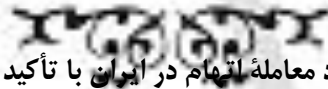




# مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(فقه و حقوق اسلامی سابق)

سال دوازدهم، شماره بیستم و دو، بهار ۱۴۰۰



- امکان‌سنجی عملیاتی کردن نهاد معامله‌اتهام در ایران با تأکید بر مدیریت‌گرایی حقوق کیفری  
فاطمه احدی؛ پریش کرمانیان
  - تعدد نهادهای قانون‌گذاری با تأکید بر جایگاه مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران  
سمیه تکلو؛ فردین مرادخانی
  - کاربست فقهی و حقوقی قاعده‌ مایضن بر قرارداد انتقال حق اختراع و پیامدهای آن  
حمید میری؛ ابراهیم جوانمرد فرخانی
  - عنصر روانی بزه قاچاق کالا و ارز  
امید رستمی غازانی
  - منبع تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی فرامرزی در پروژه گاپ ترکیه  
مهناز رشیدی؛ آزاده رستگار؛ علی مشهدی
  - تأملی بر نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش و قلمرو آن  
فرزاد کرمی کلمتی؛ محمد صالحی مازندرانی
  - جایگاه اصول پیشرفته حقوق اداری و اصول دادرسی منصفانه اداری در ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم و پیامدهای اقتصادی آن  
آیت مولانی
  - تحلیلی بر حق تعلیق در فقه، حقوق ایران و حقوق جدید فرانسه  
مصطفی هراتی؛ عباس میرشکاری
- چکیده‌های انگلیسی



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





# مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(فقه و حقوق اسلامی سابق)

(نشریه علمی)

سال دوازدهم - شماره بیست و دو

بهار ۱۴۰۰

## مطالعات حقوق تطبیقی معاصر

(فقه و حقوق اسلامی سابق)

نشریه علمی

صاحب امتیاز: دانشگاه تبریز

مدیر مسئول: دکتر رضا سکوتی نسیمی سردبیر: دکتر ابراهیم شعاریان ستاری

### هیأت تحریریه

دکتر حمید اهری:	استاد دانشگاه مازندران	دکتر اسمعیل رحیمی نژاد:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر محمدعلی اردبیلی:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر رضا سکوتی نسیمی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر حیدر باقری اصل:	استاد دانشگاه تبریز	دکتر ابراهیم شعاریان ستاری:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر محمدرضا پاسبان:	دانشیار دانشگاه علامه طباطبایی	دکتر مرتضی شهبازی نیا:	دانشیار دانشگاه تربیت مدرس
دکتر منصور جباری:	استاد دانشگاه علامه طباطبایی	دکتر بیژن عباسی:	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر سعید حبیبیا:	استاد دانشگاه تهران	دکتر سید محمدتقی علوی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر محمدجعفر حبیبزاده:	استاد دانشگاه تربیت مدرس	دکتر حسین فخر:	دانشیار دانشگاه تبریز
دکتر ابوالفتح خالقی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر حسن محسنی:	دانشیار دانشگاه تهران
دکتر مهراپ دارابپور:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر محمدرضا مجتهدی:	استاد دانشگاه تبریز
دکتر احمد دیلمی:	دانشیار دانشگاه قم	دکتر پژمان محمدی:	استاد دانشگاه شهید چمران اهواز
دکتر محمد راسخ:	استاد دانشگاه شهید بهشتی	دکتر سام محمدی:	استاد دانشگاه مازندران

### همکاران علمی این شماره:

دکتر مسلم آقایی طوق، دکتر وحید آگاه، دکتر محمدعلی حاجی ده‌آبادی، دکتر همایون خانی، دکتر سعید خردنوری، دکتر رضا دهقان‌نژاد، دکتر منصور رحمدل، دکتر حجت سلیمی ترکمانی، دکتر ابراهیم شعاریان، دکتر سید محمدتقی علوی، دکتر محمدرضا مجتهدی، دکتر سیدهادی محمودی، دکتر آیت مولایی، دکتر اقبال علی میرزایی، دکتر سیداحمد یوزباشی

این نشریه براساس مصوبه شماره ۸۹/۳/۱۱/۲۱۹۷۵ مورخ ۱۳۸۹/۷/۶ کمیسیون بررسی نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری حائز درجه علمی شده و براساس مجوز شماره ۹۱/۱۲۹۰۸ تاریخ ۱۳۹۱/۵/۳ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی منتشر می‌شود.

- ویراستار فارسی: ماندانا نعمت‌نژاد
- ویراستار انگلیسی: دکتر داود کوهی
- مدیر اجرایی: عباس یگانه
- نوبت انتشار: فصلنامه
- صفحه آرایی: شیرین زمانی
- قیمت این شماره: ۱۰۰۰۰۰ ریال
- تاریخ چاپ: بهار ۱۴۰۰

### انتشارات دانشگاه تبریز

این نشریه در «ایران ژورنال» نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری به نشانی [www.ricest.ac.ir](http://www.ricest.ac.ir) و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) به نشانی [www.isc.gov.ir](http://www.isc.gov.ir) نمایه می‌شود.

Email: [tabrizulaw@gmail.com](mailto:tabrizulaw@gmail.com)

نشانی: تبریز، بلوار ۲۹ بهمن، دانشگاه تبریز، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی

کدپستی: ۵۱۶۶۶۱۶۴۷۱، تلفن: ۲۳۳۹۲۲۶۲-۰۴۱، نمابر: ۰۴۱-۳۳۳۵۶۰۱۳

❖ مسئولیت صحت مطالب مقاله‌ها با نویسندگان است.

## راهنمای تدوین مقاله

ضوابط جدید انتشار مقاله در **نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر** که به تصویب هیات تحریریه رسیده است و از تاریخ اول شهریور ماه ۱۳۹۹ مبنای عمل خواهد بود، بر اساس آیین نامه جدید نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و شیوه نامه ارزیابی و رتبه‌بندی نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸ و همچنین سیاست‌های کلی نشریه تدوین گردیده است.

### ضوابط شکلی

۱. حجم مقاله (متن اصلی) حداکثر در ۱۰۰۰۰ کلمه خواهد بود. چکیده فارسی و انگلیسی مقاله ۱۵۰ الی ۳۰۰ کلمه و تعداد واژگان کلیدی بین ۵ تا ۷ کلمه خواهد بود.
۲. مقاله بایستی دارای مقدمه شامل طرح مسئله، سوالات، پیشینه، هدف و بیان ساختار اصلی مقاله باشد.
۳. فاصله سطرها به صورت single حاشیه از راست و چپ ۴/۸، از بالا ۶/۵ و پایین ۶ سانتی-متر باشد.
۴. عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی باشد. در عناوین مقاله از روش شماره‌گذاری عددی استفاده شده و در عناوین فرعی اعداد از راست به چپ نوشته شود.
۵. فرمت ارسالی فایل مقاله (Docx Word 2013 یا جدیدتر) خواهد بود.
۶. صفحه اول مقاله مشتمل بر عنوان، چکیده و واژگان کلیدی فارسی باشد.
۷. نحوه ارجاع دهی منابع به صورت پاورقی، به صورت شماره‌های پیاپی و به شرح زیر خواهد بود:

\* کتاب: نام، نام خانوادگی، *عنوان کتاب* (بصورت ایتالیک)، ج، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.

نمونه: محمدعلی، اردبیلی، *حقوق جزای عمومی*، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۵۴، ۱۳۹۷)، ص ۸۱.

\* مقاله: نام، نام خانوادگی، «*عنوان مقاله*» (داخل گیومه)، نام مجله، شماره مجله (سال)، ص.

نمونه: کمال الدین، هریسی نژاد، «*تأملی در عوامل تأثیرپذیری حقوق نوین ایران از نظام حقوقی رمی - ژرمنی*»، *مطالعات حقوق خصوصی*، شماره ۲ (۱۳۸۸)، ص ۳۷۵.

\* مقاله چاپ شده در کتاب: نام، نام خانوادگی، «*عنوان کامل مقاله*» (داخل گیومه)، نام و نام خانوادگی گردآورنده یا گردآوردگان کتاب، *عنوان مجموعه مقالات* (به صورت ایتالیک)، (محل چاپ: ناشر، نوبت چاپ، سال)، ص.

نمونه: سید حسین، صفایی، «*معامله وکیل به نام خود در حقوق ایران با بررسی تطبیقی*» در: حسن، جعفری تبار، *بر منہج عدل: مقالات اهدا شده به استاد دکتر ناصر کاتوزیان*، (تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چ دوم، ۱۳۹۳)، ص ۲۴۶.

\* تکرار با واسطه: نام، نام خانوادگی، پیشین، ص.

\* تکرار بی‌واسطه: همان، ص.

\* اگر در تکرار با واسطه علاوه بر منبع مورد نظر، از همان نویسنده، دیگر منابع هم در ارجاعات پیشین ذکر شده باشد: نام، نام خانوادگی، *عنوان مقاله* یا کتاب.

\* در مورد منابع لاتین، استفاده از عبارت *op. cit* و *Ibid* (به صورت ایتالیک) در ارجاعات بعدی به تناسب با درج شماره صفحه.

\* پایان نامه و رساله: نام، نام خانوادگی، *عنوان رساله/پایان نامه* (به صورت ایتالیک)، نام دانشگاه، سال چاپ.

\* منبع الکترونیک: نام نویسنده، نام خانوادگی نویسنده، عنوان مقاله، آدرس سایت قابل دسترسی (داخل در علامت < >)

\* از ذکر هرگونه القاب و عناوین برای اشخاص در ارجاعات خودداری شود.

۸. فهرست منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب / مقاله / قوانین / منبع الکترونیک / پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند. نحوه تنظیم فهرست منابع به همان ترتیبی است که برای پاورقی‌ها ذکر شده است به استثنای اینکه در ذکر منابع نام خانوادگی قبل از نام نویسنده و بدون ذکر شماره صفحه درج خواهد شد.

#### راهنمای تنظیم اندازه و قلم مقالات

نوع فونت	اندازه	موضوع
B Mitra	Bold 14	عنوان مقاله به فارسی
B Mitra	Bold 11	اسامی نویسندگان به فارسی
B Mitra	<i>Italic</i> 13	متن چکیده فارسی
B Mitra	<i>Italic</i> 13	کلیدواژه فارسی
B Mitra	Bold 13	عنوان‌های داخل متن
B Mitra	Bold 12	عنوان‌های فرعی داخل متن
B Mitra	۱۳	متن مقاله
B Mitra	۹	پانویس فارسی
Times New Roman	۱۰	پانویس انگلیسی
B Mitra	۱۰	عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها
B Mitra	۱۳	منابع فارسی
Times New Roman	۱۱	منابع انگلیسی

#### راهنمای تنظیم اندازه و قلم چکیده انگلیسی

چکیده انگلیسی		
Times New Roman	Bold 13	عنوان مقاله انگلیسی
Times New Roman	Bold 11	اسامی نویسندگان انگلیسی
Times New Roman	Bold 13	عنوان Abstract
Times New Roman	<i>Italic</i> 11	متن چکیده انگلیسی
Times New Roman	13	کلید واژه انگلیسی



## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۳۳-۱	۱- امکان‌سنجی عملیاتی کردن نهاد معامله‌آتهام در ایران با تأکید بر مدیریت گرایي حقوق کیفری فاطمه احدی؛ پروش کرمانیان.....
۶۷-۳۵	۲- تعدد نهادهای قانون‌گذاری با تأکید بر جایگاه مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران سمیه تکلو؛ فردین مرادخانی.....
۹۲-۶۹	۳- کاربست فقهی و حقوقی قاعده‌ مایضمن بر قرارداد انتقال حق اختراع و پیامدهای آن حمید میری؛ ابراهیم جوانمرد فرخانی.....
۱۱۶-۹۳	۴- عنصر روانی بزه قاچاق کالا و ارز امید رستمی غازانی.....
۱۴۴-۱۱۷	۵- منبع تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی فرامرزی در پروژه گاپ ترکیه مهناز رشیدی؛ آزاده رستگار؛ علی مشهدی.....
۱۷۲-۱۴۵	۶- تأملی بر نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش و قلمرو آن فرزاد کرمی کلمتی؛ محمد صالحی مازندرانی.....
۲۰۳-۱۷۳	۷- جایگاه اصول پیشرفته حقوق اداری و اصول دادرسی منصفانه اداری در ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم و پیامدهای اقتصادی آن آیت مولائی.....
۲۲۸-۲۰۵	۸- تحلیلی بر حق تعلیق در فقه، حقوق ایران و حقوق جدید فرانسه مصطفی هراتی؛ عباس میرشکاری.....
۲۳۶-۲۲۹	چکیده‌های انگلیسی.....



## امکان سنجی عملیاتی کردن نهاد معامله اتهام در ایران با تأکید بر مدیریت گرای حقوق کیفری

فاطمه احدی<sup>۱</sup>

پریوش کرمانیان<sup>۲</sup>

### چکیده

معامله اتهام یکی از جلوه‌های قراردادی شدن حقوق کیفری است که بر پایه آن متهم و دادستان توافق می‌کنند که متهم اتهام وارده را پذیرفته، همکاری‌های سودمندی با نظام عدالت کیفری داشته باشد تا در مقابل، از مزایایی چون تغییر نوع اتهام برخوردار شود. این پژوهش که با روش توصیفی-تحلیلی نگاشته شده، به امکان‌سنجی پیاده‌سازی معامله اتهام در ایران می‌پردازد. معامله اتهام همانند هر نهاد کیفری دارای مؤلفه‌های ویژه‌ای همانند موافقت‌نامه، تعهدات متهم و مقام تعقیب است. وجود نهادهای عدالت ترمیمی، وجاهت بر پایه سنجه‌های عدالت و مصلحت، ارفاق‌گرایی کیفری در فرایند رسیدگی به اتهامات منجر به مجازات‌های تعزیری و ... نمونه‌هایی از بسترهای پذیرش این نهاد در قوانین کیفری است. دستورالعمل‌های رئیس دستگاه قضا و انعطاف‌پذیری در سیاست‌های کیفری و قضایی، مشروعیت‌افزایی نظام دادرسی کیفری و استفاده از پیامدهای سازنده جرم‌شناختی، برخی از بسترهای پذیرش این نهاد در کشورمان است. نگارندگان این پژوهش دریافته‌اند که به دلیل وجود بسترهای هم‌پیوند با نهاد معامله اتهام در نظام عدالت کیفری کشورمان، امکان پیش‌بینی این نهاد کیفری در تحولات آتی آیین دادرسی کیفری ایران وجود دارد.

**واژگان کلیدی:** بزهدیده، دادستان، متهم، فرایند کیفری، معامله اتهام.

۱. fatemeh.ahadi1394@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی مراغه، مراغه ایران (نویسنده مسئول)

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه، مراغه، ایران

kermanian.pariwash@gmail.com

## مقدمه

در آغاز هزاره سوم میلادی، چگونگی میان کنش حاکمیت و شهروندان بیش‌ازپیش دگرگون شده و متغیرهای گوناگونی بر آن اثر گذارده است. مردمی شدن نظام‌های کیفری و خروج حقوق کیفری از برج عاج خود زمینه پیاده‌سازی سیاست‌ها و راهبردهای نوین کیفری را فراهم آورده است.

در این میان نظام دادرسی کیفری بسیار بیش از دیگر سازه‌های نظام عدالت کیفری از این فرایند مردمی شدن سود می‌برد، چراکه در روزگار ما جهانی شدن بزهکاری ضرورت درپیش گرفتن رهیافت‌هایی متناسب با گستره و نیز شدت اثرگذاری پیامدهای گوناگون آن را به میان آورده و کشورها را به انتخاب راهکارهایی افتراقی فراخوانده است.

این تغییر نگرش در کنش‌های نظام دادرسی کیفری می‌تواند به‌خوبی زمینه مدیریت کیفری مناسب کنش‌های جامعه‌ستیزانه را فراهم آورد، چراکه با پیدایش یک تقسیم کار، نظام دادرسی کیفری چگونگی واکنش در برابر رفتارهای مجرمانه‌ای را که زیان کمتری برای جامعه به‌همراه دارند، با هماهنگی شهروندان تعیین می‌کند. در مقابل، بیشترین توان عملیاتی خود را بر رفتارهای مخاطره‌آمیز می‌گذارد؛ روندی که ازجمله به مکدونالدی شدن نظام عدالت کیفری اشتهار یافته که خود به مفهوم درپیش گرفتن بایسته‌های عدالت سنجشی در برابر پدیده‌های مجرمانه است.

بنابراین تغییر رویکرد پیش‌گفته نظام عدالت کیفری و مردمی شدن دادرسی کیفری می‌تواند پیامدهای سازنده‌ای را در سرتاسر قلمرو نظام کیفری پدید آورد. این پیامدها از چشم‌اندازهای گوناگون نظری و عملی سزاوار بررسی هستند. برای نمونه، در جرم‌شناسی سازمانی به‌عنوان یکی از گونه‌های جرم‌شناسی انتقادی که به مطالعه نقش راهبردهای عملی نظام عدالت کیفری در ارتکاب جرم می‌پردازد، باید پذیرفت که پیاده‌سازی هر یک از جلوه‌های قراردادی شدن حقوق کیفری چه پیامدهای سودمندی را از دیدگاه کاهش ارتکاب جرم برجا می‌گذارد.

یکی از نمادهای برجسته این رویکرد نظام دادرسی کیفری را باید درپیش گرفتن

نهادهای کیفی نوینی همانند معامله‌ اتهام دانست که در آن از متهم نیز در چگونگی پیشبرد فرایند کیفی و پاسخ‌دهی جامعه به کنش‌های او نظرخواهی می‌شود. با اینکه امروزه حکم محکومیت مبتنی بر صدور کیفرخواست در دادسرا است<sup>۳</sup>، اما در این نهاد کیفی کنش‌ها و دیدگاه‌های متهم نیز می‌تواند در صدور آن تأثیرگذار باشد.

این نهاد که امروزه در شماری از نظام‌های دادرسی کیفی غربی دیده می‌شود، پیامدهای آشکاری را از چشم‌انداز شاخه‌های گوناگون علوم جنایی به‌همراه دارد. از همین رو، مناسب است که افزون بر مطالعه فراگیر این پیامدها، جایگاه آن در نظام دادرسی کیفی کشورمان بررسی شود.

در این پژوهش که با روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع دسته اول پژوهشی نگاشته شده، پس از مفهوم‌شناسی فشرده نهاد معامله‌ اتهام، با مطالعه بسترهای کنونی برای پذیرش آتی این نهاد و نیز خلأها و آسیب‌های احتمالی موجود، کوشش شده است تا به این پرسش پاسخ داده شود که آیا می‌توان در تحولات آتی نظام دادرسی کیفی به پدیداری این نهاد در فرایند کیفی در ایران امیدوار بود؟

## ۱. معامله‌ اتهام

این پژوهش به امکان‌سنجی پیاده‌سازی نهاد معامله‌ اتهام در ایران و خلأها و آسیب‌های احتمالی آن می‌پردازد. از همین رو، لازم است در این گفتار به کلیاتی از آن بر پایه دکتین آیین دادرسی کیفی پرداخته شود.

### ۱.۱. مفهوم‌شناسی

معامله‌ اتهام دانش‌واژه‌ای است که از دو دهه پیش در سپهر نظام‌های دادرسی کیفی غربی جلوه‌گر شده است. مفهوم‌شناسی این نهاد کیفی و جلوه‌های آن و همچنین نهادهای مشابه آن می‌تواند به‌خوبی جایگاه آن را در کشورهای پیش‌گفته آشکار و امکان‌سنجی مناسبی را از پیاده‌سازی آن در نظام دادرسی کیفی ایران به‌دست دهد.

3. Rebecca K, Helm, "Cognitive Theory and Plea-Bargaining, Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences", vol. 5, 2, (2018), p. 195.

باید به یاد داشت که هریک از دانش‌واژگان استفاده‌شده در یک دانش، افزون بر معنای اصطلاحی یا فنی خود دارای یک معنای لغوی است. بنابراین مفهوم‌شناسی سنجیده یک دانش‌واژه، مستلزم توجه به هریک از معانی پیش‌گفته است.

### ۱.۱.۱. مفهوم لغوی

معامله اتهام - همان‌گونه که از نام آن نیز برمی‌آید - به مفهوم کنشی است که درباره اتهام وارده به یک یا چند متهم انجام می‌شود. معامله در واقع، مفهومی مدنی است که به وجود دو عوض در یک رابطه حقوقی و بار شدن پیامدها و آثار حقوقی بر آنها اشاره دارد.

افزون بر این، باید از دید مفهوم‌شناسی لغوی اشاره کرد که در متن‌های انگلیسی، عبارت Plea-Bargaining معادل معامله اتهام آمده است. برابرنهاده فارسی ترکیب یادشده را «چانه‌زنی کیفری»، «معامله اتهام» و «معامله یا دادوستد اتهام» گفته‌اند که البته دو اصطلاح اخیر در ادبیات حقوقی ایران بیشتر رواج یافته است.<sup>۴</sup>

در این راستا، دو طرف پرونده کیفری یعنی دادستان و متهم نیز درباره اتهام وارده بر متهم که پس از شکایت شاکی یا مدعی خصوصی مطرح شده است، با یکدیگر توافق می‌کنند. همان‌گونه که پیش‌تر نیز گفته شد، در اینجا گونه‌ای آمیزش و همکاری میان حقوق مدنی و حقوق کیفری شکلی مشاهده می‌شود تا در پرتو آن، یک نهاد مؤثر و پربازده در دادرسی کیفری و در پرونده‌های مطرح‌شده در فرایند کیفری کنش‌گری کند.

### ۱.۱.۲. مفهوم اصطلاحی

تعریفی از این نهاد از سوی قانون‌گذار ارائه نشده و این امر به آن دلیل است که مقامات قضایی بایستی آن را مراعات نمایند. تنها در سال ۱۹۷۱ دیوان عالی ایالات متحده معامله اتهام را به‌عنوان بخش عمده و قابل قبول نظام کیفری پذیرفته است. در خصوص فواید معامله اتهام نیز گفته شده است که موجب کاهش تراکم پرونده‌ها در مراجع رسیدگی و نیز

۴. سید درید، موسوی مجاب و فرزانه، مرادی، «مطالعه تطبیقی نهاد دادوستد اتهام در نظام کامن‌لا و حقوق نوشته»، مجله پژوهش‌های حقوق کیفری، سال اول، ش ۱ (۱۳۹۴)، ص ۲.

سبب کاهش ریسک‌پذیری با توجه به عدم ضرورت کوشش برای کشف حقیقت می‌شود.<sup>۵</sup> مطالعه‌ دکتترین بین‌المللی دادرسی کیفری نشان می‌دهد که تاکنون تعریف جامع و پذیرفته‌شده‌ای از نهاد معامله‌ اتهام به‌عمل نیامده است. با وجود این، تعاریف چندی از آن در گفتمان آیین دادرسی کیفری کشورمان وجود دارد که به برخی از آنها به‌گونه‌ای فشرده اشاره می‌شود:

معامله‌ اتهام<sup>۶</sup> عبارت است از مذاکره و چانه‌زنی پلیس یا قاضی با متهم به‌منظور پذیرش اتهام از سوی متهم در برابر دادن امتیازاتی به او.<sup>۷</sup> همچنین گفته شده که معامله‌ اتهام توافقی است دوجانبه میان متهم و مقام تعقیب با محتوا و پیامدهای مشخص.<sup>۸</sup>

با مطالعه‌ ادبیات موجود پیرامون این نهاد شناخته‌شده در نظام‌های دادرسی کیفری می‌توان این تعریف را از معامله‌ اتهام بیان کرد:

«معامله‌ اتهام توافقی میان متهم و مقام تعقیب است که به‌موجب آن متهم با پذیرش مجرمیت و نیز معرفی همدستان و یا بیان اطلاعاتی سودمند درباره‌ اتهام وارده، به‌طور کلی کمک‌های مؤثری به سامانه‌ تعقیبی برای پیگرد جرم می‌کند و در مقابل نیز مقام تعقیب متعهد می‌شود که به ازای کمک‌های یادشده متهم به او ارفاق‌هایی بکند؛ مانند تخفیف مجازات و یا برائت متهم در پرتو تنظیم ملایمت‌آمیز کیفرخواست».

بنابراین مشاهده می‌شود که در نهاد معامله‌ اتهام، دو نهاد کیفری و مدنی به‌گونه‌ای ویژه درهم آمیخته و پیامدهایی حقوقی از آنها به‌دست می‌آید. این پیامدها به مدیریت کیفری مناسب جامعه یاری خواهد رساند. افزون بر این، اگرچه پذیرش عمومی معامله‌ اتهام هنوز گسترده نیست، اما چندبعدی بوده، به عواملی همچون اشخاص نقش‌آفرین در آن، نوع

۵. عطاءالله، روشن قنبری، «نگاهی به معامله‌ اتهام در حقوق ایالات متحده آمریکا»، مجله کانون، ش ۱۰۳ (۱۳۸۹)، ص ۱۰۱.

6. plea-bargaining

۷. هوشنگ، شامبیاتی و علی، پروینی، «تخصصی کردن ضابطین گامی به سوی حقوق کیفری قراردادی»، مجله تحقیقات حقوقی آزاد، ش ۲۵ (۱۳۹۳)، ص ۶۰.

8. Olga.S, Demko, "Institute of Plea Bargain: Features of Legal Regulation", Journal of Politics and Law, Vol. 10, No. 4,(2008), p. 188.

توافقات به‌دست آمده، و نیز ویژگی‌های متهمان، بستگی دارد.<sup>۹</sup> پذیرش گسترده این نهاد کیفری و پیدایش نگرش‌های مثبت نسبت به آن، مستلزم تدابیر ویژه در چارچوب مدیریت کیفری است. مدیریت‌گرایی کیفری از این دیدگاه بستگی مستقیمی با رهیافت مک‌دونالدی کردن عدالت کیفری دارد. همان‌گونه که معامله‌اتهام توافقی میان متهم و دادستان برای دستیابی به نتیجه‌ای مشخص است، عدالت کیفری زمینی‌شده را نیز می‌توان دادوستد کرد، به معامله‌ پایاپای گذاشت و برای کاهش جمعیت کیفری زندان و... آن را مورد معامله قرار داد.<sup>۱۰</sup> بنابراین نهاد معامله‌اتهام با توجه به ماهیت و کارکردهای خود، جلوه‌ بارزی از مدیریت‌گرایی کیفری است.

امروزه معامله‌اتهام به‌عنوان یک نهاد کیفری بسیار مهم و اثرگذار درآمده است. برای نمونه، معامله‌اتهام یک عامل تعیین‌کننده در شمار زندانیان و نیز میزان دسته‌بندی‌های پدیدآمده در زندان است.<sup>۱۱</sup> بنابراین نگرش نظام دادرسی کیفری به این مسئله، پیامدهای مهمی را از چشم‌اندازهای کیفرشناختی، جرم‌شناختی و آیین دادرسی کیفری دارد.

در دکتترین بین‌المللی آیین دادرسی کیفری میان دانش‌واژگان معامله‌اتهام و به عبارت بهتر، نگاشته برآمده از آن با کیفرخواست<sup>۱۲</sup> تفاوت‌هایی وجود دارد؛ چراکه در صورت صدور کیفرخواست هیچ مسئولیتی در قبال آن برای شخص دادستان متصور نیست. درحالی که متن قرار صادره در نتیجه معامله‌اتهام به‌تنهایی موجب تحقق مسئولیت دادستان در صورت عدم انجام تعهدات است، چراکه او خود ابتکار عمل را برای تحقق این نهاد کیفری در دست دارد و کاربرد آن نیز تنها در دادرسی است. در شرایطی که در مقابل، کیفرخواست از دادرسی به دادگاه راه یافته و نشان‌دهنده باورمندی مقام تعقیب به مسئولیت کیفری متهم در عین استحقاق او به برخورداری از مزیت مجازات یک یا دو درجه سبک‌تر است.

9. Kevin Kwok-yin, Cheng, "Public Approval of Plea Bargaining in Hong Kong: The Effects of Offender Characteristics", *International Criminal Justice Review*, vol. 26, (2015), p. 31.

۱۰. حسین، غلامی و یوسف، بابایی، «مک‌دونالدی کردن عدالت کیفری»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۴، ش ۷۰ (۱۳۸۹)، ص ۱۵۴.

11. Douglas, Savitsky, "Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system", *Rationality and Society*, vol. 24, (2012), p. 131.

12. Indictment



## ۲.۱. تاریخچه نهاد معامله‌ اتهام

به‌طور کلی، آشنایی کامل با یک نهاد حقوقی افزون بر مفهوم‌شناسی فراگیر آن از دیدگاه مفاهیم لغوی و فنی، مستلزم شناسایی تاریخچه پیدایش و نیز پیشینه تاریخی شکل‌گیری و اثرگذاری آن در یک کشور است. در همین راستا، پس از مطالعه مفهوم‌شناختی معامله‌ اتهام، اینک لازم است که مطالعه فشرده‌ای نیز درباره تاریخ معامله‌ اتهام و یا بسترهای آن در نظام‌های دادرسی کیفری سرتاسر جهان انجام شود.

### ۲.۱.۱. نظام کامن‌لا

در نظام‌های دادرسی کیفری کشورهای پیرو نظام کامن‌لا می‌توان جلوه‌هایی از نهاد معامله‌ اتهام را دید. تردیدی وجود ندارد که این جلوه‌ها و پیامدهای سازنده آنی آنها در پیدایش پذیرش عمومی نسبت به پاسداشت نهاد یادشده در نظام‌های دادرسی کیفری مدرن نقش مهمی داشته است.

حدود چهار دهه پیش، زمانی که دیوان عالی ایالات متحده معامله‌ اتهام را به رسمیت می‌شناخت، در توجیه آن از چندین اتهام استفاده کرد. استفاده از چند اتهام به این منظور است که متهم در موضع ضعف قرار گیرد و وارد فرایند معامله‌ اتهام شود. قانون‌گذار اغلب در اعمال این صلاحیت‌ها که برگرفته از حقوق انگلستان است، دخالت نکرده است.<sup>۱۳</sup>

به‌نظر می‌رسد که در کشورهای دارای سنت کیفری کامن‌لا، امکان پیاده‌سازی نهاد کیفری معامله‌ اتهام بسیار بیشتر از نظام‌های دیگر همانند حقوق نوشته باشد، چراکه به‌طور کلی استفاده از این نهاد در شمار اختیارات صلاحیدی مقام قضایی تعقیب جرم (دادستان) است. هنگامی که این مقام به تشخیص خود و در چارچوب قانون در پرونده‌ای به نهاد یادشده روی آورد، با توجه به پیامدهای مناسب و اثبات‌شده به‌نظر می‌رسد که مراجع دیگر نیز در آینده بتوانند از این مرجع متابعت کنند.

شاید بتوان یکی از مهم‌ترین دلایل کامیابی معامله‌ اتهام را در کامن‌لا، سازوکارهایی

۱۳. محمدعلی، حاجی‌ده‌آبادی و همکاران، «موقعیت داشتن تعقیب در نظام کیفری ایران با نگاهی تطبیقی»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، ش ۱۳ (۱۳۹۶)، ص ۵۸.

دانست که در این راستا پیش‌بینی شده‌اند. برای نمونه، به‌منظور کاستن از این احتمال که معامله‌ اتهام غیرمنصفانه و یا مبهم باشد، کشورهای دارای نظام کامن‌لا تضمینات شکلی ویژه‌ای را پیش‌بینی کرده‌اند. برای نمونه در ایالات متحده در جلسه رسیدگی در دادگاه که علیه متهم کیفرخواست اقامه می‌شود، دادگاه بررسی می‌کند که آیا نهاد یادشده، ارادی، آگاهانه و واقعی بوده است یا خیر<sup>۱۴</sup>.

### ۱.۲.۲. نظام رومی - ژرمنی

در کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته یا قاره‌ای یا رومی - ژرمنی که گستره‌ای از کشورهای اروپایی و آسیایی را فرا می‌گیرد نیز می‌توان بستری از نهاد معامله‌ اتهام یافت. این بسترها نیز همانند نظام حقوقی کامن‌لا نقش مهمی در باروری امروزین نهاد یادشده و گسترش هرچه بیشتر شمار هواداران آن در محافل دانشگاهی و نیز در میان دولتمردان و یا کنش‌گران نظام عدالت کیفری داشته است. با وجود این، باید یادآور شد که به‌طور کلی کشورهای نظام رومی - ژرمنی تا دهه ۱۹۸۰ میلادی معامله‌ اتهام را نهادی زیان‌بار می‌پنداشتند که با اصل قانونی بودن تعقیب و نیز الزام دادگاه به رسیدگی مغایرت داشت<sup>۱۵</sup>. یکی از کشورهای حقوق نوشته که وجود بسترهای معامله‌ اتهام در آن سزاوار یادآوری است، فرانسه است. درباره فرانسه و در آغاز این بحث باید یادآور شد که حقوق فرانسه وارث حقوق رم و نمونه بارز حقوق نوشته است<sup>۱۶</sup>. در واقع، نظام پیشرفته دادرسی کیفری در این کشور که اصول بسیار سرنوشت‌سازی همانند برابری سلاح‌ها و نیز رعایت حقوق دفاعی متهم را به دنیا معرفی کرده، در برخی از نهادهای سازنده و بنیادین خود، جلوه‌هایی از نهاد معامله‌ اتهام را بیان نموده است.

مطالعه نگرش‌ها و رویکردهای نظام دادرسی کیفری فرانسه درباره نهاد معامله‌ اتهام به

14. Jenia, Iontcheva Turner, "Plea Bargaining and International Criminal Justice", Cited in: *International Criminal Justice*, (London: CRC, first ED, 2013), p. 229.

15 Ibid, p. 224.

۱۶. علیرضا، محمدزاده وادقانی، «رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۳۸ (۱۳۷۶)، ص ۴۶.

ویژه از این‌رو دارای اهمیت است که نظام کیفری این کشور به‌خصوص در بخش دادرسی کیفری خود به‌عنوان یک کشور صادرکننده آموزه‌های مهم و بنیادین حقوق کیفری شکلی و ماهوی شناخته می‌شود و از همین رو، مطالعه و امکان‌سنجی پیاده‌سازی نهادی اثرگذار و سرنوشت‌ساز همانند معامله‌ اتهام به‌ویژه از دیدگاه آمیزش آن با دیگر اصول بنیادین دادرسی کیفری دارای اهمیت شناخته می‌شود.

## ۲. مؤلفه‌های ساختاری و قانونی نهاد معامله‌ اتهام

معامله‌ اتهام پیش از هر چیز یک نهاد حقوقی است که در راستای اصل قانونی بودن دادرسی‌های کیفری برای دستیابی به اهداف خاصی پیش‌بینی شده است. این مهم هنگامی تحقق می‌یابد که مؤلفه‌های این نهاد نیز از سوی کنش‌گران نظام دادرسی کیفری رعایت شود.

بر پایه این مراتب، در ادامه شماری از مهم‌ترین مؤلفه‌های ساختاری و قانونی نهاد کیفری معامله‌ اتهام در دادرسی‌های کیفری که پیامدهای عملی مهمی را به‌همراه دارد، از نظر گذرانده می‌شود.

### ۲.۱. مفاد توافق

معامله‌ اتهام پیش از هر چیز توافقی میان دادستان و متهم است و از همین رو باید از اصول کلی قراردادها پیروی کند. برای نمونه، پیاده‌سازی این نهاد در دادرسی کودکان و نوجوانان باید با استعلام از اولیای قانونی آنها انجام، و مصلحت آنان رعایت شود.

افزون بر این، مفاد توافق باید دارای ویژگی سودمندی برای نظام دادرسی کیفری نیز باشد. متهم هنگامی می‌تواند مدعی برخورداری از مزایای گوناگون این نهاد کیفری شود که اظهارات او در راه کشف حقیقت مفید باشد؛ وگرنه بیانات مبهم یا بی‌فایده او که تنها چالش‌های تازه‌ای را پدید می‌آورد در این باره بی‌تأثیر است.

### ۲.۲. معیار اثبات

فرایند کیفری هنگامی به‌پایان می‌رسد که عنوان یا عناوین اتهامی واردشده تعیین

تکلیف شوند. این امر نیز مستلزم اثبات یا عدم اثبات تحقق جرم و در نتیجه احراز مسئولیت کیفری متهم است که پس از آن وی را مستحق تحمل مجازات می‌کند.

از چشم‌انداز پژوهش‌های تطبیقی در کامن‌لا، معیار اثبات و احراز مسئولیت کیفری قاعده «اثبات فراتر از شک معقول» است. در کشورهای پیرو این سنت، اصل ارزیابی ادله از سوی قاضی کیفری پذیرفته شده است و این رهنمود خود در اصل برائت ریشه دارد. نظام‌های کیفری پیرو سنت حقوق نوشته همانند ایران معیار اقناع وجدانی دادرس کیفری را پذیرفته‌اند. اگرچه معیار فراتر از شک معقول را که در دادگاه‌های کشورهای پیرو سنت کامن‌لا اعمال می‌شود، معادل اقناع وجدانی دانسته‌اند، اما همچنان تفاوت‌هایی درباره معیار اثبات جرم از دیدگاه قاعده پیش‌گفته دیده می‌شود. چندان که در کامن‌لا برخلاف حقوق نوشته قاعده پیش‌گفته باید صرفاً مبتنی بر امور موضوعی و خارجی باشد، نه اعتقاد شخصی دادرس کیفری در مورد اثبات جرم<sup>۱۷</sup>.

با توجه به این مراتب، هریک از واقعیاتی که از سوی متهم بیان شده‌اند باید بر پایه معیارهای پیش‌گفته ارزیابی شوند. از آنجا که در کامن‌لا نهاد معامله اتهام چهره یافته است، اظهارات متهم در هنگام شرح موقوف باید به‌گونه‌ای باشد که هیچ تردیدی را در دادرس کیفری در زمینه ارتکاب یا عدم ارتکاب رفتار در دادستان و پس از آن در دادرس بر جای نگذارد. چنان‌که در پرتو یک دادرسی کیفری عادلانه مقام قضایی بتواند در زمینه احراز مسئولیت کیفری احتمالی متهم به‌گونه‌ای عمل کند که مقتضیات عدالت به‌خوبی رعایت شود.

از دید پژوهش‌های تطبیقی در صورتی که در آینده این نهاد کیفری به نظام عدالت کیفری ایران راه یابد، اظهارات متهم در آن در زمینه اطلاعات گوناگون پرونده باید موجب اقناع وجدانی دادرس کیفری مبنی بر ارتکاب جرم از سوی متهم و به‌دنبال آن استحقاق وی مبنی بر برخورداری از مجازاتی با شدت یک یا دو درجه کمتر از حالت بدون این نهاد شود.

۱۷. الهام، حیدری، «معیار اثبات در دعاوی کیفری در دادرسی کیفری ایران و انگلستان»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۳، ش ۴ (۱۳۹۲)، صص ۷۲-۷۳.

در واقع، در صورتی که دادرس اقتناع وجدانی یابد که متهم با وجود هریک از اظهارات خود همچنان مرتکب جرم نشده است، تنها در شرایطی که این اظهارات مصداق جرایم علیه عدالت قضایی باشد، می‌تواند آن را با این عنوان پیگرد نماید، وگرنه اقتناع وجدانی دادرس مبنی بر عدم ارتکاب جرم از سوی متهم و تبرئه وی، دیگر مجالی را برای پیش‌بینی نهاد معامله‌ اتهام بر جای نخواهد گذاشت.

روشن است که معیارهای اثبات در هنگام تصمیم مقامات تعقیب به پیاده‌سازی نهاد معامله‌ اتهام اهمیت بسیاری دارند، زیرا در کامن‌لا، دادستان بر پایه معیار نبود تردید معقول که علی‌القاعده در جرایم سبک مطرح می‌شود، از یک سو تردیدی در محکومیت متهم به ارتکاب جرم و در نتیجه، تحمیل پیامدهای آن ندارد، و از سوی دیگر نیز متهم که بخت چندانی را برای گریز از اثبات پیش‌گفته برای خود متصور نیست و می‌داند که بر پایه ادله و قراین موجود، فرایند کیفری منطقاً به محکومیت او می‌انجامد، مصلحت خود را در معامله‌ اتهام با دادستان و برخورداری از مزایای آتی آن می‌بیند؛ چراکه به ازای پذیرش تقصیر نسبت به اتهامات خفیف‌تر، پاسخگوست و نسبت به حالت پیش از آن با مدارا با وی رفتار می‌شود.<sup>۱۸</sup>

### ۳.۲. اختیار پلیس

یکی از مؤلفه‌های مهم و قابل بحث در زمینه نهاد معامله‌ اتهام را باید میزان اختیارات پلیس نسبت به آن دانست. این نهاد از نظام عدالت کیفری که خود به‌عنوان ضابط عام زیر نظر دادستان عمل می‌کند، بی‌گمان در حدود اختیارات دادستان در نهاد پیش‌گفته دارای قدرت عملکرد است.

در این باره باید یادآوری شود که بر پایه اصل سلسله‌مراتبی بودن دادرها، پلیس در جایگاه بازوی عملیاتی تصمیمات دادستان عمل می‌کند. هنگامی که این مقام قضایی در راستای انجام اختیارات صلاح‌دیدی خود تصمیم به انعقاد موافقت‌نامه با متهم می‌گیرد، نقش پلیس نیز دارای اهمیت است. زیرا این مأموران که بر پایه قانون وظایفی را در صحنه جرم

18. Kramer, Greg, *Plea bargaining recommendation by criminal defense attorneys: Legal psychological and substance abuse rehabilitative influences*, a thesis of Drexel U, (2005), p. 2.

برعهده دارند، می‌توانند مرتبط بودن و نیز مفید بودن اظهارات و کمک‌های متهم و یا در مقابل، انحرافی بودن آن را تصدیق کنند.

این واقعیت به‌ویژه در پرونده‌های کیفری تخصصی که مستلزم کنش‌گری حرفه‌ای مقامات پلیس است، بیشتر به‌چشم می‌خورد. مأموران پلیس می‌توانند تصدیق کنند که آیا اظهارات متهم در چارچوب نهاد معامله‌ اتهام جای می‌گیرد یا اینکه جنبه دیگری داشته، در صورت تحقق برخی از شرایط حتی در شمار جرایم علیه عدالت قضایی، همانند تبانی با شهود دروغین قرار می‌گیرد.

#### ۴.۲. بایسته‌های سازمانی معامله‌ اتهام

معامله‌ اتهام به‌عنوان جلوه‌ای از انعطاف‌پذیری در فرایند کیفری چهره یافته است. با توجه به این که پیاده‌سازی مناسب فرایند کیفری از چشم‌اندازهای پاسداری از حقوق هریک از طرفین پرونده و به‌ویژه جامعه دارای اهمیت است، افزون بر دیگر بایسته‌ها، وجود یک سازوکار نظارت بر مفاد توافق و نیز چگونگی اجرای آنها و همچنین پیامدهای عملی پدیدآمده از این راه، ضرورت دارد.

متهم آسیب‌پذیرترین کنش‌گر در میان بازیگران فرایند کیفری است و از همین رو به‌نظر می‌رسد که انعطاف پیش‌گفته و تحقق نهاد معامله‌ اتهام بیش از هر چیز به سود اوست. به ویژه در مواردی که امکان صدور کیفرخواست و پس از آن محکومیت وی در دادگاه کیفری رسیدگی‌کننده تا حدود زیادی محتمل به‌نظر می‌رسد، وی به‌منظور کاستن از دامنه و شدت اثرگذاری پیامدهای این وضع به انعقاد توافقی با مقام تعقیب در چارچوب نهاد معامله‌ اتهام تمایل دارد.

با وجود این، از آنجا که معامله‌ اتهام باید به‌گونه‌ای برگزار شود که منافع هریک از دیگر کنش‌گران جامعه نیز تأمین شود، پیش‌بینی یک سازوکار نظارتی نسبت به آن بسیار مناسب است. به‌ویژه اینکه ممکن است مقام تعقیب نتوانسته باشد میزان خطر برخاسته از عناوین اتهامی را که از دیدگاه رهیافت مکدونالدی شدن نظام عدالت کیفری دارای اهمیت است، ارزیابی کرده، بر این پایه توافق خود را با متهم منعقد و نسبت به اصدار کیفرخواست اقدام کند.

بر پایه این مراتب، لازم است که همانند شماری دیگر از اقدامات دادستان که قابل اعتراض در دادگاه هستند، تصمیم او مبنی بر انعقاد نهاد معامله‌ اتهام و نتایج آن در روند نظارت وارد شود. اگرچه به نظر می‌رسد که پیش‌بینی این امر خلاف اصول کلی آیین دادرسی کیفری است و پیش‌بینی بازپرس برای این منظور در راستای اصل بنیادین تفکیک مقامات تعقیب و تحقیق از یکدیگر مناسب‌تر است، اما لازم است اشاره شود که با توجه به عدول نظام دادرسی کیفری ایران از این اصل و آمیختگی شماری از وظایف این دو مقام با یکدیگر، دادگاه می‌تواند برای انجام این وظیفه مناسب‌تر باشد.

همچنین تردیدی وجود ندارد که تصمیمات درپیش گرفته‌شده از این دیدگاه بر پایه اصول کلی قابل نظارت از سوی مراجع مربوطه در نظام دادرسی کیفری است.

## ۲.۵. قلمرو موضوعی معامله‌ اتهام

منظور از قلمرو موضوعی یک نهاد کیفری، گونه‌های جرایم مشمول آن است. هر نهاد کیفری هنگامی می‌تواند به اهداف ازپیش برنامهریزی‌شده خود دست یابد که قلمرو موضوعی و نیز شخصی آن به‌درستی در قانون مشخص شود. در این صورت می‌توان انتظار داشت که آن نهاد کیفری به‌خوبی واکنش جامعه را در برابر گونه‌های جرایم مدنظر بازتاب دهد.

بدیهی است که معامله‌ اتهام به‌عنوان نهادی ارفاقی نمی‌تواند درباره همه گونه‌های جرایم به‌کار رود. از آنجا که در بسیاری از نظام‌های حقوقی و نیز حقوق کیفری بین‌المللی مفهوم شدت جرم بر پایه سنجه‌های پوزیتیویستی درنظر گرفته شده و متناسب با آن به پیش‌بینی پاسخ پرداخته شده است، باید پذیرفت که نهاد معامله‌ اتهام که آشکارا دارای ویژگی‌ها و پیامدهای ارفاق به متهم است، نمی‌تواند در همه جرایم به‌کار رود. بلکه جرایم شدید، همانند اسیدپاشی، قتل و... از شمول آن خارج می‌شوند؛ مگر آنکه به تشخیص مقام تعقیب و به دلیل دشواری‌های موجود در راه گردآوری ادله و آثار جرم و یا همدستان احتمالی متهم، انعقاد معامله‌ اتهام ضرورت داشته باشد. در این صورت خود دادستان باید در فرایندهای آتی نظارت‌های اداری و قضایی بر کنش‌های خود این ضرورت را اثبات کند.

## ۲.۶. معامله اتهام و اصل مقتضی بودن تعقیب

یکی از اصول پذیرفته شده در دادرسی کیفری، پذیرش تفکیک میان مقتضی بودن و نسبی بودن تعقیب است. بر این پایه، نظام دادرسی کیفری باید تصمیم بگیرد که آیا پیگرد همه جرایم با هر درجه از شدت در دستور کار قرار دارد یا اینکه برخی از آنها به دلیل شدت کمتر و یا مصالح دیگر، حساسیت‌های تعقیبی چندانی را بر نمی‌انگیزاند و جامعه نیز از پیگرد متهمان سود چندانی نمی‌برد.

با آنکه نظام کیفری ایران به جهت ابتننا بر معیار قانونی بودن تعقیب اقبال زیادی به این رویکرد نشان نداده است<sup>۱۹</sup>، افزایش گرایش نظام دادرسی کیفری ایران به اصل موقعیت داشتن تعقیب آشکار به نظر می‌آید.

در مقابل، ماهیت و دامنه اثرگذاری‌های برخی از جرایم و همچنین نگرش‌های افکار عمومی به آنها به گونه‌ای است که اصولاً جامعه آنها را در شرایطی نمی‌بیند که نیاز باشد نظام عدالت کیفری بر آن تمرکز کند. بنابراین اصل مقتضی بودن تعقیب را باید به نوعی یادآور مفهوم مدیریت‌گرایی کیفری نیز دانست.

بر پایه این اصل، مناسب است که جامعه با چشم‌پوشی از پیگرد کیفری آن دسته از بزهکارانی که بنابه دلایل گوناگون حقوقی، جرم‌شناختی و کیفرشناختی خطرهای بسیاری را برای جامعه پدید نمی‌آورند، توان خود را بر جرایمی متمرکز کند که شدت و پیچیدگی بیشتری داشته، با فراهم نمودن بنیادهای یک دادرسی منصفانه و نیز قانونمند، به دفاع اجتماعی بیشینه‌ای از شهروندان در برابر آن کنش‌های مجرمانه دست بزند.

با مطالعه نظام دادرسی کیفری ایران می‌توان به جلوه‌هایی از اصل مقتضی بودن تعقیب دست یافت که از آن جمله می‌توان به قرار بایگانی پرونده اشاره کرد. صدور این قرار در جرایم قابل گذشت پس از گذشت شاکی جایگاهی نداشته، نمی‌توان به برتری قرار بایگانی پرونده بر صدور قرار موقوفی تعقیب اعتقاد داشت. لذا حل این معضل جز با مداخله

۱۹. حاجی ده‌آبادی، پیشین، ص ۵۷.



قانون‌گذار راهی ندارد؛ مگر تفسیر به رأی<sup>۲۰</sup>. در هر صورت، همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، این اصل به این مفهوم است که جامعه چالش‌های چندانی را از متهمان به ارتکاب این عناوین مجرمانه احساس نمی‌کند. بنابراین سود جامعه در خودداری کردن از تعقیب این دسته از جرایم و بایگانی نمودن فعالیت‌های انجام‌شده در این راه از سوی ساختارهای نظام دادرسی کیفری است.

### ۳. امکان‌سنجی مؤلفه‌های قانونی و ساختاری معامله‌ اتهام در نظام عدالت کیفری ایران

در گفتار پیش مهم‌ترین مؤلفه‌های قانونی و ساختاری نهاد معامله‌ اتهام بررسی شد. اینک باید دید که هریک از مؤلفه‌های پیش‌گفته در نهادهای قانون‌گذاری، قضایی و فرهنگی نظام عدالت کیفری ایران چگونه متبلور می‌شوند. از این راه می‌توان به امکان‌سنجی مناسب و آزموده‌ای از پیاده‌سازی این نهاد برگرفته از نظام‌های دادرسی کیفری غربی در کشورمان پرداخت.

#### ۳.۱. معامله‌ اتهام و نهاد قانون‌گذاری نظام عدالت کیفری

پیش‌تر نیز گفته شد که نهاد معامله‌ اتهام در مدل ناب خود در قوانین کنونی کشورمان جایگاهی ندارد. با وجود این، مطالعه شماری از متون قانونی در ایران نشان می‌دهد که برخی نهادهای کیفری مشابهت‌های بسیاری با معامله‌ اتهام دارند. باید پذیرفت که وجود این نهادها می‌تواند بستر مناسبی را برای پذیرش معامله‌ اتهام در ایران پدید آورد که در ادامه به آنها پرداخته می‌شود.

##### ۳.۱.۱. عدالت ترمیمی

نظام عدالت کیفری در ابتدای شکل‌گیری بر مجرم و مجازات کردن او متمرکز بود، اما به تدریج در کنار بزه‌کار، رکن دیگر جرم، یعنی «بزه‌دیده» نیز مطرح و نظام عدالت کیفری

۲۰. علیرضا، میلانی و علی، پورقاسم، «بایگانی پرونده کیفری، مجله مطالعات علوم اجتماعی»، دوره ۲، ش ۱ (۱۳۹۵)، ص ۱۲.

دستخوش تغییر شد و زمینه‌های ظهور عدالت ترمیمی فراهم گشت.<sup>۲۱</sup> دستیابی هم‌زمان به تنبه بزهکار و نیز بازسازی کم‌وبیش شتابان زیان‌های برخاسته از جرم بر متهم سبب شد تا این رهیافت بیش‌ازپیش در قوانین دادرسی کیفری جلوه‌گر و سازوکارهای مناسب آن نیز پیش‌بینی شود.

عدالت ترمیمی با وجود خاستگاه‌های سنتی خود در آموزه‌های دینی و نیز سنت‌های بومیان اقیانوسیه و امریکای شمالی جنبشی نوپدید در جهان است که بر ارائه پاسخ‌های غیررسمی به بزهکاری تمرکز دارد. در این رهیافت، بزهکار و بزه‌دیده با هدف بازسازی پیامدهای زیان‌بار واردآمده بر طرف اخیر سازوکارهایی را پیش‌بینی می‌کنند. بزهکار تقصیر خود را پذیرفته، برای دستیابی به مناسب‌ترین راهکارهای بازسازی این خسارات با بزه‌دیده به گفتگو می‌پردازد.

پیاده‌سازی این رهیافت در ناکامی عدالت کیفری دست‌کم در برخی از روندهای مدیریت کیفری جامعه ریشه دارد. در واقع، منتقدان معتقدند که نظام عدالت کیفری در عین انجام سرمایه‌گذاری کلان مالی و انسانی در تحقق عدالت و حل معمای بزهکاری به توفیق چندانی دست نیافته است. شاید بتوان یکی از این علل ناکامی را حجم بالای پرونده‌هایی دانست که سنگینی آنها فرصت هرگونه ابتکار عملی را از نظام کیفری و قضایی سلب کرده است. این انتقادات باعث گسترش نوعی عدالت مصالحه‌ای یا سازشی به نام عدالت ترمیمی شده است که رضایت و توافق طرفین دعوا عنصر اساسی این گرایش محسوب می‌شود.<sup>۲۲</sup> امروزه در ماده ۱ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲ دیده می‌شود که پیاده‌سازی عدالت ترمیمی در میان اصول راهبردی از یک سو، و در مواد فنی این قانون به‌ویژه در چارچوب نهاد میانجیگری کیفری نیز چهره یافته است.

البته با آنکه این قانون با گفتاری نوآورانه جایگاه رهیافت عدالت ترمیمی را در کشورمان

۲۱. مجتبی، فرمند و حسین، آقایی‌نیا، «جلوه‌های عدالت ترمیمی در نهادهای موجب سقوط کیفر در قانون مجازات اسلامی»، مجله پژوهش‌های دانش انتظامی، ش ۷۲ (۱۳۹۵)، ص ۶۱

۲۲. مجتبی، جانی‌پور و رخساره، قریب، «مطالعه تطبیقی قلمرو و معیارهای اعمال میانجی‌گری کیفری در حقوق ایران، انگلیس و بلژیک»، مجله پژوهشنامه حقوق کیفری، ش ۱۵ (۱۳۹۶)، ص ۲۳۸.

نهادینه ساخته، اما روی‌آوری به آن تنها به جرایمی محدود است که بازسازی خسارات مادی بزه‌دیدگان آنها مد نظر است. وگرنه برای جرایم شدید و نیز جرایم بدون بزه‌دیده باید به دیگر رویکردهای شناخته‌شده در علوم جنایی همانند شدت‌گرایی متوسل شد.

در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، بیان عدالت ترمیمی در ماده ۱ و جای‌گیری آن در میان اصول راهبردی این قانون نشان‌دهنده چشم‌انداز روشن این رهیافت در کشورمان است. بنابراین امروزه متهم می‌تواند در پرتو این رهیافت از پیامدهای ناگوار جرم‌شناختی و عدالت کیفری سزادهنده گریخته، با پذیرش تقصیر خود، کوشش در راه دستیابی به توافق با متهم و نیز بازسازی ضرر و زیان‌های وارده، تحقق عدالت را نیز شتاب بخشد.

با اینکه تفاوت‌هایی راهبردی میان این نهاد کیفری با معامله‌ اتهام وجود دارد، اما به نظر می‌رسد که هر دو در دموکراتیک شدن فرایند کیفری مشابهت دارند. به عبارت دیگر، درگیر ساختن متهم در چگونگی جریان فرایند کیفری راهکاری است که از یک سو به سود خود او تمام می‌شود و از سوی دیگر در نهاد معامله‌ اتهام مقام تعقیب را در راه پردازش راهبردهای تعقیبی مناسب کامیاب ساخته، از منظر دیگر در نهاد عدالت ترمیمی به بازسازی مناسب و شتابان زیان‌های وارده بر بزه‌دیده می‌انجامد.

بر پایه این مراتب، به نظر می‌رسد که وجود نهاد عدالت ترمیمی می‌تواند ظرفیت‌های مناسب نظام دادرسی کیفری ایران را در راه پذیرش نهادی همانند معامله‌ اتهام که خود بیانگر قراردادی شدن آیین دادرسی کیفری در بازه‌های خاصی از فرایند کیفری است، نشان دهد.

### ۳.۱.۲. پیش‌بینی همکاری متهم با قاضی به‌عنوان کیفیتی مخفف

یکی از مهم‌ترین جلوه‌های تقنینی که به‌عنوان بستری مناسب برای پذیرش آتی نهاد معامله‌ اتهام در کشورمان به نظر می‌رسد، پیش‌بینی همکاری متهم با دادرسی کیفری به عنوان یکی از کیفیات مخففه در ماده ۳۸ ق.م.ا.ست.

