفاوتی از تصفیه فردی است و، با توجه به تفاوت دو موضوع، تفاوت در احکام آن‌ها نیز محتمل و طبیعی است (ایزائلو و میرشکاری، ۱۳۹۱: ۵۴). به نظر موافقین رأی وحدت رویه، قانون مالیات بر درآمد ۱۳۳۵ قانونی عام و راجع به مدیون‌های عادی است و نمی‌تواند ناقض قانون اداره تصفیه، که قانونی خاص است، باشد و از آنجا که برقرار کردن رجحان برای بعضی از طلبکاران ورشکسته امری استثنائی و خلاف اصل برابری بستانکاران است باید، تا قید صریح قانون نباشد، از تسری آن به غیر طلبکاران مذکور در قانون تصفیه خودداری کرد (صفیان، ۱۳۸۷: ۱۵۵). بنابراین در موارد تصفیه جمعی، مانند ورشکستگی و فوت، قوانین خاص حکومت دارد و ماده ۵۸ قانون تصفیه در زمان اجرای تصفیه جمعی باید لحاظ گردد. بنابراین به فرض شناسایی حق ممتاز دریایی در دادرسی ورشکستگی، مسئله رتبه‌بندی این حقوق نسبت به سایر طلبکاران با وثیقه باقی است. هر چند به موجب ماده ۳۰ قانون دریایی، حقوق ممتاز دریایی بر سایر حقوق رهنی و حقوق ممتاز رجحان دارد، ویژگی این مقرر از منظر آیین ورشکستگی قابل بحث است، زیرا این مقرر را می‌توان دارای ماهیت شکلی تلقی کرد و، بدون توجه به وضعیت ورشکستگی مالک کشتی، تنها در فرض توزیع حاصل فروش قضایی در آیین‌های غیر از ورشکستگی قابل اعمال دانست. حال باید دید مطالبات ممتاز دریایی در اولویت‌بندی مقرر در ماده ۵۸ در کدام طبقه و رتبه قرار می‌گیرند؟ اگر رتبه‌بندی حقوق ممتاز دریایی به عنوان حق ماهوی توسط دادگاه ورشکستگی شناسایی نشود، دارنده حق ممتاز به صورت غیر منصفانه‌ای از مزایای ضروری طلبش مانند تقدم بر سایر مطالبات بر کشتی محروم می‌گردد. در این صورت، این سؤال مطرح می‌شود که اگر حقوق ممتاز دریایی از عالی‌ترین حق تقدم برخوردار نباشند، جایگاه آن‌ها در توزیع عواید فروش کجاست. آیا این به زمان ایجاد حق برمی‌گردد یا، با توجه به عدم لزوم ثبت حقوق ممتاز دریایی، این حقوق بعد از رهن قرار می‌گیرند؟

درخصوص حقوق ممتاز دریایی باید گفت که کاربرد «حق ممتاز» درخصوص این دسته از مطالبات به معنی تقدم صرف یک حق دینی نیست و ممتاز نامیدن آن از باب بیان یکی از اوصاف این حق است، ولی بر همه جوانب ماهیت آن دلالت ندارد. بنابراین اگر این حق به عنوان حق دینی موجد حق تقدم تلقی شود، در هیچ یک از طبقات مقرر در ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه قابل بررسی نیست و باید به عنوان طلب عادی بعد از پرداخت سایر مطالبات وثیقه دار و ممتاز مقرر در این ماده اجرا شود. در حالی که با توجه به عینی دانستن ماهیت این حق و تعلق آن به شیء خارجی (کشتی) (بر اساس مواد ۲۰ و ۳۸ قانون دریایی) و با عنایت به صدر ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه مبنی بر تقدم بستانکاران «با وثیقه»، اعم از قراردادی یا قانونی، نسبت به حاصل فروش مال مورد وثیقه و با توجه به تصریح قانون دریایی مبنی بر تقدم این حق بر کلیه حقوق ممتاز و حتی بر حق عینی رهن، باید صحت این دیدگاه را که در صورت فروش کشتی و تقسیم مبالغ حاصل شده بین طلبکاران، دارنده حق ممتاز دریایی نسبت به دیگر بستانکاران دارای حق رجحان می باشد، مورد تأیید قرار داد (صدیقی، ۱۳۹۵: ۲۲). به موجب صدر ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه کلیه دارندگان وثیقه و رهن بدون تفکیک منشأ وثیقه (قراردادی یا قانونی)، مقدم بر سایر طلبکاران، حق خود را وصول می کنند. همچنین با توجه به عدم تفکیک دارایی دریایی از غیر آن، تراحم حق ممتاز دریایی با دیگر مطالبات دارای وثیقه حکمی در قوانین مختلف همچنان باقی است. به عنوان مثال وضعیت حق ممتاز دریایی نسبت به کشتی در مورد وثایق حکمی مقرر در قوانین مختلف مانند ماده ۳۳ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ چگونه است؟ اگر مطالبات مربوط به بیمه گر نسبت به مال بیمه شده (کشتی) را از نوع وثایق حکمی تلقی کنیم، این امکان وجود دارد که بیمه گر نسبت به حق بیمه نسبت به هر گونه طلبکاری بر مال بیمه شده مقدم فرض شود. حال در تقابل حق ممتاز دریایی طلبکاران دریایی و بیمه گر کدام یک را باید مقدم دانست؟ قانون گذار دریایی ایران در این مورد حکم صریحی ندارد. در این صورت با توجه به حکمی بودن هر دو طلب، در درجه اول، معیار زمان ایجاد حق عینی اعمال می شود و، مانند قواعد مربوط به رهن مکرر، مطالبات مقدم بر مؤخر اولویت دارند، ولی در صورتی که از حیث تاریخ یکسان باشند، وصف ممتاز هر دو ساقط می شود و اصل برابری طلبکاران دارای وثیقه قانونی اجرا می شود.

بنابراین با اعمال قواعد ورشکستگی، نه تنها اولویت حق ممتاز دریایی نسبت به کشتی تحت تأثیر قرار می گیرد، بلکه تقدم دارندگان این حق بر سایر اموال دریایی (کرایه حمل و ملحقات)، که حق ممتاز می تواند بر آن اعمال شود، اجرا نمی شود، زیرا حقوق مزبور نسبت به کرایه حمل و ملحقات از زمره حقوق وثیقه دار و عینی نیستند تا مشمول صدر ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه قرار گیرند؛ لذا در صورت ناکافی بودن حاصل فروش کشتی برای ایفای دیون دریایی، طلبکاران ممتاز به صورت خودکار از

وضعیت ممتازه خود برای ایفای طلب بر سایر اموال دریایی متعلق به بدهکار محروم می‌شوند. همچنین مسئله دیگر آن است که کشتی از منظر ورشکستگی صرف یک مال نیست، بلکه بخشی از دارایی ورشکسته است و لذا در صلاحیت مدیر تصفیه است که کشتی را به همراه سایر اموال بدهکار یا به صورت مجزا به فروش برساند. چنین آیین فروشی معمولاً زمان‌بر است و در صورتی که مدیر تصفیه در امر خرید و فروش کشتی تخصصی نداشته باشد، ممکن است موجب کاهش قابل ملاحظه قیمت کشتی شود یا اینکه ممکن است بدهکار، به حکم دادگاه، اجازه تداوم فعالیت تجاری خود را تحت نظر مدیر تصفیه کسب کند که در این صورت کشتی بدهکار به فعالیت خود ادامه می‌دهد، ولی تمام درآمد این فعالیت در دارایی ورشکسته مستغرق خواهد شد و مشمول تقسیمات مربوط به آیین ورشکستگی قرار می‌گیرد و به طور خاص به نفع طلبکاران دریایی نخواهد بود.

۲-۳. رویکرد منتخب

هر چند به لحاظ عملی، لزوم تصریح به تفکیک دارایی دریایی از اموال غیردریایی در قانون دریایی احساس می‌شود، قانون‌گذار ایران به آن نپرداخته است. بر اساس قواعد عمومی حاکم بر شخصیت در نظریات کلاسیک مربوط به رابطه شخصیت و دارایی در فرانسه، که به حقوق ایران نیز تسری یافته است، اصل وحدت و تجزیه‌ناپذیری دارایی به عنوان عقیده غالب پذیرفته شده و به همین دلیل شخص نمی‌تواند دارایی خود را به چند جزء متمایز و جدا از هم تقسیم کند که بخش مثبت هر جزء فقط جواب‌گوی بخش منفی آن باشد (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۵). البته این قاعده با برخی استثنائات روبه‌رو شده و تجزیه‌پذیری دارایی هر شخص تا حدودی پذیرفته شده است. آن چنان که در نظریه ترک کشتی در تحدید مسئولیت دریایی مالک، کشتی به عنوان جزء جداشده‌ای از دارایی شخص صرفاً وثیقه مطالباتی است که سیستم تحدید مسئولیت بر آن قابل اجراست. ضمن اینکه بابت همان ادعا، امکان اجرای هیچ حقی علیه سایر اموال بدهکار وجود نخواهد داشت و صندوق تحدید مسئولیت، به عنوان بخشی از دارایی بدهکار به طلبکارانش در حادثه دریایی منتقل می‌شود.

با وجود این، در ماده ۴۱۲ قانون تجارت ایران به ذکر توقف از پرداخت «وجوهی که بر عهده تاجر است» اکتفا شده و میان انواع دیون اعم از دریایی و غیردریایی تفکیکی مطرح نگردیده است. بنابراین بر اساس نظریه وحدت دارایی، طلبکاران عمومی مالک می‌توانند اجرای حق خود را نسبت به کشتی به عنوان مالی از اموال او مطالبه کنند. از سوی دیگر، طلبکاران دریایی نیز می‌توانند نسبت به دارایی زمینی مالک طرح دعوا کنند. در ماده ۲ قانون ۱۹۶۷ فرانسه نیز بدون تفکیک بین انواع مطالبات قابل طرح علیه تاجر مقرر گردیده است که بر اساس آن حکم ورشکستگی تاجر را بدون توجه به ماهیت طلب طلبکار می‌توان صادر کرد (اسکینی، ۱۳۸۷: ۴۲) و از این جهت، فرقی بین مطالبات دریایی یا

غیردریایی وجود ندارد. با وجود این، به نظر می‌رسد عدم تفکیک دارایی دریایی از غیر آن مانعی برای اعمال کامل نهادهای دریایی و کارکرد اصلی آن‌ها می‌شود، زیرا نبود حکم صریح در این خصوص و اعمال قواعد آمره ورشکستگی در رابطه با دیون دریایی و به‌ویژه حق ممتاز موجب به‌خطر افتادن تأمین مالی دریایی و افزایش بی‌انگیزگی ارائه‌دهندگان خدمات دریایی یا نجات‌دهندگان برای کمک به کشتی‌های نیازمند در آب‌های بین‌المللی می‌شود. در حالی که از دیرباز، حق ممتاز دریایی به‌عنوان حقی ماهوی و مکتسب شناخته شده است که وجود آن نیازمند شناسایی دادگاه ورشکستگی نیست و از قواعد متنوع اولویت‌بندی نیز متأثر نمی‌گردد، بلکه تقدم دارنده این حق بر دیگر مدعیان ریشه در سهم او در عملیات حفظ و نجات کشتی یا تحمل خسارت از سوی کشتی دارد و به همین دلیل در هیچ موردی سایر طلبکاران نمی‌توانند موقعیتی بالاتر از او داشته باشند یا قواعد ورشکستگی بر حقوق آن‌ها استثناء وارد آورد؛ به‌عنوان مثال از قدیم‌الایام، دریانوردان حق توقیف و فروش کشتی را برای ایفای دستمزد پرداخت‌نشده خود داشتند، صرفاً به این دلیل که آن‌ها همیشه کسانی بودند که برای کشتی کار می‌کردند و فعالیت تجاری مالک را انجام می‌دادند. در عصر حاضر نیز انکار حقوق تأمینی دریانوردان و تقدم آن‌ها نسبت به کشتی منجر به سوءاستفاده بزرگی از نیروی کار این صنعت خواهد شد و نه فقط حقوق بشر بنیادین دریانوردان نقض می‌گردد، بلکه تهدید آشکاری برای امنیت کشتیرانی به شمار می‌رود. در چنین فضای بی‌ثباتی قانونی، حتی نجات‌دهندگان دریایی نیز ناگزیر می‌شوند قبل از ارائه خدمات به کشتی‌های در خطر صرفاً به دلیل اینکه نمی‌توانند به حق تأمینی ممتازشان بر خود کشتی اعتماد کنند، در تدارک عملیات نجات تردید نمایند.

در ماده‌واحد قانون «اجازة الحاق دولت ایران به عهدنامه بین‌المللی مربوط به برقراری مقررات متحدالشکل درباره حقوق ممتاز و رهن دریایی ۱۹۲۶ بروکسل» مصوب ۱۳۴۵ که در حکم قانون است و نسبت به قانون اداره تصفیه ۱۳۱۸ مؤخر محسوب می‌شود، هرگونه قوانین و مقرراتی که مخالف مواد عهدنامه باشد در این مورد بلااثر اعلام شده است. همچنین در ماده ۳ همین قانون، مقرر گردیده است که «قوانین ملی ممکن است برای مطالبات مشابه دیگری غیر از آنچه در ماده ۲ عهدنامه ذکر شده مزایایی قائل شوند ولی نباید در حقوق ناشی از رهن و حقوق ممتاز که مقدم بر آن‌ها می‌باشند تغییری دهد». در همین راستا، ماده ۸ آن نیز مطالبات ممتاز نسبت به کشتی را از جمله حقوق عینی می‌داند. این مواد همگی بر اهمیت حقوق ممتاز و رهن دریایی دلالت دارد اما این قانون به‌صورت خاص بر تقدم طلبکاران ممتاز دریایی در دادرسی ورشکستگی یا عدم تأثیرپذیری آن‌ها از آیین ورشکستگی مالک کشتی صراحت ندارد و برخلاف ماده ۷ آن که به‌صراحت

درخصوص تعارض رژیم حقوق ممتاز دریایی با رژیم تحدید مسئولیت مالکان کشتی تعیین تکلیف کرده است، در خصوص رفع تعارض رژیم حقوق ممتاز دریایی با قواعد ورشکستگی ساکت است. با توجه به نبود قاعده صریحی به عنوان فصل الخطاب رفع تعارضات این دو حوزه، اولین پیشنهاد اصلاح قانون دریایی از طریق وضع قاعده تعیین کننده مبنی بر اختصاص کشتی ها و سایر اموال دریایی نظیر کرایه حمل و ملحقات کشتی به «دارایی های حدود مرزگذاری شده»^۱ است. در این صورت، کشتی ها از تأثیر قواعد ورشکستگی مصون می مانند و صرفاً مشمول قواعد حقوق دریایی و آیین اجرایی مستقل آن می شوند و حقوق تأمینی بر کشتی، صرف نظر از زمان ایجاد آن (قبل یا بعد از شروع ورشکستگی مالک)، تحت نظام خاصی که به آن تعلق دارد مورد بررسی قرار می گیرد. این بدان معناست که حق ممتاز دریایی را نمی توان با حقوق وثیقه دار سایر طلبکاران بدهکار انکار یا مشروط کرد و اولویت بندی این حقوق از آیین ورشکستگی تأثیر نمی پذیرد و فروش کشتی با خصوصیات ویژه این صنعت هماهنگ و سازگار خواهد شد و توزیع حاصل فروش بر اساس همین خصوصیات اجرا می شود، آن چنان که در قوانین برخی کشورها^۲ قاعده تعیین کننده ای وضع گردیده است که با همه خصایص حقوق ممتاز دریایی تطبیق دارد. این مقرر جنبه ماهوی حق ممتاز دریایی را نشان می دهد؛ این موضوع را از عبارت صریحی می توان یافت که در ماده ۳۷ قانون کشتیرانی تجاری کشور مالت قید شده است که «حقوق طلبکاران ممتاز دریایی از ورشکستگی مالک کشتی که بعد از ایجاد حق ممتاز دریایی اتفاق افتاده تأثیر نمی پذیرد و اینکه حق ممتاز دریایی بر سایر مطالبات طلبکاران مالک مقدم است». بر اساس این ماده، شروع دادرسی ورشکستگی نمی تواند بر بیع قضایی مطروحه توسط دارنده حق ممتاز اثری داشته باشد. از طریق الحاق یک ماده به قوانین دریایی و ورشکستگی، درخصوص خارج کردن اموال دریایی از دارایی ورشکستگی، قواعد حقوق دریایی نسبت به حقوق ممتاز دریایی و سایر حقوق تأمینی علیه کشتی اعم از قانونی، قراردادی یا

1. Ring-fenced assets

۲. در قانون کشتیرانی تجاری کشور مالت، مقررات خاصی در رابطه با وضعیت طلبکاران دارای وثیقه دریایی در وضعیت ورشکستگی در نظر گرفته شده است. بر اساس ماده ۳۷ این قانون، کلیه رهن های ثبت شده و حقوق ممتاز خاص و هر ادعا یا دعوی که کشتی ممکن است مشمول آن باشد از ورشکستگی رهن یا مالک کشتی که بعد از انعقاد رهن یا تحقق حق ممتاز اتفاق افتاده باشد تأثیر نمی گیرد، صرف نظر از اینکه مالک در زمان شروع ورشکستگی کشتی را در تصرف داشته یا خیر. در این صورت چنین وثایقی نسبت به سایر مطالبات طلبکاران ورشکسته حق تقدم بر کشتی خواهند داشت. هرگونه فروش قضایی که توسط مرتین یا طلبکار ممتاز مطرح شده باشد، توسط مدیر تصفیه ورشکسته مختل نمی شود یا به تأخیر نمی افتد (Radunović, 2018: 26).

قضایی اعمال خواهد شد. این راه حل می تواند در رفع مسائل و تعارضات حقوقی این دو نظام راهگشا باشد. با وضع مقررات روشن در قوانین ملی، جایی برای تفسیرهای مختلف در دادگاه ها و محروم ساختن اشخاص از حقوقشان باقی نخواهد ماند. ضمن اینکه این قاعده با دیدگاه های نوین به حقوق دریایی مانند رویکرد اروپایی در اجرای قانون نمونه آنسیترا ل نیز هم خوانی دارد.

نتیجه

حقوق دریایی و حقوق ورشکستگی دیدگاه های متفاوتی نسبت به حقوق طلبکاران و بدهکاران دارند که این امر جدایی و تفکیک صلاحیت دادگاه دریایی و ورشکستگی و عملکرد مستقل آن ها از یکدیگر را تقویت می کند. دغدغه اصلی دادگاه های ورشکستگی افزایش امکان شروع مجدد و بازسازی فعالیت تجاری تاجر به نحوی است که از طریق توقف دادرسی های در جریان به بدهکار فرصت تجدید و بازایی می دهد تا تاجر بتواند با روش منظمی برنامه تصفیه یا بازسازی را ادامه دهد. ضمن اینکه توقف دادرسی، با حذف روند سریع تقسیم دارایی ورشکسته، از طلبکاران او نیز حمایت کرده و برخورد مساوی و برابر با طلبکاران را تضمین می کند. در حالی که دادگاه دریایی چنین دغدغه هایی را دنبال نمی کند و در صدد تسریع تعیین تکلیف وضعیت طلبکاران ممتاز کشتی است، زیرا کشتی ها در طول زمان بازداشت در معرض خرابی و آسیب قرار می گیرند و لازم است که کشتی توقیف شده هرچه سریع تر به جریان تجارت بازگردد.

رویکرد نظام حقوقی انگلیس برای تجمیع قواعد دادرسی ورشکستگی و حقوق ممتاز دریایی مبنی بر تفکیک دعاوی دارای وثیقه و حق ممتاز از سایر دعاوی و امکان دادرسی مجزا در دادگاه دریایی برای رسیدگی به دعاوی علیه شیء دریایی است. به این ترتیب که این گروه از طلبکاران می توانند به صورت مجزا حق خود را نسبت به دارایی دریایی موضوع حق ممتاز اعمال کنند و از این جهت حق آن ها مستقلاً نسبت به سایر طلبکاران اجرا می شود.

در حقوق فرانسه و ایران، با توجه به اصل وحدت دارایی و عدم امکان رسیدگی مستقل به دعاوی دریایی و دادرسی انفرادی در ورشکستگی، دادگاه صالح به کلیه دعاوی ممتاز، وثیقه دار و عادی به صورت جمعی رسیدگی می کند و برخلاف رویه مستقر در انگلیس، امکان رسیدگی مستقل به دعاوی مربوط به حق ممتاز یا وثیقه وجود ندارد.

در انگلیس، قواعد مربوط به حق دعاوی بر شیء امکان رسیدگی مستقل و خارج از آیین توقف را برای دارندگان حق بر شیء دریایی به رسمیت می شناسد و از این طریق، بیش از حقوق نوشته، از قواعد آمرانه حاکم بر ورشکستگی رهایی یافته است.

در حقوق ایران با توجه به اصل وحدت دارایی، هر شخص ضرورتاً یک دارایی دارد و دارایی جزئی از مفهوم حقوقی شخصیت است. البته این قاعده با برخی استثنائات در حقوق تجارت یا حقوق مدنی و حقوق دریایی روبه‌رو شده است و تجزیه‌پذیری دارایی هر شخص تا حدودی پذیرفته شده است. بر همین اساس به نظر می‌رسد تصریح به اعمال قواعد دریایی در فرض ورشکستگی با اهداف ویژه این حقوق و مبانی ایجاد حق ممتاز هم‌خوانی دارد و لازم است که مانند نظام تحدید مسئولیت، برای اجرای نهادهای خاص دریایی، نظیر حقوق ممتاز، قواعد ویژه‌ای درخصوص ورشکستگی مالک کشتی پیش‌بینی شود، به‌نحوی که دادرسی پیچیده ورشکستگی بتواند نهادهای خاص حقوق دریایی را ناکارآمد و بی‌اثر سازد. بنابراین در این رابطه ضرورت حدودمرزگذاری صریح قانونی میان حقوق دریایی و حقوق ورشکستگی احساس می‌شود.

بنابراین پیشنهاد می‌شود که این مقرر به قانون دریایی ایران اضافه شود: «کلیه رهن‌های ثبت‌شده و حقوق ممتاز و هر ادعایی که کشتی ممکن است مشمول آن باشد، از ورشکستگی رهن یا مالک کشتی که بعد از انعقاد رهن یا تحقق حق ممتاز اتفاق افتاده باشد تأثیر نمی‌گیرد. هرگونه فروش قضایی که توسط مرتهن یا طلبکار ممتاز مطرح شده باشد، توسط مدیر تصفیه ورشکسته مختل یا متوقف نخواهد شد. در صورت ورشکستگی مالک کشتی، اضافه مبلغ حاصل از فروش اموال دریایی بعد از ایفای دیون دریایی به مدیر تصفیه منتقل می‌شود تا به دارایی ورشکستگی بپیوندد. در صورتی که یگانه دارایی بدهکار ورشکسته اموال دریایی باشد، دادگاه ورشکستگی تصمیم می‌گیرد که آیا دادرسی دریایی باید تا فروش کشتی و ایفای مطالبات طلبکاران وثیقه‌دار متوقف شود یا به این علت که هیچ دارایی‌ای برای ایفای مطالبات طلبکاران دادرسی ورشکستگی وجود ندارد، تصمیم به رسیدگی فوری بگیرد و در نهایت در صورتی که پس از تقسیم حاصل فروش بین طلبکاران دریایی مبلغی باقی بماند به طلبکاران بدهکار ورشکسته تعلق خواهد گرفت.»

منابع

فارسی

- آقایی طوق، مسلم (۱۳۹۸)، «تدوین شکلی؛ حلقه مفقوده نظام تدوین و تنقیح قوانین کشور»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۳، شماره ۱۰۶.
- ابوعطا، محمد (۱۳۸۹)، «حق ممتاز دریایی؛ طلب یا وثیقه طلب»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۳.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۷)، حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته)، چاپ یازدهم، تهران: سمت.
- امید، هوشنگ (۱۳۵۳)، حقوق دریایی، ج اول، تهران: نشریه شماره ۳ مدرسه عالی بیمه تهران.
- ایزانلو، محسن و عباس میرشکاری (۱۳۹۱)، «طلب ممتاز»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۰.
- دمرجیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائتی (۱۳۸۷)، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، چاپ هشتم: انتشارات میثاق عدالت.
- سیدی، جلال (۱۳۵۸)، حقوق ممتاز در قانون ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه ملی ایران.
- صفایی، سیدحسین و سید مرتضی قاسم‌زاده (۱۳۸۴)، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران، چاپ یازدهم: سمت.
- صدیقی، حسن (۱۳۹۵)، اصول کلی حقوق دریایی، تهران، چاپ دوم: جنگل.
- صفیان، سعید (۱۳۸۷)، «بحثی پیرامون حق تقدم دولت در وصول مطالبات مالیاتی»، الهیات و حقوق، شماره ۲۸.
- گل محمدی، امین (۱۳۹۷)، «دیون ممتاز در حقوق ایران»، ماهنامه دادرسی، شماره ۱۳۲.
- میرشکاری، عباس (۱۳۹۵)، «وثیقه حکمی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال هفدهم، شماره دوم (پیاپی ۴۴).

غیرفارسی

- El-baroudi, ali m (1963), **la notion de privilege sur le navire en droit compare et sur le plan international**, docteur en droit charge de cours a la faculte de droit l Universite D Alexandrie.
- Ende, Michael J. (1988), "Adrift on a Sea of Red Ink: "The Status of Maritime Liens in Bankruptcy", 11 FORDHAM INT'L L.J. 573, 591.
- Huang, Dingjing (2015), **Reconciling Maritime Liens and Limitation of Liability for Maritime Claims: A Comparison of English Law and Chinese Law**, Thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University Of Southampton, Faculty Of Business And Law, Southampton Law School.
- Martín Osante, José Manuel and Olga Fotinopoulou Basurko (2017), **New Trends in Maritime Law: Maritime Liens, Arrest of Ships mortgage and forced sales**, Estudios, Aranzadi.

- Radunović, Maja (2018-2019), maritime liens in bankruptcy proceedings: a legal analysis of the need to harmonize and amend the montenegrin legislation, a dissertation of the degree of master of law in international maritime law at the IMO.
- Rares, Steven (2017), “ship arrest, maritime liens and cross-border insolvency”, a paper presented at the bit’s 6th annual world congress of ocean 2017 in shenzhen, china.
- Tetley, William (1996), “Conflicts Of Law Between The Bankruptcy Courts In Admiralty: Canada, United Kingdom, United States, And France”, **Tulane Maritime Law Journal**, Vol 20.
- Thomas, D. R (1980), **Maritime liens**, V 14, London: Stevens & sons, British Shiphng Laws.

چالش‌های تحقیقات مقدماتی جرایم اشخاص حقوقی^۱

سیدابراهیم قدسی*، حسین فاضلی هریکندی**

چکیده

با وجود اینکه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی به نحو روشن پیش‌بینی شده است، اما از سوی قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ صرفاً نه ماده برای جریان رسیدگی به جرایم این اشخاص اختصاص داده شده است. با توجه به اینکه سال‌ها در کشور ما، جز در موارد معدود و اندک، مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی به رسمیت شناخته نشده بود، لذا مسئله نحوه رسیدگی به جرایم این اشخاص نیز چالش بزرگی محسوب نمی‌شد. اما با تصریح شناسایی این مسئولیت برای اشخاص حقوقی، با توجه به انتزاعی بودن اشخاص حقوقی و همچنین رویکرد شخص حقیقی داشتن مقررات آیین دادرسی کیفری، چالش‌های زیادی از نقطه نظر شکلی در راه انجام تحقیقات مقدماتی درباره اتهامات انتسابی به این اشخاص ایجاد شد. چالش‌هایی مانند نحوه احضار و تبیین اتهام شخص حقوقی، انحلال ارادی شخص حقوقی در جریان تحقیقات مقدماتی، قرارهای تأمین کیفری و استفاده یا عدم استفاده از برخی نهادهای ارفاقی مانند بایگانی کردن پرونده یا تعلیق تعقیب درباره اشخاص حقوقی از این جمله هستند. این پژوهش تلاش دارد با روش توصیفی و تحلیلی و از رهگذر مطالعه منابع مرتبط، ضمن طرح چالش‌ها، راه‌حل‌هایی نیز برای برطرف کردن آن‌ها

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی آقای حسین فاضلی هریکندی تحت عنوان «دادرسی جرایم اشخاص حقوقی» با راهنمایی نویسنده مسئول و مشاوره دکتر اسماعیل هادی‌تبار در دانشگاه مازندران است.

* دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسئول)
ghodsi@umz.ac.ir

** قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
fazeli.harikandi@gmail.com

مطرح کند. تعیین ضمانت اجرای مناسب در صورت عدم حضور نماینده شخص حقوقی و الزامی شدن قرارهای تأمین کیفری در مورد اشخاص حقوقی و همچنین پیش بینی ضمانت اجرا در قبال نقض این قرارها از جمله پیشنهادات در جهت رفع چالش هاست.

واژگان کلیدی: شخص حقوقی، نماینده، تعقیب کیفری، تحقیقات مقدماتی، بازپرس

مقدمه

ظهور پدیده صنعتی شدن در جوامع و در نتیجه تشکیل شرکت ها، تعاونی ها و مؤسسات خصوصی، در جهت پیشبرد اهداف تجاری، نظام های حقوقی مترقی را بر آن داشت که در جهت نظارت، تعقیب، حمایت و در صورت ضرورت واکنش کیفری تدابیری بیندیشند (گلدوزیان و گلریز، ۱۳۹۷: ۲۱۱). بر این اساس قانون گذار در سال ۱۳۹۲ و به موجب قانون مجازات اسلامی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را در کنار اشخاص حقیقی به رسمیت شناخته است. اگرچه این مسئولیت در قوانین سابق به صورت پراکنده و موردی نیز وجود داشت، اما قانون اخیر، با ملاحظه ضرورت برخورد با افزایش چشمگیر وقوع جرایم قابل ارتکاب توسط اشخاص حقوقی، به شکلی گسترده و برای همه اشخاص حقوقی حقوق خصوصی این مسئولیت را در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به رسمیت شناخته است و مجازات های قابل اعمال برای این اشخاص را نیز در مواد ۲۰ به بعد همان قانون مشخص ساخته است. به رغم پیش بینی مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی، در قوانین دادرسی کیفری به استثنای یک فصل ۹ ماده ای الحاقی به قانون آیین دادرسی کیفری هیچ پیش بینی خاصی در مورد فرایند دادرسی اشخاص حقوقی در نظر گرفته نشده است. اگرچه شناسایی این مسئولیت از نقطه نظر ماهوی یک قدم روبه جلو محسوب می شود، اما تا زمانی که نقاط مبهم و تاریک جریان دادرسی و ترتیب رسیدگی به جرایم انتسابی به اشخاص حقوقی، از نقطه آغاز تا پایان، برطرف نشود و پاسخ های مناسبی برای این چالش ها یافت نگردد، به نظر می رسد صرف شناسایی ماهوی مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی نمی تواند اثربخشی ملموسی را در مقابله با جرایم اشخاص حقوقی همچون تخریب محیط زیست، که عمدتاً آثار مخرب و زیان بارتری از جرایم اشخاص حقیقی به دنبال دارند (حاجی وند و دیگران، ۱۳۹۷: ۶۶)، داشته باشد. در واقع، آیین دادرسی و قانون مجازات مکمل یکدیگرند. مادامی که طریقه رسیدگی به یک اتهام پیش بینی نشده باشد، ممنوعیت آن اثر چندانی در عمل نخواهد داشت.