در این باره باید خاطر نشان شود، هنگامی که همکاری متهم در مرحله رسیدگی در دادگاه به پیامدهایی سودمند برای او و نیز عدالت کیفری می‌انجامد، طبیعی است که این

وضعیت در همکاری پیش‌گفته در مراحل تحقیقات مقدماتی و نیز تعقیب جرم نیز امکان‌پذیر بوده، حتی بیش از تحقق آن در مرحله رسیدگی می‌تواند پیامدهای سازنده‌ای به‌همراه داشته باشد؛ به‌ویژه اینکه برخی از جرایم به دلیل مخاطرات فوری و گاه جبران‌ناپذیر خود باید هرچه زودتر تعیین تکلیف شوند.

### ۳.۱.۳. قراردادی شدن آیین دادرسی کیفری

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ در میان نوآوری‌های گوناگون خود، جلوه‌هایی از قراردادی شدن دادرسی کیفری را نیز پیش‌بینی کرده است. باید یادآوری نمود که رویکرد سنتی حقوق کیفری به دلایل متعدد حقوقی، جرم‌شناسانه، مدیریتی و غیره با تغییرهای بنیادین مواجه شده است. قراردادی شدن حقوق کیفری از اصلی‌ترین این تغییرهاست که بر اساس آن اراده یکی از طرفین دعوای کیفری، یعنی بزه‌دیده، به رسمیت شناخته شده است و با قائل شدن نقش فعال و پویا برای وی در صورت احراز شرایطی در فرایند تعیین سرنوشت دعوای کیفری مداخله نمایند<sup>۳۳</sup>. این انعطاف‌پذیری می‌تواند در امکان‌سنجی پیاده‌سازی معامله اتهام نیز دارای اهمیت باشد.

در چنین سازوکارهایی تمام یا قسمتی از فرایند کیفری به‌ویژه دادرسی ماهوی حذف شده، چگونگی تعیین سرنوشت دعوای کیفری از طریق توافق طرفین انجام می‌شود<sup>۳۴</sup>. به این ترتیب، متهم که تا پیش از این عمدتاً بازیگری منفعل و مشمول تحمیلات ناشی از سازوکارهای تعقیبی بود، زین پس فرصت خواهد یافت تا با یاری‌رسانی به دست‌اندرکاران فرایند کیفری و یا کسب رضایت و موافقت بزه‌دیده، فرجامی مناسب را برای خود در فرایند کیفری رقم بزند.

قانون‌گذار کیفری در مواد ۸۲، ۸۳ و ۸۴ قانون پیش‌گفته برای اولین بار به پیش‌بینی میانجیگری کیفری پرداخته است که با آیین‌نامه میانجیگری مصوب ۲۶ آبان ۱۳۹۵ در

۳۳. مراد، شمولی و محمدرضا، شادمان‌فر، «تحلیل ماهیت و قلمرو قراردادی شدن آیین دادرسی کیفری در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، ش ۴۸ (۱۳۹۹)، ص ۱۵۹.

۳۴. محمدمهدی، ساقیان، «حقوق دفاعی متهم در جایگزین‌های تعقیب کیفری»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دوره ۱۴، ش ۱۷ (۱۳۹۸)، ص ۱۶۲.

رسیدگی‌های کیفری اعمال می‌شود. به این ترتیب، جایگزین‌های تعقیب که در میانه قرار بایگانی پرونده و قرار جلب به دادرسی قرار می‌گیرد، جلوه بارزی از فرایند قراردادی شدن حقوق کیفری است. معامله‌ اتهام نیز از این دیدگاه دارای اهمیت است و در صورت پیش بینی در قوانین آتی روند قراردادی شدن آیین دادرسی کیفری را شتاب می‌بخشد.

### ۲.۳. معامله‌ اتهام و ساختار قضایی نظام عدالت کیفری ایران

افزون بر نهاد قانون‌گذاری، باید دید که در سازه قضایی نظام عدالت کیفری ایران چه بسترهایی برای پذیرش احتمالی نهاد معامله‌ اتهام وجود دارد تا از این راه بتوان به ورود این نهاد کیفری پیش‌تر آزموده‌شده به کشورمان امیدوار بود.

#### ۲.۳.۱. دستورالعمل‌های رئیس قوه قضائیه

یکی از مهم‌ترین بسترهایی موجود که برای پیاده‌سازی احتمالی نهاد معامله‌ اتهام در کشورمان مناسب به نظر می‌رسد، دستورالعمل‌های رئیس قوه قضائیه است که گاه در شکل بخشنامه و شیوه‌نامه صادرشده رویکردهای مناسب و روزآمد را برای اداره مراجع قضایی پیشنهاد می‌کند.

با اینکه جایگاه ریاست قوه قضائیه یک سمت قضایی نیست، اما این مقام مکلف است به مدیریت بهینه دستگاه قضایی مبادرت ورزد و از همین رو اگر پذیرفته شود که معامله‌ اتهام نهادی سودمند برای جامعه است، باید بتواند در پرتو صدور بخشنامه‌های مقتضی زمینه‌های تبلور آن را در نظام عدالت کیفری ایران فراهم کند. لازم است خاطر نشان شود که بر پایه اصل ۱۵۷ قانون اساسی، وی باید مدیر و مدبر و نیز آگاه به امور قضایی باشد و بی گمان شناخت تحولات کیفری آزموده‌شده در نظام‌های دیگر و کوشش برای امکان‌سنجی پیاده‌سازی آنها در ایران یکی از جلوه‌های این آگاهی به‌شمار می‌آید.

بی‌گمان این دستورالعمل‌ها برای مراجع قضایی لازم‌الاتباع است، اگرچه بر پایه اصول بنیادین حقوقی به‌ویژه اصل حاکمیت قانون و نیز اصل قانونی بودن مراجع قضایی، نمی‌توان انتظار داشت که رئیس دستگاه قضا در آنها نهاد حقوقی نوینی را تأسیس کند. با این همه، این امکان وجود دارد تا در صورت استنباط مفید بودن نهاد کیفری نوینی برای نظام دادرسی

از راه صدور دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های مناسب، زمینه اجرای آن را فراهم سازد.

امروزه دیده می‌شود که رئیس دستگاه قضا برای تعیین و پیش‌رانی سیاست‌های قضایی جمهوری اسلامی ایران، به اصدار آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های گوناگونی دست زده است. چهره یافتن چشم‌انداز قراردادی شدن آیین دادرسی کیفری در این بخشنامه‌ها می‌تواند به نهادینگی باورمندی به ورود نهادهایی با ویژگی‌های دموکراتیک کیفری، همانند معامله اتهام به نظام عدالت کیفری کشورمان بینجامد.

### ۳.۲.۲. انعطاف‌پذیری در سیاست کیفری

یکی از بنیادی‌ترین ویژگی‌های سیاست کیفری موفق را باید انعطاف‌پذیری در شرایط گوناگون دانست. جرم پدیده‌ای پیچیده است و آمیزش آن با شرایط گوناگون محیطی می‌تواند در برخی موارد جامعه را با پیامدهایی غیرقابل پیش‌بینی مواجه سازد؛ از همین رو، سیاست کیفری پیاده‌شده در برابر این پدیده نیز باید از ویژگی‌های مشابهی برخوردار بوده، دست‌کم با دارا بودن انعطاف‌پذیری‌های لازم پاسخ‌های مناسبی را در برابر آن نمایش دهد.

با اینکه ویژگی بنیادین سیاست کیفری نمایش پاسخ‌های سرکوبگر در برابر جرم و سزاجرایی ذاتی آن است، اما گاه مدیریت کیفری که در شمار بنیادی‌ترین رسالت‌های نظام های عدالت کیفری است اقتضا می‌کند که پاسخ‌های کیفری نمایش داده‌شده بیش از گذشته با شرایط پدیدآمده متناسب باشد.

آنچه این اندیشه را بیشتر تقویت می‌کند، این واقعیت آشکار است که جزم‌گرایی کیفری نسبت به پدیده مجرمانه هرگز نمی‌تواند به پیدایش مدیریت کیفری پیروزمند منجر شود. از همین رو، مشاهده می‌شود که برخلاف پیشینه سزاجرایی حقوق کیفری، اندیشه‌هایی تعدیل‌کننده همانند ارفاق‌گرایی کیفری و یا مردمی شدن آیین دادرسی کیفری مطرح می‌شود تا از این راه بتوان به مدیریت هرچه بهتر تکانش‌های گوناگون حاصل از پدیده مجرمانه امیدوار بود.

انعطاف‌گرایی پیش‌گفته که از آمیختگی با اندیشه‌های جرم‌شناختی بیشتر تقویت می‌شود، گاه مستلزم این است که مدیریت فرایند کیفری به جای یک‌سویگی سنتی، دوسویه

شده، متهم نیز به‌عنوان کنش‌گری فعال در این راه، ظرفیت‌های احتمالی خود را در اختیار نظام عدالت کیفری قرار دهد.

به اعتقاد نگارندگان، پیچیدگی‌های روزافزون پدیدآمده در انواع گوناگون جرایم تا آنجاست که در بیشتر موارد، متهم تنها کنش‌گر در یک پدیده مجرمانه نبوده، کنش‌گران انسانی گوناگون دیگری نیز در این راستا به‌چشم می‌خورند. از همین رو، عقلانیت سیاست کیفری مستلزم این واقعیت بدیهی است که از متهم برای احاطه بر زوایایی گوناگون پرونده و یافتن مرتب‌ترین، شرکا و معاونین احتمالی استفاده شود. این راهبرد می‌تواند با نوید امتیازاتی چون صدور کیفرخواست به‌گونه‌ای مناسب‌تر برای متهم، سیاست کیفری را هرچه زودتر به اهداف خود در راه کشف زوایای تاریک پرونده برساند.

### ۳.۳. معامله‌ اتهام و سازه فرهنگی نظام عدالت کیفری ایران

از چشم‌انداز فرهنگی نیز می‌توان بسترهایی را در نظام عدالت کیفری ایران برای پذیرش احتمالی آن دریافت. این بسترها نیز در ادامه تبیین می‌شوند.

#### ۳.۳.۱. مشروعیت‌فزایی نظام دادرسی کیفری

نظام کیفری بیش از دیگر سازه‌های نظام حقوقی نیازمند مشروعیت است، چراکه به‌طور مستقیم و در راستای برپا داشتن عدالت کیفری، حقوق و آزادی‌های بنیادین متهم را با هدف برقراری عدالت و به سود بزه‌دیده و جامعه محدود می‌کند؛ از همین رو نیاز دارد تا به استناد به اصول بنیادین حقوق کیفری، مشروعیت خود را اثبات کند.

در میان شاخه‌های گوناگون حقوق کیفری، نظام دادرسی کیفری این ضرورت را بیشتر از دیگر خرده‌نظام‌ها احساس می‌کند، چراکه آیین دادرسی کیفری بستر ارزش‌ها و حقوق بنیادین شهروندان است. از همین رو در روزگار ما، قوانین آیین دادرسی کیفری مواد خود را به دو دسته اصول راهبردی و مواد فنی تقسیم نموده، بر مطابقت مواد فنی با اصول پیش گفته از چشم‌انداز ماهیت و کارکردها که نقش قانون اساسی را در یک کشور ایفا می‌کند، پافشاری کرده‌اند.

پاسداشت هرچه بیشتر حقوق متهم و توانمندسازی جایگاه او رهاورد پیش‌بینی سازوکارهای لازم برای نهاد معامله‌ اتهام در نظام کیفری است. در واقع، مداخله دادن متهم در فرایند کیفر از رهگذر پیاده‌سازی معامله‌ اتهام گواه این واقعیت است که نظام کیفری در صدد تحقق بیشینه‌ای از عدالت کیفری به‌گونه‌ای مشروع و با رضایت قلبی متهم است؛ امری که در روند سنتی عدالت کیفری گاه بر اثر شائبه‌هایی همانند اعتراف اجباری - که در قانون اساسی و نیز قوانین عادی بی‌اعتبار شمرده شده است - کم‌رنگ می‌شود.

### ۳.۳.۲. استفاده از پیامدهای سازنده جرم‌شناختی معامله‌ اتهام

امکان‌سنجی پیاده‌سازی یک نهاد کیفری مستلزم توجه به پیامدهای سازنده احتمالی آن است. در این میان تجربه تجلی نهاد معامله‌ اتهام در نظام‌های کیفری غربی نشان می‌دهد که دستیابی به برآیندهای جرم‌شناختی نیز مد نظر پیش‌بینی‌کنندگان بوده است.

شاید بتوان معامله‌ اتهام را بیش از هر چیز گامی در جهت راهبرد اصلاح و درمان متهم دانست. با اینکه در این مرحله بر پایه اصول و قواعد آیین دادرسی کیفری همچنان از متهم سخن گفته و اطلاق عنوان مجرم بر فرد موردنظر نادرست است، اما همین متهم هنگامی که در روند انعقاد توافق با مقام تعقیب فرصتی برای کیفرخواستی با درجه پایین‌تر و در نتیجه، محکومیت خفیف‌تر را به‌دست می‌آورد، احتمال دارد که بیشتر در مسیر اصلاح و بازپروری گام بردارد.

### ۳.۴.۳. معامله‌ اتهام و پاسخ‌دهی کیفری

از آنجا که مهم‌ترین پیامد معامله‌ اتهام کاستن از میزان مجازات درخواست‌شده برای متهم در کیفرخواست و احتمالاً در دادنامه صادره از دادگاه است، مناسب است تا امکان‌سنجی این نهاد کیفری از دیدگاه پاسخ‌دهی کیفری نیز بررسی شود. از این منظر در آغاز به مطالعه معامله‌ اتهام از دیدگاه گونه‌های مجازات از یک سو، و سپس جایگاه آن در معادله عدالت و مصلحت پرداخته می‌شود.

### ۳.۴.۱. معامله‌ اتهام و گونه‌های مجازات

امکان‌سنجی پیاده‌سازی نهاد معامله‌ اتهام در ایران بر پایه گونه‌های مجازات نیز می‌تواند



تا حدودی سودمند باشد؛ از همین رو، در ادامه به مطالعه این امر از دیدگاه دسته‌بندی مجازات‌ها به شرعی و فرعی پرداخته می‌شود.

### ۳.۴.۱.۱. معامله‌ اتهام و جرایم مستوجب مجازات‌های شرعی

مجازات‌های شرعی در نظام کیفری ایران به دلیل ویژگی‌هایی چون غیرقابل تغییر یا اصلاح‌ناپذیر بودن نمی‌توانند بستری برای پیاده‌سازی نهاد کیفری معامله‌ اتهام باشند.

این اندیشه به‌ویژه از این رو وجاهت می‌یابد که مجازات‌های شرعی مشمول نهادهای ارفاقی کیفری نمی‌شوند و تأسیسات کیفری که به مفهوم کاستن از شدت پاسخ‌های سرکوبگر نسبت به آنان است، این نهادهای کیفری را آماج خود قرار نمی‌دهد.

درباره حدود باید دانست که رهنمودهایی همانند منع پذیرش شفاعت در حد و نیز غیرممکن بودن تأخیر در آن، موانع مهمی برای باورمندی به امکان پیاده‌سازی نهاد معامله‌ اتهام در آن است.

در قصاص نیز به دلیل ماهیت خصوصی این مجازات، هرگونه تغییر در سرنوشت مجازات باید تنها از رهگذر اراده ولی یا اولیای دم در قتل نفس و یا بزه‌دیده در مادون نفس انجام شود؛ خواه پس از آن توافقی با جانی انجام شود یا خیر. به این ترتیب، در برخی از موارد در قلمرو مجازات قصاص توافقی میان قاتل و ولی دم انجام می‌شود، اما به دلیل خصوصی بودن این توافق و نیز انعقاد آن پس از صدور محکومیت به قصاص، نمی‌تواند با نهاد معامله‌ اتهام که لزوماً در مرحله تعقیب و میان دادستان و متهم منعقد می‌شود، همانند دانسته شود.

دیه نیز با وجود ویژگی مالی، همانند قصاص مجازاتی خصوصی است. به همین ترتیب، توافق بزه‌دیده با ولی دم در مورد کاهش میزان دیه، حتی اگر به صورت قراردادی رسمی منعقد شود و اعتبار اسناد رسمی لازم‌الاجرا را داشته باشد، باز هم تفاوت پیش‌گفته را با نهاد معامله‌ اتهام دارد.

به این ترتیب، صرف نظر از این ایراد که اصولاً معامله‌ اتهام مربوط به مرحله تعقیب

است و طرفین آن، متهم از یک سو و مقام تعقیب از سوی دیگر هستند، نباید از دیدگاه مجازات‌ها بررسی شود. حتی در صورتی که منظور از این ارزیابی، بررسی امکان تحقق نهاد معامله اتهام در فرایند کیفری منتهی به مجازات حدی باشد، باز هم باید به دلیل ویژگی‌های بنیادین مجازات‌های شرعی در نظام کیفری ایران، امکان آن را منتفی دانست.

البته می‌توان تنها نهاد کیفری در قلمرو مجازات‌های شرعی را که تا حدودی شباهت‌هایی با معامله اتهام دارد، توبه دانست. به سخن دیگر، در صورتی که در این قلمرو، متهم به ارتکاب جرایم حدی به‌جز حدودی که از شمول قلمرو توبه هستند، همکاری‌هایی را با دادستان انجام دهد، در صورت حصول شرایط یادشده در ماده ۱۱۴، می‌توان آن را توبه دانست. لزوم احراز توبه برای حاکم، شباهت آن را با معامله اتهام از چشم‌انداز ویژگی قراردادی آن میان متهم و دادستان افزون می‌سازد.

#### ۳.۴.۱.۲. معامله اتهام و جرایم مستوجب مجازات‌های عرفی

با آنکه همچنان معامله اتهام در نظام دادرسی کیفری ایران دیده نمی‌شود، اما چندان پیش‌تر گفته شد، نشانگانی در قوانین کشورمان وجود دارد که به دلیل مشابهت‌های خود با نهاد یادشده، امکان پیاده‌سازی آتی آن را در کشورمان فراهم می‌سازد.

بی‌تردید این نشانگان را باید در قلمرو اتهامات مربوط به مجازات‌های تعزیری در قانون مدنی ایران و نیز قوانین کیفری پراکنده دیگری دانست که در چارچوب پدیده فنی شدن حقوق کیفری پدیدار شده‌اند.

مطالعه نظام عدالت کیفری ایران نشان می‌دهد که در هرکجا که قانون‌گذار کیفری امکان همکاری متهم را با مقام قضایی پیش‌بینی کرده، در مقابل، ارفاق‌هایی را نیز برای او مقرر نموده است. به این ترتیب، وجود معاذیر قانونی همانند ماده ۵۰۷ ق.م.ا (تعزیرات) می‌تواند نشانه‌ای از پذیرش قراردادی شدن عدالت کیفری باشد که توجه به آن نهادینگی معامله اتهام را در قانون‌گذاری‌های کیفری آتی ایران تسهیل می‌کند.

#### ۳.۴.۲. تعارض عدالت و مصلحت به نفع مصلحت در معامله اتهام

از دیرباز در هریک از راه‌کنش‌های کیفری جایگاه سنجه‌های عدالت و مصلحت مطرح

بوده است. با آنکه از میان آن دو، اصل بر کوشش در راه محقق کردن هرچه بیشتر عدالت بوده، اما گاه مصلحت نیز حکم می‌کرده است که انعطاف‌گرایی کیفری در پاسخ‌دهی به پدیده مجرمانه درپیش گرفته شود تا از این دیدگاه بتوان به مدیریت کیفری بر پایه بایسته های زمانی و مکانی امیدوار بود.

با توجه به امکان انعطاف در مجازات‌های عرفی برخلاف مجازات‌های شرعی، می‌توان پذیرفت که نهاد معامله‌ اتهام از چشم‌انداز معیارهای عدالت و مصلحت نیز سزاوار ارزیابی است. در این راستا عدالت حکم می‌کند هنگامی که متهم به هر دلیل به همکاری با نظام عدالت کیفری می‌پردازد تا از این راه پیگرد جرایم ارتكابی خود و حتی به‌طور غیرمستقیم جرایم ارتكابی دیگر را تسهیل نماید، خطرناکی کمتری نسبت به همتایان خود دارد و به این ترتیب لازم است که از ارفاق‌های موجود در قلمرو نظام عدالت کیفری برخوردار شود.

افزون بر این، سنجۀ مصلحت می‌تواند در راه مشروعیت نهاد کیفری معامله‌ اتهام به‌کار رود؛ چراکه یکی از ویژگی‌های بارز مدیریت کیفری، برقراری انعطاف در آن در موارد لازم است. از همین رو، هنگامی که متهم به‌گونه‌ای همکاری مؤثری را با دادستان انجام می‌دهد، مصلحت اقتضا می‌کند که برای تشویق دیگر متهمان به این امر و در نتیجه برخورداری نظام عدالت کیفری و به‌طور کلی جامعه از مزایای سودمند آن، پاداش‌هایی در کمیت ضمانت-اجرای کیفری برای این افراد در نظر گرفته شود.

به سخن دیگر، پیاده‌سازی سنجۀ مصلحت در قلمرو عملیاتی نظام عدالت کیفری گاه مقتضی رهیافت انعطاف‌گرایی کیفری است. با آنکه مقام تعقیب در انجام رسالت خود در فرایند کیفری مستقل از شاکی یا مدعی خصوصی و نیز متهم است، اما باید پذیرفت که گاه مصلحت اقتضا می‌کند که دادستان بسته به موقعیت، رسالت خود را با مشارکت محدود متهم و در چارچوب نهاد معامله‌ اتهام انجام دهد تا از این راه عدالت کیفری را به‌گونه‌ای مناسب محقق نماید.

البته باید دانست که در معادلۀ عدالت و مصلحت باید بسته به ضمانت اجرای کیفری، چگونگی برابری یا برتری‌دهی یکی از آن دو بر دیگری را تشخیص دهد. برای نمونه در

حدود و قصاص این معادله بی‌گمان به سود عدالت است. از همین رو، پیاده‌سازی نهاد معامله اتهام که خود مبتنی بر مصلحت است، در این دو مجازات امکان‌پذیر نیست. البته خصوصی بودن ماهیت مجازات قصاص و امکان مصالحه ولی دم و مرتکب مبنی بر اجرا نشدن قصاص و تبدیل به دیه، خود بستری است که تا حدودی می‌تواند با توجه به پیوند آشکار با سنجه مصلحت، امکان پیاده‌سازی معامله اتهام را در آینده مطرح کند.

#### ۴. خلأها و آسیب‌های برخاسته از نهاد معامله اتهام در ایران

یکی از بایسته‌های امکان‌سنجی پیاده‌سازی یک نهاد نوین کیفری در یک جامعه، مطالعه مزایا و نیز کاستی‌های احتمالی از رهگذر پیگیری این راهبرد است. بنابراین، معامله اتهام نیز به‌عنوان یک نهاد مستقل کیفری ممکن است در کشورمان به‌ویژه در آغاز کار کاستی‌هایی به‌همراه داشته باشد. از این راه می‌توان به این پرسش کلی پاسخ داد که آیا پیاده‌سازی این نهاد کیفری در ایران به مصلحت است یا خیر؟

##### ۴.۱. گسست میان رویکرد سیاست کیفری ایران و دادگاه‌های بین‌المللی

با شکوفایی حقوق کیفری بین‌المللی به‌دنبال پیدایش دادگاه‌های کیفری مختلط و سرانجام تصویب اساسنامه رم دیوان کیفری بین‌المللی، امروزه گفتگو درباره میزان همگامی کشورها با اصول و قواعد حقوق کیفری بین‌المللی و برآیندهای آن بسیار مورد توجه قرار گرفته است.

در این میان، بهره‌گیری اساسنامه رم از آموزه‌های جرم‌شناختی و بزه‌دیده‌شناختی و سپس پدیداری این روند در عملکردهای دیوان در هنگام رسیدگی به وضعیت‌های مطروحه، بیش‌ازپیش بر قدرت هنجارسازی دیوان صحنه گذارده است.

واقعیت این است که اساسنامه رم از جهات بسیاری یک سند قانونی پیشرفته به‌شمار می‌آید که به‌تنهایی اساسی شدن و یا به عبارت بهتر، اساسی بودن حقوق کیفری بین‌المللی را بازتاب داده است. تأکید آشکار این سند بر حقوق متهم می‌تواند به‌عنوان نقطه عطفی در رویکردهای حقوق بشرمدار آن دانسته شود.

در این راستا باید خاطرنشان ساخت که نهاد کیفری معامله اتهام به گستردگی در

اساسنامهٔ مراجع کیفری بین‌المللی پذیرفته شده است. در واقع، اساسنامهٔ دادگاه‌های کیفری بین‌المللی یوگسلاوی، رواندا، هیئت‌های رسیدگی‌کننده به رویدادهای تیمور شرقی و سرانجام اساسنامهٔ رم دیوان این نهاد را پذیرفتند. البته به‌منظور جلوگیری از آثار سوء معاملهٔ اتهام، دادگاه‌های کیفری بین‌المللی به تبعیت از نظام‌های حقوقی داخلی، شرایطی را برای معتبر شناختن یک معاملهٔ اتهام ذکر کرده‌اند<sup>۲۵</sup> که از مهم‌ترین آنها می‌توان به آگاهانه بودن آن از سوی متهم اشاره کرد. دقیقاً به همین دلیل بود که شعبهٔ تجدیدنظر دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق، معاملهٔ اتهام رخ داده در شعبهٔ بدوی در پروندهٔ «اردموویچ» را نپذیرفت.

با وجود این، نپوستن ایران به اساسنامهٔ رم با وجود قدرت هنجارسازی دیوان همچنان به‌عنوان یکی از خلأهای مهم در راه اثرپذیری از نهادهای کیفری سودمندی همانند معاملهٔ اتهام به‌شمار می‌آید. به‌نظر می‌رسد که در صورت تصویب اساسنامهٔ رم در قوهٔ مقننه، راه برای پذیرش نهادهای کیفری موجود در آن و ازجمله معاملهٔ اتهام باز شود.

#### ۲.۴. نبود تصریح قانونی و دشواری‌های اصلاح قوانین کیفری

به‌طور کلی اصل قانونی بودن دادرسی‌های کیفری از متفرعات بنیادی‌ترین اصل حقوق کیفری مدرن، یعنی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است. بر این پایه، هریک از مراحل فرایند کیفری باید بر پایهٔ مقررات قانون آیین دادرسی کیفری سازماندهی شود.

بنابراین از آنجا که در حال حاضر نصی دربارهٔ نهاد معاملهٔ اتهام وجود ندارد و تازگی‌ها لازم‌الاجرا شدن قانون آیین دادرسی کیفری کنونی نیز احتمال تأخیر در اصلاحات آتی را مطرح می‌سازد، باید پذیرفت که حتی با وجود پذیرش نظری مزایای گوناگون نهاد معاملهٔ اتهام، احتمال جای‌گیری آن در نظام عدالت کیفری کشورمان زودهنگام نخواهد بود.

#### ۳.۴. چیرگی فرهنگ سازش به دلیل اولویت دادن به شاکی نسبت به متهم

در فقه اسلامی و در کتاب قضاء، قاضی مکلف است پیش از آغاز امر قضا متداعیین را

۲۵. فاطمه، حصار پولادی و همکاران، «بررسی شرایط و آثار معاملهٔ اتهام در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی»، مجلهٔ آموزه‌های حقوق کیفری، ش ۱۴ (۱۳۹۶)، ص ۱۱۶.

به سازش فراخواند تا از این راه حکمی مرضی‌الطرفین به‌دست آید. این آموزه در حقوق عرفی نیز وجود دارد و در هریک از قوانین آیین دادرسی مدنی و نیز کیفری، دادرسی کیفری مکلف به تشویق طرفین به سازش و سپس رسیدگی به دعواست.

بنابراین دیده می‌شود که در هر دو قلمرو، سازش که در آن گذار از فرایند کیفری با هدف تسریع در جبران خسارات شاکی اولویت دارد، بسیار توصیه شده است. با وجود این، معامله اتهام که بنابه ماهیت خود به سود متهم است، جایگاهی در این بازه‌های مفهومی ندارد. در نتیجه به اعتقاد نگارندگان از چشم‌انداز حل‌وفصل پیامدهای جرم، بهبود وضعیت شاکی بر متهم دارای برتری است.

#### ۴.۴. ابهام در مطابقت با قلمرو موضوعی برخی از مواد قانون آیین دادرسی کیفری

برخی از مواد در قانون آیین دادرسی کیفری به‌گونه‌ای نگاشته شده‌اند که ابهام پیوند با نهاد کیفری معامله اتهام را به‌میان می‌آورند. در آن صورت باید با ارزیابی این مواد و به‌ویژه ماده ۴۴۲ قانون یادشده، پیوندهای میان قلمرو موضوعی آنها را با معامله اتهام بررسی کرد.

بر پایه این ماده در صورتی که دادستان از حکم صادره در دادگاه بدوی تجدیدنظرخواهی نکرده باشد، محکوم‌علیه می‌تواند با اسقاط حق تجدیدنظرخواهی خود در صورتی که اقدام به تجدیدنظرخواهی کرده باشد، با استرداد آن از دادگاه درخواست تخفیف نماید. در صورت وصول این درخواست، دادگاه در جلسه‌ای فوق‌العاده با حضور دادستان تصمیم‌گیری کرده، با صدور رأی قطعی مجازات را تا یک چهارم تخفیف خواهد داد.

همان‌گونه که دیده می‌شود، پیش‌بینی یادشده با وجود تفاوت ماهوی خود با نهاد کیفری معامله اتهام، همانندی‌های اندکی نیز با آن دارد. از همین رو، بررسی همانندی‌ها و نیز تفاوت‌های این دو نهاد با یکدیگر می‌تواند امکان تطبیق آنها را با یکدیگر فراهم آورد.

در آغاز باید دانست که این دو نهاد قلمرو و اهدافی متفاوت با یکدیگر دارند، چراکه معامله اتهام قراردادی میان متهم و دادستان است. حال آنکه در ماده ۴۴۲ هیچ توافقی صورت نمی‌گیرد، بلکه به صرف درخواست تخفیف محکوم‌علیه که البته مسبوق به اسقاط حق تجدیدنظرخواهی و یا رد این درخواست است، دادگاه به تخفیف تا یک چهارم مجازات

برای او اقدام می‌کند. به این ترتیب، در ماده ۴۴۲ برخلاف معامله‌ اتهام، توافق یا قراردادی میان محکوم‌علیه یا قاضی دادگاه تجدیدنظر انجام نمی‌شود تا آثار الزام‌آور آن را داشته باشد؛ بنابراین تکلیف دادگاه تجدیدنظر مبنی بر تخفیف تا یک چهارم صرفاً الزامی قانونی است.

با این همه، آموزه ماده ۴۴۲ می‌تواند همانندی‌هایی را با نهاد کیفری معامله‌ اتهام نشان دهد. در معامله‌ اتهام، متهم اقداماتی به سود عدالت کیفری انجام می‌دهد تا به همان ترتیب امتیازی را از عدالت کیفری دریافت کند. در این ماده نیز محکوم‌علیه - و نه متهم - با اسقاط حق تجدیدنظرخواهی یا استرداد درخواست تجدیدنظر، اقدامی سودمند را برای نظام کیفری انجام می‌دهد و در مقابل امتیازی به نام تخفیف مجازات دریافت می‌کند.

افزون بر این، نقش‌آفرینی دادستان در هر دو نهاد نیز وجوه دیگر همانندی معامله‌ اتهام و نیز آموزه یادشده در ماده ۴۴۲ است؛ با این تفاوت که در معامله‌ اتهام دادستان یک طرف قرارداد است، حال آنکه بر پایه ماده پیش‌گفته، دادستان تنها در جلسه تصمیم‌گیری برای تخفیف تا یک چهارم حضور دارد و اگرچه دیدگاه‌های او نیز استماع می‌شود، اما در هر صورت، رسالت اصلی در این ماده بر دوش دادرسی دادگاه تجدیدنظر است.

### نتیجه

معامله‌ اتهام یکی از مهم‌ترین مصادیق روند قراردادی شدن حقوق کیفری است که امروزه با شتابی فزاینده سرتاسر نظام‌های دادرسی کیفری را بنابه ضرورت‌های موجود فرا گرفته است. این نهاد پیامدهای سازنده گوناگونی را در نظام دادرسی کیفری دارد. از همین رو، پیاده‌سازی آن در کشورهایی که هنوز به استفاده از آن باورمند نشده‌اند، مناسب به‌نظر می‌رسد.

آنچه این برداشت را توجیه می‌کند، این واقعیت آشکار است که در دوران جهانی شدن حقوق کیفری و آیین دادرسی کیفری می‌توان نهادهای کیفری بسیاری را دید که پس از پیاده‌سازی موفق در کشوری به نظام کیفری کشور دیگر راه می‌یابند. این روند البته پس از آزموده شدن آن نهاد کیفری در کشورهای دیگر و مشاهده پیامدهای مثبت آنها انجام می‌شود. از آنجا که قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ نهادهای نوینی را از نظام‌های دادرسی

کیفری غربی برگرفته است، باید به امکان‌سنجی نهاد مهم و کاربردی معامله‌اتهام پرداخت و چشم‌انداز آتی آن را در کشورمان بررسی کرد.

معامله‌اتهام نیز همانند هریک از دیگر نهادهای کیفری مؤلفه‌های ساختاری و قانونی ویژه‌ای دارد که باید به‌طور شفاف و در چارچوب اصل قانونی بودن دادرسی‌های کیفری از سوی قانون‌گذار بیان شود. در این راستا، وجود توافق میان مقام تعقیب و متهم به‌عنوان رکن بنیادین معامله‌اتهام اگرچه در نگاه اول بدیهی است، اما خود پیچیدگی‌های بسیاری را در عمل به‌همراه دارد.

به‌طور کلی معامله‌اتهام که در هریک از سنت‌های حقوقی اصلی در جهان آشکارا و یا به‌طور ضمنی وجود دارد، توانسته است در راه مدیریت فرایند کیفری به نظام‌های دادرسی کیفری کمک‌های شایانی بکند و نیز با روند کلی اساسی شدن حقوق کیفری نیز سازگار است. چراکه در چارچوب این نهاد، متهم نقش فعال‌تری را در روند دادرسی کیفری می‌یابد و همین واقعیت نیز به افزایش توان عملیاتی نظام دادرسی کیفری در پاسخ‌دهی به پدیده مجرمانه یاری می‌رساند.

همچنین معامله‌اتهام به سود متهم است و مصلحت او اقتضا می‌کند که به‌ویژه در پرونده‌هایی که امکان و یا بخت چندانی برای جلوگیری از اثبات اتهام به‌وسیله مقام تعقیب وجود ندارد، در روند این نهاد کیفری مشارکتی سازنده داشته باشد.

امروزه بسترهای مناسبی در سازه‌های گوناگون تقنینی، قضایی و فرهنگی نظام عدالت کیفری برای پذیرش نهاد کیفری معامله‌اتهام در اصلاحات قانونی آتی وجود دارد. این چشم‌انداز امیدوارکننده به‌ویژه با توجه به رویکرد نظام کیفری ایران در سال ۱۳۹۲ و تصویب قوانین کیفری شکلی و ماهوی با الهام از نوآوری‌های غربی تقویت می‌شود.

با وجود این، همانند هر نهاد کیفری دیگر، معامله‌اتهام با موانعی نیز در کشورمان مواجه است. کیفرگرایی، فرودستی جایگاه متهم نسبت به شاکی، و نیز گسست میان رویکردهای نظام دادرسی کیفری کشورمان با مراجع کیفری بین‌المللی برخی از این خلأهاست که می‌تواند مانعی بر سر راه ورود نهاد پیش‌گفته به کشورمان باشد.

به اعتقاد نگارندگان، رسالت بنیادین نظام دادرسی کیفری به‌ویژه با توجه به ماهیت



اساسی آن، جستجو برای یافتن بسترهای پیاده‌سازی نهادهای نوینی است که اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری را بیش‌ازپیش تحقق می‌بخشد. امروزه کوشش برای ارتقای حقوق متهم و ایمن نگاه داشتن او در برابر چالش‌های احتمالی برخاسته از کنش‌گران فرایند کیفری و نیز شاکی، ضرورت اندیشه‌ورزی درباره نهاد معامله‌ اتهام را مطرح کرده است. بنابراین امید می‌رود که قانون‌گذار کیفری ایران در تحولات آتی در قلمرو آیین دادرسی کیفری بر موانع پیش‌گفته و به‌ویژه بر چالش‌های ظاهری موجود در ساختارهای کیفری، قضایی و فرهنگی چیره شده، راه را برای ورود نهاد معامله‌ اتهام و در نتیجه بهره‌مند ساختن جامعه، نظام عدالت کیفری، و به‌ویژه متهم، بگشاید.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

۱. جانی‌پور، مجتبی و قریب، رخساره، «مطالعه تطبیقی قلمرو و معیارهای اعمال میانجی‌گری کیفری در حقوق ایران، انگلیس و بلژیک»، *مجله پژوهشنامه حقوق کیفری*، ش ۱۵ (۱۳۹۶).
۲. حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی و صالحی، محمدخلیل، «موقعیت داشتن تعقیب در نظام کیفری ایران با نگاهی تطبیقی»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، ش ۱۳ (۱۳۹۶).
۳. حصار پولادی، فاطمه و جانی‌پور، مجتبی، «بررسی شرایط و آثار معامله اتهام در دادگاه‌های کیفری بین‌المللی»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، ش ۱۴ (۱۳۹۶).
۴. حیدری، الهام، «معیار اثبات در دعاوی کیفری در دادرسی کیفری ایران و انگلستان»، *مجله مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۳، ش ۴ (۱۳۹۲).
۵. روشن قنبری، عطاءالله، «نگاهی به معامله اتهام در حقوق ایالات متحده آمریکا»، *مجله کانون*، ش ۱۰۳ (۱۳۸۹).
۶. ساقیان، محمدمهدی، «حقوق دفاعی متهم در جایگزین‌های تعقیب کیفری»، *مجله آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره ۱۴، ش ۱۷ (۱۳۹۸).
۷. شامبیاتی، هوشنگ و پروینی، علی، «تخصصی کردن ضابطین گامی به سوی حقوق کیفری قراردادی»، *مجله تحقیقات حقوقی آزاد*، ش ۲۵ (۱۳۹۳).
۸. شمولی، مراد و شادمان‌فر، محمدرضا، «تحلیل ماهیت و قلمرو قراردادی شدن آیین دادرسی کیفری در حقوق ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، ش ۴۸ (۱۳۹۹).
۹. غلامی، حسین و بابایی، یوسف، «مک‌دونالدی کردن عدالت کیفری»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۴، ش ۷۰ (۱۳۸۹).
۱۰. فرهنگ، مجتبی و آقایی‌نیا، حسین، «جلوه‌های عدالت ترمیمی در نهادهای موجب سقوط کیفر در قانون مجازات اسلامی»، *مجله پژوهش‌های دانش انتظامی*، ش ۷۲ (۱۳۹۵).
۱۱. محمدزاده وادقانی، علیرضا، «رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق»، *فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش ۳۸ (۱۳۷۶).
۱۲. موسوی‌مجاب، سید درید و مرادی، فرزانه، «مطالعه تطبیقی نهاد دادوستد اتهام در نظام کامن لا و حقوق نوشته»، *مجله پژوهش‌های حقوق کیفری*، سال اول، ش ۱ (۱۳۹۴).

۱۳. میلانی، علیرضا و پورقاسم، علی، «بایگانی پرونده کیفری»، *مجله مطالعات علوم اجتماعی*، دوره ۲، ش ۱ (۱۳۹۵)، ص ۱۲.

#### ب) انگلیسی

14. Cheng, Kevin Kwok-yin, "Public Approval of Plea Bargaining in Hong Kong: The Effects of Offender Characteristics", *International Criminal Justice Review*, vol. 26, (2015).
15. Demko, Olga.S, "Institute of Plea Bargain: Features of Legal Regulation", *Journal of Politics and Law* vol. 10, No. 4, (2008).
16. Helm, Rebecca K, "Cognitive Theory and Plea-Bargaining", *Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences*, vol. 5, 2, (2018).
17. Iontcheva Turner, Jenia, "Plea- Bargaining and International Criminal Justice", Cited in: *International Criminal Justice*, First ED, London, (2013).
18. Kramer, Greg, *Plea bargaining recommendation by criminal defense attorneys: Legal psychological and substance abuse rehabilitative influences*, a thesis of Drexel U, (2005)
19. Savitsky, Douglas, "Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system", *Rationality and Society*, vol. 24, (2012).



## تعدد نهادهای قانون گذاری با تأکید بر جایگاه مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران

فردین مرادخانی<sup>۱</sup>

سمیه تکللو<sup>۲</sup>

### چکیده

حاکمیت در هر نظام حقوقی به بخش‌های مجزا با کارکردهای مستقل تقسیم می‌شود. وظیفه قانون گذاری به صورت عام به قوه مقننه که اعضای آن منتخب مردم هستند واگذار می‌شود. در نظام جمهوری اسلامی ایران صلاحیت عامی که قانون اساسی مطابق اصل ۷۱ به مجلس شورای اسلامی داده، به وسیله نهادهای خاص قانون گذاری تخصیص خورده است. وجود این نهادها برای سازماندهی امور جامعه امری لازم و مفید است. نهادهای خاص قانون گذار گاهی با خروج از صلاحیت و مداخله در امور نهادهای دیگر موجب نقض سلسله مراتبی قوانین و حاکمیت قانون، تورم قوانین، موازی کاری و عدم شناسایی حقوق و تکالیف از سوی تابعان شده است. شورای عالی فضای مجازی یکی از نهادهای خاص قاعده گذار در نظام حقوقی ایران است که از طریق حکم رهبری و بر مبنای پاسخگویی به نیازهای روز جامعه در خصوص تعامل صحیح با فضای مجازی تأسیس شده است. در تحقیق حاضر که به روش تحلیلی- توصیفی انجام شده، کوشش شده است به این پرسش پاسخ داده شود که جایگاه مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران و سلسله مراتب هنجارها به عنوان یک اصل مهم در نظام حقوقی و حاکمیت قانون چگونه است؟ بررسی مصوبات آن نشان می‌دهد این شورا اقدام به وضع قواعد خارج از صلاحیت و مداخله در امور قوای دیگر نموده است. در این مقاله پیشنهاد شده است شورای عالی فضای مجازی با همکاری قوا و سازمان‌های دیگر امر سیاست گذاری را جایگزین وضع مصوبات لازم‌الاجرا نماید.

**واژگان کلیدی:** سیاست گذاری، شورای عالی فضای مجازی، صلاحیت، قانون، قانون گذاری.

moradkhani.fardin@yahoo.com

takaloo.somaye@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه بوعلی سینا همدان، همدان، ایران (نویسنده مسئول)

۲. کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی تهران، تهران، ایران

## مقدمه

در هر نظام حقوقی بر اساس نظریه تفکیک قوا حاکمیت به بخش‌های مجزا با کارکردهای منحصر تقسیم می‌شود. قوای مقننه، اجرایی و قضایی دولت طبق قانون اساسی نقش‌های مشخص و محدودی دارند و لازم است از بازیگران سیاسی مختلفی تشکیل شوند.<sup>۳</sup> تصمیم‌سازی و سیاست‌گذاری، اجرای تصمیمات و سیاست‌ها و قضاوت بر اساس این قواعد، کارویژه‌های اصلی حاکمیت هستند. وضع قواعد لازم‌الاجرا مهم‌ترین کارکرد نظام حقوقی است، چراکه قوانین درحقیقت برنامه، مبنا و اساس امور اجرایی و قضایی هستند. حاکمیت متعلق به مردم جامعه است و از سوی مردم به سایر ارکان حکومت انتقال می‌یابد.<sup>۴</sup> به گفته روسو، چون هیئت حاکمه غیر از قوه قانون‌گذاری قدرت دیگری ندارد، فقط به وسیله قوانین قدرت خود را اعمال می‌کند.<sup>۵</sup> قوه مقننه به دلیل کارکرد حساس آن که هنجارسازی است در اغلب کشورهای دنیا تأسیسی انتخابی دارد؛ به این معنا که افراد تشکیل‌دهنده آن منتخب مردم هستند و به نمایندگی از آنان به وضع قواعد عام‌الشمول می‌پردازند. در ایران طبق اصل ۷۱ قانون اساسی اولویت قانون‌گذاری با مجلس شورای اسلامی است، اما به تدریج و به فراخور نیازهای جامعه نهادهای خاصی تأسیس شدند که به موازات مجلس شورای اسلامی به تصویب مقررات پرداختند؛ درحالی که فاقد دو ویژگی بارز مجلس، یعنی انتخابی بودن اعضا و تحت نظارت بودن مصوبات آن بودند. فعالیت چنین ارگان‌هایی در نظام حقوقی ایران به دلیل موازی‌کاری در انجام عمل تقنین، عدم وابستگی به قوای سه‌گانه، نظارت خفیف بر عملکرد و تصمیمات اتخاذشده، عدم تعریف نظارت‌های مردمی و... دارای چالش‌ها و موانع متعدد حقوقی و حتی فقهی است.<sup>۶</sup> در این مقاله ضمن اشاره به نهادهای متعدد قاعده‌گذار و خاستگاه‌های آنها، شورای عالی فضای مجازی به صورت مطالعه موردی بررسی می‌گردد و با توجه به کارویژه مهم و روزآمد آن، سعی بر آن است

3. Glassman, Matthew "Separation of Powers": An Overview', *Congressional Research Service*, (2016).

۴. سید ابوالفضل، قاضی شریعت‌پناهی، *بایسته‌های حقوق اساسی*، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، چ ۴۴، ۱۳۹۰)، ص ۱۶۸.

۵. ژان ژاک، روسو، *قرارداد اجتماعی یا اصول حقوق سیاسی*، مترجم: منوچهر کیا، (تهران: انتشارات گنجینه، چ ۳، ۱۳۶۶)، ص ۱۱۱.

۶. هانه، فرکیش و همکاران، «حاکمیت قانون و تعدد نهادهای خاص تقنینی در سیستم حقوقی ایران»، فصلنامه علمی، پژوهشی فقه و مبانی حقوق، سال یازدهم، ش ۲ (۱۳۹۷)، ص ۱۱۲.

جایگاه این نهاد در نهادهای حاکمیتی و جایگاه مصوبات آن در نظام حقوقی مورد مطالعه قرار گیرد. این مقاله به دنبال این پرسش است که این شورا بر اساس چه دلایلی تأسیس شد و با تأسیس آن چه تداخل وظایفی در نهادهای نظام حقوقی ایران به وجود آمد. فرضیه تحقیق این است که شورای عالی فضای مجازی در وضع مصوبات خود گاهی در کارویژه قوای دیگر مداخله نموده است. علی‌رغم آنکه تحقیقاتی در مورد تعدد مراجع قانون‌گذاری در ایران به عمل آمده، اما در خصوص شورای عالی فضای مجازی و جایگاه مصوبات آن در سلسله‌مراتب هنجارها ادبیات حقوقی وجود ندارد که علت اصلی آن را می‌توان تازه تأسیس بودن این نهاد و اندک بودن مصوبات آن عنوان کرد. این مقاله در سه بخش سازماندهی شده است: در بخش اول، نهادهای قاعده‌گذار ایران برشمرده شده است و خاستگاه هر یک معرفی می‌گردد. در بخش دوم، به معرفی شورای عالی فضای مجازی، علت تأسیس و خاستگاه آن پرداخته می‌شود. در بخش سوم، مصوبات شورا و نمونه‌هایی از تداخل این مصوبات با کارکرد اختصاصی قوای سه‌گانه آمده است. در نهایت، پیشنهادی برای بهبود عملکرد این شورا و جلوگیری از تعدد مقررہ‌گذاری ارائه می‌شود.

## ۱. تعدد نهادهای قانون‌گذاری در نظام حقوقی ایران

ایفای کارکرد قانون‌گذاری و وضع قواعد عام‌الشمول با عنایت به اصل تفکیک قوا برعهده قوه مقننه است و تنها این نهاد است که صلاحیت وضع قانون را در اختیار دارد؛ اما واقعیت‌های اداره جوامع، محدودیت‌هایی بر این قاعده وارد می‌سازد.<sup>۷</sup> در جمهوری اسلامی ایران علاوه بر صلاحیت مجلس شورای اسلامی در امر قانون‌گذاری، به جهت ماهیت انقلاب و نظام اسلامی، نهادهای دیگری نیز مجاز به تصویب قاعده‌های الزام‌آوری هم‌وزن قوانین عادی یا برتر از آن یا وضع قانون در موضوع خاص شده‌اند که به‌عنوان مراجع قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران به رسمیت شناخته شده است.<sup>۸</sup> گرچه تأسیس هرکدام از این نهادها به دنبال رفع نیاز و حل مشکلی از مشکلات روز جامعه انجام شده

۷. بیژن، عباسی و عباس، سهرابلو، «شوراهای محلی و کارکرد وضع قواعد عام‌الشمول بر اساس نظریات شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری»، فصلنامه حقوق اداری علمی- پژوهشی، سال دوم، ش ۲ (۱۳۹۴)، ص ۱۲.

۸. غلامحسین، الهام و مهدی، نورایی، «وحدت یا تعدد مراجع مقررہ‌گذار در نظام جمهوری اسلامی ایران و تأثیر آن بر نظام حقوق اداری»، اندیشه‌های حقوق عمومی، ش ۷ (۱۳۹۴)، ص ۲۱.

است و معمولاً به امور تخصصی می‌پردازند، اما به دلیل نص صریح اصل ۷۱ قانون اساسی که مجلس را برای قانون‌گذاری در عموم مسائل صالح اعلام کرده، تصویب هر مصوبه‌ای از این نهادهای خاص در آغاز امر به معنای تخصیص زدن به صلاحیت عام مجلس است. پدیده تعدد قانون‌گذاری به دلیل صلاحیت عام مجلس، فقدان نظارت بر مصوبات خاص و فقدان الزام به انتشار مصوبات، باعث موازی‌کاری در وضع قواعد، تورم قوانین و سردرگمی تابعان شده است. این نهادها را می‌توان با توجه به موضوعات مختلف تقسیم‌بندی کرد. یکی از این موضوعات، خاستگاه و مرجع تأسیس این نهادهاست. از منظر خاستگاه، نهادهای خاص قانون‌گذاری را می‌توان به گروه‌های زیر تقسیم نمود:

#### ۱.۱. نهادهایی که به موجب قانون اساسی به وجود آمده‌اند

این نهادها به صراحت در قانون اساسی آمده‌اند و البته با توجه به دینی بودن کالبد نظام سیاسی، لزوم مصلحت‌سنجی در روند اداره کشور و درج مفهوم ولایت فقیه در قانون اساسی، نهادهای خاصی با دستور مقام رهبری و یا با انجام اصلاحاتی در متن قانون اساسی تشکیل یافتند که به تدریج دارای اختیار قانون‌گذاری نیز شدند.<sup>۹</sup> این نهادها به دلیل پیش‌بینی در قانون اساسی جایگاه قانونی مشخصی دارند و وضع قاعده از سوی آنها چنانچه در چارچوب قانون و صلاحیت‌های پیش‌بینی شده صورت گیرد در نظام حقوقی چالش چندانی ایجاد نخواهد کرد. این مراجع عبارت‌اند از:

- مجمع تشخیص مصلحت نظام (اصل ۱۱۲)
- همه‌پرسی (رفراندوم) (اصل ۵۹)
- کمیسیون‌های داخلی مجلس (اصل ۸۵)
- قوه مجریه (اصل ۸۵)
- شورای عالی امنیت ملی (اصل ۱۷۶)
- شوراهای محلی (اصول ۱۰۳ و ۱۰۵)
- مجلس خبرگان رهبری (اصل ۱۰۸)

۹. محمد، نوذری، «بررسی تطبیقی تعدد نهادهای قانون‌گذاری در حقوق اساسی ایران و فرانسه»، فصلنامه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، ش ۱ (۱۳۹۵)، ص ۲۱.



- شورای نگهبان (اصل ۱۰۸)

#### ۲.۱. نهادهایی که به موجب حکم رهبری تأسیس شده‌اند:

- شورای عالی انقلاب فرهنگی
- شورای عالی فضای مجازی

#### ۳.۱. نهادهای پیش‌بینی شده در قانون عادی:

شورای عالی اداری (ماده ۱۱۴ قانون مدیریت خدمات کشوری)

شورای عالی حقوق و دستمزد (ماده ۷۴ قانون مدیریت خدمات کشوری)

شوراهای عالی به موارد برشمرده خلاصه نمی‌شوند و نزدیک به ۹۹ شورای عالی در حال حاضر مشغول به فعالیت هستند. اما از آنجایی که این شوراها خود شخصیت حقوقی مستقلی ندارند و به وسیله شوراهای عالی دیگر به وجود آمده‌اند از ذکر نام آن‌ها خودداری گردید.

#### ۴.۱. نهادهایی که جایگاه قانونی مشخصی ندارند:

- مصوبات ریاست قوه قضائیه
- شورای عالی هماهنگی اقتصادی
- هیئت عالی نظارت مجمع تشخیص مصلحت نظام
- هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم قوای سه‌گانه

این نهادها جایگاه مشخصی در قوانین ندارند، باین‌حال به وضع قواعد لازم‌الاجرا می‌پردازند و به دلیل فقدان جایگاه مشخص، عدم تعیین چارچوب اختیارات و وظایف، و خلأ نظارت کارآمد بر مصوبات، دارای چالش‌های اساسی هستند که بیان آن‌ها در این مجال نمی‌گنجد.

نهادهای متعدد قاعده‌گذار در نظام حقوقی ایران گاه از وظایف خاص خویش عدول کرده، صلاحیت عام مجلس را تخصیص می‌زنند. این امر در نگاه اول به نظر می‌رسد مخالف

اصول ۵۸ و ۷۱ قانون اساسی است. این تعدی و عدول موجب خدشه به اصل سلسله‌مراتبی بودن قوانین و به تبع آن، نقض حاکمیت قانون می‌شود. چراکه در برخی برداشتها از حاکمیت قانون، اصل سلسله‌مراتب مبنای حاکمیت قانون است. حاکمیت قانون در برداشت حداقلی به معنای تبعیت همگانی از اصول الزام‌آور از جمله قانون اساسی، مصوبات دولت، قوانین عادی، پیمان‌های بین‌المللی، احکام قضایی و... است<sup>۱۰</sup> و هرچه منابع و سلسله‌مراتب بین آنها روشن‌تر و نظارت وسیع‌تر باشد نظام حقوقی توسعه‌یافته‌تر است<sup>۱۱</sup>. همچنین افزوده شدن بر حجم قوانین با موضوع مشابه و هم‌پوشان و گاه متعارض، سردرگمی مسئولان مجری قانون، مراجع مفسر قانون و حتی شهروندان را در پی خواهد داشت<sup>۱۲</sup>. از آنجا که نهادهای متعدد قانون‌گذاری به نحو متحدالشکلی به‌وجود نیامده، از کارکردهای مشابه و یکسانی برخوردار نبوده‌اند و دارای مصوبات متناقضی هستند، وضعیت تقنینی نظام جمهوری اسلامی ایران را با آسیب‌ها و چالش‌های عمده‌ای به‌ویژه از حیث قانون‌گذاری خوب مواجه کرده که قانون‌گذاری پراکنده، تورم قوانین، نقض حقوق شهروندی و فقدان سازوکار نظارت بر مصوبات مراجع موازی قانون‌گذاری از آن دسته‌اند<sup>۱۳</sup>. ناگفته نماند که وجود تعدد نهادهای قانون‌گذاری به‌خودی خود نظام حقوقی را دچار اشکال نمی‌کند، مشروط بر اینکه این نهادها جایگاه مشخص قانونی داشته باشند، اصل سلسله‌مراتب قوانین از سوی آنها نقض نشود و مصوبات آنها تحت نظارت قضایی قرار گیرند. در ادامه بحث به شورای عالی فضای مجازی به‌عنوان یکی از نهادهای خاص قاعده‌گذار پرداخته می‌شود.

## ۲. تأسیس شورای عالی فضای مجازی

شورای عالی فضای مجازی یکی از نهادهایی است که به‌موجب حکم حکومتی و به‌منظور سیاست‌گذاری در امور مربوط به تعامل با فضای گسترده مجازی در جامعه ایرانی ایجاد شده است و کمتر از یک دهه از تاریخ تشکیل آن می‌گذرد. این شورا در تاریخ ۱۷

10. Rousset, m , droit administrative, presses universitaires de Grenoble. Public Policies and Policymaking Processes, February (2004), p. 12.

۱۱. اردشیر، امیرارجمند، «سیاست‌های کلی نظام در پرتو اصل حاکمیت قانون و جمهوریت»، مجله راهبرد، ش ۲۶ (۱۳۸۶)، ص ۷۵.  
۱۲. همان، ص ۱۶۳.

۱۳. سید محمد مهدی، غمامی؛ کمال، خدامرادی؛ علی، هادی‌زاده، «آسیب‌شناسی تعدد نهادهای قانون‌گذار در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه شهر قانون، ش ۱۸ (۱۳۹۵)، ص ۹۶.