هرگاه جرمی کشف شد، آنگاه امکان آغاز دادرسی فراهم می شود. اما درخصوص اشخاص حقوقی از آنجا که نوع جرمی که مدیران و کارکنان این اشخاص مرتکب می شوند با نوع جرم اشخاص حقیقی بسیار متفاوت است، بدیهی است کشف آن نیز تفاوت هایی دارد، چنان که کشف جرایم مالی اشخاص

حقوقی بیشتر توسط دستگاه‌های نظارتی اعم از دستگاه‌های نظارتی دولتی یا صنفی صورت می‌گیرد. لذا با تغییر قانون و رویکرد جدید سیاست قضایی مبنی بر انتساب جرم به اشخاص حقوقی نقش نظارتی دستگاه‌هایی که با این اشخاص در ارتباط هستند بسیار پررنگ‌تر می‌شود. با کشف جرم، مقام تعقیب، یعنی دادستان، در راستای اصل الزامی بودن تعقیب کیفری، دعوای عمومی علیه مرتکب جرم (اعم از شخص حقیقی یا حقوقی) را آغاز خواهد کرد. با احراز وقوع جرم، پرونده برای انجام تحقیقات مقدماتی به بازپرس ارجاع خواهد شد. تحقیقات مقدماتی، بر اساس ماده ۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری، «مجموعه اقدامات قانونی است که از سوی بازپرس یا دیگر مقامات قضایی، برای حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم انجام می‌شود».

قانون‌گذار در راستای تعقیب جرایم اشخاص حقوقی در سال ۱۳۹۳ یک فصل با موادی محدود را به قانون آیین دادرسی کیفری الحاق کرده است. روشن و واضح است که این تعداد ماده نمی‌تواند تمامی ابهامات و چالش‌هایی را که در عمل مقام‌های قضایی در رسیدگی به اتهام‌های اشخاص حقوقی با آن مواجه هستند مرتفع نماید؛ از این رو باید از دیگر مواد قانون آیین دادرسی کیفری که برای رسیدگی به جرایم ارتكابی از سوی اشخاص «حقیقی» نگاشته شده است بهره جست و پاسخ‌هایی را برای برخی از این چالش‌ها ارائه داد؛ آن‌گونه که ماده ۶۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر کرده است. این پژوهش کوششی است در وهله اول برای طرح چالش‌های انجام تحقیقات مقدماتی در خصوص انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی و در وهله دوم تلاش در راستای ارائه مناسب‌ترین راه‌حل‌ها برای مقابله با این چالش‌ها.

این پژوهش، با هدف بررسی چالش‌های تحقیقات مقدماتی ناظر به اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، مطالب را در چند قسمت تقسیم کرده است. در ابتدا به طور مختصر توضیحاتی راجع به شناسایی مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی و ویژگی‌های این مسئولیت بر اساس مواد قانون مجازات اسلامی بیان شده است و در ادامه بزرگ‌ترین چالش قانونی موجود در راستای انجام تحقیقات مقدماتی اتهامات منتسب به اشخاص حقوقی، یعنی اختصاص به اشخاص حقیقی داشتن عموم مواد و مقررات قانون آیین دادرسی کیفری، در قالب بررسی مراحل شکلی شناسایی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مورد مطالعه قرار می‌گیرد و بدین نحو مهم‌ترین چالش‌هایی که مقام‌های قضایی در فرایند تحقیقات مقدماتی جرایم اشخاص حقوقی عملاً با آن‌ها مواجه و درگیر خواهند بود به بحث گذاشته خواهد شد.

۱. شناسایی مسئولیت و مجازات برای اشخاص حقوقی

بحث درباره مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی نیازمند شناخت این اشخاص و اقسام آن‌ها بر اساس قوانین موجود است. شناخت اجمالی این اشخاص در قسمت‌های بعدی پژوهش حاضر و در راستای ارائه راه‌حل برای برخی چالش‌های شکلی موجود اثرگذار خواهد بود.

۱-۱. مفهوم شخص حقوقی

اصطلاح شخص حقوقی در برابر «شخص حقیقی»^۱ یا همان شخص طبیعی، که دارنده اصلی حقوق و تکالیف در اجتماع می‌باشد، به کار می‌رود (اردبیلی، ۱۳۹۹: ۲/۴۱). در واقع «شخص حقوقی» صلاحیت و قابلیت است که شارع یا قانون‌گذار برای غیر از شخص حقیقی فرض و اعتبار می‌کند تا به موجب آن در برخی موضوعات بتوانند صاحب حقوق و تکالیف گردند. در فرهنگ حقوقی بلک^۲ نیز در تعریف شخص حقوقی چنین آمده است: «موجودی مانند یک شرکت که به وسیله قانون خلق و حقوق و تکالیفی معین از آنچه برای موجود انسانی مقرر است به او داده می‌شود. موجودی واقعی یا خیالی که در منطق حقوقی گاه فراتر و گاه فروتر از یک انسان با وی تعامل می‌شود» (امیدی، ۱۳۹۰: ۲۲۸). همچنین در تعریفی دیگر بیان شده است که «شخصیت حقوقی عبارت از مجموعه اموال یا اشخاصی است که برای تحقق هدفی معین و مطابق ضوابط یا تشریفات خاصی شکل یافته و صلاحیت دارا شدن حقوق و تکالیف مستقل را دارد» (پاسبان، ۱۳۸۹: ۱۳).

قانون مدنی و برخی دیگر از قوانین برای نشان دادن صلاحیت دارا شدن حق و تکالیف از اصطلاح «اهلیت مدنی» و درباره صلاحیت اجرای آن از مفهوم «اهلیت استیفاء» استفاده کرده‌اند. ماده ۵۸۸ قانون تجارت ۱۳۱۱ به صراحت کلیه حقوق و تکالیف اشخاص حقیقی را در خصوص اشخاص حقوقی نیز مراعی داشته است، به جز آن دسته از حقوقی که با توجه به طبیعت شخص انسانی قابل تسری به اشخاص حقوقی نمی‌باشد. به تصریح ماده ۵۸۸ قانون تجارت ۱۳۱۱، «شخص حقوقی می‌تواند دارای تمامی حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد؛ مانند حقوق و وظایف ابوت، بنوت، و امثال آن».

۱-۲. اقسام اشخاص حقوقی

اشخاص حقوقی را به دو نوع «اشخاص حقوقی حقوق عمومی» و «اشخاص حقوقی حقوق خصوصی» تقسیم می‌کنند (فرج‌اللهی، ۱۳۸۸: ۲۱). اشخاص حقوقی حقوق عمومی شامل وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، ارگان‌ها، نهادها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و اشخاص حقوقی حقوق

1. Natural Personality
2. Black Law Dictionary

خصوصی شامل شرکت‌های تجاری، بنگاه‌ها و مؤسسات خصوصی غیرتجاری می‌باشند. به موجب قانون تجارت، تشکیلات و مؤسساتی که برای مقاصد غیرتجارتی تأسیس شده یا بشوند از تاریخ ثبت در دفتر مخصوصی که وزارت دادگستری معین خواهد کرد شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند. مؤسسات و تشکیلاتی که مخالف انتظامات عمومی بوده یا نامشروع باشند قابل ثبت نیستند و نمی‌توانند شخصیت حقوقی بیابند (مواد ۵۸۴ و ۵۸۶ قانون تجارت ۱۳۱۱).

۳-۱. ماهیت اشخاص حقوقی

درخصوص ماهیت اشخاص حقوقی نظریات و عقاید مختلفی مطرح است که از آن میان دو نظریه واقعی بودن و فرضی بودن از قدمت بیشتری برخوردارند. مطابق اولین نظریه، شخصیت حقوقی وجودی فرضی و قانونی و به بیان دیگر اعتباری نیست که قانون آن را به رسمیت شناخته باشد، بلکه موجودی مستقل از افراد تشکیل دهنده خود دارد. شخصیت حقوقی اراده و خواست متمایز و مستقل از اعضا دارد که تابع اراده جمع و اعضاست. طرفداران نظریه فرضی بودن بر این عقیده‌اند که شخص حقوقی وجود واقعی ندارد، بلکه وجودی فرضی و مجازی دارد، زیرا شخصیت واقعی تنها متعلق به انسان است و منتسب کردن شخصیت به دیگر موضوعات امری مجازی است.

به نظر می‌رسد در حقوق ایران نظریه واقعی بودن شخص حقوقی بیشتر قابل قبول باشد، زیرا قوانین موجود با گسترش و فعالیت اشخاص حقوقی و آزادی نسبی در این زمینه مساعد است و حتی درخصوص بعضی از اشخاص حقوقی ثبت نزد مرجع معین شرط وجودی دانسته نمی‌شود (ماده ۵۸۷ قانون تجارت ۱۳۱۱). برخی صاحب نظران نیز، در تعاریف خود از شخصیت حقوقی، اراده‌ای مخصوص و مجزا از اراده افراد را برای شخص حقوقی قائل شده‌اند که تأییدی بر نظریه واقعی بودن شخصیت حقوقی است (امامی، ۱۳۷۰/۴: ۵۷).

در ایران، شالوده گزاره‌های حقوقی درباره شخص حقوقی از ماده ۵۸۳ تا ماده ۵۹۱ قانون تجارت ۱۳۱۱ پیش‌بینی شده است. با طرح این گزاره‌های قانونی، شخص حقوقی هر نهاد، شرکت یا مؤسسه‌ای است که یا به ثبت رسیده است یا به موجب قانون پدید آمده باشد. اگر این دو شرط در میان نباشد، از نگاه قانون، شرکت، نهاد یا مؤسسه شخصیت نداشته و هر گروه یا هیئتی که در قالب یک شرکت یا مؤسسه مرتکب بزه شود بر پایه قواعد عمومی حقوق کیفری تحت تعقیب واقع می‌شوند؛ با این حال به نظر می‌رسد که میان شخص حقوقی در حقوق کیفری با شخص حقوقی در روابط خصوصی و تجاری باید قائل به تفکیک شد. باید پذیرفت که در حقوق کیفری، بر عکس دیگر شاخه‌های حقوق، شرکت‌ها و مؤسسه‌ها موضوع حق و تکلیف مدنی نیستند، بلکه از این نگاه به

آن‌ها نگرسته می‌شود که یک اراده گروهی یا جمعی سبب انجام بزه شده است؛ خواه این گروه یا جمع در قالب یک شرکت یا مؤسسه ثبت شده باشند یا خیر، ولی در هر حال شخص حقوقی به شمار می‌روند. به بیان دیگر، در حقوق کیفری، شخص حقوقی حقوق خصوصی را باید از جهت ماهیت، کارکرد و اراده مشترک سنجید و ثبت آن تنها یک شرط شکلی برای برخورداری از حقوق و تکالیف است.

۴-۱. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

در تعریف از مسئولیت کیفری گفته شده است «مسئولیت کیفری عبارت است از قابلیت یا اهلیت شخص برای تحمل تبعات جزایی رفتار مجرمانه خود» (میرسعیدی، ۱۳۹۰: ۲۱). حقیقت این است که تعریف مذکور از شرایط تحقق موضوع به‌عنوان ارائه تعریف بهره گرفته است که بنابراین نمی‌تواند روشن‌کننده مفهوم باشد. بنابراین باید گفت منظور از مسئولیت کیفری برخورداری از تکلیف به پاسخ‌گویی در برابر هرگونه رفتار خلاف هنجاری است که قانون‌گذار برای آن مجازات تعیین کرده است (جعفری، ۱۳۹۵: ۸).

ارتکاب جرم از طرف تمامی اشخاص، اعم از حقیقی و حقوقی، مستلزم تحقق ارکان مادی و معنوی آن جرم است؛ لکن همان‌گونه که می‌دانیم، اشخاص حقوقی وجود عینی و ملموس ندارند تا بتوانند به این اعتبار رکن مادی جرم را مرتکب شوند و رکن معنوی جرم را دارا باشند. حقوق کیفری بر یک رویکرد فردگرایانه مسئولیت اتکا دارد. علت وجودی حقوق کیفری، تعاریف و ارکان جرم، مسئولیت کیفری و عوامل تأثیرگذار بر آن و کیفیت اجرایی مقررات کیفری از جمله حوزه‌هایی هستند که به‌شدت متأثر و در معرض تحلیل فردی قرار دارند (عبداللهی، ۱۳۸۹: ۱۴۷). طبعاً در این رویکرد، انتساب جرم به شخص حقوقی و طرح مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با موانع جدی روبه‌رو خواهد بود. لکن مهم‌ترین مانع در این راه مسئله اسناد تقصیر است، چراکه آشکارا اسناد تقصیر به اشخاص حقوقی دشوار است.

لکن باید اذعان داشت در مورد اشخاص حقوقی تکیه بیش از حد بر تقصیر فردی و خطاهای انسانی منطقی نیست. تحلیل ساختاری اشخاص حقوقی بر رویکرد فردگرایانه در مورد آن‌ها اولویت دارد، زیرا هرچقدر خطاهای انسانی اجتناب‌ناپذیر تلقی شوند، حقیقت این است که حوادث زیان‌بار در عرصه فعالیت اشخاص حقوقی به‌ندرت محصول اشتباهات فردی هستند، بلکه بیشتر آن حوادث در زنجیره علیت خود عوامل بسیار پیدا و پنهانی دارند که باید با دقت مورد توجه قرار گیرند (ولز، ۲۰۱۱: ۱۷-۱۶). به عبارت دیگر، در ایجاد این حوادث و وقوع جرایم در اشخاص حقوقی، قصور یا خطای فردی در مقایسه با نارسایی‌های دیگر، مانند قصورهای نامحسوس مدیریتی و ارتباطی،

نارسایی روش‌ها، سازمان پیچیده و متداخل و مانند آن، از اهمیت زیادی برخوردار نیست، لذا توجه به شرایط یا ساختاری که حوادث در آن اتفاق افتاده مهم‌تر است.

در حقوق ایران مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بر پایه اصولی استوار است که در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی اشاره شده است و شامل اصل مجرمیت عاریه‌ای و اصل مسئولیت هم‌زمان شخص حقیقی و شخص حقوقی می‌باشد. بر مبنای اصل مجرمیت عاریه‌ای، مجرمیت در واقع از آن مباشر است و صرفاً بخشی از مسئولیت کیفری به شخص حقوقی عاریه داده می‌شود، چنان‌که در ماده ۱۴۳ قانون مذکور تصریح شده است شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی آن به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود. همچنین مطابق با اصل مسئولیت هم‌زمان مسئولیت شخص حقوقی و شخص حقیقی که در ماده ۱۴۳ بدان تصریح شده است، مسئولیت کیفری شخص حقوقی با مسئولیت کیفری شخص حقیقی قابل جمع است. به عبارت دیگر، اگرچه شخص حقوقی مسئولیت کیفری دارد و قابل مجازات است، اما این مسئله به هیچ عنوان نمی‌تواند دلیلی بر برائت شخص حقیقی مرتکب جرم از مجازات باشد (جعفری، ۱۳۹۵: ۱۸-۲۶).

البته همان گونه که پیش‌تر اشاره شد، شخص حقوقی اعم از اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و اشخاص حقوقی حقوق عمومی است و در ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی ناظر به ماده ۱۴۳ همان قانون، مسئولیت کیفری این اشخاص به‌طور عام شناسایی شده است، لکن در تبصره ماده ۲۰، اشخاص حقوقی حقوق عمومی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند از عموماً حکم مستثنا شده‌اند. البته باید در نظر داشت در اعمال حاکمیت حتی مسئولیت مدنی هم جایگاهی نداشته و بر پایه ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، در مورد اعمال حاکمیت دولت، هرگاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود. با لحاظ معیار پیش‌بینی شده در این ماده و با توجه به اطلاق و کلیت ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی می‌توان گفت که مسئولیت کیفری شخص حقوقی تنها در اعمال حاکمیت دولت راه ندارد و گرنه در اعمال تصدی، مانند رفتارهای سودآور یا خیریه و کنش‌های بازرگانی، تمایزی میان شرکت‌های دولتی و شرکت‌های خصوصی نیست.

درباره مستثناسدن دولت از بار مسئولیت کیفری گفته شده است که «نه معقول و نه پذیرفتنی است که دولت خود را تعقیب و مجازات کند. به‌علاوه یکی از مجازات‌های اشخاص حقوقی انحلال است که اعمال آن با فلسفه استمرار حاکمیت دولت مغایر است. مجازات‌های دیگری از قبیل تعطیلی موقت مؤسسه یا ممنوعیت از انجام مستقیم یا غیرمستقیم یک یا چند فعالیت حرفه‌ای یا مراقبت قضایی شخص حقوقی، با طبع و وظیفه خطیر دولت و مؤسسات عمومی، نه تنها سازگاری

ندارد، بلکه با اعمال حاکمیت دولت در تضاد است» (فرج‌اللهی، ۱۳۸۹: ۴۷۱). البته باید به این نکته توجه داشت که اشخاص مستثنای در تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی تنها از مجازات‌های تعزیری مذکور در ماده معاف شده‌اند و از لحاظ امکان محکومیت به دیه و خسارت همچنان تابع عموم تبصره ماده ۱۴ آن قانون خواهند بود.

۲. چالش‌های مربوط به تحقیقات مقدماتی جرایم اشخاص حقوقی

از نظر ماهوی، هنگامی که یک نظام خاصی برای مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پیش‌بینی می‌شود باید توجه داشت که این موضوع نیازمند دادرسی ویژه نیز می‌باشد، زیرا تمام مقررات دادرسی جرایم اشخاص حقیقی در مورد اشخاص حقوقی قابل اجرا نیست؛ از طرفی تعقیب و محاکمه اشخاص حقوقی نیازمند مقررات خاصی است که در مورد اشخاص حقیقی موضوعیت ندارد. این وضعیت بستر و زمینه‌ساز دادرسی افتراقی اشخاص حقوقی است.

در قانون آیین دادرسی کیفری جدید، دو سیاست در این مورد مدنظر بوده است که در ظاهر به نظر می‌رسد با هم تعارض داشته باشند، اما در حقیقت قابل جمع هستند. این دو سیاست عبارت‌اند از: سیاست یکسان‌سازی آیین‌های دادرسی و دیگری افتراقی‌سازی آیین دادرسی. یکسان‌سازی آیین‌های دادرسی یکی از سیاست‌هایی است که جلوه‌های آن در این قانون به‌طور مشخص قابل ملاحظه است، چراکه در این قانون تمام مقررات آیین دادرسی کیفری در خصوص دادگاه کیفری پیش‌بینی شده است و نه دادگاهی خاص؛ یعنی در جای‌جای قانون آیین دادرسی از واژه دادگاه کیفری استفاده شده است. در ماده ۲۹۴ قانون آیین دادرسی کیفری بیان شده است که دادگاه‌های کیفری عبارت‌اند از: دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲، نظامی، اطفال و نوجوانان و دادگاه انقلاب.

به عبارت دیگر، می‌توان گفت در مورد نظام دادرسی‌ای که در این قانون پیش‌بینی شده است، اصل بر این است که به‌صورت یکسان در تمام دادگاه‌ها اعمال شود، مگر موارد خاص که دادرسی افتراقی مورد نظر و قابل توجیه باشد.

در قانون جدید، یک فصل به آیین دادرسی جرایم اشخاص حقوقی اختصاص دارد که شامل مواد ۶۸۸ تا ۶۹۶ می‌باشد. یعنی در ضمن این مواد سعی شده است که افتراقی‌سازی آیین دادرسی جرایم اشخاص حقوقی نمود پیدا کند.

در واقع، می‌توان مقررات آیین دادرسی را در مورد اشخاص حقوقی به سه دسته کلی تقسیم کرد: دسته اول که طیف وسیعی از مقررات آیین دادرسی را دربرمی‌گیرد مقررات عمومی آیین دادرسی است که در مورد اشخاص حقوقی نیز جاری است. در ماده ۶۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری اشاره شده است که در هر موردی که مقررات ویژه‌ای در مورد جرایم اشخاص حقوقی پیش‌بینی نشده باشد

مطابق مقررات عمومی آیین دادرسی کیفری عمل می‌شود؛ دسته دوم شامل برخی از مقررات آیین دادرسی کیفری است که اصولاً در مورد اشخاص حقوقی قابلیت اجرا ندارند؛ مثلاً مقرراتی که مربوط به حقوق متهم در مرحله تحت نظر می‌باشد، در مورد اشخاص حقوقی موضوعیت ندارد، چراکه این اشخاص تحت نظر قرار نمی‌گیرند یا برای مثال مقررات مربوط به نظارت قضایی و بخش زیادی از مقررات آیین دادرسی که در مقام رعایت کرامت انسانی است در مورد اشخاص حقوقی قابلیت اجرا ندارند؛ دسته سوم مقررات افتراقی است که در ماده ۶۸۸ تا ۶۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است. بنابراین با ملاحظه دسته‌بندی فوق این نتیجه حاصل می‌شود که اصولاً مواد قانون آیین دادرسی کیفری بدو در خصوص اشخاص حقیقی پیش‌بینی شده است و آن قسمتی نیز که در خصوص اشخاص حقوقی قابلیت حکومت دارد به‌طور ثانوی است و تنها ۹ ماده صرفاً در موضوع آیین دادرسی اشخاص حقوقی قابل استناد است. در ادامه، با توجه به اختصاص عموم مقررات دادرسی کیفری به اشخاص حقیقی، چالش‌های مربوط به رسیدگی به جرایم اشخاص حقوقی در قانون جدید آیین دادرسی کیفری مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

یکی از مراحل مهم و سرنوشت‌ساز دعوای عمومی مرحله تحقیقات مقدماتی است، در واقع، تحقیقات مقدماتی رکن اساسی پرونده کیفری را تشکیل می‌دهد. دقت و سرعت عمل همراه با عدالت و انصاف در این مرحله سبب سهولت در طی مراحل بعدی دادرسی کیفری می‌شود. به تصریح ماده ۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری، «تحقیقات مقدماتی مجموعه اقدامات قانونی است که از سوی بازپرس یا دیگر مقامات قضایی برای حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار یا مخفی شدن متهم انجام می‌شود».

سؤالی که مطرح می‌گردد این است که چنانچه متهم موضوع ماده ۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری شخص حقوقی باشد، این نوع تحقیقات به چه کیفیتی باید صورت پذیرد. در ذیل تلاش می‌شود به تفکیک مراحل تحقیقات مقدماتی به این سؤال پاسخ داده شود.

۱-۲. احضار شخص حقوقی

احضار یا فراخوانی (روستایی، ۱۳۷۵: ۱۴) دعوتی است رسمی که از طرف مقام قضایی برای یک شخص جهت حضور در مرجع قضایی به عمل می‌آید (گلدوست جویباری، ۱۳۹۲: ۷۵). احضار از ماده «حضر» و در لغت به معنای حاضر کردن و فراخواندن می‌باشد. مقام قضایی جهت بازجویی، پاسخ به اتهام، ادای شهادت یا هر امر دیگری مدعی علیه یا نماینده او یا شاهد دعوی و مانند آن‌ها را به وسیله احضارنامه یا احضاریه به‌طور رسمی دعوت می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴: ۱۱۱).

با توجه به اینکه مسئولیت کیفری شخص حقوقی مستقل از شخص حقیقی است و اینکه در بسیاری از موارد ممکن است مدیرعامل یا اعضای هیئت مدیره به لحاظ ارتکاب جرم تحت تعقیب قرار گیرند، لذا، ترتیبات رسیدگی به جرایم اشخاص حقوقی از جمله احضار این اشخاص باید متفاوت از اشخاص حقیقی باشد. احضار متهم به وسیله احضاریه یا احضارنامه صورت می گیرد؛ احضارنامه فرم ورقه‌ای ویژه‌ای است که به وسیله دادگاه خطاب به مظنون یا متهم یا شاهد، به منظور حضور یافتن نزد دادگاه یا بازجو، همراه با قید زمان و مکان حضور صادر می شود و در شعبات بازپرسی، دادیاری و شعب دادگاه وجود دارند. مقام قضایی برای احضار یا جلب باید دلایل کافی داشته باشد (ماده ۱۶۸ قانون آیین دادرسی کیفری). در ابلاغ احضاریه به احضارشونده باید مقررات و ترتیبات مربوط به ابلاغ مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی رعایت شود (ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری).

با عنایت به مقررات یادشده درخصوص نحوه احضار اشخاص حقوقی به عنوان متهم باید مواردی را مدنظر داشت: قانون گذار در ماده ۶۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری می گوید: «هرگاه دلیل کافی برای توجه اتهام به اشخاص حقوقی وجود داشته باشد، علاوه بر احضار شخص حقیقی که اتهام متوجه او می باشد، با رعایت مقررات مربوط به احضار، به شخص حقوقی اخطار می شود تا مطابق مقررات نماینده قانونی یا وکیل خود را معرفی نماید. عدم معرفی وکیل یا نماینده مانع رسیدگی نیست». همچنین مطابق نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه، شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام و در راستای منافع آن مرتکب جرم شود، بنابراین در صورت وجود دلایل کافی بر توجه اتهام به شخص حقوقی، نماینده قانونی شخص حقوقی احضار و مدافعات او به نمایندگی از شخص حقوقی استماع می شود (نظریه مشورتی شماره ۱۳۹۴/۱/۱۷ - ۷/۹۴/۵۱).

در این راستا ریاست قوه قضائیه با درک کامل ساختار اقتصادی شخص حقوقی و چالش های احضار این دسته از اشخاص در بخشنامه شماره ۹۰۰۰/۷۷۵۲۹/۱۰۰ مورخ ۱۳۹۸/۰۶/۱۶ بیان می دارند: «نظر به اینکه در پاره‌ای از پرونده‌های مطروحه مرتبط با اشخاص حقوقی به ویژه مراکز اقتصادی و تولیدی، نظیر پرونده‌های مربوط به حوادث حین انجام کار، احضار مدیرعامل ممکن است در روند تولید و فعالیت اقتصادی بنگاه مربوط اثرات منفی داشته باشد لذا با عنایت به تأکیدات مقام معظم رهبری «مدظله العالی» مبنی بر ضرورت حمایت از رونق تولید و تقویت اقتصاد کشور، به دادرها و محاکم دادگستری ابلاغ می گردد: با عنایت به مفاد مواد ۶۸۸ و ۶۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.۱۲.۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی در مورد پرونده‌های مرتبط با اشخاص حقوقی لازم است به جای احضار مدیرعامل با رعایت مقررات مربوط به احضار به شخص حقوقی

اخطار شود تا نماینده قانونی یا وکیل خود را معرفی نماید و با حضور نماینده شخص حقوقی تحقیقات مقدماتی برابر ضوابط صورت پذیرد و در ادامه چنانچه اتهام متوجه مدیرعامل باشد به گونه‌ای که اقدامات قضایی موجب اخلال در روند تولید و اشتغال نگردد، رسیدگی قضایی انجام شود».

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا نشر آگهی موضوع ماده ۱۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری نسبت به اشخاص حقوقی موضوعیت دارد یا خیر. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه شرط نشر آگهی معلوم نبودن اقامتگاه متهم است و اینکه اشخاص حقوقی در زمان تشکیل دارای اقامتگاه قانونی می‌باشند، لذا ابلاغ به محل اقامتگاه قانونی شرکت کفایت می‌کند و نیازی به نشر آگهی نیست.

۲-۲. ابلاغ به اشخاص حقوقی

قواعد ابلاغ در امور کیفری علی‌الاصول مطابق مقررات امور مدنی است. این موضوعی است که ماده ۱۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری به آن اشاره دارد: «سایر ترتیبات و قواعد ابلاغ احضاریه و دیگر اوراق قضایی بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی صورت می‌گیرد». لذا اشاره مکرر به قواعد آیین دادرسی مدنی از این لحاظ است.

از آنجایی که اشخاص حقوقی شامل اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و حقوق عمومی می‌شود، بنابراین لازم است موضوع به‌طور مجزا مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۲-۱. ابلاغ به اشخاص حقوقی حقوق خصوصی

چنانچه اطلاق کلمه «شخص» در قسمت اول ماده ۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی را اعم از شخص حقیقی و شخص حقوقی بدانیم، در ابتدا تصور خواهد شد در همان شرایطی که ابلاغ واقعی نسبت به شخص حقیقی قابلیت تحقق دارد، در صورت وجود آن شرایط، ابلاغ مذکور نسبت به شخص حقوقی نیز واقعی خواهد بود. اما با کمی دقت نادرستی این تصور آشکار می‌گردد، زیرا درست است که شخص حقوقی می‌تواند مخاطب واقع شود اما خود این شخص بدون نیاز به اراده فرد یا افراد دیگر نمی‌تواند «بماهو شخص حقوقی» اختاریه را تحویل گرفته و رسید به مأمور بدهد، زیرا شخص حقوقی نه چشم دارد که مأمور ابلاغ را ببیند و اختاریه را از او بگیرد و نه دست دارد که با امضا رسید بدهد. بنابراین تمسک به قسمت اول ماده ۶۸ قانون مذکور برای تحقق بخشیدن ابلاغ واقعی نسبت به شخص حقوقی غیرممکن و ناکارآمد است.

شخص حقیقی خود دارای اراده است. به عبارت دیگر، اراده شخص حقیقی از خود آن شخص تفکیک‌ناپذیر است و شخص حقیقی اعمال خود را از طریق اراده انفکاک‌ناپذیر از خود، اجرا می‌کند. اما شخص حقوقی شخصی بی‌روح است و در عین حال موجودیت دارد، ولی اراده این شخص از موجودیتش منفک است. به عبارت دیگر، به اعتبار ماده ۵۸۸ قانون تجارت ۱۳۱۱، شخص

حقوقی می‌تواند مخاطب واقع شود، اما آنچه می‌خواهد انجام دهد باید از طریق اراده منفک از خود که در شخص حقیقی ذی‌سمت به‌عنوان نماینده شخص حقوقی است اعمال کند.

با توجه به مقدمه فوق، اکنون باید دید چه اشخاصی اراده شخص حقوقی را اعمال می‌کنند. ماده ۱۲۵ لایحه قانون تجارت در این باره مقرر می‌دارد: «مدیرعامل شرکت در حدود اختیاراتی که توسط هیئت مدیره به او تفویض شده است نماینده شرکت محسوب و از طرف شرکت حق امضا دارد.» از این ماده برمی‌آید که در وهله اول هیئت مدیره و در وهله دوم مدیرعامل شرکت در حدود اختیارات تفویض شده به او اراده شرکت را، جز در موضوعاتی که در صلاحیت خاص مجمع عمومی است، اعمال می‌کنند. بنابراین از جمع مقررات ماده ۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی و آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت اگر اختاریه شخص حقوقی به هیئت مدیره شرکت یا به مدیرعامل تحویل و رسید اخذ گردد، این ابلاغ واقعی خواهد بود.

با توجه به نظر فوق، اکنون این سؤال مطرح است که آیا دیدگاه مذکور دارای پشتوانه قانونی است یا خیر. در پاسخ باید گفت، دیدگاه فوق نه تنها دارای پشتوانه قانونی است بلکه از پشتوانه حقوقی و رویه قضایی نیز بهره‌مند است که به ترتیب به آن‌ها اشاره می‌شود.

در ارتباط با موضوعاتی که قانون در مورد حکم صریحی ندارد، اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه مرجعی برای پاسخگویی به استعلامات قضات است. اداره مذکور طی نظریه شماره ۸۰/۱/۷-۷/۷۶۹۵ درخصوص ابلاغ به اشخاص حقوقی چنین اعلام داشته است: «چون شخص حقوقی مستقیماً نمی‌تواند طرف خطاب واقع شود مدیر آن مؤسسه حقوقی یا کسی که حق امضا دارد، مخاطب محسوب می‌شود و اگر به شخصی مدیر یا کسی که حق امضا دارد ابلاغ شود این ابلاغ واقعی خواهد بود.» منظور اداره حقوقی آن است که اگر اختاریه مربوط به شخص حقوقی به مدیرعامل یا دارنده حق امضا تحویل شود و رسید اخذ گردد، ابلاغ واقعی است و درست است که در آن نظریه به تحویل اخطار و اخذ رسید تصریح نگردیده، اما معنای «ابلاغ به شخص مدیر» چیزی جز این نیست و اگر در نظریه مذکور گفته شده است شخص حقوقی نمی‌تواند مخاطب واقع شود منظور آن است که گفت‌وگو و خطاب نسبت به شخص حقوقی «بما هو شخص حقوقی» ممکن نیست، نه اینکه نتوان در اختاریه نام شخص حقوقی را به‌عنوان مخاطب قید کرد. از ماده ۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد چگونگی ابلاغ به شخص حقوقی، سه نکته مهم به دست می‌آید:

الف) در خصوص اشخاص حقوقی، مخاطب اوراق قضایی مدیرعامل یا قائم مقام اوست؛ یعنی هر چند نام شخص حقوقی در اختاریه قید می‌شود، اما مأمور ابلاغ باید در واقع اوراق را به مدیرعامل

یا قائم مقام او تحویل دهد و رسید اخذ نماید. اشاره ماده ۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی به ماده ۶۸ همان قانون حاکی است که عمل تحویل اختاریه به شخص حقوقی از طریق نماینده آن شخص و اخذ امضا به عنوان رسید در حقیقت تحقق همان ابلاغ واقعی به شرح ماده ۶۸ آن قانون است.

ب) چنانچه علاوه بر مدیر و قائم مقام شخص دیگری نیز از طرف شرکت دارای حق امضا باشد می‌تواند اختاریه را تحویل گرفته و رسید به مأمور تسلیم نماید. ذکر عبارت «دارنده حق امضا» در ماده ۶۸ همان قانون دلیل این نکته است. در مورد مشابه، در حقوق فرانسه گفته شده است: «در حقوق فرانسه در صورتی که نماینده شخص حقوقی از طرف شرکت متبوع اجازه تحویل گرفتن اختاریه را داشته باشد این ابلاغ واقعی است» (شمس، ۱۳۷۸: ۱۰۶).

ج) همان‌گونه که در مورد شخص حقیقی، چنانچه به مخاطب دسترسی حاصل نشود، مأمور ابلاغ مطابق مواد ۶۹ و ۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی اختاریه را باید به یکی از بستگان یا خادمین ابلاغ نماید، در مورد شخص حقوقی نیز قانون‌گذار در این قانون راهکار لازم را در صورت عدم دسترسی مأمور ابلاغ به مدیرعامل یا قائم مقام امضا ارائه داده است و راهکار مذکور آن است که در این صورت، یعنی در صورت عدم دسترسی به اشخاص ذکر شده، اختاریه را به مسئول دفتر شخص حقوقی ابلاغ می‌نماید. نتیجه اینکه در اینجا چون تحویل گیرنده، یعنی مسئول دفتر، دارای حق امضا نمی‌باشد و سمت مدیریت را نیز ندارد، ابلاغ به او ابلاغ قانونی است، همان‌گونه که در مورد اشخاص حقیقی نیز تحویل اختار به خادم یا بستگان ابلاغ قانونی است.

۲-۲-۲. ابلاغ به اشخاص حقوقی حقوق عمومی

ماده ۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر کرده است که اوراق مربوط به مراجع دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات مأمور به خدمات عمومی به رئیس دفتر مرجع مخاطب یا قائم مقام او ابلاغ شود. در واقع در ادارات دولتی نیز چون مقنن در مرحله اول ابلاغ به رئیس دفتر (دبیرخانه) اداره یا قائم مقام او را مقرر کرده است، پس همان‌گونه که ابلاغ به شخص حقیقی در مرحله اول و ابلاغ به شخص مدیر شخص حقوقی به عنوان ابلاغ مرحله اول واقعی تلقی شده است، در مورد ادارات و مراجع دولتی نیز چون مقنن رئیس دفتر یا قائم مقام او را در ردیف مرحله اول قرار داده است، ابلاغ به هریک از آن دو واقعی خواهد بود. البته در مورد ابلاغ به ادارات دولتی شکی نیست در جایی که ابلاغ به رئیس دفتر ابلاغ واقعی باشد، به طریق اولی ابلاغ به رئیس اداره نیز واقعی است.

۲-۳. تبیین اتهام به شخص حقوقی

چگونگی تبیین اتهام که مربوط به مرحله تحقیق می‌باشد درخصوص اشخاص حقوقی بیش از اشخاص حقیقی سؤال برانگیز است. درخصوص اشخاص حقیقی ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی کیفری

بیان می‌دارد: «... سپس موضوع اتهام و ادله آن را به شکل صریح به وی تفهیم می‌کند...». نکته درخور ذکر اینکه به نظر می‌رسد معنای «تفهیم» با «ابلاغ» یا «اعلام» تفاوت داشته باشد. در دو مورد اخیر امری با رعایت تشریفات مثل دادن نسخه‌ای از سند یا نوشته مورد ابلاغ، با اخذ رسید کتبی، به مخاطب ابلاغ می‌شود و در فرایند اعلام، بدون لزوم تشریفات خاص، امری به سمع و نظر مخاطب یا مخاطبین می‌رسد. اما در فرایند تفهیم، امر یا مطلب باید به مخاطب فهمانده شود (ناجی زواره، ۱۳۹۵: ۶۵).

استفاده از واژه «تبیین» نیز گویای این برداشت است. به دیگر سخن، درخصوص اشخاص حقیقی، قانون‌گذار از واژه «تفهیم» و درباره اشخاص حقوقی از واژه «تبیین» استفاده می‌کند.

همچنین با بذل توجه به ماده مذکور مشخص می‌شود یکی از ویژگی‌های تفهیم اتهام شخصی بودن آن است (عبداللهی، ۱۳۹۰: ۴۱)، چراکه عبارت ماده به شخص متهم به عنوان تفهیم‌شونده تصریح می‌نماید. اما درخصوص تفهیم اتهام به شخص حقوقی باید گفت اتهام برای خود شخص حقوقی قابلیت تفهیم ندارد، بلکه برای نماینده قانونی آن تبیین می‌شود، زیرا شخص حقوقی، خود، نمی‌تواند مستقلاً طرف خطاب واقع شود.

اما اگر نماینده، خود، در جایگاه متهم قرار گیرد، نسبت به شخص حقیقی تفهیم اتهام انجام می‌شود و شخص حقوقی باید نماینده دیگری را که اتهام متوجه وی نیست معرفی کند، چراکه به موجب تبصره ماده ۶۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری فردی که رفتار وی موجب توجه اتهام به شخص حقوقی شده است نمی‌تواند نمایندگی آن را عهده‌دار شود. فلسفه وجودی این تبصره پیشگیری از تعارض منافع میان منافع شخص حقوقی و شخص حقیقی است.

درخصوص کیفیت تبیین اتهام به شخص حقوقی ماده ۶۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر می‌دارد: «پس از حضور نماینده شخص حقوقی، اتهام وفق مقررات برای وی تبیین می‌شود. حضور نماینده شخص حقوقی تنها جهت انجام تحقیق و یا دفاع از اتهام انتسابی به شخص حقوقی است و هیچ‌یک از الزامات و محدودیت‌های مقرر در قانون برای متهم در مورد وی اعمال نمی‌شود.»

۴-۲. قرار تأمین کیفری برای شخص حقوقی

قرار تأمین کیفری با هدف دسترسی به متهم، جلوگیری از فرار او و تضمین حقوق بزه‌دیده صادر می‌شود (ماده ۲۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری). با توجه به هدف و فلسفه اصلی صدور قرار تأمین کیفری، هرچند مواردی همچون تضمین دسترسی و جلوگیری از فرار در مورد اشخاص حقوقی مصداق ندارد، اما یقیناً ملاک تضمین حقوق بزه‌دیده درخصوص این دسته از اشخاص کاربرد دارد. در خصوص صدور قرار تأمین کیفری نسبت به نماینده شخص حقوقی نیز باید بیان داشت که صدور چنین قرار تأمین نسبت به نماینده یادشده فاقد وجاهت قانونی است و صدور قرارهای مذکور

صرفاً نسبت به مدیرعامل یا اشخاص تصمیم‌گیرنده شخص حقوقی امکان‌پذیر است. مطابق ماده ۶۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری، «پس از حضور نماینده شخص حقوقی، اتهام وفق مقررات برای وی تبیین می‌شود. حضور نماینده شخص حقوقی تنها جهت انجام تحقیق و یا دفاع از اتهام انتسابی به شخص حقوقی است و هیچ‌یک از الزامات و محدودیت‌های مقرر در قانون برای متهم در مورد وی اعمال نمی‌شود». همچنین مطابق ماده ۶۹۰ قانون مذکور، قانون‌گذار اقدام به تعیین قرارهای تأمین کیفری خاص اشخاص حقوقی نموده است.

در قانون جدید برای اشخاص حقوقی دو قرار تأمین خاص در نظر گرفته شده است. لذا قرارهای تأمین ده‌گانه‌ای که در ماده ۲۱۷ پیش‌بینی شده در مورد اشخاص حقوقی صادر نمی‌شود. این دو قرار تأمین با توجه به ویژگی و اقتضانات شخص حقوقی پیش‌بینی شده است. در ماده ۶۹۰ این قانون قرار ممنوعیت انجام برخی از فعالیت‌های شغلی مطرح شده است؛ یعنی اگر شخص حقوقی شرکت یا سازمانی است که فعالیت آن مجرمانه است (مثلاً محیط زیست را آلوده می‌کند) در قالب قرار تأمینی که در این قانون پیش‌بینی شده است می‌توان جلوی این فعالیت‌ها را گرفت. دوم قرار منع تغییر ارادی است. البته افزون بر دو قرار مذکور، مطابق ماده ۶۹۱ در صورت توجه اتهام به شخص حقوقی صدور قرار تأمین خواسته بلامانع است (مؤذن‌زادگان و دیگران، ۱۳۹۸: ۶۳).

چالش در موردی است که شخص حقیقی به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرم شود و وقتی تحت تعقیب قرار می‌گیرد، از نظر حقوقی، آن شخص حقوقی را منحل و به شخص حقوقی دیگری تبدیل کنند یا ماهیت آن را عوض کنند. لذا مشابه قرار تأمینی که برای شخص حقیقی صادر می‌شود تا از فرار وی جلوگیری شده و فرد در دسترس باشد، در اینجا پیش‌بینی شده است تا قرار صادر شود که از تغییر ارادی شخص حقوقی و تبدیل ماهیت آن تا زمانی که تکلیف اتهام مشخص نشده جلوگیری شود و وضعیت حقوقی آن در بند «ب» ماده ۶۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است.

اگر شخص حقوقی به موجب قانون منحل شد، مشابه مواردی که شخص حقیقی فوت می‌کند، قرار موقوفی تعقیب صادر می‌شود یا خیر. در این مورد هم در ماده ۶۹۲ پیش‌بینی شده که اگر شخص حقوقی به موجب قانون منحل شد، در مورد اتهام او قرار موقوفی تعقیب صادر می‌شود. در مورد صدور قرار تأمین کیفری نسبت به نماینده شخص حقوقی نیز باید بیان داشت که صدور چنین قرار تأمین نسبت به نماینده یادشده فاقد وجاهت قانونی است و صدور قرارهای مذکور صرفاً نسبت به مدیرعامل یا اشخاص تصمیم‌گیرنده شخص حقوقی امکان‌پذیر است؛ این موضوعی است که ماده ۶۸۹ به آن اشاره دارد.

در نهایت با توجه به پذیرش انتساب بزه به اشخاص حقوقی، مقام قضایی در قرارهای نهایی مانند منع یا موقوفی تعقیب، جلب به دادرسی یا در تنظیم کیفرخواست باید مشخصات چه شخص یا اشخاصی را قید کند؟

در پاسخ باید بیان داشت چنانچه جرم یا بزه به مدیرعامل یا اعضای هیئت مدیره قابلیت انتساب داشته باشد، در قرار جلب به دادرسی و کیفرخواست، نام آن‌ها به همراه شخص حقوقی درج می‌شود یا آنکه می‌توان قرار جلب به دادرسی و کیفرخواست جداگانه‌ای برای آن‌ها صادر کرد، اما در فرضی که بزه صرفاً قابلیت انتساب به شخص حقوقی را داشته باشد یا به جهتی از جهات مانعی برای تعقیب شخص حقیقی باشد، در قرار جلب به دادرسی و کیفرخواست باید مشخصات نماینده قانونی شخص حقوقی نوشته شود.

۵-۲. کفالت شخص حقوقی

رویه مراجع قضایی آن است که، در صورت احراز ملالت کفیل، کفالت شخص حقیقی را بدون قید و شرط می‌پذیرند. اما درخصوص اشخاص حقوقی این پرسش مطرح می‌شود که آیا کفالت شخص حقیقی از شخص حقوقی (که متهم به ارتکاب جرم است) امکان‌پذیر است؟

درخصوص سؤال نخست باید بیان داشت که قرار کفالتی که در قانون آیین دادرسی کیفری مطرح شده است در واقع عقد کفالت است که در قانون مدنی از آن سخن به میان آمده است. در تعریف عقد کفالت در ماده ۷۳۴ قانون مدنی بیان شده است که «کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند...». نوع برداشت از واژه «احضار» در این ماده در پاسخ به این سؤال تأثیر دارد. از یک سو می‌توان گفت که احضار هم در مورد شخص حقیقی و هم اشخاص حقوقی کاربرد دارد، به این نحو که در احضاریه شخص حقیقی نام و نام خانوادگی و در احضاریه شخص حقوقی نام تجاری ثبت شده قید می‌شود و بعد از ابلاغ، نماینده شخص حقوقی حاضر می‌شود. اما از سوی دیگر می‌توان بیان داشت که احضار تنها در مقابل شخص حقیقی کاربرد دارد، چون مخاطب احضار باید شخص ذی‌شعور برخوردار از اراده باشد تا به مفاد احضار که همان حاضر شدن نزد مقام قضایی است عمل کند این در حالی است که درخصوص شخص حقوقی این امر امکان‌پذیر نیست. الفاظ قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری به دیدگاه دوم نزدیک‌تر است. به عنوان نمونه قانون‌گذار در ماده ۶۸۸ قانون آیین دادرسی کیفری بیان می‌دارد که در صورت توجه اتهام به شخص حقوقی، علاوه بر «احضار» شخص حقیقی، به شخص حقوقی «اخطار» می‌شود تا نماینده قانونی خود را معرفی نماید. همان گونه که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار در مورد شخص حقیقی از واژه احضار و درباره شخص حقوقی از کلمه اخطار استفاده

کرده است. افزون بر آن مواد ۱۶۸ تا ۱۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری جملگی ظهور در شخص حقیقی دارد. مفاد ماده ۶۹۰ که تنها امکان صدور دو قرار را در مورد شخص حقوقی پیش‌بینی می‌کند مؤیدی بر این دیدگاه است.

۶-۲. انحلال شخص حقوقی

جریان دعوی عمومی با فوت متهم یا محکوم‌علیه موقوف می‌شود. از آنجایی که شخص متهم می‌تواند حقیقی یا حقوقی باشد، در اشخاص حقیقی نیز موضوع انحلال می‌تواند چالش بیشتری داشته باشد. در ابتدا در باب فوت اشخاص حقیقی مرجع رسیدگی‌کننده به جرم مکلف است پس از احراز فوت، نسبت به تعقیب کیفری او، قرار موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرا صادر نماید. البته در مورد دیه (به موجب تبصره ۱ ماده ۱۳ و ماده ۸۵) و ضرر و زیان شخصی این قرار مانع ادامه دادرسی نبوده و با توجه به لزوم جبران خسارات وارده به بزه‌دیده رسیدگی کیفری ادامه پیدا می‌کند. درخصوص مجازات قصاص نیز با فوت متهم این مجازات ساقط گردیده، اما به جای آن بر اساس ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی، دیه از اموال مرتکب فوت‌شده قابل پرداخت خواهد بود. فوت متهم حتی در مورد جرایمی که مجازات آن‌ها جزای نقدی می‌باشد نیز باعث سقوط دعوی عمومی شده و با توجه به اینکه یکی از اهداف بسیار مهم مجازات‌ها اصلاح مرتکب و ارباب وی بوده و با فوت این هدف منتفی می‌گردد، به نظر می‌رسد حتی مجازات‌های مالی مانند جزای نقدی نیز با فوت مرتکب اجرا نمی‌گردد. در هر حال به نظر می‌رسد با توجه به بند نخست ماده ۱۳ و مطلق بودن این بند برخلاف قوانین قبل و با عنایت به اصل شخصی بودن مجازات‌ها، در صورت فوت مرتکب، چه قبل از صدور حکم قطعی و چه بعد از آن، قرار موقوفی تعقیب یا اجرا صادر می‌گردد. این جهت از جهات سقوط دادرسی در هریک از مراحل دادرسی حتی قبل از مرحله تعقیب نیز جاری است.

اما در مواردی که اشخاص حقوقی تحت تعقیب کیفری قرار دارند، از آنجایی که فوت به معنای مصطلح درباره ایشان مصداق ندارد، این اشخاص ممکن است به دلایل مختلف «انحلال» یابند. این انحلال می‌تواند به صورت ارادی یا غیرارادی باشد. ماده ۶۹۲ در مورد انحلال غیرارادی مانند ورشکستگی یا انحلال بر اساس حکم دادگاه اشعار می‌دارد: «در صورت انحلال غیرارادی شخص حقوقی حسب مورد قرار موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرا صادر می‌شود. مقررات مربوط به قرار موقوفی تابع مقررات آیین دادرسی کیفری است. در مورد دیه و خسارت ناشی از جرم وفق مقررات مربوط اقدام می‌شود.» اما انحلال به صورت ارادی از آنجایی که ممکن است برای فرار از مسئولیت کیفری و مجازات از سوی اداره‌کنندگان شخص حقوقی انجام شود، بر اساس مفهوم مخالف ماده از موجبات سقوط دعوی عمومی محسوب نمی‌گردد. در این صورت، حتی در صورت انحلال، رسیدگی کیفری

شخص حقوقی می‌تواند پی گرفته شده و این شخص به مجازات‌های قانونی ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی (هرکدام که قابل اعمال باشد) محکوم شود.

نتیجه

هنگامی که نظام خاصی برای مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پیش‌بینی می‌شود، باید توجه داشت که این موضوع نیازمند دادرسی ویژه نیز می‌باشد، زیرا شیوه ارتکاب، فراوانی برخی جرایم و پیامدهای جرایم اشخاص حقوقی گاه متفاوت از اشخاص حقیقی است و تمام مقررات دادرسی جرایم اشخاص حقیقی در مورد اشخاص حقوقی قابل اجرا نیست. از طرفی تعقیب و محاکمه اشخاص حقوقی نیازمند مقررات خاصی است که در مورد اشخاص حقیقی موضوعیت ندارد. این وضعیت بستر و زمینه‌ساز دادرسی افتراقی اشخاص حقوقی است. به جهت وجود دو شخصیت مستقل برای شخص حقوقی و مقام مسئول آن، تعقیب و تحقیق از این اشخاص متفاوت است. به عبارتی با شناسایی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، قانون‌گذار باید آیین دادرسی ویژه‌ای را برای اشخاص مذکور تعیین نماید، یعنی یک آیین دادرسی کیفری افتراقی بر تحقیقات این اشخاص حاکم باشد. از آن جایی که اشخاص حقوقی نمی‌توانند نزد مقام قضایی به‌عنوان متهم حاضر شوند و به اتهامات خود پاسخ دهند بسیاری از الزامات قانونی و تشریفات دادرسی کیفری که در مورد اشخاص حقیقی قابل اجرا است در مورد اشخاص حقوقی قابلیت اعمال ندارد. ظرافت‌های امر ابلاغ، کفالت، جلب و تفهیم یا تبیین اتهام ایجاب می‌کند که قانون‌گذار تمهیدات مفصل‌تر و دقیق‌تری برای دادرسی اشخاص حقوقی پیش‌بینی کند. افزون بر آن چالش‌های مربوط به انحلال اشخاص حقوقی و همچنین وضعیت خاص برخی اشخاص حقوقی همچون شرکت‌های تجاری در مراحل پیش از ثبت یا ادغام شرکتی تجاری در شرکتی دیگر و بحث مسئولیت کیفری و شیوه رسیدگی به اتهام شرکت ادغام‌شونده یا ادغام‌کننده حسب مورد از جمله چالش‌هایی است که ضرورت دارد قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی کیفری به تفصیل به این موارد بپردازد. بر این اساس پیشنهادهای ذیل برای بهبود و تقویت فرایند دادرسی اشخاص حقوقی پیشنهاد می‌شود:

۱. در بخش مربوط به احضار اشخاص حقوقی قانون‌گذار باید واکنش‌هایی را به‌منظور تعیین ضمانت اجرای عدم حضور نماینده شخص حقوقی پیش‌بینی کند. این ضمانت اجراها می‌تواند شامل مسدودکردن حساب بانکی، ممنوعیت نقل و انتقال سهام، ممنوعیت تشکیل مجامع عمومی، ممنوعیت صدور اسناد تجاری و... باشد.

۲. الزامی شدن قرارهای تأمین کیفری در مورد اشخاص حقوقی و همچنین پیش‌بینی ضمانت اجرا در قبال نقض این قرارها باید مورد توجه قانون‌گذار در ماده ۶۹۰ قرار گیرد. در حال حاضر، نقض

هریک از این دو قرار از هیچ پشتمانه‌ای برخوردار نیست تا دادیار یا بازپرس بتواند به این تخلف شخص حقوقی واکنش نشان دهد.

۳. در حال حاضر امکان یا عدم امکان صدور قرارهایی همچون ترک تعقیب، بایگانی نمودن پرونده، تعلیق تعقیب و ارجاع امر به میانجیگری در مورد اشخاص حقوقی عمیقاً محل ابهام است. بدیهی است راهکار ماده ۶۹۶ برای آنکه به مقررات عمومی قانون آیین دادرسی کیفری رجوع شود نمی‌تواند راهگشا باشد، چون طبع و ماهیت شخص حقیقی از شخص حقوقی متفاوت است. ضروری است قانون‌گذار به موجب مقررات مفصلی این نقص را برطرف کند.

منابع

فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۹)، *حقوق جزای عمومی*، جلد دوم، چاپ سی و هشتم، تهران: میزان.
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۰)، *حقوق مدنی*، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- امیدی، جلیل (۱۳۹۰)، «مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، سابقه، دیدگاه‌ها و انعکاس در قوانین کشورهای اسلامی»، *ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی*، یادنامه شادروان دکتر نوربها، تهران.
- پاسبان، محمدرضا (۱۳۸۹)، *حقوق شرکت‌های تجاری*، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات سمت.
- تهرانی ستوده، حسن (۱۳۷۶)، *حقوق تجارت*، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: انتشارات دادگستر.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۴)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش.
- جعفری، مجتبی (۱۳۹۵)، «مبانی و اصول مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی»، *پژوهشنامه حقوق کیفری*، سال هفتم، شماره دوم.
- حاجی‌وند، امین و دیگران (۱۳۹۷)، «مسئولیت کیفری دولت در قبال جرایم زیست‌محیطی در ایران: ضرورت‌ها و چالش‌ها»، *فصلنامه علوم محیطی*، دوره شانزدهم، شماره دوم.
- روستایی، محسن (۱۳۷۵)، «واژگان عدلیه مصوب فرهنگستان ایران (۱۳۲۰ - ۱۳۱۴ ش)»، *نشریه گنجینه اسناد*، شماره ۲۱ و ۲۲.
- شمس، عبدالله (۱۳۷۸)، *جزوه درسی آیین دادرسی مدنی تطبیقی دوره دکترا*.
- عبداللهی، اسماعیل (۱۳۸۹)، *درس‌هایی از فلسفه کیفری: درآمدی بر مسئولیت کیفری بدون تقصیر در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان*، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.
- عبداللهی، فاطمه (۱۳۹۰)، «تفهیم اتهام در حقوق ایران و اسناد بین‌الملل (۲)»، *نشریه قضاوت*، شماره ۷۱.
- فرج‌اللهی، رضا (۱۳۸۸)، *مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه*، تهران: میزان.
- فرج‌اللهی، رضا (۱۳۸۹)، «تأثیر جرم‌شناسی اثبات‌گرا بر مسوولیت کیفری اشخاص حقوقی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ویژه نامه شماره ۲.
- گلدوزیان، ایرج و گلریز، امین (۱۳۹۷)، «اهلیت جنایی اشخاص حقوقی»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۸۲، شماره ۱۰۲.
- گلدوست جویباری، رجب (۱۳۹۲)، *آیین دادرسی کیفری*، چاپ پنجم، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
- مؤذن‌زادگان، حسنعلی و دیگران (۱۳۹۸)، «کاربست آیین دادرسی کیفری افتراقی نسبت به اشخاص حقوقی در مرحله تحقیقات مقدماتی»، *پژوهش حقوق کیفری*، سال هشتم، شماره بیست و نهم.
- میرسعیدی، سیدمنصور (۱۳۹۰)، *مسئولیت کیفری؛ قلمرو و ارکان*، چاپ سوم، تهران: میزان.
- ناجی زواره، مرتضی (۱۳۹۵)، *آشنایی با آیین دادرسی کیفری*، جلد اول، تهران: انتشارات خرسندی.

انگلیسی

- Wells, Celia, *Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future*, Springer Science & Business Media B. V. (2011).

علامت تجاری عام؛ احراز فقدان و زوال تمایز بخشی در پرتوی پرونده «اکبرجوجه»

علی سیدین*، مهدی کارچانی**

چکیده

علائم عام استحقاق حقوق انحصاری را ندارند، چون رقبا را به دلیل فقدان تمایز بخشی از واژه‌های ضروری برای معرفی کالا یا خدمت خود محروم کرده و به تبع آن مصرف‌کننده را گمراه می‌کنند. ممکن است علامت تجاری، پس از ایجاد، به دلایلی به واژه عام برای طبقه کالاها یا خدماتی که به آن تعلق دارد تبدیل شود. در این وضعیت زوال تمایز بخشی و مرگ علامت، موسوم به ژنریساید، رخ می‌دهد. خلأ زبان به دلیل فقدان اسم عام کالا و تازگی علامت، مرگ به وسیله اختراع، سادگی و کوتاهی علامت نسبت به نام کالا و نیز سلطه بازاری و مشهور شدن در زمره فرایندهای زبان‌شناسی و اجتماعی برجسته در عام‌شدن علامت هستند. قانون‌گذاران جهت مقابله با انحصار بلاجهت علائم عام، خواه در زمان ثبت و خواه پس از آن، می‌توانند چند سازوکار پیش‌بینی کنند که مهم‌ترین آن‌ها عدم قابلیت ثبت، ابطال علامت در دادگاه، لغو یا حذف علامتی که به مرور زمان عام گردیده و محدودیت حقوق انحصاری است. با این حال، سه پرسش باقی می‌ماند که باید موردبهمورد در رسیدگی قضایی پاسخ داده شود: نخست، عام‌بودن علامت درخصوص کدام کالا یا خدمت با ویژگی خاص باید احراز شود؟ دوم، علامت تجاری از دید و ادراک کدام گروه (مصرف‌کننده نهایی، واسطه‌ها یا تولیدکنندگان) ژنریک شناخته می‌شود؟ سوم، ادارک جامعه هدف درخصوص معنای اصلی علامت با توجه به ادله اثباتی به‌ویژه نظرسنجی‌ها، ابزارهای زبانی، موتورهای جست‌وجوگر اینترنتی و شهادت اشخاص فعال در صنف مرتبط چیست؟ در مقاله حاضر، با روش

a.seyedin@ciwschool.com

* پژوهشگر پژوهشکده قوه قضائیه، تهران، ایران

karchanimahdi@gmail.com

** پژوهشگر پژوهشکده قوه قضائیه، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

توصیفی تحلیلی، فرایندهای عام‌شدن علامت و سازوکارهای مقابله حقوق علائم تجاری با علائم عام تبیین شده‌اند. پس از آن شیوه احراز ژنریک بودن یا ژنریک شدن علامت در رسیدگی قضایی در پرتو مطالعه و تحلیل آرای دادگاه‌ها در ایران، آمریکا و اتحادیه اروپا تشریح شده است. در کنار تحلیل پرونده «اکبرجوجه»، در بخش‌های مختلف مقاله سعی شده است تا در صورت لزوم جهت رفع خلأهای قانونی و به سامان کردن رسیدگی‌های مرتبط با علائم تجاری عام پیشنهاداتی ارائه گردد. **واژگان کلیدی:** ژنریساید، مرگ علامت تجاری، علامت ژنریک، ادراک مصرف‌کننده، طبقه معنایی، لغو علامت، علامت توصیفی

مقدمه

«ژنریساید»^۱، «ژنریک یا عام‌شدن»^۲ یا مرگ علامت تجاری به پدیده‌ای اطلاق می‌شود که طی آن علامت تجاری^۳ با قدرت تمایزبخشی اولیه توسط مجموعه‌ای از عموم مردم یا تاجران در عرف تجاری به‌عنوان واژه‌ای عام برای اشاره به «طبقه کالا یا خدمات»^۴ استفاده می‌شود و چنین واژه‌ای قابلیت خود برای تعیین منشأ کالا یا خدمات را از دست می‌دهد (Pickett, 2007: 330). به عبارت دیگر، فرایند زبان‌شناختی و اجتماعی^۵ (Clankie, 2002: 147) که طی آن علامت تجاری به اسم جنس و واژه عام برای طبقه کالاها یا خدماتی که به آن تعلق دارد، تبدیل (Cova, 2014: 360) و تمایزبخشی آن کاملاً زائل می‌گردد، ژنریساید نام دارد. از منظری دیگر، درخصوص فرایند ژنریساید

۱. «ژنریساید (Genericide)» با الهام از اصطلاح «ژنوساید (Genocide)» یا نسل‌کشی با ترکیب پسوند لاتین «ساید (-cide)» به معنای کشتن و واژه «ژنریک (Generic)» ساخته شده و اولین بار در پرونده‌ای در آمریکا در سال ۱۹۸۷ استفاده شده است (Butters & Westerhaus, 2004: 121). البته از نظر برخی، اصطلاح «علامت‌کشی (Trademarkicide)» یا «Genericismization» صحیح و دقیق‌تر می‌باشد (Garner, 2011: 389).

2. Genericization

۳. تمرکز این مقاله بر روی علائم کلمه‌ای و حرفی می‌باشد و نه علائم تصاویری و «علائم غیرسنتی (Non-traditional trademarks)». البته لازم به ذکر است که علائم تصویری و لوگوها مانند شکل دندان برای خدمت دندان‌پزشکی می‌توانند ژنریک باشند (Ramsey, 2003: 1122)، اما ژنریساید عموماً در ارتباط با علائم متشکل از کلمات رخ می‌دهد (Dogan & Lemley, 2007: 1247). علائم غیرسنتی که عبارت‌اند از بو، صدا، مزه، آوا، طعم و سه‌بعدی (صادقی، ۱۳۸۹: ۵۶۹-۵۷۱) عموماً تحت «دکترین کارکردی بودن (Functionality doctrine)» قابل بررسی هستند (Rierson, 2017: 693) و در صورتی که علامت کارکرد کالا شناخته شود، غیرقابل ثبت خواهد بود؛ با این حال برخی بر این نظر هستند که علائم غیرسنتی نیز می‌توانند ژنریک و عام باشند و در مثال به رایحه لیمو در محصول مایع ظرف‌شویی اشاره می‌کنند (فصیحی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۵: ۶۳۴).

4. Genus of products and Services

5. linguistic and social process

می‌توان بیان داشت: «چنانچه بر اثر رفتار صاحب علامت یا شخص مأذون از سوی وی علامت تجاری ثبت شده قدرت تمیزدهندگی خود را از دست بدهد و علامت به تنهایی تمام کالاها یا خدمات مربوط به یک طبقه را مطرح و در واقع از نظر و گویش مردم با کالا و خدمات یکی تصور شود، در این صورت علامت ژنریک تلقی شده و نمی‌تواند به عنوان یک علامت تجاری که هدف آن باید تمیزدهندگی کالاها یا خدمات باشد ادامه حیات دهد» (میرحسینی، ۱۳۹۰: ۴۲۱). برای مثال، در ایران «زیراکس»^۱ به عنوان یک علامت تجاری، با فعل «کردن» با «فتوکی کردن» برابر است (شمس، ۱۳۹۲: ۷۸) و به طور مشابه، «ساندیس»^۲ علامت تجاری نوعی آبیومیه بوده اما به دلیل شهرت و کثرت استعمال عموم مردم به اسم عام برای آبیومیه‌های فرآوری شده در پوشش نقره‌ای رنگ آلومینیومی تبدیل شده است (حکمت‌نیا و دیگران، ۱۳۸۹: ۶۰). همچنین مصرف‌کنندگان برای خرید «وان حمام با جت‌های آب ماساژدهنده یا آبن» از «جکوزی»^۳ (فرهنگستان زبان و ادب فارسی [واژه‌های مصوب]، بی‌تا)، اسنک ذرت/پنیری از «پفک»^۴، دراژه شکلاتی از «اسمارتیز»^۵، کیف اداری از «سامسونت»، سفیدکننده از «وایتکس»^۶، دستمال کاغذی از «کلینکس»^۷، قهوه فوری از «نسکافه»^۸

1. Xerox

۲. مطابق اظهارنامه با شماره ۲۸۵۱۶۸ مورخ ۱۳۷۵/۰۷/۱۰ و شماره ثبت ۷۹۰۹۷، کلمه ساندیس به فارسی با قلم ساده به عنوان علامت تجاری به نام شرکت پاکدیس (سهامی خاص) ثبت شده است.