اسفند ۱۳۹۰ طی حکمی از سوی رهبری تأسیس شد که در آن رؤسای قوا و برخی دیگر از مسئولان نظام عضو هستند. برای پرداختن به جایگاه شورای عالی فضای مجازی لازم است ابتدا خاستگاه این شورا یعنی حکم حکومتی شناسایی و تبیین گردد. حکم حکومتی از جمله نهادهایی است که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بر پایه نظریه ولایت فقیه پدید آمده است. حقوق‌دانان ایرانی تعاریف متعددی از این نهاد داده‌اند. در یک تعریف آمده است: حکمی است که ولیّ جامعه بر مبنای ضوابط پیش‌بینی شده طبق مصالح عمومی برای حفظ سلامت جامعه، تنظیم امور آن، برقراری روابط صحیح بین سازمان‌های دولتی و غیردولتی با مردم، سازمان‌ها با یکدیگر در مورد مسائل فرهنگی، تعلیماتی و غیر آن مقرر داشته است. در تعریف دیگری گفته شده است: حاکم جامعه اسلامی برای برقرار نمودن نظم عمومی و بنابر مصالح و مفاسدی که تشخیص می‌دهد، به آن تمسک می‌جوید<sup>۱۴</sup>. برخی نیز معتقدند به کلیه تصمیم‌هایی که حاکم جامعه اسلامی در خصوص ابعاد مختلف اداره امور جامعه اسلامی در راستای اجرای عدالت اجتماعی و قوانین الهی با ملاحظه مصلحت جامعه اسلامی اتخاذ می‌کند و زمینه اجرای آن را نیز فراهم می‌سازد، حکم حکومتی می‌گویند<sup>۱۵</sup> یا تصمیماتی است که ولی امر در سایه قوانین شریعت و رعایت موافقت آن‌ها برحسب مصلحت زمان می‌گیرد و طبق آن‌ها مقرراتی وضع کرده، به اجرا درمی‌آورد. مقررات یادشده لازم‌الاجرا بوده، مانند شریعت دارای اعتبار هستند؛ با این تفاوت که قوانین آسمانی، ثابت و غیرقابل تغییر هستند، اما مقررات وضعی، قابل تغییرند و در ثبات و بقا، تابع مصلحتی هستند که آن‌ها را به وجود آورده است<sup>۱۶</sup>. به هر حال، حکم حکومتی در قانون اساسی و خصوصاً اصل ۱۱۰ که وظایف و اختیارات رهبری را بیان می‌کند مورد شناسایی قرار نگرفته است. همین مسئله باعث ایجاد اختلاف نظرهایی بین حقوق‌دانان در خصوص ماهیت این نهاد حقوقی شده است. برخی نویسندگان حکم حکومتی را به حکم عام و حکم خاص تقسیم

۱۴. محسن، اسماعیلی، «جایگاه سیاست‌های کلی در نظام قانون‌گذاری ایران، مجموعه مقالات همایش یکصدمین سال قانون‌گذاری»، (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲)، ص ۱۶۳.

۱۵. سید علی، حسینی، «تحلیلی بر نظریه‌های مربوط به احکام حکومتی در فقه امامیه»، پایان‌نامه دکتری فقه و اصول، دانشگاه امام صادق (ع) (۱۳۸۰)، ص ۷۶.

۱۶. سید محمدحسین، طباطبایی، «بحثی درباره مرجعیت و روحانیت»، (تهران: انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۴۱)، ص ۸۳.

کرده، حکم صادره از سوی مقام رهبری را حکم حکومتی به معنای خاص می‌شمرند و فلسفه وجودی این نوع از احکام حکومتی را اصل ۵۷ قانون اساسی با استناد به مطلقه بودن ولایت امر و امامت امت می‌دانند.<sup>۱۷</sup> برخی نیز آن را یک اصل نانوشته یا یک عرف اساسی دانسته‌اند. می‌توان این شورا را با سیاست‌های کلی نیز مرتبط دانست.<sup>۱۸</sup> از آنجا که یکی از وظایف رهبری تعیین سیاست‌های کلی نظام و نظارت بر اجرای آن است می‌توان تأسیس این شورا را در راستای سیاست‌های کلی حاکم بر فضای مجازی دانست. سیاست‌های کلی نظام اصول و راهکارهای کلان یک نظام سیاسی - حقوقی است که برای دستیابی به اهداف و آرمان‌های قانون اساسی در یک دوره زمانی مشخص ارائه می‌گردند.<sup>۱۹</sup> جالب آنجاست که برخی حقوق‌دانان سیاست‌های کلی پیش‌بینی شده در بند یک اصل ۱۱۰ قانون اساسی را نوعی حکم حکومتی می‌دانند و اذعان می‌دارند: مبنای شرعی سیاست‌های کلی نظام را می‌توان در راستای احکام حکومتی جستجو نمود. چنانچه قائل به هر کدام از نظریات پیش‌گفته باشیم، این نکته روشن است که مانند شورای عالی انقلاب فرهنگی که بنا به مقتضیات زمان از سوی امام خمینی (ره) تأسیس شد، شورای عالی فضای مجازی نیز با توجه به نقش فزاینده‌ای که فضای مجازی در زندگی امروز ایفا می‌کند به دستور رهبری بنا نهاده شده است. بنابراین مانند شورای عالی انقلاب فرهنگی در قانون اساسی و قوانین عادی به صراحت پیش‌بینی نشده و صرفاً موجودیت خود را از حکم حکومتی می‌گیرد. به هر حال، حکم حکومتی را نیز باید در چارچوب نظام حقوقی و اصولی مانند حکومت قانون دید و قرار نیست از طریق آن سلسله‌مراتب قوانین و اصول حاکمیت قانون و نظارت‌پذیری مصوبات نفی گردد.

مسئولیتی که به‌عهده این نهاد گذاشته شده، ناشی از خلئی بود که در مسئله فضای مجازی و گسترش آن در جامعه و نفوذ آن در زندگی شخصی و اجتماعی افراد احساس

۱۷. محسن، اسماعیلی، «جایگاه سیاست‌های کلی در نظام قانون‌گذاری ایران»، مجموعه مقالات همایش یکصدمین سال قانون‌گذاری، (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲)، ص ۸۸

۱۸. وحید، آگاه و داور، درخشان، «عرف اساسی حل اختلاف یا حل معضل نظام واکاوی جایگاه احکام حکومتی در حقوق اساسی ایران با تأکید بر مطالعه موردی» مجموعه مقالات اصول نانوشته قانون اساسی، (قم: انتشارات دارالعلم، ۱۳۹۸)، ص ۱۸.

۱۹. مجید، انصاری، «جایگاه سیاست‌های کلی در نظام قانون‌گذاری در ایران»، مجموعه مقالات همایش یکصدمین سال قانون‌گذاری، (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۳)، ص ۴۵.

می‌شد.<sup>۲۰</sup> هدف از تشکیل این نهاد در فرمان تأسیس آن چنین آمده است: «گسترش فزاینده فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی به‌ویژه شبکه جهانی اینترنت و آثار چشمگیر آن در ابعاد زندگی فردی و اجتماعی و لزوم سرمایه‌گذاری وسیع و هدفمند در جهت بهره‌گیری حداکثری از فرصت‌های ناشی از آن در جهت پیشرفت همه‌جانبه کشور و ارائه خدمات گسترده و مفید به اقشار گوناگون مردم و همچنین ضرورت برنامه‌ریزی و هماهنگی مستمر به‌منظور صیانت از آسیب‌های ناشی از آن اقتضا می‌کند که نقطه کانونی متمرکزی برای سیاست‌گذاری، تصمیم‌گیری و هماهنگی در فضای مجازی کشور به‌وجود آید. به این مناسبت شورای عالی فضای مجازی کشور با اختیارات کافی به ریاست رئیس‌جمهور تشکیل می‌گردد و لازم است به کلیه مصوبات آن ترتیب آثار قانونی داده شود».

اعضای حقوقی این شورا عبارت‌اند از: رئیس‌جمهور (رئیس شورای عالی)؛ رئیس مجلس شورای اسلامی؛ رئیس قوه قضائیه؛ رئیس سازمان صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران؛ دبیر شورای عالی امنیت ملی؛ وزیر ارتباطات و فناوری اطلاعات؛ وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی؛ وزیر علوم، تحقیقات و فناوری؛ وزیر اطلاعات؛ رئیس کمیسیون فرهنگی مجلس شورای اسلامی؛ رئیس سازمان تبلیغات اسلامی؛ فرمانده کل سپاه پاسداران انقلاب اسلامی؛ فرمانده نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران و هفت نفر نیز اعضای حقیقی آن هستند.

به گفته رهبری، این شورا وظیفه دارد مرکزی به نام مرکز ملی فضای مجازی کشور ایجاد نماید تا اشراف کامل و به‌روز نسبت به فضای مجازی در سطح داخلی و جهانی و تصمیم‌گیری نسبت به نحوه مواجهه فعال و خردمندانه کشور با این موضوع از حیث سخت‌افزاری، نرم‌افزاری و محتوایی در چارچوب مصوبات شورای عالی و نظارت بر اجرای دقیق تصمیمات در همه سطوح تحقق یابد. همچنین طبق فرمان رهبری کلیه دستگاه‌های کشور موظف به همکاری همه‌جانبه با این مرکز هستند.

۲۰. نورایی، مهدی، «تعدد مراجع قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی ایران»، (تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۲)، ص ۱۳.

### ۳. مصوبات شورای عالی فضای مجازی

با توجه به عدم پیش‌بینی این نهاد در قانون اساسی، جایگاه مصوبات<sup>۲۱</sup> وضع‌شده از سوی شورای عالی فضای مجازی نیز مانند شورای عالی انقلاب فرهنگی در نظام حقوقی ایران محل بحث و چالش است و برخی این مصوبات را برتر از قانون مصوب مجلس می‌دانند. قائل شدن اختیار تصویب قانون یا مصوبات لازم‌الاجرا به شورای عالی فضای مجازی، باعث شده است تا این نهاد نیز در زمره نهادهای متعدد قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی ایران درآید و مصوباتش در حیطه صلاحیت آن در حدی باشد که نهادهای دیگر قانون‌گذاری امکان تراحم و تداخل در آن‌ها را نداشته باشند و به‌نوعی از حیث سلسله‌مراتبی مصوباتش در موارد مربوط به فضای مجازی در مرحله‌ای برتر و مشرف بر دیگر نهادها قرار گیرد<sup>۲۲</sup>. در خصوص مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی از دیرباز چالش‌ها و اختلاف نظرهایی بین صاحب‌نظران و مسئولان کشور وجود داشته است. رئیس‌جمهور وقت برای پایان دادن به چالش‌های پیش‌آمده بر سر اجرای مصوبات این نهاد، نامه‌ای به امام خمینی (ره) نوشت و در آن این پرسش را مطرح کرد که «همکاری و دخالت قوه قضائیه در موارد لزوم، منوط به آن است که مصوبات این شورا دارای اعتباری در حد قانون باشد». امام نیز در پاسخ تأکید کردند «ضوابط و قواعدی را که شورای محترم عالی انقلاب فرهنگی وضع می‌نمایند باید ترتیب اثر داده شود». با توجه به متن پرسش رئیس‌جمهور وقت که همکاری قوه قضائیه را منوط به داشتن اعتبار در حد قانون برای مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی عنوان نموده است، می‌توان از ظاهر فرمان امام خمینی (ره) در مورد «ترتیب اثر داده شود» چنین برداشت کرد که باید اعتباری همانند قانون عادی به مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی داده شود، اما با گذشت زمان و خروج این شورای عالی از کارویژه و حیطه اختیارات خود در عمل، دادن اعتباری همسنگ قانون عادی به مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی با مشکلاتی مواجه شده است. شورا گاه به اموری پرداخته و در باب آن‌ها مصوبه‌ای

۲۱. شورای عالی فضای مجازی به صورت کلی برای مقررات وضع‌شده از واژه «مصوبات» استفاده کرده، اما در بازه‌های زمانی مختلف از این رویه ثابت پیروی نکرده، و با عناوینی چون نظام، سند، آیین‌نامه اجرایی، تعیین تکلیف، الزامات، سیاست‌ها، اقدامات، تصمیم‌گیری و راهکار از مصوبات خود یاد کرده است.

۲۲. نورایی، مهدی، «تعدد مراجع قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی ایران»، (تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۲)، ص ۱۴.

صادر نموده است که نه تنها با فلسفه و علت تأسیس آن همسویی ندارد، بلکه عملاً شورای عالی انقلاب فرهنگی را به صورت رقیب مجلس شورای اسلامی معرفی می‌کند؛ برای مثال، شورا در جلسه ۳۵۷ خود در تاریخ ۳۱ مرداد ۱۳۷۴ شمول قانون کار را در معرض تضییق قرار داده است و به بند «ح» ماده ۱۲ اساسنامه دانشگاه آزاد اسلامی (موضوع مصوبه ۳۲۵/دش مورخ ۲۷ آبان ۱۳۶۶ شورای عالی) این متن را افزوده است: اعضای هیئت علمی و کارکنان اداری دانشگاه مشمول قانون کار نمی‌شوند. همچنین علی‌رغم تأکید امام (ره)، بر ترتیب اثر دادن به مصوبات شورا به مواردی می‌توان اشاره کرد که مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی از سوی دیوان عدالت اداری ابطال گردیده و این نه به معنای نقض فرمان رهبری در مورد ترتیب اثر دادن به مصوبات شورا، بلکه به معنای منع خروج نهادهای قاعده‌گذار از صلاحیت‌های پیش‌بینی شده برای آنهاست.

مصوبات شورای عالی فضای مجازی نیز (به دلیل تشابه زیاد با شورای عالی انقلاب فرهنگی) باید اولاً با قانون اساسی مطابقت داشته باشد و ثانیاً شورا باید در حیطه وظایف و اختیارات محوله از سوی رهبر اقدام به وضع قاعده نماید. با توجه به آیین‌نامه داخلی شورای عالی فضای مجازی می‌توان به سه مؤلفه که این مصوبات را از قانون عادی متمایز می‌کند اشاره کرد:

نخست، نبود نهاد ناظر. مطابق ماده ۱۱ آیین‌نامه داخلی شورای عالی فضای مجازی، مصوبات شورای عالی پس از ملاحظه رئیس شورا بلافاصله از سوی دبیر به استحضار مقام معظم رهبری می‌رسد و سپس از طرف دبیر به دستگاه‌ها و اشخاص ذی‌ربط ابلاغ می‌شود. واژه «بلافاصله» به معنی فقدان نهادی مابین شورا و مقام رهبری است و واژه استحضار در فرهنگ دهخدا به معنای اطلاع و آگاهی آمده که به‌وضوح با نظارت متفاوت است.<sup>۲۳</sup> بنابراین مصوبات این نهاد برخلاف مصوبات مجلس شورای اسلامی که تحت نظارت دقیق شورای نگهبان از حیث مطابقت با قانون اساسی و موازین شرعی قرار می‌گیرند، به محض تصویب لازم‌الاجرا هستند. فقدان نهادی که مصوبات را پالایش و تأیید کند برای هر نهاد قاعده‌گذاری خطر خروج از ضوابط کلی و پذیرفته‌شده را به دنبال دارد. در مورد نظارت

۲۳. علی‌اکبر، دهخدا، فرهنگ لغت، ج ۱، (تهران: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، ۱۳۴۱)، ص ۲۳۴.

قضایی باید اذعان نمود که دیوان عدالت اداری در مورد مصوبات شورای عالی فضای مجازی و شورای عالی انقلاب فرهنگی رویه ثابتی ندارد. علی‌رغم اینکه از ابطال مصوبات این نهادهای فراقوه‌ای خودداری کرده، اما مواردی را نیز به استناد مخالفت با قانون اساسی یا شرع ابطال نموده است (برای نمونه، دادنامه‌های شماره ۲۹۷ مورخ ۹ آبان ۱۳۷۸ و شماره ۱۱۷ مورخ ۲ تیر ۱۳۸۱ هیئت عمومی). از مطالعه تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری که موارد استثنای صلاحیت هیئت عمومی دیوان در مورد ابطال مصوبات را بیان می‌دارد، چنین برداشت می‌شود که منع قانونی برای اعمال نظارت بر مصوبات این شورا از سوی دیوان وجود ندارد. اما رویه عملی دیوان این بوده است که در سال‌های اخیر از ورود به ابطال مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی خودداری کرده است (برای دیدن بحثی در این باره، ر.ک. کاویانی و مهدوی زاهد، ۱۳۹۹). در خصوص مصوبات شورای عالی فضای مجازی تاکنون رأیی از دیوان عدالت اداری صادر نشده، اما در چند مورد معدود به این شورا اشاره شده است؛ برای نمونه در یک مورد شورای عالی اداری طی مصوبه شماره ۲۰۶/۹۲/۳۸۰۲ مورخ ۲۵ اردیبهشت ۱۳۹۲ «مؤسسه تحقیقات و فناوری اطلاعات» را از «مرکز ملی فضای مجازی» منتزع کرد و آن را به وزارت ارتباطات واگذار نمود. از آنجا که مرکز ملی فضای مجازی به موجب مصوبه شورای عالی فضای مجازی تأسیس شده است، موضوع مورد اعتراض قرار گرفت. هیئت عمومی دیوان عدالت در رأی شماره‌های ۱۳۳۷ و ۱۳۳۸ اعلام کرد از آنجا که «... بنا بر فرمان مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۷ مقام معظم رهبری (مدظله)، شورای عالی فضای مجازی کشور با اهداف و اختیارات تعریف‌شده‌ای تشکیل گردیده تا مرکزی به نام مرکز ملی فضای مجازی کشور ایجاد نماید. همچنین مقرر فرموده‌اند به کلیه مصوبات شورا ترتیب آثار قانونی داده شود و نیز مقرر شده کلیه دستگاه‌های کشور موظف به همکاری همه‌جانبه با این مرکز باشند... از آنجا که مرکز ملی فضای مجازی و پژوهشگاه آن مرکز با تصویب شورای عالی فضای مجازی و تأیید مقام معظم رهبری (مدظله) ایجاد شده است، شورای عالی اداری طبق بند ۱ ماده ۱۱۵ قانون مدیریت خدمات کشوری صلاحیت ورود به اصلاح ساختار و یا هر گونه تغییر و جابجایی در تشکیلات آن مرکز را نداشته» و به ابطال آن حکم داده است. در دعوی دیگری به خواسته ابطال کل تصویب‌نامه شماره ۱۰۸۷۷۲/ت/۵۳۰۹۲ هـ مورخ ۲۹ آبان ۱۳۹۸، هیئت وزیران با



موضوع اساسنامه شورای اجرایی فناوری اطلاعات هیئت تخصصی اداری و امور عمومی دیوان عدالت اداری در ۱۴ مهر ۱۳۹۹ آن را مغایر با قانون ندانست. در این رأی اشاره شد که «حدود وظایف و اختیارات مذکور شورای عالی فضای مجازی (سیاست‌گذاری، نظارت و...) است. با توجه به عدم ورود دیوان شاید بتوان به استناد اصل ۳۴ قانون اساسی که دادگستری را مرجع تظلمات اعلام کرده است دادگاه‌های عمومی را صالح برای ورود به دعاوی علیه این مصوبات دانست. البته این تفسیر زمانی قابل پذیرش است که اعتبار مصوبات این نهاد را در حد آیین‌نامه‌های ذیل قانون بدانیم، اما شورای پیش‌گفته برای مصوبات خود صلاحیتی هم‌عرض و حتی فراتر از قوانین مجلس می‌داند و دادگاه‌ها هم تاکنون دعوایی در مورد آن‌ها نپذیرفته‌اند. به هر حال، رویه دیوان عدالت اداری این بوده که خود را برای رسیدگی به مصوباتی که به تنفیذ رهبری رسیده است صالح نمی‌داند (برای نمونه، دادنامه شماره ۱۴۰ مورخ ۲۹ خرداد ۱۳۸۴ هیئت عمومی).

دوم، عدم انتشار تمامی مصوبات شورا. در تبصره ماده ۱۱ آیین‌نامه داخلی شورا آمده است: «آن دسته از مصوبات شورا که با تشخیص دبیر انتشار عمومی آن ضرورت دارد به منظور درج و انتشار در روزنامه رسمی کشور ابلاغ می‌شود». همان‌طور که ملاحظه می‌گردد امر انتشار مصوبه که امر بسیار مهمی است به سلیقه شخصی «دبیر» واگذار شده است. حال آنکه انتشار مصوبات لازم‌الاجرا از جمله حقوق شهروندان است و چنانچه مصوبه‌ای ابلاغ نشود انتظار عمل به آن انتظار نایجایی است. این نکته را نیز باید افزود که با اینکه وضع آیین‌نامه در اصل ۱۳۸ قانون اساسی پیش‌بینی شده، اما ماده ۳۰ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت مقرر داشته است: در صورتی که آیین‌نامه علاوه بر دستگاه‌های اجرایی برای مردم نیز ایجاد حق و تکلیف کند باید در روزنامه رسمی کشور منتشر شود. گرچه مخاطب برخی از مصوبات شورای عالی و شاید اغلب مصوبات، مردم نیستند و نهادها و وزارتخانه‌ها و... می‌باشند، اما تعیین لزوم انتشار یا عدم انتشار عمومی آن نباید به یک فرد واگذار شود، بلکه حداقل باید در خود جلسه و از سوی سران قوا و دیگر اعضای حقیقی و حقوقی شورا بحث و بررسی گردد.

سوم، مرجع تفسیر مصوبات شورا. مطابق ماده ۲۴ آیین‌نامه داخلی شورا «تفسیر مصوبات

شورای عالی فضای مجازی بر عهده خود شورا می‌باشد». این ماده راه را بر هرگونه تفسیر مصوبات بسته است. چنانچه مصوبات شورا با اسناد بالادستی و حتی قانون اساسی مطابقت نداشته باشد، چه بسا با تفسیر شورا این مخالفت نادیده انگاشته یا مورد غفلت واقع می‌شود. همچنین این نکته را باید افزود که گرچه مطابق اصل ۷۳ قانون اساسی شرح و تفسیر قوانین عادی را در صلاحیت مجلس شورا قرار داده، اما همین اصل راهی برای تفسیر دادرسان در مقام تمییز حق باز کرده است.

#### ۴. تداخل مصوبات شورای عالی در صلاحیت سایر نهادها

تعدد مراجع در یک نظام حقوقی امری اجتناب‌ناپذیر است؛ به این معنا که با رشد جوامع و پیدایش نیازهای جدید و حجم بالای وظایف قوا، خصوصاً قوه قانون‌گذار، تشکیل نهادهای خاصی که امور جزئی‌تر جامعه را پوشش دهند و برای سازماندهی به آن‌ها برنامه‌ریزی نمایند، امری لازم و مفید است. اما در یک نظام حقوقی منسجم نهادهای خاص به امور مرتبط با اهداف خود می‌پردازند و در کارویژه‌های نهادهای دیگر مداخله نمی‌کنند و باعث آشفتگی نظام حقوقی نمی‌شوند. با این حال، شورای عالی فضای مجازی در موارد متعددی وارد صلاحیت سایر نهادهای حقوقی شده است.

##### ۴.۱. ورود به صلاحیت قوه مجریه

وظایف متعدد قوه مجریه به گفته محققان حقوق اساسی، شامل اجرای تصمیمات قوای دیگر، تهیه و تدارک تصمیمات و اتخاذ تصمیم‌های لازم‌الاجرا است. در مورد اجرای تصمیمات قوای دیگر که اولین وظیفه قوه مجریه است نیز شرایطی قائل می‌شوند: تصمیم‌های تقنینی از سوی قوه مقننه که سرانجام به صورت قانون لازم‌الاجرا درمی‌آید و دستگاه حکومتی و اجرایی اقدامات خود را بر پایه این قواعد یا در چارچوب آن استوار می‌سازد. تصمیمات قضایی از سوی دادگاه‌های صلاحیت‌دار که به شکل آرای قضایی لازم‌الاجرا صادر می‌شوند و قوه مجریه مکلف است کلیه لوازم و وسایل موردنیاز را برای اجرای آن‌ها به کار اندازد.<sup>۳۴</sup> اگرچه رئیس جمهور به‌عنوان یکی از اعضای حقوقی شورای

۳۴. سید ابوالفضل، قاضی شریعت‌پناهی، *بایسته‌های حقوق اساسی*، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ج ۴، ۱۳۹۰)، ص ۲۳۳.

عالی فضای مجازی در جلسات حضور دارد و در أخذ تصمیمات و تدوین مصوبات شورا نقش دارد و برخی از وزرا نیز در اتخاذ این تصمیمات حضور دارند، اما أخذ تصمیمات لازم‌الاجرای نهادهای خاص برای این قوه مهم حاکمیتی در قانون اساسی پیش‌بینی نشده و این عدم پیش‌بینی و تعیین حدود موجب قاعده‌گذاری‌های خارج از ضابطه گردیده است.

#### ۴.۱.۱. تعیین بودجه

تهیه و تنظیم سند بودجه به وسیله قوه مجریه انجام می‌شود، زیرا این قوه مجریه است که دارای کلیه امکانات برای پیش‌بینی هزینه‌ها و درآمدهاست و از لحاظ فنی می‌تواند مسائل پیچیده و ظریف انعکاس رقمی فعالیت‌های خود را برآورد کند.<sup>۲۵</sup> طبق اصل ۵۲ قانون اساسی، بودجه سالانه از طرف دولت تهیه و به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد و هرگونه تغییر در ارقام بودجه نیز تابع مراتب مقرر در قانون خواهد بود.

شورای عالی فضای مجازی در اولین مصوبه خود به تاریخ ۳۰ دی ۱۳۹۲ اقدام به تعیین بودجه نموده است: «بودجه سال ۱۳۹۳ مرکز ملی فضای مجازی به منظور تحقق اهداف شورای عالی فضای مجازی و مرکز ملی فضای مجازی موافقت گردید و دولت مبلغ یک هزار میلیارد ریال از محل ردیف‌های درآمدی وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات به عنوان بودجه سال ۱۳۹۳ مرکز ملی فضای مجازی منظور نماید». وضع مصوبه با موضوع تهیه و تدوین بودجه از سوی نهادهای دیگر به‌منزله مداخله در کار قوه مجریه است که موجب ایجاد نابسامانی در برنامه یک‌ساله دخل و خرج کشور می‌شود.

#### ۴.۱.۲. ایجاد تکلیف برای دولت

رئیس‌جمهور به‌عنوان ریاست شورای عالی فضای مجازی در جلسات حضور دارد، اما سمت دیگر و مهم‌تر وی ریاست قوه مجریه است که وظایفی مشخص و تعریف‌شده دارد. برای تکلیف به دولت باید قواعد و مقررات از سوی مجلس شورای اسلامی تصویب و همچنین سازوکار اجرایی آن تا حد امکان معین شود و کلی‌گویی و استفاده از عبارات مبهم در ایجاد تکلیف برای بالاترین مقام اجرایی کشور فاقد کارایی و اثرگذاری لازم است. حال

آنکه شورای عالی فضای مجازی در مصوبه ۱۰ اسفند ۱۳۹۳ چنین مقرر کرده است: دولت مکلف است در جهت «تشویق تولید نرم‌افزار، تسهیل صادرات نرم‌افزار و خدمات مهندسی» و رفع موانع و ارائه آموزش‌های لازم در این زمینه، اقدامات لازم را به‌عمل آورد و نتیجه اقدامات این مصوبه از سوی دولت در هر شش ماه به شورای عالی فضای مجازی کشور گزارش شود.

#### ۴.۱.۳. تعیین تکلیف برای وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی

شورای عالی فضای مجازی در جلسه شماره ۲۶ مورخ ۲۵ آذر ۱۳۹۴ مصوبه‌ای با عنوان «سیاست‌های حاکم بر بازی‌های رایانه‌ای» وضع نمود که در آن برای وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری، آموزش و پرورش، فرهنگ و ارشاد اسلامی، ورزش و جوانان، امور اقتصادی و دارایی، صنعت و معدن و تجارت، ارتباطات و فناوری و وزارت اطلاعات و همچنین معاونت علمی و فناوری رئیس‌جمهور و سازمان فنی و حرفه‌ای وظایفی معین می‌نماید که در حوزه آموزش و پژوهش، فرهنگ‌سازی و آموزش عمومی، توسعه فضای کسب و کار، سازماندهی مجوزهای حمایت و نظارت دسته‌بندی می‌شود.

این شورا همچنین در مصوبه جلسه شماره ۳۶ مورخ ۱۱ دی ۱۳۹۵ استفاده نهادها و مؤسسات دولتی و عمومی غیردولتی از پیام‌رسان‌های اجتماعی خارجی برای مکاتبات اداری و ارائه خدمات اداری را ممنوع اعلام کرده است. استفاده ادارات و نهادهای عمومی و دولتی برای مکاتبات اداری از پیام‌رسان‌های داخلی علاوه بر امنیت بیشتر سازمان اداری کشور جنبه الگوسازی و گسترش پیام‌رسان‌های داخلی در حد گسترده را به‌دنبال دارد و سیاست بسیار کارآمدی برای استفاده مناسب از فضای مجازی محسوب می‌شود، اما منع این دستگاه‌ها از استفاده از پیام‌رسان‌های خارجی، بهتر است از سوی شورا پیشنهاد و ضمن بخشنامه‌ای از طرف هیئت وزیران به ادارات و نهادهای عمومی و دولتی ابلاغ گردد. شورای نگهبان در تاریخ ۲۵ مهر ۱۳۶۳ در پاسخ به نامه رئیس‌جمهور وقت درباره تشکیل شورای اقتصاد، نظر مشورتی خود را به شماره ۱۹۴۹ درباره تصویب مصوبات اجرایی از سوی شوراهایی که اعضای خارج از هیئت وزیران در آن عضویت دارند، به این شرح صادر نموده است: «تشکیل شوراهای تصمیم‌گیرنده در رابطه با امور اجرایی با عضویت افراد خارج از

هیئت وزرا با قانون اساسی مغایرت دارد»<sup>۲۶</sup>. اگرچه موضوع سؤال، شورای اقتصادی است، در ترکیب شورای عالی فضای مجازی سران قوا و... حضور دارند و این خود صلاحیت فراقوه‌ای به شورا می‌بخشد، اما تأکید بر ممنوع بودن شوراهای تصمیم‌گیرنده با اعضای غیر از وزیران را می‌توان به این شورا نیز تسری داد.

#### ۴.۱.۴. تعیین تکلیف برای معاونت حقوقی ریاست جمهوری

شورای عالی فضای مجازی در ماده ۸ آیین‌نامه اجرایی «احصای کلیه استعلامات اطلاعات بین دستگاهی» مصوب ۲۴ آذر ۱۳۹۷ موضوع تبصره ۱ بند «ث» ماده ۶۷ قانون برنامه پنج‌ساله ششم، معاونت حقوقی ریاست جمهوری را موظف به تنقیح و حسب مورد نسخ کلیه موارد مغایر با آیین‌نامه یادشده در تصمیم‌نامه، مقررات، بخشنامه‌ها و مصوبات قبلی از طریق مراجع قانونی ذی‌ربط نموده است. اگرچه تنقیح قوانین و مقررات دولت الکترونیک و نسخ قوانین در حیطة وظایف و اختیارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری است، اما اینکه شورای عالی فضای مجازی دستور این اقدام را برای معاونت صادر کند محل بحث و سؤال است. تنقیح یا نسخ موارد مغایر با آیین‌نامه اجرایی احصای کلیه استعلامات اطلاعات بین دستگاهی بنابر اصل سلسله‌مراتب اداری باید به موجب تکلیفی برعهده رئیس جمهور به‌عنوان عضو شورا قرار گیرد و این مقام دستورات لازم را به معاونت حقوقی صادر می‌نماید.

#### ۴.۱.۵. الزام به تدوین سند تحول سازمانی برای برخی دستگاه‌های اجرایی و فراقوه‌ای

شورای عالی فضای مجازی در مصوبه‌ای با عنوان «سند تحول حوزه‌های فرهنگ و آموزش با توجه به تحولات فضای مجازی» که در تاریخ ۲۶ فروردین ۱۳۹۸ به تصویب رسانده، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان صدا و سیما، جمهوری اسلامی ایران، سازمان تبلیغات اسلامی و دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم را در حوزه فرهنگ،

۲۶. منیره، آسوده آرنی، «بررسی تطبیقی صلاحیت‌ها و اعتبار حقوقی مصوبات شورای عالی فضای مجازی ایران و کمیسیون ارتباطات فدرال امریکا»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (۱۳۹۵)، ص ۱۱۰.

همچنین وزارت آموزش و پرورش، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه را در بخش آموزش ملزم به تدوین سند تحول سازمانی نموده و الزامات هفت‌گانه‌ای را برای تدوین این سند برشمرده است. در بند ۳-۳ این سند، کاهش تصدی‌گری دولت با لحاظ ظرفیت‌های غیرحکومتی مبنی بر نظام چند ذی‌ربطی<sup>۲۷</sup> به‌عنوان یکی از این الزامات قید شده است. این اقدام تعیین حقوق و تکالیف برای قوه مجریه به‌عنوان یکی از قوای اصلی حاکمیت به‌شمار می‌رود.

#### ۴.۱.۶. مداخله در کارویژه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی

اگرچه حفظ و صیانت از حریم خصوصی مشترکان تلفن همراه مستلزم مقررات‌گذاری و وضع قواعد لازم‌الاجراست، اما با توجه به وجود کمیسیون‌های تخصصی مجلس این قواعد باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد و برای انجام این مهم شورای عالی فضای مجازی باید پیشنهاد أخذ مجوز خدمات پیامکی را به وزارت فرهنگ بدهد و نه اینکه خود رأساً اقدام به وضع مصوبه در این خصوص نماید. درحالی که این شورا در «سیاست‌های ساماندهی خدمات پیامکی ارزش افزوده و پیامک انبوه در شبکه‌های ارتباطی» مصوب اول بهمن ۱۳۹۳ به تفصیل علاوه بر تعریف انواع خدمات پیامکی و تعیین ضوابط مخصوص به آن‌ها اقدام به وضع مصوبه (بند ۳) تکلیف به أخذ مجوز برای ارائه‌کنندگان خدمات پیامکی نموده است: «هرگونه فعالیت برای ارائه خدمات محتوایی پیامکی در چهارچوب قوانین و مقررات با أخذ مجوز از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی امکان‌پذیر است».

همچنین شورای عالی در بند ۱ ماده ۳ «سیاست‌های حاکم بر برنامه ملی بازی‌های رایانه‌ای» مصوب ۲۴ آذر ۱۳۹۴ آورده است: «کلیه بازی‌های رایانه‌ای داخلی و خارجی برای انتشار در کشور می‌بایست از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی مجوز دریافت نمایند». این عمل علاوه بر مداخله در کار مجلس شورای اسلامی و مداخله در کارویژه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تعرض به حقوق ملت نیز محسوب می‌شود، زیرا الزام به أخذ مجوز برای فعالیت‌های اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و... به معنای محدود کردن حقوق مقرر در قانون

۲۷. حکمرانی چند ذی‌ربطی رویکردی در حکمرانی است که بر مشارکت ذی‌ربطان گوناگون در تدوین، اجرا و ارزیابی سیاست‌ها، قوانین و مقررات در حوزه عمومی تأکید می‌کند (پژوهشگاه مرکز ملی فضای مجازی)

اساسی افراد جامعه است و برای اعمال این محدودیت به‌جاست که مصوبات شورا به مجلس فرستاده شود تا نمایندگان مردم آن را تأیید و تصویب نمایند.

#### ۴.۱.۷. تداخل وظایف و کارویژه‌های شورا با وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات

در ماده ۱ قانون وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات آمده است: نظر به تحول چشمگیر علوم و فنون مرتبط با صنایع الکترونیک، مخابرات، ارتباطات رادیویی و رایانه‌ای و نقش مهم و مؤثر خدمات پستی، مخابراتی، پست بانک و... لزوم تدوین و تعیین وظایف و اختیارات قانونی برای دستگاه متولی نظارت بر عرضه خدمات یادشده و هماهنگ کردن نام و عنوان این دستگاه، متناسب با ضرورت‌ها و نیازهای زمان، قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات در چارچوب سیاست‌های کلی... تدوین می‌شود. در ماده ۳ تدوین سیاست‌ها و ضوابط کلی، سیاست‌گذاری، تنظیم مدیریت و کنترل فضای فرانسی کشور و... به صورت میسوط از سوی قانون‌گذار به وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات واگذار می‌گردد. حال پرسش اینجاست که با وجود این وزارتخانه چه نیازی به تأسیس شورای عالی فضای مجازی بوده و مرز میان کارویژه‌های این دو نهاد را چگونه می‌توان مشخص کرد. اتفاقاً این مسئله یک بار در دیوان عدالت اداری مطرح شد. هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۹۹۰۰۱۸۷ در تاریخ ۱۵ مهر ۱۳۹۹ در رد شکایت مبنی بر موازی‌کاری شورای عالی فضای مجازی با شورای عالی فناوری ارتباطات (که شورایی است در وزارت ارتباطات) چنین عنوان کرد: شورای عالی فناوری اطلاعات به شورای اجرایی فناوری اطلاعات، تغییر نام یافته و کلیه وظایف راهبردی، سیاست‌گذاری، نظارت و هماهنگی آن در سطح ملی به شورای عالی فضای مجازی منتقل شده است و شورای اجرایی در چارچوب سیاست‌های کلی نظام و مصوبات شورای عالی فضای مجازی فعالیت می‌کند. همچنین وظایف تعیین‌شده برای شورای اجرایی فناوری اطلاعات از جنس راهبردی، سیاست‌گذاری، نظارت و هماهنگی نیست و صرفاً به حوزه‌های فنی، اجرایی و تدوین استانداردهای لازم به‌منظور هماهنگی در ضوابط فنی و اجرایی فناوری اطلاعات کشور و در چارچوب سیاست‌های کلی شورای عالی فضای مجازی می‌پردازد.

#### ۲.۴. مداخله در کار مجلس شورای اسلامی

امروزه قوه مقننه به‌عنوان رکن قانون‌گذاری در کلیه نظام‌های حقوقی از یک سو و نماد تحقق مردم‌سالاری در کشورها از سوی دیگر، جایگاه والایی به خود اختصاص داده است.<sup>۲۸</sup> قانون‌گذاران نمایندگان مردم در بخش‌های مختلف کشور هستند و نمایندگی ارتباط مداوم مردم و قانون‌گذاران را ایجاد می‌کند و این ارتباط زمینه انعکاس مشکلات ملت و کشور به مجلس را فراهم می‌سازد. نمایندگان مجلس مشکلات را شناسایی و مسائل را بررسی می‌کنند، اطلاعات عمومی را دریافت و سیاست‌ها را تدوین می‌نمایند و خط‌مشی‌های قانونی را برای رفع مشکلات به‌کار می‌گیرند.<sup>۲۹</sup> شورای عالی در دوره کوتاه فعالیت خود در مواردی اقدام به وضع تکلیف برای این قوه مهم و این رکن مهم حاکمیت نموده است که این اقدام خالی از اشکال نیست که می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

شورای عالی فضای مجازی در جلسه شماره ۲۶ مورخ ۲۵ آذر ۱۳۹۴ در ماده ۲ مصوبه «سیاست‌های حاکم بر برنامه‌های ملی بازی‌های رایانه‌ای» برای مجلس شورای اسلامی تکلیف به اصلاح و تنقیح قوانین مرتبط با مالکیت آثار و قانون جرایم رایانه‌ای در جهت افزایش بازرندگی، کاهش تکرار تخلفات و جرایم، حفظ حریم خصوصی و حقوق مصرف‌کننده نموده است. این درحالی است که پیشنهاد وضع قانون مطابق اصل ۷۴ قانون اساسی یا از طریق طرح و از سوی نمایندگان مجلس و یا از طریق تقدیم لایحه از طرف هیئت دولت انجام می‌شود و اصلاح و تنقیح قوانین نیز از قاعده لزوم تعمیق و شور نمایندگان مجلس و طی تشریفات خاص خارج نیست. اصل حاکمیت قانون ایجاد می‌کند امور کشور مطابق اصول قانون اساسی (چنانچه در آن زمینه خاص مسکوت نباشد) انجام شود. شورای عالی می‌تواند این مصوبه را از طریق هیئت وزیران به مجلس شورای اسلامی تقدیم نماید. البته چنانچه شورا را ادامه چتر ولایتی مقام ولایت فقیه بدانیم و بر مبنای فتوای امام مبنی بر ولایت مطلقه فقیه، این استدلال قابل تردید خواهد بود. نکته‌ای که باید

۲۸. سید محمد مهدی، غمامی؛ کمال، خدامرادی؛ علی هادی‌زاده، «آسیب‌شناسی تعدد نهادهای قانون‌گذار در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه شهر قانون، ش ۱۸ (۱۳۹۵)، ص ۱۰۰.

29. Saiegh, Sebastian "The Role of Legislatures in the Policymaking Process", *Inter-American Development Bank Workshop on State Reform, (Public Policies and Policymaking Processes, February, 2005)*, p. 8.



در نظر داشت اینست که قانون در دانش حقوق مفهومی مشخص دارد و تنها مرجع صالح برای تصویب آن مجلس است که طی تشریفات خاصی آن را به تصویب می‌رساند و قرار نیست مراجع غیرانتخابی صلاحیت وضع قانون و حتی مصوباتی بالاتر از آن داشته باشند.

حریم خصوصی افراد از مهم‌ترین حوزه‌هایی است که در حقوق بر حفظ و صیانت از آن تأکید فراوان می‌شود و هرگونه ورود در آن نیازمند حکم قانون است. شورای عالی فضای مجازی در مصوبه مورخ ۹ شهریور ۱۳۹۸ به نام «نظام هویت معتبر در فضای مجازی کشور»، آورده است برای هر نوع تعامل فنی، اقتصادی (پولی و مالی)، فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اداری میان اشخاص، گروه‌ها، اشیا، خدمات، محتواها و مکان‌ها به هویت معتبر نیاز بوده و شکل‌گیری نظام قابل اطمینان برای هویت در فضای مجازی کشور ضروری است. هدف از ایجاد این نظام، استقرار زیست‌بوم تأمین‌کننده زیرساخت تعاملات آزادانه، سالم، پویا، مسئولانه و سودمند با رعایت حقوق فردی و جمعی در روابط اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فناورانه بین انواع موجودیت‌ها در فضای مجازی است که زمینه لازم را برای توسعه کسب و کارهای دیجیتال، سامانه‌های فنی رسانه‌های تعاملی و خدمات اداری ایجاد می‌کند. در بند ۱ ماده ۳ این نظام‌نامه با عنوان خطوط اجرایی آمده است: «هر تعاملی در فضای مجازی کشور باید با شناسه معتبر آغاز شود». این مصوبه دو نوع تأمین‌کننده، شناسه هویتی (مشابه ثبت احوال) و غیرهویتی (مشابه مؤسسات تأییدکننده مدرک تحصیلی و میزان اعتبار مالی) را موظف به تأیید و ردّ صفات ادعایی کاربران فضای مجازی می‌داند. در بند ۹ ماده ۳ چنین مقرر شده است: «مرکز ملی فضای مجازی با همکاری قوای مجریه و قضائیه ظرف مدت شش ماه از تاریخ ابلاغ این مصوبه، باید پیش‌نویس مقررات و لوایح قانونی لازم برای استقرار نظام هویت معتبر در فضای مجازی کشور را تهیه کند».

این بند از مصوبه شورای عالی فضای مجازی را می‌توان بسیار ضروری و مفید تلقی کرد، زیرا در آن سازوکار ارائه پیش‌نویس لایحه قانونی از سوی قوه مجریه و قضائیه پیش‌بینی شده است و منظور از لایحه یعنی متنی که برای لازم‌الاجرا شدن باید به تصویب نمایندگان مجلس برسد. به این ترتیب، اولاً سه قوه اجرایی، قضایی و تقنینی در نگارش و بررسی آن سهیم هستند و ثانیاً به دلیل ارتباط مستقیم با حق افراد بر حریم خصوصی

بجاست که مورد بحث و تعمق از سوی نمایندگان مردم قرار گیرد. همچنین این اقدام با توجه به گسترش فعالیت‌های اقتصادی در فضای مجازی، خصوصاً شبکه‌های پیام‌رسان اجتماعی، گامی مفید و مؤثر در خصوص فعالیت‌های اقتصادی قلمداد می‌شود. اما الزام افراد برای ایجاد هویت معتبر (یعنی نام و نام خانوادگی و سایر مشخصه‌های اکتسابی و انتسابی) در تمامی فعالیت‌های فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و... نوعی تفتیش عقاید محسوب می‌شود و مغایر اصل ۲۳ قانون اساسی است، زیرا حق بر حریم خصوصی ایجاب می‌کند افراد بدون ترس از شناخته شدن کامل و گاه انگشت‌نما شدن اعتقادات مذهبی، سیاسی، اجتماعی و... خود را بروز دهند و مخاطبان بدون توجه به ارائه‌کننده پیام و قضاوت شخصیت او، گفتار را دریافت و مورد ارزیابی قرار دهند.

شورای عالی فضای مجازی همچنین در تاریخ ۱۱ مرداد ۱۳۹۶ مصوبه «سیاست‌ها و اقدامات ساماندهی پیام‌رسان‌های اجتماعی» را با هدف تعیین سیاست‌ها و اقدامات لازم برای ساماندهی فعالیت پیام‌رسان‌های اجتماعی داخلی و خارجی به تصویب رسانده است. بند «د» ماده ۱ «ذخیره‌سازی و پردازش داده‌های عظیم مرتبط با فعالیت‌های پیام‌رسان‌های اجتماعی در داخل کشور و ممانعت از دسترسی غیرمجاز به آن‌ها» را به‌عنوان یکی از اقدامات لازم و راهبردی مقرر کرده است. اگرچه در قانون اساسی به‌صراحت از حق بر حریم خصوصی آن‌هم به معنای حق بر حریم خصوصی فضای مجازی (به دلیل موضوعیت نداشتن آن در زمان بازنگری قانون اساسی) یاد نشده است، اما با استفاده از کلیت اصل بیستم، تمامی افراد را به صورت یکسان از «همه حقوق انسانی» برخوردار می‌داند؛ همچنین اصل ۲۵ که هر نوع تجسس را ممنوع اعلام می‌کند، می‌توان گفت ذخیره اطلاعات و داده‌های مرتبط با پیام‌رسان‌های داخلی علاوه بر نقض قانون اساسی تعرض به حریم خصوصی افراد محسوب می‌شود. مصوبات شورای عالی فضای مجازی به دلیل اینکه تشریفات خاص قانون‌گذاری در مورد آن‌ها اعمال نمی‌شود، قانون قلمداد نخواهند شد تا به‌موجب آن‌ها بتوان به حریم خصوصی افراد وارد شد. به‌علاوه این اقدام را می‌توان به نحوی نقض غرض سیاست فراگیری پیام‌رسان‌های اجتماعی داخلی دانست، زیرا اغلب کاربران فضای مجازی علت عدم استفاده از پیام‌رسان‌های داخلی را ذخیره اطلاعات خصوصی از سوی حاکمیت اعلام می‌کنند.

### ۳.۴. مداخله در امور قوه قضائیه

استقلال قضایی مبنایی برای تصمیم‌گیری در دولت‌های قانونی محسوب می‌شود. بسیاری از اسناد و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، از جمله اصول اساسی عدالت سازمان ملل و منشور اروپا، بر اهمیت استقلال قضایی تأکید و سعی در توضیح عناصر اصلی آن دارند. استقلال قوه قضائیه از جمله تضمینات بنیادین برای تحقق حاکمیت قانون در جامعه و جلوگیری از تمرکز قدرت سیاسی است.<sup>۳۰</sup> این استقلال ناشی از تفکیک قوا و تقسیم قدرت است تا از استبداد زمامداری بکاهد.<sup>۳۱</sup> در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وظایف قوه قضائیه در بندهای پنج‌گانه اصل ۱۵۶ احصا شده و با توجه به استقلال قوه قضائیه، افزودن به وظایف این قوه برخلاف قانون اساسی است.

شورای عالی فضای مجازی در بند ۶ ماده ۲ «سیاست‌ها و اقدامات سازماندهی پیام‌رسان‌های اجتماعی» مصوب ۱۳ خرداد ۱۳۹۶ آورده است: قوه قضائیه موظف است به منظور صیانت از حقوق شهروندی، حریم خصوصی، امنیت عمومی و اعتمادسازی، آیین‌نامه‌ای را در راستای حمایت حقوقی از تداوم کسب و کار و فعالیت پیام‌رسان‌های اجتماعی داخلی و بازبینی مصادیق محتوای مجرمانه، ظرف مدت یک ماه تدوین و به شورای عالی فضای مجازی ارائه نماید. شورای عالی فضای مجازی در ماده ۱ سیاست‌های حاکم بر برنامه ملی بازی‌های رایانه‌ای موضوع نظارت (سیاست‌های ۱ و ۳) در اقدامات کلان، نظارت ساختاریافته و مستمر بر مبادی تولید و توزیع بازی‌های رایانه‌ای از جمله سیاست‌های توزیع دیجیتال، کارخانجات تکثیر حامل‌های دیجیتال، شرکت‌های توزیع‌کننده عمده برای بازی‌سراها، دادستانی کل کشور را موظف به همکاری با وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی می‌داند. همان‌طور که ملاحظه شد، شورای عالی با وضع مصوباتی اقدام به افزایش تکالیف قوه قضائیه نموده و حتی این قوه را به تدوین آیین‌نامه و بازبینی مصادیق مجرمانه و ارائه به شورا مکلف ساخته است. این اقدام مداخله در امور یکی از قوای مهم حاکمیت که وظیفه احقاق حقوق عامه را برعهده دارد محسوب می‌شود.

۳۰. علی، شبعه‌علی و وحید، زارع، «بررسی نظریه تفکیک قوا در جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به رابطه ولایت فقیه با تفکیک قوا»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال ششم، ش ۱۸ (۱۳۹۶)، ص ۱۲۵.

۳۱. سید محمد، هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، حاکمیت و نهادهای سیاسی، ج ۲، (تهران: نشر میزان، چ ۱۴، ۱۳۹۱)، ص ۳۶۹.

## ۵. خطمشی‌گذاری یا قانون‌گذاری

رهبر انقلاب طی حکم تأسیس شورای عالی فضای مجازی آن را نقطه کانونی سیاست‌گذاری، تصمیم‌گیری و هماهنگی در فضای مجازی اعلام نمود و در همان حکم با عنوان «مصوبه» از قواعد وضع‌شده از سوی شورای عالی یادکرده که «لازم است به کلیه مصوبات آن ترتیب آثار قانونی داده شود». به نظر می‌رسد رهبری برای شورا اختیار سیاست‌گذاری - و نه قانون‌گذاری - در نظر گرفته است و سیاست‌گذاری و خطمشی‌گذاری و وضع قانون، اصطلاحاتی متفاوت با معانی مخصوص به خود هستند که لازم است از یکدیگر بازشناخته شوند.

علم سیاست‌گذاری بحثی جدید است و بعد از سال ۱۹۵۰ به وجود آمده است.<sup>۳۲</sup> قانون مرزهای مشخصی دارد، اما خط و مشی کلی‌تر است و به مصداق نمی‌پردازد. همچنین گفته شده است خطمشی باید با قوانین مطابقت داشته باشد و قرار نیست نظام قانون‌گذاری و نظام حقوقی را متشتت کند. متخصصان خطمشی‌گذاری در تعریف این مفهوم گفته‌اند خطمشی‌ها یا سیاست‌ها یکی از انواع برنامه‌ها هستند و معمولاً بیانیه‌ها یا تفاهات کلی‌اند که به تصمیم‌گیری کمک می‌کنند.<sup>۳۳</sup> خطمشی نحوه اجرای برنامه و قانون را مشخص می‌کند.<sup>۳۴</sup> خطمشی‌گذاری دارای ویژگی‌هایی است که مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: صراحت، وضوح، قابلیت اجرا، انعطاف‌پذیری، امنیت، هماهنگی، مستدل بودن، متمایز بودن از قوانین و نیز کتبی بودن.<sup>۳۵</sup>

خطمشی به معنی طرح کلی و رؤس مطالب برای اقدام، یا برنامه و نظر و عمل سیاسی است. اصولاً در هر امری، دولت‌ها، سازمان‌ها و یا افراد، دارای نظر و برنامه و روش اجرایی

۳۲. کیومرث، اشتریان، «علوم سیاست‌گذاری و دستاوردهای آن برای ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۳۷ (۱۳۷۶)، ص ۲۰.

۳۳. کونتز، هارولد، اصول مدیریت، مترجم: محمدعلی طوسی و همکاران، ج ۱، (تهران: سازمان مدیریت دولتی، ج ۳، ۱۳۷۴)، ص ۱۷۷.

۳۴. علی، رضائیان، مبانی سازمان و مدیریت، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۹)، ص ۲۱۰.

۳۵. همان، صص ۲۱۱-۲۱۲.

ویژه‌ای هستند که از آن به‌عنوان سیاست یا خط‌مشی یاد می‌شود.<sup>۳۶</sup> خط‌مشی‌گذاری به معنای برنامه‌ریزی برای عمل سیاسی و اجرایی است که در سطح کلان و از سوی دولتمردان تدوین و ارائه می‌گردد. سیاست‌گذاری فرایند أخذ تصمیم در مورد یک خط‌مشی است که باید در آینده پیگیری و سپس عملی شود. قانون نیز مجموعه‌ای از قواعد الزام‌آور و کلی است که در زمان معین بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین شده است.<sup>۳۷</sup> این تعریف برداشت عام از قانون است و به معنای تمام مقرراتی است که از سوی سازمان‌های صالح دولت وضع شده است؛ خواه این سازمان‌ها قوه مقننه یا رئیس دولت یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد.<sup>۳۸</sup> اما قانون به معنای خاص، آن‌گونه که در حقوق اساسی مد نظر است، به قواعدی گفته می‌شود که با تشریفات مقرر در قانون اساسی از طرف قوه مقننه وضع شده و یا از راه همه‌پرسی به‌طور مستقیم به‌تصویب رسیده باشد و قانون‌گذاری به معنای (خاص آن) کلیه اقدامات نمایندگان منتخب مردم در مجلس در فرایند وضع قانون اعم از دریافت لایحه یا طرح، بررسی آن‌ها در کمیسیون‌های تخصصی و صحن علنی مجلس، شور و مشورت و بحث و در نهایت، تصویب آن‌ها است. همان‌گونه که برخی از محققان گفته‌اند مستندات و استدلال‌های متعدد از احکام تشکیل شوراها، سخنان و نامه‌نگاری‌های دو رهبر جمهوری اسلامی مؤید این فرض است که وظیفه شورا سیاست‌گذاری است.<sup>۳۹</sup> پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود اینست که به هر حال، نهاد سیاست‌گذار اصلی کشور مجمع تشخیص مصلحت نظام است که سیاست‌های کلی را تعیین می‌کند و اگر سیاست‌گذاری شورای عالی فضای مجازی را بپذیریم، با وظایف مجمع تشخیص مصلحت نظام تداخل پیدا می‌کند، مگر اینکه آن را در راستا و ادامه سیاست‌های کلی بدانیم.

۳۶. علی، آقابخشی، و مینو افشاری راد، فرهنگ علوم سیاسی، (تهران: نشر چاپار، ۱۳۸۹)، ص ۵۱۴.

۳۷. همان، ص ۳۷۰.

۳۸. ناصر، کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶)، ص ۱۲۹.

۳۹. محمد، جلالی و صادق، سازگاری، «پایبندی نهادهای سیاست‌گذار به حدود مفهومی سیاست با نگاهی به امکان‌سنجی نظارت قضایی بر آن (مطالعه موردی شورای عالی انقلاب فرهنگی و فضای مجازی)» فصلنامه حقوق اداری، سال هشتم، ش ۲۹ (۱۳۹۹)، ص ۶۸.

با تفاسیر پیش‌گفته در مورد سیاست‌گذاری و خطامشی‌گذاری و قانون‌گذاری می‌توان اذعان کرد که صلاحیت شورای عالی فضای مجازی در حقیقت، سیاست‌گذاری و خطامشی‌گذاری است و مرجع مؤسس آن یعنی مقام رهبری نیز انتظاری بیش از سیاست‌گذاری از این نهاد ندارد؛ چنان‌که شورای عالی انقلاب فرهنگی نیز به‌عنوان نهاد هم‌عرض برای خود صلاحیت سیاست‌گذاری قائل است. سید مهدی الوانی و همکارانش مطالعه‌ای در جهت ارائه الگوی مطلوب خطامشی‌گذاری شورای عالی فضای مجازی انجام داده‌اند و در پایان پیشنهادهایی به‌منظور ارتقای کیفیت خطامشی‌گذاری این نهاد ارائه داده‌اند: «پرهیز از خطامشی‌گذاری ذهنیتی و حرکت به سمت خطامشی‌گذاری فرایندی؛ حصول اشراف کامل و به‌روز نسبت به موضوعات فضای مجازی از طریق به‌کارگیری نظام و سیستم رصد؛ به‌کارگیری سیستم نظارتی برای پایش و پیگیری اجرای سیاست‌ها؛ به‌کارگیری نظام ارزشیابی، گزارش‌گیری عملکرد و تغییر یا پایان بخشیدن به سیاست‌ها؛ تدوین نهادی برای تعیین مجریان کلیدی سیاست و تعیین سازوکار هماهنگی؛ ایجاد ارتباط و پیونددهی میان سیاست‌ها به‌منظور اجرای بهتر»<sup>۴۰</sup>. با توجه به این سخنان باید گفت تصمیمات شورا باید غیر قطعی، عام و کلی، و در راستای هماهنگی نهادهای سیاسی پایین‌دست و دارای ثبات طولانی‌مدت باشد و هدف آن‌ها در راستای کلی‌ترین اهداف یک حکومت قرار می‌گیرد که نمونه آن را در قوانین اساسی کشورها می‌توان مشاهده کرد.<sup>۴۱</sup>

چنانچه شورای عالی ضمن تعمیق در امور مرتبط با فضای مجازی به امر سیاست‌گذاری بپردازد و به‌جای وضع قواعد لازم‌الاجرا به تعیین خطامشی و همکاری با قوا، مخصوصاً قوه قانون‌گذار، از طریق پیشنهاد موارد مرتبط با امور فضای مجازی - که مطابق با صلاحدید این شورا نیاز به هنجارسازی در جامعه برای آن وجود دارد - به هیئت وزیران (با توجه به اینکه ریاست شورای نامبرده با رئیس‌جمهور است) برای تبدیل به لوایح کاربردی و

۴۰. سید مهدی، الوانی و همکاران، «تدوین الگوی خطامشی‌گذاری فضای مجازی»، فصلنامه راهبرد اجتماعی، فرهنگی، سال چهارم، ش ۱۳ (۱۳۹۲)، ص ۲۹.

۴۱. محمد، جلالی و صادق سازگاری، «پایبندی نهادهای سیاست‌گذار به حدود مفهومی سیاست با نگاهی به امکان‌سنجی نظارت قضایی بر آن (مطالعه موردی شورای عالی انقلاب فرهنگی و فضای مجازی)»، فصلنامه حقوق اداری، سال هشتم، ش ۲۹ (۱۳۹۹)، ص ۶۸.

تخصصی و تقدیم به مجلس همت گمارد، در جایگاه اصلی خود قرار خواهد گرفت و به اهداف عالیّه تأسیس خود جامه عمل خواهد پوشاند. گرچه نمی‌توان برای مصوبات شورای عالی فضای مجازی جایگاه قانون را قائل شد، اما برای صیانت از قانون اساسی و حفظ حقوق بشر و آزادی‌های عمومی و همچنین به منظور افزایش بهبود عملکرد شورا پیشنهاد می‌شود در شرایط کنونی مصوبات شورای عالی فضای مجازی قبل از ارسال به مقام معظم رهبری، برای مجلس و عنداللزوم شورای نگهبان ارسال شود تا در صورت مغایرت با قوانین بالادستی، اصلاح و پس از تأیید ابلاغ شود.<sup>۴۲</sup>

### نتیجه

در هر نظام حقوقی حاکمیت به بخش‌های مجزا با کارکردهای مستقل تقسیم می‌شود. تصمیم‌سازی و سیاست‌گذاری، اجرای تصمیمات و سیاست‌ها و قضاوت بر اساس این قواعد کارویژه‌های اصلی حاکمیت و حکمرانی در یک کشور هستند. در این میان، وضع قواعد لازم‌الاجرا مهم‌ترین کارکرد یک ارگان در نظام حقوقی است. در جمهوری اسلامی ایران وظیفه قانون‌گذاری مطابق اصل ۷۱ قانون اساسی در عموم مسائل برعهده مجلس شورای اسلامی نهاده شده، اما این صلاحیت عام مجلس در مواردی به‌وسیله نهادهای خاص قانون‌گذاری تخصیص خورده است. این نهادها به‌موجب قانون اساسی، حکم حکومتی، قانون عادی و در مواردی به صورت نهادی که در قوانین پیش‌بینی نشده به‌وجود آمده‌اند و به فراخور کارویژه‌های خود در حال قاعده‌گذاری هستند. وجود این نهادها به‌خودی خود برای حاکمیت و امور حادث جامعه مفید و لازم است، اما در موارد متعددی این نهادها به مداخله در کار قوای دیگر پرداخته، با خروج از صلاحیت خود عملاً در کار قانون‌گذاری مداخله نموده‌اند؛ درحالی که فاقد دو ویژگی بارز نهاد عام قانون‌گذار، یعنی انتخابی بودن اعضا و تحت نظارت بودن مصوبات وضع‌شده هستند. این مداخله موجب نقض سلسله‌مراتب قوانین و حاکمیت قانون، تورم قوانین، موازی‌کاری در امر قاعده‌گذاری، نابسامانی و هرج‌ومرج در شناسایی حقوق و تکالیف شده است و در مواردی به اتلاف وقت مردم و

۴۲. وکیلی، امیرحسین، «بررسی جایگاه ساختار و صلاحیت شورای عالی فضای مجازی در نظام جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، (۱۳۹۳)، ص ۱۰.

دستگاه‌های دولتی برای طی فرایند اثبات مخالفت این قواعد با قانون اساسی و قوانین عادی و به تبع آن ابطال مصوبات خارج از صلاحیت از سوی دیوان عدالت اداری انجامیده است. بهتر است علاوه بر مشخص کردن جایگاه حقوقی چنین نهادهایی، موقعیت آن‌ها در سلسله مراتب قوانین مشخص شده، مقام ناظر برای ابطال مصوبات آن‌ها نیز معلوم شود، زیرا در غیر این صورت چنین نهادهایی نه تنها نمی‌توانند کارویژه خود را انجام دهند، بلکه نظم حقوقی را به هم ریخته، موجب تشتت در نظام حقوقی می‌شوند.

در این مقاله جایگاه شورای عالی فضای مجازی به عنوان یکی از نهادهای خاص قانون‌گذاری که به موجب حکم حکومتی تأسیس شده، مورد بررسی قرار گرفته است و سعی بر آن بود که با مذاقه در مصوبات این شورا در طول کمتر از یک دهه قاعده‌گذاری، موارد خروج از صلاحیت و مداخله در کارویژه‌های قوای دیگر و همچنین موارد نقض قانون اساسی و حریم خصوصی بیان گردد. شورای عالی فضای مجازی با وضع مصوباتی که فاقد نظارت از نظر تطبیق با قانون اساسی و شرع و قوانین مجلس و فاقد سازوکار مشخص برای انتشار عمومی مصوبات است، با تعیین بودجه، ایجاد خط‌مشی برای وزارتخانه‌ها و سازمان‌های عمومی و... در کار قوه مجریه مداخله نموده و با تعیین تکلیف برای مجلس شورای اسلامی و افزودن به تعاریف مواد قانونی مصوب مجلس به کارویژه قوه مقننه ورود کرده و در مواردی با ایجاد وظایف و تکالیفی برای قوه قضائیه و تعرض به حقوق خصوصی افراد از صلاحیت خود خارج شده است.

پیشنهاد می‌شود شورای عالی فضای مجازی به جای وضع قواعد لازم‌الاجرا، به سیاست‌گذاری در امور مرتبط با فضای مجازی و بهره‌گیری حداکثری از آن برای پیشرفت همه‌جانبه کشور و کمک به تعامل در فضایی سالم و ایمن برای شهروندان که هدف غایی شورا و متن دستور مقام رهبری بوده است بپردازد و با همکاری قوا و سایر سازمان‌ها امور مربوطه را ساماندهی نماید. شایسته است این شورا برای همکاری با قوه مجریه به منظور وضع قواعد لازم‌الاجرای مرتبط با وزارتخانه‌ها و ادارات دولتی، از سازوکار پیشنهاد به دولت و تصویب هیئت وزیران و ابلاغ بخشنامه بهره گیرد. طبیعتاً تعامل با قوه مجریه از طریق ارائه پیشنهادی کلی از سوی رئیس‌جمهور به هیئت وزیران و برای تبدیل این پیشنهادها



به لوایحی اجرایی‌تر و تخصصی‌تر و به تبع آن، تقدیم به مجلس از طریق سازوکار قانون‌گذاری مصرح در قانون اساسی امکان‌پذیر خواهد بود. شورا برای ایجاد قواعد حاوی حقوق و تکالیف برای عموم مردم پیشنهاد خود را در قالب لایحه و از طریق قوه مجریه به مجلس تقدیم نماید تا نمایندگان مردم با تأیید و تصویب آن به پیشنهادهای رسیده رسمیت داده، افزون بر آگاهی مردم از این قواعد به دلیل تصویب آن‌ها در خانه ملت، مورد اقبال عمومی قرار گیرند. چنانچه مصوبات شورا این مراحل را طی نمایند، طبیعتاً در فرایند نظارت شورای نگهبان نیز قرار خواهند گرفت که این امر موجب نظمی نمایان‌تر در نظام حقوقی کشور خواهد شد.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

## - کتابها

۱. آقابخشی، علی و افشاری راد، مینو، *فرهنگ علوم سیاسی*، (تهران: نشر چاپار، ۱۳۸۹).
۲. دهخدا، علی‌اکبر، *فرهنگ لغت*، ج ۱، (تهران: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، ۱۳۴۱).
۳. روسو، ژان ژاک، *قرارداد اجتماعی یا اصول حقوق سیاسی*، مترجم: منوچهر کیا، (تهران: انتشارات گنجینه- ناصر خسرو، چ ۳، ۱۳۶۶).
۴. رضائیان، علی، *مبانی سازمان و مدیریت*، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۹).
۵. طباطبایی، سید محمدحسن، *بحثی درباره مرجعیت و روحانیت*، (تهران: انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۴۱).
۶. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶).
۷. کوننر، هارولد، *اصول مدیریت*، مترجم: محمدعلی طوسی و همکاران، سازمان مدیریت دولتی، ج ۱، (تهران: چ ۳، ۱۳۷۴).
۸. هاشمی، سید محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، حاکمیت و نهادهای سیاسی، ج ۲، (تهران: نشر میزان، چ ۱۴، ۱۳۹۱).

## - مقالات

۹. آگاه، وحید و درخشان، داور، «عرف اساسی حل اختلاف یا حل معضل نظام واکاوی جایگاه احکام حکومتی در حقوق اساسی ایران با تأکید بر مطالعه موردی» *مجموعه مقالات اصول نانوشتنه قانون اساسی*، (قم: انتشارات دارالعلم، ۱۳۹۸).
۱۰. اشتریان، کیومرث، «علوم سیاست‌گذاری و دستاوردهای آن برای ایران»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۳۷ (۱۳۷۶).

۱۱. الوانی، سید مهدی؛ خنیفر، حسین؛ حاجی ملامیرزایی، حامد، «تدوین الگوی خط‌مشی‌گذاری فضای مجازی»، *فصلنامه راهبرد اجتماعی، فرهنگی*، سال چهارم، ش ۱ (۱۳۹۲).
۱۲. الهام، غلامحسین و نورایی، مهدی، «وحدت یا تعدد مراجع مقررگذار در نظام جمهوری اسلامی ایران و تأثیر آن بر نظام حقوق اداری»، *اندیشه‌های حقوق عمومی*، ش ۷ (۱۳۹۴).
۱۳. امیرارجمند، اردشیر، «سیاست‌های کلی نظام در پرتو اصل حاکمیت قانون و جمهوریت»، *مجله راهبرد*، ش ۲۶ (۱۳۸۶).
۱۴. اسماعیلی، محسن، «جایگاه سیاست‌های کلی در نظام قانون‌گذاری ایران»، *مجموعه مقالات همایش یکصدمین سال قانون‌گذاری*، (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲).
۱۵. انصاری، مجید، «جایگاه سیاست‌های کلی در نظام قانون‌گذاری در ایران»، *مجموعه مقالات همایش یکصدمین سال قانون‌گذاری*، (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۳).
۱۶. شیعه‌علی، علی و زارع، وحید، «بررسی نظریه تفکیک قوا در جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به رابطه ولایت فقیه با تفکیک قوا»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، سال ششم، ش ۱۸ (۱۳۹۶).
۱۷. کاویانی، حامد و مهدوی زاهد، مهدی، «امکان و امتناع نظارت قضایی بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، رویکردی جامعه‌شناسانه به نقش دادرسی در دیوان عدالت اداری»، *فصلنامه حقوق اداری*، سال هفتم، ش ۲۳ (۱۳۹۹).
۱۸. عباسی، بیژن و سهرابلو، عباس، «شوراهای محلی و کارکرد وضع قواعد عام‌الشمول بر اساس نظریات شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری»، *فصلنامه حقوق اداری*، سال دوم، ش ۷ (۱۳۹۴).
۱۹. غمامی، سید محمد مهدی؛ خدامرادی، کمال؛ هادی‌زاده، علی، «آسیب‌شناسی تعدد نهادهای قانون‌گذار در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه شهر قانون*، ش ۱۸ (۱۳۹۵).
۲۰. فرکیش، هانه؛ شجاع خلیلی، فریور؛ عبدالهی، جوانمیر؛ روحی، عباد، «حاکمیت قانون و تعدد نهادهای خاص تقنینی در سیستم حقوقی ایران»، *فصلنامه علمی، پژوهشی فقه و مبانی حقوق*، سال یازدهم، ش ۴ (۱۳۹۷).

۲۱. جلالی، محمد و سازگاری، صادق، «پایبندی نهادهای سیاست‌گذار به حدود مفهومی سیاست با نگاهی به امکان‌سنجی نظارت قضایی بر آن (مطالعه موردی شورای عالی انقلاب فرهنگی و فضای مجازی)» *فصلنامه حقوق اداری*، سال هشتم، ش ۲۹ (۱۳۹۹).
۲۲. نوذری، محمد، «بررسی تطبیقی تعدد نهادهای قانون‌گذاری در حقوق اساسی ایران و فرانسه» *فصلنامه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، ش ۱ (۱۳۹۵).
۲۳. نورایی، مهدی، «تعدد مراجع قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی ایران»، (تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۲).
۲۴. مرکز مالگیری، احمد و مهدی‌زادی، مهدی، «قانون‌گذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال هفدهم، ش ۴۷ (۱۳۹۴).
۲۵. همتی، مجتبی، «شورای عالی اداری در نظام حقوقی ایران در پرتو دولت قانون‌مدار صوری»، *دوفصلنامه دانشجویان دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی*، سال اول، ش ۱ (۱۳۸۸).

#### – پایان‌نامه‌ها

۲۶. آسوده آرانی، منیره، *بررسی تطبیقی صلاحیت‌ها و اعتبار حقوقی مصوبات شورای عالی فضای مجازی ایران و کمیسیون ارتباطات فدرال امریکا*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی (۱۳۹۳).
۲۷. حسینی، سید علی، *تحلیلی بر نظریه‌های مربوط به احکام حکومتی در فقه امامیه*، پایان‌نامه دکتری فقه و اصول، دانشگاه امام صادق (ع) (۱۳۸۰).
۲۸. وکیلی، امیرحسین، «بررسی جایگاه ساختار و صلاحیت شورای عالی فضای مجازی در نظام جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز (۱۳۹۳).

#### (ب) انگلیسی

29. Glassman, Matthew "Separation of Powers": An Overview', *Congressional Research Service* (2016).
30. Saiegh, Sebastian "The Role of Legislatures in the Policymaking Process", *Inter-American Development Bank Workshop on*

*State Reform*, Public Policies and Policymaking Processes, February (2005).

31. Rousset, m, droit administrative, *presses universitaires* de Grenoble (Public Policies and Policymaking Processes, February 2004).

– وبسایتها

32. [http://<majazi.ir>/web\\_directory/53296](http://<majazi.ir>/web_directory/53296)
33. <https://<plus.irna.ir>/news/43276>
34. <https://<rc.majlis.ir>/fa/law/show/93287>
35. <https://<www.icana.ir>/Fa/News/390066>
36. <http://<www.dadiran.ir>/news/articleType/ArticleView/articleId/89709>
37. <https://<sccr.ir>/pages/1/1>
38. <https://<plus.irna.ir>/news/83508834>
39. <http://<www.lvp.ir>/Portal/home/?generaltext/266455>
40. <http://<www.iribnews.ir>/fa/news/2251136>



نشریه علمی مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال دوازدهم، شماره بیست و دو، بهار ۱۴۰۰، صفحات ۶۹-۹۲

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۱۲/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۹/۲۳

## کار بست فقهی و حقوقی قاعده مایضمن بر قرارداد انتقال حق اختراع و پیامدهای آن

حمید میری<sup>۱</sup>

ابراهیم جوانمرد فرخانی<sup>۲</sup>

### چکیده

بر اساس قاعده مایضمن، چنانچه پس از انعقاد قرارداد معلوم شود که قرارداد منعقد شده باطل بوده است، هریک از طرفین ملزم به ردّ عوض واقعی به طرف مقابل خواهد بود. در این میان، اعمال قاعده مایضمن بر قراردادهای با موضوع انتقال حق اختراع باید به گونه‌ای موشکافانه بررسی شود؛ چه اینکه به دلیل دشواری پذیرش مفهوم قبض درباره اموال فکری، اعمال قاعده بر آنها دشوار خواهد بود. به همین جهت، نگارندگان بر آن شدند تا مقاله پیش رو را با جمع‌آوری اطلاعات به شیوه کتابخانه‌ای و با روش تحلیلی-توصیفی به نگارش درآورند. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که با توجه به غیرمادی بودن حق اختراع، قبض آن به گونه‌ای دیگر و از طریق تحویل اسناد و مدارک مثبته صورت می‌گیرد. از این رو، قاعده مایضمن در فرض بطلان قرارداد انتقال حق اختراع، به طور کامل اعمال می‌شود و مخترع ملزم به ردّ عوض و انتقال گیرنده پایبند به بازگرداندن معوض است.

**واژگان کلیدی:** حق اختراع، حقوق مالکیت فکری، عوض قراردادی، عوض واقعی، قاعده مایضمن.

hamidmiri1387@gmail.com

javanmardebrahim@yahoo.com

۱. استادیار دانشگاه گنبدکاووس، گنبد کاووس، ایران

۲. استادیار دانشگاه گنبدکاووس، گنبد کاووس، ایران (نویسنده مسئول)

## مقدمه

زمانی که قراردادی بسته می‌شود، بر سر شرایط و چگونگی انجام آن گفتگو انجام می‌گیرد؛ هر سوی چنین قراردادی باید تعهد خویش را همان‌گونه که پیرامون آن توافق کرده است، انجام دهد. با این حال، هنگامی که این قرارداد باطل باشد، باید دید چه تعهدهایی بر دوش دو سوی قرارداد گذاشته می‌شود. در این میان، چنانچه گواهینامه حق اختراع به دلیل نداشتن شرایط قانونی باطل باشد، آیا می‌توان گفت که قاعده مایضن بر قراردادهایی که پیش از ابطال گواهینامه حق اختراع انعقاد یافته باشد، اعمال می‌شود و مخترع ملزم به ردّ عوض و انتقال گیرنده پایبند به بازگرداندن معوض است؟ توضیح آنکه جهت صدور گواهینامه حق اختراع مجموعه‌ای از شرایط باید احراز شود. یک اختراع باید واجد شرایط تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی باشد. در این میان، صدور گواهینامه فاقد شرایط امری کاملاً ممکن است<sup>۳</sup>؛ این درحالی است که مخترع پس از ثبت اختراع ممکن است اجازه بهره‌برداری<sup>۴</sup> از حق اختراع را به دیگری واگذار کرده باشد. از این رو، مسئله قابل بحث آن است که در موارد بی‌اعتباری گواهینامه حق اختراع، وضعیت قراردادهای به‌اجرا درآمده چه خواهد بود؟ آیا با باطل شدن گواهینامه حق اختراع، قاعده مایضن اعمال می‌گردد؟ پیامدهای آن چیست؟ در حقوق ایران، قانون‌گذار در ماده ۱۸ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶<sup>۵</sup>، تنها موجبات ابطال گواهینامه حق اختراع را مشخص نموده و در مورد اثر این ابطال بر قراردادهای بسته شده ساکت است. با وجود این، به موجب قوانین و رویه قضایی برخی از کشورها، همچون چین، اسپانیا، انگلیس و امریکا، با اینکه ابطال گواهینامه حق اختراع، حقوق ناشی از آن را از ابتدا زایل

۳. میرقاسم، جعفرزاده و اصغر، محمودی، «شرایط ماهوی حمایت از اختراع از نگاه رویه قضایی و اداره ثبت اختراعات»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۲ (۱۳۸۴)، ص ۸۵.

۴. قرارداد لیسانس یا مجوز بهره‌برداری، قراردادی است که به موجب آن دارنده دارایی فکری استفاده از حق مالکیت فکری متعلق به خود را در مقابل دریافت مبلغی به‌عنوان «حق امتیاز یا رویالتی» به شخص دیگری واگذار می‌کند.

۵. «هر ذی‌نفع می‌تواند ابطال گواهی‌نامه اختراع را از دادگاه درخواست نماید. در صورتی که ذی‌نفع ثابت کند یکی از شرایط مندرج در مواد ۱، ۲، ۴ و صدر ماده ۶ و بند (ج) آن رعایت نشده است یا اینکه مالک اختراع، مخترع یا قائم‌مقام قانونی او نیست، حکم ابطال گواهی‌نامه اختراع صادر می‌شود. هر گواهی‌نامه اختراع یا ادعا یا بخشی از ادعاهای مربوط که باطل شده است، از تاریخ ثبت اختراع باطل تلقی می‌شود...».



نمود و اثر قهقرایی دارد، این اثر بر قراردادهایی که پیش از اعلام بی اعتباری گواهینامه انعقاد یافته، توسعه نمی یابد و در نتیجه، مسئولیتی برای طرفین قرارداد نسبت به استرداد عوضین ایجاد نمی کند. بر این اساس، برای عمق بخشیدن به این بحث، ضروری است تا این مسئله را مورد دقت نظر بیشتری قرار دهیم و در خصوص اعمال کامل قاعده مایضن در فرض بطلان قرارداد انتقال حق اختراع تأملی جدی داشته باشیم.

با توجه به آنچه بیان شد، مقاله پیش رو در پی پاسخ به این پرسشها است: آیا در قراردادهایی که موضوع آن انتقال حق اختراع است، قاعده مایضن اعمال خواهد شد؟ ابطال گواهینامه حق اختراع بر قراردادهایی که قبل از صدور حکم ابطال اجرا شده است، چه تأثیری می گذارد؟ آیا انتقال گیرنده می تواند بابت تمام آنچه به مخترع پرداخته است، به او رجوع کند؟ در این خصوص چه مسئولیتی برعهده انتقال دهنده خواهد بود؟ چنانچه انتقال گیرنده از موضوع قرارداد بهره برده باشد، تکلیف وی چیست؟ آیا حق اختراع، مال قیمی به شمار می آید یا مثلی؟

### پیشینه تحقیق

کنکاش پیرامون این مسئله در فقه شیعه پیشینه درازی دارد که به گونه معمول، فقها در باب قرارداد بیع و در زمینه شرایط عوضین و زیر گفتار «مقبوض به عقد فاسد» و در بخش «قاعده مایضن» به آن پرداخته اند.<sup>۶</sup> البته، آنچه که موجب شد پیرامون این مسئله به تحقیق بپردازیم، تنها مفاهیم موجود درباره قاعده یادشده و چگونگی اعمال آن نیست، چراکه در این باره مقالات خوبی دیده می شود،<sup>۷</sup> بلکه نگارندگان در صدد پاسخگویی به این پرسش بوده اند که آیا در فرض بطلان قرارداد انتقال حق اختراع می توان قواعد عمومی

۶. علی، روحی زاده و مجید، عباس تبار فیروزجاه، «تأثیر ابطال گواهینامه ثبت اختراع در اثر فقدان تازگی و گام ابتکاری بر وجوه پرداختی در قرارداد لیسانس»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ش ۲۰ (۱۳۹۶)، ص ۱۲۹.

۷. محمدحسن، نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۷، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۱ ق)، ص ۲۳۲؛ محمدکاظم، طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ج ۸، (قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۸)، ص ۲۵۴.

۸. عباس، تولیت، «بررسی و تحقیق درباره قاعده مایضن بصحیحه یضمن بفاسده و قاعده عکس آن»، مجله دیدگاه های حقوقی، ش ۳ (۱۳۷۵)، صص ۶۵-۸۲؛ عابدین، مومنی، «قاعده مایضن بصحیحه یضمن بفاسده»، مقالات و بررسی ها، دفتر ۶۹ (۱۳۸۰)، صص ۱۳۵-۱۶۱.

قراردادها را درباره آن به کار بست و از این روی گفت که قاعده مایضمن را می‌بایست به گونه‌ای مطلق بر آن اعمال کرد و دو سوی چنین قراردادی را پایبند به بازگرداندن عوض نمود؟

شایان ذکر است هرچند درباره موجبات و آثار ابطال گواهینامه حق اختراع در ادبیات حقوق مالکیت فکری بحث شده<sup>۹</sup>، ولی در زمینه کاربست فقهی قاعده مایضمن بر قراردادهای با موضوع انتقال حق اختراع به صورت مستقل و منسجم بحثی مطرح نشده است. از این رو، این تحقیق در نوع خود نخستین کوششی است که در این سطح و حجم محقق خواهد شد.

با توجه به مراتب یادشده، در کنار بررسی دیدگاه‌های موجود در زمینه قاعده اصل و عکس، به بررسی احتمال‌ها و دیدگاه‌های موجود در زمینه معنای ضمان، موضوع آن و چگونگی کاربست آن بر قراردادهایی که موضوع آنها انتقال حق اختراع است، خواهیم پرداخت.

## ۱. معنا و مفهوم ضمان

بنابر قاعده مایضمن، اگر پس از انجام قرارداد، طرفین متوجه شوند قرارداد بنا به دلایلی باطل بوده، هریک حق دارند تمام آن چیزی را که به طرف دیگر داده‌اند مسترد نمایند، زیرا با اجرای اثر قهقرایبی و عطف به ماسبق شدن بطلان، پرداخت‌های انجام شده ایفای ناروا بوده و متعاقبین محکوم به استرداد وجوه دریافتی خواهند بود<sup>۱۰</sup>. در این فرض، مالی که طرفین آن را دریافت نموده‌اند، متعلق به غیر است و تصرف در وجوه دریافتی از مصادیق بارز اکل مال به باطل است.

با توجه به آنچه بیان شد، شایسته است در گام نخست، مفهوم ضمان در این قاعده را مورد بررسی و تحلیل قرار دهیم.

۹. از این پژوهش‌ها می‌توان به مقاله جعفرزاده و عباس‌تبار، «ابطال گواهینامه اختراع و تعهد به استرداد عوضین در قراردادهای انتقال حق اختراع» سال ۱۳۹۳؛ و پایان‌نامه دکتر عباس‌تبار، «تأثیر ابطال گواهی اختراع بر وضعیت قراردادهای انتقال فناوری» سال ۱۳۹۴ اشاره کرد.

۱۰. مرتضی، انصاری، کتاب المکاسب، ج ۳، (قم: هادی، ۱۳۷۸ ق)، ص ۱۸۱؛ محمدکاظم بن حسین، آخوند خراسانی، حاشیه المکاسب، (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد، ۱۴۰۶ ق)، ص ۳۰.

## ۱.۱. جبران خسارت

بر پایه این دیدگاه<sup>۱۱</sup>، منظور از ضمان در اصل و عکس این قاعده، جبران زیان بر طرفین قرارداد است. از این رو در هر قراردادی که در فرض صحت آن، تکلیف به جبران زیان بر دوش دو سوی قرارداد گذاشته شده باشد، در فرض بطلان آن نیز طرفین ضامن‌اند و باید خسارت طرف مقابل را تدارک و جبران کنند. به سخن دیگر، در عقد صحیح که موجب مالکیت فروشنده نسبت به ثمن، و خریدار نسبت به مبیع است، چنانچه مال تلف شود از اموال گیرنده تلف شده است و در چنین عقود، اگر قرارداد باطل و کالا در دست گیرنده از میان رود، وی باید جبران خسارت کند<sup>۱۲</sup>.

### • نقد و بررسی

بر این دیدگاه دو نقد وارد است: اول اینکه صحیح نیست که مالک را ضامن مال خویش به‌شمار آوریم<sup>۱۳</sup>. دوم اینکه با پذیرش این دیدگاه همه قراردادهای تملیکی خواه رایگان باشند همچون هبه و وقف، و خواه معوض همچون فروش، در صورت صحت برای گیرنده ضمان آور شمرده می‌شوند که از این رو، در حالت بی‌اعتباری نیز ضمان آور خواهند بود؛ درحالی که بسیاری از قراردادهای تملیکی رایگان بوده، در فرض بطلان ضمان آور نیستند<sup>۱۴</sup>. در برابر ایراد نخست این چنین گفته می‌شود که معنای عام ضمان دربرگیرنده تحمل زیان خواهد شد؛ خواه زیان بر مال خود یا دیگری باشد و این گفته که هر کسی ضامن مال خویش است، این گونه معنا می‌دهد که هر کسی زیان برخاسته از تلف مال خویش را تحمل کرده، این زیان بر دارایی وی می‌رود<sup>۱۵</sup>. با وجود این، اگرچه پاسخ داده شده به ایراد نخست آن چنان دقیق نیست، ولی از ایراد دوم نیز نمی‌توان گذشت.

۱۱. محمدحسن، مامقانی، غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب، ج ۲، (قم: مجمع ذخایر اسلامی، ۱۳۱۶)، ص ۲۷۷؛ مهدی، شهیدی، اصول قراردادهای و تعهدات، (تهران: مجد، ۱۳۸۱)، صص ۹۰-۹۶.

۱۲. مصطفی، محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی دو، ج ۲، (تهران: سمت، ۱۳۸۰)، ص ۲۰۳.

۱۳. مرتضی، انصاری، پیشین، ج ۳، ص ۱۸۳؛ محمدحسن، مامقانی، پیشین، ج ۲، ص ۲۷۷.

۱۴. مصطفی، محقق داماد، پیشین، ج ۲، ص ۲۰۳.

۱۵. مهدی، شهیدی، پیشین، ص ۹۰.

## ۲.۱. ردّ عوض واقعی

بر پایه این دیدگاه<sup>۱۶</sup>، مراد از ضمان، ردّ عوض واقعی یعنی در فرض بقاء، ردّ عین و در فرض تلف، تسلیم مثل یا قیمت است. ناگفته روشن است که ضمان را تنها باید در فرض تلف معنا کرد، زیرا از آنجا که در قرارداد صحیح تا هنگامی که مال از بین نرفته، سخن گفتن از ضمان نادرست است<sup>۱۷</sup>، بر پایه این برداشت، هم در قرارداد صحیح و هم باطل، ضمان به معنای تدارک بوده، ولی این تدارک در قرارداد صحیح به عوض قراردادی است و در قرارداد باطل به عوض واقعی؛ زیرا عوض تعیین شده در قرارداد باطل مورد پذیرش شارع قرار نگرفته است<sup>۱۸</sup>. افزون بر این، هنگامی که از واژه ضمان بهره گرفته می‌شود، این امر ظهور در عوض واقعی داشته، از این رو، برای حکم نمودن به عوض قراردادی نیاز به قرینه است، همچنان که این قرینه در قرارداد صحیح وجود دارد که همانا توافق مورد پذیرش دو سوی قرارداد از سوی شارع است. پس اگر هیچ قرینگی نباشد، ضمان بر عوض واقعی بار می‌شود.

برخی دیگر از فقها دیدگاهی دارند که اگرچه از همانندی بسیاری با این دیدگاه برخوردار است، ولی پیرامون معنای ضمان تفاوت‌هایی میان آن‌ها دیده می‌شود. با این حال، اینان نیز موضوع ضمان در قرارداد باطل را مثل یا قیمت دانسته‌اند. به نظر این دسته از فقها<sup>۱۹</sup>، معنای ضمان، «برعهده آمدن مالیت شیء» است. به دیگر سخن، طرفین قرارداد هنگام بستن قرارداد، عوضین را با لحاظ ارزش و مالیت آن، عوض یکدیگر قرار می‌دهند و در قرارداد باطل، عقلاً فرض می‌کنند شیئی بر دوش ضامن می‌آید که همان ارزش و مالیت کالا است. پس، به راستی چه در قرارداد صحیح و چه باطل، خود کالا بر دوش ضامن قرار نمی‌گیرد، بلکه ارزش آن قرار می‌گیرد. ولی در قرارداد صحیح این مالیت از راه تعیین عوض مقابل انجام گرفته، درحالی که در قرارداد باطل چنین چیزی موجود نبوده است؛ از این رو، ناگزیریم که ارزش واقعی را برآورد نماییم.

۱۶. مرتضی، انصاری، پیشین، ج ۳، ص ۱۸۳؛ محمدکاظم، طباطبایی یزدی، پیشین، ج ۱، ص ۹۴.

۱۷. مرتضی، انصاری، پیشین، ج ۳، ص ۱۸۳.

۱۸. احمد، خوانساری، جامع المدارک، ج ۳، (قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق)، ص ۱۱۶؛ میرزا ابوالقاسم، قمی، جامع الشتات، ج ۲، (تهران: کیهان، ۱۳۷۱)، ص ۳۷۰.

۱۹. محمدحسن، بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۲، (قم: هادی، ۱۳۷۷ ق)، ص ۱۱۱.

### • نقد و بررسی

از آنجا که مهم‌ترین مبنای قاعده مایضمن بنای عقلاست، می‌توان دریافت که مراد از ضمان در این قاعده، ردّ عوض واقعی است؛ چراکه صاحبان عقل، تدارک را با عوض واقعی لازم می‌دانند، نه با عوض قراردادی. بر این اساس، از نظر عقلای عالم اگر در قرارداد صحیح فروشنده باید مبیع را به خریدار و خریدار هم ثمن را به وی بدهد، در قرارداد باطل هم امری بر دوش آنان قرار می‌گیرد؛ به این گونه که اگر مال وجود داشته باشد، خود آن باید داده شود و در فرض تلف، قیمت یا مثل آن.

#### ۳.۱. اشتغال ذمه

به نظر برخی از اندیشمندان<sup>۲۰</sup>، میان معنای ضمان در قاعده «الخراج بالضمن» و ضمان در قاعده «اصل و عکس» تفاوت وجود دارد؛ با این توضیح که در قاعده اول، معنای مصدری لحاظ شده که همان اقدام بر ضمان یا تعهد است، در حالی که در قاعده دوم، معنای اسم مصدر به کار گرفته شده که همان «اشتغال ذمه» است. بر پایه این دیدگاه، این قاعده چنین معنا می‌دهد: «همچنان که ذمه در قرارداد صحیح مشغول بوده، در قرارداد باطل هم مشغول است». از سوی دیگر، ضمان در قرارداد باطل نمی‌تواند معنای مصدری داشته باشد، چراکه در این حال، پذیرفتنی نیست که گفته شود، طرفین قرارداد باطل خود را متعهد به ضمان می‌کنند، زیرا چنین چیزی کالعدم است. پس، تنها معنای اسم مصدر در قرارداد باطل قابل اجرا بوده، از این رو، قدر مشترک میان ضمان در قرارداد صحیح و ضمان در قرارداد باطل همین معنای اسم مصدر است؛ همچنان که در غصب هم همین گونه خواهد بود، زیرا صحیح نیست گفته شود که غاصب، ضمان خویش را در برابر مال غصبی پذیرفته و تعهد نموده است، بلکه تنها ذمه وی مشغول می‌گردد<sup>۲۱</sup>.

۲۰. موسی، نجفی خوانساری، منیه الطالب فی شرح المکاسب، ج ۱، (تهران: المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق)، ص ۱۱۸.

۲۱. الضمان قد یراد به المعنی المصدری كما فی قاعده الخراج بالضمن كما تقدم وجهه و قد یراد به المعنی الاسم المصدری كما فی المقام فإن یضمن حیث إنه مبنی للمفعول یناسب المعنی الاسم المصدری مع أن تعهد الضامن فی الفاسد کالعدم فالجامع بینة و بین الصحیح هو هذا المعنی و كما فی باب الغصب و المقبوض بالسوم و نحو ذلك مما حکم الشارع بالضمن من دون تعهد الضامن و التزامه.

بر پایه این دیدگاه در قرارداد باطل، ضمان به عوض واقعی است و در قرارداد صحیح، ضمان به عوض قراردادی پیش از قبض کالا است. ولی پس از قبض کالا و تلف آن و فسخ قرارداد، ضمان یا به مثل است یا قیمت (عوض واقعی). دلیل این گفته مبنایی بوده که به اعتقاد این دسته از اندیشمندان، قاعده یادشده بر آن استوار است؛ یعنی «ضمان ید»، زیرا از آنجا که تا قبضی روی ندهد، جایی برای اجرای قاعده مایضمن نیست، وضعیت پیش از قبض از شمول این قاعده بیرون خواهد بود. پس، ضمان در قرارداد صحیح هنگامی پدید می‌آید که کالا در دست خریدار از میان رفته و سپس فروشنده و خریدار قرارداد را برهم زنند که در این حالت، خریدار مثل یا قیمت را ضامن است و معنا ندارد که گفته شود به جای کالای از میان رفته، پول داده شده از سوی خریدار به عنوان مال موضوع ضمان باشد، چراکه در اینجا دیگر ضمان به مثل یا قیمت تبدیل می‌شود. بر پایه این دیدگاه، با منحصر دانستن مبنای قاعده به ضمان ید، ناگزیریم که پس از گرفتن کالا از سوی خریدار، ضمان را به وی نسبت دهیم که بدین سان، صحیح نیست که در این حالت از ضمان نسبت به عوض قراردادی سخن گفته شود، بلکه باید به پیدایش ضمان به عوض واقعی قائل شد؛ ضمانی که با از میان رفتن و برهم خوردن قرارداد پدید می‌آید.

#### • نقد و بررسی

بر این برداشت ایراداتی مطرح شده است. برخی از فقها<sup>۲۲</sup> گفته‌اند که تمسک به تلف کالا و برهم خوردن بعدی قرارداد برای توجیه وجود ضمان به مثل یا قیمت در قرارداد صحیح، برداشت بسیار دوری از این قاعده است. دیگر اینکه دلیلی برای بیرون بردن وضعیت پیش از قبض کالا از این قاعده نیست، زیرا برای این ادعا که این قاعده تنها بر پایه ضمان ید استوار بوده است، دلیلی وجود ندارد. جدای از این، اگر مبنای این قاعده تنها قاعده علی‌الید بود، دیگر چه نیازی به استناد به قاعده اصل و عکس است؟ افزون بر این، این قاعده می‌گوید که «مایضمن بصحیحه»؛ یعنی قرارداد سرچشمه ضمان است، ولی بر پایه این دیدگاه پیرامون قرارداد صحیح، قبض مبیع، فسخ قرارداد و تلف کالا سرچشمه ضمان

۲۲. سید روح‌الله، موسوی خمینی، کتاب‌البیع، ج ۱، (قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۸)، ص ۲۶۱.

شمرده می‌شوند.<sup>۳۳</sup>

در نهایت، با توجه به دیدگاه‌های مطرح‌شده، به نظر می‌رسد دیدگاه ضمان نسبت به عوض واقعی از اتقان و استحکام بیشتری برخوردار است، زیرا عقد باطل نمی‌تواند سبب هیچ‌گونه اثری باشد، و چون قراردادی تشکیل نشده است، لذا سخن گفتن از عوض قراردادی، بیهوده خواهد بود. علاوه بر این، در قراردادهای باطل از جهت آنکه این توافق از سوی شارع امضا نشده است و التزامی که طرفین به آن پایبند شده‌اند، واجب‌الوفا نیست و عوض قراردادی یا همان ضمان‌المسمی موردی ندارد. ضمان در این قاعده جز ضمان واقعی و خارج از قرارداد نخواهد بود، چراکه اطلاق در ضمان، ظهور در ضمان واقعی دارد و از آن ضمان واقعی متبادر می‌شود و غیر آن، نیازمند دلیل است.

## ۲. جریان قاعده در قراردادهای با موضوع انتقال حق اختراع

اکنون باید دید با بطلان قرارداد انتقال حق اختراع، قاعده مایضمن اعمال خواهد شد؟ چنانچه گواهینامه حق اختراع بنابه دلایلی از سوی دادگاه بی‌اعتبار و باطل شود، آیا قاعده مایضمن بر قراردادهایی که پیش از ابطال گواهینامه انعقاد یافته است اعمال می‌گردد؟ آیا ابطال گواهینامه حق اختراع، اثر قهقرایی داشته، بطلان قرارداد مربوط به اختراع را به دنبال خواهد داشت؟ یا اینکه اثر ابطال تنها ناظر به آینده بوده، از موجبات انفساخ به‌شمار می‌آید. بدین‌سان، احتمالات قابل طرح در این زمینه بررسی خواهد شد.

### ۲.۱. اعمال قاعده

قبض، رکن اصلی اجرای ضمان و اعمال قاعده مایضمن است و تا پیش از قبض ضمان معنا نخواهد داشت، زیرا تا وقتی که مالی به شخصی تسلیم نشده باشد، اجبار او به رد عین در فرض بقا یا پرداختِ مثل یا قیمت در فرض تلف بی‌معناست.<sup>۳۴</sup> حال با توجه به غیرمادی بودن حق اختراع، این پرسش مطرح می‌شود که چگونه می‌توان آن را تسلیم و قبض نمود؟

۳۳. محمدحسین، اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۱، (قم: حوزه علمیه، ۱۴۱۸ ق)، ص ۳۰۴.

۳۴. ابوالقاسم، گرجی، مقالات حقوقی، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸)، ص ۲۳۱.

در پاسخ به این پرسش باید گفت قبض مفهومی عرفی داشته، معوض باید چنان در تصرف انتقال گیرنده قرار گیرد که عرف او را مستولی بر مال بداند.<sup>۲۵</sup> معیار تشخیص سلطنت و سیطره خریدار بر مال نیز عرف است.<sup>۲۶</sup> بر این اساس با پذیرش داوری عرف می‌توان گفت در مورد حق اختراع، تسلیم با صرف انعقاد قرارداد واگذاری و تحویل اسناد و مدارک مشبته انجام می‌گیرد و از آن پس انتقال گیرنده از کلیه حقوق انحصاری صاحب اختراع منتفع شده و به لحاظ عرفی هم مال از تصرف انتقال دهنده خارج است و او دیگر حق استفاده و بهره‌برداری از اختراع موضوع انتقال را ندارد. همچنین مخترع موظف است اطلاعات کامل راجع به اختراع خود و روش کار آن را در اختیار انتقال گیرنده قرار دهد و پیش از آن، تسلیم کامل نشده است. بنابراین انتقال دهنده باید اجناس، تجهیزات و وسایل مرتبط با اختراع را تحویل داده، آموزش و راهنمایی‌های لازم را انجام دهد. هرچند پس از تسلیم گواهینامه حق اختراع، اطلاعات فنی مربوط به اختراع در اختیار مخترع می‌ماند و از این جهت تفکیک کامل مالکیت انجام نمی‌شود، که این خود می‌تواند مضراتی را برای انتقال گیرنده از جهت بهره‌جویی موازی دیگران به دنبال داشته باشد، لکن این امر از ویژگی‌های اموال فکری بوده، مانع تحقق مفهوم قبض و تسلیم به‌شمار نمی‌آید، زیرا تسلیم مفهومی عرفی بوده، با توجه به مال مقبوض کیفیت تسلیم نیز متفاوت خواهد بود.<sup>۲۷</sup>

### • نقد و بررسی

به نظر می‌رسد با بطلان قرارداد انتقال حق اختراع، قاعده مایضن به‌طور کامل اعمال می‌شود، چراکه تسلیم ملازمه‌ای با تصرف مادی و محسوس ندارد و قبض معنوی و حکمی برای اجرای ضمان و اعمال قاعده کفایت می‌کند.

حال با توجه به آنچه گذشت، این پرسش مطرح خواهد شد که با بی‌اعتباری گواهینامه حق اختراع، آیا قرارداد لیسانسی که برای بهره‌برداری از این حق اختراع پیش‌تر بسته شده،

۲۵. ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی: معاملات معوض، عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره، قرض، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱)، ص ۱۶۶.

۲۶. سید حسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۱، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰)، ص ۴۴۹.

۲۷. طوبی، صادقی و میرقاسم، جعفرزاده، «ماهیت حقوقی قرارداد واگذاری حق اختراع»، مجله دانش حقوق مدنی، ش ۱ (۱۳۹۶)، ص ۴۴.



قابل فسخ است یا اینکه باید ابطال گواهینامه را سبب بطلان قرارداد بدانیم؟

بنابر نظر برخی از حقوق دانان با بی اعتباری گواهینامه حق اختراع، قرارداد منعقد بر حق اختراع نیز فاقد عوض می شود، زیرا عوض در این حالت فاقد ارزش اقتصادی و مالیت است. به همین ترتیب امکان دارد از طریق عدم قدرت بر تسلیم موضوع قرارداد، بتوان بطلان آن را موجه ساخت<sup>۲۸</sup>. توجیه دیگر اینکه ابطال گواهینامه حق اختراع می تواند کاشف از اشتباه در موضوع معامله باشد. بر اساس نظر برخی دیگر از حقوق دانان، بی اعتباری گواهینامه حق اختراع همچون تلف مورد اجاره در اثنای مدت، سبب انفساخ قرارداد می شود<sup>۲۹</sup>. در برابر، گروه دیگری اظهار می دارند که ارزش گواهی اختراع به عنوان وصف موضوع قرارداد محسوب شده، با بی اعتباری گواهینامه مشخص می گردد که این وصف اساساً موجود نبوده و قرارداد قابل فسخ است<sup>۳۰</sup>. از این منظر، اطمینان از اعتبار گواهی اختراع به عنوان یک حق شخصی برای وثوق به درستی و صحت قرارداد، چیزی است که انتقال گیرنده برای آن معامله می کند و مجوز بهره برداری را در مورد آن اخذ می نماید. از این رو، بی اعتباری گواهینامه حق اختراع می تواند موجب حق فسخ قرارداد برای انتقال دهنده باشد. بر اساس این دیدگاه، وضعیت چنین معامله ای در حقوق ایران منطبق با ماده ۲۳۵ ق.م. بوده که مقرر داشته است: «هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت»، زیرا تضمین اعتبار گواهینامه حق اختراع به مثابه وصف مورد معامله و شرط ضمن آن بوده و با بی اعتباری گواهی اختراع مشخص می گردد که این وصف موجود نبوده است<sup>۳۱</sup>.

این برداشت قابل انتقاد است، زیرا هنگامی بحث از وصف مورد معامله به میان می آید که

۲۸. میرقاسم، جعفرزاده و ابراهیم، رهبری، «قواعد انحلال قرارداد لیسانس فناوری»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه نامه ش ۸ (۱۳۹۱)، ص ۱۶.

۲۹. میرقاسم، جعفرزاده و مجید، عباس تبار فیروز جا، «ابطال گواهی نامه اختراع و تعهد به استرداد عوضین در قراردادهای انتقال حق اختراع»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه نامه ش ۱۶ (۱۳۹۳)، ص ۲۵۷.

۳۰. محمود، صادقی؛ محمد، احسنی افروز؛ محمد، عیسانی نفرشی؛ میرقاسم، جعفرزاده، «تعهدات و الزامات طرفین در قرارداد انتقال فناوری و تطبیق آن با حقوق کامن لا و برخی نظام های حقوقی دیگر»، مجله پژوهش های حقوق تطبیقی، ش ۳ (۱۳۹۰)، ص ۱۰۲.

۳۱. محمد، احسنی افروز، قرارداد انتقال تکنولوژی، ماهیت، شرایط تشکیل و آثار، (تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۱)، ص ۷۵.

موصوف جدای از وصف، قابلیت آن را داشته باشد که موضوع معامله قرار بگیرد؛ حال آنکه در قراردادهای با موضوع انتقال حق اختراع، گواهینامه فاقد شرایط اساساً نمی‌تواند موضوع معامله باشد. پس اعلام بی‌اعتباری گواهینامه حق اختراع در میانه اجرای قرارداد با توجه به اثر قهقرایی آن به منزله نبود موضوع معامله است، نه فقدان وصف. افزون بر این، پذیرش خيار تخلف از شرط صفت به این معناست که قرارداد منعقدشده تا زمان بطلان گواهینامه صحیح بوده، در نتیجه انتقال دهنده مستحق گرفتن آنچه تا قبل از بطلان گواهینامه دریافت کرده بود، است؛ درحالی که بطلان گواهینامه، حقوق مترتب بر آن را از زمان ثبت بی‌اثر می‌کند.<sup>۳۲</sup> بر این اساس، گواهینامه حق اختراع از ابتدا فاقد اثر بوده، با معدوم تفاوتی ندارد؛ لذا قائل شدن به بطلان قرارداد، مطابقت بیشتری با قواعد دارد.

با همه این توصیف‌ها، در چنین فرضی، یعنی بطلان قرارداد انتقال حق اختراع و اعمال قاعده مایضمن، سه احتمال قابل طرح است:

### ۲.۱.۱. ضمان نسبت به عوض واقعی

بر پایه این دیدگاه<sup>۳۳</sup>، با نبود شرایط قانونی موضوع قرارداد و بطلان آن، باید گیرنده‌ای را که در دست وی مال از میان رفته است، پایبند به دادن عوض واقعی نمود. عوض واقعی در این حالت به این معناست که انتقال گیرنده ملزم به استرداد کالاهای مرتبط با گواهینامه حق اختراع است. همچنین وی باید بهره‌برداری از اختراع را متوقف نموده، منافع به‌دست‌آمده و عواید حاصله از وضعیت انحصاری خود در بهره‌برداری از اختراع را به انتقال دهنده بازگرداند. در این میان، انتقال دهنده نیز باید حق امتیاز و رویالتی‌هایی را که در ازای بهره‌برداری از اختراع دریافت نموده و منافی که از آن پول برده است، به انتقال گیرنده مسترد کند.

### • نقد و بررسی

به نظر می‌رسد این دیدگاه به واقعیت نزدیک‌تر باشد، زیرا روش و سیره عملی خردمندان

۳۲. محمود، صادقی و مهدی، امینی، «موجبات و آثار ابطال گواهینامه حق اختراع»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۱ (۱۳۹۱)، ص ۷۰.

۳۳. مرتضی، انصاری، پیشین، ج ۳، ص ۱۸۳؛ محمدکاظم، طباطبایی یزدی، پیشین، ج ۱، ص ۹۴؛ احمد، خوانساری، پیشین، ج ۳، ص ۱۱۶؛ میرزا ابوالقاسم، قمی، پیشین، ج ۲، ص ۳۷۰.

این است که چنانچه شخصی بر پایه قرارداد باطل چیزی را بگیرد و سپس آن مال تلف شود، وی را نسبت به آن پاسخگو می‌دانند و از آنجا که شارع این شیوه صاحبان عقل را رد نکرده است، حجیت خواهد داشت. در چنین وضعیتی باید سعی شود روابط طرفین به وضعیت سابق خود بازگردد. پس چنانچه مالی با قرارداد باطل گرفته شود باید عین همان رد شود و اگر تلف شد از نظر خردمندان جهان باید راهی انتخاب شود که به رد عین نزدیک‌تر باشد. بی‌تردید نزدیک‌ترین فرد به عین، در مثلی مثل است و در قیمی قیمت.

حال این پرسش مطرح می‌شود که حق اختراع، مال قیمی به‌شمار می‌آید یا مثلی؟

با اندکی تأمل درمی‌یابیم که اموال فکری مال قیمی شمرده می‌شوند، نه مال مثلی؛ زیرا اموال فکری مانند حق اختراع دارای مشابه خارجی نیستند، چراکه یکی از اوصاف حق اختراع و شرایط ثبت آن، جدید بودن است و چنانچه اختراعی مشابه اختراع دیگر باشد، ناقض اختراع قبلی خواهد بود. با وجود این، محصولاتی که با استفاده از اختراع تولید می‌شوند، ممکن است مثلی باشند. برای مثال، از یک اختراع خلاقانه شاید هزاران واکنس مشابه و مثل هم تولید شود، یا یک برنامه کامپیوتری ممکن است در هزاران سی‌دی همانند ذخیره گردد. باید دقت کرد که محصول تولیدشده از مال فکری، متفاوت با مال فکری است و مال فکری حقیقتی متمایز از محصولاتی دارد که ممکن است در آنها به کار رفته باشد. به همین جهت دارنده یکی از این محصولات، برای نمونه، خریدار یک واکنس یا یک سی‌دی فقط مالک محصول پدیدآمده از مال فکری است و با خرید یکی از محصولات، مال فکری به ملکیت او در نمی‌آید.<sup>۳۴</sup>

## ۲.۱.۲. ضمان نسبت به عوض قراردادی

بر پایه این دیدگاه، خلاف دیدگاه پیشین، با رخداد تلف مال، عوض قراردادی موضوع ضمان گیرنده به‌شمار خواهد آمد. این دیدگاه در فقه دیدگاه شادّی بوده و شیخ انصاری<sup>۳۵</sup> آن را در نهایت، سست دانسته است. البته این فقیه نگفته که چه کسی قائل به این دیدگاه

۳۴. اصغر، محمودی، «رهن اموال فکری در پرتو مقررات قانون مدنی و مطالعه تطبیقی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۱ (۱۳۹۱)، ص ۱۶۶.

۳۵. مرتضی، انصاری، پیشین، ج ۳، ص ۱۸۵.

است، ولی برخی از حاشیه‌نویسان<sup>۳۶</sup> گفته‌اند که شیخ در جایگاه ایراد بر احتمالی بوده که از سخنان کاشف‌الغطاء<sup>۳۷</sup> برمی‌آید، زیرا ایشان گفته‌اند: «روشن است که قاعده مایضمن در ثبوت اصل ضمان بوده، با این حال، پیرامون آن دو احتمال را می‌توان مطرح کرد؛ اول این که، اندازه ضمان به میزانی است که طرف دیگر بر آن اقدام نموده باشد و دوم این که، به اندازه ارزش مال است به هر میزانی که باشد و ظاهر هم همین است»<sup>۳۸</sup>. ناگفته روشن است که از احتمال نخست در این عبارت، ضمان نسبت به عوض قراردادی برمی‌آید.

#### • نقد و بررسی

بر این دیدگاه ایراداتی مطرح شده است. برخی از حاشیه‌نویسان<sup>۳۹</sup> گفته‌اند که گردهم آوردن قرارداد باطل و پایبندی به دادن عوض قراردادی جمع میان متناقضان است؛ چراکه ضرورت دادن عوض قراردادی از لوازم قرارداد صحیح بوده، درحالی که گردهم آوردن بطلان قرارداد با ضرورت دادن عوض قراردادی ناشدنی و جمع میان دو امر متناقض خواهد بود<sup>۴۰</sup>. به دیگر سخن، قرارداد باطل بوده و عوض قراردادی در تعهد قرار نگرفته است و به سخنی بهتر، عوض قراردادی تنها در قرارداد صحیح بر دوش طرف دیگر قرارداد می‌آید و از این رو، تکلیف به عوض قراردادی در قرارداد باطل برخاسته از خود قرارداد نبوده و تکلیفی به دادن این مال بی‌دلیل است<sup>۴۱</sup>.

با وجود این، در راستای تقویت دیدگاه قائلان به ضمان نسبت به عوض قراردادی می‌توان به ادله زیر تمسک نمود. پس از تبیین ادله دیدگاه یادشده، هریک را مورد تحلیل و بررسی قرار خواهیم داد.

۳۶. محمدحسن، مامقانی، پیشین، ج ۲، ص ۲۷۹.

۳۷. محمدجعفر، کاشف‌الغطاء، شرح القواعد، (قم: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ ق)، ص ۵۲.

۳۸. هی صریحه فی أصل الضمان الا انها یحتمل فیها وجهان أحدهما الضمان بمقدار ما أقدم علیه من المقابل و ثانيهما قیمته ما بلغت و هو الظاهر لان التقييد غیر مفهوم منها.

۳۹. موسی، نجفی خوانساری، پیشین، ج ۱، ص ۲۶۷.

۴۰. میرزا محمدحسین، نائینی، المکاسب و البیع، ج ۱، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق)، ص ۳۰۱.

۴۱. مصطفی، محقق داماد، پیشین، ج ۲، ص ۲۲۱.

### الف) استناد به تعهد ضمنی

می‌توان گفت که ضمان نسبت به عوض قراردادی مشمول تعهد ضمنی دو سوی قرارداد بر ضامن بودن است. اقدام به ضمان یا تعهد بر پذیرش ضمان یکی از بنیان‌هایی است که قاعده مایضمن بر آن استوار است. اکنون می‌توان افزود که در کنار تعهد به جبران، طرفین قرارداد می‌پذیرند که عوض دیگری در فرض از میان رفتن مال، موضوع ضمان باشد یا دست‌کم در چنین قراردادهایی، یعنی جایی که موضوع قرارداد انتقال حق اختراع است، می‌توان چنین خواستی را به دو سوی قرارداد نسبت داد.

#### • نقد و بررسی

به نظر می‌رسد حتی اگر به پیدایش ضمان بر پایه تعهد ضمنی قائل باشیم، گسترش دامنه این توافق بر موضوع ضمان، یعنی ضمان نسبت به عوض قراردادی، دشوار است. تعهد ضمنی دو سوی قرارداد تنها درباره ضمان قراردادی در قرارداد صحیح بوده و ضمان در قرارداد باطل تنها مشمول مسئولیت بیرون از قرارداد است.

### ب) استناد به بنای عقلا

می‌توان گفت که عقلای عالم در همه‌گونه قرارداد باطل یا دست‌کم در قراردادهایی که موضوع آن‌ها انتقال حق اختراع است، ضمان در برابر تلف را تنها نسبت به ارائه عوض قراردادی می‌دانند.