3. Jacuzzi

۴. علامت تجاری «پفک» طی اظهارنامه با شماره ۲۹۰۷۵۳ مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۱ و شماره ثبت ۱۴۳۸۷۹ (کلمه پفک به فارسی به رنگ‌های زرد و قرمز) و همچنین اظهارنامه ۲۹۱۰۱۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۲۱ و شماره ثبت ۱۴۴۱۳۹ (کلمه پفک POFAK به فارسی و لاتین با قلم ساده) به نام شرکت صنعتی پارس مینو (سهامی عام) ثبت شده است (مرکز مالکیت معنوی [پرونده‌های علائم تجاری]، بی‌تا).

۵. علامت تجاری «SMARTIES» (به صورت ساده) به نام شرکت «نستله» (Nestle) طی اظهارنامه ۳۹۵۶۳۳ مورخ ۱۳۳۹/۱۰/۰۵ و شماره ثبت ۲۱۳۷۳ به ثبت رسیده است (مرکز مالکیت معنوی [پرونده‌های علائم تجاری]، بی‌تا).

۶. علامت تجاری «وایتکس» از جمله به فارسی به نام شرکت «شرکت شیمیایی شمین» طی اظهارنامه ۰۸۳۱۹۶ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۲۲ و شماره ثبت ۳۳۴۳۷۸ به ثبت رسیده است (مرکز مالکیت معنوی [پرونده‌های علائم تجاری]، بی‌تا).

۷. علامت تجاری «Kleenex»/«کلینکس» به فارسی و لاتین در تاریخ ۱۳۴۷/۱۱/۰۷ طی اظهارنامه شماره ۳۵۸۷۶۴ و شماره ثبت ۳۲۸۲۰ به ثبت رسیده است (مرکز مالکیت معنوی [پرونده‌های علائم تجاری]، بی‌تا).

۸. علامت تجاری «نسکافه» به فارسی و لاتین به ترتیب طی اظهارنامه‌های شماره ۲۱۸۱۶۳ مورخ ۱۳۸۳/۸/۷ به شماره ثبت ۱۱۸۲۳۸ و شماره ۴۱۷۵۷۰ مورخ ۱۳۳۸/۷/۱۰ به شماره ثبت ۱۹۷۹۸ به نام شرکت «سوسیت دیس پروداکس نیستله اس.آ.» به ثبت رسیده است (مرکز مالکیت معنوی [پرونده‌های علائم تجاری]، بی‌تا).

(حسینی، ۱۳۹۸: ۱)، نوار آب‌بندی یا ظروف نجسب از «تفلون»^۱، کیک چندلایه از «تی‌تاپ»^۲ به‌عنوان نام یا طبقه معنایی کالا استفاده می‌کنند. در حوزه الکترونیک نیز از علامت تجاری «پاورپوینت»^۳، که متعلق به شرکت مایکروسافت^۴ است، در زبان فارسی برای اشاره به «پرده‌نگار یا هر برنامه رایانه‌ای که بتوان با آن متن و تصویر و فیلم و مانند آن را بر روی پرده نمایش داد» استفاده می‌شود و می‌توان گفت اصطلاحی عام و ژنریک تلقی می‌شود (فرهنگستان زبان و ادب فارسی [واژه‌های مصوب]، بی‌تا). پرسش‌ها و مسائل بسیاری پیرامون این موضوع مطرح می‌شود؛ از جمله اینکه چرا مصرف‌کننده باید به جای استفاده از نام واقعی کالا از علامت تجاری، برای نمونه به جای «استیل سالیسیلیک اسید»^۵ از «آسپرین»^۶ یا «محافظ کاغذی شفاف» از «سلفون»^۷ استفاده کند. در واقع، چه عللی موجب ژنریساید می‌شوند و شیوه احراز ژنریک‌بودن یا نبودن در زمان ثبت یا ابطال و لغو علامت تجاری چگونه است؟ عام‌شدن علامت از دید و ادراک کدام گروه از اشخاص باید مورد بررسی قرار گیرد: مصرف‌کننده نهایی، واسطه‌ها یا رقبا؟ عام‌شدن کالا یا خدمات درخصوص بنگاه‌های خدماتی مانند رستوران چگونه رخ می‌دهد؟ آیا نام غذا (مثلاً کوکو، پلو یا قرمه‌سبزی) می‌تواند به‌عنوان علامت تجاری در طبقه خدمات برای همه رستوران‌ها به ثبت برسد؟ به‌علاوه، با عنایت به اینکه امکان ژنریک‌شدن در هر زمان، خواه قبل از ثبت و خواه بعد از آن، وجود دارد، چنین پدیده‌ای چه اثر حقوقی بر قابلیت ثبت یا اعتبار علامت ثبت‌شده دارد؟ متعاقباً، چه راهکارهایی توسط قانون‌گذار جهت مقابله با انحصار بلاجهت از علامت عام پیش‌بینی شده است؟ در سال‌های اخیر، دادگاه‌های کشورهای مختلف از جمله ایران با پدیده عام‌شدن علامت تجاری بیش از گذشته روبه‌رو شده‌اند و سعی کرده‌اند به‌طریقی به پرسش‌های اخیر پاسخ دهند: «دیوان

۱. علامت تجاری «Teflon» به لاتین طی اظهارنامه شماره ۲۷۵۱۰۲ مورخ ۱۳۴۴/۷/۱۰ به شماره ثبت ۲۹۶۲۹ به

نام شرکت «ئی.آی.دو پوینت د نمورس اند کمپانی» ثبت شده است.

۲. علامت تجاری «تی‌تاپ» طی اظهارنامه شماره ۲۰۴۰۸۷ مورخ ۱۳۷۱/۰۱/۰۳ به شماره ۷۰۳۵۰ به نام شرکت سالمین (سهامی عام) ثبت شده است.

3. PowerPoint

4. Microsoft Corporation

5. acetylsalicylic acid (ASA)

۶. علامت تجاری «Aspirin» در ایران طی اظهارنامه شماره ۳۹۹۰۷۴ مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۷ به شماره ثبت ۸۹۷۴۹

به نام شرکت «بایر» به ثبت رسیده است، حال آنکه در آمریکا در سال ۱۹۲۱ به جهت ژنریک‌شدن ابطال گردیده است

(Bayer Co. v. United Drug Co., 1921).

7. Cellophane

دادگستری اتحادیه اروپا^۱ در سال ۲۰۱۴ علامت «کورنزیپتز»^۲ متعلق به شرکت «باکلدرین»^۳ را با این استدلال که مصرف‌کننده نهایی^۴ این علامت را به‌عنوان اسم جنس نان می‌شناسد، فاقد تمایز بخشی و ژنریک تشخیص می‌دهد (Giannino, 2014: 789)؛ دادگاه‌های کشور آمریکا نیز در خصوص علامت تجاری شرکت گوگل به‌دلیل استفاده مردم از «گوگل»^۵ به‌عنوان «فعل» جهت جست‌وجو در اینترنت در سال ۲۰۱۷ (Jewell, 2017: 73) و علامت «زیرو»^۶ متعلق به شرکت کوکاکولا برای نوشابه‌های بدون شکر یا بدون کالری در سال ۲۰۱۸ (Wilcox & Frandsen, 2019: 1493) اظهار نظر کرده‌اند. همچنین، در سال ۲۰۱۶ دادگاه تجدیدنظر آمریکا عدم پذیرش ثبت علامت تجاری «چوراسکوز»^۷، که نوعی غذای محلی کشور برزیل است، توسط اداره ثبت اختراع و علامت تجاری آمریکا^۸ را با این استدلال که اولاً عموم مصرف‌کنندگان و رقبا «چوراسکو» را کلمه‌ای عام برای تعیین نوع رستوران به‌خصوص رستوران‌های ارائه‌دهنده این غذا می‌دانند (Polott & Fertig, 2017: 1424)، ثانیاً کلمه عامی که به نوعی از کالا اشاره دارد، برای هر خدمتی که بر روی آن کالاها تمرکز دارد، عام محسوب می‌شود و ثالثاً درک عموم از «چوراسکو» را که برای ارجاع به زیرگروه یا نوع خاصی از خدمات رستوران، برای ژنریک‌شناختن علامت و عدم ثبت آن برای طبقه خدمات رستوران، کافی است (In re Cordua Restaurants, Inc, 2016)، تأیید نمود. به‌طور مشابه در حقوق ایران، به‌رغم اینکه در قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۷ در رابطه با ژنریک‌شدن علامت (میرحسینی، ۱۳۹۰: ۴۲۴) و آثار آن بر اعتبار ثبت علامت تجاری به‌صراحت مطلبی نیامده است، شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۹ در سال ۱۳۹۶ علامت تجاری «اکبرجوجه» برای خدمات رستوران، که در سال ۱۳۹۱ در اداره مالکیت صنعتی به ثبت رسیده بود، را با این استدلال که «... کلمه «اکبرجوجه» که به‌عنوان علامت تجاری ثبت گردیده، در عرف مردم نام یک نوع غذا می‌باشد که به‌صورت خاص و با سس رب انار، بیشتر در مناطق شمالی کشور طبخ و عرضه می‌گردد. این نام به‌عنوان یک نوع

1. The Court of Justice of the European Union (CJEU)

2. Kornspitz

3. Backaldrin

4. End-User

5. Google

6. Zero

7. CHURRASCOS

8. United States Patent and Trademark Office (USPTO)

۹. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۳۳۲ شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۲۲.

غذا از سالیان متمادی و قبل از ثبت آن به نام تجدیدنظرخوانده شهرت یافته و در منوی بسیاری از رستوران‌ها در سراسر کشور در کنار سایر غذاها دیده شده و همه‌ساله توسط اتحادیه قیمت‌گذاری دارای قیمت مصوب می‌باشد و مردم عادی آن را صرفاً به عنوان یک نوع غذا مورد شناسائی و مورد سفارش قرار می‌دهند. به همین جهت نمی‌تواند به عنوان علامت ثبت شود و فاقد قدرت تمیزدهندگی بوده و نمی‌تواند کالا و خدمات یک مؤسسه را از مؤسسه دیگر متمایز سازد، بلکه فقط می‌تواند تمیزدهنده بین غذاهای محلی موجود باشد، آن هم صرفاً به این دلیل است که نام یک نوع غذا می‌باشد...» باطل اعلام می‌کند. البته پس از گذشت دو سال با اعاده دادرسی از طریق رئیس قوه قضائیه وفق ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴ علامت تجاری «اکبرجوجه» اعتبار از دست رفته خود را با رأی صادره از شعبه یکم دیوان عالی کشور به دست می‌آورد^۱ و پس از دو سال حیات خود را از سر می‌گیرد.

در این مقاله، تلاش بر این است تا در پرتوی آرای دادگاه‌های ایران، آمریکا و اروپا چگونگی تبدیل علامت تجاری به علامت ژنریک و علل زوال تمایزبخشی از منظر حقوقی و زبان‌شناختی بررسی و سپس چهارچوب قانونی حمایت یا عدم حمایت از علائم تجاری با مطالعه تطبیقی تبیین

۱. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۲۰۳۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۸ صادره از شعبه یک دیوان عالی کشور مقرر می‌دارد: «استدلال شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر در صدور حکم بر ابطال ثبت علامت تجاری مورد خواسته این است که کلمه «اکبرجوجه» در عرف مردم نام یک نوع غذا می‌باشد که به صورت خاص طبخ و عرضه و در منوی غذاهای بسیاری از رستوران‌ها دیده می‌شود و همه‌ساله توسط اتحادیه قیمت‌گذاری می‌گردد، لذا نمی‌تواند به عنوان علامت تجاری ثبت شود و فاقد قدرت تمیزدهندگی بوده و کالا و خدمات یک مؤسسه را از کالاهای مؤسسه دیگر متمایز نمی‌سازد و این محصول یک غذای خاص و اسم جنس تلقی می‌شود. این استدلال قابل‌پذیرش نیست، زیرا هرچند در حال حاضر نام اکبرجوجه برای نوع خاصی از غذا عام شده اما در ابتدا که این نوع پخت منتسب به اکبر شده یا مبتکر آن غذای مخصوص نام پدر خود را بر آن گذاشته، غذای شناخته‌شده و معروف نبوده است و منع قانونی بر ثبت این نام به عنوان علامت تجاری وجود ندارد و اینکه سایر رستوران‌ها با اقتباس از شیوه پخت اقدام به طبخ غذا با نام اکبرجوجه می‌نمایند، حق مکنتیه‌ای برای آنان ایجاد نمی‌کند. البته ثبت علامت تجاری موصوف اگرچه انحصاری است ولی مانع طبخ و سرو آن در رستوران‌های مختلف نخواهد بود و نام آن در منوی غذا منعی نخواهد داشت، لکن استفاده از علامت مخصوص به صورت تابلو یا تبلیغ در انحصار صاحب علامت می‌باشد. بنابراین با اعلام اینکه نظر رئیس کل دادگستری استان تهران و گروه مشاوران حوزه معاونت قضایی صائب است، مستنداً به ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی کیفری ضمن نقض دادنامه شماره ۱۰۰۳۳۲-۹۶/۳/۲۲ صادره از شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران، رأی شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی تهران به شماره ۷۴۲-۹۵/۸/۳ نتیجتاً استوار می‌گردد».

شود و پیشنهاداتی جهت رسیدگی‌های قضایی و اصلاح قانون ارائه گردد. در نهایت شیوه احراز عام‌بودن یا عام‌شدن علامت بررسی خواهد شد.

۱. فرایند ژنریک یا عام‌شدن علامت

۱-۱. تولد علامت: عدم حمایت از علائم عام

برخلاف علائم «انتزاعی^۱ یا ابتکاری»، «اختیاری»^۲، «دلالت‌کننده»^۳ یا اشاره‌ای» و «توصیفی»^۴، «علائم عام یا ژنریک»^۵ به این دلیل که علائمی هستند که نوع کالا یا خدمات را مشخص می‌کنند و نه منشأ کالا یا خدمات (Goliath, 2015: 39) یا، به عبارت بهتر، نام عمومی^۶ برای یک نوع کالا یا خدمت هستند که توسط بنگاه‌های مختلف تولید یا ارائه می‌شود (Levy, 2005: 1200)، فاقد تمایزبخشی بوده و از منظر حقوق علائم تجاری متولد نمی‌شوند.^۷ در واقع، از آنجا که «تمایزبخشی»^۸ محور اصلی حقوق علائم تجاری بوده (بند «الف» مواد ۳۰ و ۳۲ قانون ۱۳۸۶) و تمامی مسائل حول محور آن می‌چرخد (Morris, 2011: 342; Bebee, 2004: 625)، علائم فاقد تمایزبخشی از ابتدا متولد و ایجاد نمی‌شوند (Palladino, 2002: 858).^۹ «تمایزبخشی» به مصرف‌کننده کمک می‌کند تا صرف‌نظر از اینکه اطلاعی از بنگاه تولیدکننده کالا یا ارائه‌دهنده

1. Invented/ Fanciful/ Coined Mark

2. Arbitrary Mark

3. Suggestive Marks

4. Descriptive Marks

5. Generic Marks/Terms

6. Common name

۷. برای مطالعه تعریف هریک از علائم مذکور، (نک: میرحسینی، ۱۳۹۰: ۱۰۵ و بادینی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۰۹-۱۰۷).

این تقسیم‌بندی کاملاً منطبق با تغییر نحوه معنایی کلمه از دید عموم مردم است (Linford, 2015 [a]: 1373).

شایان ذکر است که تقسیم‌بندی برگرفته از رویه قضایی آمریکا در سال ۱۹۷۶ بوده (Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc, 1976).

و منطبق با زبان‌شناسی و «نشانه‌شناسی» (Semiotics) علائم تجاری می‌باشد.

در اتحادیه اروپا، تقسیم‌بندی عبارت است از «فاقد تمایزبخشی» (Non-Distinctive Trade Marks)، توصیفی، دلالت‌کننده و «نشانه‌ها و عبارات عرفی» (Customary Signs and Terms) (EUIPO, 2020: 293-380).

۸. برای اشاره به مفهوم «Distinctiveness» در ادبیات داخلی از تعابیر متفاوتی استفاده شده است: «تمیزدهندگی»

(میرحسینی، ۱۳۹۰: ۴۲۱)، «دارابودن وجه مشخصه/وجه تمایز» (وصالی‌محمود، ۱۳۸۴: ۱۲۵)، «خصوصیت

تمایزبخشنده» (شمس، ۱۳۹۲: ۷۵)، «تمایزکنندگی» (السان و باقرزاده، ۱۳۹۳: ۳۳۶)، «خاصیت تمایزدهی»

(شیخی، ۱۳۹۵: ۷۹)، «تمایزبخشی» (فصیحی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۵: ۶۲۸؛ ساورانی و کوشکی، ۱۳۹۵: ۲۴).

۹. برخی از نویسندگان در این خصوص بیان داشتند: «نشانی که متمایزکننده نباشد صرفاً موجب بطلان علامت

نمی‌گردد، بلکه اساساً از چنین نشانی علامت ایجاد نخواهد شد» (السان و باقرزاده، ۱۳۹۳: ۳۳۶).

خدمات داشته باشد، بتواند منشأ کالا و خدمات را تشخیص دهد (Stern, 1983: 673). در واقع، طبق «دکترین منشأ ناشناس»^۱ علامت تجاری لزوماً به مصرف‌کننده نمی‌گوید که منشأ کالا کدام بنگاه است، بلکه حاکی از این است که همواره یک منشأ، کالا یا خدمت مدنظر را ارائه می‌کند (Roberts, 2019: 1995). به عبارت دیگر، مصرف‌کننده با دیدن علامت فرض می‌کند که کالا یا خدمت که امروز می‌خرد همان است که دیروز خریده و منشأ و کیفیت آن تغییر نکرده است (Coverdale, 1984: 876). با توجه به مفهوم تمایزبخشی، کاملاً هویداست عبارتی که به جنس (نوع) و خود کالا یا خدمت اشاره دارد و آن عبارت از نظر واژه‌شناسی و همچنین ادراک و فهم مصرف‌کننده صرفاً یک معنا داشته و آن جنس کالا است، تمایزبخش و قابل حمایت نیست. برای درک بهتر بحث، آیا کلمه «قیمه» روی کنسرو غذای آماده، منشأ کالا را مشخص می‌کند؟ پاسخ منفی است؛ زیرا کلمه «قیمه» هیچ معنا و مفهومی در ذهن مصرف‌کننده درخصوص منشأ کنسرو غذای آماده ایجاد نمی‌کند و «معنای اصلی»^۲ آن در ذهن مصرف‌کننده صرفاً نام یک نوع غذا می‌باشد و هر کنسروی که حاوی «خورشت قیمه» باشد «کنسرو قیمه» نام دارد.

مبنای عدم حمایت از علامت عام ساده است: اگر تجار بتوانند انحصار علائم عام را به دست آورند، رقبا در معرفی کالاها و خدمات خود با مشکل مواجه می‌شوند (Butters, 2010: 359). علاوه بر اینکه چنین حالتی به علت محروم کردن رقبا از استفاده از همان عبارت برای اطلاع‌رسانی راجع به ماهیت محصولاتشان به دارنده علامت عام «مزیت غیرمنصفانه»^۳ اعطا می‌کند (Ramsey, 2003: 1099) و نیز موجبات گمراهی مصرف‌کننده را فراهم می‌نماید (Butters, 2010: 359). به دیگر سخن، علامت عام که بر اسم جنس یا طبقه کالا یا خدمات اطلاق دارد، به دلیل قراردادن در «قلمرو عمومی»^۴، استحقاق حمایت نظام علائم تجاری را ندارد (Ingram, 2004: 156) و حذف علائم عام و حتی توصیفی از قلمروی عمومی و اعطای انحصار به آن‌ها به رقابت آسیب می‌رساند، زیرا استفاده از چنین کلماتی برای تمامی رقبا در جریان تجارت ضروری است (Beebe & Fromer, 2018: 979). بر همین اساس، وفق بند ۲ قسمت ب ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس از جمله جهاتی که «کشور حامی»^۵ می‌تواند برای عدم ثبت یا ابطال علامت‌های موضوع این ماده بدان استناد نماید، ژنریک بودن علامت است. مقرر اخیر علامت را در دو وضعیت ژنریک می‌داند: علامت یا در «زبان

1. Anonymous Source Doctrine

2. Primary Significance

3. Unfair Advantage

4. Public Domain

5. Protecting Country

متداول» یا «در رویه‌های تجاری مستقر (تثبیت شده) و مبتنی بر حسن نیت» کشور حامی به اسمی عام (رایج) تبدیل شده باشد (Ricketson, 2015: 544-545). قسمت اخیر بر توجه کنوانسیون به ابعاد تجاری و رقابتی علامت عام دلالت دارد.

برای مثال، فرض کنید شرکت اپل^۱ می‌توانست علامت عام «رایانه یا کامپیوتر» یا «لپ‌تاپ» را ثبت و انحصار آن را به دست آورد. در این حالت سایر شرکت‌های سازنده رایانه و لپ‌تاپ از جمله ای‌چی^۲، سونی^۳، دل^۴ و لنوو^۵ می‌بایست برای توصیف و معرفی کالاهای خود از عبارات دیگر مثل «پلتفرم محاسباتی» یا «ماشین هوش مصنوعی» استفاده کنند (Linford, 2015 [b]: 148; Contreras, 2019: 20). در این حالت ممکن است مصرف‌کننده از خود بپرسد: «آیا لپ‌تاپ یا کامپیوتر همان پلتفرم محاسباتی و دارای همان کارکرد است؟». در نتیجه، این موضوع گمراهی مصرف‌کنندگان و افزایش هزینه جست‌وجو برای آنان را به دنبال خواهد داشت (صادقی و شمشیری، ۱۳۹۳: ۹۱) و حتی هزینه کلی ساخت و عرضه محصول نهایی نیز افزایش می‌یابد (Landes & Posner, 2003: 191). به علاوه، مالک با انحصار چنین علامتی عواید ناروایی به دست می‌آورد که به ضرر بقیه رقابت (Contreras, 2019: 20). بنابراین، می‌توان اذعان داشت که حمایت از علامت عام از منظر اقتصادی برای مصرف‌کنندگان و رقبا مطلوب نیست.

در شناسایی عام‌بودن علامت باید به دو نکته توجه کرد: اولاً، عبارت عام می‌تواند به لحاظ معنایی برای چند طبقه معنایی و عرفی کالا و خدمت علامت عام محسوب شود (مثلاً «شیر» برای «شیر گاو» و «شیر» برای «شیر آب (طبقه شیرآلات)») و برای طبقه دیگر کالا یا خدمت به دلیل عدم وجود ارتباط معنایی، «اختیاری» یا «توصیفی» باشد (Levy, 2005: 1200-1201). برای مثال، کلمه «سیب» برای «میوه سیب» و «آبمیوه سیب» عام محسوب می‌شود اما برای «رایانه و لوازم الکترونیک» یا «فست‌فود» علامت اختیاری بوده و تمایزبخش محسوب می‌شود؛ ثانیاً، عام‌بودن کلمه را نباید با عام‌بودن علامت یکی دانست؛ تمامی کلماتی که در زبان مردم یا عرف تجارتی عام هستند، لزوماً علامت عام محسوب نمی‌شوند؛ علامت جهت اشاره به یک کالا یا خدمت خاص زمانی عام است که به نام یا طبقه کالا یا خدمت اشاره داشته باشد. برای مثال کلمه «یامی» به معنای خوشمزه از نظر زبانی کلمه‌ای عام است اما به دلیل اینکه به

1. Apple Inc.

2. HP Inc.

3. Sony Co.

4. Dell Inc.

5. Lenovo Group Ltd.

نام یا طبقه کالا اشاره ندارد، نمی‌توان آن را جهت ثبت برای کیک و بیسکویت، علامت عام و غیرقابل حمایت محسوب کرد. البته این علامت اگر در ذهن مصرف‌کننده فاقد «معنای ثانویه»^۱ باشد، یعنی مصرف‌کننده آن را به عنوان علامت تمایز بخش نشناسد، به دلیل اینکه علامت توصیفی صرف است، ثبت نباید شود.

۲-۱. مرگ علامت: دکترین ژنریساید

برخلاف انحصار ناشی از اختراعات، طرح‌های صنعتی و حقوق مؤلف، که تاریخ انقضا دارد، علائم تجاری مادام که توسط دارنده تمدید شوند، بدون مدت و به طور ابدی انحصار دارند (Deborah, 2013: a). با این حال، از آنجا که حقوق علائم تجاری بر اساس «ادراک عموم»^۲ تعریف می‌شود (Brody, 2015: 475)، یعنی لازم است که مصرف‌کننده بتواند کالاهای یک بنگاه را از بنگاه دیگر تشخیص دهد و اعتبار علامت به تفسیر مصرف‌کننده از عناصر آن به‌ویژه کلمات علامت وابسته است (Heymann, 2010: 1329)، ممکن است علامت، پس از تولد، به جهت تغییر معنایی در ذهن مصرف‌کننده به دلایل مختلف از جمله کثرت استعمال و شهرت به کلمه عام برای اشاره به طبقه کالا یا خدمات تبدیل شود^۳ و در این وضعیت مرگ علامت تجاری موسوم به ژنریساید رخ می‌دهد. با ژنریساید، علامت به قلمرو عمومی می‌پیوندد و قدرت تمایز بخشی خود را از دست داده و پدیده مذکور به رقبا اجازه می‌دهد از علامت استفاده و به طور قانونی سواری مجانی کنند (Beebe & Hemphil, 2017: 1385). بدین ترتیب، علائم لزوماً از ابتدا در زبان عموم مردم یا عرف تجاری عام نیستند و ممکن است در زمره علائم اختیاری، انتزاعی یا دلالت‌کننده باشند، اما پس از مدتی به علل مختلف تمایز بخشی آن‌ها زائل و به علامت عام تبدیل شوند.^۴ حال این پرسش مطرح

1. Secondary Meaning

2. Public Perception

۳. یکی از حقوق دانان در این خصوص بیان داشته است: «خود علامت آن قدر در روح و ذهن مصرف‌کننده با یکدیگر عجین شده است که علامت به تنهایی تمام کالاها و خدمات مربوط به یک طبقه را مطرح می‌سازد. به بیانی روشن‌تر در چنین شرایطی علامت مربوط در گویش مردم یا کالا یکی تصور می‌شود» (شمس، ۱۳۹۲: ۱۵۱-۱۵۲).

۴. علائم عام با توجه به نظام حمایت از علائم تجاری (اولین استفاده و اولین ثبت‌کننده) به سه نوع قابل تقسیم هستند (See: Ramsey, 2003: 1122-1123): نوع نخست، علائمی هستند که از واژه، رنگ، تصویر یا هر چیزی دیگری که در حوزه عمومی وجود دارد و بر طبقه یا جنس کالاها یا خدمات دلالت دارند؛ نوع دوم، علائمی هستند که توسط بنگاه در قالب یکی از انواع علامت، به‌ویژه از نوع انتزاعی و دلالت‌کننده، انتخاب و در حال استفاده در تجارت هستند اما توسط دارنده آن به ثبت نرسیده‌اند. در این حالت این امکان وجود دارد که به دلایلی پدیده ژنریساید رخ دهد و

می‌شود که چرا علامت عام می‌شود؟ در حقوق و اقتصاد، علامت تجاری همیشه قابل‌پیش‌بینی نیست^۱ (Beebe, 2004: 624)، بنابراین مرگ علامت تجاری باید از منظر زبان‌شناسی و معناشناسی بررسی شود. فرایند ژنریک شدن مورد به مورد متفاوت بوده و نمی‌توان گفت فرایندی یکسان برای همه علائم رخ می‌دهد، اما با توجه به فرایندهای زبان‌شناختی می‌توان چند فرایند برجسته را نام برد. فرایند نخست به دلیل فقدان اسم عام برای کالا و تازگی^۲ علامت رخ می‌دهد. در این فرایند، علامت برای یک کالای نوین، که سابقاً وجود نداشته، انتخاب می‌شود (Clankie, 2013: 29)؛ در این حالت چون در ذهن مصرف‌کننده برای طبقه کالای جدید هیچ کلمه‌ای وجود ندارد، وی علامت تجاری را برای اشاره به طبقه کالا استفاده و درک می‌کند (Clankie, 2000: 5). در واقع، علامت «خلاء معنایی»^۳ را پر می‌کند (Formisano & Grimaldi, 2017: 69). علامت «تفلون» برای شرکت دوپون^۴، که به «پلی تترافلوئورو اتیلن»^۵ به کاررفته در ظروف آشپزخانه نجسب و نوار آب‌بندی لوله و اتصالات اشاره دارد، در ذیل این فرایند قرار گرفته و می‌توان گفت در ایران ژنریک شده است. شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران در پرونده‌ای استدلال می‌کند که کلمه «تفلون» در عرف یک واژه عام بوده و استفاده از آن را در شرح کالا و طبقه گواهی‌نامه ثبت علامت تجاری تجویز می‌کند.^۶ در واقع، دادگاه مذکور «تفلون» را ژنریک محسوب می‌کند. به طور مشابه، آب ژاول برای اولین بار در سال ۱۳۴۲ توسط شرکت شیمیایی شمین با علامت «وایتکس» به ایران وارد شد و چون برای مصرف‌کننده تازگی داشت، از آن به عنوان کلمه عام برای اشاره به طبقه «مایع سفیدکننده» استفاده می‌کند. فرایند مذکور در علائم مرتبط با اختراع بیشتر رخ می‌دهد که به آن «مرگ به وسیله اختراع»^۷ می‌گویند (Desai & Rierison, 2007: 1820). در این حالت دارنده علامت که برای کالای خود حق اختراع دارد قربانی موفقیت خود می‌شود. در این حالت دارنده اختراع و علامت از انحصار تولید کالا در بازه اعتبار اختراع بهره می‌برد و علامت در این زمان دو کارکرد دارد: معرفی تنها منشأ کالا که همان دارنده اختراع است و معرفی خود

علامت عام شود؛ در نوع سوم، برخلاف نوع قبلی علامت توسط بنگاه به ثبت می‌رسد اما طی فرایندهای مختلف به علامت عام تبدیل می‌شود.

۱. ژنریساید نیز قابل‌پیش‌بینی نیست، زیرا بنگاه‌های تجاری نمی‌توانند با ابزارهای حقوقی و اقتصادی زبان عموم مردم و زبان عرفی را کنترل کنند.

2. Novelty

3. Semantic Gap

4. DuPont (E. I. du Pont de Nemours and Company)

5. Polytetrafluoroethylene (PTFE)

۶. دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۵۵۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۵/۲۱ صادره از شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران

7. Death by Patent

کالا و نوآوری مربوط به آن (Desai & Rierson, 2007: 1820). پس از پایان دوره انحصاری اختراع، مصرف‌کنندگان همچنان برای اشاره به کالا از علامت تجاری مذکور استفاده خواهند کرد؛ در نتیجه علامت تمایزبخشی خود را از دست می‌دهد. مثال بارز مرگ علامت با اختراع «آسپرین» است که اختراع آن به شرکت بایر^۱ برای مدتی انحصار داده و در این مدت برای قرص مذکور نام دیگری جهت استفاده وجود نداشته و عبارت آسپرین به نام دارو تبدیل شده است.

فرایند دوم، سادگی و کوتاه‌بودن علامت نسبت به نام کالا است. در این فرایند، علامت به دلیل آنکه در زبان روان‌تر بوده و نسبت به نام طبقه کالا ساده‌تر و کوتاه‌تر است، به علامت عام تبدیل می‌شود (Clankie, 2000:4). به عبارت دیگر، در صورتی که بنگاه تولیدکننده در بازار پیشرو باشد و علامت آن نسبت به نام طبقه معنایی کوتاه‌تر باشد، احتمال آنکه علامت به علامت عام تبدیل شود بسیار زیاد خواهد بود (Formisano & Grimaldi, 2017: 70). برای مثال، علامت تجاری «نسکافه»^۲ یک علامت تجاری دلالت‌کننده است که از ترکیب «نس (Nes)» از نام تجاری «نستله» (Nestle) و کافه ساخته شده است (Cova, 2014: 363) که به نام طبقه و کالای «قهوه فوری»^۳ تبدیل شده است. به نظر می‌رسد چون کلمه «نسکافه» نسبت به «قهوه فوری» ساده‌تر، روان‌تر و کوتاه‌تر است، مصرف‌کننده استفاده از آن را ترجیح می‌دهد (حسینی، ۱۳۹۸: ۱). به طور مشابه، «پفک» در برابر «اسنک پنیری» به این دلیل که تولیدکننده آن در بازار سال‌ها تسلط بازاری داشته و علامت آن نسبت به نام کالا کوتاه‌تر بوده، در زبان عام مردم به نام طبقه معنایی کالا تبدیل گردیده است.

«سلطه بازاری»^۴ و شهرت نوع دیگری از فرایند ژنریک شدن است. اگرچه آرزوی هر دارنده علامت تجاری معروف و محبوب شدن علامت بین مردم و فعالان بازار است، اما پیش‌گام‌بودن در یک طبقه کالایی می‌تواند موجبات عام‌شدن علامت را فراهم سازد (Dick, 2004: 509). در واقع، علامت چنان در جامعه قدرتمند می‌شود که تبدیل به کلمه عام می‌گردد (Hayden, 2013: 629). در نتیجه این فرایند، مصرف‌کنندگان و فعالان بازار از علامت مشهور و مسلط بر بازار، بدون توجه به منشأ آن، برای اشاره به جنس کالا یا خدمت یا ویژگی اساسی آن‌ها استفاده می‌کنند. به نظر می‌رسد علامت تجاری ساندیس برای آبمیوه‌های فراوری شده در پوشش نقره‌ای رنگ آلومینیومی مشمول چنین فرایندی می‌شود.

1. Bayer AG

2. Nescafe

3. Instant Coffee

4. Market dominance

فرایند آخر، ایجاد «رابطه تک معنایی»^۱ در ذهن مصرف کننده است. در این حالت بین علامت و یک محصول رابطه روان شناختی وجود دارد (Clankie, 2013: 31) و وقتی به علامت اشاره می شود در ذهن مصرف کننده کالاها و خدمات بنگاه شکل می گیرد. مثلاً وقتی به علامت مشهور و توصیفی «اکتیو»^۲ اشاره می شود، در ذهن مصرف کننده کالاهایی چون پودر لباسشویی، شامپو، جرم گیر، مایع دستشویی یا سفیدکننده شکل می گیرد. حال اگر علامت صرفاً دارای یک رابطه معنایی باشد و در ذهن مصرف کننده تنها یک نوع کالا یا خدمت شکل بگیرد، به احتمال بسیار زیاد علامت ژنریک می شود. به دیگر سخن، علامتی که طبقات کالایی متعدد و متفاوت را نمایش و تمیز می دهد، کمتر در معرض خطر عام شدن قرار می گیرد (Clankie, 2000: 5). به عنوان مثال، با اشاره به علامت «جت اسکی»^۳ در ذهن مصرف کنندگان تنها نوعی شناور موتوری فایبرگلاس تداعی می شود و از این رو این علامت عام شده است.

گاه فرایندهای صدرالذکر با هم ترکیب می شوند و موجبات ژنریک شدن علامت را فراهم می کنند. برای نمونه «ایزوگام»^۴ (این علامت که از ترکیب «ایزو» در نام شرکت «ایزوران» و «گام» تشکیل شده است) در مقایسه با «عایق بیتومینه»^۵ یا عایق رطوبتی پشت بام ساده تر بوده و راحت تر در ذهن مصرف کننده باقی می ماند. همچنین چنین علامتی در زمان ورود کالا در سال ۱۳۵۴ به بازار ایران، به دلیل تازگی کالا، خلأ زبانی را پر کرده است. ناگفته نماند که سلطه بازاری شرکت پشم شیشه ایران (ایزوران) و سال ها استعمال آن توسط مصرف کنندگان و بنگاه ها در این فرایند بی تأثیر نیست. به طور مشابه، علامت تجاری «وازلین»^۶ با کاربرد مرطوب کننده بافت پوست که در واقع نام

1. Single Association

۲. اگرچه علامت تجاری «اکتیو (Active)» به این دلیل که ممکن است در ذهن مصرف کننده القا می کند که محصولات تحت این علامت دارای عناصر فعال مثل آنزیم ها هستند توصیفی محسوب می شود، به جهت استفاده و ایجاد «معنای ثانویه» به عنوان یک علامت تجاری، دارای تمایز بخشی بوده و در زمره علائم مشهور محسوب می شود. در این خصوص دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۲۲۶۳۰۱۵۲۱ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۲۶ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی تهران جالب توجه است.

3. Jet Ski

۴. علامت تجاری ایزوگام طی اظهارنامه شماره ۴۵۴۶۸۹ و شماره ثبت ۶۶۵۱۳ مورخ ۱۳۶۹/۱۱/۰۷ متعلق به شرکت پشم شیشه ایران (سهامی خاص) است.

5. Bituminous waterproofing

6. Vaseline

آن «ژل پترولیوم»^۱ یا «پترولاتیوم»^۲ بوده، طی سه فرایند تازگی، سادگی و کوتاه‌تر بودن و سلطه‌بازاری در زبان مردم به نام کالا تبدیل شده است.

زوال تمایز بخشی علامت و عام شدن آن طی هر فرایندی موجب می‌شود که حقوق علائم تجاری از آن حمایت نکند، به این دلیل که انحصار برای علامتی که به قسمتی از زبان مردم در قالب یک کلمه جدید برای اشاره به یک طبقه یا کالای خاص وارد گردیده، توجیهی ندارد. در چنین پدیده‌ای بین منافع دارنده علامت و منافع عموم باید یکی را انتخاب کرد و چون کلمه در زبان مردم و قلمرو عمومی قرار گرفته و ادامه انحصار آن خطر «نقصان زبان»^۳ را افزایش می‌دهد (Linford, 2015 [a]: 1375) و حتی رقبای تازه‌وارد بازار را از دسترسی به کلمات موجود در زبان مردم جهت معرفی کالاها و خدمات رقابتی محروم می‌کند (Bradford, 2008: 1242)، باید از مصرف‌کننده و عموم مردم حمایت کرد (Coverdale, 1984: 871).

۲. مواجهه حقوق علائم تجاری با علامت ژنریک

حمایت از علائم عام و ژنریک باعث افزایش هزینه‌های بنگاه‌های رقیب شده است (Landes & Posner, 2003: 195) و از کارایی رقابتی آن‌ها می‌کاهد (Landes & Posner, 1987: 293)؛ زیرا با وجود چنین انحصاری، رقا نمی‌توانند از چنین نامی برای شناساندن کالا یا خدمت خود استفاده کنند (Dogan & Lemley, 2007: 1242). در نتیجه هزینه جست‌وجوی مصرف‌کنندگان برای یافتن کالا یا خدمت رقا افزایش خواهد یافت (Dogan & Lemley, 2004: 793).

جهت عدم ایجاد انحصار بلاجهت چندین رویکرد در حقوق علائم تجاری وجود دارد: نخست، عدم ثبت علامت؛ دوم، «ابطال علامت»^۴؛ سوم، «لغو»^۵ یا «حذف از دفتر ثبت»^۶ برای علائمی که پس از ثبت عام می‌شوند و در نهایت، محدودیت حقوق انحصاری. در این قسمت از مقاله رویکرد حقوق ایران به همراه خلاصه و مسائل موجود به‌طور تفصیلی مورد بررسی قرار می‌گیرد و در کنار نگاه تطبیقی به مواضع اتحادیه اروپا، آمریکا، ژاپن و کره جنوبی پیشنهاداتی برای حقوق ایران ارائه خواهد شد.

1. Petroleum jelly
2. Petrolatum
3. Language Depletion
4. Invalidation/ Nullity
5. Revocation/ Cancellation
6. Removal from the Register

۲-۱. عدم قابلیت ثبت علامت عام

۲-۱-۱. حقوق ایران

علائم عام به دلیل فقدان تمایز بخشی در زمان تقدیم اظهارنامه نباید به ثبت برسند؛ علامت‌هایی که مورد استفاده قرار می‌گرفته اما به ثبت نرسیده‌اند و به دلایل مختلف عام می‌شوند، از این قاعده مستثنا نبوده و غیرقابل ثبت هستند. اگرچه قانون‌گذار در ماده ۱ «قانون علامات صنعتی و تجاری» مصوب ۱۳۰۴ به صراحت بیان داشته بود که علائم عام یا به عبارتی علائم متشکل از ارقام یا کلماتی که مشخص‌کننده نوع کالای بازرگانی هستند، نمی‌توانند به عنوان علامت تجاری به کار روند، اما چنین صراحتی در «قانون ثبت علائم و اختراعات» مصوب ۱۳۱۰ و «قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری» مصوب ۱۳۸۶ دیده نمی‌شود و در ماده ۱ قانون منسوخ ۱۳۱۰ و بندهای «الف» مواد ۳۰ و ۳۲ قانون ۱۳۸۶ صرفاً به کارکرد تمایز بخشی علامت اشاره شده است. البته در زمان حاکمیت قانون ۱۳۱۰ عدم قابلیت ثبت علامت ژنریک از تبصره یک ماده ۵ آیین‌نامه اصلاحی اجرای قانون مصوب ۱۳۳۷ برداشت می‌شد.^۱ به نظر می‌رسد قانون‌گذار اشاره به شرط تمایز بخشی را برای عدم قابلیت ثبت علائم ژنریک در زمان تقدیم اظهارنامه کافی می‌داند؛ به همین منظور، مجدداً در بندهای «الف» مواد ۳۰ و ۳۲ قانون ۱۳۸۶ صرفاً ثبت علامت‌های فاقد تمایز بخشی را ممنوع کرده است (ساورانی و کوشکی، ۱۳۹۵: ۲۶) و ردپایی از علائم عام دیده نمی‌شود. با وجود اینکه استدلال فقدان تمایز بخشی علامت عام و استناد به بندهای مذکور جهت نیل به فقدان قابلیت ثبت علائم ژنریک امکان‌پذیر، منطقی و معقول است اما رویکرد قانون‌گذار با عنایت به اینکه در قانون بسیار قدیمی مصوب ۱۳۰۴ و ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس و همچنین در «ماده ۵ قانون مدل وایپو برای کشورهای در حال توسعه»^۲ به فقدان قابلیت ثبت علائم عام و متداول و رایج در تجارت تصریح شده، قابل تأمل است. در همین راستا بیان شده است که «...باید اعتراف کرد که سکوت قانون‌گذار در مقام بیان این شرایط، می‌تواند توالی فاسدی داشته باشد و تفاسیر متفاوت و سلیقه‌ای از این شرایط به دست دهد» (فصیحی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۵: ۶۳۴). به نظر می‌رسد، با پیش‌بینی مقررهای مبنی بر تعریف علائم عام و عدم قابلیت ثبت آن‌ها، فرایندهای ثبتی و

۱. بر اساس تبصره ۱ ماده ۵ آیین‌نامه مذکور، از لحاظ امتیاز و تشخیص مذکور در ماده ۱ قانون، «نام‌های عام محصولات» علامت مشخصه تجاری محسوب نمی‌شد.

2. Model Law for Developing Countries on Marks, Trade Names, and Acts of Unfair Competition

رسیدگی‌های قضایی درخصوص علائم به‌ویژه علائم توصیفی، «علائم ترکیبی»^۱ و نیز ابطال علائم ژنریک با دشواری‌های کمتری روبه‌رو شوند.

۲-۱-۲. حقوق تطبیقی

مقرره ۲۰۱۷/۱۰۰۱ راجع به علامت اتحادیه اروپا^۲ در ماده ۴ و دستورالعمل ۲۰۱۵/۲۴۳۶ درباره نزدیک‌سازی قوانین کشورهای عضو در ارتباط با علائم تجاری^۳ در ماده ۳ تعریف علامت تجاری و مصادیق آن را بیان کرده است و سپس، برای مقابله با انحصار ناشی از علائم عام، توصیفی و «فاقد تمایز بخشی» بندهای «ب»، «ج» و «د» از شق ۱ در ماده ۷ مقرره پیش‌بینی شده‌اند.^۴ بند (۱) از ماده ۷ مقرره مذکور به‌صراحت به عدم قابلیت ثبت «عبارات عرفی»^۵ در زبان کنونی مردم و رویه‌های عینی و مستقر تجاری اشاره دارد. بند مذکور علائمی را که در ابتدا قابل حمایت محسوب می‌شدند اما بعداً به علامت عام تبدیل شده‌اند نیز پوشش می‌دهد (Kur & Senftleben, 2017: 407). اگرچه بند مذکور با بند (۱) (ج) از ماده ۷ هم‌پوشانی دارند، نکته حائز اهمیت آن است که ثبت علائم‌های مشمول بند «د» نه به‌دلیل توصیفی بودن بلکه بر اساس استفاده کنونی در حوزه تجاری رد می‌شوند (EUIPO, 2020: 380).

ماده ۳۳ «قانون علامت تجاری کره جنوبی»، اصلاحی ۲۰۱۷، ثبت علامتی که عموماً نشان‌دهنده نام کالا و علامتی که عرفاً در ارتباط با کالاهاست و نیز علامتی که عموماً نشان‌دهنده محل تولید، کیفیت، مواد اولیه، روش تولید و پردازش و روش استفاده کالا است را غیرقابل ثبت می‌داند. برای عدم ثبت علامت ژنریک صرفاً کافی است که مصرف‌کننده آن علامت ادراک کلی و ارتباط معنایی را مختص کالایی خاص بداند (KIPO, 2007: 20). قانون‌گذار کره جنوبی برای تأکید بر عدم قابلیت ثبت علامت فاقد تمایز بخشی در بند ۱ (۷) همان ماده مقرر می‌دارد که علاوه بر بندهای ۱ تا ۶، ثبت علامت فاقد قدرت شناسایی بنگاه منشأ برای مصرف‌کنندگان ممنوع است.^۶ قانون علامت تجاری ژاپن اصلاحی ۲۰۰۶ نیز در بند نخست ماده ۳ صراحتاً علائمی که در عرف

1. Composite/Compound/Combined trademarks

2. Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark

3. Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks

۴. مشابه این ماده جهت امتناع از ثبت یا ابطال ثبت در ماده ۴ دستورالعمل ۲۰۱۵/۲۴۳۶ آمده است.

5. Customary Terms

6. Article 33(1)(7): "In addition to trademarks under subparagraphs 1 through 6, a trademark which is unrecognizable for consumers to identify which goods related to whose business it indicates."

در ارتباط با کالا یا خدمات استفاده می‌شوند و علائمی که نام عام کالا یا خدمات هستند را، به دلیل فقدان امکان تمیز کالا و خدمات، غیرقابل ثبت می‌داند (JPO, 2017: 30-33). در حقوق آمریکا، مطابق بند «e» ماده ۲ «قانون لنهم»^۱ علامت «صرفاً توصیفی»^۲ غیرقابل ثبت هستند و از آنجا که می‌توان اذعان داشت که علامت عام، «نهایت توصیفی بودن»^۳ است، به طریق اولی آن هم غیرقابل ثبت محسوب می‌شود (USPTO, 2018: 1209.01). البته مستند اصلی اداره ثبت اختراع و علامت تجاری آمریکا ماده ۱۴ قانون لنهم بوده که درخصوص «لغو» علامت ژنریک سخن گفته است (USPTO, 2018: 1209.01(c)(ii)) و اساساً علامت ژنریک تحت هیچ شرایطی قابل ثبت نیست.

۲-۲. ابطال علامت

۲-۲-۱. حقوق ایران

ممکن است علامت عام و ژنریک شده به هر دلیل اعم از عدم اطلاع کافی کارشناس ارزیابی اداره مالکیت صنعتی از ادارک و فهم مصرف‌کنندگان یا عدم بررسی کامل ثبت شود؛ برای مقابله با این امر بهترین سازوکار درخواست «ابطال» علامت توسط ذی‌نفع است. قانون ۱۳۰۴ صراحتاً در ماده ۱۳ علامتی که در زمان ثبت عام بوده و به ثبت رسیده را قابل ابطال می‌شناخت (جمع و پیوند با ماده یک همان قانون). در مقابل، وضعیت ابطال علامتی که در زمان ثبت ژنریک بوده است در قانون ۱۳۱۰ مشخص نبود؛ به این دلیل که در مواد ۱۶ و ۱۸ ابطال گواهی ثبت علامت تنها به دو جهت «تعلق علامت به دیگری» و «شباهت گمراه‌کننده با علامت دیگر» ممکن بود. در واقع قانون‌گذار «جهات مطلق»^۴ ابطال را بیان نکرده و فقط به ذکر «جهات نسبی»^۵ اکتفا نموده بود.^۶

قانون‌گذار، در قانون ۱۳۸۶، نقص قانون ۱۳۱۰ را برطرف کرد و با تصویب ماده ۴۱ ابطال مستند به جهات مطلق و نسبی (بند الف ماده ۳۰ و ماده ۳۲) را پیش‌بینی نمود. بدین ترتیب، اگر علامتی در زمان تقدیم اظهارنامه ثبت عام باشد، هر ذی‌نفعی می‌تواند به جهت فقدان تمایز بخشی ابطال چنین علامتی را از دادگاه بخواهد. در پرونده اکبرجوجه، با توجه به اینکه فعالیت تحت علامت

۱. ماده ۱۰۵۲ فصل ۱۵ کد ایالات متحده آمریکا.

2. Merely Discriptive

3. The Ultimate in Descriptiveness

4. Absolute grounds

5. Relative grounds

۶. البته می‌توان نهی از ثبت چنین علامتی در قانون ۱۳۱۰ را مشعر بر اراده ضمنی قانون‌گذار بر قابلیت ابطال علامت ثبت‌شده برخلاف قانون دانست، کما اینکه برخی از نویسندگان فقدان تمایز بخشی را از جهات ابطال علامت در قانون مصوب ۱۳۱۰ می‌دانند (نک: شمس، ۱۳۹۲: ۱۶۶).

«اکبرجوجه» از سال ۱۳۲۳ آغاز گردیده (تاریخچه اکبرجوجه، ۱۳۹۵) و بعد بر اثر کثرت استعمال مصرف کنندگان و رقبا به عنوان نام غذا ژنریک می شود^۱ و در زمان تقدیم اظهارنامه نیز ژنریک و عام بوده است، شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران، با استدلالی مبتنی بر ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس^۲ مستند به ماده ۴۱، بند «الف» ماده ۳۰ قانون ۱۳۸۶ گواهینامه ثبت علامت تجاری اکبرجوجه را ابطال می نماید. به نظر می رسد تکیه و استناد دادگاه تجدیدنظر به ماده ۶ خامس به عنوان مستند ابطال علامت «اکبرجوجه» به دو دلیل صحیح نیست: اولاً، تعهد مندرج در ماده ۶ خامس تنها ناظر بر علامت های ناظر بر کالا بوده و به علامت های خدماتی تسری نمی یابد (Rickeston, 2015: 550)؛ ثانیاً، اعمال این ماده تنها ناظر بر فرضی است که علامت در «کشور مبدأ»^۳ به ثبت رسیده و حمایت در کشوری دیگر مدنظر باشد (Bodenhausen, 1968: 114)؛ طبق این ماده کشور مبدأ باید یکی دیگر از اعضای اتحادیه باشد (Rickeston, 2015: 538). وفق این ماده که دربردارنده «اصل شناسایی»^۴ است، درخواست ثبت علامت هایی که در «کشور مبدأ» به نحو صحیح به ثبت رسیده اند باید در کشورهای دیگر عضو کنوانسیون (کشور حامی) پذیرفته شده و ثبت این علامت ها جز در موارد مذکور در بند «ب» ماده ابطال نگردد.^۵ با توجه به مطالب بیان شده، بهتر است

۱. شعبه یکم دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۲۰۳۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۸ نیز اگرچه در استدلال و برآمد تصمیم خود مخالف دادگاه تجدیدنظر است، اما در قسمتی از رأی خود با بیان اینکه «... هر چند درحال حاضر نام اکبرجوجه برای نوع خاصی از غذا علم شده اما در ابتدا که این نوع پخت منتسب به اکبر شده و یا مبتکر آن غذای مخصوص، نام پدر خود را بر آن گذاشته...» به طور خلاصه بر ژنریک شدن علامت اکبرجوجه به عنوان نام غذا صحه می گذارد.

۲. «.../اکبرجوجه/ در عمل به عنوان یک اسم عام جنس شناخته می شود و در واقع نام یک محصول خاص با نوع طبخ خاص می باشد و در اذهان عمومی تعریف کننده یک غذای خاص و اسم جنس تلقی می شود و این خود نشان می دهد که قدرت تمیزدهندگی به عنوان یک علامت تجاری ندارد و منطبق است با بند ۲ ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس حمایت مالکیت صنعتی که با الحاق ایران به اتحادیه عمومی بین المللی معروف به پاریس برای حمایت مالکیت صنعتی و تجاری و کشاورزی در سال ۱۳۳۷، در حکم قانون داخلی مشمول ماده ۹ قانون مدنی خواهد بود...» (دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۵۵۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۵/۲۱ صادره از شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

۳. منظور از «کشور مبدأ (Country of Origin)»، کشوری عضو اتحادیه پاریس است که متقاضی ثبت در آن بنگاه (تأسیسات) تجاری یا صنعتی واقعی و مؤثر داشته باشد یا اگر فاقد چنین بنگاهی در اتحادیه است، کشور محل اقامت متقاضی یا اگر در اتحادیه اقامتگاه ندارد، کشوری از اتحادیه که متقاضی تبعه آن است (بند ۲ قسمت الف ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس).

4. Recognition Principle

۵. بند ۱ قسمت الف ماده ۶ خامس کنوانسیون پاریس.

قانون‌گذار، ضمن تعریف علامت عام یا ژنریک، به قابلیت ابطال آن تصریح کند. شایان ذکر است، جهت حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و عدم ایجاد نقص در زبان مردم و تجار رقیب، توصیه می‌شود که همانند دعوی ابطال علامت ثبت‌شده با «سوءنیت»^۱، دعوی ابطال علامت عام و ژنریک‌شده در زمان تقدیم اظهارنامه محدود به زمان نباشد (WIPO, 1967: 66).

۲-۲-۲. حقوق تطبیقی

بر اساس ماده ۵۹ (جهات مطلق ابطال) مقررۀ ۲۰۱۷/۱۰۰۱ اروپا، علامتی که برخلاف ماده ۷ شامل علامت ژنریک، به ثبت رسیده باشد، در اداره مالکیت فکری اروپا یا در مقام دعوی متقابل در دعوی نقض قابل ابطال می‌باشد.^۲ قانون کرۀ جنوبی اصلاحی ۲۰۱۸ درخصوص علامتی که در زمان تقدیم اظهارنامه ژنریک بوده و نمی‌بایست به ثبت برسد، وفق بند ۱ قسمت نخست ماده ۱۱۷ امکان طرح دعوی ابطال ثبت علامت تجاری را پیش‌بینی نموده است. طبق بند ۳ ماده مذکور ابطال دارای اثر قهقروایی است و فرض می‌شود که علامت از ابتدا وجود نداشته است. به‌طور مشابه، مطابق ماده ۴۶ قانون علامت تجاری ژاپن علامتی که برخلاف ماده ۳ همان قانون متضمن عدم قابلیت ثبت علائم عام، به ثبت برسد قابل ابطال است. باین حال، ماده ۴۷ قانون اخیر برای طرح دعوی ابطال، به غیر از برخی علائم که با هدف رقابت نامشروع به ثبت رسیده‌اند، مهلتی پنج ساله در نظر گرفته است. مواد ۱۳ و ۱۴ قانون لنهم آمریکا این امکان را برای اشخاص فراهم می‌کند که از طریق اداره اختراع و علامت تجاری نسبت به ثبت علامت عام اعتراض و آن را ابتدای ایجاد لغو^۳ کنند. مواد مذکور اگرچه برای ابطال علائم مستند به سایر جهات ابطال، مدت زمان پنج‌ساله در نظر گرفته‌اند اما طرح دعوی لغو علامت عام را مقید به زمان نکرده‌اند.

۲-۳. لغو علامت یا حذف از دفتر ثبت

۲-۳-۱. حقوق ایران

ژنریساید در هر زمانی امکان‌پذیر است (Brody, 2015: 475)؛ علامت تجاری ممکن است در سال ۱۳۹۸ تمایز بخش باشد اما در سال ۱۳۹۹ به دلیل استفاده گروه مرتبط عموم به کلمۀ عام تبدیل شود؛ بدیهی است که علامت در سال ۱۳۹۸ کاملاً معتبر و قابل استناد نسبت به اشخاص ثالث

1. Bad Faith

2. Article 59 (Absolute grounds for invalidity): "1. An EU trade mark shall be declared invalid on application to the Office or on the basis of a counterclaim in infringement proceedings:(a)where the EU trade mark has been registered contrary to the provisions of Article 7;.."

۳. شایان توجه است که قانون‌گذار آمریکا از اصطلاح «لغو (Cancellation)» هم برای ابطال و هم برای حذف از دفتر ثبت استفاده نموده است و فقط اثر لغو را از ابتدای ثبت یا پس از عام‌شدن تغییر داده است.

درخصوص کلیه حقوق اعم از ایجابی و سلبی بوده و از منظر حقوقی ابطال چنین علامتی از ابتدای ثبت غیرعادلانه و برخلاف حقوق مالک علامت و گاه حقوق فرانشیزگیرندگان و لیسانس گیرندگان است. به همین منظور سازوکار حقوقی «لغو» جهت ایجاد توازن میان حقوق دارنده علامت تجاری، مصرف کنندگان و رقبا چاره این مشکل است. همانند قانون ۱۳۰۴، که به موضوع ژنریک شدن و زوال تمایزبخشی علامت معتبر نپرداخته بود، قانون ۱۳۱۰ نیز راجع به ژنریک شدن علامت پس از ثبت و لغو آن فاقد مقرره بود (وصالی محمود، ۱۳۸۴: ۱۲۵). البته به اعتقاد برخی از نویسندگان، با توجه به بند ۲ ماده ۹ قانون ۱۳۱۰ که به طور ضمنی بر لزوم تمایزبخشی علامت اشاره داشت، دادگاه‌ها می‌توانستند در شرایط استثنایی در صورتی که علامتی ژنریک شود، به ابطال آن اقدام نمایند (شمس، ۱۳۹۲: ۱۶۵). به دیدگاه اخیر از دو جهت اشکال وارد است: نخست، مقررۀ مورد استناد در مقام بیان جهات رد تقاضای ثبت علامت بود و مبنای تعمیم آن به جهتی برای خاتمه حیات قانونی علامت پس از ثبت صحیح آن مشخص نیست. دوم، همان طور که بیان شد علامت ژنریک شده در ابتدا به صورت صحیح ثبت شده و تا زمان ژنریک شدن واجد شرایط قانونی است و دلیلی بر تحمیل ضمانت اجرای دارای اثر قهقرای یعنی ابطال در مورد آن وجود ندارد. در قانون ۱۳۸۶، سازوکار «لغو» یا «حذف از ثبت» درخصوص «عدم استفاده از علامت» به مدت سه سال کامل از تاریخ ثبت تا یک ماه قبل از تاریخ درخواست ذی‌نفع^۱ در ماده ۴۱ پیش‌بینی شده، اما راجع به «لغو» علامت عام شده مطلبی به میان نیامده است. با این حال، به اعتقاد برخی از صاحب‌نظران «با توجه به تعریف علامت به شرح بند الف ماده ۳۰ و همچنین با توجه به بند الف ماده ۳۲ قانون، می‌توان گفت که علامت ژنریک قابل لغو است، زیرا چنین علامتی نمی‌تواند کالاها و خدماتی که برای آن‌ها به ثبت رسیده را از کالاها و خدمات رقبا متمایز کند (میرحسینی، ۱۳۹۰: ۴۲۴)». به نظر می‌رسد چنین دیدگاهی قابل‌پذیرش نیست، زیرا همان طور که بیان گردید ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط بندهای الف مواد مذکور بر اساس ماده ۴۱ قانون، «ابطال» علامت و نه لغو آن است؛ لغو علامت تنها به عنوان ضمانت اجرای عدم استفاده از علامت در شق نهایی ماده ۴۱ پیش‌بینی شده است. همچنین به نظر می‌رسد حکم ابطال ماده اخیر، تنها ناظر بر فرضی است که علامت در زمان ثبت

۱. در رابطه با استفاده از واژه «لغو» در ماده مذکور بیان شده است: «قانون‌گذار در این ماده به جای «ابطال» از کلمه «لغو» استفاده کرده است که با توجه به بار حقوقی این کلمات به نظر می‌رسد که استعمال کلمه «لغو» به مصلحت باشد، زیرا اثر ابطال از تاریخ ثبت است، لیکن اثر لغو می‌تواند از زمان درخواست شکایت باشد، بنابراین تعیین تاریخ دقیق اثر لغو نیز ضرورت دارد» (میرحسینی، ۱۳۹۰: ۴۲۰).

دارای تمایز بخشی نبوده و در زمان ثبت به این موضوع توجه نشده است و منصرف از حدوث زوال تمایز بخشی علامت پس از ثبت است. بدین ترتیب، می‌توان اذعان داشت که در حقوق کنونی ایران در این رابطه با خلأ قانونی مواجه هستیم و امکان «لغو» چنین علائمی وجود ندارد. با عنایت به اینکه سازوکار «لغو» علامت از یک سو حقوق دارنده علامت را تا زمان زوال تمایز بخشی حفظ می‌کند و از دیگر سو حقوق رقبا را در فرض ژنریک شدن علامت تضمین می‌کند و در عین حال منافع مصرف‌کنندگان را نیز مدنظر دارد، پیش‌بینی این سازوکار، همانند ماده ۳۱ قانون مدل وایپو، ضروری است.^۱ البته بهتر است در چنین مقرره‌ای تصریح شود که اگر علامت نسبت به برخی از کالاها یا خدمات ژنریک شده باشد، صرفاً در خصوص آن کالاها یا خدمات لغو می‌گردد و اعتبار علامت در خصوص سایر کالاها یا خدمات به قوت خود باقی است.