#### • نقد و بررسی

در این خصوص نه تنها نمی‌توان ضمان نسبت به عوض قراردادی را برداشت نمود، بلکه می‌توان بنای خردمندان را بر نبود چنین ضمانی دانست.<sup>۴۲</sup>

### ج) استناد به قاعده تلف مبیع پیش از قبض

در فقه امامیه قاعده این است که هرگاه مبیع پیش از تحویل گرفتن از سوی خریدار

۴۲. محمد، رحمانی، «قواعد فقهی (۱۰): قاعده «مایضمن»، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۲۵ (۱۳۸۰)، ص ۸۰.

از میان برود، از کیسه فروشنده می‌رود؛ یعنی وی در برابر این زیان پاسخگو خواهد بود که پیامد آن، برهم خوردن قرارداد و پیدایش تکلیف برای فروشنده به بازپس دادن پول گرفته شده به خریدار خواهد بود<sup>۴۳</sup>. این درحالی است که شارع می‌توانست به جای حکم به انفساخ قرارداد و پیدایش تکلیف به بازپس دادن ثمن، یعنی ضمان نسبت به عوض قراردادی در صورت تلف مبیع، قرارداد را معتبر نگه داشته، بر فروشنده ضمان واقعی نسبت به دادن مثل یا قیمت مبیع را وضع می‌نمود. چنین رویکردی نشان می‌دهد که قائل شدن به ضمان نسبت به عوض قراردادی در فقه نمونه‌هایی دارد<sup>۴۴</sup>.

#### • نقد و بررسی

باید دانست حکمی که شارع درباره تلف مبیع قبل از قبض بیان داشته، ریشه در مقتضای قراردادهای دوطرفه یا به سخنی بهتر، در اراده دو طرف قرارداد دارد. به عبارت دیگر، آنچه که اصل قاعده مایضن می‌گوید، چیزی جز بیان ضمان معاوضی نیست، چراکه منظور دو طرف معامله از بستن قرارداد تنها این نیست که در جهان اعتبار دارنده گردند، بلکه می‌خواهند به گونه‌ای فعلی و مادی نیز بر آن چیره شده، از منافع آن بهره گیرند<sup>۴۵</sup>. بنابراین نباید اندیشید که چرا شارع به جای حکم نمودن به انفساخ قرارداد، حکم دیگری را بیان نداشت، زیرا شارع چیزی جز خواست دو طرف قرارداد را بیان نکرده است؛ چراکه خواست آغازین ایشان این بوده است که هریک به عوض تعیین شده برسند، نه به مثل یا قیمت آن. پس، دلیل اصلی این حکم اقتضای خواست طرفین قرارداد و ماهیت معاوضی قراردادها است.

#### ۲.۱.۳. ضمان نسبت به ارزش عوض مقابل

می‌توان این گونه احتمال داد که مسئولیت گیرنده نسبت به ارزش و مالیت عوض روبرو تعیین می‌شود. شاید در راستای توجیه این دیدگاه بتوان گفت که در هر قرارداد دو توافق

۴۳. حسن بن یوسف، حلی، تحریر الاحکام، ج ۲، (قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق)، ص ۲۸۹؛ محمدحسن، نجفی، پیشین، ج ۲۳، ص ۲۰۳.

۴۴. محمدجعفر، کاشف الغطاء، پیشین، ص ۵۲.

۴۵. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، (تهران: میزان، ۱۳۸۳)، ص ۸۴.

جداگانه روی می‌دهد؛ یکی نسبت به خود قرارداد و شرایط آن، و دیگری نسبت به تعیین ارزش عوضین. اکنون که قرارداد باطل شد، توافق نخست اعتبار خویش را از دست داده است، ولی توافق دوم پابرجا مانده، منشأ ضمان خواهد بود. چنین تفسیری آشکارا در نوشته‌های فقها و حتی حقوق‌دانان دیده نمی‌شود، لکن شاید بتوان از سخنان برخی از فقها این دو گام توافق را برداشت کرد.<sup>۴۶</sup>

#### • نقد و بررسی

این دیدگاه نسبت به دیدگاه پیشین، یعنی ضمان نسبت به عوض قراردادی، موجه‌تر است و ایراد مطرح‌شده پیرامون وجود تناقض را ندارد. همچنین، مشکل پیرامون عدم امضای شارع را نیز در برابر خویش نمی‌بیند، به این دلیل که عدم امضا تنها پیرامون اصل قرارداد بوده، نه توافق نسبت به ارزش‌گذاری آن. با این حال، مهم‌ترین ایرادی که بر این دیدگاه می‌توان مطرح نمود، اینست که اثربخشی توافق طرفین پیرامون ارزش‌گذاری عوضین، وابسته به صحت قرارداد است. به دیگر سخن، طرفین قرارداد برآن‌اند که برای قرارداد صحیح به تعیین ارزش عوض و معوض بپردازند و اکنون که این قید، یعنی وجود قرارداد صحیح، از میان رفت، دیگر توجهی به ارزش‌گذاری پیشین خود نمی‌کنند؛ بدین‌سان توافق نسبت به ارزش عوضین پابرجا نمانده، منشأ ضمان نخواهد بود.

#### ۲.۲. عدم اعمال قاعده

احتمال دیگر در چنین فرضی، یعنی درجایی که موضوع قرارداد انتقال حق اختراع بوده، آن است که قاعده مایضن به کار بسته نخواهد شد؛ به این معنا که اگرچه صحیح این‌گونه قراردادهای ضمان آور شمرده می‌شود، ولی باطل آنها چنین ضمانتی به‌همراه ندارد. از این رو، اگر قرارداد انتقال حق اختراع باطل بوده، برگه اختراع از دید قانونی به این نام شناخته نشود، چنین تلفی ضمانت اجرایی به‌دنبال نخواهد داشت.

در برخی موارد با بهره‌گیری از وحدت ملاک قرارداد انتقال حق اختراع باطل با قراردادی

۴۶. محمدحسین، اصفهانی، پیشین، ج ۱، ص ۳۰۴.

همچون بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت<sup>۴۷</sup> می‌توان گفت با اینکه چنین قراردادهایی باطل اند و به موجب قاعده، خریدار و مستأجر باید ضامن بوده، در صورت تلف از عهده خسارت برآیند، اما خریدار عهده‌دار تلف مبیع، و مستأجر عهده‌دار اجاره‌بها نیست. از این رو، می‌توان حکم عدم شمول قاعده در چنین شرایطی را به موارد مشابه تسری داد.

#### • نقد و بررسی

این سخن صحیح نیست و تشابهی بین قراردادهای یادشده وجود ندارد، چراکه برخلاف قرارداد انتقال حق اختراع، برای بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت فرض صحت نمی‌توان اندیشید، به همین جهت این قراردادها مشمول این قاعده نخواهند شد. به دیگر سخن، اعمال این قاعده در جایی ممکن است که بتوان برای قراردادی صحت آن و ضمان نسبت به عوض قراردادی تصور کرد که از این رو، در حالت بطلان آن نیز می‌توان نسبت به عوض واقعی تصور نمود. پس، از آنجا که نمی‌توان فرض صحیحی برای بیع بی‌ثمن و اجاره بدون اجرت تصور نمود، مجالی برای اعمال این قاعده برجای نمی‌ماند.<sup>۴۸</sup>

در زمینه قراردادهای با موضوع انتقال حق اختراع نیز برخی از حقوق‌دانان گفته‌اند در موارد مالیت نداشتن موضوع قرارداد، عدم ضمان گیرنده موضوع قرارداد یکی از موارد نقض و عدم اعمال قاعده است، زیرا قرارداد یادشده اگر درست باشد، ضمان آور است؛ درحالی که در بطلان آن به علت نبودن ارزش موضوع قرارداد و از این رو، نبود ارزش عرفی یا قانونی، ضمان از دید موضوعی منتفی خواهد بود.<sup>۴۹</sup>

در پاسخ به این سخن می‌توان گفت قراردادی که موضوع آن مالیت ندارد، به‌راستی قراردادی بی‌موضوع است و بنابراین، هرگز نمی‌توان برای چنین قراردادی فرض صحیحی تصور نمود تا در آن از عدم ضمان نتیجه گرفت که باطل آن نیز ضمان آور نیست. بر این اساس، چنانچه قرارداد لیسانسی برای بهره‌برداری از حق اختراع بسته شود، ولی بعدها

۴۷. یعنی خریدار مبیع را، یا مستأجر مورد اجاره را می‌گیرد، ولی در مقابل چیزی را عهده‌دار نمی‌شود که به‌عنوان ثمن یا مال‌الاجاره بپردازد.

۴۸. مصطفی، محقق داماد، پیشین، ج ۲، ص ۲۲۹.

۴۹. مهدی، شهیدی، پیشین، ص ۱۲۰.



روشن گردد که موضوع قرارداد مالیت نداشته، در این فرض چیزی از میان نرفته است تا موضوع ضمان در قاعده قرار گیرد. پس دلیل برون رفت این فرض از قلمرو قاعده، به دلیل پدید نیامدن زمینه ضمان در برابر تلف است.

در برخی موارد با اینکه به گونه‌ای معمول باید قاعده مایضن بر قرارداد اعمال شود، برخی از اندیشمندان چنین دیدگاهی نداشته و در این راستا سعی نموده‌اند که به دلایلی تمسک جویند. برای نمونه، هرگاه قرارداد سبق که مورد آن انجام کار است، از همان آغاز باطل باشد، همچون جایی که به دلیل مجهول بودن موضوع چنین چیزی روی داده است، برخی از فقها<sup>۵۰</sup> گفته‌اند، از آنجا که در قرارداد صحیح، تعهد به دادن عوض قراردادی است، پس در قرارداد سبق باطل نیز ضمان بوده، باید به سابق اجرت‌المثل داده شود. با این حال، برخی دیگر از فقها<sup>۵۱</sup> این برداشت را نپذیرفته و گفته‌اند که سابق سزاوار چیزی نیست، زیرا نه کاری انجام داده و نه از کار وی سودی به طرف دیگر رسیده است و این خلاف قراردادهایی همچون کرایه و جعاله بوده که در آنها حتی در فرض بطلان به طرف دیگر نفع می‌رسد. همچنین، برخی دیگر از فقها<sup>۵۲</sup> با تمسک به عدم وجود دستور در قرارداد سبق، برخلاف وجود آن در قراردادهایی همچون اجاره اشخاص که چه در حالت صحت و چه بطلان، دستور همچنان پابرجا می‌ماند و نیز با استناد به اصل عدم اجرت، به سزاوار نبودن اجرت‌المثل برای سابق توجه داشته‌اند.

### ۳.۲. ضمان نسبت به منافع

در برخی موارد، انتقال گیرنده ممکن است از گواهینامه حق اختراع منافی برده یا مخترع از رویالتی‌های دریافتی سود برده باشد؛ از این رو، باید دید که آیا گیرنده در برابر این منافع پاسخگو خواهد بود یا خیر؟

۵۰. حسن بن یوسف، حلی، قواعد الاحکام، ج ۱، (قم: بنیاد نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق)، ص ۲۶۳؛ علی بن حسین، محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۸، (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۴ ق)، ص ۳۳۷؛ محمد بن حسن، فخرالمحققین، ایضاح القوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۲، (قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق)، ص ۳۶۸.

۵۱. محمد بن حسن، طوسی، المبسوط، ج ۶، (تهران: مکتبه المرتضویه، بی تا)، ص ۳۰۲؛ سید ابوالقاسم، خوبی، مصباح الفقاهه، ج ۳، (قم: سید الشهداء، بی تا)، ص ۱۱۴.

۵۲. زین‌الدین، شهیدثانی، مسالک الافهام، ج ۶، (قم: بنیاد معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق)، ص ۱۰۹.

در این زمینه، اختلافی بین فقهای خاصه و عامه میان امکان گرفتن منافع مستوفات دیده نمی‌شود<sup>۵۳</sup> و در زمینه مبنای ضمان نیز به گونه‌ای معمول به ضمان ید استناد<sup>۵۴</sup>، و گفته می‌شود که منافع به پیروی از تسلط بر عین پدید می‌آید<sup>۵۵</sup>؛ همچنان که ماده ۳۶۶ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود». در این میان برخی معتقدند که گیرنده در قراردادهای باطلی که موضوع آنها حقوق مالکیت فکری است با اجازه مالک در مال تصرف نموده، از این رو، ید وی امانی بوده است نه ضمانی. پس، دیگر جایی برای اعمال قاعده علی‌الید باقی نمی‌ماند<sup>۵۶</sup>. به هر روی، برخی<sup>۵۷</sup> در جایگاه حمایت از دیدگاه خویش برای تمسک به این قاعده گفته‌اند که رضایت مالک برای تصرف گیرنده بی‌قید نبوده، بلکه وابسته به تملک و تصرف وی در عوض مال یادشده خواهد بود و اگر رضایت مالک به ضمانی بودن ید گیرنده مشخص نیست، به همان اندازه، رضای وی به امانی بودن آن نیز روشن نخواهد بود که از این رو، پیرو قاعده اصل باید ید را ضمانی به‌شمار آورد.

#### • نقد و بررسی

به نظر نگارندگان، عدالت اقتضا می‌کند که در قرارداد انتقال حق اختراع، انتقال گیرنده نسبت به منافی که از گواهینامه حق اختراع برده با بهره‌ای که مخترع از رویالتی‌های دریافتی برده است تهاوتر شود، زیرا هریک از طرفین قرارداد از عوضین استفاده کرده‌اند.

#### نتیجه

از نوشتار بالا نتایج زیر به‌دست می‌آید:

- جبران خسارت، ردّ عوض واقعی و اشتغال ذمه از مهم‌ترین دیدگاه‌های مطرح‌شده فقها

۵۳. سید ابوالقاسم، خوبی، پیشین، ج ۳، ص ۱۵۱؛ ابو محمد عبدالله، ابن قدامه، الممتعی، ج ۴، (قاهره: مکتبه الجمهوریه العربیه و مکتبه الکلسات الازهریه، بی تا)، ص ۲۵۳.

۵۴. یوسف‌بن احمد، بحرانی، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، ج ۱۸، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق)، ص ۴۶۶.

۵۵. عباسعلی، عمید زنجانی، موجبات ضمان، (تهران: میزان، ۱۳۸۲)، ص ۲۴۰.

۵۶. مصطفی، محقق داماد، پیشین، ج ۲، ص ۲۲۳.

۵۷. مهدی، شهیدی، پیشین، ص ۱۰۲.

- و حقوق دانان پیرامون معنای ضمان در قاعده مایضمن است.
- باتوجه به معانی‌ای که برای ضمان در قاعده مایضمن بیان شد، به نظر می‌رسد منظور از ضمان در اصل و عکس این قاعده، ردّ عوض واقعی است، زیرا از اطلاق واژه ضمان همین معنا به ذهن متبادر می‌شود.
  - قاعده مایضمن در مورد تمام عقود معاوضی جاری می‌شود و دو طرف قرارداد را دربر می‌گیرد؛ در نتیجه، نه تنها انتقال‌دهنده ضامن عوض و انتقال‌گیرنده ضامن معوض بوده، بلکه ملزم به استرداد منافع و ثمرات حاصل از مال در مدت تصرف نیز می‌باشند.
  - چنانچه قراردادی که موضوع آن یکی از دارایی‌های فکری است باطل باشد، در این حال، چند احتمال مطرح خواهد شد: به کار نیستن قاعده، اعمال قاعده و ضمان نسبت به عوض واقعی؛ اعمال قاعده و ضمان نسبت به عوض قراردادی یا ارزش عوض مقابل.
  - دلایلی که می‌توان برای حکم نمودن به عوض قراردادی یا ضمان نسبت به ارزش عوض مقابل پیش کشید، قانع‌کننده به نظر نمی‌رسد.
  - اثر اعمال قاعده مایضمن بر قراردادهای با موضوع حق اختراع آن است که با اعلام بی‌اعتباری گواهینامه ثبت اختراع، قراردادهایی که قبل از بی‌اعتباری انعقاد یافته باشد، باطل می‌شود.
  - از آنجا که در ماده ۱۸ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶، اثر ابطال گواهینامه ثبت اختراع در خصوص قراردادهای منعقدہ پیش از ابطال مسکوت مانده است، لذا باید قانون‌گذار در اصلاح قانون یادشده حکم این موضوع را به صراحت تعیین نماید.

## منابع و مأخذ

### الف) فارسی

#### – کتابها

۱. احسنی فروز، محمد، *قرارداد انتقال تکنولوژی، ماهیت، شرایط تشکیل و آثار*، (تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۱).
۲. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰).
۳. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، (تهران: مجد، ۱۳۸۱).
۴. عمید زنجانی، عباسعلی، *موجبات ضمان*، (تهران: میزان، ۱۳۸۲).
۵. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: معاملات معوض، عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره، قرض*، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱).
۶. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، (تهران: میزان، ۱۳۸۳).
۷. گرجی، ابوالقاسم، *مقالات حقوقی*، ج ۱، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸).
۸. محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه، بخش مدنی دو*، ج ۲، (تهران: سمت، ۱۳۸۰).

#### – مقاله‌ها

۹. تولیت، عباس، «بررسی و تحقیق درباره قاعده مایضن بصحیحه یضمن بفاسده و قاعده عکس آن»، *مجله دیدگاه‌های حقوقی*، ش ۳ (۱۳۷۵).
۱۰. جعفرزاده، میرقاسم و رهبری، ابراهیم، «قواعد انحلال قرارداد لیسانس فناوری»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ویژه‌نامه ش ۸ (۱۳۹۱).
۱۱. جعفرزاده، میرقاسم و عباس تبار فیروزجاه، مجید، «ابطال گواهی‌نامه اختراع و تعهد به استرداد عوضین در قراردادهای انتقال حق اختراع»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ویژه‌نامه ش ۱۶ (۱۳۹۳).
۱۲. جعفرزاده، میرقاسم و محمودی، اصغر، «شرایط ماهوی حمایت از اختراع از نگاه رویه قضایی و اداره ثبت اختراعات»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۴۲ (۱۳۸۴).
۱۳. رحمانی، محمد، «قواعد فقهی (۱۰): قاعده «ما یضمن»»، *مجله فقه اهل بیت (ع)*، ش ۲۵ (۱۳۸۰).
۱۴. روحی‌زاده، علی و عباس تبار فیروزجاه، مجید، «تأثیر ابطال گواهی‌نامه ثبت اختراع در اثر فقدان تازگی و گام ابتکاری بر وجوه پرداختی در قرارداد لیسانس»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۲۰ (۱۳۹۶)، ص ۱۲۹.

۱۵. صادقی، طوبی و جعفرزاده، میرقاسم، «ماهیت حقوقی قرارداد واگذاری حق اختراع»، *مجله دانش حقوق مدنی*، ش ۱ (۱۳۹۶).
۱۶. صادقی، محمود و امینی، مهدی، «موجبات و آثار ابطال گواهینامه حق اختراع»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، ش ۱ (۱۳۹۱).
۱۷. صادقی، محمود؛ احسنی افروز، محمد؛ عیسائی تفرشی، محمد؛ جعفرزاده، میرقاسم، «تعهدات و الزامات طرفین در قرارداد انتقال فناوری و تطبیق آن با حقوق کامن لا و برخی نظام‌های حقوقی دیگر»، *مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ش ۳ (۱۳۹۰).
۱۸. محمودی، اصغر، «رهن اموال فکری در پرتو مقررات قانون مدنی و مطالعه تطبیقی»، *مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ش ۱ (۱۳۹۱).
۱۹. مؤمنی، عابدین، «قاعده مایضن بصحیحه یضمن بفاسده»، *مقالات و بررسی‌ها*، دفتر ۶۹ (۱۳۸۰).

#### ب) عربی

۲۰. ابن قدامه، ابو محمد عبدالله، *المعنی*، ج ۴، (قاهره: مکتبه الجمهوریه العربیه و مکتبه الکلسات الازهریه، بی تا).
۲۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *حاشیه المکاسب*، (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد، ۱۴۰۶ ق).
۲۲. اصفهانی، محمد حسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، ج ۱، (قم: حوزه علمیه، ۱۴۱۸ ق).
۲۳. انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، ج ۳، (قم: هادی، ۱۳۷۸ ق).
۲۴. بجنوردی، محمد حسن، *القواعد الفقهیه*، ج ۲، (قم: هادی، ۱۳۷۷ ق).
۲۵. بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره*، ج ۱۸، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق).
۲۶. حلی، حسن بن یوسف، *تحریر الاحکام*، ج ۲، (قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق).
۲۷. حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام*، ج ۱، (قم: بنیاد نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق).
۲۸. خوانساری، احمد، *جامع المدارک*، ج ۳، (قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق).
۲۹. خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ج ۳، (قم: سید الشهداء، بی تا).
۳۰. شهید ثانی، زین الدین، *مسالك الافهام*، ج ۶، (قم: بنیاد معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق).
۳۱. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *حاشیه المکاسب*، ج ۸، (قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۸).
۳۲. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، ج ۶، (تهران: مکتبه المرتضویه، بی تا).

۳۳. فخرالمحققین، محمدبن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، ج ۲، (قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق).
۳۴. قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الشتات*، ج ۲، (تهران: کیهان، ۱۳۷۱).
۳۵. کاشف الغطاء، محمدجعفر، *شرح القواعد*، (قم: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ ق).
۳۶. مامقانی، محمدحسن، *غایه الامال فی شرح کتاب المکاسب*، ج ۲، (قم: مجمع ذخایر اسلامی، ۱۳۱۶).
۳۷. محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۸، (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق).
۳۸. موسوی خمینی، سید روح الله، *کتاب البیع*، ج ۱، (قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۸).
۳۹. نائینی، میرزا محمدحسین، *المکاسب و البیع*، ج ۱، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق).
۴۰. نجفی خوانساری، موسی، *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، ج ۱، (تهران: المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق).
۴۱. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۲۳، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۱ ق).

## عنصر روانی بزه قاچاق کالا و ارز

امید رستمی غازانی<sup>۱</sup>

### چکیده

امروزه در پرتو تحولات حقوق کیفری، عنصر روانی به‌عنوان یکی از عناصر جرم در کنار عنصر مادی پذیرفته شده است. لیکن قانون‌گذار عموماً در تبیین عناصر جرم اهتمام لازم را در بیان دقیق عنصر روانی جرایم ندارد و این امر گاه سبب بروز دیدگاه‌های متعارض در خصوص عنصر روانی جرایم می‌شود و این موضوع در خصوص بزه قاچاق کالا و ارز نیز صادق است. با توجه به تعریف قانونی این بزه و مصادیق متعدد مصرح آن در قوانین مختلف، در زمینه عنصر روانی موردنیاز برای تحقق این بزه در بین حقوق‌دانان و بعضاً رویه قضایی، اختلاف نظرهای جدی ایجاد شده است. بر این اساس، برخی قائل به عمدی بودن و در مقابل برخی قائل به مادی بودن این بزه هستند. در این مقاله ضمن تبیین دلایل دیدگاه‌های یادشده، در نهایت به نحو مستدل دیدگاه مختار نگارنده مبنی بر عمدی بودن بزه قاچاق کالا و ارز تشریح شده است. اصل عمدی بودن بزه، اصل استثنایی بودن بزه با مسئولیت مطلق، اصل برائت، اصل تفسیر به نفع متهم، اصل تناسب بین بزه و مجازات، و وحدت ملاک از موارد مصرح عنصر روانی در قانون و ... همگی بر عمدی بودن بزه قاچاق کالا و ارز دلالت دارند، لیکن گاه رویکرد سیاست کیفری تقنینی و قضایی بر نوعی تسامح در احراز عناصر عمد دلالت دارد که این امر ریشه در صدق عنوان بزه اقتصادی بر جرایم و تخلفات قاچاق کالا و ارز دارد.

**واژگان کلیدی:** عمد، عنصر روانی، غیرعمد، قاچاق، مادی صرف.

## مقدمه

هرچند ارتکاب رفتار<sup>۲</sup> (حسب مورد، فعل یا ترک فعل) برای تحقق جرم شرطی ضروری است، لیکن جرم زمانی محقق می‌شود که رفتار (به‌عنوان بخشی از عنصر مادی) مقارن با عنصر روانی<sup>۳</sup> موردنظر قانون‌گذار باشد. در حقوق کیفری نوین این اصل نهادینه شده است که عنصر مادی جرم تا زمانی که عنصر روانی همراه آن نباشد، موجب مسئولیت نمی‌شود.<sup>۴</sup> عنصر روانی که از آن به عنصر معنوی و یا اخلاقی جرم نیز تعبیر می‌شود، دلالت بر ضرورت توجه به وضعیت روانی مرتکب در ارتکاب رفتار مجرمانه (و نیز دیگر اجزای عنصر مادی) دارد. امروزه بسیاری از استادان حقوق، قضات و وکلا تمایز بین عنصر مادی و معنوی را یکی از اساسی‌ترین تمایزات در قلمرو حقوق کیفری می‌دانند که زمینه را برای مفهوم‌سازی و تحلیل مسئولیت کیفری فراهم می‌سازد و سنگ بنای بحث در خصوص مسئولیت کیفری است.<sup>۵</sup>

توجه به وضعیت روانی مرتکب از دو بُعد است: نخست از حیث عدم وجود قصد، و دوم از جهت جهل و علم. از گذشته‌های دور برحسب مؤلفه‌های یادشده، جرایم به عمد و غیرعمد تقسیم شده است. البته این موضوع همواره مورد اجماع بوده که صرفاً رفتاری در حوزه حقوق کیفری موضوع بحث است که انسان در ارتکاب آن رفتار دارای قصد بوده باشد و از این رو در تفکیک جرایم به عمد و غیرعمد می‌بایست این ملاحظه را داشت که در هر دو رفتار، ارادی و توأم با قصد است و امری که باعث تمایز جرایم غیرعمدی از عمدی می‌شود، فقدان قصد نتیجه مجرمانه محقق شده است و این درحالی است که در جرایم عمدی (مقید به نتیجه) اصولاً (و نه لزوماً) مرتکب می‌بایست قصد تحقق نتیجه را داشته باشد. لیکن در مواردی که رفتار شخص به نتیجه مجرمانه منتهی شده است، در جرایم غیرعمدی برای اینکه محمل اخلاقی برای مجازات مرتکب وجود داشته باشد، تحقق مسئولیت منوط به بی‌احتیاطی و یا بی‌مبالاتی شده است.

2. Conduct

3. Mens Rea or Mental Element

۴. محمود نجیب، حسنی، نظریه عمومی قصد جنایی، مترجم: سید علی عباس‌نای زارع، (تهران: میزان، چ ۲، ۱۳۹۶)، ص ۷.

5. Robinson, Paul H, *Structure and Function in Criminal Law*, (Clarendon Press, Oxford, 1997), p. 16.



البته برخی فرض وجود حقوق کیفری فاقد عنصر روانی را مطرح کرده‌اند که به موجب آن، صرف آسیب به دیگری جرم تلقی می‌شود، لیکن در چنین صورتی حقوق کیفری فاقد کارکرد سرزنش‌گرایانه خواهد بود.<sup>۶</sup> امروزه شناسایی جرایم با مسئولیت مطلق<sup>۷</sup> استثنایی بر ضرورت توجه بر وضعیت روانی مرتکب است. مسئولیتی که معمولاً در خصوص جرایم خفیف و یا جرایم شغلی مطرح است.<sup>۸</sup> جرم‌انگاری جرایم با مسئولیت مطلق ریشه در ضرورت‌های اجتماعی دارد. توضیح آنکه پس از انقلاب صنعتی، پیچیدگی‌های مربوط به اثبات برخی از جرایم سبب ناکارآمدی نظام عدالت کیفری گردید و بهره‌گیری از جرایم با مسئولیت مطلق یکی از تدابیر اتخاذی در جهت حل معضل کارآمدی بوده است. این جرایم ریشه در تقدم مصلحت اجتماعی بر مصلحت فردی دارد و ملاک جرم‌انگاری و مجازات در این دسته از جرایم، اضرار آنها نسبت به مصالحی است که اصطلاحاً «مصلحت عمومی» نامیده می‌شوند و از این رو از این جرایم گاه به «جرایم علیه رفاه عمومی»<sup>۹</sup> نیز تعبیر می‌شود.<sup>۱۰</sup>

بر این اساس، می‌بایست بین دو مفهوم اعم و اخص از «جرم غیر عمد» تفکیک قائل شد. جرم غیر عمد در مفهوم اخص به جرایمی اشاره دارد که عمدی نبوده، در عین حال، ارتکاب آنها مستلزم احراز تقصیر (بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی) است که در این معنا، جرایم مادی صرف داخل در مفهوم جرم غیر عمد نیست، اما جرایم غیر عمد در مفهوم اعم، ناظر به جرایمی است که عمدی نباشد ولیکن ضرورتاً مقید به تقصیر نیست و به تعبیر دیگر هر جرمی را که عمد نباشد شامل می‌شود. در این معنا، علاوه بر جرایم غیر عمد به مفهوم اخص، جرایم مادی صرف نیز داخل در مفهوم جرم غیر عمد هستند.

در تبیین و تعریف جرم، عنصر مادی (در مقایسه با عنصر روانی) همواره جایگاه والاتری برای قانون‌گذار داشته است و این موضوع ریشه در تاریخ گذشته حقوق کیفری دارد؛ آن‌گونه

6. Herring, Jonathan, *Criminal Law: the Basics*, (Routledg, 2010), pp. 9 & 10.

7. Strict Liability Crimes

8. Ibid, p. 9.

9. Public Welfare Offences

۱۰. اسماعیل، عبدالهی، *درس‌هایی از فلسفه کیفری: درآمدی بر مسئولیت کیفری بدون تقصیر در نظام حقوقی ایران و انگلستان*، (تهران: خرسندی، چ ۱، ۱۳۸۹)، صص ۲۴۷-۲۵۳.

که در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی در مقام تبیین جرم هیچ اشاره‌ای به عنصر روانی نشده است. این امر حتی در تعریف خاص از جرایم نیز قابل ملاحظه است؛ آن‌گونه که در تعریف قاچاق کالا و ارز در بند «الف» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز مشاهده می‌شود «قاچاق کالا و ارز: هر فعل یا ترک فعلی است که موجب نقض تشریفات قانونی مربوط به ورود و خروج کالا و ارز گردد و بر اساس این قانون و یا سایر قوانین، قاچاق محسوب و برای آن مجازات تعیین شده باشد، در مبادی ورودی یا هر نقطه از کشور حتی محل عرضه آن در بازار داخلی کشف شود». در این تعریف از قاچاق (به‌مانند تعریف جرم) هیچ اشاره‌ای به عنصر روانی نشده است. بر این پایه، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که عنصر روانی قاچاق کالا و ارز منطبق بر کدام یک از جرایم عمدی، غیرعمدی (به مفهوم اخص) و یا مادی صرف است؟ پاسخ به این پرسش علاوه بر فایده نظری، در بُعد کاربردی نیز واجد اهمیت بسیار است؛ چراکه کثرت تعداد پرونده‌های قاچاق کالا و ارز از یک سو و پاسخ‌های افتراقی سخت‌گیرانه قانون‌گذار از دیگر سو، سبب می‌شود که عدم درک درست از عنصر روانی بزه قاچاق کالا و ارز<sup>۱۱</sup>، مراجع رسیدگی‌کننده را از مسیر عادلانه رسیدگی خارج نماید. برای تسهیل در پاسخ به این پرسش می‌بایست ابتدا به بررسی عنصر روانی مصادیق مصرح در قاچاق پرداخت.

### ۱. مصادیق مصرح عنصر روانی در بزه قاچاق کالا و ارز

آن‌گونه که پیش از این اشاره شد، قاچاق کالا و ارز در بند «الف» ماده ۱ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز تعریف شده و مصادیق این بزه در ضمن ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی، ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز و ... احصا شده است. مصادیق رفتارهای مشمول عنوان بزه قاچاق کالا و ارز بسیار متعدد و متنوع است و برخی تعداد آنها را در حدود ۱۰۰ رفتار دانسته‌اند<sup>۱۲</sup> که گاه در ضمن بیان این مصادیق، قانون‌گذار اشاره‌ای به عنصر روانی بزه

۱۱. در این مقاله بهره‌گیری از «بزه قاچاق کالا و ارز» به جهت شمول این عنوان بر مصادیق جرم و تخلف قاچاق کالا و ارز بوده است.

۱۲. شهرام، ابراهیمی و مصطفی، دانش، «تحلیل شکلی و ماهوی قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ش ۲ (۱۳۹۸)، ص ۲۸۴.

قاچاق کالا و ارز نیز دارد<sup>۱۳</sup>. در اینجا شایان ذکر است که به موجب ماده ۴۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصادیق قاچاق در پنج مورد (قاچاق کالا و ارز سازمان یافته و حرفه‌ای، قاچاق کالاهای ممنوع و قاچاق کالا و ارز مستلزم حبس و یا انفصال از خدمات دولتی) مشمول عنوان جرم بوده و دیگر موارد مشمول عنوان تخلف است<sup>۱۴</sup>. هرچند گاه در مقام تفکیک جرم از تخلف به تمایز این دو از حیث عنصر روانی و عدم شرط عنصر روانی در تخلف اشاره می‌شود، ولی لااقل در خصوص بزه قاچاق کالا و ارز این معیار تفکیک قابل پذیرش نیست و آن گونه که برخی گفته‌اند این تفکیک در حدود تفکیک صلاحیت مراجع قضایی از شعب سازمان تعزیرات حکومتی کاربرد دارد<sup>۱۵</sup> و از جهت عنصر روانی اصولاً تفاوتی میان مصادیق جرم و تخلف قاچاق کالا و ارز وجود ندارد. در خصوص نحوه بیان عنصر روانی بزه قاچاق، بعضاً قانون‌گذار به صراحت عنصر روانی مورد نیاز برای ارتکاب بزه قاچاق را در متن قانون تصریح کرده و در مواردی به صورت ضمنی به آن اشاره نموده است.

به موجب ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی «موارد زیر قاچاق گمرکی محسوب می‌شود: ... ب- خارج نکردن وسایل نقلیه و یا کالای ورود موقت، ورود موقت برای پردازش، عبور خارجی و مرجوعی ظرف مهلت مقرر از قلمرو گمرکی و عدم تحویل کالای عبور داخلی شخصی ظرف مهلت مقرر جز در مواردی که عدم خروج یا عدم تحویل به گمرک و یا ترخیص قطعی، عمدی نباشد. ... ج- وسایل نقلیه و کالایی که صدور قطعی آن ممنوع یا مشروط است و به عنوان خروج موقت یا کران بری (کابوتاژ) اظهار شده باشد و ظرف مهلت مقرر به قلمرو گمرکی وارد نگردد. موارد قوه قهریه (فورس ماژور) و مواردی که عدم ورود کالا عمدی نیست از این حکم مستثنی است. ...». در مصادیق یادشده رفتار مرتکب برای

۱۳. برای مطالعه در خصوص مصادیق رفتارهای مشمول عنوان بزه قاچاق کالا و ارز، ر.ک. امیرمحمد، پرهام‌فر، پیشگیری وضعی از قاچاق گمرکی در سیاست جنایی ایران با رویکرد به اسناد بین‌المللی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۲؛ عبدالله، احمدی، حقوق کیفری قاچاق کالا و ارز، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۴)؛ سید عبدالمجید، اجتهادی، بزواتنگاری در حوزه قاچاق کالا و ارز، مبانی و جلوه‌ها، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶؛ رضا، گلی، تحلیل مصادیق تخلفات گمرکی و قاچاق کالا، (تهران: مسیر دانشگاه، چ ۱، ۱۳۹۸).

۱۴. امید، رستمی‌غازانی، آیین دادرسی تعزیرات حکومتی، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۶)، صص ۵۲-۶۱.

۱۵. سید عبدالمجید، اجتهادی، بزواتنگاری در حوزه قاچاق کالا و ارز، مبانی و جلوه‌ها، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶، ص ۲۸.

تحقق بزه قاچاق به صورت ترک فعل (مسبق به فعل آوردن کالا به داخل کشور) است و به تصریح قانون در صورتی که عدم ایفای تکلیف از سوی مرتکب عمدی نباشد (و هرچند مرتکب در عدم ایفای تعهد خود مرتکب تقصیر شده باشد)، از شمول بزه قاچاق خارج است و به تعبیر دیگر تحقق بزه قاچاق منوط به آن است که رفتار مرتکب به شکل عمدی صورت گیرد. همچنین در تبصره ۲ ماده ۹۷ قانون امور گمرکی در خصوص وسایل نقلیه‌ای که به صورت موقت وارد کشور می‌شوند، آمده است که «وسیله نقلیه در صورت عدم خروج در مهلت مقرر با احراز سوءنیت مشمول مقررات قاچاق می‌شود» در حالی که در بند «ب» ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی، خارج نکردن وسایل نقلیه موقت منوط به عمدی بودن مشمول عنوان بزه قاچاق دانسته شده است. همین رفتار در تبصره ۲ ماده ۹۷ در صورت وجود سوءنیت مشمول مقررات قاچاق است و از اینجا می‌توان متوجه شد در صورتی که رفتار مرتکب غیرعمدی نباشد (یا عمدی باشد)، مرتکب دارای سوءنیت است و در واقع قانون‌گذار سوءنیت را در مفهوم معادل عمد به کار برده است.

همچنین به موجب بند «ب» ماده ۱۰۱ قانون امور گمرکی «در صورتی که کالای موضوع کران بری (کابوتاژ)، کالای ممنوع‌الصدور یا مجاز مشروط باشد، مشمول مقررات قاچاق است و در صورت اثبات عدم سوءنیت فقط به ضبط تضمین یا پیگیری انجام تعهد اکتفاء می‌شود. ...». در این بند نیز یکی از مصادیق قاچاق موضوع بند «ج» ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی به صورت خاص ذکر شده است و در صورت عدم عمد (عدم سوءنیت)، رفتار مرتکب مشمول عنوان بزه قاچاق نبوده، صرفاً مشمول عنوان تخلف گمرکی می‌شود، لیکن نکته مهم در بند «ب» ماده ۱۰۱ آن است که اصل بر عمدی بودن عدم ایفای تعهد است و خلاف آن نیاز به اثبات دارد. در واقع، هم‌راستا با سیاست کیفری افتراقی سخت‌گیرانه قانون‌گذار بار اثبات فقدان عمد برعهده مرتکب است.

در قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز قانون‌گذار حکم به ضبط وسیله نقلیه و یا مصادره محل نگهداری مورد استفاده در حمل و نگهداری قاچاق کالا و ارز و ... را منوط به علم و اطلاع و یا عمد مالک دانسته است که این موارد عبارت‌اند از:

ضبط وسیله نقلیه مورد استفاده در بزه حمل قاچاق کالای موضوع ماده ۱۸ قانون مبارزه

با قاچاق کالا و ارز. به موجب تبصره ۴ ماده ۲۰ قانون یادشده «در صورتی که وسیله نقلیه متعلق به شخصی غیر از مرتکب قاچاق باشد و از قرائنی از قبیل سابقه مرتکب ثابت شود با علم و اطلاع مالک برای ارتکاب قاچاق در اختیار وی قرار گرفته است، وسیله نقلیه ضبط می‌شود ...».

آلات و ادوات مورد استفاده در کالای ممنوع قاچاق و یا جهت تسهیل ارتکاب قاچاق کالای ممنوع. به موجب تبصره ۳ ماده ۲۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز: «آلات و ادواتی که جهت ساخت کالای ممنوع به منظور قاچاق یا تسهیل ارتکاب قاچاق کالای ممنوع مورد استفاده قرار می‌گیرد، ضبط می‌شود. مواردی که استفاده‌کننده مالک نبوده و مالک عامداً آن را در اختیار مرتکب قرار نداده باشد، مشمول حکم این تبصره نمی‌باشد».

ضبط وسیله نقلیه مورد استفاده در قاچاق کالای ممنوع به موجب ماده ۲۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز. «... ب- با استناد به دلایل یا قرائن از جمله سابقه مرتکب و یا مالک وسیله نقلیه در امر قاچاق، ثابت شود که مالک وسیله نقلیه عامداً، آن را جهت استفاده برای حمل کالای قاچاق در اختیار مرتکب قرار داده است».

مصادره محل نگهداری کالای قاچاق ممنوع به موجب ماده ۲۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز. «محل نگهداری کالای قاچاق ممنوع در صورتی که متعلق به مرتکب بوده و یا توسط مالک عامداً جهت نگهداری کالای قاچاق در اختیار دیگری قرار گرفته باشد ...».

در برخی از مصادیق دیگر ملاحظه می‌شود که قانون عبارتهایی را به کار برده است که می‌توان با تفسیر آن به عنصر روانی بزه قاچاق کالا و ارز دست یافت. به موجب بند «ج» ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز: «اظهار کالای وارداتی با نام یا علامت تجاری ایرانی بدون أخذ مجوز قانونی از مراجع ذی‌ربط با قصد متقلبانه» قاچاق محسوب می‌شود. با توجه به اینکه تحقق بزه قاچاق کالا منوط است به اینکه رفتار مرتکب توأم با «قصد متقلبانه» باشد، صرف‌نظر از ابهام موجود در عبارت یادشده<sup>۱۶</sup>، می‌توان گفت که این عبارت

۱۶. ابهام عبارت «قصد متقلبانه» در این است که منظور از آن از یک سو، ممکن است قصد تقلب نسبت به مأموران گمرک و از دیگر سو، قصد تقلب نسبت به مصرف‌کننده آن کالا باشد.

بر عمدی بودن بزه قاچاق کالا موضوع این بند دلالت دارد.

در خصوص مصادیق مشدد قاچاق مشمول ماده ۳۰ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نیز تردیدی در عمدی بودن آنها وجود ندارد. «در صورتی که ارتکاب قاچاق کالا و ارز به صورت انفرادی و یا سازمان‌یافته به قصد مقابله با نظام جمهوری اسلامی ایران یا با علم به مؤثر بودن آن صورت گیرد و منجر به اخلال گسترده در نظام اقتصادی کشور شود، موضوع مشمول قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹/۹/۱۹ می‌گردد ...». این ماده به «قصد مقابله با نظام جمهوری اسلامی ایران» و «علم به مؤثر بودن آن» اشاره دارد که لازمه آن تحقق عمدی بزه قاچاق موردنظر در آن است.

## ۲. عنصر روانی بزه قاچاق کالا و ارز در دکترین حقوقی

برخلاف موارد یادشده در قسمت پیش، در بسیاری از موارد، قانون‌گذار در ضمن بیان مصادیق رفتارهای مشمول عنوان بزه قاچاق کالا و ارز به عنصر روانی اشاره‌ای نکرده است. در این خصوص، برخی بر این دیدگاه هستند که قانون‌گذار از تصویب اولین قانون در حوزه قاچاق کالا و ارز تاکنون تمایلی به بیان رکن روانی در بزه قاچاق نداشته است.<sup>۱۷</sup> با توجه به مطالبی که در مقدمه بیان گردید، عدم ذکر عنصر روانی رویه غالب قانون‌گذار است و اشکال مطروحه صرفاً ناظر به بزه قاچاق کالا و ارز نیست. در خصوص عنصر روانی بزه قاچاق کالا و ارز در موارد سکوت قانون، حقوق‌دانان دو دیدگاه کلی دارند که در ادامه به آنها پرداخته می‌شود. لازم به ذکر است که حقوق‌دانان در پرداختن به این موضوع گاه به بیان دیدگاه کلی در خصوص بزه قاچاق پرداخته‌اند که بدیهی است در صورت تعارض با موارد مصرح در قانون، این دیدگاه‌ها از جهت این تعارض نیز می‌توانند محل نقد باشند.

### ۲.۱. قاچاق کالا و ارز به‌عنوان بزه مادی صرف

برخی حقوق‌دانان از حیث عنصر روانی بزه قاچاق کالا را در زمره بزه‌های «مادی صرف» دانسته و بیان داشته‌اند که در بزه‌های مادی صرف، نیازی به اثبات سوءنیت مرتکب

۱۷. شهرام، ابراهیمی و مصطفی، دانش، پیشین، صص ۲۹۵ و ۲۹۶.

نیست.<sup>۱۸</sup> بزه‌های مادی صرف به بزه‌هایی اشاره دارد که در آنها امکان محکومیت شخص بدون نیاز به اثبات عمد، آگاهی، بی‌مبالاتی یا غفلت وجود دارد.<sup>۱۹</sup> در بزه‌های مادی صرف برخلاف اصول کلی حقوق کیفری نیازی به تعلق عنصر روانی بر یک یا چند مورد از اجزای عنصر مادی بزه وجود ندارد.<sup>۲۰</sup>

بر بزه قاچاق کالا و ارز آثار سوء متعدد اقتصادی، سیاسی و فرهنگی، مانند کاهش میزان تولید داخلی، کاهش میزان اشتغال، کاهش درآمدهای دولت و در مقابل، افزایش هزینه‌های آن، اخلال در نظام اقتصادی کشور، تضعیف فرهنگ کار، گسترش فاصله طبقات اجتماعی و مخاطره در بهداشت عمومی جامعه مترتب است<sup>۲۱</sup> که این آثار سوء می‌تواند زمینه‌ای برای طرح مسئولیت کیفری مطلق با اتکا به مصلحت عمومی باشد. در تأیید مادی صرف بودن بزه قاچاق می‌توان به رویه عملی برخی از مراجع رسیدگی‌کننده اشاره نمود که به دفاع متهمان در خصوص عدم آگاهی از قاچاق بودن کالا توجهی نکرده، خود را فارغ از احراز قصد و سوءنیت خاص متهمان می‌دانند.<sup>۲۲</sup> در این راستا برخی از حقوق‌دانان با توجیه ضرورت پذیرش «جرایم اقتصادی با مسئولیت مطلق» و با انتقاد از قانون‌گذار برای عدم اتخاذ چنین رویکردی در اغلب جرایم اقتصادی، قاچاق را از موارد استثنایی پذیرش «مسئولیت مطلق» دانسته‌اند.<sup>۲۳</sup>

برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز ضمن بیان بزه قاچاق به‌عنوان بزه مادی صرف، بیان‌های متناقضی دارند. توضیح آنکه اینان دو مفهوم از جرایم مادی صرف ارائه داده‌اند که مطابق مفهوم نخست، در جرایم مادی صرف برای تحقق جرم نیازی به عنصر روانی (چه عمد و چه غیرعمد) وجود ندارد و مطابق برداشت دوم، جرم مادی صرف آن است که تفاوتی بین

۱۸. غلامحسین، الهام و همکاران، «چالش‌های تعریف جرم قاچاق در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۶۸ (۱۳۹۳)، ص ۶۵.

19. Ashworth, Andrew & Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, (Oxford University Press, 2013), p. 185.

20. Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, (Lexis Nexis, 2015), p. 141.

۲۱. اله‌مراد، سیف، *قاچاق کالا در ایران*، (تهران: خرسندی، چ ۱، ۱۳۸۷)، صص ۸۱-۱۱۶.

۲۲. سید عبدالمجید، اجتهادی، بررسی جرایم و مجازات‌های قاچاق کالا و ارز و شیوه رسیدگی به آن در حقوق کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران: ۱۳۸۰، ص ۶۴.

۲۳. توران، توسلی‌زاده، *پیشگیری از جرایم اقتصادی*، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۹۲)، صص ۲۲۱ و ۲۲۲.

ارتکاب آن به صورت عمدی و غیرعمدی وجود ندارد و به هر حال، شخص مرتکب مجازات می‌شود. تفاوت این دو دیدگاه در این است که در صورت اثبات فقدان اراده در ارتکاب جرم (یا قصد رفتار) مطابق دیدگاه دوم، مرتکب مجازات نمی‌شود و لیکن بر اساس دیدگاه نخست در این حالت نیز مرتکب قابل مجازات است. «با پذیرش نظر دوم در تبیین جرم مادی صرف، جرم قاچاق کالا با اسناد یا اظهار خلاف واقع، جرم عمدی بوده و این جرم را می‌توان با توجه به دلایل زیر جرم مادی صرف و بی‌نیاز از اثبات عنصر روانی مرتکب آن دانست ...»<sup>۲۴</sup>. این عبارت تناقض آمیز است؛ نویسنده یادشده با اتخاذ مفهوم دوم از جرایم مادی صرف بیان می‌دارد که بزه قاچاق کالا با ارائه اسناد یا اظهار خلاف واقع جرمی عمدی است!<sup>۲۵</sup> در ادامه نویسنده یادشده دلایل خود را برای مادی صرف بودن قاچاق کالا از طریق ارائه اسناد یا اظهار خلاف واقع بیان می‌دارد که «... این جرم را می‌توان با توجه به دلایل زیر جرم مادی صرف و بی‌نیاز از اثبات عنصر روانی مرتکب آن دانست: ۱- در هیچ‌کدام از مواد قانونی ناظر به این جرم مانند بندهای (الف)، (ب)، (ج)، (چ)، (ح)، (ر) و (ز) ماده ۲ از قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مواد ۹۳، ۹۴ و بندهای (الف)، تبصره بند (ب)، بندهای (پ)، (ث)، (ج)، (ح) و (خ) از ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی، به عمدی یا غیرعمدی بودن جرم هیچ‌گونه اشاره‌ای نشده است. ...». ظاهراً نظر این نویسنده بر اینست که ارتکاب قاچاق کالا و یا ارز اعم از اینکه به صورت عمدی و یا غیرعمدی باشد، بزه‌انگاری شده است.

لازم به ذکر است که نویسنده نامبرده علاوه بر دلیل پیش‌گفته، دو دلیل دیگر را نیز در جهت اثبات مادی صرف بودن بزه قاچاق کالا و ارز (از طریق ارائه اسناد و یا اظهار غیرواقع) ارائه داده است: نخست آنکه در مواد قانونی بر ارائه اسناد یا اظهار تأکید شده است و دوم آنکه به موجب تبصره ۲ ماده ۳۹ قانون امور گمرکی «صاحب کالا مسؤولیت صحت مندرجات اظهارنامه و اسناد تسلیمی به گمرک را برعهده دارد». منطوق این ماده، مفید آن

۲۴. سید محمد مهدی، ساداتی، «قاچاق کالا از طریق ارائه اسناد یا اظهار خلاف واقع در حقوق کیفری ایران»، دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، ش ۱۰ (۱۳۹۵)، ص ۱۰۶.

۲۵. شاید منظور نویسنده یادشده از «عمدی» بودن در اینجا «ارادی» بودن باشد؛ چراکه در این صورت تناقض برطرف خواهد شد و عبارت‌های نویسنده نیز در ادامه در تأیید نظر نگارنده است.



است که صاحب کالا مسئول عواقب ناشی از اظهار خلاف می‌باشد.<sup>۲۶</sup> البته در پاسخ می‌توان استدلال نمود که اولاً آن گونه که در مقدمه این مقاله نیز اشاره شده، در بیان جرم رویه غالب قانون‌گذار بر بیان عنصر مادی است و معمولاً در تعریف جرم، قانون‌گذار توجه کمتری به عنصر روانی دارد، لیکن صرف این امر دلالتی بر عدم نیاز به عنصر روانی ندارد. از این رو، تأکید قانون‌گذار در خصوص عنصر مادی دلالتی بر عدم نیاز به عنصر روانی ندارد. ثانیاً مسئولیت صاحب کالا به موجب تبصره ۲ ماده ۳۹ قانون امور گمرکی یکی از مصادیق مسئولیت کیفری ناشی از رفتار دیگری موضوع قسمت نخست ماده ۱۴۲ قانون مجازات اسلامی است که به موجب آن رفتار ارتكابی از سوی نماینده قانونی صاحب کالا موجب انتساب مسئولیت به صاحب کالا نیز می‌شود ولیکن باید توجه داشت که در این موارد نیز توجه مسئولیت کیفری به صاحب کالا منوط به ارتكاب رفتار از سوی نماینده با عنصر روانی لازم است و در نتیجه، از حکم تبصره ۲ ماده ۳۹ قانون امور گمرکی نمی‌توان برای توجیه مادی صرف بودن بزه قاچاق کالا و ارز بهره برد.

برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز بیان داشته‌اند که «جرم قاچاق کالا و ارز از جمله جرایم مادی صرف است و نیاز به احراز سوءنیت مرتکب ندارد و همین قدر که مرتکب با علم و اطلاع از اینکه کالا را بدون رعایت ضوابط و مقررات قانونی وارد کشور نموده است یا از کشور خارج کرده، احراز می‌گردد و این جرم نیاز به سوءنیت خاص نیز ندارد».<sup>۲۷</sup> این عبارت نیز متناقض است و درحالی که ابتدا بیان می‌شود که بزه قاچاق کالا و ارز مادی صرف است، در ادامه بر علم و اطلاع مرتکب بر اینکه رفتار او برخلاف ضوابط و مقررات است تأکید می‌شود و قسمت اخیر دلالتی جز بر عمدی بودن ندارد و ظاهراً مادی صرف بودن جرم به معنای فقدان سوءنیت تعبیر شده است! البته همین نویسندگان در جای دیگری بر عمدی بودن بزه قاچاق کالا و ارز نظر می‌دهد: «جرم قاچاق کالا و ارز از جمله جرایم عمدی است که احراز سوءنیت مرتکب صرفاً با علم و اطلاع از اینکه کالا بدون رعایت ضوابط و مقررات قانونی وارد کشور شده است یا از کشور خارج گردیده، احراز می‌گردد ...».<sup>۲۸</sup>

۲۶. همان، صص ۱۰۶ و ۱۰۷.

۲۷. محمدرضا، ساکی، حقوق کیفری اقتصادی، (تهران: جنگل، ج ۴، ۱۳۹۶)، ص ۵۷.

۲۸. محمدرضا، ساکی، جرایم قاچاق کالا و ارز از دیدگاه علوم جنایی و حقوق کیفری، (تهران: مجد، ج ۱، ۱۳۹۰)، ص ۶۳.

صرف نظر از بیان‌هایی که گاه متناقض است، در توجیه مادی صرف بودن بزه قاچاق کالا و ارز می‌توان به دلایلی چون اهمیت این بزه به‌عنوان یکی از مصادیق بزه اقتصادی، پیچیدگی و دشواری اثبات عنصر روانی، فقدان مرجع تعقیب در پرونده‌های مطروحه نزد شعب تعزیرات حکومتی برای اثبات عنصر روانی اشاره نمود.

## ۲.۲. بزه قاچاق کالا و ارز به‌عنوان بزه عمدی

در مقابل برخی از حقوق‌دانان نیز به‌صراحت بر عمدی بودن بزه قاچاق کالا و ارز تصریح نموده‌اند. مطابق این دیدگاه، بزه قاچاق کالا و ارز در زمره بزه‌های عمدی است و بزه قاچاق غیرعمدی وجود ندارد و قابل تصور نیست؛ چراکه قاچاق به معنای گریزانیدن آمده و در این کلمه، پنهانی بودن و سوءنیت نهفته است.<sup>۲۹</sup> برخی از حقوق‌دانان نیز ضمن تأکید بر عمدی بودن بزه قاچاق، اثبات فقدان عنصر روانی را برعهده مرتکب می‌دانند. «علم حامل، عنصر معنوی محسوب می‌گردد مگر اینکه اثبات شود حامل علم و اطلاع نداشته و وظیفه اثبات این امر نیز با خود حامل است»<sup>۳۰</sup>. هم‌راستا با این دیدگاه برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز چنین بیان داشته‌اند: «دکترین در مورد برخی دیگر از جرایم، که جرایم مادی صرف خوانده شده‌اند ... اثبات عنصر روانی را ضروری نمی‌داند؛ مانند جرم قاچاق ... . حال در این دسته از جرایم آیا امکان اثبات خلاف برای مرتکب وجود دارد یا مادی صرف بودن یک جرم از امارات غیرقابل رد به حساب می‌آید؟ به‌نظر می‌رسد در این موارد مرتکب می‌تواند فقدان علم و آگاهی یا عدم وجود قصد مجرمانه را اثبات نماید...»<sup>۳۱</sup>. در واقع، به‌موجب این دیدگاه بزه قاچاق عمدی محسوب شده، لیکن در فرض اثبات عنصر مادی جرم، فرض بر آنست که مرتکب در ارتکاب رفتار خود دارای عنصر روانی عمد است، مگر آنکه خلاف آن را اثبات کند.

۲۹. سید عبدالمجید، اجتهادی، بررسی جرایم و مجازات‌های قاچاق کالا و ارز و شیوه رسیدگی به آن در حقوق کیفری ایران، پیشین، ص ۳۶؛

همان، بزه‌انگاری در حوزه قاچاق کالا و ارز، مبانی و جلوه‌ها، پیشین، صص ۱۸۲ و ۱۸۳؛ علی، صفاری و همکاران، بزه قاچاق کالا و ارز در مقررات موضوعه، (تهران: روزنامه رسمی، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۱۷.

۳۰. همان.

۳۱. غلامحسین، الهام و محسن برهانی، درآمدی بر حقوق جزای عمومی (جرم و مجرم)، ج ۱، (تهران: میزان، چ ۴، ۱۳۹۷)، ص ۲۱۵.