۲-۳-۲. حقوق تطبیقی

بند (۱)(ب) از ماده ۵۸ مقرر ۲۰۱۷/۱۰۰۱ اتحادیه اروپا، لغو علامتی که در تجارت اسمی عام برای کالا یا خدماتی است که به منظور آن‌ها به رسیده را تجویز می‌کند. مطابق ماده مذکور، علامتی که به دلیل فعل یا ترک فعل مالک آن در تجارت به نام عام برای کالا یا خدمات تبدیل شده لغو می‌گردد. شایان ذکر است که متقاضی لغو باید ثابت کند که پس از ثبت علامت تجاری، علامت عام شده است. در غیر این صورت دعوی لغو رد شده و متقاضی باید دعوی ابطال را مطرح کند (EUIPO, 1114: 2020). به طور مشابه، مطابق بند ۳ ماده ۱۴ قانون لنهم آمریکا^۲ لغو علامتی که به نام عام کالا یا خدماتی که علامت راجع به آن‌ها به ثبت رسیده، تبدیل شده است، را می‌توان در هر زمان درخواست نمود. وفق این ماده برخلاف علائم توصیفی، که پس ۵ سال «غیرقابل اعتراض»^۳ محسوب می‌شوند و صرفاً در مقام «دفاع»^۴ (محدودیت حقوق انحصاری) می‌توان به توصیفی بودن اشاره نمود (Port, 2015: 138)، لغو علامت ژنریک فاقد محدودیت زمانی است. لازم به ذکر است

۱. در «طرح حمایت از مالکیت صنعتی»، هم برای عدم رعایت شرایط ماهوی ثبت علامت و هم برای عدم استفاده از علامت به مدت سه سال، ضمانت اجرای «ابطال» پیش‌بینی شده و سخنی از «لغو» علامت به میان نیامده است (طرح حمایت از مالکیت صنعتی، نسخه ۱۳۹۸/۱۰/۳۰، ماده ۱۱۰). متأسفانه در این طرح، که متکفل روزآمد کردن و زدودن خلأهای قانون فعلی است، این خلأ مورد توجه تدوین‌کنندگان قرار نگرفته و این طرح فاقد مقرره‌ای راجع به ضمانت اجرای ژنریک شدن علامت است.

۲. ماده ۱۰۶۴ فصل ۱۵ کد ایالات متحده آمریکا.

3. Incontestability

4. Defense

که ماده مذکور بیان می‌دارد که اگر علامت صرفاً درخصوص برخی از کالاها یا خدمات عام‌شده باشد، فقط نسبت به آن‌ها لغو می‌شود.

۲-۴. محدودیت حقوق انحصاری دارنده علامت

۲-۴-۱. حقوق ایران

به غیر از سازوکار «لغو» یا «ابطال»، مواجهه با علامت معتبر ژنریک‌شده توسط قانون‌گذار و دادگاه‌ها در قالب ایجاد مستثنائات حقوق دارنده علامت تجاری جهت محدود نمودن قلمرو انحصار وی، امکان‌پذیر است. قانون‌گذار ایران در هیچ یک از قوانین مرتبط با علائم تجاری از جمله قانون ۱۳۸۶، مقررهای همانند بند «ج» ماده ۱۵ این قانون راجع به مستثنائات حق اختراع و ماده ۲۳ راجع به شمول مستثنائات نسبت به حقوق دارنده طرح صنعتی پیش‌بینی ننموده که خوانندگان و متهمان دعوی نقض بتوانند به‌عنوان «دفاع» به آن استناد کنند. با این حال به نظر می‌رسد این امکان وجود دارد که ژنریک شدن علامت به‌عنوان دفاع در دعوی نقض علامت از سوی خواننده مطرح شود. در حالتی که علامت نشانگر نوع یا طبقه‌ای از کالا یا خدمت است، استفاده از علامت توسط دیگران، به احتمال زیاد گمراهی مصرف‌کنندگان راجع به منشأ کالا یا خدمت را به‌دنبال نخواهد داشت (احمدیان مقدم و جعفرزاده، ۱۳۹۶: ۱۴۳) چراکه در این فرض علامت فاقد قدرت تعیین منشأ کالا یا خدمت است و «چنانچه استفاده از علامت تجاری غیر موجب گمراهی مصرف‌کننده نشود، مجاز است» (مدنی و فرخی، ۱۳۹۷: ۱۰۷) و نقض مطرح نیست. ممکن است استدلال شود که وفق قسمت اخیر بند «ب» ماده ۴۰ قانون ۱۳۸۶ وجود گمراهی مصرف‌کننده تنها برای تحقق نقض در فرض استفاده از «مشابه» علامت لازم است و گمراهی از شرایط تحقق نقض در فرض استفاده از «عین» علامت نیست. در پاسخ باید گفت عدم ذکر گمراهی در فرض استفاده از عین علامت در مقرر مذکور، به دلیل مفروض بودن آن در نظر قانون‌گذار است و نه عدم شرطیت آن (بادینی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۱۶)؛ در واقع در این فرض خواهان ملزم به اثبات بروز گمراهی مصرف‌کننده نیست (میرحسینی، ۱۳۹۰: ۴۶۴؛ اندرز و بابایی، ۱۳۹۵: ۷)؛ بدیهی است خواننده دعوی می‌تواند خلاف این فرض را اثبات نماید. بنابراین در حقوق ایران، بروز گمراهی مصرف‌کننده در کنار استفاده از علامت شرط تحقق نقض علامت تجاری است (مدنی و فرخی، ۱۳۹۷: ۹۵) اعم از اینکه استفاده از عین علامت یا مشابه آن مدنظر باشد. در نتیجه دفاع ژنریک شدن علامت می‌تواند هم ناظر بر فرض استفاده از «عین» علامت و هم «مشابه» آن باشد.

علاوه بر دفاع ژنریک شدن، در فروضی محتمل است خواننده دعوی نقض که از علامت ژنریک استفاده کرده، بتواند در دادگاه به دفاع استثنای «استفاده منصفانه»^۱ استناد نماید. اگرچه قانون‌گذار در هیچ‌یک از مواد قانون ۱۳۸۶ از تجویز چنین دفاعی سخن نگفته است اما به اعتقاد برخی، قانون‌گذار استفاده منصفانه را رد و منع نکرده و آن را مفروض دانسته و این امر به‌طور ضمنی بر تجویز چنین استفاده‌ای دلالت دارد (بادینی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۱۷). این قسم از استفاده منصفانه در فرضی مطرح می‌شود که خواننده از علامت خواهان برای توصیف کالا یا خدمت خود و ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده بهره جسته باشد (Tang, 2016: 2034؛ حبیبی و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۲۶). چنین استفاده‌ای اغلب در مورد علامت‌های توصیفی مطرح می‌شود (بادینی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۱۰) اما از آنجا که علامت عام ماهیتاً می‌تواند نوعی علامت شبه‌توصیفی باشد، طرح آن در ارتباط با استفاده از علامت ژنریک ثبت شده، بلامانع است. اثبات استفاده به‌منظور توصیف کالا یا خدمت و منصفانه، غیرتجاری و همراه با حسن نیت بودن استفاده از جمله عناصر چنین دفاعی هستند (بادینی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۰۶-۱۰۵).

برای ترسیم جایگاه دو دفاع مذکور به‌طور کاربردی، فرض کنیم رستورانی با نام تجاری «الفبا» صرفاً به طبخ و ارائه غذای اکبرجوجه مشغول است و برای معرفی خدمات رستوران خود به مصرف‌کنندگان جز استفاده از عنوان «اکبرجوجه» در تابلو (برای مثال، اکبرجوجه الفبا) یا در سایر تبلیغات چاره‌ای ندارد. حال با احیای علامت «اکبرجوجه» توسط دیوان عالی کشور و ایجاد انحصار برای آن، در صورت استفاده رستوران الفبا از عنوان اخیر ممکن است دارنده علامت اکبرجوجه علیه وی دعوی نقض طرح کند. در این فرض استفاده رستوران الفبا از علامت تجاری «اکبرجوجه» توصیفی و منصفانه است و با عنایت به اینکه با استفاده از نام غذا، گمراهی برای مصرف‌کننده رخ نمی‌دهد، نقض منتفی است. دیوان عالی کشور در قسمتی از رأی خود در پرونده اکبرجوجه مقرر داشته «...البته ثبت علامت تجاری موصوف اگرچه انحصاری است ولی مانع طبخ و سرو آن در رستوران‌های مختلف نخواهد بود و نام آن در منوی غذا منعی نخواهد داشت لکن استفاده از علامت مخصوص بصورت تابلو یا تبلیغ در انحصار صاحب علامت می‌باشد...». این قسمت از رأی دیوان بر این واقعیت دلالت دارد که لزوم استفاده توصیفی از برخی از علامت‌های تجاری امری انکارناپذیر است. البته مشخص نیست که مبنای این مرجع در تمایز میان استفاده شخص ثالث از علامت در منوی غذا و تابلو یا تبلیغ

چیست و با توجه به اینکه استفاده توصیفی در هر ابزاری تبلیغاتی و تجاری که برای برقراری ارتباط و ارائه اطلاعات به مصرف‌کننده ممکن است صورت گیرد، چنین تفکیکی موجه نیست.

صرف‌نظر از اینکه استدلال‌های بیان شده در راستای رفع خلأ قانونی و عدم ایجاد مانع برای رقبا جهت ارتباط با مصرف‌کنندگان و ارائه اطلاعات درخصوص کالا و خدمات خود و متعاقب آن کاهش هزینه جست‌وجو مصرف‌کننده کافی هستند، اما به نظر می‌رسد جهت پرهیز از اعمال سلیقه و بروز تشتت در آراء دادگاه‌ها در آینده پیش‌بینی مقررهای راجع به استثنائات حقوق دارنده علامت تجاری ضروری باشد. با درنظرداشتن ماده ۱۹ قانون مدل واپو چنین مقرره‌ای باید دربردارنده جواز اشخاص ثالث برای استفاده از علامتی باشد که برای معرفی کالاها یا خدمات آن‌ها ضروری است، صرف‌نظر از اینکه چنین علامتی ژنریک باشد و نوع کالا یا خدمت را مشخص کند یا در زمره علائم توصیفی قرار گیرد.

۲-۴-۲. حقوق تطبیقی

اگرچه «قانون ثبت علامت تجاری ژاپن»، سازوکار «لغو» علامتی که ژنریک شده را پیش‌بینی نکرده است (Mori et al., 2010) اما ماده ۲۶ قانون مذکور حقوق دارنده علامت را محدود می‌کند. مطابق ماده مذکور بهره‌برداری اشخاص ثالث از علامتی که نام عمومی کالا یا خدمات خاص باشد یا عرفاً درخصوص معرفی کالا یا خدمت استفاده شود، نقض محسوب نمی‌شود و علامت در قلمرو عمومی قرار دارد. قانون‌گذار کشور کره جنوبی نیز حقوق مصرف‌کنندگان و رقبا را درنظر گرفته و محدودیت حقوق انحصاری را در ماده ۹۰ قانون اصلاحی ۲۰۱۸ پیش‌بینی نموده است. وفق ماده یادشده در صورتی که علامت به نام عمومی، محل تولید، کیفیت، مواد اولیه، اثر، استفاده، روش تولید و پردازش اشاره داشته باشد، حقوق انحصاری نسبت به اشخاص ثالث فاقد اثر می‌باشد.

اتحادیه اروپا نیز به‌منظور فراهم‌ساختن ابزاری جهت توازن منافع دارنده علامت تجاری و سایر بنگاه‌های تجاری و عموم مردم (Kur & Senftleben, 2017: 407) محدودیت‌ها و مستثنائات حقوق انحصاری ماده ۱۴ را در مقرره ۲۰۱۷/۱۰۰۱ پیش‌بینی کرده است. ماده مذکور نه‌تنها استفاده توصیفی در مقام استفاده منصفانه را پوشش می‌دهد بلکه شامل استفاده از علامتی که فاقد تمایزبخشی بوده یا گردیده از جمله علائم ژنریک نیز می‌شود (Kur & Senftleben, 2017: 412-415). البته مطابقت استفاده شخص ثالث با رویه‌های شرافتمندانه در امور تجاری و صنعتی از شرایط مجاز تلقی شدن استفاده به‌موجب این ماده است.

۳. شیوه احراز ژنریک بودن یا ژنریک شدن علامت تجاری

اداره ثبت علائم تجاری در زمان بررسی قابلیت ثبت و دادگاه در دعوی ابطال یا لغو و همچنین نقض، برای تشخیص ژنریک بودن یا شدن علامت تجاری، ابتدا باید، با تمرکز بر توصیف کالاها یا خدمات تعیین شده در اظهارنامه یا گواهینامه ثبت علامت، طبقه یا جنس عرفی کالا یا خدمت یا ارتباط عرفی نام عام با کالا یا خدمات را تعیین نماید. گام بعدی پاسخ به این پرسش است که از دید و ادراک کدام گروه از عموم^۱ (مصرف کننده نهایی، واسطه ها یا تولیدکنندگان) علامت تجاری ژنریک شناخته می شود؟ سپس، باید ادراک و فهم مصرف کنندگان از معنای علامت با توجه به ادله اثباتی بررسی شود. در این بخش از مقاله کوشش می شود مراحل مذکور جهت استفاده دادگاه های ایران با مطالعه تطبیقی در آراء دادگاه ها تبیین گردد.

۳-۱. تعیین طبقه معنایی کالا یا خدمت

به این دلیل که عام شدن علامت فرایندی است که علامت تجاری طی آن جایگاه خود را از اشاره به کالای خاص از یک بنگاه خاص به معرفی یک «طبقه معنایی» کالا تغییر می دهد (Clankie, 2013: 28)، تعیین طبقه معنایی^۲ کالا از دید عرف و زبان عموم مردم در بررسی این فرایند امری ضروری محسوب می شود. تعیین گروه یا طبقه معنایی جهت پاسخ به این پرسش است که ژنریک بودن علامت باید نسبت به چه کالاها یا خدماتی سنجیده شود (Coverdal, 1984: 884). طبقه بندی معنایی کالاها یا خدمات در عرف بر اساس «ویژگی برجسته» یا «بعد کلیدی»^۳ آنها صورت می گیرد. اگر علامت به ویژگی برجسته کالا یا خدمت اشاره داشته باشد، به دلیل عدم تمایز بخشی، عام و غیر قابل حمایت محسوب می شود؛ به عبارت دیگر، در این صورت «علامت» در زبان عرف مردم به «کالا یا خدمات با ویژگی خاص» و نه منشأ کالا یا خدمت اشاره دارد. در واقع، اگر کالایی با نام «الف» داشته باشیم که ویژگی برجسته آن «ز» باشد و مردم در عرف برای خرید این کالا از «ز» یا «الف + ز» استفاده کنند، کالای «الف» به دو طبقه معنایی و عرفی با ویژگی «ز» و بدون ویژگی «ز» تقسیم می شود و اساساً «ز» جزء لاینفک «الف» محسوب می شود

1. Relevant Public

۲. طبقه بندی معنایی کالاها یا خدمات با «طبقه بندی بین المللی» (International Classification) به موجب موافقت نامه نیس (Nice) ۱۹۵۷ متفاوت خواهد بود. طبقه بندی اخیر برای سهولت در جست و جوی علائم تجاری بوده و جزو فرایند اداری ثبت محسوب می شود. وفق بند نخست ماده ۲ این موافقت نامه، این طبقه بندی راجع به تعیین میزان حمایت اعطایی به علائم دربردارنده هیچ الزامی نیست.

3. Key Aspect

و به هیچ عنوان نشان‌دهنده منشأ کالا یا خدمت نخواهد بود. همچنین، اگر بنگاهی فروشنده و ارائه‌دهنده کالای «ب» باشد، قسمت عمده و بُعد کلیدی خدمات آن بنگاه فروش «ب» است و در عرف به آن «ب فروشی» گفته می‌شود. بنابراین، «ب» نمی‌تواند در ذهن مصرف‌کننده تمیزدهنده خدمت باشد. برای مثال، ماءالشعیر بر اساس ویژگی برجسته داشتن یا نداشتن طعم به دو زیرگروه با اسانس (طعم‌دار) و بدون اسانس (بدون طعم) قابل تقسیم است. ماءالعشیر بدون طعم یک طبقه عرفی کالا محسوب می‌شود. در عرف به ماءالعشیر بدون طعم «کلاسیک» نیز گفته می‌شود.^۱ با اینکه کلمه «کلاسیک» عموماً به عنوان علامت توصیفی، در صورت استفاده، معنای ثانویه پیدا می‌کند (مثلاً «لبنیات کلاسیک»)، در خصوص ماءالشعیر، چون از منظر عرف بدون طعم و ساده آن یک ویژگی برجسته است و عموم افراد مصرف‌کننده ماءالشعیر، جهت خرید این کالا، به آن توجه می‌کنند، عام و ژنریک محسوب می‌شود. با استدلال مشابه، عبارت «چلوکباب» نام غذاست و در عرف به رستوران‌های ارائه‌دهنده آن «چلوکبابی» می‌گویند؛ یعنی سرو کباب بُعد کلیدی «خدمات رستوران» بوده و مردم رستوران‌ها را به دو گروه دارای چلوکباب و بدون آن تقسیم می‌کنند. لذا، علامت «چلوکباب» برای طبقه کلی خدمات رستوران، شامل انواع رستوران به‌ویژه کبابی‌ها و رستوران‌های ارائه‌کننده غذای ایرانی، قابل حمایت نیست؛ زیرا از دید عموم مردم علامت «چلوکباب» بر طبقه معنایی و زیرگروه عرفی خاص رستوران‌هایی که صرفاً چلوکباب سرو می‌کنند دلالت دارد.^۲ با این حال، شعبه اول دیوان عالی کشور در پرونده اکبرجوجه، بدون توجه به ویژگی برجسته خدمات رستوران، صرفاً طبقه غذا را با طبقه رستوران ارائه‌دهنده آن متفاوت تشخیص می‌دهد. این نظر قابل انتقاد است؛ زیرا در جامعه ایران پذیرفته شده است که از نام غذا به عنوان نام یا علامت تجاری خواه با پسوند یا پیشوند و خواه بدون آن استفاده کنند: «کبابی آهو»^۳ یا «حلیم و آش

۱. مؤید این ادعا، اظهارنامه‌های ثبت‌شده به شماره‌های ۱۳۹۶۵۰۱۴۰۰۰۱۰۴۸۹۳۸ مورخ ۱۳۹۶/۶/۲۸ و ۱۳۹۸۵۰۱۴۰۰۰۱۰۴۸۹۳۸ مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۳ می‌باشند که در همگی حق انحصاری استفاده از «کلاسیک» سلب شده است.

۲. در همین راستا، آیا کلمه «قیمه» برای خدمات رستوران‌های ارائه‌دهنده پیتزا و ساندویچ (فست‌فودها) عام و فاقد تمایزبخشی است؟ پاسخ منفی است، زیرا «قیمه» به عنوان نام غذا به کالایی خاص اشاره دارد که از منظر عرف در منوی فست‌فود وجود ندارد و برای اشاره به خدمات این رستوران‌ها به کار نمی‌رود و چنین علامتی می‌تواند خدمات یک رستوران فست‌فود را از بنگاه فست‌فود دیگر متمایز سازد.

۳. علامت «کبابی آهو» طی اظهارنامه شماره ۱۳۹۵۵۰۱۴۰۰۰۱۰۴۴۶۲۹ مورخ ۱۳۹۵/۷/۱۴ با شماره ۲۶۲۷۹۰ ثبت شده است.

سید مهدی^۱. بنابراین مصرف‌کنندگان ایران رستورانی که صرفاً اکبرجوجه سرو می‌کند را رستوران «اکبرجوجه‌ای» (طبقه عرفی) می‌دانند و سرو غذای اکبرجوجه به‌عنوان ویژگی برجسته خدمات رستوران محسوب می‌شود. عدم تعیین دقیق طبقه و زیرگروه عرفی کالا یا خدمات در احراز ژنریک بودن یا شدن علامت توسط دادگاه‌های ایران و اداره مالکیت صنعتی می‌تواند انحصار بلاجهت یک بنگاه و محرومیت سایر فعالان از استفاده از علامت را به دنبال داشته باشد.

در رویه قضایی آمریکا، نخستین گام در تشخیص ژنریک بودن تعیین گروه عرفی کالاها یا خدمات بوده (Coverdale, 1984: 884) و در چند پرونده مهم بر این موضوع تأکید شده است: در پرونده «چوراسکو»، دادگاه سرو استیک چوراسکو را به‌عنوان ویژگی برجسته شناخت و خدمات رستوران‌ها بر اساس سرو یا عدم سرو این غذا به دو گروه تقسیم شد. علامت «چوراسکو» به دلیل اینکه در عرف ویژگی برجسته رستوران‌های ارائه‌دهنده آن محسوب می‌شود، برای این گروه رستوران‌ها فاقد تمایز بخشی و ژنریک اعلام شد (In re Cordua Restaurants, Inc., 2016). به‌طور مشابه در پرونده علامت «زیرو» کوکاکولا، که برای ثبت راجع به نوشیدنی‌های غیرالکلی، ورزشی و انرژی‌زا تقاضا شده بود، کم بودن یا فقدان کالری یا کربوهیدرات در نوشیدنی به‌عنوان بُعد کلیدی تعیین شد (Wilcox & Frandsen, 2019: 1495) و دادگاه اعلام کرد که عام بودن این علامت باید نسبت به زیرگروه نوشیدنی‌های بدون کالری یا کربوهیدرات یا حاوی مقادیر کمی از این عناصر سنجیده شود (Royal Crown Co., Inc., v. The Coca-Cola Co., 2018: 1368). در پرونده دیگری علامت «فوت لانگ»^۲ که به طول ساندویچ (۱۲ اینچ) اشاره داشت از سوی «هینت»^۳ به‌عنوان ویژگی برجسته گروهی از ساندویچ‌ها شناخته شد (Sheetz of Delaware, Inc. v. Doctor's Associates Inc., 2013). در پرونده ثبت عبارت «کلاود تی.وی.»^۴، به معنای تلویزیون ابری برای نرم‌افزار و خدمات نرم‌افزاری مخابراتی ویدئویی، ابتنای این خدمات بر فضای ابری، به‌عنوان بُعد کلیدی تشخیص داده شد و عبارت برای این خدمات ژنریک اعلام گردید (In re ActiveVideo Networks, Inc., 2014).

۱. علامت «آش و حلیم سیدمهدی» طی اظهارنامه شماره ۱۳۹۴۵۰۱۴۰۰۰۱۰۰۲۷۹۱ مورخ ۱۳۹۴/۱/۳۰ با شماره ۲۳۱۴۲۲ به ثبت رسیده است.

2. Footlong

3. United States Patent and Trademark Office, Trademark Trial and Appeal Board (TTAB)

4. CloudTV

۲-۳. تعیین جامعه هدف

در پرونده «اکبرجوجه» شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران، در تشخیص ژنریک بودن علامت «اکبرجوجه» در تاریخ تقدیم اظهارنامه، بدون اینکه گروه‌های مرتبط (جامعه هدف) (یعنی مشتریان رستوران‌ها یا زیرمجموعه آنان یا رقبا) را تعیین کند، بر ابطال علامت «اکبرجوجه» رأی می‌دهد و تنها ادله اثباتی آن دادگاه وجود غذای اکبرجوجه در منوی سایر رستوران‌ها و قیمت‌گذاری این غذا توسط اتحادیه مربوطه است. در رأی صادره از سوی شعبه یکم دیوان عالی کشور مجدداً ردپایی از تعیین گروه مرتبط با خدمات و کالای مربوط و ادراک آن‌ها دیده نمی‌شود. اگرچه دید رقبا و اتحادیه بر اساس فراوانی آماری سرو «اکبرجوجه» توسط رستوران‌داران و عام بودن نام آن غذا مثل سایر غذاهاست و در تشخیص عام بودن علامت بی‌تأثیر نیست، اما آیا مصرف‌کننده^۱ نیز با آنان هم‌نظر است؟ آیا مقصود از «مصرف‌کننده» صرفاً مصرف‌کننده نهایی است یا واسطه‌ها، بنگاه‌داران و فروشندگان عمده نیز ملاک هستند؟ فرض کنیم شخص «الف» آرد سوخاری با فرمول خاصی را تهیه کرده و نام و علامت آن را «سیتار» انتخاب و ثبت نموده است. سپس این آرد سوخاری را به فست‌فودها و سایر رستوران‌ها می‌فروشد و رستوران‌داران «مرغ سوخاری سیتار» را در منوی غذای خود به مصرف‌کننده نهایی ارائه می‌کنند. پس از مدتی میان مشتریان متداول می‌شود که از رستوران‌داران «مرغ سوخاری سیتار» بخواهند. حال شخص «ب» اقدام به افتتاح رستوران فست‌فود با علامت خدماتی «سیتار» می‌نماید. شخص «ج» نیز تولیدکننده آرد سوخاری با فرمول مشابه «سیتار» شخص «الف» است و محصول جدید خود را «آرد سوخاری سیتار» معرفی می‌کند. درخصوص اینکه «سیتار» عام و ژنریک شده است یا خیر، ابتدا باید گروه مرتبط را تعیین کرد. کدام

۱. درخصوص چگونگی شکل‌گیری علامت اکبرجوجه، «تاریخچه» بیان‌شده در سایت رسمی دارنده رستوران زنجیره‌ای اکبرجوجه برادران کلبادی جالب توجه است که نشان می‌دهد این نام توسط مشتریان (مصرف‌کنندگان) نیز انتخاب شده است: «... معروف‌ترین غذایی که در این قهوه‌خانه عرضه می‌شد، چلو جوجه مخصوص رانندگان بود و بقیه غذاها برای افرادی با درآمد کم و شاگرد شوفا بود که مقدار عرضه غذا به‌حدی بود که کارگران را به راحتی سیر می‌کرد. گاهی هم به‌دلیل سرمای هوا در زمستان مش‌اکبر با کمبود جوجه مواجه می‌شد و به اجبار کبک را جایگزین می‌کرد. در این میان همسر حاج اکبر با پخت نان محلی و رب انار و فروش آن‌ها به مشتری‌ها کم‌رونق بودن کار و کاسبی را جبران می‌کرد. کیفیت چلو جوجه‌ها هم که به‌دلیل عشق اکبر آقا به مشتریان و استفاده از رب انار مخصوص محلی و غلظت و مزه و استفاده از جوجه رسمی و کره محلی زبانزد خاص و عام بود (تخم مرغ و به اصطلاح نیمرو هم اگر با عشق و علاقه پخت شود خوشمزه می‌شود). کم‌کم لقب اکبر جوجه (که خود مشتریان این لقب را برای ایشان انتخاب کرده بودند) بر سر زبان‌ها افتاد...» (تاریخچه اکبرجوجه، ۱۳۹۵).

گروه از جامعه با این علامت مرتبط است؟ رستوران داران، مشتریان رستوران‌ها یا تولیدکنندگان آرد سوخاری. اهمیت تعیین جامعه هدف (گروه مرتبط) در برخی از آراء مراجع اتحادیه اروپا و همچنین رویه قضایی آمریکا کاملاً برجسته است.

در پرونده علامت «بوستونگورکا»^۱ (ثبت شده برای مخلوط خیارشور خردشده)، خواهان دعوی لغو علامت به نظرسنجی از میان مصرف کنندگان این کالا استناد کرد اما مالک علامت اعتقاد داشت که باید به نظرسنجی از میان واسطه‌ها یعنی اشخاص فعال در فروشگاه‌های مواد غذایی، تهیه غذا و غرفه‌های اغذیه توجه شود (Case C-371/02, 2004: para. 26). دیوان دادگستری اروپا در این پرونده اعلام کرد که، در تعیین ژنریک شدن علامت، ادراک مصرف کننده نهایی دارای اهمیت اساسی است؛ البته حسب ویژگی‌های بازار ممکن است فهم کسانی که به لحاظ تجاری با محصول مرتبط هستند نیز در نظر گرفته شود (Visser, 2014: 112). در پرونده «کورنزیپتز» نیز دیوان دادگستری اروپا صرفاً نظر مصرف کننده نهایی را در ژنریک شناختن علامت دخیل (Case C-409/12, 2014: para. 23-25) دانست و اعلام کرد که اطلاع فروشندگان کالا از نقش کورنزیپتز، به عنوان علامت، مانع لغو آن نخواهد شد (Wilks and Oldroyd, 2013: 58). در پرونده دیگری، «دادگاه عمومی اروپا»^۲ تصمیم اداره مالکیت فکری اتحادیه مبنی بر ژنریک شناختن علامت «اسپینینگ»^۳ برای لوازم ورزشی (طبقه ۲۸) و ارائه خدمات ورزشی (طبقه ۴۱) را به دلیل اشتباه در تعیین جامعه هدف و تکیه صرف بر ادراک مصرف کنندگان نهایی جهت تعیین ژنریک شدن ابطال کرد (Case T-718/16, 2018). وفق نظر دادگاه، «مشتریان حرفه‌ای» این بازار اعم از نمایندگان تجاری باشگاه‌های ورزشی و مراکز توان بخشی، به عنوان خریدار حجم وسیعی از کالاهای مربوطه در بازار لوازم ورزشی، نقش حیاتی و نیز تأثیر فراوانی بر روی خرید و استفاده مصرف کنندگان نهایی محصولات دارند و باید در تعیین ژنریک شدن علامت مدنظر قرار گیرند (Kull, 2019).

در آمریکا نیز در پرونده‌ای، دادگاه تجدیدنظر در ارتباط با ژنریک شدن علامت «تاچ لس»^۴، در زمینه نوعی از خدمات شست و شوی خودرو، در نظر گرفتن تولیدکنندگان و واسطه‌های فروش ابزار کارواش، به عنوان جامعه هدف برای تعیین ژنریک شدن، را مردود اعلام کرد و افزود به دلیل اینکه علامت مربوط به «خدمات» و نه ابزار کارواش است، خریداران خدمات کارواش، یعنی دارندگان

1. Bostongurka
2. General Court (European Union)
3. SPINNING
4. TOUCHLESS

اتومبیل و عوامل کارواش، باید به عنوان جامعه هدف منظور شوند (Magic Wand, Inc. v. RDB, Inc., 1991). به طور مشابه، دادگاه تجدیدنظر آمریکا علامت «چوراسکو» را که نام نوعی غذاست به دلیل اینکه مصرف کنندگان خدمات رستوران آن را نام نوعی رستوران می دانند، ژنریک تشخیص داد (In re Cordua Restaurants, Inc, 2016). در پرونده «فایرسایدر»^۱، دادگاه ابراز داشت: جامعه هدف متشکل از مصرف کنندگان بالقوه یا بالفعل کالا [یا خدمت] است و در صورتی که محصول برای «گروه خاص یا معینی از جامعه» تولید یا عرضه شود، ادراک همان گروه از جامعه ملاک عمل خواهد بود. توضیح اینکه عبارت «فایرسایدر» در زمان ثبت به یک مکمل رژیمی گیاهی اشاره داشت اما بعد از ثبت برای موارد دیگری مثل سس سالاد به کار رفت. دادگاه در بررسی ادعای ژنریک بودن علامت در زمان ثبت صرفاً جامعه مصرف کننده محصول به عنوان مکمل گیاهی را برای تشخیص ژنریک بودن در نظر گرفت و مصرف کنندگان کاربردهای بعدی محصول را لحاظ نکرد (Shire City Herbals, Inc. v. Mary Blue, 2019).

در حقوق ایران نیز می توان گفت عامل اصلی در تعیین ژنریک بودن علامت، ادراک مصرف کنندگان نهایی کالا یا خدمت مربوطه بوده اما ممکن است مصرف کننده نهایی از وجود برخی از کالاها و علامت تجاری آنها اطلاعی نداشته باشد. دادگاه های ایران برای تعیین جامعه هدف، که امری قضایی است، ابتدا باید مخاطب اصلی محصول یا مشتقات آن یا مخاطب خدمات را تعیین کرده و سپس فهم مخاطب از علامت را مورد سنجش قرار دهند. با اعمال این روش در مثال فرضی مطرح شده (آرد سوخاری سیتار)، در ارتباط با تشخیص ژنریک شدن «سیتار» برای خدمات رستوران، مشتریان رستوران به عنوان جامعه هدف محسوب می شوند، چراکه مخاطب خدمات آنها هستند. اما مخاطبان کالا، در مورد ژنریک شدن علامت برای تولید آرد سوخاری، فست فودها و رستوران ها و به طور کلی مصرف کنندگان آرد سوخاری هستند و نه مشتریانی که برای صرف غذا به رستوران ها مراجعه می کنند.