### ۳. عنصر روانی بزه قاچاق کالا و ارز از منظر رویه قضایی

دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۸۴ مورخ ۴ بهمن ۱۳۸۴ بزه قاچاق را عمدی دانسته است. به موجب این رأی «در خصوص بزه قاچاق به موجب قانون مجازات مرتکبین قاچاق، هر کس در مورد مالی که موضوع درآمد دولت باشد مرتکب قاچاق شود قابل تعقیب جزایی است، لیکن چنانچه عمل ارتكابی مرتکب واجد جنبه تجاری نبوده و کالای مکشوفه بر حسب عرف از نظر مقدار در حدود مصرف شخصی باشد و در مبادی ورودی کشور کشف نشود و امثال و نظایر آن در بازار به حد وفور در دسترس عموم باشد و مرتکب عالم به قاچاق بودن کالا نباشد، مورد فاقد جنبه جزایی است». علم به موضوع بزه یکی از ارکان بزه عمدی است که فقدان آن به موجب این رأی وحدت رویه موجب عدم تحقق بزه قاچاق کالا و ارز می‌شود. در این راستا برخی از حقوق دانان نیز بیان داشته‌اند که «به هر حال خرید کالا<sup>۳۲</sup> توسط مصرف‌کننده‌ای که هیچ اطلاعی از قاچاق بودن آن ندارد و کالا را با فاکتور و با قیمت متعارف خریداری می‌کند، قاچاق به حساب نمی‌آید»<sup>۳۳</sup>.

اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۱۵۲ مورخ ۲۴ فروردین ۱۳۹۴ در خصوص عنصر روانی حمل کالای قاچاق بیان می‌دارد که «صرف نظر از این که موارد مذکور در ماده ۱۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳ (مانند قاچاق کالا و ارز، حمل و نگهداری) از مصادیق تخلفات موضوع ماده ۴۴ قانون فوق‌الذکر محسوب می‌گردد که رسیدگی به آنها در صلاحیت شعب تعزیرات حکومتی است، مجازات حامل کالا و ارز قاچاق که فاقد علم و اطلاع از وجود اشیای مذکور در نزد خود می‌باشد، فاقد وجهت قانونی است زیرا مرتکب «تخلف حمل» نیز همانند مرتکب «جرم حمل» باید عالم بر رفتار خود (حمل کالا و ارز قاچاق) باشد. بدیهی است که در شرایط متعارف، فرض بر علم و اطلاع افراد از رفتار خود (و از جمله حمل کالا و ارز قاچاق) است و لکن چنانچه خلاف این فرض با توجه به شرایط حاکم و دلایل و قرائن موجود به اثبات برسد، برائت حامل از تخلف

۳۲. البته جز در موارد استثنایی، مانند خرید غیرمجاز مقرر در بند «خ» ماده ۲ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، خرید کالای قاچاق بزه‌انگاری نشده، است مگر آنکه از حیث مواردی مانند حمل یا نگهداری آن را مشمول بزه قاچاق دانست.

۳۳. عباس، زراعت، حقوق کیفری/اقتصادی، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۹۵)، ص ۱۷۲.

انتسابی، دارای توجیه حقوقی خواهد بود». همین اداره کل در بند ۳ نظریه شماره ۷/۹۷/۱۴۵۵ مورخ ۱۹ تیر ۱۳۹۸ به نحو کلی تر بیان می‌دارد: «مستفاد از مواد ۲ و ۶۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ «قاچاق» اعم از تخلفات یا جرایم قاچاق، عمدی محسوب می‌شود و علاوه بر علم مرتکب به موضوع تخلف یا جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد، و لکن در جرایم و تخلفات مربوط به قاچاق، علی‌الاصول نیاز به وجود سوءنیت خاص مجرمانه نمی‌باشد».

دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی نیز در نظریه مشورتی شماره ۹۵/۲۱۰/۶۰۲ مورخ ۷ اردیبهشت ۱۳۹۵ به تفصیل به موضوع عنصر روانی بزه قاچاق پرداخته و آن را عمدی دانسته است: «... جرایم و تخلفات قاچاق کالا و ارز از سنخ جرایم و تخلفات عمدی است و از این رو مطابق ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی «در تحقق جرایم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم، باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد...». با نسخ ماده ۶۴ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، موضوع عنصر روانی حمل کالای قاچاق مطابق عموماً تعیین می‌شود. لذا در صورتی که حامل کالای قاچاق نسبت به موضوع جرم و یا تخلف جهل داشته باشد، جرم (یا تخلف) حمل کالای قاچاق محقق نمی‌گردد». با وجود دیدگاه‌های پیش گفته دال بر عمدی بودن بزه قاچاق کالا و ارز، در بررسی صورت گرفته از آرای صادره از مراجع رسیدگی کننده به مانند دیدگاه‌های حقوق دانان اختلاف نظر در این زمینه مشهود است.<sup>۳۴</sup>

در اینجا لازم به ذکر است که در بررسی فرایند تصویب قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در شورای نگهبان در خصوص ماده ۱۵ لایحه قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (ماده ۱۸ فعلی) از جهت مغایرت و یا عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی، دو دیدگاه وجود داشت. مطابق طرف داران مغایرت، از آنجایی که در این ماده برای قاچاق مجازات قرار داده شده است، قید عمدی بودن رفتار باید به آن اضافه گردد؛ یعنی مرتکب بداند که رفتار او قاچاق محسوب می‌شود. به عبارت دیگر، نمی‌توان فرد را بر اساس رفتاری که نسبت به آن علم و آگاهی ندارد، مجازات کرد. از این رو، از آنجا که این ماده به وجود قصد مجرمانه مرتکب

۳۴. شهرام، ابراهیمی و مصطفی، دانش، پیشین، صص ۲۹۵ و ۲۹۶.

اشاره‌ای نکرده، دارای اشکال است<sup>۳۵</sup>. در مقابل، طرف‌داران عدم مغایرت نیز در مجموع قائل به عمدی بودن این بزه بودند و لیکن فی‌الجمله علم مرتکب را مفروض می‌دانستند و در نتیجه از دیدگاه این گروه «عدم تصریح این ماده به وجود قصد مجرمانه با اشکالی مواجه نیست»<sup>۳۶</sup>.

#### ۴. استدلال‌ها برای عمدی بودن بزه قاچاق کالا و ارز

بی‌شک قائل شدن به هریک از دیدگاه‌های یادشده در خصوص عمدی و یا مادی صرف بودن بزه قاچاق کالا و ارز، تأثیر بسیار مهمی در قلمرو این نوع از بزه دارد. پذیرش دیدگاه نخست به کاهش قلمرو این بزه، و در مقابل، پذیرش دیدگاه دوم به توسعه قلمرو آن منتهی خواهد شد. نگارنده این سطور را نظر بر این است که بزه قاچاق کالا و ارز در زمره بزه‌های عمدی است و پذیرش دیدگاه مادی صرف می‌تواند آثار نامطلوب بسیاری به دنبال داشته باشد و از این رو در ادامه به بیان استدلال‌ها مبنی بر عمدی بودن این بزه پرداخته می‌شود.

##### ۴.۱. عمدی بودن بزه قاچاق در کنوانسیون‌های بین‌المللی

عمدی بودن بزه قاچاق کالا از تعاریف ارائه‌شده در کنوانسیون بین‌المللی کمک‌های متقابل اداری به منظور پیشگیری، تجسس و جلوگیری از تخلفات گمرکی<sup>۳۷</sup> مشهور به کنوانسیون نایروبی که ایران در سال ۱۳۷۶ به آن ملحق شده، قابل استنباط است. در ماده ۱ این کنوانسیون، اصطلاحات به این شرح تعریف شده است: «... ب- اصطلاح «تخلف گمرکی» عبارت از هر نوع نقض و یا شروع و اقدام به نقض قانون امور گمرکی است. پ- اصطلاح «تقلب گمرکی» عبارت از تخلف گمرکی است که بدان وسیله شخصی موجب اغفال گمرک و فرار از پرداخت تمام یا بخشی از مالیات‌ها و عوارض مربوط به ورود یا

۳۵. محمدهادی، توکل‌پور و مصطفی، مسعودیان، قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (مصوب ۱۳۹۲) در پرتو نظریات شورای نگهبان، (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ ۱، ۱۳۹۳)، ص ۷۰.  
۳۶. همان.

37. International Convention on Mutual Administrative Assistance for the Prevention, Investigation and Repression of Customs Offences 1977

برای آشنایی با این کنوانسیون، ر.ک. غلامرضا، صفاری طاهری، کنوانسیون‌های بین‌المللی گمرکی مهم‌ترین ابزارهای قانونی سازمان جهانی گمرک، (تهران: دانشگاه علوم اقتصادی، چ ۱، ۱۳۹۰).

صدور شده یا اجرای ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های موضوع قانون امور گمرکی را نادیده گرفته و یا منافی مغایر با قانون امور گمرکی بدست آورد. ت. اصطلاح «قاچاق» عبارت از تقلب گمرکی است که شامل گذراندن مخفیانه کالا به هر طریقی از مرزهای گمرکی می‌باشد». با توجه به تعریف ارائه شده از قاچاق در این بند و با عنایت به اینکه قاچاق شقی از تقلب گمرکی است و در تقلب گمرکی از سوی مرتکب اغفال صورت می‌گیرد، می‌توان نتیجه گرفت که قاچاق رفتاری عمدی است؛ چراکه لازمه اغفال عمد است.

همچنین در ماده ۳۹-۳ کنوانسیون تجدیدنظرشده کیوتو در مورد ساده و هماهنگ‌سازی تشریفات گمرکی<sup>۳۸</sup> که ایران نیز به موجب قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به این کنوانسیون در مورد ساده و هماهنگ‌سازی تشریفات گمرکی مصوب ۱۳۸۹ پیوسته، به صورت ضمنی بر عمدی بودن قاچاق این چنین تأکید شده است: «گمرک در صورت بروز اشتباهات، چنانچه از غیرعمدی بودن و عدم نیت ارتکاب تقلب یا غفلت فاحش اطمینان حاصل کند نباید به اعمال مجازات و جریمه‌های سنگین مبادرت نماید. چنانچه جهت جلوگیری از اشتباهات، اعمال مجازات ضروری تشخیص داده شود، میزان آن از حد ضرورت نباید تجاوز کند». رویکرد این ماده بر حداقلی بودن اعمال مجازات و جریمه و نیز منطبق با اصل حداقلی بودن حقوق کیفری است و هرچند در فروضی دولت‌ها را مجاز به اعمال مجازات در موارد غیرعمدی نموده، لیکن این امر منوط به ضرورت شده است. بر این اساس، ایفای تعهدات بین‌المللی ایران مستلزم آن است که بزه‌انگاری قاچاق کالا و ارز محدود به مصادیق عمدی باشد و توسعه بزه‌انگاری به غیر موارد عمدی و از جمله مادی صرف در تعارض با تعهدات بین‌المللی ایران است.

#### ۲.۴. اصل عمدی بودن بزه

جرم عمدی زیان‌بار صدمه‌ای سرزنش‌آمیز را به همراه می‌آورد و به همین دلیل در کانون و مرکز منظومه جرایم کیفری قرار می‌گیرد. این امر دو اصل مهم را برقرار می‌سازد: «اصل عمدی بودن جرایم» و «اصل زیان‌بار بودن آنها». بر این پایه، عدم پیروی از یکی از دو

38. The International Convention on the Simplification and Harmonisation of Customs Procedures (Kyoto Convention as amended) (1999)

اصل، دوری از کانون جرایم یعنی جرم عمدی زیان بار را نتیجه می‌دهد و لذا قانون‌گذاران در مقام جرم‌انگاری جرایم غیرعمدی با جرایمی که مستلزم صدمه بالفعل نیستند به جهت اینکه برخلاف دو اصل پیش‌گفته است و از نقطه کانونی جرم فاصله دارد، باید دلایل قانع‌کننده‌ای برای وارد کردن آنها به حوزه جرایم کیفری ارائه کنند؛ چراکه جرم‌انگاری آنها خلاف اصل است.<sup>۳۹</sup>

یکی از اصول حقوق کیفری این است که افراد تنها در صورتی مشمول مجازات‌های کیفری می‌شوند که فرصت اطاعت از قانون را داشته باشند و با وجود این فرصت، نافرمانی کرده باشند. اعمال مجازات، تنها در مورد اشخاصی صحیح است که تصمیم گرفته‌اند نافرمانی کنند.<sup>۴۰</sup> مطابق رویکرد سنتی در جرایم و تخلفات اصل بر عمدی بودن آنها است، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. «جرایمی که در قوانین کیفری پیش‌بینی شده‌اند، اصولاً عمدی‌اند، هرچند واژه‌ای که بیانگر عمدی بودن است در آن ذکر نشده باشد»<sup>۴۱</sup>. «در تعریف جرایم عمدی و تعیین مجازات برای آنها لازم نیست که در هر مورد مقنن کلمه عمد را هم به کار ببرد. درست است که در بعضی از جرایم مثل قتل عمد، مقنن از ذکر کلمه عمد خودداری ننموده، ولی هدف مقنن وجه تمایز این قتل از قتل غیرعمد بوده است. به همین جهت هم معمولاً در تعریف جرایم... از به کار بردن کلمه عمد خودداری کرده است. عدم قید کلمه عمد نمی‌تواند این جرایم را از عمدی بودن خارج نماید زیرا عمد یکی از ارکان تشکیل‌دهنده جرم است. اعمال غیرعمدی انسان علی‌الاصول قابل تعقیب و مجازات نیستند مگر آنکه مقنن صراحتاً آنها را ولو، بدون عمد هم جرم شناخته باشد»<sup>۴۲</sup>. در جهت مطابقت با اصل در صورتی که به فرض تردیدی در خصوص عمدی و یا مادی بودن بزه قاچاق کالا و ارز وجود داشته باشد، می‌بایست عنصر روانی این بزه را مطابق با اصل، عمدی

۳۹. محمدخلیل، صالحی، عنصر مادی جرم، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶، صص ۱۲۵ و ۱۲۶؛ حسین، میرمحمدصادقی و راضیه، صابری، «تقارن زمانی عناصر مادی و معنوی جرم: ماهیت و رویکردها»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۸۴ (۱۳۹۷)، صص ۲۲۷ و ۲۲۸.

۴۰. توماس، موراوتر، فلسفه حقوق: مبانی و کارکردها، مترجم: بهروز جندقی، (قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۱، ۱۳۸۷)، ص ۱۸۹.

۴۱. حسن، پوربافرانی، «جرم‌های مادی» در: امیرحسن نیازپور (زیر نظر)، دانشنامه علوم جنایی اقتصادی، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۶)، ص ۳۰۱.

۴۲. مرتضی، محسنی، دوره حقوق جزای عمومی، ج ۲، (تهران: گنج دانش، چ ۲، ۱۳۸۲)، صص ۲۱۰ و ۲۱۱.

دانست و در این راستا تمسک به اصول بنیادین حقوق کیفری مانند اصل برائت و قاعده دراء نیز همین نتیجه را به دنبال خواهد داشت.

#### ۳.۴. استثنایی بودن بزه مادی صرف

در هر دو نظام حقوقی نوشته و کامن لا مسئولیت کیفری مطلق امری استثنایی است و از این رو، جز در موارد تصریح قانون گذار نمی توان قانون را به نحوی تفسیر کرد که حاصل آن مسئولیت جزایی در عین فقدان تقصیر یا سوءنیت باشد؛ چراکه فرض این است که قانون گذار نمی خواهد با حذف تقصیر یا سوءنیت یکی از ارکان اساسی تحقق مسئولیت جزایی را نادیده بگیرد و از این راه تغییر در ساختار نظام حقوقی ایجاد کند.<sup>۴۳</sup> در امور استثنایی می بایست تفسیر مضیق به عمل آید؛ به خصوص در مورد بحث حاضر که تفسیر مضیق همراستای با اصل تفسیر به نفع متهم است. تشخیص مصادیق بزه های مادی نیاز به تصریح قانون گذار و یا قراین قوی دارد و به صرف سکوت قانون در خصوص عنصر روانی یک بزه نمی توان آن را مادی صرف تلقی نمود و حتی برخی بر این نظرند که اساساً بزه مادی صرف به مفهوم بزه ای که برای تحقق آنها وجود عنصر روانی ضرورت ندارد، در حقوق ایران وجود ندارد.<sup>۴۴</sup> علاوه بر این، توسعه قلمرو حقوق کیفری از طریق بزه انگاری رفتارهای مادی صرف برخلاف اصل حداقلی بودن حقوق کیفری است.

#### ۴.۴. وحدت ملاک از حکم موارد مصرح

آن گونه که پیش از این اشاره شد، در برخی از موارد خاص به عنصر روانی بزه قاچاق تصریح شده است و تمامی موارد مصرح دلالت بر عمدی بودن بزه قاچاق دارد. علاوه بر اینکه سکوت قانون نمی تواند دلالتی بر مادی صرف بودن مصادیق غیرمصرح باشد، از حیث اصول قانون نویسی بعید است که قانون گذار در ضمن یک ماده قانونی چند مصداق رفتار عمدی و مادی صرف را بزه انگاری نماید. در این راستا دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۱۰ مورخ ۲۱ مهر ۱۳۵۵ در خصوص جرمی که در برخی از مصادیق آن به

۴۳. جلیل، امیدی، تفسیر قانون در حقوق جزا، (تهران: جاودانه، چ ۱، ۱۳۸۹)، ص ۱۷۸.

۴۴. منصوره، رحمدل، بار اثبات در امور کیفری، (تهران: سمت، چ ۳، ۱۳۹۳)، ص ۱۲۲.



عمدی بودن عنصر روانی اشاره شده بود ولیکن در خصوص برخی دیگر از مصادیق آن قانون ساکت بود، حکم به عمدی بودن تمام مصادیق داد<sup>۴۵</sup>. بر این اساس می‌توان با توجه به تصریح عنصر روانی در خصوص برخی از مصادیق بزه قاچاق و سکوت قانون در مقابل برخی دیگر از مصادیق، با وحدت ملاک مصادیق اخیر را نیز عمدی دانست.

تالی فاسد پذیرش امکان تحقق بزه قاچاق به صورتی غیر از عمد (در موارد سکوت قانون در خصوص عنصر روانی) آن است که سبب خدشه در «تناسب ماهوی» و «تناسب ترتیبی»<sup>۴۶</sup> بزه و مجازات می‌شود؛ چراکه از نظر قانون‌گذار اصولاً تفاوتی بین مجازات موارد مصرح عمدی بزه قاچاق و دیگر مصادیق وجود ندارد و در این صورت مجازات بزه‌های غیرعمدی نیز به‌مانند بزه‌های عمدی است که بعضاً حتی ممکن است به محکومیت مرتکب به مجازات‌های بسیار شدید منجر شود.

#### ۴.۵. سیاست کیفری افتراقی سخت‌گیرانه قانون‌گذار

از اوان دوران قانون‌گذاری جدید، قانون‌گذار همواره بر اتخاذ رویکرد سخت‌گیرانه در قبال بزه قاچاق کالا و ارز تأکید داشته و این رویکرد به مرور تشدید نیز شده است و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز نمود کامل اتخاذ یک سیاست کیفری افتراقی سخت‌گیرانه است<sup>۴۷</sup>. این رویکرد سخت‌گیرانه از هر دو حیث حقوق شکلی و ماهوی قابل ملاحظه است. البته ممکن است در راستای همین رویکرد افتراقی سخت‌گیرانه استدلال شود که بزه قاچاق کالا و ارز مادی صرف است، لیکن از سوی دیگر می‌توان استدلال نمود که آثار کیفری

۴۵. اسماعیل، عبدالهی، پیشین، صص ۳۱۸ و ۳۱۹. در نظام حقوقی انگلیس نیز در موردی مشابه، مجلس اعیان در پرونده Sweet v Parsley سکوت قانون در خصوص عنصر روانی برخی از مصادیق یک جرم را با وجود تصریح به عمدی بودن مصادیق دیگر، برای مادی صرف تلقی کردن مصادیق مسکوت کافی ندانسته است (Elliott, Catherine & Frances Quinn, Criminal Law, Pearson (Education Limited, 2016), p. 45).

۴۶. تناسب بین بزه و مجازات دارای دو جنبه ماهوی و ترتیبی است. «جنبه ترتیبی، مجازات معین شده برای جرم خاصی را با مجازات معین شده برای جرایم مختلف با درجه مختلف از قابلیت سرزنش مقایسه می‌کند ... [در مقابل] جنبه ماهوی تناسب به این نکته می‌پردازد که آیا عمل انجام‌یافته به قدری شدید است که چنین پاسخی را از طرف دولت ایجاب کند ...». منصور، رحمتل، تناسب جرم و مجازات، (تهران: سمت، چ ۴، ۱۳۹۶)، ص ۵۱.

۴۷. ر.ک. محمدجواد، فتحی و فضل‌الله، امیر حاجیلو، «جلوه‌های دادرسی افتراقی قاچاق کالا (در پرتو اصول دادرسی منصفانه)»، دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ش ۲ (۱۳۹۷): ابراهیمی و دانش، پیشین.

مترتب بر بزه قاچاق کالا و ارز (مانند پیش‌بینی مجازات‌های حبس در خصوص قاچاق کالای ممنوع، حداکثر حبس بدل از جزای نقدی به مدت ۱۵ سال) دلالت بر عمدی بودن این بزه دارد. در نظام حقوقی ایران هرچند در مواردی در جرایم غیرعمدی (و نه مادی صرف) بعضاً مجازات حبس پیش‌بینی شده ولیکن پیش‌بینی حبس‌های طولانی‌مدت برای یک بزه مادی صرف قطعاً برخلاف عدالت است. یکی از معیارهای شناسایی مصادیق بزه‌های مادی صرف، میزان کم مجازات مقرر برای آنها است (و بر این اساس در نظام حقوقی ایران از جرایم خلافی به‌عنوان جرایم مادی صرف یاد می‌شود) و این درحالی است که پاسخ‌دهی کیفری به بزه قاچاق کالا و ارز توأم با سخت‌گیری و شدت عمل است.

### نتیجه

لازمه پذیرش بزه قاچاق کالا و ارز به‌عنوان یک بزه عمدی آن است که در جهت اثبات این بزه، اجزای عمد بر مرجع رسیدگی‌کننده احراز شود. بر این اساس، مطابق ماده ۱۴۴ قانون مجازات اسلامی: اولاً مرتکب می‌بایست علم به موضوع داشته باشد. این علم در وهله اول ناظر به وجود موضوع است و در وهله دوم علم به وصف موضوع است. بنابراین در صورت احراز فقدان علم مرتکب به هریک از دو مورد یادشده، بزه قاچاق کالا و ارز محقق نمی‌شود. ثانیاً مرتکب قصد ارتکاب رفتار را داشته باشد. با توجه به اینکه رفتار موردنظر در بزه قاچاق کالا و ارز حسب مصادیق مختلف آن، ممکن است به صورت فعل یا ترک فعل باشد، تفاوتی در این خصوص وجود ندارد. ثالثاً با توجه به اینکه بزه قاچاق حسب مورد بزه‌ای مطلق و یا مقید است، در نتیجه در فروضی که بزه قاچاق مقید به نتیجه است، قصد تحقق نتیجه و یا علم به تحقق نتیجه نیز می‌بایست احراز گردد.

عنصر روانی بزه برخلاف عنصر مادی رؤیت‌پذیر نیست و از طریق حواس پنج‌گانه امکان احراز آن از سوی مرجع رسیدگی‌کننده وجود ندارد و این مرجع بر پایه تحلیل ذهنی اطلاعات موجود در خصوص عنصر مادی جرم به برداشتی از عنصر روانی مرتکب دست می‌یابد. البته در صورتی که مرتکب اطلاعاتی را در خصوص وضعیت روانی خود در زمان ارتکاب بزه ارائه نماید، مرجع رسیدگی‌کننده می‌تواند از این طریق نیز در جهت احراز عنصر روانی بزه برآید. نتیجه آنکه مرجع رسیدگی‌کننده بر اساس انطباق رفتار مرتکب با رفتار

انسان متعارف به درکی از عنصر روانی او دست می‌یابد و بدیهی است که این حق برای متهم وجود دارد که تفاوت وضعیت ذهنی خود را در زمان ارتکاب رفتار با یک انسان متعارف ثابت نماید و این بدان معناست که بار اثبات در این موارد برعهده متهم قرار گیرد. برای نمونه در بسیاری از مصادیق بزه قاچاق کالا، مانند وارد و یا خارج کردن کالا از مجاری غیرمجاز (بند «الف» ماده ۱۱۳ قانون امور گمرکی)، اینکه شخص موقع ورود یا خروج از قلمرو گمرکی کشور کالایی را به صورت غیرمجاز وارد یا خارج نموده است، از حیث عنصر مادی برای ارتکاب بزه قاچاق کفایت می‌نماید، ولی در خصوص عنصر روانی با توجه به اینکه فرض بر این است که انسان‌ها از کالاهای همراه خود آگاهی دارند، اگر مرتکب مدعی فقدان عنصر روانی باشد، با توجه به اینکه قول او برخلاف ظاهر است، او می‌بایست ادعای خود را ثابت نماید و البته این امر به معنای مادی صرف بودن بزه قاچاق نیست، بلکه دگرگونی بار اثبات به جهت ادعای خلاف ظاهر اوست.

بزه قاچاق کالا و ارز در زمره بزه‌های اقتصادی، و رویکرد کلان در مقابله با بزهکاری اقتصادی مبتنی بر سخت‌گیری است و در جهت اتخاذ سیاست کیفری کارآمد، قانون‌گذار در خصوص بزه قاچاق رویکرد افتراقی اتخاذ نموده است. موضوعی که گاه در ضمن مباحث به نمونه‌هایی از آن اشاره شد. بر این اساس در بزه قاچاق موضوع بند «ب» ماده ۱۰۱ قانون امور گمرکی اصل بر سوءنیت مرتکب است و در صورت اثبات خلاف آن، رفتار مرتکب از شمول بزه قاچاق خارج می‌شود و یا در مواردی قانون‌گذار در جهت تسهیل در اثبات بزه صرف اتکا به قراین (مانند تبصره ۴ ماده ۲۰ و ماده ۲۳ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز) را برای احراز عنصر روانی کافی دانسته و این نشان از رویکرد افتراقی قانون‌گذار در احراز عنصر روانی بزه قاچاق کالا و ارز است. این رویکردهای افتراقی نیز در عمدی بودن بزه قاچاق تردیدی ایجاد نمی‌کند، هرچند می‌تواند احراز آن را برای مرجع رسیدگی‌کننده تسهیل نماید.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

## - کتابها

۱. احمدی، عبدالله، *حقوق کیفری قاچاق کالا و ارز*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۴).
۲. الهام، غلامحسین و برهانی، محسن، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی (جرم و مجرم)*، چ ۱، (تهران: میزان، چ ۴، ۱۳۹۷).
۳. امیدی، جلیل، *تفسیر قانون در حقوق جزا*، (تهران: جاودانه، چ ۱، ۱۳۸۹).
۴. پرهام فر، امیرمحمد، *پیشگیری وضعی از قاچاق گمرکی در سیاست جنایی ایران با رویکرد به اسناد بین‌المللی*، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۳.
۵. توسلی‌زاده، توران، *پیشگیری از جرایم اقتصادی*، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۹۲).
۶. توکل‌پور، محمدهادی و مسعودیان، مصطفی، *قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (مصوب ۱۳۹۲) در پرتو نظرات شورای نگهبان*، (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ ۱، ۱۳۹۳).
۷. حسنی، محمود نجیب، *نظریه عمومی قصد جنایی*، مترجم: سیدعلی عباس‌نیای زارع، (تهران: میزان، چ ۲، ۱۳۹۶).
۸. دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی، *مجموعه نظریه‌های مشورتی دفتر امور حقوقی سازمان تعزیرات حکومتی*، (تهران: میزان، چ ۲، ۱۳۹۷).
۹. رحمدل، منصور، *بار اثبات در امور کیفری*، (تهران: سمت، چ ۳، ۱۳۹۳).
۱۰. رحمدل، منصور، *تناسب جرم و مجازات*، (تهران: سمت، چ ۴، ۱۳۹۶).
۱۱. رستمی‌غازانی، امید، *آیین دادرسی تعزیرات حکومتی*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۶).
۱۲. زراعت، عباس، *حقوق کیفری اقتصادی*، (تهران: جنگل، چ ۱، ۱۳۹۵).
۱۳. ساکی، محمدرضا، *جرایم قاچاق کالا و ارز از دیدگاه علوم جنایی و حقوق کیفری*، (تهران: مجد، چ ۱، ۱۳۹۰).

۱۴. ساکی، محمدرضا، *حقوق کیفری اقتصادی*، (تهران: جنگل، چ ۴، ۱۳۹۶).
۱۵. سیف، الهام، *قاچاق کالا در ایران*، (تهران: خرسندی، چ ۱، ۱۳۸۷).
۱۶. شاه‌حیدری‌پور، محمدعلی و رفیعی، احمد، *قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (مصوب ۱۳۹۲/۱۰/۳) با اصلاحات (مصوب ۱۳۹۴/۷/۲۱)*، (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، چ ۲، ۱۳۹۷).
۱۷. صالحی، محمدخلیل، *عنصر مادی جرم*، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶.
۱۸. صفاری طاهری، غلامرضا، *کنوانسیون‌های بین‌المللی گمرکی مهم‌ترین ابزارهای قانونی سازمان جهانی گمرک*، (تهران: دانشگاه علوم اقتصادی، چ ۱، ۱۳۹۰).
۱۹. صفاری، علی و همکاران، *بزه قاچاق کالا و ارز در مقررات موضوعه*، (تهران: روزنامه رسمی، چ ۱، ۱۳۹۷).
۲۰. عبدالهی، اسماعیل، *درس‌هایی از فلسفه کیفری: درآمدی بر مسئولیت کیفری بدون تقصیر در نظام حقوقی ایران و انگلستان*، (تهران: خرسندی، چ ۱، ۱۳۸۹).
۲۱. گلی، رضا، *تحلیل مصادیق تخلفات گمرکی و قاچاق کالا*، (تهران: مسیر دانشگاه، چ ۱، ۱۳۹۸).
۲۲. محسنی، مرتضی، *دوره حقوق جزای عمومی*، ج ۲، (تهران: گنج دانش، چ ۲، ۱۳۸۲).
۲۳. موراوتز، توماس، *فلسفه حقوق: مبانی و کارکردها*، مترجم: بهروز جندقی، (قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۱، ۱۳۸۷).
- مقاله‌ها
۲۴. ابراهیمی، شهرام و دانش، مصطفی، «تحلیل شکلی و ماهوی قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، ش ۲ (۱۳۹۸).
۲۵. الهام، غلامحسین و همکاران، «چالش‌های تعریف جرم قاچاق در نظام حقوقی ایران»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۶۸ (۱۳۹۳).

۲۶. پوربافرانی، حسن، «جرم‌های مادی» در: نیازپور، امیرحسن (زیر نظر)، *دانشنامه علوم جنایی اقتصادی*، (تهران: میزان، چ ۱، ۱۳۹۶).
۲۷. ساداتی، سید محمد مهدی، «قاچاق کالا از طریق ارائه اسناد یا اظهار خلاف واقع در حقوق کیفری ایران»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، ش ۱۰ (۱۳۹۵).
۲۸. فتحی، محمدجواد و امیر حاجیلو، فضل‌اله، «جلوه‌های دادرسی افتراقی قاچاق کالا (در پرتو اصول دادرسی منصفانه)»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، ش ۲ (۱۳۹۷).
۲۹. میرمحمدصادقی، حسین و صابری، راضیه، «تقارن زمانی عناصر مادی و معنوی جرم: ماهیت و رویکردها»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش ۸۴ (۱۳۹۷).

#### - پایان نامه

۳۰. اجتهادی، سید عبدالمجید، *بررسی جرایم و مجازات‌های قاچاق کالا و ارز و شیوه رسیدگی به آن در حقوق کیفری ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
۳۱. اجتهادی، سید عبدالمجید، *بزه‌نگاری در حوزه قاچاق کالا و ارز، مبانی و جلوه‌ها*، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶.

#### (ب) خارجی

32. Ashworth, Andrew & Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, (Oxford University Press, 2013).
33. Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, (Lexis Nexis, 2015).
34. Elliott, Catherine & Frances Quinn, *Criminal Law*, Pearson (Education Limited, 2016).
35. Herring, Jonathan, *Criminal Law: the Basics*, (Routledge, 2010).
36. Robinson, Paul H, *Structure and Function in Criminal Law*, (Clarendon Press, Oxford, 1997).

نشریه علمی مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال دوازدهم، شماره بیست و دو، بهار ۱۴۰۰، صفحات ۱۱۷-۱۴۴

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۱۲/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۰/۲۰

## منبع تعهد به ارزیابی آثار زیست محیطی فرامرزی در پروژه گاپ ترکیه

مهناز رشیدی<sup>۱</sup>

آزاده رستگار<sup>۲</sup>

علی مشهدی<sup>۳</sup>

### چکیده

کشور ترکیه به عنوان کشور بالادستی در حوضه رود دجله و فرات از سال ۱۹۳۶ طرحی به نام آناتولی جنوب شرقی (گاپ) را پایه ریزی کرد که در ضمن آن از سال ۱۹۷۷ احداث سد ها و نیروگاه های برق آبی متعددی را بر روی رودخانه دجله و فرات آغاز نمود. با توجه به اینکه اجرای این پروژه بر کشورهای اطراف یعنی عراق، سوریه و ایران آثار منفی زیست محیطی، اجتماعی و اقتصادی متعددی برجای گذاشته و خواهد گذاشت و به اعتقاد کارشناسان، کشور ترکیه فرایند ارزیابی آثار زیست محیطی این طرح را به درستی انجام نداده است، پرسش این است که آیا از دیدگاه حقوق بین الملل کشور ترکیه تعهدی الزام آور به ارزیابی آثار زیست محیطی دارد؟ نتایج حاصل از این نوشتار بر اساس تحلیل اسناد و رویه قضایی بین المللی مؤید آن است که امروزه تعهد به اجرای ارزیابی آثار زیست محیطی در پروژه هایی که پتانسیل ایجاد آسیب مهم فرامرزی دارند، به عنوان یک تعهد عرفی الزام آور شناخته شده و برای همه کشورها لازم الرعایه است. به این ترتیب، کشور ترکیه نیز در احداث پروژه گاپ موظف به اجرای این تعهد بوده است که عدم رعایت آن برای این کشور مسئولیت بین المللی به دنبال خواهد داشت.

**واژگان کلیدی:** پروژه آناتولی جنوب شرقی، تعهد به ارزیابی آثار زیست محیطی فرامرزی، حقوق بین الملل عرفی، حقوق بین الملل محیط زیست.

۱. دکتري حقوق بين الملل دانشگاه قم، قم، ايران (نویسنده مسئول)

۲. کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه قم، قم، ایران

۳. دانشیار دانشگاه قم، قم، ایران

۱. دکتري حقوق بين الملل دانشگاه قم، قم، ايران (نویسنده مسئول)

۲. کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه قم، قم، ایران

۳. دانشیار دانشگاه قم، قم، ایران

mahnazrashid@jri.ac.ir

rastegarazade8059@gmail.com

droitenviro@gmail.com

## مقدمه

منابع آب شیرین کمتر از ۳ درصد کل آب‌های موجود در جهان را تشکیل می‌دهد، درحالی که بخش عمده‌ای از همین میزان اندک آب، یا در قالب یخچال‌های قطبی و کوهستانی و یا در شکل آب‌های زیرزمینی موجود است و به‌سهولت در دسترس بشر قرار نمی‌گیرد.<sup>۴</sup> آب موجود در رودخانه‌ها و دریاچه‌های سطحی هم به صورت متوازن در جهان توزیع نشده‌اند. این عامل به همراه افزایش تقاضا برای آب موجب شده است دولت‌ها نهایت تلاش خود را برای بالابردن سهم خود از این ماده حیاتی به کار گیرند و با ایجاد سدهای عظیم سعی در ذخیره منابع آبی نمایند.

در این میان، غرب آسیا و به‌ویژه خاورمیانه ازجمله خشک‌ترین مناطق جهان محسوب شده و از گذشته تاکنون آب برای مردمان آن اهمیتی چشمگیر داشته است؛ به‌گونه‌ای که نخستین تمدن‌های این منطقه، اطراف رودها به‌خصوص در حوضه آبریز دجله و فرات تشکیل شده‌اند.<sup>۵</sup>

در سال‌های اخیر، کشور ترکیه به‌عنوان کشور بالادستی در حوضه آبریز دجله و فرات، اقدام به طراحی و اجرای مجموعه‌ای از سدها و نیروگاه‌های برق‌آبی نموده که آثار منفی زیست‌محیطی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی آن بر دیگر کشورهای این حوزه، یعنی عراق، سوریه و ایران از سوی صاحب‌نظران و کارشناسان ثابت شده است.<sup>۶</sup>

از آنجا که بنابر مطالعات و گزارش‌های انجام‌شده، کشور ترکیه روند ارزیابی آثار

4. Michel, Dantin, "L'eau douce dans le monde. Comment gérer un bien commun? L'action de l'Europe", *Annales des Mines-Responsabilité et environnement*. N° 2 (86) (2017).

5. François, Gabelle, "Le monde manquera-t-il bientôt d'eau", *Science et changements planétaires/Sécheresse*, N° 6(1) (1995), p. 9-12.

6. Clus, Owen, "Condenseurs radiatifs de la vapeur d'eau atmosphérique (rosée) comme source alternative d'eau douce", *Diss.* (2007).

7. Elizabeth, Picard, "Les problèmes de l'eau au Moyen-Orient: désinformation, crise de gestion et instrumentalisation politique", *Maghreb, Machrek, Monde arabe*, N° 138 (1992), p. 10; Mohamed, al-Dbiyat et Michel Mouton (éd.), *Stratégies d'acquisition de l'eau et société au Moyen-Orient depuis l'Antiquité*. (Beyrouth: Presses de l'Ifpo, 2009), p. 3.

۸. نرگس، اکبری و علی، مشهدی، «تهدیدها و تعهدات زیست‌محیطی دولت ترکیه در اجرای پروژه گاپ نسبت به آثار سوء زیست‌محیطی در ایران»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۶۱ (۱۳۹۸)، صص ۳۱۲-۳۱۶ و ۲۱۹-۲۶۱.



زیست‌محیطی این پروژه را به‌درستی انجام نداده است، پرسش اصلی که این مقاله با به‌کارگیری روش توصیفی-تحلیلی و استفاده از منابع کتابخانه‌ای، اسناد و آرای بین‌المللی در جستجوی پاسخی مناسب برای آن به نگارش درآمده، آنست که درجه الزام‌آوری تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی نسبت به کشور ترکیه در احداث سدهای بزرگ بر روی دجله و فرات تا چه میزان است؟ فرضیه اصلی مقدماتی آن است که با توجه به تعهد بنیادین دولت‌ها به منع آسیب فرامرزی، اصل ارزیابی آثار زیست‌محیطی به‌عنوان پیش‌شرطی برای جلوگیری از آسیب زیست‌محیطی فرامرزی چنین طرح‌هایی، برای تمامی دولت‌ها از باب عرفی بودن منبع قاعده، الزام‌آور است. در راستای دستیابی به این هدف، نوشتار پیش رو، ضمن معرفی مهم‌ترین طرح سدسازی ترکیه (گاپ) و آثار منفی فرامرزی آن، جایگاه حقوقی تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی را در منابع گوناگون حقوق بین‌الملل بررسی می‌نماید و منبع الزام کشور ترکیه به آن را بیان می‌دارد.

### ۱. معرفی پروژه گاپ ترکیه

اولین تلاش مستند برای تنظیم عرضه آب از دجله و فرات از طریق سدها به ۵۵۰۰ سال قبل از میلاد مسیح بازمی‌گردد. جمعیت‌های اولیه در مرکز عراق، آب رودخانه را به‌وسیله سدهای سنگی به شکل مخازن سیستم‌های تغذیه کانال‌های آبیاری منحرف می‌کردند. در نتیجه، آنها کمتر به بارش باران و نوسانات جریان رودخانه برای افزایش محصولات زراعی وابسته بودند و همین امر باعث تکامل تمدن سومری در جنوب عراق شد.<sup>۹</sup>

در طول ۵۰ سال گذشته کشورهای ساحلی به‌طور قابل‌توجهی بر حجم استفاده از آب دجله و فرات افزوده‌اند و همچنان به این کار ادامه می‌دهند: ترکیه با «پروژه آناتولی جنوب شرقی، (گاپ، در مخفف ترکی آن)»<sup>۱۰</sup>، که شامل ۲۲ سد بزرگ است؛ سوریه با ۳ سد بزرگ

9. Damien, Bischoff et Jean-François Pérouse, "La question des barrages et du GAP dans le Sud-Est anatolien: patrimoines en danger?", Institut français d'études anatoliennes Georges Duménil, (2003); Nicolas C, Bremer, "Transboundary Environmental Impact Assessment of Large Dams in the Euphrates-Tigris Region: An Analysis of International Law Binding Iran, Iraq, Syria and Turkey", RECIEL 25 (1) (2016), p. 2.

10. GüneyDoğu Anadolu- GAP

روی فرات، به‌ویژه سدّ طبقاً<sup>۱۱</sup>، عراق با ۱۵ سدّ بزرگ روی دجله و فرات، و ایران با ساخت حدود ۱۴ سد، روند بهره‌برداری‌ها را ادامه می‌دهند. این تحولات سیستم رودخانه را به روش‌های گوناگون تحت تأثیر قرار داده است.<sup>۱۲</sup> در این میان، ترکیه به‌عنوان اصلی‌ترین کشور بالادست که در اقلیم نیمه‌خشک قرار دارد و برخلاف تصور، منابع آبی غنی در اختیار ندارد، بر آن است که منابع آبی خود را یکپارچه نموده، به‌منظور بهره‌وری کامل، آنها را مدیریت کند. لذا در راستای تحقق این هدف، پروژه‌آاناتولی جنوب شرقی را طراحی و اجرا کرده است.

در ابتدا در دهه ۱۹۷۰، گاپ به‌عنوان ترکیبی از ۱۳ پروژه بر روی رودخانه‌های دجله و فرات با هدف اصلی توسعه منابع آبی و زمینی، آبیاری و برق‌آبی طراحی شد. در این مرحله، این پروژه با توجه به تمرکز فنی سنگین از سوی «اداره کل آب امور خارجه»<sup>۱۳</sup> اداره می‌شد. تمرکز و دامنه گاپ در نیمه دوم دهه ۱۹۸۰، به‌ویژه پس از اینکه ابعاد اجتماعی، بشردوستانه و محیط‌زیستی توسعه به‌رسمیت شناخته شد و مورد توجه قرار گرفت، گسترش بیشتری یافت. پس از آن، مسئولیت مدیریت گاپ از اداره کل آب امور خارجه به «سازمان برنامه‌ریزی دولتی»<sup>۱۴</sup> منتقل شد. در اواخر سال ۱۹۸۰ بود که «اداره توسعه منطقه‌ای گاپ»<sup>۱۵</sup> تأسیس شد. هم‌اکنون این اداره علاوه بر وظیفه انجام فعالیت در زمینه‌های برنامه‌ریزی، زیربنایی، صدور مجوز، خانه‌سازی، صنعت، معدن، کشاورزی، انرژی و حمل و نقل، هماهنگی بین سازمان‌های دولتی درگیر در پروژه را هم تضمین می‌کند. در دهه ۱۹۹۰، مفاهیمی چون توسعه پایدار، مشارکت در توسعه، توسعه انسانی و توسعه اجتماعی به چارچوب کلی گاپ تزریق شد و به‌موجب آن، این پروژه به‌عنوان یک پروژه توسعه پایدار انسانی تعریف گردید. احداث پروژه گاپ در دهه ۲۰۰۰، به‌ویژه پس از اینکه ترکیه تلاش‌های خود را برای بازسازی اقتصادی - سیاسی، با نظر به پارادایم توسعه نئولیبرالی و تبدیل شدن به یک عضو کامل اتحادیه اروپا تشدید کرد، بار دیگر آغاز شد.<sup>۱۶</sup> دولت و

11. Tabqa Dam

12. Nicolas C, Bremer, op. cit, p. 2.

13. Devlet Sulşleri Genel Müdürlüğü (DSI)

14. Devlet Planlama Teşkilatı, (DPT).

15. GAP Bölge Kalkınma İdaresi, (GAP-BKİ)

16. Damien, Bischoff et Jean-François Pérouse, op. cit, p. 4.

مقامات پروژه اهمیت بسیار زیادی برای ایده‌هایی مانند استفاده از پتانسیل‌های محلی، اولویت‌بندی سرمایه‌گذاری‌های بخش خصوصی و ترویج رقابت در این دوره قائل بودند؛ به عبارت دیگر، گاپ طی بیش از چهار دهه، از پروژه عمده‌تأ فنی، دولتی و زیربنایی و توسعه اقتصادی به پروژه اجتماعی و تا حد زیادی بازاری‌سند و با رویکرد توسعه پایدار انسانی تبدیل شد.<sup>۱۷</sup>

هم‌اکنون این پروژه شامل سدها و نیروگاه‌های برق‌آبی، شبکه‌های آبیاری، کشت و صنعت و دامپروری است. صرف نظر از چگونگی تعریف گاپ، آمار رسمی نشان می‌دهد که ۷۴ درصد از پروژه‌های انرژی و ۲۶.۴ درصد از پروژه‌های آبیاری تحت برنامه گاپ تا سال ۲۰۱۷ تکمیل شده است.<sup>۱۸</sup> سد ایلیسو<sup>۱۹</sup> با گنجایش ۴۳ میلیون و ۸۰۰ هزار متر مکعب، که در راستای این پروژه و از سال ۲۰۰۶ شروع شده و در ۲۰۱۹ به پایان رسیده، یکی از چالش‌برانگیزترین آنهاست.<sup>۲۰</sup> پیش‌بینی‌ها حاکی از آن است که با افتتاح و بهره‌برداری از این سد در جولای ۲۰۱۹، تأثیرات زیست‌محیطی، اجتماعی و اقتصادی بی‌شماری برای کشورهای منطقه در پی خواهد داشت.<sup>۲۱</sup>

## ۲. آثار اجرای پروژه گاپ

به اعتقاد بسیاری از کارشناسان و نهادهای رسمی و علمی، اجرای پروژه گاپ تأثیر مهمی در حوزه‌های زیست‌محیطی، سیاسی و اجتماعی برجای گذاشته و خواهد گذاشت که به برخی از مهم‌ترین آنها در این بخش اشاره می‌شود.

17. Marcel, Bazin, et Stéphane de Tapia, "Le Projet de l'Anatolie du Sud-Est (GAP) dans son contexte national turc et régional moyen-oriental", Bulletin de l'association de géographes français. Géographies, No. 92-2 (2015), pp. 184-207; Arda, Bilgen, "The Southeastern Anatolia Project (GAP) in Turkey: An Alternative Perspective on the major Rationales of GAP", Journal of Balkan and Near Eastern Studies, 21(5) (2019), p. 3.

18. Nicolas C, Bremer, *op. cit.*, p. 3.

19. Ilisu Dam

۲۰. فرید، سلطان قیس و حسین، عزیزاده، «احداث سد ایلیسو در ترکیه و مغایرت آن با تعهدات فرامرزی در قبال همسایگان وفق حقوق بین‌الملل»، علوم و فنون مرزی، ش ۸(۴) (۱۳۹۶)، ص ۱۸۲.

۲۱. سار، اردو، «ساخت سد ایلیسو در ترکیه در تضاد حقوق بین‌الملل»، دیپلماسی ایرانی، (۱۳۹۶):

<<http://irdiplomacy.ir/fa/news/1969520/>>

## ۲.۱. تأثیرات زیست‌محیطی

به‌طور کلی، عملیات سدسازی و آبرگیری تغییرات فیزیکی متعددی بر آبراه و حوضه آبریز آن تحمیل می‌کند. با ساخت سدها، سرعت جریان رودخانه وقتی به دیواره سد نزدیک می‌شود کم و مخزن ایجادشده در پشت سد به سیستم دریاچه‌ای تبدیل می‌گردد. این سیستم به واکنش‌های شیمیایی داخل مخزن<sup>۲۲</sup> منجر شده، سبب تغییراتی در ویژگی‌های فیزیکی و شیمیایی آب و به تبع آن، آثار اکولوژیکی متعددی در رودخانه و زمین‌های اطراف<sup>۲۳</sup> آن می‌شود.<sup>۲۴</sup>

از جمله این آثار، تشکیل لایه‌های پایدار آب در مخزن سد است که پیامدهای مهمی بر کیفیت آب در قسمت‌های پایین دست دارد. زیرا آب ذخیره‌شده در بخش‌های عمیق مخزن پشت سد، سردتر و اغلب بدون اکسیژن است، به این دلیل که با تجزیه مواد ارگانیک، اکسیژن از سطح آب خارج می‌شود. این مسئله موجب می‌گردد در عرض‌های کم جغرافیایی که اختلاف فصلی کمتر است، اکوسیستم‌های آبرزی دمای آب بالاتری را تجربه کنند.<sup>۲۵</sup> در همین راستا، آب کم‌اکسیژن لایه‌های عمیق مخزن پشت سد به سمت پایین دست رودخانه سرازیر شده، می‌تواند آسیب قابل توجهی به محیط زیست وارد آورد، زیرا میزان مناسب اکسیژن حل شده در آب، نه تنها برای حفاظت از حیات انواع آبزیان لازم است، بلکه برای حفظ روند تصفیه‌سازی رودخانه‌ها نیز ضروری می‌باشد.<sup>۲۶</sup> یکی دیگر از عوامل تشدیدکننده<sup>۲۷</sup> تأثیرات منفی اکولوژیکی، مخزن آب با میزان کم اکسیژن، غلظت زیاد ترکیباتی مانند سولفید هیدروژن و کاهش آهن است که ظرفیت پایین دست رودخانه برای مقابله با

22. Reservoir

23. Valeria Maria, Mazzucchi, "Le droit international des cours d'eau et les effets des grands barrages dans le Sud-Est anatolien. Le Tigre, l'Euphrate et le barrage Ilisu", Diss. University of Geneva, (2015).

24. Robert Scott, Winto; Elisa, Calamita, & Bernhard, Wehrli, "Reviews and Syntheses: Dams, Water Quality and Tropical Reservoir Stratification" Biogeosciences Discuss, (2019), p. 1659 <[https://www.researchgate.net/publication/330092286\\_Reviews\\_and\\_syntheses\\_Dams\\_water\\_quality\\_and\\_tropical\\_reservoir\\_stratification/link/5c2cf442299bf12be3a847df/download](https://www.researchgate.net/publication/330092286_Reviews_and_syntheses_Dams_water_quality_and_tropical_reservoir_stratification/link/5c2cf442299bf12be3a847df/download)>.

25. *Ibid*, p. 1659.

26. *Ibid*, p. 1660.

27. Stressor

آلاینده‌ها را محدود می‌کند.<sup>۲۸</sup>

در اثر سدسازی‌های نامناسب در بالادست دجله و فرات از سوی کشور ترکیه، این میزان آب کم‌اکسیژن فاقد کیفیت به سرزمین کشورهای پایین دست وارد شده، در آنجا مورد انواع بهره‌برداری قرار می‌گیرد. ذکر این نکته نیز مفید است که ۹۰ درصد از منابع آبی فرات از ترکیه و ۱۰ درصد آن نیز از منابع آبی سوریه تأمین می‌شود. همچنین ۵۲ درصد آب رود دجله از منابع آب عراق و ۴۸ درصد آن از منابع آب ترکیه گرفته می‌شود. خطر آب‌های کم‌کیفیت در اثر احداث سدها زمانی بیشتر احساس می‌شود که بدانیم عراق، خود، کشوری نیمه‌خشک با آبی کم‌کیفیت است؛ چراکه آب دجله و فرات با عبور از بخش‌های زیاد سرزمینی با تراکم بالای جمعیت ساحلی، آلوده و شور می‌شود و به این ترتیب، آب کم‌کیفیت و شور به مزارع کشاورزی وارد شده، آنها را به شورزار تبدیل می‌کند. کارشناسان محیط زیست و دانشمندان ترکیه نیز این گزارش‌ها را تأیید کرده، خواهان پیشگیری از آلودگی آب‌های جاری در ترکیه و سایر کشورهای منطقه شده‌اند.<sup>۲۹</sup>

افزون بر اثر مستقیم ساخت‌وساز سدها در ترکیه بر روی کیفیت آب‌ها در کشورهای پایین دست، در حال حاضر پروژه گاپ و به‌ویژه اجرا و بهره‌برداری از سد ایلیسو به علت تأثیرات منفی بر کل منطقه، خصوصاً از طریق ایجاد و تشدید طوفان گرد و غبار، نگرانی‌هایی را مطرح کرده است. از آنجا که رود دجله مستقیماً از ترکیه وارد عراق می‌شود و عراق را آبیاری می‌کند و سرانجام به تالاب هورالعظیم می‌رسد، پیش‌بینی‌ها حاکی از آنست که با بهره‌برداری از این سد که به‌تازگی آغاز شده است، از ورود ۵۶ درصد منابع آب دجله به خاک عراق جلوگیری می‌شود که در نتیجه باید منتظر مرگ قریب‌الوقوع تالاب هورالعظیم و یک فاجعه بزرگ زیست‌محیطی در ایران بود<sup>۳۰</sup>؛ زیرا یکی از کارکردهای مهم این تالاب، جلوگیری از طوفان‌های گرد و غبار است. تالاب، رطوبت را بالا می‌برد و

28. *Ibid*, p. 1661.

۲۹. علی، قائم‌مقامی، «بحران آب و آب‌های جاری فرامرزی ترکیه و امنیت ملی و محیط‌زیست ایران»، فصلنامه مطالعات منافع ملی، سال دوم، ش ۷ (۱۳۹۶)، ص ۱۰۴.

۳۰. فرید، سلطان قیس و حسین، علیزاده، پیشین، ص ۱۸۲.

به‌عنوان چشمه‌گیرش گرد و غبار عمل می‌کند.<sup>۳۱</sup> به‌علاوه، این اکوسیستم‌های آبی به دلیل ذخیره‌سازی آب برای کشاورزی، تغذیه چشمه‌ها و آب‌های زیرزمینی، اهمیت دارند و از دیدگاه بوم‌شناختی نیز به‌عنوان زیستگاه پرندگان و حیات وحش، حفاظت از تنوع زیستی، بانک ژن، ایجاد منظره‌های زیبا و فواید بسیار دیگر ارزش زیستی بالایی دارند. به همین دلیل با اجرای پروژه گاپ و افزایش نگرانی‌ها در باب ابعاد زیست‌محیطی آن، کشورهای سوریه، عراق و ترکیه در روابط خود با یکدیگر دچار تنش شده‌اند. ایران نیز از این تأثیرات در امان نبوده و گرد و غبار برخاسته از دشت‌های خشک کشورهای همسایه که اغلب همراه با وزش باد است به سمت ایران برده می‌شود.<sup>۳۲</sup>

سدسازی‌های ترکیه همراه با تشدید روند تغییرات اقلیمی، تأثیرات بیشتری بر آینده رودهای دجله و فرات خواهد گذاشت. مدل‌های آب و هوایی نشان می‌دهد تا پایان قرن حاضر به احتمال زیاد شاهد افزایش ۳ تا ۴ درجه‌ای دمای هوا در حوضه آبریز این رودخانه خواهیم بود. این مسئله سرعت تبخیر را افزایش داده، ذخیره بخش عظیمی از آب‌ها در پشت دیواره سدها به این روند کمک خواهد کرد. در نتیجه، این موضوع می‌تواند موجب کاهش ۳۰ تا ۴۰ درصدی میزان بارش در حوزه رودخانه به‌ویژه در بخش مربوط به ترکیه شود؛ یعنی جایی که جریان رودخانه از آنجا سرچشمه می‌گیرد. همچنین افزایش تبخیر سطحی آب در طول زمان، موجب کاهش جریان رودخانه خواهد شد. مطالعات منطقه‌ای که از سوی بنیاد آب، یک سازمان تحقیقاتی غیرانتفاعی ترکیه، انجام شده است، برای دولت ترکیه بدینانه‌تر است. این تحقیقات نشان می‌دهد تا سال ۲۰۲۰ جریان آب در ترکیه نسبت به جریان معمول آن در طول سال‌های ۱۹۶۰ تا ۱۹۹۰ حدود ۱۵ تا ۲۰ درصد کاهش خواهد یافت. در حال حاضر نیز در ایستگاه‌های هواشناسی حوضه رودخانه فرات، افت شدید بارش

۳۱. محمدابراهیم، بنی حبیب؛ سجاده، نجفی مرغملکی؛ محسن، محمدرضا پورطبری، «بررسی عوامل بروز گرد و غبار در غرب و جنوب کشور با تمرکز بر دلایل خشک شدن تالاب هورالعظیم و ارائه راهکارهایی برای احیای آن»، ششمین کنفرانس ملی مدیریت منابع آب ایران با رویکرد: پیوند اکولوژیکی با چرخه آب برای پایداری سرزمین، دانشگاه کردستان، (۱-۳ اردیبهشت ۱۳۹۵)، ص ۵.

32. Financial Tribune, "Imminent Danger of Turkish Dam for Iran, Iraq", 2019: <<https://financialtribune.com/articles/environment/76236/imminent-danger-of-turkish-dam-for-iran-iraq>>.

ثبت شده است. افزون بر این، مطالعات نشان می‌دهد در حال حاضر میزان جریان آب انشعابات رود فرات که از سوریه سرچشمه می‌گیرند، با کاهش ۸ درصدی در سال ۱۹۸۰، به میزان ۵ درصد در زمان کنونی مشارکت کمتری در تأمین آب این رودخانه در سرزمین‌های پایین‌دست دارند<sup>۳۳</sup>. بنابراین، احداث سدهای عظیم در این منطقه نه تنها به حل مشکلات آبی کمکی نخواهد کرد، بلکه با توجه به اقلیم خشک این منطقه، کم‌آبی را در طولانی‌مدت تشدید می‌کند و مسائل زیست‌محیطی دیگری مثل طوفان گرد و غبار و کاهش تنوع زیستی را پدید می‌آورد.

## ۲.۲. تأثیرات سیاسی و اجتماعی سدسازی

از جمله اهداف اصلی در طراحی و اجرای پروژه گاپ، پیشگیری از مهاجرت مردم و ایجاد شرایط مناسب برای بازگشت بیش از سه میلیون مردم کوچ‌کرده به مناطق میانی و غرب کشور ترکیه، به شهرها و روستاهای خود در نظر گرفته شده است. همچنین توسعه اقتصادی - اجتماعی این مناطق از دیگر اهداف این پروژه تعریف شده است<sup>۳۴</sup>. حال آنکه احداث این سدها بر روی سرچشمه‌های اصلی رود دجله و فرات و کاهش جریان آب سرازیر شده به سوی زمین‌های کشاورزی در پایین‌دست، نه تنها در دستیابی به هدف مدنظر مؤثر نبوده، بلکه این عامل به بیکاری کشاورزان، مهاجرت اجباری و مشکلات عدیده اجتماعی از جمله فقر، مهاجرت و افزایش میزان آمار جرم و جنایت منجر شده است. از آنجا که رودخانه‌های دجله و فرات در ترکیه، از مناطق جنوب شرقی که عمدتاً کردنشین هستند سرچشمه می‌گیرد و در این منطقه بیشترین تراکم سدسازی صورت گرفته است، همین امر موجب شده است صدها هزار انسان در نتیجه ساخت سد مجبور به جابه‌جایی شوند و در نتیجه آن، فقر و نیز مشکلات جدی روانی، فرهنگی و سیاسی افزایش یابد<sup>۳۵</sup>.

33. Nouar, M. Shamout, & Glada Lahn, "The Euphrates in Crisis Channels of Cooperation for a Threatened River", Research Paper, Chatham House, (2015), p. 21: <<https://www.chathamhouse.org/2015/04/euphrates-crisis-channels-cooperation-threatened-river>>.

۳۴. علی، قائم‌مقامی، پیشین، ص ۱۰۷.

35. Ercan, Ayboga, "Policy and Impacts of Dams in the Euphrates and Tigris Basin", Paper for the Mesopotamia Water Forum Sulaymaniyah, Kurdistan Region of Iraq, (2019), p. 2.

وضعیت در کشور عراق بحرانی تر است. این کشور در معرض بحران شدید آب بوده، مشخصاً با کمبود شدید منابع آبی و پایین بودن سطح کیفیت آب توصیف می‌شود. مدیریت نامناسب آب، نادیده گرفتن و تخریب زیرساخت‌ها، شکست سیاست‌های آبی و ابزارسازی<sup>۳۶</sup> و سلاح‌انگاری<sup>۳۷</sup> آب در دهه‌های گذشته، بخش آب را تهدید کرده است<sup>۳۸</sup>. در پایین‌دست بغداد، مرداب‌هایی<sup>۳۹</sup> قرار دارند که از مناطق بسیار مهم کشاورزی کشور عراق محسوب می‌شوند. ساخت سد در کشور ترکیه و کم شدن جریان آب در کشور عراق به کاهش ریزش<sup>۴۰</sup> آب به داخل مرداب‌ها منجر شده، باعث خشکی آنها می‌شود و در نتیجه، میزان نمک آب و خاک افزایش می‌یابد. همچنین کاهش جریان آب موجب نفوذ آب دریا شده که به شکل فزاینده‌ای در داخل کشور عراق تا ۴۵ مایل بالاتر از بصره در جزر و مد بالا می‌رود که تمامی این عوامل به تخریب آب و زمین کمک می‌کند<sup>۴۱</sup>. در برخی مناطق میزان شوری آب به حدی زیاد است که امکان استفاده از آن برای کشاورزی وجود ندارد. در نتیجه، فعالیت‌های کشاورزی و تولیدات غذایی در دهه گذشته به‌ویژه در استان‌های بصره، دایقار<sup>۴۲</sup> و میسان<sup>۴۳</sup> کاهش یافته است. این مسئله موجب افزایش مهاجرت از این منطقه شده، به نحوی که در دهه‌های گذشته تقریباً ۹۰ درصد جمعیت، یعنی حداقل بیست هزار نفر که عمدتاً کشاورز بوده‌اند، آن منطقه را ترک کرده‌اند که این موضوع امنیت غذایی ساکنان این کشور را تهدید می‌کند<sup>۴۴</sup>.

مهاجرت از منطقه، خود به‌تنهایی موجب تشدید تخریب زمین‌های رهاشده کشاورزی و تشدید طوفان‌های گرد و غبار<sup>۴۵</sup> می‌شود؛ پدیده‌ای که اغلب جنوب عراق را در دهه گذشته مورد هدف قرار داده است.

36. Instrumentalization

37. Weaponization

38. Tobias, Lossow, "More than Infrastructures: Water Challenges in Iraq", Clingendael Policy Brief, (2018), p. 1, <[https://www.clingendael.org/sites/default/files/2018-07/PB\\_PSI\\_water\\_challenges\\_Iraq](https://www.clingendael.org/sites/default/files/2018-07/PB_PSI_water_challenges_Iraq)> .

39. Marshes

40. Discharge

41. *Ibid*, p. 6.

42. DhiQar

43. Maysan

44. *Ibid*, p. 7.

45. Dust storms



افزایش روند تغییرات آب و هوایی که ساخت سدها به تشدید آن کمک می‌کند، احتمالاً موجب شدت و گستردگی خشکسالی‌ها، سیلاب‌ها و طوفان‌های سنگین در منطقه خواهد شد. هرچند شایسته نیست که رویدادهای منحصربه‌فرد را به تغییرات آب و هوایی نسبت دهیم، اما رویدادهای اخیر با الگوی موردنظر تطابق دارد. برای نمونه، خشکسالی سال‌های ۲۰۰۶ تا ۲۰۱۰ موجب ویرانی و خرابی و از بین رفتن جمعیت کشاورزی در سوریه و جنوب عراق شده است. برآورد شده است تا سال ۲۰۰۹ بیش از ۸۰۰ هزار سوری معیشت خود را از دست داده و صدها هزار نفر به شهرها مهاجرت کرده‌اند. همچنین، تغییر شرایط آب و هوایی چالش‌ها و بلایای طبیعی را افزایش می‌دهد. در سال ۲۰۱۲، عراق متحمل سهمگین‌ترین سیلی شد که طی ۳۰ سال گذشته ثبت شده بود. در دسامبر ۲۰۱۳ دمشق نیز با طوفان برف<sup>۴۶</sup> به حالت فلج درآمد. زمستان ۲۰۱۴ و ۲۰۱۵ هم با باران‌های سیل‌آسا برای ترکیه و سوریه همراه بود.<sup>۴۷</sup>

در حوزه روابط سیاسی نیز ایجاد و بهره‌گیری از سدها از سوی دولت‌های بالادست یک حوضه آبریز می‌تواند تأثیرات منفی به همراه داشته باشد. زیرا ظرفیت بالای ذخیره مخزن سدها و امکان کنترل مقدار زیاد آب، به دولت‌ها اجازه می‌دهد با تغییر جریان آب و دسترسی به آن در مناطق پایین‌دست در یک دکترین ژئوپولتیک گسترده‌تر دخالت کنند. به این ترتیب، دولت ترکیه با ایجاد زیرساخت‌های عظیم آبی قادر به استفاده از آنها به‌عنوان ابزاری برای دستیابی به سلطه<sup>۴۸</sup> سیاسی بر کشورهای پایین‌دست به‌ویژه سوریه و عراق است. این سیاست به شکل جدی درگیری‌های خاورمیانه را که هم‌اکنون پرمناقشه‌ترین منطقه جهان است شدت می‌بخشد.<sup>۴۹</sup> برای مثال، در سال ۱۹۹۸، هنگامی که ترکیه، سوریه را با ادعای حمایت از تروریسم به جنگ تهدید کرد، به‌طور غیرمستقیم اعلام نمود جریان فرات را قطع می‌کند. تنها پس از آنکه عبدالله اوجالان، رهبر حزب کارگران کردستان، که هدایت

46. Snowstorms

47. Laurent, Mallet, "Le Projet du sud-est anatolien (GAP): conflits autour d'un projet de développement. Les conflits dans le monde", Armand Colin, Chapitre 16 (2011), p. 223; Nouar, M. Shamout, & Glada Lahn, *op. cit.*, p. 22.

۴۸. هژمونی

49. Ercan, Ayboga., *op. cit.*, p. 4.

شورشیان مسلح علیه دولت ترکیه در منطقه کردستان این کشور را برعهده داشت، سوریه را ترک کرد، توانست مانع این جنگ شود. از سال ۲۰۱۴ و به‌طور خاص از سال ۲۰۱۶، ترکیه به‌طور قابل توجهی جریان آب فرات را به سمت خودمختاری «فدراسیون دموکراتیک شمال سوریه» که کردها با همکاری اعراب آشوری و سایر گروه‌ها در سوریه آن را تشکیل دادند، قطع کرد. همین امر موجب کاهش قابل توجه تولیدات کشاورزی و تأمین برق شد. ابزار ساختن سدها به‌عنوان یک سلاح سیاسی - دولتی ترکیه، نه‌تنها کشورهای پایین‌دست را تحت تأثیر قرار می‌دهد که در سیاست‌های داخل مرزهای خود نیز اثرگذار است. چنان‌که در جنوب شرقی ترکیه این سدسازی‌ها به‌عنوان ابزار کنترل و جابه‌جایی جمعیت‌گرد از مناطق روستایی و وسیله‌ای برای محدود کردن تحرک چریک‌های حزب کارگران کردستان مورد استفاده قرار گرفت.<sup>۵۰</sup> نقش ضد شورش سدها در سال ۲۰۰۸، هنگامی که ترکیه با ساختن ۱۱ سد در امتداد مرز عراق با هدف رسمی «امنیت مرزی» شروع به کار کرد، واضح بود که این یک سیاست جهانی منحصربه‌فرد است که نشان می‌دهد چگونه سدها به موضوع مهندسی ساخت و ساز و همچنین مهندسی اجتماعی - جمعیت‌شناسی تبدیل شده‌اند.<sup>۵۱</sup>

### ۳. تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی در حقوق بین‌الملل

ارزیابی آثار زیست‌محیطی فرایندی جامع است که هدف نهایی آن ارتقای توسعه پایدار می‌باشد. اجرای این اصل، بخشی از کار تصمیم‌گیری برای ایجاد پروژه‌هایی چون سدها، شاهراه‌ها و دیگر سازه‌های مهم در سراسر جهان است که با هدف شناسایی آثار آن پروژه‌ها بر سلامت انسانی، محیط زیست و رفاه مردم انجام می‌شوند و می‌توانند بر روند تصمیم‌گیری‌ها تأثیرگذار باشند.<sup>۵۲</sup>

برنامه محیط زیست سازمان ملل متحد (یونپ)<sup>۵۳</sup>، ارزیابی آثار زیست‌محیطی را به‌عنوان

۵۰. حجت، میان‌آبادی، «ملاحظات سیاسی و امنیتی و حقوقی در مدیریت رودخانه‌های فرامرزی»، فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، ش ۹۱ (۱۳۹۲)، صص ۲۱۲-۲۱۳.

51. Ercan, Ayboga, *op. cit.*, p. 5.

52. Annalisa, Savaresi, "Environmental Impact Assessment after the International Court of Justice decision in Costa Rica-Nicaragua and Nicaragua-Costa Rica: Looking backward, looking forward", QIL, Zoom-in 42 (2017), p. 1.

53. United Nations Environment Programme (UNEP)

«برآورد، تجزیه و ارزیابی فعالیت‌های برنامه‌ریزی شده با رویکرد تضمین دقت زیست‌محیطی و توسعه پایدار تعریف کرده است»<sup>۵۴</sup>. امروزه در قوانین بیش از صد کشور بر لزوم انجام ارزیابی آثار زیست‌محیطی تأکید شده است.<sup>۵۵</sup>

شایسته ذکر است که هر فعالیتی نیازمند ارزیابی آثار زیست‌محیطی نیست، بلکه انجام آن در مواردی ضروری است که پیش‌بینی می‌شود فعالیت سطح معینی از آسیب را به‌همراه داشته باشد. فرمول غالب آن است که ارزیابی آثار زیست‌محیطی در مواردی لازم است که میزان، ماهیت یا محل فعالیت پیشنهادی به‌گونه‌ای باشد که احتمالاً تأثیرات مهم زیست‌محیطی را به‌همراه خواهد داشت.<sup>۵۶</sup>

اگرچه ریشه این تعهد برخاسته از حقوق داخلی کشور امریکاست، اما این اصل امروزه در حقوق بین‌الملل نیز مطرح شده است. هرچند هیچ عهدنامه عام بین‌المللی به‌طور خاص به این موضوع نپرداخته، اما اعلامیه‌ها و پیشنهادهای صادره از سازمان‌های بین‌المللی مربوط، مثل سازمان همکاری اقتصادی و توسعه، سازمان غذا و کشاورزی و برنامه محیط زیست سازمان ملل متحد به انجام آن قبل از شروع پروژه‌هایی که ممکن است بر محیط زیست اثرگذار باشند، توجه کرده‌اند. چنان‌که یونپ در سال ۱۹۸۷ «اهداف و اصول ارزیابی آثار زیست محیطی»<sup>۵۷</sup> را که در واقع یک سند نرم بود منتشر کرد. این سند مشتمل بر مجموعه اصول راهنما با هدف بیان چگونگی جزئیاتی است که از طریق آن، ارزیابی آثار زیست‌محیطی باید از سوی دولت‌ها انجام شود. همچنین برخی اسناد جهانی و منطقه‌ای به این موضوع اشاره کرده‌اند. برای مثال، اصل ۱۷ اعلامیه ۱۹۹۲ ریو از اسناد مهمی است که در تأیید این رویه نقش داشته است. این اصل بیان می‌کند: «ارزیابی آثار زیست‌محیطی به‌عنوان یک ابزار ملی برای فعالیت‌هایی که پیش‌بینی می‌شود اثر منفی قابل‌توجهی بر محیط زیست دارند باید انجام شود و انجام آن منوط به تصمیم مقامات ملی صلاحیت‌دار

54. UNEP, "UNEP Goals and Principles of Environmental Impact Assessment", (1987), p. 1.

55. Alexander, Gillespie, "Environmental Impact Assessments in International Law", RECIEL, 17 (2) (2008), p. 220.

۵۶. اسماء، سالاری، «ارزیابی اثرات زیست‌محیطی فرامرزی در حقوق بین‌الملل»، مطالعات حقوق عمومی، ش ۵۰ (۴) (۱۳۹۹)، ص ۱۳۳۴.

57. UNEP, Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, (1987).

است»<sup>۵۸</sup>. دستور کار ۲۱ نیز دولت‌ها را به سوی تضمین اینکه تصمیمات مربوطه باید منوط به ارزیابی آثار زیست‌محیطی باشند و هزینه‌های پیامدهای زیست‌محیطی باید مورد توجه قرار گیرد، فرا می‌خواند.<sup>۵۹</sup> یکی دیگر از اسناد مهمی که به موضوع ارزیابی آثار زیست‌محیطی به‌عنوان یک تعهد اشاره کرده «طرح پیش‌نویس کنوانسیون پیشگیری از خسارت فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک (منع‌نشده)»<sup>۶۰</sup> مورخ ۲۰۰۱ از سوی کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد است. ماده ۷ این طرح تأکید می‌کند که هرگونه تصمیم برای مجوز فعالیت با ریسک خسارت مهم فرامرزی باید مبتنی بر ارزیابی خسارت فرامرزی احتمالی ناشی از آن فعالیت باشد که شامل ارزیابی آثار زیست‌محیطی می‌شود. ماده ۸ نیز به ضرورت اخطار و اطلاع‌رسانی نتایج ارزیابی آثار زیست‌محیطی از سوی دولت محل فعالیت<sup>۶۱</sup> به دولت متأثر اشاره کرده و تأکید می‌کند در صورتی که دولت متأثر ظرف شش ماه پاسخی ارسال نمود، دولت محل فعالیت نباید مجوز صادر کند.<sup>۶۲</sup>

بیان بهتر و قوی‌تر این اصل با پذیرش کنوانسیون «ارزیابی آثار زیست‌محیطی در بُعد فرامرزی» در سال ۱۹۹۱ در شهر اسپوی کشور فنلاند اعلام شد<sup>۶۳</sup> که در چارچوب کمیسیون اقتصادی سازمان ملل برای اروپا طراحی و در سال ۱۹۹۷ لازم‌الاجرا گردید و سپس با پذیرش پروتکل ۲۰۰۳ در خصوص ارزیابی آثار زیست‌محیطی استراتژیک کامل شد.<sup>۶۴</sup> این کنوانسیون ناظر بر تدابیری است که اقدام پیشنهادی یک دولت محتمل است آسیب زیست‌محیطی فرامرزی به دولتی دیگر وارد آورد. هدف این کنوانسیون مدیریت چنین وضعیت‌هایی از طریق برقراری همکاری میان دولت‌هاست. اعمال ارزیابی آثار زیست‌محیطی در فعالیت‌های تحت شمول این سند باید غیرتبعیض‌آمیز بوده، دولت‌ها

58. Rio Declaration on Environment and Development, (1992), principle 17.

59. Elisa, Ruozzi, "The Obligation to Undertake an Environmental Assessment in the Jurisprudence of the ICJ: A Principle in Search for Autonomy", *European Journal of Risk Regulation*, 8 (2017), p. 159.

60. ILC, Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, (2001).

61. State of origin

62. ILC, Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, (2001), Arts 7,8.

63. Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, (1991).

64. UNECE Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, (2003).

می‌بایست شیوه‌ای از آیین‌های ارزیابی آثار زیست‌محیطی در سطح ملی داشته باشند که اجازه ورود به بازیگران خارجی را بدهد.<sup>۶۵</sup> این کنوانسیون با اصلاحیه سال ۲۰۰۴ که در سال ۲۰۱۷ لازم‌الاجرا گردید، پذیرای سایر کشورهای غیرعضو در اتحادیه اروپا شده است. یکی از مهم‌ترین نقدهای وارد بر این سند آن است که مقررات آن بر پروژه‌هایی اعمال می‌شود که انجام آنها منوط به صدور مجوز از سوی مقامات ذیصلاح دولتی باشد. درحالی که اهمیت حفظ محیط زیست ایجاب می‌کند ارزیابی آثار زیست‌محیطی در مورد تمامی طرح‌هایی که ممکن است آثار زیست‌محیطی فرامرزی داشته باشند، اعمال شود. گذشته از این، کنوانسیون‌های متعدد زیست‌محیطی هم به چنین تعهدی توجه کرده‌اند؛ از جمله مواد ۷ (ج) و ۱۴ کنوانسیون تنوع زیستی، ماده ۸ پروتکل حمایت زیست‌محیطی الحاقی به معاهده قطب جنوب و نیز ماده ۴ کنوانسیون چارچوب تغییرات آب و هوایی<sup>۶۶</sup> ۱۹۹۲.

نمونه‌هایی از تجلی این اصل در حقوق بین‌الملل آب‌های فرامرزی را می‌توان در کنوانسیون اروپایی هلسینکی و توافقنامه آسه‌ان ۱۹۸۵ مشاهده کرد.<sup>۶۷</sup> کنوانسیون آبراه‌های سازمان ملل (۱۹۹۷) به صراحت به این اصل اشاره‌ای نمی‌کند، ولی این‌طور استدلال شده است که ارزیابی آثار زیست‌محیطی می‌تواند به‌طور ضمنی بخشی از دیگر وظایف شکلی، مثل تعهد به اطلاع‌رسانی، قلمداد شود.<sup>۶۸</sup> همچنین ماده ۱۲ این کنوانسیون تنها ماده‌ای است که از اصطلاح ارزیابی آثار زیست‌محیطی استفاده کرده است. شایان ذکر است قواعد برلین نیز بخشی را به این موضوع اختصاص داده است.<sup>۶۹</sup>

۶۵ اسما، سالاری، پیشین، ص ۱۳۳۷.

66. Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, (1991), Art. 8; Convention on Biological Diversity, (1992), pp. Arts. 7,14; United Nations Framework Convention on Climate Change, (1992), Art. 4(1)(f).

67. Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes, (1992), Art. 3(1)(h); ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources, (1985), Art. 14.

68. Phoebe N., Okowa, "Procedural Obligations in International Environmental Agreements", British Yearbook of International Law, 67(1) (1996), p. 279.

69. Convention on the Law of Non- Navigational Uses of International Watercourses (UN Watercourses Convention), (1997), Art. 12.

#### ۴. امکان سنجی تعهد دولت ترکیه به انجام ارزیابی آثار زیست‌محیطی

به‌منظور ارزیابی درجه الزام دولت ترکیه نسبت به تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی، لازم است منابع گوناگون حقوق بین‌الملل را که تعهدات حقوقی الزام‌آوری بر این دولت تحمیل می‌کنند، بررسی نماییم.

##### ۴.۱. تعهدات معاهده‌ای

چنان‌که گفته شد، مهم‌ترین سندی که ارزیابی آثار زیست‌محیطی را به‌طور خاص طرح کرده، کنوانسیون ارزیابی آثار زیست‌محیطی فرامرزی ۱۹۹۱، موسوم به کنوانسیون اسپو<sup>۷۰</sup> است. از آنجا که تعهدات این کنوانسیون تنها برای دولت‌های عضو آن الزام‌آور است و کشور ترکیه همچنان به این سند نیوسته است، تعهدی به رعایت مقررات آن ندارد. کنوانسیون آبراه‌های سازمان ملل نیز هرچند فاقد مقرره‌ای صریح در باب ارزیابی آثار زیست‌محیطی است، اما به‌طور کلی از سوی دولت ترکیه پذیرفته نشده است.

در حوضه رود دجله و فرات نیز اساساً هیچ توافق جامعی مابین دولت‌ها در خصوص مدیریت منابع آبی وجود ندارد و تنها برخی موافقت‌نامه‌ها و یا تفاهم‌نامه‌های دوجانبه در خصوص مسئله آب و یافتن زمینه مشترک صورت گرفته است.

در معاهدات تاریخی در سال ۱۹۲۰، اولین معاهده‌ای که به‌طور کامل به رودخانه دجله و فرات پرداخته بود، میان فرانسه (به‌عنوان قییم سوریه) و انگلستان (به‌عنوان قییم عراق) منعقد شد که فاقد مقرره‌ای در زمینه ارزیابی آثار زیست‌محیطی بوده است. اما در سال‌های بعد در ضمن پروتکل ضمیمه به پیمان مودت و حسن همجواری ۱۹۴۶ میان ترکیه و عراق<sup>۷۱</sup>، هر دو کشور بر تبادل اطلاعات مربوطه و مشاوره توافق کردند<sup>۷۲</sup> که می‌تواند به‌طور ضمنی تبادل اطلاعات زیست‌محیطی را دربر گیرد.

از دهه ۱۹۸۰ بود که توافقنامه‌های دوجانبه منعقدشده میان کشورهای عضو در زمینه

70. Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo, 1991).

71. Treaty of Friendship and Good Neighborly Relations between Turkey and Iraq, (1946).

72. UN-ESCWA, "Inventory of Shared Water Resources in Western Asia", Chapter 1: Euphrates River Basin, (2013), p. 70.

مدیریت منابع آبی اهمیت بیشتری پیدا کرد. در سال ۱۹۸۷، سوریه و ترکیه در زمینه همکاری اقتصادی پروتکلی امضا کردند که در آن ترکیه توافق نمود حداقل میانگین جریان ۵۰۰ متر مکعب بر ثانیه آب را در مرز سوریه آزاد کند. در توافقنامه دوم منعقد شده در سال ۱۹۹۰، سوریه و عراق توافق کردند ۴۲ درصد از میزان آب اندازه‌گیری شده در مرز سوریه و ترکیه به سوریه و ۵۸ درصد باقیمانده به عراق اختصاص داده شود.<sup>۷۳</sup>

شایان ذکر است که مذاکرات چندجانبه میان تمامی اعضا، معمولاً به دلیل مخالفت‌های ترکیه و ادعای آن کشور بر حاکمیت مطلق بر منابع آبی خود به توافق منجر نمی‌شود و این کشور فقط به موافقت‌نامه‌های دوجانبه همچون موافقت‌نامه ۱۹۸۷ بین سوریه و ترکیه که اجازه می‌دهد در هر ثانیه ۵۰۰ متر مکعب آب از مرز عبور کند، پایبند است. از سال ۱۹۹۷ تاکنون هیچ مکانیسم حقوقی الزام‌آور بین‌المللی از جانب ترکیه به امضا نرسیده است. این توافقنامه‌های دوجانبه موجود نیز عمدتاً فاقد مقرره‌ای در خصوص لزوم انجام تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی هستند. با وجود این، برخی کنوانسیون‌های زیست‌محیطی مرتبط می‌تواند تعهد کشور ترکیه به انجام ارزیابی آثار زیست‌محیطی پروژه‌هایی که ممکن است اثر منفی زیست‌محیطی قابل‌توجهی به دنبال داشته باشند، تضمین کند؛ از جمله این معاهدات، کنوانسیون تنوع زیستی ۱۹۹۲ است که در ماده ۱۴ به در نظر گرفتن روش‌های مناسب ارزیابی تأثیرات زیست‌محیطی پروژه‌های دارای آثار زیان‌بار تأکید می‌کند. بنابراین، با در نظر داشتن این موضوع که احداث سدهای بزرگ، از جمله سدهای پروژه گاپ، می‌تواند بر تنوع زیستی حوضه رود دجله و فرات تأثیر منفی داشته باشد، کشور ترکیه مکلف به انجام ارزیابی آثار زیست‌محیطی این پروژه پیش از آغاز آن بوده است.

#### ۲.۴. تعهدات عرفی

عرف بین‌المللی از تکرار رویه مستمر میان دولت‌ها به همراه اعتقاد به الزام‌آوری حقوقی ایجاد می‌شود و پس از شکل‌گیری عرف، این تعهد برای همه دولت‌ها الزام‌آور است؛ مگر دولت‌هایی که از ابتدای شکل‌گیری آن، به صورت صریح و مستمر به آن اعتراض کرده باشند.

شناسایی عناصر مادی و معنوی عرف معمولاً از طریق قوانین داخلی کشورها و بیان دیدگاه‌های آنها در مجامع بین‌المللی و یا طرز اقدام عملی آنها صورت می‌گیرد؛ هرچند برای تشکیل عنصر مادی، مشارکت همه دولت‌ها لازم نیست. بر اساس مطالعات صورت‌گرفته، امروزه تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی فعالیت‌هایی که پیامدهای زیان‌بار مهمی به دنبال دارند، در قوانین حدود ۱۸۳ کشور پذیرفته شده است.<sup>۷۴</sup> کشورهای ترکیه، عراق، ایران و سوریه نیز در قوانین زیست‌محیطی خود، تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی را مورد شناسایی و پذیرش قرار داده‌اند. البته قوانین این کشورها، به‌جز سوریه، به‌صراحت به لزوم انجام ارزیابی تأثیرات زیست‌محیطی در فعالیت‌هایی که آثار فرامرزی دارند، اشاره‌ای نمی‌کند. سکوت قوانین این دولت‌ها در این مورد، نمی‌تواند دلیلی بر اعتراض مستمر این کشورها به این تعهد باشد؛ حتی کشورهای ایران و عراق در اظهارات شفاهی خود علاقه‌مندی خود نسبت به پیوستن به کنوانسیون اسپو را بیان داشته‌اند. اما امروزه، نهادهای قضایی بین‌المللی، به‌ویژه دیوان بین‌المللی دادگستری، بهترین مرجعی است که به شناسایی قواعد عرفی بین‌المللی اقدام می‌کند. نقش رویه قضایی بین‌المللی در تفسیر قواعد موجود و نیز اعلام عرفی شدن قواعد، موجب شده است که ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به‌عنوان منبعی فرعی برای حقوق بین‌الملل شناخته شود؛ به این معنی که این مرجع قضایی به صورت مستقیم به قاعده‌سازی اقدام نمی‌کند، بلکه صرفاً وظیفه آن شناسایی قواعد موجود و رفع ابهامات آن قواعد در جهت سهولت رفع اختلافات میان دولت‌ها است.

با توجه به ابهاماتی که در باب ماهیت و محتوای اصل ارزیابی آثار زیست‌محیطی در عرصه حقوق بین‌الملل وجود داشت، رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری در برخی آرا به این مفهوم پرداخته است. نخستین بار در قضیه آزمایش‌های هسته‌ای دوم نیوزیلند علیه فرانسه بود که این بحث شناسایی شد<sup>۷۵</sup> و نیوزیلند در بیانیه شفاهی‌اش تعهد فرانسه به اجرای ارزیابی آثار زیست‌محیطی را قبل از هر پروژه مهمی که اثر منفی بر محیط زیست

74. Tesming, Yang, "The Emergence of the Environmental Impact Assessment Duty as a Global Legal Norm and General Principle of Law", *Hastings Law Journal*, 75, (525) (2019), p. 545.

75. ICJ, *The Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests*, (1995).



دریابی داشته باشد نه فقط بر مبنای معاهده<sup>۷۶</sup>، بلکه بر مبنای عرف بین‌المللی مطرح کرد<sup>۷۷</sup>. اما به دلیل عدم ورود دیوان به ماهیت دعوا، این نهاد نتوانست به این موضوع بپردازد<sup>۷۸</sup>. به همین دلیل، اولین بار دیوان در قضیه کارخانه‌های خمیر کاغذ در سال ۲۰۱۰ میلادی این مسئله را مد نظر قرار داد<sup>۷۹</sup>. در آن قضیه تعهد به اجرای ارزیابی آثار زیست‌محیطی از سوی آرژانتین مورد استناد قرار گرفت که ادعا می‌کرد مقامات اروگوئه‌ای مجوز ساخت کارخانه‌های خمیر کاغذ را بدون انجام ارزیابی آثار زیست‌محیطی کافی در مجاورت رود اروگوئه صادر کرده بودند<sup>۸۰</sup>. دیوان در این قضیه این تعهد را به‌عنوان یک رویه که در سال‌های اخیر از سوی دولت‌ها پذیرفته شده است، به‌نحوی که می‌تواند به‌عنوان یک قاعده حقوق بین‌الملل عام باشد، به رسمیت شناخت<sup>۸۱</sup>. دیوان در قضیه میان کشورهای کاستاریکا و نیکاراگوئه و در ضمن رأی صادره در سال ۲۰۱۵ نیز به بحث ارزیابی آثار زیست‌محیطی ورود کرد و سعی در رفع خالاهای رأی ۲۰۱۰ خود در قضیه کارخانه‌های خمیر کاغذ داشت. در این دعوا، طرفین اعلام کردند که عدم پیروی از این تعهد به نقض حقوق بین‌الملل محیط‌زیست، حقوق بین‌الملل عام و تعهدات کنوانسیون تنوع زیستی ۱۹۹۲ منجر شده است. دیوان پس از بررسی نهایی به این نتیجه رسید که تنها در مورد ساخت جاده، کاستاریکا با توجه به ماهیت و حجم پروژه و مکان ایجاد آن، متعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی بوده و چون شواهد حاکی از آن است که این اقدام صورت نگرفته، کاستاریکا تنها طبق حقوق بین‌الملل عام- و نه دیگر کنوانسیون‌های مورد استناد- مرتکب نقض قاعده حقوق بین‌الملل عام شده است<sup>۸۲</sup>. اگرچه اصطلاح «حقوق بین‌الملل عام»<sup>۸۳</sup> در رأی سال ۲۰۱۵ دیوان دارای ابهام بوده و ترکیبی است که می‌توان هر دو مفهوم حقوق

76. Convention for the Protection of the Natural Resources and Environment of the South Pacific Region, Noumea, 24 October 1986.

77. ICJ, *op. cit.*, p. 35.

78. *Ibid.*, p. 63.

79. ICJ, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina/Uruguay), Judgment, (2010), paras. 203-219.

80. *Ibid.*, paras. 22-118.

81. *Ibid.*, para. 204.

82. ICJ, Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica); Certain Activities Carried Out by Nicaraguain the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, (2015), paras. 155-156.

83. General international law

بین‌الملل عرفی یا اصول کلی حقوقی را از آن مستفاد نمود، اما این امر بسیار پذیرفته شده که منظور دیوان از حقوق بین‌الملل عام، حقوق بین‌الملل عرفی است.<sup>۸۴</sup> همچنین پذیرش گسترده این اصل در رویه دولت‌ها و آرای دیگر محاکم بین‌المللی مانند دیوان بین‌المللی حقوق دریاهای و دیوان دائمی داوری<sup>۸۵</sup> در کنار آرای دیوان بین‌المللی دادگستری حاکی از آن است که انجام ارزیابی آثار زیست‌محیطی طرح‌های دارای پیامدهای فرامرزی زیست‌محیطی، امروزه به‌عنوان یک قاعده عرفی بین‌المللی شناسایی می‌شود و برای همه دولت‌ها از جمله دولت ترکیه الزام‌آور است.

#### ۳.۴. اصول کلی حقوقی

اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده از سوی ملل متحد یکی دیگر از منابع موجود قواعد حقوقی است که در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان به آن اشاره شده است. اصول، ابزارهای انعطاف‌پذیری هستند که می‌توانند متناسب با موقعیت‌های خاص مورد استفاده قرار بگیرند و تعدیل شوند و خود از تعهداتی جزئی‌تر تشکیل شده‌اند. بنابر اعتقاد برخی از نویسندگان، از آنجا که ارزیابی آثار زیست‌محیطی مورد پذیرش اکثر نظام‌های حقوقی ملی قرار گرفته است و نیز در جامعه بین‌المللی ضرورت آن احساس می‌شود و تعهداتی جزئی مانند تعهد به غربالگری، ارزیابی تأثیرات، ارائه گزارش، بازبینی و مشارکت عموم، تصمیم‌گیری نهایی و نظارت و پیگیری مستمر را دربر می‌گیرد، امروزه این مسئله نیز در زمره یکی از اصول کلی حقوقی قرار گرفته است.<sup>۸۶</sup>

افزون بر این، می‌توان با رویکردی محتاطانه‌تر، انجام تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی را بخشی از تکالیف و تعهدات اجرای اصول کلی حقوقی شناسایی شده، مانند اصل احتیاط،

84. J. Bendel, and J. Harrison, "Determining the Legal Nature and Content of EIAs in International Environmental Law: What Does the ICJ Decision in the Joined Costa Rica v Nicaragua/Nicaragua v Costa Rica Cases Tell Us?", *Questions of International Law*, 42 (2017), p. 15.

85. See: Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, ITLOS Case No. 17 ('Sponsoring States Advisory Opinion'), 2011, para. 145; PCA, Case Concerning the South China dispute between Philippine and China, 2016, para. 948.

86. Tesming, Yang, *op. cit.*, pp. 558-562.

اصل پیشگیری و اصل تعهد به تلاش معقول، دانست. به این معنا که دولت‌ها برای انجام صحیح این اصول لازم است ابتدا از آثار منفی اقدام طراحی‌شده خود بر محیط زیست آگاه باشند تا بتوانند تدابیر احتیاطی و پیشگیرانه خود را به کار برده، نهایت تلاش خود را برای حفظ محیط زیست و حرکت در مسیر توسعه پایدار به کار گیرند. لذا در مورد پروژه گاپ هم ترکیه به دلیل متعهد بودن به اجرای این اصول کلی حقوقی زیست‌محیطی، لازم بود قبل از اجرای پروژه، تعهد خود به ارزیابی آثار زیست‌محیطی را به‌طور کامل و صحیح انجام می‌داد؛ در صورتی که فرایند ارزیابی زیست‌محیطی آن صورت نگرفته باشد، این کشور از نظر بین‌المللی برای عدم انجام تعهدات خود مسئولیت بین‌المللی خواهد داشت.

## ۵. راهکار پیشنهادی

با توجه به اینکه در برخی معاهدات میان کشورهای حوضه دجله و فرات که در آن تعهد به اجرای ارزیابی آثار زیست‌محیطی مقرر شده است، روش‌های حل و فصل اختلاف، از جمله رجوع به دیوان بین‌المللی دادگستری یا توسل به دیوان داور، مورد پذیرش قرار گرفته است که می‌توان از ظرفیت آن اسناد برای طرح دعوا علیه کشور ترکیه و ارزیابی وضعیت قانونی احداث این سدها استفاده کرد، اما معمولاً در رویه بین‌المللی، دولت‌ها سعی دارند نخست از راه‌های سیاسی به حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی اقدام نمایند. به همین منظور پیشنهاد می‌شود نهادهای ذی‌ربط در جمهوری اسلامی ایران و سایر کشورهای حوضه دجله و فرات با استفاده از روش‌های دیپلماتیک، کشور ترکیه را به انجام مذاکره و پذیرش یک موافقت‌نامه جامع در خصوص مدیریت منابع آبی دجله و فرات متقاعد نموده، در ضمن آن، تعهد به ارزیابی آثار زیست‌محیطی مستمر نسبت به پروژه‌های قبلی و ارزیابی آثار زیست‌محیطی دقیق پیش از ایجاد پروژه‌های جدید و ارائه گزارش کامل آن به کشورهای مستقر در حوضه آبریز دجله و فرات پیش‌بینی شود. به نظر می‌رسد استفاده از میانجی‌گری یک نهاد بین‌المللی مانند بانک جهانی و یا یک دولت تأثیرگذار بهتر می‌تواند رسیدن به این هدف را نزدیک سازد. اگرچه استفاده از روش‌های سیاسی، مانند ارجاع امر به شورای امنیت، به‌عنوان یک مسئله تهدیدکننده صلح و امنیت بین‌المللی نیز امکان‌پذیر است، اما نوع روابط میان دولت‌های حوضه دجله و فرات و ویژگی بالادستی ترکیه در آن

باعث می‌شود توسل به این روش وضعیت را دشوارتر نماید. بنابراین، لازم است در گام اول، دولت‌های پایین دست در یک بیانیه رسمی مشترک، مراتب اعتراض جدی خود را به مقامات ترکیه‌ای اعلام دارند و خواهان دستیابی به یک راه‌حل دوستانه شوند، زیرا سکوت در برابر اقدامات ترکیه نسبت به موضوع مدیریت آبراه‌های فرامرزی، نه تنها در برابر دجله و فرات بلکه نسبت به سایر رودهای فرامرزی که کشور ترکیه در آنها از وضعیت بالادستی برخوردار است، مانند رود ارس، می‌تواند امنیت آبی، زیست‌محیطی، سیاسی و بین‌المللی کشورهای منطقه را در خطر قرار دهد. همچنین دولت‌های پایین دست باید نهایت تلاش خود را به کار گیرند که یک نهاد همکاری آبی در حوضه دجله و فرات ایجاد شود تا همه کشورهای ذی‌نفع بتوانند به مدد کارشناسان فنی، سیاسی و حقوقی از منابع آبی موجود به روشی منصفانه و معقول بهره‌مند شوند. در این میان نقش کشور ایران که نسبت به سرشاخه‌های رود دجله بالادست محسوب می‌شود و به دلیل اهمیت مقابله با پدیده ریزگردها و حفظ تالاب هورالعظیم منافع مشترکی با دولت‌های پایین دست دارد، در دستیابی به یک توافقنامه مبتنی بر همکاری در این حوزه می‌تواند بسیار تأثیرگذار باشد.

### نتیجه

پروژه گاپ ترکیه که مشتمل بر ایجاد سدها و نیروگاه‌های برق آبی متعدد بر روی دجله و فرات است، می‌تواند در آینده‌ای نه‌چندان دور، کانون ایجاد بحران‌های زیست‌محیطی در منطقه، از جمله کاهش حجم آب ورودی دجله و فرات به کشورهای عراق و سوریه، خشک شدن تالاب هورالعظیم و تشدید پدیده ریزگردها در کشور ایران باشد. اگرچه بر اساس گزارش‌های ارائه شده به نهادهای حقوق بشری، ارزیابی آثار زیست‌محیطی دقیقی در ابتدای ساخت این پروژه از سوی کشور ترکیه صورت نگرفته، اما اجرای این تعهد از دیدگاه حقوق بین‌الملل ضرورت داشته و ترکیه به این طریق، تعهد بین‌المللی خود را در قبال سایر کشورهای اطراف در این حوضه آبریز نقض نموده است. منشأ الزام‌آوری این تعهد نسبت به ترکیه را می‌توان علاوه بر عضویت این کشور در برخی کنوانسیون‌های زیست‌محیطی مرتبط مانند کنوانسیون تنوع زیستی ۱۹۹۲، با توجه به استدلال‌های دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای کارخانه‌های خمیر کاغذ (۲۰۱۰) و فعالیت‌های معین انجام شده از

سوی نیکاراگوئه در مناطق مرزی و ساخت جاده در طول رود سن‌خوان (۲۰۱۵)، در شناسایی این تعهد به‌عنوان تعهدی عرفی دانست. نظر به اینکه کشور ترکیه از آغاز شکل‌گیری این تعهد به آن اعتراضی نکرده و حتی در قواعد داخلی خود لزوم انجام ارزیابی آثار زیست‌محیطی را به‌طور مطلق، یعنی هم در داخل و هم در فعالیت‌های فرامرزی مورد پذیرش قرار داده، به اجرای این تعهد در مورد پروژه گاپ نیز ملزم است. همچنین تعهد به انجام ارزیابی آثار زیست‌محیطی را می‌توان به‌عنوان تعهدی وابسته به برخی از اصول کلی حقوقی شناخته‌شده در حقوق محیط زیست، مثل اصل احتیاط، پیشگیری، اصل تلاش معقول در حفظ محیط زیست و با اندکی تسامح، اصل توسعه پایدار مورد شناسایی قرار داد.

به این ترتیب، لازم است کشورهای دیگر این حوزه، یعنی عراق، سوریه و ایران، در برابر سدسازی‌های بی‌رویه کشور ترکیه اعلام موضع نموده، سعی در حل اختلاف خود در این زمینه از طریق دیپلماسی آبی و با بهره‌گیری از ابزارهای حقوق بین‌الملل نمایند.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

۱. اردو، سارا، «ساخت سد ایلیسو در ترکیه در تضاد حقوق بین‌الملل»، دیپلماسی ایرانی، ۱۳۹۶: <<http://irdiplomacy.ir/fa/news/1969520/>>
۲. اکبری، نرگس و علی مشهدی، «تهدیدها و تعهدات زیست‌محیطی دولت ترکیه در اجرای پروژه گاپ نسبت به آثار سوء زیست‌محیطی در ایران»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۶۱ (۱۳۹۸).
۳. بنی‌حیب، محمدابراهیم؛ نجفی مرغملکی، سجاده؛ و محمدرضا پورطبری، محسن، «بررسی عوامل بروز گرد و غبار در غرب و جنوب کشور با تمرکز بر دلایل خشک شدن تالاب هورالعظیم و ارائه راهکارهایی برای احیای آن»، ششمین کنفرانس ملی مدیریت منابع آب ایران با رویکرد: پیوند اکولوژیکی با چرخه آب برای پایداری سرزمین، دانشگاه کردستان (۱-۳ اردیبهشت ۱۳۹۵).
۴. سالاری، اسماء، «ارزیابی اثرات زیست‌محیطی فرامرزی در حقوق بین‌الملل»، *مطالعات حقوق عمومی*، ش ۵۰ (۴) (۱۳۹۹).
۵. سلطان قیس، فرید و حسین علیزاده، «احداث سد ایلیسو در ترکیه و مغایرت آن با تعهدات فرامرزی در قبال همسایگان وفق حقوق بین‌الملل»، *علوم و فنون مرزی*، ش ۸ (۴) (۱۳۹۶).
۶. قائم‌مقامی، علی، «بحران آب و آب‌های جاری فرامرزی ترکیه و امنیت ملی و محیط‌زیست ایران»، *فصلنامه مطالعات منافع ملی*، سال دوم، ش ۷ (۱۳۹۶).
۷. میان‌آبادی، حجت، «ملاحظات سیاسی و امنیتی و حقوقی در مدیریت رودخانه‌های فرامرزی»، *فصلنامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل*، ش ۱ (۹) (۱۳۹۲).

## ب) انگلیسی

8. Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, ITLOS Case No 17 ('Sponsoring States Advisory Opinion'), (2011).
9. ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources, Kuala Lumpur, (1985).

10. Ayboga, Ercan, “Policy and Impacts of Dams in the Euphrates and Tigris Basin”, Paper for the Mesopotamia Water Forum Sulaymaniyah, Kurdistan Region of Iraq, (2019).
11. Bendel, J. and Harrison, J, “Determining the Legal Nature and Content of EIAs in International Environmental Law: What Does the ICJ Decision in the Joined Costa Rica v Nicaragua/Nicaragua v Costa Rica Cases Tell Us?”, *Questions of International Law*, 42 (2017).
12. Bilgen, Arda, “The Southeastern Anatolia Project (GAP) in Turkey: An Alternative Perspective on the major Rationales of GAP”, *Journal of Balkan and Near Eastern Studies*, 21(5) (2019).
13. Bremer, Nicolas C, “Transboundary Environmental Impact Assessment of Large Dams in the Euphrates–Tigris Region: An Analysis of International Law Binding Iran, Iraq, Syria and Turkey”, *RECIEL* 25 (1) (2016).
14. Convention on Biological Diversity, (1992).
15. Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, (1991).
16. Convention on the Law of Non- Navigational Uses of International Watercourses, (UN Watercourses Convention), (1997).
17. Convention on the protection and use of transboundary watercourses and international lakes, (1992).
18. Financial Tribune, “Imminent Danger of Turkish Dam for Iran, Iraq”, (2019):  
<<https://financialtribune.com/articles/environment/76236/imminent-danger-of-turkish-dam-for-iran-iraq>>.
19. Gillespie, Alexander, “Environmental Impact Assessments in International Law”, *RECIEL*, 17 (2) (2008).
20. ICJ, Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica); Certain Activities Carried Out by Nicaraguain the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, (2015).

21. ICJ, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina/Uruguay), Judgment, (2010).
22. ICJ, The Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests, (1995).
23. ILC, Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, (2001).
24. International Law Association (ILA), Berlin Rules on Water Resources, (2004).
25. Lossow, Tobias von, "More than Infrastructures: Water Challenges in Iraq", Clingendael Policy Brief, 2018: <[https://www.clingendael.org/sites/default/files/2018-07/PB\\_PSI\\_water\\_challenges\\_Iraq.pdf](https://www.clingendael.org/sites/default/files/2018-07/PB_PSI_water_challenges_Iraq.pdf)>.
26. Okowa, Phoebe. N, "Procedural Obligations in International Environmental Agreements", British Yearbook of International Law, 67(1) (1996).
27. PCA, Case Concerning the South China dispute between Philippine and China, (2016).
28. Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, (1991).
29. Rio Declaration on Environment and Development, (1992).
30. Ruozi, Elisa, "The Obligation to Undertake an Environmental Assessment in the Jurisprudence of the ICJ: A Principle in Search for Autonomy", European Journal of Risk Regulation, 8 (2017).
31. Savaresi, Annalisa, "Environmental Impact Assessment after the International Court of Justice decision in Costa Rica-Nicaragua and Nicaragua-Costa Rica: Looking backward, looking forward", *QIL*, Zoom-in 42 (2017).
32. Shamout, Nouar, M. and Glada Lahn, "The Euphrates in Crisis Channels of Cooperation for a Threatened River", Research Paper, Chatham House, (2015): <[https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field\\_document/20150413Euphrates\\_0.pdf](https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field_document/20150413Euphrates_0.pdf)>.
33. Treaty of Friendship and Good Neighborly Relations between Turkey and Iraq, (1946).



34. UNECE Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, (2003).
35. UNEP, “UNEP Goals and Principles of Environmental Impact Assessment”, (1987).
36. UN-ESCWA, “Inventory of Shared Water Resources in Western Asia”, Chapter 1: Euphrates River Basin, (2013).
37. United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), (1992).
38. Winton, R. Scott; Calamita, Elisa & Bernhard Wehrli, “Reviews and Syntheses: Dams, Water Quality and Tropical Reservoir Stratification”, Biogeosciences Discuss, (2019):  
<[https://www.researchgate.net/publication/330092286\\_Reviews\\_and\\_syntheses\\_Dams\\_water\\_quality\\_and\\_tropical\\_reservoir\\_stratification/link/5c2cf442299bf12be3a847df/download](https://www.researchgate.net/publication/330092286_Reviews_and_syntheses_Dams_water_quality_and_tropical_reservoir_stratification/link/5c2cf442299bf12be3a847df/download)>.
39. Yang, Tesming, “The Emergence of the Environmental Impact Assessment Duty as a Global Legal Norm and General Principle of Law”, Hastings Law Journal, 75(525) (2019).

### ج) فرانسوی

40. Al-Dbiyat Mohamed et Michel Mouton (éd.), *Stratégies d'acquisition de l'eau et société au Moyen-Orient depuis l'Antiquité*. (Beyrouth: Presses de l'Ifpo, 2009).
41. Bazin, Marcel et Stéphane de Tapia, “Le Projet de l'Anatolie du Sud-Est (GAP) dans son contexte national turc et régional moyen-oriental”, Bulletin de l'association de géographes français. Géographies, No. 92-2 (2015).
42. Bischoff, Damien, et Jean-François Pérouse, “La question des barrages et du GAP dans le Sud-Est anatolien: patrimoines en danger?”, Institut français d'études anatoliennes Georges Dumézil, (2003).
43. Clus, Owen, “Condenseurs radiatifs de la vapeur d'eau atmosphérique (rosée) comme source alternative d'eau douce”, Diss. (2007).

44. Dantin, Michel, "L'eau douce dans le monde. Comment gérer un bien commun? L'action de l'Europe", *Annales des Mines-Responsabilité et environnement*, N° 2(86) (2017).
45. Gabelle, François, "Le monde manquera-t-il bientôt d'eau?", *Science et changements planétaires/Sécheresse*, N° 6(1) (1995).
46. Mallet, Laurent, "Le Projet du sud-est anatolien (GAP): conflits autour d'un projet de développement", *Les conflits dans le monde*. Armand Colin, Chapitre 16, (2011).
47. Mazzucchi, Valeria Maria, "Le droit international des cours d'eau et les effets des grands barrages dans le Sud-Est anatolien", *Le Tigre, l'Euphrate et le barrage Ilisu*". Diss. University of Geneva, (2015).
48. Picard, Elizabeth, "Les problèmes de l'eau au Moyen-Orient: désinformation, crise de gestion et instrumentalisation politique", *Maghreb, Machrek, Monde arabe*, No. 138 (1992).

نشریه علمی مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال دوازدهم، شماره بیست و دو، بهار ۱۴۰۰، صفحات ۱۴۵-۱۷۲

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۱۰/۲۷

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۶/۲۹

## تأملی بر نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش فروش و قلمرو آن

فرزاد کرمی کلمتی<sup>۱</sup>

محمد صالحی مازندرانی<sup>۲</sup>

### چکیده

با انعقاد قرارداد پیش فروش، بخشی از عرصه یا زمین به نسبت سهم خریداری شده به پیش خریدار منتقل می شود. نظر به ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان و دیگر مواد این قانون، قرارداد پیش فروش به عنوان عقدی معین در کنار سایر عقود، واجد اوصافی از قبیل تملیکی، رضایی، معوض، لازم و منجز است. قانون گذار در ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان، ضمن تعیین مرجع صالح برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش فروش و الزامی دانستن حل و فصل اختلافات این قرارداد از طریق داوری، محدوده صلاحیت آن مرجع را نیز صرفاً تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد تعیین کرده است. از طرف دیگر، در همین قانون، الزاماتی برای طرفین قرارداد از جمله تنظیم قرارداد به صورت رسمی، تعیین داوران و درج حکم ماده ۲۰ قانون در قرارداد پیش بینی شده است که سکوت قانون گذار در خصوص ضمانت اجرای عدم رعایت موارد یاد شده بر داوری موضوع قانون سبب ایجاد اختلاف در رویه قضایی گردیده است. همچنین نبود اراده طرفین در ارجاع اصل اختلاف به داوری موجب ایجاد شبهه مبنی بر عدم صدق عنوان حقیقی داوری بر مرجع حل اختلاف موضوع ماده ۲۰ قانون می شود. نگارندگان مقاله حاضر در صدد پاسخگویی به ضمانت اجرای اشکال اول در کنار توجیه و تبیین ماهیت مرجع حل اختلاف قراردادهای پیش فروش هستند.

**واژگان کلیدی:** اوصاف قرارداد پیش فروش، تملیک تدریجی، داوری، داوری اجباری، قرارداد پیش فروش.

fkarami506@gmail.com

m.salehimazandarani@qom.ac.ir

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران

۲. دانشیار دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

## مقدمه

جلوگیری از حدوث اختلاف، نحوه برخورد با اختلافات به وجود آمده و چگونگی حل و فصل آن از اساسی‌ترین مشکلات موجود در عرصه صنعت ساختمان‌سازی و قراردادهای پیش‌فروش ساختمان است. در این میان مراجعه به دادگستری برای حل و فصل اختلاف، اغلب به دلیل «هزینه‌بر بودن»، «زمان‌بر بودن» و از همه مهم‌تر «عدم برخورداری از تخصص»، دست‌اندرکاران امر ساختمان را با مشکلات جدی مواجه می‌سازد. به همین دلیل این شیوه حل و فصل اختلافات تقریباً در کشورهای دیگر متروک شده است. این واقعیات قانون‌گذار را بر آن داشته است که به منظور تسهیل رسیدگی به اختلافات در این زمینه، کاستن از حجم پرونده‌های موجود در دستگاه قضایی کشور و نیز احیاناً با هدف جذب و تشویق سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی به فعالیت در این حوزه، و در نقطه مقابل به دلیل امتیازاتی که شیوه‌های جایگزین و خصوصی حل و فصل اختلافات نسبت به نوع دولتی آن دارد، حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش را در صلاحیت انحصاری هیئت داورى پیش‌بینی شده در قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ قرار دهد.<sup>۳</sup>

### ۱. ماهیت و اوصاف قرارداد پیش‌فروش و داوری موضوع آن

قرارداد پیش‌فروش ساختمان از نظر ماهیت، نهاد حقوقی مستقل با ساختاری منحصر است، زیرا از یک سو واجد انتقال حق مالکیت عرصه به پیش‌خریدار به نسبت سهم واحد پیش‌فروش شده است و از سوی دیگر بر اساس نظریه تملیک تدریجی نسبت به بنا و اعیانی ساخته شده، پیش‌خریدار مالک ساختمان شناخته می‌شود.

#### ۱.۱. ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان

ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان در مقام تعیین قلمرو خویش قرارداد پیش‌فروش ساختمان را این‌چنین تعریف کرده است: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک

۳. نیما، سکوتی و جواد، حسین‌زاده، «ماهیت، ویژگی‌ها و صلاحیت داوری در قانون پیش‌فروش ساختمان»، حقوق خصوصی، دانشگاه علم و فرهنگ، ش ۲ (۱۳۹۶)، صص ۲۸۳-۳۰۷.

رسمی زمین (پیش‌فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی یادشده با هر نوع کاربری از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش‌خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون «قرارداد پیش‌فروش ساختمانی» محسوب می‌شود.<sup>۴</sup> همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در تعریف ارائه‌شده در خصوص قرارداد پیش‌فروش از سوی قانون‌گذار آنچه مد نظر بوده هدف طرفین در قرارداد است، نه قالب انتخاب‌شده قرارداد از جانب طرفین. بنابراین چه قرارداد طرفین رسمی باشد، چه عادی و چه در آن داوران تعیین شوند یا قرارداد بدون تعیین داوران منعقد گردد، از نظر این قانون، قرارداد یادشده باید بر اساس هدف و انتظار نهایی طرفین تفسیر گردد. در واقع، قانون‌گذار با این تعبیر، اراده باطنی اشخاص را بر اراده ظاهری آنها ترجیح داده و توجه به شکل‌گرایی را در انعقاد قراردادها تضعیف نموده است. بنابراین اگر در قراردادی فروشنده به ساخت و تکمیل واحد ساختمانی مشخص در برابر خریدار متعهد باشد، این قرارداد سوای از قالب آن، یک قرارداد پیش‌فروش است؛ اعم از اینکه عنوان قراردادشان مبایعه‌نامه، قول‌نامه، صلح‌نامه، یا قرارداد واگذاری باشد؛ رسماً منعقد شده یا به صورت قرارداد عادی باشد؛ پیش‌فروشنده مالک زمین یا مالک رسمی منافع زمین باشد. بنابراین به موجب قانون همه اقسام قراردادهایی که ماهیت آن پیش‌فروش ساختمان باشد، قرارداد پیش‌فروش نامیده می‌شوند. ماده یک قانون پیش‌فروش ساختمان در جهت توجه به هدف و قصد طرفین در انعقاد قرارداد و عدم توجه قانون به قالب انتخابی آن از این جهت شبیه ماده ۱ قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶<sup>۴</sup> و همچنین تبصره ۱ ماده ۳۳ قانون ثبت است.<sup>۵</sup>

۴. ماده ۱ قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶: «هر محلی که برای سکنا یا کسب یا پیشه یا تجارت یا به منظور دیگری اجاره داده شده یا بشود، در صورتی که تصرف متصرف برحسب تراضی با مؤجر یا نماینده قانونی او، به عنوان اجاره یا صلح منافع و یا هر عنوان دیگری، به منظور اجاره باشد اعم از این که نسبت به مورد اجاره سند رسمی یا عادی تنظیم شده یا نشده باشد، مشمول مقررات این قانون است.»