۳-۳. ادراک مصرف کنندگان و معیارهای تکمیلی

فرض کنید «الف» از «ب» درخواست کند که «برای من اسنپ بگیر» و «ب» از طریق برنامه «تپسی»^۲ برای «الف» خودرو به مقصد معین فراهم می کند. آیا منظور «الف» از «اسنپ»^۳ هر برنامه آنلاین حمل و نقل درون شهری است یا این صرفاً درک و فهم «ب» از «اسنپ بگیر» می باشد؟ اگر ادعا

1. Fire Cider
2. TAP30
3. Snapp

شود «اسنپ» عام و ژنریک گردیده است چگونه باید، پس از تعیین نوع خدمات (تاکسی آنلاین) و تعیین جامعه هدف (کابران برنامه‌های تاکسی آنلاین)، ادراک مصرف‌کنندگان را ارزیابی کرد؟

پس از مشخص کردن طبقه عرفی کالا یا خدمت و تعیین جامعه هدف، باید قدرت تمایز بخشی علامت از دید گروه مرتبط سنجیده شود. به عبارتی باید به این پرسش پاسخ داد که «معنای اصلی» عبارت از دید مصرف‌کننده «نوع کالا یا خدمت» است یا «منشأ کالا یا خدمت» (Brody, 2015: 479). اگر پاسخ «نوع کالا یا خدمت» باشد، علامت فاقد تمایز بخشی محسوب می‌شود. به دیگر سخن، اینکه مصرف‌کنندگان از علامت چه معنایی را متوجه می‌شوند و تفسیر آنان از علامت چیست، وضعیت تمایز بخشی و حیات علامت را مشخص می‌کند (Brown, 2018: 1172). با عنایت به اینکه کارکرد تمیزدهندگی علامت در تشخیص ژنریک بودن یا ژنریک شدن محور اصلی است، تحلیل دادگاه باید حول این محور باشد که آیا علامت قدرت تمیزدهندگی منشأ کالا یا خدمت را در صورت استفاده مصرف‌کنندگان دارد یا خیر (Reirson, 2017: 720). برخی معتقدند که علامت قابل حمایت به پرسش‌های ذهنی مصرف‌کننده از جمله «تو که هستی؟ از کجا می‌آیی؟»^۱ و «چه شخصی تو را تأیید می‌کند؟» پاسخ می‌دهد (Levy, 2005: 1200). زمانی که مصرف‌کننده علامت «بی.ام.و.»^۲ را می‌بیند، علامت به وی این معنا را می‌رساند که «من یک خودرو هستم که توسط شرکت «بایریشه موتورن ورکه»^۳ آلمان تولید شده‌ام». در مقابل، اگر علامت به این پرسش ذهنی پاسخ دهد که «تو چه هستی؟»^۴، دارای ویژگی تمیزدهندگی و شناسایی منشأ نیست یا آن را از دست داده است و علامت ژنریک محسوب می‌شود (Levy, 2005: 1200). بدین ترتیب، اگر دادگاه تشخیص دهد که معنای اولیه علامت از دید اکثریت مصرف‌کنندگان^۵ معرف کالا یا خدمت است، علامت به حوزه عمومی لغات در زبان مردم می‌پیوندد و دیگر قابل حمایت نیست؛ اگر مصرف‌کننده

1. Who are you? Where do you come from?

2. What are you?

3. Bayerische Motoren Werke(BMW)

4. What are you?

۵. درخصوص علامت تجاری ژنریک می‌توان مصرف‌کنندگان را از جهت ادراک به سه گروه تقسیم کرد: گروه نخست

مصرف‌کنندگانی هستند که از نقش تعیین‌کنندگی منشأ علامت آگاه نیستند و از علامت برای تعیین طبقه‌ای از کالا یا

خدمت استفاده می‌کنند. گروه دوم کسانی هستند که از نقش تعیین‌کنندگی منشأ علامت آگاه هستند و علامت را برای

تعیین طبقه‌ای از کالا یا خدمت استفاده یا درک نمی‌کنند. در نهایت دسته سوم متشکل از مصرف‌کنندگانی است که

می‌دانند که علامت دارای معنای تعیین‌کننده منشأ کالا یا خدمت است اما از علامت در معنای تعیین‌کننده طبقه کالا

یا خدمت نیز استفاده می‌کنند (Folsom & Teply, 1980: 1340).

معنای اولیه عبارت را نام کالا یا ویژگی آن بداند، عبارت نمی‌تواند کارکرد علامت را ایفا کند (Heymann, 2010: 1330). مرجع ثبت یا دادگاه در ارزیابی معنای اصلی علامت، که در راستای تعیین ادراک مصرف‌کنندگان تعیین می‌شود، باید به چندین معیار دیگر توجه نماید: (۱) کلمات مترادف و جایگزین علامت؛ اگر مصرف‌کنندگان و رقبا برای اشاره به کالا یا خدمت، عبارتی به غیر از کلمه علامت شده نداشته باشند، اعطای حقوق انحصاری به علامت صحیح نیست (Ingram, 2004: 160). در مقابل، اگر نام مترادف وجود داشته باشد و رقبا بتوانند از آن استفاده کنند، حمایت از علامت ممکن است (Coverdal, 1984, 887)، مگر آنکه نام جایگزین و مترادف بسیار سخت و طولانی باشد (Ingram, 2004: 160). (۲) تسهیل رقابت یا ایجاد مانع؛ دادگاه باید به اثر رقابتی اعطای انحصار به یک واژه عام توجه کند و به این پرسش پاسخ دهد که آیا اعطای انحصار به یک شخص رقبا را در موقعیت وضعی که به کیفیت محصول و اعتبار بنگاه ارتباط ندارد قرار می‌دهد یا خیر (Desai & Rierison, 2007: 1851). (۳) نحوه استفاده دارنده علامت تجاری؛ وقتی دارنده، خود، از علامت به عنوان نام عام استفاده می‌کند، مصرف‌کنندگان و رقبا نیز، پیرو استفاده دارنده، از علامت برای اشاره به نام کالا یا خدمت استفاده می‌کنند. (۴) احتمال گمراهی مصرف‌کنندگان؛^۱ در این معیار باید بررسی کرد که آیا لغو یا ابطال علامت ژنریک گمراهی مصرف‌کنندگان را به دنبال دارد یا خیر (Stern, 1983: 678). در این معیار باید مصرف‌کنندگانی که همچنان علامت را تمیزدهنده می‌دانند را مد نظر قرار داد. (۵) نحوه ثبت علامت؛ واژه عام ممکن است صرفاً بخشی از نشان تمیزدهنده کالاها و خدمات یک بنگاه از بنگاه دیگر باشد (Greene, 2014: 107). علامت عامی که به همراه سایر عناصر ظاهری توانسته‌اند در ذهن مصرف‌کننده تمایز بخشی ایجاد کند یا آن تمایز را حفظ کند، مستحق لغو یا ابطال نیست. برای مثال، اگرچه «وازلین» به طور عام استفاده می‌شود، اما «وازلین» با قلم خاص و برچسب آبی خود همچنان در ذهن مصرف‌کننده تمیزدهنده است (Greene, 2014: 107).

دادگاه‌ها همچنین باید به استفاده تجاری و استفاده غیرتجاری مصرف‌کننده توجه کنند (Desai & Rierison, 2007: 1846). ممکن است مصرف‌کنندگان در مکالمات روزمره علامت را به طور عام استفاده کنند، اما در زمان خرید علامت را برای اشاره به کالای خاص متعلق به بنگاه معین بر زبان آورند. در نتیجه، علامت در چنین حالتی معنای اصلی خود را، که «منشأ کالا» بوده، از دست نداده است. می‌توان گفت، صرف‌نظر از نحوه استفاده غیرتجاری مصرف‌کننده، مادام که علامت در ذهن

1. Likelihood of Confusion

جامعه هدف معنای تمیزدهندگی و علامت تجاری بودن را داشته باشد، علامت ژنریک محسوب نمی‌شود (Hopkins, 2018: 181). در پرونده «گوگل»^۱ در آمریکا، خواهان با این استدلال که گروهی از جامعه از عبارت گوگل به صورت فعل برای جست‌وجوی اینترنتی استفاده می‌کنند، لغو علامت به جهت ژنریک شدن را درخواست کرد (Elliott v. Google, Inc., 2017: para. 1155). دادگاه متذکر شد که علامت تجاری هم می‌تواند از نظر گرامری به صورت اسم یا فعل استفاده شود و هم نقش شناسایی منشأ کالا یا خدمت را ایفا کند (Hughes, 2018: 286) و پرسش اصلی این است که کسانی که در اینترنت جست‌وجو می‌کنند در ذهن خود گوگل را یک موتور جست‌وجوی خاص می‌دانند یا عبارتی عام برای موتور جست‌وجو به طور کلی (Hopkins, 2018: 175). در واقع تأکید اصلی دادگاه در این پرونده بر «ادراک عموم» و نه صرف «استفاده عموم»^۲ قرار دارد (Hughes, 2018: 286).

در پرونده اکبرجوجه شعبه یکم دیوان عالی کشور و شعبه دهم تجدیدنظر استان تهران به هیچ عنوان ادراک مصرف‌کنندگان را بررسی نکرده‌اند و آزمون و دلیلی برای تمایز بخشی علامت «اکبرجوجه» برای خدمات رستوران یا فقدان آن در آرای مراجع مذکور دیده نمی‌شود^۳ و این پرسش که از دید مصرف‌کنندگان رستوران «اکبرجوجه» چه معنا و مفهومی دارد، بی‌پاسخ رها شده است. البته شایان ذکر است که شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران، با استناد به قیمت‌گذاری غذا توسط اتحادیه رستوران‌داران به عنوان معیار استفاده رقبا، معنای اصلی اکبرجوجه برای خدمات رستوران را «منشأ خدمت» ندانسته و این امر برتری استدلال رأی شعبه مذکور بر رأی شعبه یکم دیوان عالی محسوب می‌شود. از دیگر سو، آثار ترجیح یک بنگاه به سایر بنگاه‌ها و اعطای انحصار برای صرفاً نام غذا، که در زبان عام مردم نام مترادف ندارد، اعم از آثار رقابتی و احتمال سردرگمی مصرف‌کنندگان مورد توجه شعبه یکم دیوان عالی قرار نگرفته است.

با توجه به مطالب فوق، برای اظهار نظر در خصوص عام شدن علامت «اسنپ» باید کلمات مترادفی که مصرف‌کنندگان استفاده می‌کنند را یافت و سپس باید دید آیا زمانی که مصرف‌کننده از

1. Google

2. Public Usage

۳. نکته شایان توجه آن است که دادگاه بدوی نیز در پرونده اکبرجوجه نه ادله اثباتی برای تمایز بخشی ارائه می‌کند و نه چگونگی احراز تمایز بخشی از استفاده مستمر از علامت عام را بیان می‌کند. اساساً عدم گمراهی مصرف‌کننده را قاضی رسیدگی کننده بررسی می‌کند و ادارک مصرف‌کنندگان را در نظر نمی‌گیرد.

عبارت اسنپ استفاده می‌کند، تاکسی آنلاین شرکت خاصی را مدنظر دارد یا اینکه از این عبارت برای اشاره به نوع خدمات تاکسی آنلاین بهره می‌جوید.

۳-۴. ادله اثبات

دادگاه‌ها چگونه باید تمایزبخشی را از دید جامعه هدف یا گروه مرتبط بررسی کنند؟ چگونه معنای کلمه را در ذهن مصرف‌کننده آن محصول به دست می‌آورند؟ استفاده از «ابزارهای زبانی»^۱ از جمله فرهنگ لغات، رسانه‌ها و کتاب‌ها^۲ (Hoopes, 2019: 416) به همراه ارجاع به کارشناس زبان‌شناسی^۳، نظرسنجی‌های مصرف‌کنندگان^۴، شهادت اشخاص فعال در صنف مرتبط و شیوه استفاده از علامت در رسانه‌ها می‌توانند دلایل مثبت عام‌بودن یا نبودن علامت و تعیین معنای اصلی آن باشند (Brown, 2012: 462). همچنین در کنار سایر ادله می‌توان از نتایج جست‌وجو در موتورهای جست‌وجوگر اینترنتی مثل گوگل جهت احراز ژنریساید استفاده کرد (Ouellette: 2014: 354)؛ زیرا می‌توان هدف مصرف‌کننده از جست‌وجوی عبارات و کلیدواژه‌های خاص را تشخیص داد (Ouellette: 2014: 376). برای مثال، اگر مصرف‌کنندگان در گوگل عبارت «رستوران اکبرجوجه» را جست‌وجو می‌کنند، به دنبال رستوران متعلق به «برادران کلبادی» هستند یا هر رستورانی که غذای اکبرجوجه را سرو می‌کند.

در میان دلایل مذکور، نظرسنجی‌ها رایج‌ترین دلیل جهت اثبات ژنریک‌بودن یا شدن علامت در سایر کشورها هستند (Jay, 2009: 119). اگر نظرسنجی به‌درستی انجام شود و پرسش‌های آن بی‌طرفانه و روشن باشد و پاسخ‌ها نشان دهند که اکثر مصرف‌کنندگان کلمه را به‌عنوان علامت نمی‌شناسند، علامت نقش تمایزبخشی خود را ایفا نمی‌کند و در نتیجه عام تلقی می‌شود (Carrere, 2017: 63). در مقابل، اگر نظرسنجی آشکار سازد که مصرف‌کننده کلمه را نشان معرفی یک بنگاه می‌داند، تمایزبخشی اثبات می‌شود و نباید علامت را عام دانست (Carrere, 2017: 63). از منظر تطبیقی، در پرونده‌های مختلف مطرح‌شده در آمریکا درخصوص بررسی عام‌شدن علانم، نظرسنجی‌ها و انواع مختلف آن‌ها به‌عنوان ادله اثباتی نقشی کلیدی دارند و مورد پذیرش دادگاه‌ها هستند (Brown, 2015: 465-466). اداره مالکیت فکری اتحادیه اروپا نیز نظرسنجی را به‌عنوان دلیل جهت شناخت ادراک عموم مورد پذیرش قرار می‌دهد (EUIPO, 2020: 514). البته چنین

1. Linguistic Tools

۲. مثلاً کتاب آشپزی درخصوص علامت اکبرجوجه.

3. Linguistic Expert

4. Consumers Surveys

نظرسنجی‌هایی باید بی‌طرفانه بوده و نمونه‌گیری آن‌ها صحیح باشد (EUIPO, 2020: 514). پرسش‌ها نباید به جوابی خاص هدایت‌کننده و ترغیب‌کننده باشند (T-72/11, 2012: para. 79). همچنین نمونه‌گیری از جامعه هدف باید به صورت تصادفی و نمایانگر کل جامعه باشد (T-25/11, 2013: para. 88). شایان توجه است که میزان اعتبار نظرسنجی به روش تحقیق و نمونه‌گیری آن بستگی دارد (T-277/04, 2006: para. 38-39).

در حقوق ایران، پس از گذشت ۸۹ سال از تصویب قانون مصوب ۱۳۱۰ و ۱۳ سال از قانون ۱۳۸۶، همچنان ادله اثبات در دعاوی مالکیت صنعتی به‌ویژه علائم تجاری و اختراعات نه تنها به بلوغ نرسیده که هیچ پیشرفتی هم نداشته و می‌توان اذعان داشت که فاصله زیادی با قوانین و رویه‌های سایر کشورها دارد و این امر اساساً نقص بزرگی محسوب می‌شود. در مواد ۳۲، ۴۰، ۴۳، ۴۷ و ۴۸ قانون ۱۳۸۶ به عبارت «عموم» و در ماده ۱۲۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مصوب ۱۳۸۷ به نظر «مصرف‌کننده عادی» اشاره شده است، اما دادگاه‌های ایران چگونه نظر مصرف‌کننده را خواه در دعوی نقض به لحاظ گمراهی و خواه در دعوی عام‌شدن علامت احراز می‌کنند؟ تقریباً هیچ‌یک از دلایل اشاره‌شده به‌ویژه نظرسنجی جایگاهی در رسیدگی‌های دادگاه‌های ایران ندارند.^۱ در عموم پرونده‌ها بدون ارجاع به کارشناس^۲ یا با ارجاع امر به کارشناس رسمی دادگستری با صلاحیت «ثبت شرکت‌ها، علائم تجاری و اختراعات» شباهت گمراه‌کننده را بررسی می‌کنند. برخی بر این عقیده‌اند که در خصوص تشخیص شباهت میان علائم، ملاک مدنظر قانون‌گذار شباهت از دید مصرف‌کنندگان عادی است و نگاه کارشناسی یا تخصصی برخلاف نظر قانون‌گذار است (اندرز و بابایی، ۱۳۹۵: ۱۰). بدیهی است که کارشناس یا قاضی صرفاً یک مصرف‌کننده هستند و نتیجه تحقیق با جامعه آماری یک نفر یا سه نفر را نمی‌توان به کل جامعه مصرف‌کنندگان تعمیم داد. ناگفته نماند که اساساً بررسی قاضی یا کارشناس به صورت شهودی بوده و بیم اعمال سلیقه در تشخیص شباهت گمراه‌کننده و عام‌شدن علامت وجود دارد. در پرونده تفلون^۳ در سال ۱۳۹۴، صرفاً از دید قاضی، علامت عام تشخیص داده می‌شود. به طور

۱. البته این امکان وجود دارد که استناد به چنین دلایلی کم رخ دهد یا آرای مستند به دلایل مذکور در دسترس نباشند.

۲. به نظر می‌رسد چنین رویکردی ناشی از رأی وحدت رویه شماره ۱۶۷۳ - ۱۳۳۷/۷/۶ باشد. در این رأی آمده است: «... چون با توجه به ماده ۴۴۴ آیین دادرسی مدنی دادگاه ملزم به ارجاع به کارشناس نبوده، نقض حکم از جهت عدم رجوع به کارشناس مورد نداشته بنابراین نظریه شعبه پنجم دیوان عالی کشور صحیح است.»

۳. دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۵۵۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۵/۲۱ صادره از شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران: «... کلمه تفلون نیز در عرف یک واژه عام بوده و با توجه به تفاوت فاحش علامت ثبت شده تجدیدنظرخواه با علامت

مشابه، در پرونده اکبرجوجه تمایزبخشی علامت در شعبه یکم دیوان عالی کشور از دید قضات رسیدگی کننده احراز گردیده و نه از نظر مصرف کننده. در مقابل، شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران جهت تقویت نظر قضات رسیدگی کننده، به عنوان افرادی از جامعه مصرف کنندگان، به دلایل دیگری از جمله منوی رستوران ها و اتحادیه رستوران داران استناد می کند.

نتیجه

نظام حمایت از علائم تجاری هم زمان که به حقوق دارنده علامت می اندیشد، به حقوق مصرف کنندگان و رقبا نیز نظر دارد؛ بنابراین برداشتن هر گام در این مسیر مستلزم توجه توأمان به این ارکان است. تمایزبخشی علامت، به مثابه شرط تضمین کننده تمامی این ارکان، حلقه مفقوده زنجیره حمایت از علامت عام محسوب می شود. جامعه انحصار و حمایت قانونی برانده قامت علامتی نیست که توان تعیین منشأ کالا یا خدمت را ندارد یا چنین قدرتی را از دست داده و در نظر مصرف کنندگان به نام عام یا اسم جنس کالا یا خدمت بدل گردیده است. در واقع در چنین فرضی، علامت به جزئی از پیکر زبان عرف مردم تبدیل شده و استفاده انحصاری از آن مصرف کنندگانی که علامت را به عنوان نام کالا یا خدمت یا جزء اساسی خدمت می شناسند به ورطه گمراهی روانه کرده و رقبا نیازمند به استفاده از عبارت برای نامیدن یا معرفی کالا یا خدمت خود را به نحوی ناروا از استفاده از عبارت محروم خواهد ساخت که دشواری ورود رقبا جدید به بازار را به دنبال دارد. به منظور زدودن انحصار از چهره علائم عام، چنین علائمی غیرقابل ثبت و در صورت ثبت قابل ابطال هستند. مرگ علامت تجاری به مثابه پدیده ای زبان شناختی و اجتماعی ممکن است در هر زمان پس از ثبت گریبان گیر علامت دارای تمایزبخشی شود؛ بدیهی است پیامد چنین فرایندی از بین رفتن انگیزه قانون گذار از حمایت تمام قد از علامت خواهد بود. به همین دلیل است که در برخی از نظام های حقوقی، علامت پس از چنین پدیده ای قابل لغو اعلام شده است. اگرچه حمایت از علامت تا زمان دارا بودن تمایزبخشی دارای توجیه است، اما پس از آن موجهی برای حمایت وجود ندارد و منافع مصرف کنندگان و سایر فعالان بازار خاتمه حمایت از علامت را هشدار می دهد. نیک روشن است که فرایند ابطال یا لغو علامت زمان بر بوده و دارنده علامت تا زمان ابطال یا لغو آن طرح دعوی نقض علامت به دلیل استفاده از سوی رقبا را از حقوق حقه خود خواهد پنداشت؛ از این رو در بسیاری از نظام های حقوقی، ژنریک شدن علامت در کالبد دفاع و استثنای حقوق دارنده علامت در دعوی

خواهان موجهی برای گمراهی مصرف کنندگان وجود نداشته و کلمه مورد اختلاف در علامت شماره ۱۱۵۴۳۸ مورخ ۸۳/۷/۲۳ نیامده و جزء اجزاء علامت متنازع فیه نیز نمی باشد...».

نقض رخ می‌نماید و دستاویزی برای استفاده‌کننده دارای حسن نیت برای رهایی از محکومیت است؛ مادامی که استفاده از علامت دیگری برای شناساندن کالا و خدمات بنگاه دیگر ضروری باشد و مخاطبان نیز علامت را معرف کالا یا خدمت و نه معرف بنگاه بدانند، گمراهی ایشان و نقض علامت منتفی خواهد بود.

پس از گذشت حدود یک قرن از سابقه قانون‌گذاری راجع به علامت تجاری در ایران، اگرچه عدم قابلیت ثبت علامت ژنریک و امکان ابطال آن از لزوم شرط تمایز بخشی قابل برداشت است، اما در این خصوص به علامت عام یا ژنریک اشاره‌ای نشده و به‌علاوه هنوز از پیش‌بینی لغو علامت عام‌شده و ذکر آن به‌عنوان استثنای حقوق دارنده علامت اثری به چشم نمی‌خورد. برخی از نویسندگان علامت را در فرض ژنریک شدن قابل ابطال می‌دانند که جدای از اینکه چنین ضمانت‌اجرائی برای عام‌شدن علامت از قانون استنباط نمی‌شود، به‌جهت عدم رعایت حقوق دارنده علامت تا زمان ژنریک شدن باید آن را مردود دانست. به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران باید به‌روشنی علامت را در فرض ژنریک شدن قابل لغو اعلام کند و عام‌شدن را در زمره دفاعیات قابل طرح در دعوی نقض برشمرد. با پیش‌بینی سازوکار لغو علامت یا عدم قابلیت ثبت علامت عام‌شده، شرکت‌های خارجی جهت یافتن نوش‌دارو برای علامت خود بر آن خواهند شد تا در ایران فعالیت کنند و از مرگ علائم خود جلوگیری نمایند که چنین فعالیت‌هایی، حتی در شکل کمیته خود، منافع اقتصادی برای کشور به ارمغان خواهند آورد. به‌علاوه، به‌دلیل اینکه ژنریک شدن علامت در خصوص کالاهای جدید که در زبان فارسی دارای نام نیستند امری شایع است، لغو علامت استفاده بخشی از جامعه از چنین لغاتی را میسر کرده و رفع خلأهای زبانی را ممکن می‌سازد.

احراز عام‌شدن علامت در هر مرجعی مستلزم طی مراحل است: نخست، به‌منظور پاسخ به این پرسش که مصرف‌کنندگان علامت را راجع به کدام کالاها یا خدمات عام می‌دانند، باید طبقه معنایی کالاها یا خدمات بر اساس ویژگی برجسته آن‌ها تعیین گردد؛ عنایت به این مهم ضروری است که در صورتی که نام یک کالا به‌عنوان ویژگی کلیدی خدمات درک شود، آن نام به‌عنوان علامت تجاری برای آن خدمات قابل حمایت نخواهد بود. در گام دوم، باید جامعه هدف و مخاطب علامت تعیین گردد؛ در این گام باید درصد پاسخ به این پرسش بود که عام‌بودن علامت باید از دید کدام گروه از عموم جامعه سنجیده شود. تدقیق در رسیدگی‌های برخی از کشورها حاکی از این است که جامعه هدف کسانی محسوب می‌شوند که در انتخاب نهایی برای خرید کالا یا خدمت دخیل هستند. در نهایت، باید ادراک و تلقی جامعه هدف از علامت سنجیده شود و در این خصوص صرف استفاده عموم از علامت به معنای ژنریک شدن علامت نخواهد بود. در راستای تعیین ادراک جامعه هدف

می‌توان از ابزار مختلف از جمله رجوع به فرهنگ‌های لغات و روزنامه‌ها، ارجاع به کارشناس زبان‌شناسی، شهادت اشخاص دخیل در صنف مربوطه و نظرسنجی از جامعه بهره جست. نظرسنجی‌ها در کشورهای مختلف از جمله رایج‌ترین ادله هستند و البته نباید به‌صورت صرف و بدون توجه به سایر ابزارها مورد استناد قرار گیرند.

با اندکی تسامح می‌توان گفت در پرونده «اکبر جوجه» ردپایی از طی مراحل مذکور و استفاده از ادله احراز ژنریک شدن در هیچ‌یک از دادگاه‌های بدوی، تجدیدنظر و دیوان عالی کشور دیده نمی‌شود و از شاه‌کلید «ادراک مصرف‌کنندگان» در رسیدگی‌ها اثری در میان نیست؛ کاملاً هویداست که در این خصوص ادراک قضات رسیدگی‌کننده جانشین ادراک مصرف‌کنندگان گردیده است. البته در مرحله پژوهش، دادگاه برای تقویت ادراک قضات رسیدگی‌کننده به استفاده رقبا از این علامت اشاره کرده است. تحلیل شعبه یکم دیوان عالی کشور بیشتر بر تلقی از علامت به‌عنوان «مال» مبتنی است، حالی که نظام حمایت از علامت تجاری نه فقط بر منافع دارنده بلکه بر حفظ حقوق مصرف‌کنندگان نیز تأکید دارد. همچنین مرجع اخیر نام غذا را برای رستوران ارائه‌دهنده آن غذا قابل حمایت می‌داند، درحالی که اگر نام غذا عنصر اساسی خدمات رستوران ارائه‌دهنده آن غذا باشد، از جمله به‌دلیل لزوم استفاده سایر بنگاه‌های ارائه‌دهنده آن غذا عام بوده و قابل حمایت نیست. خلاصه، می‌توان گفت بر اساس یافته‌های این نوشتار دادنامه تجدیدنظر صرف‌نظر از استدلال‌ها در بخش نتیجه رأی صحیح است و دادگاه بدوی و شعبه یکم دیوان عالی کشور هم در زمینه استدلال و هم درخصوص نتیجه آراء خود از طریق صواب فاصله دارند.

منابع

فارسی

- احمدیان مقدم، فرید و میرقاسم جعفرزاده (۱۳۹۶)، «معیارهای احراز نقض علامت تجاری بر اساس ضوابط عام مسوولیت مدنی و خصوصیات علائم تجاری در حقوق ایران و ایالات متحده»، پژوهشنامه بازرگانی، دوره ۲۲، شماره ۸۵.
- السان، مصطفی و سیدمجتبی باقرزاده خسروشاهی (۱۳۹۳)، «مفهوم، ماهیت و مصادیق متمایزکنندگی علامت تجاری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، بهار ۱۳۹۳، ویژه‌نامه شماره ۱۶.
- اندرز، داود و المیرا بابایی (۱۳۹۵)، «نقض حقوق صاحب علامت تجاری در حقوق ایران و انگلستان»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل، دوره ۹، شماره ۳۲.
- بادینی، حسن و مجید حسین زاده، سمانه محبی فرد (۱۳۹۳)، «بررسی نظریه استفاده منصفانه قانونی (کلاسیک) در علائم تجاری توصیفی»، پژوهشنامه بازرگانی، دوره ۱۹، شماره ۷۳.
- تاریخچه اکبرجوجه (۱۳۹۵، خرداد)، اکبرجوجه، قابل دسترسی در: <http://www.akbarjoojeh.com/2016/05/24/43093/> (آخرین مراجعه: ۱۳ اردیبهشت، ۱۳۹۹)
- حسینی، راضیه (۱۳۹۸)، «برندهایی که نام کالا شدند»، زندگی سلام: ضمیمه روزنامه خراسان، شماره ۲۰۲۴۰.
- حکمت‌نیا، محمود و عباس عبادتی وایقان، مهدی معلی (۱۳۸۹)، «تحولات بین‌المللی در حوزه حمایت حقوقی از نشانه‌های جغرافیایی با تأکید بر فرش‌های ایرانی»، حقوق اسلامی، دوره ۷، شماره ۲۷.
- ساورایی، پرویز و مصطفی کوشکی (۱۳۹۵)، «مطالعه تطبیقی مبانی مطلق امتناع از ثبت علامت تجاری در حقوق ایران و استرالیا»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، پاییز ۱۳۹۵، شماره ۲۹.
- شمس، عبدالحمید (۱۳۹۲)، حقوق مالکیت بر علائم تجاری و صنعتی، چاپ دوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت).
- شیخی، مریم (۱۳۹۵)، راهبردهای قانون‌گذاری در حقوق مالکیت صنعتی، چاپ سوم، تهران: انتشارات خرسندی.
- صادقی، سوره (۱۳۹۸)، «علائم تجاری غیر سنتی»، پژوهش‌های حقوقی، دوره ۹، شماره ۱۷.
- صادقی، محسن و صادق شمشیری (۱۳۹۳)، «مبانی حمایت از علامت تجاری از دیدگاه نظریه هزینه جست و جوی مصرف‌کننده»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۷، شماره ۵۶۴.
- فرهنگستان زبان و ادب فارسی [واژه‌های مصوب] (بی‌تا)، پاورپوینت؛ جکوزی، قابل دسترسی در: <https://wiki.apll.ir/word/index.php> (آخرین مراجعه: ۱۳ اردیبهشت، ۱۳۹۹)
- فصیحی زاده، علیرضا و احسان مومنی تدرجی، محمد باقرپور (۱۳۹۵)، «بررسی تطبیقی شروط ماهوی علائم تجاری با تأکید بر علائم رنگی و سه بعدی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۷، شماره ۲.
- مدنی، مهسا و زهره فرخی (۱۳۹۷)، «مطالعه تطبیقی عناصر نقض علامت تجاری در حقوق آمریکا و ایران»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۷، شماره ۲۴.

- میرحسینی، سیدحسن (۱۳۹۰)، **حقوق علائم تجاری**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- وصالی محمود، رضا (۱۳۸۴)، «مطالعه تطبیقی حقوق ناشی از ثبت علامت تجاری»، **مجله حقوقی دادگستری**، دوره ۶۹، شماره‌های ۵۰ و ۵۱.

غیرفارسی

- Beebe, Barton (2003), "The semiotic analysis of trademark law", **UCLA Law Review**, no.51.
- Beebe, Barton; Fromer, Jeanne C. (2018), "Are We Running Out of Trademarks: An Empirical Study of Trademark Depletion and Congestion", **Harvard Law Review**, Vol. 131, no. 4.
- Beebe, Barton; Hemphill, C. Scott. (2017), "The Scope of Strong Marks: Should Trademark Law Protect the Strong More than The Weak", **New York University Law Review**, Vol. 92 no. 5.
- Bodenhausen, Georg H. C. (1968), **Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property**, BIRPI (United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property), Geneva, Switzerland.
- Bouchoux, Deborah E. (2013), **Intellectual Property the Law of Trademarks, Copyrights, Patents, and Trade Secrets**, Fourth Edition, New York: Cengage Learning.
- Bradford, Laura R. (2008), "Emotion, Dilution, and the Trademark Consumer", **Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 23, no. 4.
- Brody, Peter J. (2015), "Reprotection for Formerly Generic Trademarks", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 82, no. 1.
- Brown, Christopher (2018), "Let Me Google That for You: Elliott v. Google and Its Conflicts with the Genericide Doctrine in a Digital Age", **Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 33.
- Brown, Scott (2012), "I Tweeted on Facebook Today: re-evaluating trademark genericide of internet-based trademarks", **Journal of Law and Policy for Information Society**, Vol. 7, no. 2.
- Butters, Ronald R. (2010), "Trademark linguistics Trademarks: language that one owns", In Coulthard M. & Johnson (Eds.), **The Routledge Handbook of Forensic Linguistics** (pp. 379-392), New York: Routledge.
- Butters, Ronald R.; Westerhaus, Jennifer (2004), "Linguistic change in words one owns: How trademarks become generic", In Curzan A. & Emmons K. (Eds.) **TOPICS IN ENGLISH LINGUISTICS: Studies in the history of English Language II** (pp.111-126), Berlin: Mouten de Gruyter.
- C-409/12 (2014), **Backaldrin Österreich The Kornspitz Company GmbH v Pfahnl Backmittel GmbH**, Judgment of the Court (Third Chamber).
- Carrere, Taylor (2018), "The Battle of the Verbs: The Ninth Circuit's Reconciliation of "Verbing" with Trademark Law and Practices", **North Carolina Journal of Law & Technology**, Vol. 19, no. 4.
- Case C-371/02 (2004), **Björnekulla Fruktindustrier AB, v. Procordia Food AB**, JUDGMENT OF THE COURT (Sixth Chamber).

- Case T718/16 (2018), **Mad Dogg Athletics, Inc. v. European Union Intellectual Property Office (EUIPO)**, JUDGMENT OF THE GENERAL COURT (Ninth Chamber).
- Clankie, Shawn (2002), **A theory of genericization on brand name change**, New York: The Edwin Mellen Press.
- Clankie, Shawn (2013), "An overview of genericization in Linguistics", In **Proceedings of the Second International Conference on Onomastics 'Name and Naming': Onomastics in Contemporary Public Space**, Editura Mega, Editura Argonaut, Cluj-Napoca.
- Clankie, Shawn M. (2000), "Genericization: A Theory of Semantic Broadening in the Marketplace", **Northern Review**, no. 28.
- Contreras, Jorge L. (2019), "Sui-Genericide", **Utah Law Faculty Scholarship**, University of Utah, Utah, Usa.
- Cova, Bernard (2014), "Re-branding brand genericide", **Business Horizons**, Vol. 57, no. 3.
- Coverdale, John F. (1984), "Trademarks and Generic Words: An Effect-on-Competition Test", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 51, no. 3.
- Desai, Deven R.; Rierson, Sandra L. (2007), "Confronting the Genericism Conundrum", **Cardozo Law Review**, Vol. 28, no. 4.
- Dick, Matthew (2004), "Why you must never Sellotape® a Xerox® into your Filofax®", **Journal of Brand Management**, Vol. 11, no. 6.
- Dogan, Stacey L.; Lemley, Mark A. (2007), "A search-costs theory of limiting doctrines in trademark law", **Trademark Reporter**, Vol. 97.
- Dogan, Stacey L.; Mark A. Lemley (2004), "Trademarks and consumer search costs on the internet." **Houston Law Review**, Vol. 41, no. 3.
- **Elliott v. Google, Inc.**, 860 F.3d 1151 (9th Cir. 2017).
- EUIPO (2020), **Decision No EX-19-04: The Guidelines on EU trade marks and the Guidelines on registered Community designs**, European Union Intellectual Property Office (EUIPO), Spain: Alicante.
- Folsom, Ralph H., and Larry L. Teply (1980), "Trademarked generic words", **The Yale Law Journal**, Vol. 89, no. 7.
- Formisano, Virginia; Grimaldi, Agnese Daniela (2017), "Cases of Brand Name Genericization in Nautical English", **Lingue e Linguaggi**, Vol. 22.
- Garner, Bryan A (2011), **Garner's dictionary of legal usage**, Third ed., Oxford University Press, USA.
- Giannino, Michele (2014), "Kornspitz: only the views of end users are relevant to establish if a trade mark has lost its distinctive character", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 9, No. 10.
- Goliath, Patricia (2015), "Everyday words can be the death of a trade mark", **De Rebus**, no. 549.
- Greene, Timothy (2014), "Trademark Hybridity and Brand Protection", **Loyola University Chicago Law Journal**, Vol. 46, no. 1.
- Hayden, Cori (2013), "Distinctively similar: a generic problem", **University of California, Davis Law Review**, Vol. 47.

- Heymann, Laura A. (2010), "The Grammar of Trademarks", **Lewis & Clark Law Review**, Vol. 14, no. 4.
- Hoopes, Neal A. (2019), "Reclaiming the Primary Significance Test: Dictionaries, Corpus Linguistics, and Trademark Genericide", **Tulsa Law Review**, Vol. 54, no. 3.
- Hopkins, Julie A. (2018), "GOOGLE®: Not your Generic Search Engine", **Journal of Business & Technology Law**, Vol. 13, no. 2.
- Hughes, Erica C. (2018), "A Search by Any Other Name: Google, Genericism, and Primary Significance", **American University Business Law Review**, Vol. 7, no. 2.
- **In re ActiveVideo Networks, Inc.**, 111 U.S.P.Q.2d 1581 (2014).
- **In re Cordua Restaurants, Inc.**, 823 F.3d 594, 118 U.S.P.Q.2d 1632 (Fed. Cir. 2016).
- Ingram, John Dwight (2004), "The Genericide of Trademarks", **Buffalo Intellectual Property Law Journal**, Vol. 2, no. 2.
- Jay, E. Deborah (2009), "Genericness Surveys in Trademark Disputes: Evolution of Species", **Trademark Reporter**, Vol. 99.
- Jewell, Kayla (2017), "Elliot v. Google, Inc., 860 F. 3d 1151 (9th Cir. 2017) ", **DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law**, Vol 28, no. 1.
- JPO (2017), **Examination Guidelines for Trademark**, Japan Patent Office, Japan: Tokyo
- KIPO (2007), **Understanding the Trademark Act of the Republic of Korea**, Korean Intellectual Property office, Republic of Korea: Daejeon.
- Kull, Marianna (2019), SPINNING out? The General Court annuls the EUIPO's decision to revoke the trademark "SPINNING", available at: <<https://www.ip-talk.com/en/2019/04/15/spinning-out-the-general-court-annuls-the-euipos-decision-to-revoke-the-trademark-spinning/>> (last visited on: 5/1/2020).
- Kur, Annette; Senftleben Martin RF (2017), **European Trade Mark Law-A Commentary**, Oxford: Oxford University Press.
- Landes, William M.; Posner, Richard A. (1987), "Trademark law: an economic perspective." **The Journal of Law and Economics**, Vol. 30, no. 2.
- Landes, William M.; Posner, Richard A. (2009), **The economic structure of intellectual property law**, first edition, USA: Harvard University Press.
- Levy, Marc C. (2005), "From genericism to trademark significance: Deconstructing the de facto secondary meaning doctrine", **Trademark Reporter**, Vol. 95.
- Linford, Jake (2015), "A Linguistic Justification for Protecting" Generic" Trademarks", **Yale Journal of Law and Technology**, Vol. 17, no. 1.
- Linford, Jake (2015), "The False Dichotomy between Suggestive and Descriptive Trademarks", **Ohio State Law Journal**, Vol. 76, no. 6.
- **Magic Wand, Inc. v. RDB, INC.**, 940 F.2d 638, 19 U.S.P.Q.2d 1551 (Fed. Cir. 1991).

- Mori, Chikako; Mori, Anderson; Tomotsune (2010), **When Trademarks Become Generic After Registration: An Unsolved Problem in Japanese Trademark Law**, available at:
<<https://www.inta.org/INTABulletin/Pages/GenericAfterRegistration.aspx>> (last visited on: 5/1/2020).
- Morris, P. Sean (2011), "The Economics of Distinctiveness: The Road to Monopolization in Trade Mark Law", **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, Vol. 33, no. 3.
- Ouellette, Lisa Larrimore (2014), "The Google Shortcut to Trademark Law", **California Law Review**, Vol. 102.
- Palladino, Vincent N. (2002), "Assessing Trademark significance: genericness, secondary meaning and surveys", **Trademark Reporter**, Vol. 92.
- Pickett, Andrew (2007), "The Death of Genericide? A Call for a Return to the Text of the Lanham Act", **Tulane Journal of Technology & Intellectual Property**, vol. 9.
- Polott, Anita B.; Fertig, Rachel E. (2017), "2016 Trademark Law Decisions of the Federal Circuit", **American University Law Review**, Vol. 67, no. 4.
- Port, Kenneth L. (2015), "Revisiting Park'n Fly: In Pursuit of Constraints on Trademark Bullies", **Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law**, Vol.16, no. 1.
- Ramsey, Lisa P. (2003), "Descriptive trademarks and the first amendment", **Tennessee Law Review**, Vol.70.
- Ricketson, Sam (2015), **The Paris Convention For The Protection Of Industrial Property: A Commentary**, Oxford University Press, UK.
- Rierson, Sandra L. (2017), "Toward a More Coherent Doctrine of Trademark Genericism and Functionality: Focusing on Fair Competition", **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Vol. 27, no. 4.
- Roberts, Alexandra J. (2018), "Trademark Failure to Function", **Iowa Law Review**, Vol. 104.
- **Royal Crown Company, Inc. v. The Coca-Cola Co.**, 892 F.3d 1358 (Fed. Cir. 2018).
- **Sheetz of Delaware, Inc. v. Doctor's Associates Inc**, 108 USPQ2d 1341, 1346 (TTAB 2013).
- **SHIRE CITY HERBALS, INC. v. Mary Blue**, Civil Action No. 15-30069-MGM (D. Mass. Sept. 30, 2019).
- Stern, Jacqueline (1983), "Genericide: Cancellation of a Registered Trademark", **Fordham Law Review**, Vol. 51, no. 4.
- T-25/11 (2013), **Germans Boada v OHIM (Carrelette manuelle)**, Judgment of the General Court (Second Chamber).
- T-277/04 (2006), **Vitakraft-Werke Wührmann v OHMI - Johnson's Veterinary Products (VITACOAT)**, Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber).
- T-72/11 (2012), **Sogepi Consulting y Publicidad v OHIM (ESPETEC)**, Judgment of the General Court (Seventh Chamber).

- Tang, Xiyin (2016), "Against Fair Use: The Case for a Genericness Defense in Expressive Trademark Uses", **Iowa Law Review** Vol. 101, no. 5.
- Visser, Dirk J. G. (2014), **One Page Summaries Trade Mark Case Law CJEU**, available at:
< <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/LAW263/One%20Page%20Summaries%20Trademark%20CJEU.pdf> > (last visited on: 5/1/2020).
- Wilcox, Deborah A.; Frandsen, Nancy Rubner (2019), "2018 Trademark Law Decisions of the Federal Circuit", **American University Law Review**, Vol. 67, no. 4.
- Wilks, John; Oldroyd, Kate (2013), "The renewed threat of genericism", **Managing Intellectual Property**, no. 235.
- WIPO (1967), **Model Law Ffor Developing Countries on Marks, Trade Names, and Acts of Unfair Competition**, World Intellectual Property Organization (WIPO), Switzerland: Geneva.

Generic Trademark: Lack & Loss of Distinctiveness in Light of “Akbarjoojeh” Case

Ali Seyedin

Researcher of the Judiciary Research Institute, Tehran, Iran

Mahdi Karchani*

Researcher of the Judiciary Research Institute, Tehran, Iran

Abstract

Generic trademarks are not entitled to exclusive rights, since due to lack of distinctiveness they deprive competitors of necessary words required to introduce goods and services, and eventually, they create confusion for consumers. For some reasons, a trademark may become the generic name for the category of services and goods to which it belongs; In this case, the death of a trademark which is called Genericide will occur. Semantic gap as a result of the non-existence of product or class name along with the novelty of trademark, death by patent, shorter length and simplicity compare to the product name and also market dominance as well as fame are among the prominent linguistic and social processes of trademark genericization. In order to confront the unjustified monopoly of generic trademarks, pre-registration, and post-registration, legislators can provide a couple of mechanisms that the most important are: refusal ground for registration, invalidation trial, cancellation, or removal of the registry, and limitation of exclusive rights. However, three questions shall remain to be answered, case by case, in judicial proceedings: First, what is the genus of goods and services with respect to the key aspect of the product? Second, how and from which point of view and perception of which group shall trademark be deemed generic (end users, intermediaries or, manufacturers)? Third, considering the evidence particularly surveys, linguistic tools, search engines, and testimony of members of trade-in relevant sector, what is the perception of relevant public regarding primary significance of trademark? The goal of this article is to review genericization processes, conducting a comparative study of anti-generic mechanisms of trademark law, and elaborating procedure of determining the genericness of trademark in judicial proceedings in light of US, EU, and Iran courts judgments. Finally, as needed, providing suggestions to overcome legislation shortcomings and gaps as well as optimizing proceedings regarding generic trademark.

Keywords

Genericide, Death of trademark, Generic trademark, Consumer perception, Semantic class, Cancellation of trademark, Descriptive Trademark

* Email: karchanimahdi@gmail.com (Corresponding Author)

Challenges in Preliminary Investigation Regarding Legal Persons' Crimes

Seyyed Ebrahim Ghodsi*

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

Hossein Fazeli Harikandi

Judge of Justice, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

Abstract

Although the Islamic Penal Code (enacted in 2013) has clearly recognized criminal liability for legal persons, only nine articles have been adopted in the Criminal Procedure Code (enacted in 2015) to investigate these crimes. Since, for many years, criminal responsibility for legal persons was not adopted in Iran's Law (except for a few cases), it was not a big challenge to deal with these crimes. After recognition of criminal liability for legal persons in the Islamic Penal Code, many challenges will arise from a formal perspective in conducting preliminary investigations into the allegations against them; given that legal persons are abstract in meaning and because provisions adopted in the Criminal Procedure Code are essentially natural-person oriented. Presumably, these Challenges may include how to summon and prosecute a legal person, voluntary annulment of a legal person during preliminary investigations, issuance of judicial orders, and using certain favorable institutions such as filing a lawsuit or suspension of prosecution. The present study tries to analyze challenges through the analytic-descriptive method and to introduce recommendations to deal with them. These recommendations may include: Specifying suitable legal sanctions when a legal person's representative ignores presence in court; making judicial orders compelling; and consideration of legal sanctions to prevent violation of these orders.

Keywords

Legal person, Representative, Criminal Prosecution, Preliminary Investigation, The interrogator

* Email: ghodsi@umz.ac.ir (Corresponding Author)

Comparative Study of Enforcement of Maritime Liens in Bankruptcy Procedure

Fariba Fouladgar*

PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Mohsen Izanloo

Judge of Justice, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Islamic Azad University (Gorgan Branch), Gorgan, Iran

Abstract

Maritime liens are real security against the maritime estate and subject to the special system of payment and particular procedural rules which encourage the maritime creditors to help the vessels for continuing the voyage by providing the maritime liens and enforcing them immediately. Bankruptcy litigation, on the other hand, contains specific rules regarding the liquidation of commercial reconstruction of a merchant, which is subject to national rules for the termination of all ongoing litigation and the application of special provisions relating to the collective settlement of all debts in a single proceeding that can create the implementation phase with the rules of maritime law. This paper deals with the various kinds of these conflicts and provides the manners of solving them through the analytical and descriptive method and by using the library resources and the comparative study in the legal system of Iran, England, and France. Finally, the results of the research indicate that considering the specificity of each of the bankruptcy and maritime laws, it seems necessary to formulate a rule to delimit each of the above two systems. In this respect, it is proposed that security rights over the ships are addressed within the particular regime they belong to, regardless of the time of their creation (before or after the bankruptcy procedure over the ship-owner commenced).

Keywords

Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

* Email: fouladgar.f@gmail.com (Corresponding Author)

The Pattern of Responsibility for Children & Juvenile's Crimes in Iran's Judiciary (Case study: At the level of justice in Mazandaran province)

Hemmatolah Nadi Babaei

Judge of Justice, PhD Student in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University (Ayatollah Amoli Branch), Amol, Iran

Hossein Gholami*

Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran

Hassan Hajitabar Firouzjani

Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University (Ghaemshahr Branch), Ghaemshahr, Iran

Mehdi Esmaeli

Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University (Ghaemshahr Branch), Ghaemshahr, Iran

Abstract

One of the important issues related to child and adolescent crime is the adoption of a response pattern that can generally be considered in the four types of restorative, criminal, estimated, and rehabilitation. An attempt has been made to investigate the issue in the territory of the Iranian legal and judicial system using the field method. The methodology used in this study is qualitative and is based on the database method. The statistical population is composed of several judges of justice in Mazandaran province, assistants of the Correctional Center, and professors familiar with children's and adolescent rights. Samples were purposefully selected and an interview was used in data collection. The data were analyzed in two parts: descriptive and inferential. The results of this study have shown that in Iranian criminal policy concerning how to deal with juvenile delinquency, three types of response models, namely criminal, restorative, and rehabilitation models can be used and the estimated model has no place; However, how the criminal justice system deals with juvenile delinquency in Mazandaran province is sometimes maximal and sometimes minimal, so that in the judicial procedure of juvenile courts in Mazandaran province, the use of more than two models of criminal accountability and rehabilitation according to the age of identifiable individuals and the use of the less restorative model has been observed in judicial rulings.

Keywords

Response pattern, Restorative, Estimated criminal rehabilitation of children

* Email: gholami1970@yahoo.com (Corresponding Author)

CLOUD Act; From Function to its Achievements & Defections in Extraterritorial Criminal Investigations in Database of Technology Companies

Javad Salehi*

Associate Professor of Law, Payame Noor University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract

Overseas criminal investigations in Cloud Computing and its data users face limitations stemming from the principle of territorial sovereignty and the principle of non-interference in foreign state affairs. But the United States is trying to pass these restrictions on domestic law by passing and enforcing CLOUD Act after failing in the Microsoft case. This is an experience that its achievements are facing other countries to avoid its negative dimensions. So investigating the legal aspects of the CLOUD Act, from function to its achievements and defections in overseas criminal investigations into cloud of technology companies, is the subject and purpose of this paper, which has been dealt with in a descriptive-analytical and critical approach. The main research question is, "what are the function and achievements of the CLOUD Act in the criminal justice system of the United States and other states in conducting overseas criminal investigations in Cloud Computing and its defections?" Research findings indicate that the CLOUD Act nevertheless directs the United States to its primary goal of accessing the stored data of the Cloud user in data center overseas. But access to data of Cloud Computing user in these circumstances is also affected by the disregard of the restrictions arising from the principle of territorial sovereignty and the principle of non-interference in foreign state affairs, which this time was justified in the domestic law stature but not permitted and accepted due to a violation of Cloud Computing user privacy restrictions.

Keywords

United States CLOUD Act, Data of Cloud Computing User, Overseas Criminal Investigations, Restrictions on the Principle of Territorial Sovereignty, Principle of Prohibition of Intervention in Foreign State Affairs

* Email: Javadsalehi@pnu.ac.ir

Explaining & criticizing the Theory of "Symmetrical Approach" in Determining the Extent of Blame Attached to Plaintiff & Defendant in Fault-based Civil Liability

Sajjad Shahbaz Ghahfarrokhi*

Instructor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Shahrekord University, Shahrekord, Iran

Abstract

After adopting the theory of contributory negligence and dismissing the All-or-Nothing Rule, the issue of how to determine the extent of loss and victim fault was raised in fault-based civil liability. The key question is whether there is a difference between the defendant's fault and the plaintiff's. If the same act has been done by both sides and the other essential elements are the same, should the responsibility be equally shared by the two perpetrators, regardless of whether they are plaintiff or defendant? The European principles of civic responsibility and the prevailing theory of common law have adopted a "symmetrical approach to victim and defendant's behavior in determining each one's fault" and equally, have considered the standard of reasonable care in evaluating their behavior. This view has been tempered in various ways and certain exceptions have been made to it in the Common law legal system. Similarly, from the point of view of economic analysis and moral criticism, there are some objections to this theory. This view, despite its popularity, seems to have left much criticism unanswered. In depicting an apt theory to address this issue, it will count as a step forward to explain and criticize the mainstream theory.

Keywords

Tort Law, Victim fault, Contributory negligence, Symmetry approach

* Email: sajjadshahbaz@sku.ac.ir

Feasibility of Filing Lawsuits in International & Domestic Courts Over the Assassination of General Soleimani & His Companions

Mahnaz Rashidi*

Researcher of Judiciary Research Institute, Tehran, Iran

Abstract

US action in the assassination of senior Iranian and Iraqi military officials, including the martyred General Soleimani and Abu Mahdi Al-Mohandis, is a clear example of State terrorism and violates the most important rules of international law, including the right to life, prohibition of the use of the force, respect for the sovereignty of the States and the principle of non-intervention in domestic affairs of other countries. Trump administration has also violated US domestic law by failing to comply with the Senate. One of the harsh revenge measures emphasized by the Supreme Leader of the Islamic Revolution can be a victory in the legal war and litigation in the courts. So, the main question in this article is, what is the legal basis for pursuing this case? The result of the descriptive-analytical study of the authors, by using the case study and utilizing library resources, shows that the most effective legal mechanisms are litigation before the international court of Justice (ICJ) under the Convention on the prevention and punishment of crimes against internationally protected persons, including diplomatic agents (1973), as well as trying to establish a hybrid court, in particular by agreeing with UN General Assembly or organization of Islamic Cooperation (OIC). However, these measures require consideration of political and legal consequences of each method and before that, the Iraqi authorities' political will to cooperate with international organizations is the main condition for any action.

Keywords

Assassination of General Soleimani, Prosecution, International Courts, Internal Courts

* Email: mahnazrashidi88@gmail.com

Mandatory Nature of Arbitration Clause in Article 53 of General Conditions of Contract

Eisa Rajabi*

Judge of Justice, PhD Student in Oil and Gas Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Shahrzad Ounegh

PhD in Private Jurisprudence and Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran

Abstract

The document of "General Conditions of Contract" is one of the provisions that govern the governmental contracting contracts and cannot be infringed. Among the issues to be considered in this document are the provisions of Article 53, with the title of "Dispute Resolution". This article, because of the use of the words "he can" and "they can" in paragraphs (a) and (c), and with the prediction of quasi - arbitration and arbitration in the form of a contract term, and also as a consequence of the "Optional or compulsory will" of the parties to lawsuit to the non-judicial authorities, has led to various interpretations of the designation of the competent authority to deal with disputes arising out of this kind of contracts. The absence of a uniform judicial procedure in these cases has caused to wasting time and financial costs on litigants (employer and contractor) and the judiciary. Therefore, in the present article, we will try to rely on the method of reasoning and principles and legal rules governing the subject in one of the preliminary Court votes, while examining the structure and analysis of the scientific approach of the judge's thought, including the legal concept and nature of this kind of contracts and method of Non-Judicial Dispute Settlements, as well as the Status of Non-Judicial Dispute Resolution Authorities in the Contractual Condition, to determine the extent to which litigants have the possibility in choice of the jurisdictional or non-judicial proceeding, and as far as possible provide a functional and unified approach to deal with such disputes.

Keywords

Governmental contracting, General conditions of contract, Arbitration condition, Non-Judicial authorities, High technical council

* Email: ei_rajabi@ut.ac.ir (Corresponding Author)

Right to Understanding Law

Ahmad Khosravi*

Assistant Professor of Law, Faculty of Literature and Humanities, Birjand University, Birjand, Iran

Hamed Noruzi

Associate Professor, Department of Persian Language and Literature, Faculty of Literature and Humanities, Birjand University, Birjand, Iran

Abstract

The principle of the rule of law and, consequently, the determination of the rights, freedoms, and duties of the people require that, to be aware of these rights and duties, the laws are made available to the public through publication. But the mere publication of the law is not enough to be aware of rights and duties. So it is also necessary that the content of the law be understood by the people. The present study revolves around the central question of: "Although the language of the law must be technical, how should it be formulated so that it can be understood by the people while accurately conveying the purpose of the legislature?" The research approach is descriptive-analytical and the library method was used to collect the research data. Upon examination, it became clear that the ambiguity factors in the law were divided into linguistic and non-linguistic ambiguity factors. Linguistic factors are the writing factors that are required in all texts, especially legal texts; non-linguistic factors include such as the multiplicity of legislative authorities, sporadic legislation, and so on. Finally, given the philosophy of law, which is the creation of rights and obligations for individuals in society, laws need to be expressed in a language that the general public can understand, although the use of standard language and simplification should not go so far as to affect the accuracy of expression of laws and provide tools for legal abuses.

Keywords

Right to the understanding of laws, Causes of ambiguity of Laws, Law Science, Language of Law

* Email: a.khosravi@birjand.ac.ir (Corresponding Author)

Challenges of Applying Plurality of Crime Rules on Legal Persons

Hassan Poorbafrani*

Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Asghar Ahmadi

Master of Criminal Law and Criminology, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Javad Pouladi

Master of Criminal Law and Criminology, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Abstract

Regarding acceptance of criminal responsibility of legal Persons and punishment determination for these Persons in the Islamic Penal Code (IPC) approved in 2013, this question arises that "will the rules of multiple offenses apply to delinquent legal entities on an equal footing with natural persons?" Answering this question is easy on the one hand and difficult on the other. It is simple since the criminal responsibility of legal persons in Iranian Criminal Law has been accepted and also the real persons do not have a distinctive character to allocate the concurrence rule for them. It is difficult since the acceptance of criminal responsibility in Iranian Criminal Law is still young and the transition from the humanist look of Islamic Criminal Law to the persons brings many challenges in the way of applying the plurality of crime rules to the legal persons. One of the most important Challenges provided in article 20 of the criminal code is the integration and extraneous nature of the legal person's punishment. These challenges put a stable obstacle in the way of execution of a constructive plurality of crime rules. Besides, the application of the provisions of actual multiplicity, which are the subject of Article 134, to legal persons is faced with issues such as the impossibility of determining the maximum penalty and the limitation of the court's authority in determining two penalties for a legal entity. This makes it impossible to apply the rules of real plurality to legal entities such as natural persons.

Keywords

legal persons, Criminal responsibility, Aggravated punishment, Concurrence of crime

* Email: hpoorbafrani@ase.ui.ac.ir (Corresponding Author)

A Reflection About Positiveness & Proof in Labour Contract Through Comparative Study of the French Law

Hassan Badini*

*Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law
and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran*

Behnam Shekoohi Mashhadi

*PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of
Tehran, Tehran, Iran*

Abstract

Labour contract has a crucial role in both the formation and proving of the Labour relationship. Through the Labour contract, this relationship can be distinguished from other similar concepts and institutions in the Civil Code. Concerning current regulations, including labour Code, Correcting law of impediment to manufacture and industrial investment approved in 2008, and Correcting law of impediment to competitive manufacture and improvement in the financial system with regard to the role of the above-mentioned contract in 2015, procedural and formality of its standards are in doubt. This article has gone over the various standpoints which are related to this issue in a descriptive-analytic and comparative way. Given the outcome, we make out that the formulation of indenture has been just influential in the proof step. Judicial precedent and the lack of anticipation of related sanctions lead to reinforcement of the latter statement. However, the evidence, that proves the litigations of the Labour relationship is anticipated in the By-law of Labour Procedure approved 2012, there are no references of testimony and oath as a reason of specific significance. In French Law, there is no conclusive evidence, therefore, according to Civil Law, all the evidence is acceptable; as regards the Case-Law and the protective nature of the Labour Code towards labourers, it is accepted in the Iranian Law.

Keywords

Evidences, Labour Contract, Substantive and Procedural conditions, By-law of Labour Procedure, French Law

* Email: hbadini@ut.ac (Corresponding Author)

Responsibility for Issuing and Enforcing Death Sentences

Sayyed Hosein Ale Taha*

Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran

Hosein Aghaei

Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Shahid Chamran University, Ahvaz, Ahvaz, Iran

Aref Bashiri

PhD in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Mazandaran, Babolsar, Iran

Abstract

There are fundamental questions and obvious disagreements between the jurists regarding the guarantee or non-guarantee against the death of the convict and the complementary punishment imposed on him/her during the issuance or execution of the sentence. The majority of Muslim jurists have considered the loss of one's blood to be based on the rule that "No blood money for the one killed due to legal punishment". Some jurists also citing some religious generalities, have believed in Lack of guarantees pent to Lack of extremes in Punishment, and a few jurists, such as Sheikh Mufid, have distinguished between the rights of Allah and the rights of the people. This difference of opinion among scholars has also been transferred to the Islamic Penal Code, and there are contradictions in some legal articles that need to be examined. This article critiques each point of view in a descriptive-analytical way, along with their documentation and analysis of legal materials. The author's chosen opinion in substantiation of Guarantee for Punishment leading to the deprivation of life wherein permeate of wounds is not arising from negligence. This claim is based on the priority of the evidence of the sanctity of the Muslim person's blood over other evidence, the generalities of the murder, and also agrees with the scholarly view of Khansari in one of his possibilities and It explicitly complies with Article 13 of the Islamic Penal Code and Note of Article 185 of the Islamic Penal Code. According to the law, if deprivation of life arising from Punishment is after the warning of the Judge enforcing the penalty, It removes the guarantee from him.

Keywords

Responsibility, Murder, complementary punishment, Blood money, Enforcement

* Email: shaltaha@scu.ac.ir (Corresponding Author)

Contents

Responsibility for Issuing and Enforcing Death Sentences	A
Sayyed Hosein Ale Taha, Hosein Aghaei, Aref BashiriSabet	
A Reflection About Positiveness & Proof in Labour Contract Through Comparative Study of the French Law	B
Hassan Badini, Behnam Shekoochi Mashhadi	
Challenges of Applying Plurality of Crime Rules on Legal Persons	C
Hassan Poorbafrani, Asghar Ahmadi, Javad Pouladi	
Right to Understanding Law	D
Ahmad Khosravi, Hamed Noruzi	
Mandatory Nature of Arbitration Clause in Article 53 of General Conditions of Contract	E
Eisa Rajabi, Shahrzad Ounegh	
Feasibility of Filing Lawsuits in International & Domestic Courts Over the Assassination of General Soleimani & His Companions	F
Mahnaz Rashidi	
Explaining & criticizing the Theory of "Symmetrical Approach" in Determining the Extent of Blame Attached to Plaintiff & Defendant in Fault-based Civil Liability	G
Sajjad Shahbaz Ghahfarrokhi	
CLOUD Act; From Function to its Achievements & Defections in Extraterritorial Criminal Investigations in Database of Technology Companies	H
Javad Salehi	
The Pattern of Responsibility for Children & Juvenile's Crimes in Iran's Judiciary (Case study: At the level of justice in Mazandaran province)	I
Hemmatolah Nadi Babaei, Hossein Gholami, Hassan Hajitabar Firouzjani, Mehdi Esmaeli	
Comparative Study of Enforcement of Maritime Liens in Bankruptcy Procedure	J
Fariba Fouladgar, Mohsen Izanloo	
Challenges in Preliminary Investigation Regarding Legal Persons' Crimes	K
Seyyed Ebrahim Ghodsi, Hossein Fazeli Harikandi	
Generic Trademark: Lack & Loss of Distinctiveness in Light of "Akbarjoojeh" Case	L
Ali Seyedin, Mahdi Karchani	



The Judiciary's Law Journal

Volume 84 / Issue 111 / 2020 Autumn
(Scientific Quarterly)

Concessionary: The Judiciary

Director-in-charge: Alireza Amini

Editor-in-Chief: Mohammad Hasan Sadeghi Moghadam

Executive Director: Rasool Ahmadzadeh

Editorial Board (in Alphabetical Order):

Rabiaa Eskini, Gholamhosseyn Elham, Kheirollah Parvin,
Mohammad Javad Javid, Vali Rostami, Jafar Kousha, Hasan
Rahpeyk, Mohammad Hadi Sadeghi, Mohammad Hasan
Sadeghi Moghadam, Abbas Ali Kadkhodaei, Fazlollah Mousavi,
Hossein Mirmohammad Sadeghi

Senior Editor: Zahra Mashayekhi

English Text Editor: Mahdi Ebrahimi

Price: 420.000 Rials

Print ISSN: 1735-4358

Online ISSN: 2676-7198

Tel-Fax: 021-22091869

Web Site: www.jlj.ir

E-mail: Law.journal1316@gmail.com