۵. تبصره ۱ ماده ۳۳ ق.ت.ث: «کلیه معاملات با حق استرداد ولو آنکه در ظاهر معامله با حق استرداد نباشد مشمول جمیع مقررات راجعه به معاملات با حق استرداد خواهد بود اعم از این که معامله بین متعاملین محصور بوده و یا برای تأمین حق استرداد، اشخاص ثالثی را بای نحوکان مداخله داده باشند.»

## ۲.۱. اوصاف قرارداد پیش‌فروش ساختمان

نظر به ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان و دیگر مواد این قانون، قرارداد پیش‌فروش به‌عنوان عقدی معین در کنار سایر عقود، واجد اوصافی از قبیل تملیکی، رضایی، معوض، لازم و منجز است. قرارداد پیش‌فروش مطابق ماده ۱۳ قانون پیش‌فروش ساختمان که مقرر می‌دارد: «پیش‌خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش‌فروش شده می‌شود»، یک عقد تملیکی است. مطابق ماده ۱۵ قانون یادشده، عرصه و اعیان ملک پیش‌فروش شده قابل توقیف و تأمین به نفع طلبکاران پیش‌فروشنده نیست که این امر دلالت بر آن دارد که ملک به‌تدریج ساخت در ملکیت پیش‌خریدار قرار می‌گیرد.<sup>۶</sup> به عبارت دیگر، این قرارداد در زمان انعقاد صرفاً مقتضی تملیک را فراهم می‌آورد و تملیک نهایی منوط به «شرط» ساخت ساختمان است.<sup>۷</sup> قرارداد پیش‌فروش ساختمان از جنبه‌ای دیگر یک عقد رضایی است. هرچند ماده ۳ قانون پ.ف.س. مقرر می‌دارد، تنظیم قرارداد می‌بایست به‌وسیله سند رسمی باشد، لیکن ضمانت اجرای عدم رعایت این امر در ماده ۲۳ قانون و ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی حبس و جزای نقدی است و از لحاظ حقوقی فاقد ضمانت اجرا می‌باشد. ماده ۱ این قانون که مقرر می‌دارد هر قراردادی و با هر عنوان قرارداد پیش‌فروش است، توهم تشریفاتی بودن این عقد را از ذهن می‌زداید.

## ۳.۱. ماهیت داورى موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان

داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان، بنابر تقسیم‌بندی ارائه‌شده از داورى، داورى اجبارى قانونى و داورى اجبارى مطلق است.

### ۳.۱.۱. مفهوم داورى

برخی از حقوق‌دانان داورى را به اختصار به «فصل خصومت توسط غیر قاضی و بدون رعایت تشریفات رسیدگی دعاوی»<sup>۸</sup> تعریف کرده‌اند. درحالی که برخی دیگر به صورت

۶. عباسعلی، دارویی، «قرارداد پیش‌فروش ساختمان در قانون پیش‌فروش ساختمان»، فصلنامه حقوق، (۱۳۹۱)، صص ۱۴۷-۱۶۶.

۷. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷)، ص ۱۸۷.

۸. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، (تهران: گنج دانش، چ ۱۹، ۱۳۸۷)، ص ۲۸۴.

طولانی آن را چنین شرح داده‌اند: «داوری روشی است که با استفاده از آن دو یا چند شخص ذی‌نفع حل و فصل مسئله‌ای را به یک یا چند شخص دیگر محول می‌کنند که اختیاراتشان را از قرارداد خصوصی و نه مقامات یک دولت أخذ کرده‌اند و بر اساس این قرارداد باید مسئله مزبور را پیگیری نمایند و نسبت به آن تصمیم بگیرند».<sup>۹</sup> برخی دیگر داوری را «حل و فصل خصوصی اختلافات به وسیله قضات انتخاب شده بر مبنای اراده طرفین»<sup>۱۰</sup> می‌دانند. در تعریفی دیگر از داوری آمده است: «داوری فرایندی است که به موجب آن اختلاف طرفین نسبت به حقوق و تکالیف قانونی خود از طریق قضاوت یک یا چند نفر داور به جای مراجعه به دادگاه حل و فصل می‌گردد و تصمیم مزبور لازم‌الاجرا می‌باشد».<sup>۱۱</sup> در بند «الف» ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران داوری به این صورت تعریف شده است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی». عدم توجه به جنبه قضایی رسیدگی در داوری، لازم‌الاجرا بودن رأی داوری، حل و فصل اختلاف از سوی داوران بر اساس اصول حقوقی و قوانین موجد حق، از معایب این تعریف است.

با توجه به تعریف ارائه شده در خصوص داوری در قانون داوری تجاری بین‌المللی و ذکر معایب آن و با امعان نظر قرار دادن تعاریف ارائه شده از سوی سایر حقوق دانان، به نظر می‌رسد مناسب‌ترین تعریف در خصوص داوری به این صورت است: داوری فرایندی است که به موجب آن طرفین اختلاف به جای مراجعه به دادگاه جهت حل و فصل اختلاف خویش، اختلافات موجود یا احتمالی نسبت به حقوق و تعهدات خود را به داوری یک یا چند نفر ارجاع داده تا داور یا داوران بر اساس اصول حقوقی، اختلافات را حل و فصل نموده، رأی لازم‌الاجرا را صادر کنند.

### ۱.۳.۲. انواع داوری از لحاظ تأثیر اراده طرفین در ارجاع اختلاف به داوری

چنانچه طرفین اختلاف با تراضی یکدیگر، منازعه و اختلاف خود را به جای مراجعه به

9. Rene David, Arbitration in International Trade, Deventer, The Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983, P. 5.

۱۰. عباس، کریمی و حمیدرضا، پرتو، حقوق داوری داخلی، (تهران: دادگستر، چ ۱، ۱۳۹۱)، ص ۲۰.

۱۱. عبدالحسین، شیروی، داوری تجاری بین‌المللی، (تهران: سمت، چ ۵، ۱۳۹۴)، ص ۱۰.

دادگاه، به داوری یک یا چند نفر ارجاع داده تا داوران اختلاف یادشده را بر اساس مفاد قرارداد و اصول حقوقی فیصله داده، اقدام به صدور رأی نمایند، داوری اختیاری می‌باشد. ولی چنانچه ارجاع اختلاف طرفین به داوری رأساً از سوی قانون‌گذار باشد یا درج شرط داوری در ضمن قرارداد از سوی طرفین الزام قانون‌گذار باشد، داوری اجباری خواهد بود.

### ۱.۲.۳.۱. داوری اجباری

داوری اجباری آن است که ارجاع اختلاف طرفین به داوری رأساً از سوی قانون‌گذار پیش‌بینی شده یا قانون‌گذار طرفین قرارداد را به گنجاندن شرط داوری ضمن آن قرارداد ملزم نماید و طرفین در انتخاب این راه چندان اراده مؤثری ندارند. با توجه به تعریفی که از داوری اجباری ارائه گردید، این شکل از داوری خود به دو نوع داوری اجباری قراردادی و داوری اجباری به حکم قانون تقسیم می‌شود.

الف) داوری اجباری قراردادی یا داوری اجباری به موجب قرارداد شرط داوری. این قسم داوری اجباری به این شکل است که قانون‌گذار طرفین قرارداد را به گنجاندن شرط داوری ضمن قرارداد ملزم می‌کند. برای نمونه، ماده ۲۰ قانون توسعه سوم از این قسم است که در این خصوص اشاره می‌دارد: «رسیدگی، اظهارنظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هریک از تصمیم‌ها در امر واگذاری در صلاحیت هیأت داوری است و این موضوع در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام قید می‌شود و به امضای طرفین قرارداد می‌رسد».

ب) داوری اجباری قانونی (به حکم قانون) یا غیرقراردادی. چنانچه قانون‌گذار بنا بر مصالحی رأساً و بدون نیاز به توافق طرفین، ارجاع اختلاف آنها به داوری در موضوعی خاص را الزامی و اجباری اعلام نماید، داوری اجباری از نوع قانونی یا غیرقراردادی خواهد بود. به عبارت بهتر، مقصود مواردی است که بدون اینکه قراردادی راجع به داوری در میان باشد و طرفین بر ارجاع اختلاف خود به داوری توافق نمایند، اختلاف آنها به حکم قانون به داوری ارجاع می‌شود. برای مثال، ماده ۲۰ از قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ دی اشاره کرد که رسیدگی به کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در صلاحیت هیئت سه نفره داوری می‌داند.



داوری اجباری در سطح بین‌المللی در معاهدات و توافقنامه‌های میان کشورها نیز وجود دارد؛ به این صورت که با توافق دو کشور ممکن است اختلافات بین دو دولت یا اتباع آنها از طریق داوری حل و فصل گردد. برای نمونه، دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا به‌واسطه سرمایه‌گذاری شرکت‌های امریکایی در ایران و معاملات تجاری فی‌مابین، و مسئله گروگان‌گیری دیپلمات‌های امریکایی از سوی دانشجویان موسوم به خط امام و نیز انسداد کلیه حساب‌ها و اموال ایران از جانب امریکا، پس از انقلاب تشکیل شد و به‌موجب ماده واحده مورخ ۲۴ دی ۱۳۵۹ در مجلس مجوز آن اخذ گردید و به صورت قانونی شروع به کار کرد. حدود صلاحیت دیوان در ماده ۲ و بند ۴ ماده ۶ بیانیه حل و فصل و بندهای ۱۶ و ۱۷ بیانیه کلی ذکر شده است که با توجه به اینکه این نوع داوری نسبت به شرکت‌ها و اتباع دو کشور نیز جریان دارد و با عنایت به تصویب مجلس، از نوع اخیر داوری اجباری محسوب می‌شود.

نمونه دیگر از داوری اجباری قانونی در سطح بین‌المللی موافقت‌نامه میان دو یا چند کشور در زمینه ارجاع اختلافات به سازمان‌های داوری بین‌المللی است. برای نمونه در موافقت‌نامه نفتا (قرارداد تجارت آزاد امریکای شمالی) حل و فصل اختلافات بین اعضا به مرکز داوری ایکسید ارجاع شده است (ماده ۱۱۲۰). بند ۲ ماده ۸ قانون سرمایه‌گذاری آلبانی برای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مراجعه به سازمان داوری ایکسید را مقرر کرده است.<sup>۱۲</sup>

### ۱.۳.۲.۲. داوری اختیاری

داوری اختیاری آن است که طرفین اختلاف با تراضی، منازعه و اختلاف خود را به‌جای مراجعه به دادگاه از طریق داوری یک یا چند نفر حل و فصل کنند. داوری موضوع مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی اشاره به این نوع داوری دارد که بر این اساس، طرفین اختلاف می‌توانند قبل از بروز اختلاف یا پس از آن، اختلافات خود نسبت به حقوق، تعهدات و قراردادهایشان را به داوری ارجاع دهند.

12. unctad, consent to arbitration, un, new York, 2003, p. 11.

### ۱.۳.۳. داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان؛ داوری یا نهادی دیگر

تطبیق داوری اجباری و مصادیق آن با داوری با لحاظ نبود اراده طرفین در ارجاع اختلاف خویش به داوری یا انتخاب داوران در بعضی از مصادیق آن، همانند هیئت داوری بورس و قانون پیش‌فروش ساختمان، مشکل بوده و نیازمند بررسی در این زمینه و ذکر عوامل توجیه‌کننده‌ای است که باعث شده است قانون‌گذار حل و فصل اختلاف طرفین را در صلاحیت داوری بداند.

برخی از نویسندگان<sup>۱۳</sup> تعریف دیگری از داوری ارائه داده‌اند که شامل داوری اجباری نیز می‌شود و مبنای داوری را در هر حال، اراده و حکم قانون‌گذار می‌دانند؛ چراکه قانون‌گذار است که داوری را بخشی از نظام قضایی کشور می‌داند و برخی دعاوی را داوری‌پذیر و برخی را فاقد چنین قابلیت‌ای اعلام می‌کند. درحالی که به‌نظر می‌رسد این‌گونه نمی‌باشد و مبنای داوری در هر حال، اراده قانون‌گذار نیست، بلکه مبنای داوری اراده طرفین است، زیرا از یک طرف اگر طرفین قرارداد جهت حل و فصل اختلاف خود به داوری توافق نکنند، این اختلاف هرگز از طریق داوری حل و فصل نخواهد شد و از طرف دیگر در مجموع قوانین مختلف پیرامون داوری در خصوص اعلام ضوابط و شرایط داوری از جمله مواد ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۶۲، ۴۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی مبنای داوری اراده طرفین در نظر گرفته شده است. اما در خصوص داوری اجباری باید پذیرفت که مبنای آن حکم قانون‌گذار است و اراده طرفین در این خصوص تأثیر چندانی ندارد.

درنظر گرفتن تخصص افراد رسیدگی‌کننده به اختلاف در داوری اجباری در کنار سایر موارد ذکرشده، یکی از عواملی است که باعث شده قانون‌گذار اختلاف طرفین را رسماً به داوری اجباری ارائه دهد. بعضی از اختلافات و دعاوی حقوقی در برخی از رشته‌های حقوق مانند حقوق قراردادها، از چنان پیچیدگی برخوردار است که فقط متخصصان و اهل فن

۱۳. عباس، کریمی و حمیدرضا، پرتو، پیشین، ص ۱۹.

می‌توانند نسبت به آن اعلام نظر نمایند.<sup>۱۴</sup>

اگر صرفاً به جنبه تراضی و اراده طرفین در درج شرط داوری در قرارداد توجه گردد، از آنجایی که در داوری اجباری طرفین اراده‌ای در ارجاع اختلاف خود به داوری ندارند، لذا داوری اجباری را نباید یک نوع داوری به معنای خاص خود دانست. اما اگر به سایر ویژگی‌های داوری و مصالح و دلایل مدنظر قانون‌گذار که باعث اجباری اعلام کردن ارجاع بعضی از اختلافات به داوری شده است توجه گردد، باید داوری اجباری را نیز نوعی از داوری با ضوابط خاص خود محسوب کرد. از مزایا و ویژگی‌های داوری می‌توان به تراضی طرفین در ارجاع اختلاف خویش به داوری، انتخاب داوران از سوی طرفین، حل و فصل اختلافات خارج از دادگستری، حل و فصل اختلاف بر اساس اصول حقوقی بدون رعایت تشریفات دادرسی، سرعت در رسیدگی، کم‌هزینه بودن، و تخصصی بودن حل و فصل بعضی از اختلافات اشاره کرد. هرچند در بعضی از انواع داوری اجباری ممکن است یکی از این ویژگی‌ها مفقود باشد، اما این به معنای اینکه داوری اجباری داوری محسوب نمی‌شود، نیست. برای نمونه در بعضی از انواع داوری اجباری، هم ارجاع اصل اختلاف به داوری الزامی اعلام شده و هم هیئت داوری معین شده که در این موارد، یکی از ویژگی‌های داوری، یعنی انتخاب داوران از سوی طرفین اختلاف، مفقود است؛ درحالی که در بعضی دیگر از انواع آن، تنها ارجاع اصل اختلاف به داوری الزامی بوده، طرفین در انتخاب داوران مجازند. بنابراین نبود بعضی از ویژگی‌های داوری در برخی از داوری‌ها، همچون داوری اجباری، به این معنی نیست که چنین روش حل و فصل اختلاف، داوری نیست، بلکه این موارد نیز داوری محسوب می‌شود؛ منتها دارای آثار، ضوابط و شرایط خاص خود است. به عبارت دیگر، هرچند تراضی طرفین اختلاف و قرارداد در ارجاع اختلاف خود به داوری از مهم‌ترین خصایص و محاسن داوری محسوب می‌شود، لیکن برای سنجش این مسئله که روش حل و فصل اختلافی داوری شمرده می‌شود یا خیر، به‌نظر می‌رسد باید دو ملاک را در نظر داشت؛ یکی صدور رأی لازم‌الاجرا از ناحیه هیئت داوران، و دوم سلب صلاحیت از مراجع قضایی با وجود شرط داوری یا حکم قانون‌گذار. بنابراین با لحاظ این دو ملاک و

۱۴. ابوالفضل، مجدد، موارد الزامی ارجاع به داوری، (قم: ابتکار دانش، چ ۱، ۱۳۹۶)، ص ۴.

توجه به احکام خاص هر کدام از مصادیق داوری اجباری، باید گفت ارجاع الزامی اختلافات طرفین به داوری قطعاً داوری محسوب می‌شود، لیکن با شرایط خاص خود.

#### ۱.۳.۴. حدود تأثیر اراده طرفین در داوری موضوع قانون پیش فروش ساختمان

در داوری‌های اجباری با تعیین هیئت داوری، قانون‌گذار نه تنها اقدام به ارجاع الزامی اختلافات طرفین به داوری از طریق الزام آنها به درج شرط داوری ضمن قرارداد نموده، بلکه هیئت داوری رسیدگی‌کننده به اختلاف را نیز تعیین کرده است. بدیهی است در این حالت اراده طرفین تأثیری چه در ارجاع اختلاف به داوری و چه در انتخاب یا عزل داوران ندارد. اما در قسم دیگر از جمله داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان، طرفین امکان انتخاب داوران خویش را خواهند داشت. در قرارداد پیش‌فروش از آنجایی که طرفین قرارداد با اطلاع از مفاد قرارداد و فرض علم به الزام قانون‌گذار به درج شرط داوری ضمن آن، اقدام به انعقاد قرارداد و درج آن شرط می‌نمایند، اراده طرفین هرچند به صورت جزئی مشهود است. در مواردی که طرفین با توافق اقدام به درج شرط داوری ضمن قرارداد می‌نمایند نیز مادامی که با توافق یکدیگر از شرط یادشده عدول نکرده باشند باید اختلافات خود را از طریق داوری حل و فصل نمایند. اما منشأ الزام طرفین در این فرض، چه در انعقاد قرارداد اصلی و چه در درج شرط داوری اراده طرفین بوده، درحالی که در نوع اجباری آن، منشأ الزام طرفین به حل و فصل اختلاف خویش به وسیله داوری، حکم قانون‌گذار است، ولی طرفین در انعقاد اصل قرارداد، آزادی داشتند؛ بنابراین با اطلاع از چنین امری اقدام به پذیرش این قرارداد و شروط ضمن آن نموده‌اند.

در این نوع از داوری اجباری برخلاف انواع دیگر<sup>۱۵</sup> که داوران نیز از سوی قانون‌گذار انتخاب می‌شوند، هرچند اراده طرفین تأثیری در ارجاع اختلاف به داوری یا صرف‌نظر کردن از آن ندارد، اما طرفین خواهند توانست داوران دلخواه خویش را جهت حل و فصل اختلاف خود انتخاب نمایند. در این نوع از داوری محدوده اراده طرفین تنها شامل انتخاب داوران

۱۵. نمونه مشخص این قسم از داوری اجباری ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ است که حل و فصل تمامی اختلافات بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزار/ معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آنها «در صورت عدم سازش در کانون‌ها» را در صلاحیت هیئت داوری موضوع این قانون می‌داند.

بوده و در مقایسه با نوع دیگری از داورى اجبارى قانونى که حتى هیئت داورى نیز از سوى قانون گذار تعیین مى شود، اراده طرفین در روند داورى مشهودتر است. ماده ۲۰ از قانون پیش فروش ساختمان نمونه‌ای از این قسم از داورى است. ماده یادشده حل و فصل اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای قرارداد پیش فروش ساختمان را در صلاحیت داورى دانسته، بند ۱۰ از ماده ۲ این قانون نیز در مقام بیان شرایط قرارداد پیش فروش ساختمان، تعیین هیئت داورى رسیدگی کننده به اختلاف را به طرفین واگذار مى نماید.

### ۱.۳.۵. داورى موضوع قانون پیش فروش ساختمان؛ قانونى یا قراردادى

نظر به ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان که طرفین قرارداد را به درج شرط داورى ضمن قرارداد ملزم نکرده، بلکه حل و فصل اختلافات طرفین قرارداد را که ناشی از تعبیر و تفسیر و اجرای قرارداد پیش فروش باشد به داورى ارجاع مى دهد، باید داورى موضوع این قانون را داورى اجبارى قانونى به حکم قانون دانست، نه داورى اجبارى قراردادى. هرچند بند ۱۱ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان، طرفین را به گنجاندن حکم ماده ۲۰ در قرارداد پیش فروش ملزم مى نماید، لیکن این امر موجب تغییر ماهیت این نوع داورى نخواهد شد، چراکه اولاً منشأ الزام طرفین به حل و فصل اختلافات خویش از طریق داورى در قراردادهای پیش فروش، الزام قانونى موضوع ماده ۲۰ قانون یادشده است، نه الزام قراردادى همانند آنچه در داورى‌های اجبارى قراردادى دیده ایم. ثانیاً عدم درج حکم ماده ۲۰ در قرارداد پیش فروش، هیچ ضمانت اجرایی ندارد و در هر حال، حل و فصل اختلافات به طریق داورى الزامی است. ثالثاً بند ۱۱ ماده ۲ قانون یادشده برخلاف موارد داورى اجبارى قراردادى که قانون گذار طرفین قرارداد را به گنجاندن «شرط داورى» ضمن قرارداد خود ملزم نموده، آنها را به درج «شرط داورى» مکلف نکرده، بلکه جهت آگاهی طرفین قرارداد از حکم ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان، تنظیم کنندگان قرارداد پیش فروش را که عمدتاً بنگاه‌های املاک و دفاتر اسناد رسمى هستند ملزم به درج حکم ماده ۲۰ قانون پیش فروش و نه درج شرط داورى در قرارداد نموده است. بنابراین درج «شرط داورى» با درج حکم قانون گذار مبنی بر ارجاع الزامی اختلاف به داورى در قرارداد به جهت آگاهی طرفین از آن حکم، تفاوت اساسی دارد؛ به همین دلیل، بند ۱۱ ماده ۲ قانون پیش فروش ساختمان درج

حکم قانون‌گذار را الزامی دانسته است و نه درج «شرط داوری»؛ از این رو داوری موضوع این قانون، داوری اجباری قانونی است.

## ۲. قلمرو داوری موضوع قانون پیش‌فروش ساختمان

قانون‌گذار در صدر ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر کرده است: «کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش از سوی هیئت داوران ... انجام می‌پذیرد...»، در واقع، قانون‌گذار ضمن تعیین مرجع صالح برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش، محدوده صلاحیت آن مرجع را نیز صرفاً تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان تعیین کرده است. برابر این ماده، هیئت داوران به کلیه اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش ساختمان رسیدگی کرده، تعیین تکلیف تمامی دعاوی و اختلافات برگرفته از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد به‌عهدۀ آنان خواهد بود؛ به دیگر سخن، صلاحیت‌های هیئت داوری قانون پیش‌فروش ساختمان در سه مورد تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش خلاصه می‌شود. اینک بعد از مشخص شدن محدوده صلاحیت هیئت داوری در این قانون، شایسته است مفهوم و گسترۀ این صلاحیت‌ها تبیین شود.

### ۲.۱. تعبیر قرارداد

تعبیر در لغت به معنی بیان خواب کردن و خبر دادن از مراد آن، تفسیر کردن سخن، معنی را به گونه الفاظ درآوردن، تفسیر و تأویل و بیان و توصیف و گزاره و گزارش، به‌کار رفته<sup>۱۶</sup> و در جایی دیگر به معنی به عبارت آوردن، خواب را تفسیر کردن و شرح دادن آمده است<sup>۱۷</sup>. ظاهراً مقصود قانون‌گذار از «تعبیر» قرارداد، تعیین وضعیت حقوقی قرارداد از حیث صحت، بطلان و دیگر وضعیت‌های حقوقی قرارداد است. با این وصف، معنی حقوقی تعبیر به معنی لغوی آن که همانا از جمله به عبارت آوردن است، نزدیک می‌شود. افزون بر این، مقدم داشتن عبارت «تعبیر» بر «تفسیر» در صدر ماده ۲۰، این

۱۶. علی‌اکبر، دهخدا، لغتنامه، ج ۹، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۳۷)، ص ۷۷۵.

۱۷. محمد، معین، فرهنگ معین فارسی، (تهران: زرین، ۱۳۸۶)، ص ۴۳۹.

نظر را تقویت می‌کند؛ چه آنکه تفسیر قرارداد علی‌القاعده باید فرع بر تعبیر آن باشد؛ به سخن دیگر، تعبیر قرارداد مقدم بر تفسیر آن بوده و اغلب تفسیر قرارداد در مرحله دوم قرار دارد. بعد از تعبیر است که نوبت به تفسیر قرارداد می‌رسد، زیرا قبل از آنکه وضعیت حقوقی قرارداد مشخص شود، نمی‌توان قرارداد را تفسیر کرد. در حقیقت، قرارداد باطل در عالم حقوق واجد اثر حقوقی نیست تا نیاز به تفسیر داشته باشد. از دیگر سو، به کار بردن ویرگول (،) پس از کلمه «تعبیر» و جدا ساختن آن از واژه «تفسیر» دلیل دیگری است که نشانگر تمایز مفاهیم و معانی آن‌ها از یکدیگر در نظر قانون‌گذار است؛ چراکه مقنن برای مثال، نگفته است تعبیر یا تفسیر قرارداد تا به این اعتبار قائل به اتحاد معانی آن دو شود، بلکه آن دو را کاملاً از هم جدا ساخته و همین امر گویای متفاوت بودن معانی آن‌ها در نظر قانون‌گذار است. شایان ذکر است که واژه «تعبیر» مفهومی ناشناخته و نامأنوس در فرهنگ و ادبیات حقوقی ایران است؛ بنابراین به کار بردن آن در این قانون قابل انتقاد است، زیرا می‌تواند تفاسیر مختلفی در پی داشته باشد و سبب پدید آمدن اختلاف نظر در تبیین معنی آن شود و به شکل‌گیری رویه‌های متعدد منجر گردد.<sup>۱۸</sup>

## ۲.۲. «تفسیر» قرارداد

از آنجا که تمامی موضوعات قرارداد پیش‌فروش ساختمان از قبل قابل پیش‌بینی نیست و نمی‌توان درباره تمام جزئیات تمهیدات لازم را اندیشید، در عمل مسائلی حادث می‌شود که ناگزیر باید قرارداد را بر اساس اراده طرفین و عرف تفسیر کرد. برخلاف «تعبیر» که مفهومی ناشناخته است، «تفسیر» قرارداد واژه‌ای شناخته‌شده و دارای مفهومی روشن است. صاحب‌نظران از تفسیر تعاریف مختلفی ارائه کرده‌اند. برخی معتقدند تفسیر عبارت است از: تشخیص مفهوم مقررات قرارداد با هدف اینکه مضمون و مفاد عقد به درستی روشن شود<sup>۱۹</sup>؛ برخی دیگر تفسیر را به معنی تشخیص ماهیت و مفاد و طرف‌های قرارداد بر اساس اراده مشترک انشاکنندگان آن و مقررات قانونی دانسته‌اند.<sup>۲۰</sup> صرف‌نظر

۱۸. نیما، سکوتی، جواد، حسین زاده، پیشین، صص ۲۹۶-۳۰۱.

۱۹. ناصر، کاتوزیان، پیشین، ص ۱۴.

۲۰. مهدی، شهیدی، اصول قراردادهای و تعهدات، (تهران: مجد، ۱۳۸۵)، ص ۲۹۲.

از تعاریف یادشده، تفسیر قرارداد پیش فروش زمانی اتفاق می افتد که مفاد قرارداد به دلیل ابهام یا تعارض عبارات روشن نباشد. در چنین مواقعی مرجع صالح برای کشف و احراز قصد مشترک متعاقدين اقدام به تفسیر می کند. آنچه باید محور تفسیر قرار گیرد، قصد مشترک طرفین است، زیرا تفسیر قرارداد جز کشف اراده مشترک طرفین بر اساس قوانین تکمیلی و عرف نیست.

افزون بر این، تفسیر قرارداد پیش فروش با هدف تعیین حدود تعهدات طرفین آن در مواردی که تخلف از شرایط اختصاصی آن صورت می گیرد، می تواند مطرح شود؛ توضیح اینکه قانون پیش فروش ساختمان در کنار شرایط عمومی صحت قراردادها، شروط دیگری را هم برای قرارداد پیش فروش در نظر گرفته است که از آنها می توان به عنوان شرایط اختصاصی این قرارداد نام برد؛ از جمله اتمام عملیات پی ساختمان در زمان انعقاد قرارداد (بند ۴ ماده ۴)، انجام دادن حداقل ۳۰ درصد تعهدات به عهده گرفته در برابر مرجع صادرکننده پروانه در صورت واقع شدن واحد ساختمانی در مجموعه های احداثی مانند شهرک (تبصره ماده ۴)، و پرداخت حداقل ۱۰ درصد از بها هم زمان با عقد قرارداد (ماده ۱۱). بنابراین، در صورت اختلاف طرفین در این خصوص نیز هیئت داوری باید به تفسیر قرارداد و کشف اراده طرفین اقدام کند.

یکی دیگر از مواردی که ممکن است داوران با آن مواجه شوند تشخیص ماهیت قرارداد منعقدشده از سوی طرفین است. به این معنا که ممکن است قصد واقعی طرفین پیش فروش و پیش خرید ساختمان باشد، ولی به لحاظ پاره ای از ملاحظات، از جمله گریز از قواعد امری قانون پیش فروش ساختمان، از انتخاب عنوان پیش فروش برای قرارداد خود اجتناب ورزند و آن را با عنوان دیگری نام گذاری کنند. قانون گذار به منظور پیشگیری از چنین اقدامی در ماده ۱ قانون پیش گفته در خصوص ماهیت قرارداد یادشده چنین مقرر می دارد: «هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین متعهد شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری، از ابتدا یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی، به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید، از نظر مقررات این



قانون «قرارداد پیش‌فروش ساختمان» محسوب می‌شود». عبارت «هر قراردادی با هر عنوان» در این ماده، از لحاظ ماهوی واجد اهمیت بوده و مبین دیدگاه قانون‌گذار مبنی بر استقلال این قرارداد از سایر عقود است. در حقیقت، علت وضع این ماده تأکید بر امری بودن مقررات یادشده در قانون پیش‌فروش است تا طرفین قرارداد نتوانند با تغییر عنوان قرارداد خلاف مندرجات این قانون توافق کنند. پس یکی از مهم‌ترین وظایف داوران تشخیص ماهیت قرارداد پیش‌فروش و تسری احکام امری این قانون بر روابط طرفین است، زیرا به‌نظر می‌رسد هدف از وضع این قانون حفظ نظم عمومی و حمایت از طبقه پیش‌خردار در برابر مالک است. عرضه کالا در دست مالکان است و پیش‌خرداران ناچارند برای تأمین محل سکونت یا کار خود آن را با هر شرایطی تهیه کنند. بنابراین قانون به حمایت از این گروه مصرف‌کننده برخاسته و قالبی آماده ساخته است تا در حدود آن پیش‌خرداران از تجاوز احتمالی مالکان در امان بمانند. پس داوران نیز باید با قانون‌گذار در این خصوص هم‌داستان شده، اراده باطنی اشخاص را بر اراده ظاهری آن‌ها ترجیح دهند.

### ۳.۲. اجرای قرارداد

اجرای قرارداد پیش‌فروش از آن جهت اهمیت دارد که هدف از انعقاد آن را متجلی می‌سازد. لزوم اجرای قرارداد از اراده اطراف آن ناشی شده و ازجمله مستند به اصل حاکمیت اراده است.<sup>۲۱</sup> به اجرای قرارداد در قانون مدنی وفای به عهد گفته شده است (بند ۱ ماده ۲۶۴ ق.م). حقوق‌دانان در تعریف آن گفته‌اند: «عملی است که به‌موجب آن متعهد آنچه را در قرارداد به‌عهده گرفته است انجام می‌دهد»<sup>۲۲</sup>.

به‌طور طبیعی، بر اساس قرارداد پیش‌فروش ساختمان، حقوق و تعهداتی برعهده طرفین آن نهاده می‌شود؛ برای مثال، ساخت یا تکمیل ساختمان مطابق با قرارداد پیش‌فروش (ماده ۱۰)، تحویل ساختمان (قسمت اول بند ۷)، تأدیة جریمه تأخیر در انجام تعهد (ماده ۶)، پرداخت خسارت ناشی از عیب بنا و تجهیزات آن و نیز خسارت ناشی از عدم رعایت ضوابط قانونی (ماده ۹)، تنظیم سند رسمی انتقال قطعی (قسمت دوم بند ۷)، ازجمله تعهدات

۲۱. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳)، ص ۱۴۷.

۲۲. ناصر، کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۳.

پیش‌فروشنده است. در مقابل، پرداخت بهای قراردادی (ماده ۱۶) و تحویل گرفتن ساختمان از جمله مهم‌ترین تعهدات پیش‌خریدار است. روشن است تعهدات هریک از طرفین متناظراً حقوقی را برای طرف دیگر ایجاد می‌کند؛ به‌گونه‌ای که وی را قادر می‌سازد تا ایفای عهد را از متعهد آن بخواهد. قانون‌گذار نهاد داوری را مرجع صالح رسیدگی به اختلافات ناشی از «اجرای» قرارداد پیش‌فروش تعیین کرده است. بر این اساس، چنانچه در اجرای قرارداد پیش‌فروش اختلافی بین طرفین آن ایجاد شود، هیئت داوری معینی به اختلافات پیش‌آمده رسیدگی و آن‌ها را حل و فصل خواهد کرد.

### ۳. تأثیر عدم رعایت موارد مندرج در مواد ۲ و ۳ قانون پیش‌فروش بر داوری موضوع ماده ۲۰ قانون

آنچه نیاز به بررسی دارد، تأثیر عدم رعایت و درج موارد یازده‌گانه در ماده ۲ قانون<sup>۲۳</sup> و تنظیم نشدن سند رسمی قرارداد پیش‌فروش و درجه الزام ناشی از واژه «باید» به‌کاررفته در

۲۳. ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان در مقام بیان شرایط قرارداد پیش‌فروش ساختمان مقرر می‌دارد «در قرارداد پیش‌فروش باید حداقل به موارد زیر تصریح شود:

- ۱- اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی یا حقوقی
- ۲- پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک
- ۳- اوصاف و امکانات واحد ساختمانی مورد معامله مانند مساحت اعیانی، تعداد اتاق‌ها، شماره طبقه، شماره واحد، توقفگاه (پارکینگ) و انباری
- ۴- مشخصات فنی و معماری ساختمانی که واحد در آن احداث می‌شود مانند موقعیت، کاربری و مساحت کل عرصه و زیربنا، تعداد طبقات و کل واحدها، نما، نوع مصالح مصرفی ساختمان، سیستم گرمایش و سرمایش و قسمت‌های مشترک و سایر مواردی که در پروانه ساخت و شناسنامه فنی هر واحد قید شده یا عرفاً در قیمت مؤثر است.
- ۵- بها یا عوض در قراردادهای معوض، تعداد اقساط و نحوه پرداخت
- ۶- شماره قبوض اقساطی برای بها، تحویل و انتقال قطعی
- ۷- زمان تحویل واحد ساختمانی پیش‌فروش شده و تنظیم سند رسمی انتقال قطعی
- ۸- تعیین تکلیف راجع به خسارات، تضمین‌ها و قرارداد بیمه‌ای، تغییر قیمت و تغییر مشخصات مورد معامله
- ۹- تعهدات پیش‌فروشنده به مرجع صادرکننده پروانه و سایر مراجع قانونی
- ۱۰- معرفی داوران

۱۱- احکام مذکور در مواد (۶)، (۷) و (۸) و تبصره آن، (۹)، (۱۱)، (۱۲)، (۱۴)، (۱۶) و (۲۰) این قانون». همچنین ماده ۳ این قانون مقرر داشته است: «قرارداد پیش‌فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید با رعایت ماده (۲) این قانون از طریق تنظیم سند رسمی نزد دفاتر اسناد رسمی و با درج در سند مالکیت و ارسال خلاصه آن به اداره ثبت محل صورت گیرد».

مواد یادشده است. ضمانت اجرای موارد یازده‌گانه موضوع ماده ۲ قانون یکسان نیست؛ چه آنکه برخی از بندهای آن ناظر به شروط لازم برای صحت قرارداد و برخی دیگر ناظر به دیگر جنبه‌های قرارداد است. برای صحت قرارداد پیش‌فروش ساختمان نیز مانند هر قرارداد دیگری، باید شرایط اساسی صحت معاملات موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی<sup>۳۴</sup> جمع باشد. در این راستا برخی از بندهای مندرج در ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، ناظر به این گونه از شرایط صحت است؛ از این رو در این گفتار به بررسی بندهای ناظر به شرایط صحت قرارداد و همچنین سایر شرایط مقرر در ماده ۲ پرداخته می‌شود. در پایان نیز تأثیر عدم تنظیم سند رسمی برای قرارداد پیش‌فروش و تأثیر آن بر ماده ۲۰ قانون مطالعه می‌گردد.

### ۳. ۱. ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط لازم برای صحت قرارداد پیش‌فروش ساختمان

بندهای ۱ تا ۵ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، یعنی تعیین اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی و حقوقی، پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک، اوصاف و امکانات واحد ساختمانی و مشخصات فنی و معماری آن، و بها یا عوض قراردادی، ناظر به شروط لازم برای صحت این قراردادها بوده، عدم رعایت آنها به جهت ارتباط با شرایط اساسی صحت معاملات، می‌تواند بطلان قرارداد را در پی داشته باشد. شایان ذکر است پرداخت حداقل ده درصد از بها هم‌زمان با انعقاد قرارداد، از جمله شرایط اختصاصی تشکیل این قرارداد در کنار سایر شرایط عمومی لازم معرفی شده است. وانگهی به نظر می‌رسد عدم رعایت آن سبب خروج رابطه حقوقی طرفین قرارداد از شمول قانون پیش‌فروش شده، باعث می‌شود که طرفین امتیازات پیش‌بینی شده در این قانون را از دست بدهند و از حمایت‌های آن محروم شوند، نه اینکه هیچ‌گونه قراردادی میان آنها منعقد نشود. موضوع قراردادهای پیش‌فروش عبارت است از: تعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص به منظور انتقال مالکیت آن. در نتیجه، زمان اجرای تعهد در آینده از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، زیرا از جمله مقاصد اصلی پیش‌خریدار زمان تحویل ساختمان یا واحد

۳۴. ماده ۱۹۰ قانون مدنی «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها ۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد ۴- مشروعیت جهت معامله».

پیش‌فروش شده است. قانون‌گذار به همین منظور در بند ۷ ماده ۲ قانون یادشده مقرر می‌دارد که باید زمان تحویل واحد ساختمانی پیش‌فروش شده در قرارداد ذکر شود. ظاهراً نتیجه عدم ذکر زمان تحویل، بطلان قرارداد خواهد بود. نکته قابل توجه اینکه قانون‌گذار در ادامه این بند می‌گوید: به زمان تنظیم سند رسمی انتقال قطعی نیز اشاره شود. به نظر می‌رسد عدم رعایت این قسمت از ماده نمی‌تواند بطلان قرارداد را در پی داشته باشد، زیرا چنان‌که پیش‌تر نیز بیان شد، آنچه از جمله مقاصد اصلی پیش‌خریدار تلقی می‌شود، زمان تحویل و به تبع آن، تحویل واقعی واحد ساختمانی پیش‌فروش شده است، نه تنظیم سند رسمی انتقال قطعی. در واقع، یک توافق ضمنی بین طرفین وجود دارد که تنظیم سند رسمی انتقال قطعی به نام پیش‌خریدار بعد از اتمام عملیات ساختمانی صورت گیرد. بنابراین باید بر این باور بود که اگر زمان تحویل واحد ساختمانی پیش‌فروش شده مشخص شود، اما زمان تنظیم سند رسمی انتقال قطعی مجهول بماند، می‌توان به‌طور تلویحی زمان تنظیم سند رسمی انتقال قطعی را همان زمان تحویل دانست<sup>۲۵</sup>.

بدیهی است فقدان شرایط صحت قرارداد پیش‌فروش ساختمان موجب بطلان آن می‌شود و در صورت حدوث اختلاف ناشی از قرارداد مربوط، از جمله استرداد عوض قراردادی و خسارات، دادگاه‌ها صالح به رسیدگی خواهند بود و داوری موضوع قانون به تبع بطلان قرارداد از بین می‌رود.

### ۳.۲. تأثیر عدم تعرفه داوران در قرارداد بر داوری موضوع ماده ۲۰ قانون

عدم تعرفه داوران موضوع بند ۱۰ ماده ۲ قانون از دیگر مواردی است که بررسی ضمانت اجرای آن از اهمیت زیادی برخوردار است. اصولاً الزام طرفین یک قرارداد از سوی قانون‌گذار مبنی بر تعیین داوران قبل از بروز اختلاف معایب زیادی داشته، در عوض این حسن را دارد که اگر قبل از بروز اختلاف داوران تعیین شده باشند، از آنجایی که در مرحله بروز اختلاف توافق طرفین جهت انتخاب داوران مشکل و عدم همکاری طرفی که از تعهدات قانونی و قراردادی خویش شانه خالی کرده مبنی بر تعیین داور اختصاصی و توافق

۲۵. جلیل، قنوتی و همکاران، «ضمانت اجرای نقض مقررات ماهوی قانون پیش‌فروش ساختمان»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۷، (۱۳۹۴)، ص ۱۲۵-۱۴۸.

بر داور سوم محتمل بوده، مراجعه به دادگاه برای تعیین داوران و مشکلات آن وجود نخواهد داشت. در مقابل، الزام طرفین به انتخاب داوران قبل از بروز اختلاف معایی به شرح زیر دارد:

نخست اینکه با توجه به اینکه مشخص نیست در آینده در چه مرحله‌ای از موضوع قرارداد پیش‌فروش بین طرفین اختلاف حادث گردد، در نتیجه انتخاب داور از قبل تعیین شده که ممکن است اطلاعات کافی و لازم نسبت به موضوع مورد اختلاف نداشته باشد باعث محروم شدن طرفین از انتخاب داور ذی‌صلاح می‌شود.

دوم، ممکن است هیچ وقت اختلافی حاصل نشود و در این صورت الزام طرفین مبنی بر معرفی داوران در قرارداد پیش‌فروش باعث پرداخت حق‌الزحمه به داورانی شود که هرگز به اختلافی رسیدگی نکرده‌اند.

سوم، تعیین اشخاص معین به‌عنوان داور این اشکال را دارد که در صورت عدم امکان رسیدگی از سوی داور یا فوت یا استعفای ایشان ممکن است مشکلات مربوط به ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی<sup>۲۶</sup> برای طرفین ایجاد شود؛ هرچند از آنجایی که در داور اجباری با وجود حکم قانون‌گذار مبنی بر ارجاع الزامی اختلاف به داور، دادگاه‌های دادگستری در هر حال، صلاحیت رسیدگی به اختلاف مربوط به آن را ندارند و در صورتی که برای داوران تعیین شده در قرارداد پیش‌فروش موارد یادشده در ماده ۴۶۳ پیش‌آید، طرفین باید برای تعیین داوران دیگر توافق نمایند؛ در غیر این صورت، یکی از طرفین خواهد توانست با مراجعه به دادگاه تقاضای تعیین داوران را بنماید، لیکن این مورد هم محتمل است که قضات ماده ۴۶۳ را اعمال نموده، به موضوع اختلاف رسیدگی کنند که این رسیدگی به‌نظر بنابر آنچه گفته شد صحیح نبوده، از موجبات نقض است.

عدم تعیین داوران در قرارداد پیش‌فروش ضمانت اجرایی ندارد، چراکه اولاً با توجه به عبارات کلی «هر قراردادی» و «به هر عنوان» در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان،

۲۶. ماده ۴۶۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹: «هر گاه طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف بین آنها شخص معینی داور نماید و آن شخص نخواهد یا نتواند به عنوان داور رسیدگی کند و به داور یا داوران دیگری نیز تراضی ننماید، رسیدگی به اختلاف در صلاحیت دادگاه خواهد بود.»

قرارداد پیش‌فروشی که بدون تعیین داوران باشد نیز قرارداد پیش‌فروش خوانده می‌شود و قراردادی که عنوان قرارداد پیش‌فروش را داشته باشد، به حکم همان ماده واجد تمام مزایای این قانون خواهد بود و ثانیاً اصل صحت اقتضای این را دارد که قرارداد پیش‌فروش ساختمان بدون تعیین داوران صحیح باشد، زیرا در قانون پیش‌فروش ساختمان ضمانت اجرایی برای عدم تعیین داوران پیش‌بینی نشده و این مورد از شرایط اساسی صحت قرارداد پیش‌فروش نیز نبوده است؛ در نتیجه، بند ۱۰ ماده ۲ قانون ضمانت اجرایی ندارد. بنابراین از آنجایی که قسمت پایانی ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان داورى موضوع این قانون را تابع مقررات آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دانسته، در صورت عدم تعیین داوران در قرارداد پیش‌فروش و حدوث اختلاف، در صورت عدم توافق در انتخاب داوران، یکی از طرفین می‌تواند داور خود را معین کرده، به وسیله اظهارنامه رسمی به طرف مقابل معرفی و درخواست تعیین داور نماید و یا نسبت به تعیین داور ثالث تراضی کند. در این صورت طرف مقابل مکلف است ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه داور خود را معرفی و یا در تعیین داور ثالث تراضی نماید. هرگاه تا انقضای مدت یادشده اقدام نشود، ذی‌نفع می‌تواند حسب مورد برای تعیین داور به دادگاه مراجعه کند (ماده ۴۵۹ ق.آ.د.م).

عدم اعطای مزایای قانون پیش‌فروش به قرارداد پیش‌فروشی که در آن داوران تعیین نشده باشند، از جمله عدم اعمال ماده ۲۰ همان قانون و رسیدگی دادگاه‌ها به اختلافات ناشی از چنین قراردادی، نادرست است. چراکه همان‌گونه که پیش‌تر نیز بیان گردید با توجه به عبارات به‌کاررفته در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان، قراردادی که شرایط ماده ۱ را داشته، لیکن داوران در آن تعیین نشده باشند، بدون شک قرارداد پیش‌فروش بوده و به حکم ماده ۲۰ همان قانون کلیه اختلافات ناشی از ... قرارداد پیش‌فروش در صلاحیت داورى است؛ اعم از اینکه در چنین قرارداد پیش‌فروشی داوران تعیین شده یا نشده باشند.

### ۳.۳. ضمانت اجرای عدم تنظیم سند رسمی برای قرارداد پیش‌فروش و تأثیر آن بر داورى موضوع قانون

به موجب ماده ۳ قانون پیش‌فروش ساختمان، قرارداد پیش‌فروش و نیز قرارداد واگذاری حقوق و تعهدات ناشی از آن باید از طریق سند رسمی نزد دفاتر ثبت اسناد رسمی انجام

شود. عدم رعایت این تکلیف موجب ایجاد اختلاف در رویه قضایی شده است. رویه برخی از دادگاهها بر این است که قرارداد پیش فروش عادی را مشمول قانون پیش فروش ندانسته، قواعد عام قانون مدنی را حاکم بر آن می‌دانند و در صورت درخواست یکی از طرفین، با این استدلال که عدم تنظیم سند رسمی برای قرارداد پیش فروش، از آنجا که به موجب ماده ۳ همان قانون باید به صورت رسمی منعقد شود، باعث می‌شود چنین قراردادی مزایای قانون پیش فروش ساختمان از جمله ماده ۲۰ را نداشته باشد و به این ترتیب به اختلافات ناشی از آن رسیدگی می‌شود. نظریه‌های مشورتی نیز در این زمینه وجود دارد که قرارداد پیش فروش عادی را خارج از شمول قواعد و مقررات قانون پیش فروش دانسته و حل و فصل اختلافات ناشی از آن را در صلاحیت دادگاهها شمرده است.<sup>۲۷</sup>

همچنین برخی از نویسندگان<sup>۲۸</sup> معتقدند که عدم تنظیم سند رسمی برای قرارداد پیش فروش ساختمان موجب تشکیل نشدن قرارداد پیش فروش ساختمان می‌شود، لیکن نه اینکه هیچ قرارداد یا رابطه حقوقی بین پیش فروشنده و پیش خریدار به وجود نیاید، بلکه عدم رعایت این تشریفات سبب می‌شود که قرارداد طرفین از شمول قانون پیش فروش ساختمان خارج و مشمول قواعد عام قانون مدنی شود. در مقابل، برخی دیگر<sup>۲۹</sup> معتقدند که قرارداد پیش فروش یک عقد رضایی است و تنظیم سند رسمی شرط لازم مربوط به مرحله اثبات قرارداد شمرده می‌شود؛ چراکه اولاً در حقوق ایران، اصل بر رضایی بودن قراردادها

۲۷. نظریه شماره ۷/۳۹۰ مورخ ۴ مرداد ۱۳۹۱: «امتیازات خاص مقرر در این قانون برای قرارداد پیش فروش ساختمان تنظیم شده به صورت رسمی است و در قراردادهای عادی، در حد مقررات عام قانون مدنی معتبر و لازم‌الاجرا است و ذی‌نفع می‌تواند با طرح دعوا و پس از تنظیم سند رسمی پیش فروش از مزایای مقرر در این قانون استفاده کند؛ بنابراین داور مقرر در ماده ۲۰ برای قراردادهای عادی ممکن نیست و مطابق مقررات عمومی اختلافات ناشی از این قراردادها در صلاحیت دادگاههای عمومی دادگستری است». نظریه شماره ۷/۳۹۰ مورخ ۲۷ اردیبهشت ۱۳۹۱: «هرگاه قرارداد پیش فروش ساختمان بدون تنظیم رسمی و بطور عادی منعقد شود به نظر می‌رسد امتیازات خاص مقرر در قانون پیش فروش ساختمان برای قراردادهای تنظیم شده به صورت رسمی است. و در قراردادهای عادی در حد مقررات عام قانون مدنی معتبر و لازم‌الاجرا است. از سوی دیگر با توجه به مواد قانونی مذکور ذی‌نفع می‌تواند با طرح دعوا و پس از تنظیم سند رسمی پیش فروش از مزایای مقرر در این قانون استفاده کند. با این توضیح داور مقرر در ماده ۲۰ برای قراردادهای عادی ممکن نیست و مطابق مقررات عمومی اختلافات ناشی از این قراردادها در صلاحیت دادگاههای عمومی دادگستری است».

۲۸. عباسعلی، دارویی، پیشین، صص ۱۵۳ و ۱۵۴.

۲۹. جواد، حسین‌زاده و نیما، سکوتی، پیشین، صص ۵۳ و ۵۴.

است. با پذیرش اصل حاکمیت اراده و به تبع آن، اصل آزادی قراردادهای، در نفوذ و حاکمیت اصل یادشده تردیدی نیست؛ چراکه اصل حاکمیت اراده هم بر انعقاد عقد حکومت می‌کند و از خود اثر می‌گذارد و هم در اجرای عقد. از این رو، نتیجه‌ای که از اصل حاکمیت اراده در مرحله انعقاد قرارداد به دست می‌آید، از دو جنبه ماهوی و شکلی مورد توجه قرار می‌گیرد؛ به گونه‌ای که از لحاظ شکلی، اصل حاکمیت اراده متضمن جعل رضایی بودن قراردادهای است. همچنین از مواد ۱۹۰، ۱۹۱ و ۹۳۳ قانون مدنی استنباط می‌شود که حسب این اصل، توافق دو اراده رکن لازم و کافی برای انعقاد قراردادها است؛ استقرا در شرایط درستی عقود معین این استنباط را تقویت می‌کند، زیرا به جز موارد نادر و منصوص، در هیچ از عقود تشریفات خاصی بر شرایط عمومی افزوده نشده است.

دوم اینکه در قانون پیش‌فروش ساختمان، تنظیم سند رسمی از شرایط اساسی و ماهوی این قرارداد و عدم رعایت آن موجب بی‌اعتباری و بطلان قرارداد شناخته نشده، زیرا برای این امر از سوی قانون‌گذار ضمانت اجرایی پیش‌بینی نگردیده است. صرفاً در مواد ۲۳ و ۲۴ قانون یادشده، عدم تنظیم سند رسمی موجب مسئولیت کیفری دانسته شده که با صحت قرارداد پیش‌فروش منافاتی ندارد و مؤید رضایی بودن آن است؛<sup>۳۰</sup> چراکه در ماده ۲۳ این قانون، در بیان و تعیین مسئولیت کیفری، ضمانت اجرای حقوقی مقرر نشده است؛ درحالی که چنانچه این امر در نظر قانون‌گذار از شرایط اساسی و ماهوی تشکیل این قرارداد بود، می‌بایست عدم رعایت آن موجب بطلان و بی‌اعتباری قرارداد معرفی می‌شد. افزون بر این، در حقوق ایران اصل بر رضایی بودن اعمال حقوقی است و یکی از آثار پذیرش این اصل، اعمال آن در موضع شک است. از آنجا که اصل یادشده به هنگام تردید در تشریفات بودن معاملات جاری می‌شود، مقتضی عدم شرطیت تنظیم سند رسمی در قانون پیش‌فروش ساختمان بوده، بر رضایی بودن این قرارداد دلالت دارد.

سوم، بحث رضایی بودن قراردادهای با اصل صحت در شبهه حکمی ارتباط پیدا می‌کند؛ به این معنا که گاه قراردادهایی که به صرف تراضی تشکیل شده و شرط یا تشریفات شکلی

۳۰. نیما، سکوتی، ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علم و فرهنگ، ۱۳۹۰.



در تنظیم آن‌ها رعایت نشده است، از حیث صحت و بطلان مورد شبهه قرار می‌گیرند؛ لیکن نظر به اینکه اصل صحت ضمن ماده ۳۲۲ قانون مدنی پیش‌بینی شده است، از اصل نامبرده نیز می‌توان به‌عنوان یکی از مبانی و دلایل رضایی بودن اعمال حقوقی در حقوق ایران و به تبع آن، قرارداد پیش‌فروش ساختمان نام برد.

عدم تنظیم قرارداد پیش‌فروش ساختمان به صورت رسمی و در دفترخانه اسناد رسمی موجب خروج قرارداد یادشده از شمول قواعد و مزایای قانون پیش‌فروش ساختمان نمی‌شود؛ چراکه علاوه بر مراتب پیش‌گفته، اولاً عدم تنظیم قرارداد پیش‌فروش ساختمان به صورت رسمی و نه واگذاری حق و حقوق پیش‌خریدار به دیگری، فقط موجب اعمال ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده ۲۳ همان قانون و آیین‌نامه آن خواهد شد و در هیچ‌یک از مواد قانون پیش‌فروش ساختمان و آیین‌نامه آن ضمانت اجرای حقوقی پیش‌بینی نشده است. به‌موجب این ماده «اشخاص که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند به حیس از ۹۱ روز تا یکسال و جزای نقدی به میزان ۲ تا ۴ برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند». بنابراین عنصر مادی این بزه، ترک فعل ناشی از عدم اجرای تکلیف مورد نظر قانون‌گذار است و این نیز جرمی مطلق، و مقید به نتیجه نیست. به عبارت دیگر، همین که پیش‌فروشنده به طریقی غیر از طریق موردنظر قانون‌گذار در تنظیم سند رسمی مبادرت به انعقاد قرارداد پیش‌فروش با دیگری نماید، جرم موضوع این قسمت از ماده ۲۳ محقق شده، حصول نتیجه، شرط تحقق این بزه نیست. آنچه باید در مورد ماده ۳ بیان کرد اینست که ضمانت اجرای مربوط به تنظیم سند رسمی متوجه پیش‌فروشنده است و شامل پیش‌خریدار نمی‌شود؛ یعنی چنانچه پیش‌خریدار با تنظیم یک قرارداد عادی مبادرت به پیش‌خرید یک آپارتمان کند، گرچه به تکلیف قانونی مقرر در ماده ۳ قانون یادشده عمل نکرده است، اما عدم رعایت این امر جرم نیست. دلیل این حکم قانون‌گذار آنست که قانون پیش‌فروش یک قانون حمایتی است و قانونی است که از پیش‌خریدار حمایت می‌کند و چون معمولاً پیش‌فروشنده فردی قوی‌تر است، قانون‌گذار جهت حمایت از پیش‌خریدار برای او جرم‌انگاری نکرده است. نکته قابل تأمل دیگر در این باره بیان این مورد است که چنانچه پیش‌خریدار بخواهد حقوق خود را در خصوص ساختمانی که پیش‌خرید کرده به شخص یا

اشخاص ثالث واگذاری کند، او نیز طبق ماده ۳ قانون باید حقوق و تعهدات ناشی از آن را با تنظیم سند رسمی منتقل نماید، اما عدم رعایت این تکلیف قانونی از سوی پیش‌خریدار، ضمانت اجرای کیفری ماده ۲۳ را نیز به دنبال نخواهد داشت، چرا که مدلول مقررات قانون پیش‌فروش ساختمان از جمله ماده ۲۳ قانون یادشده به اشخاصی اشاره دارد که اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند، نه اشخاصی که حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد پیش‌فروش را به اشخاص ثالث واگذار می‌کنند و قانون‌گذار در مقام بیان صرفاً به کسانی اشاره دارد که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند، نه پیش‌خریداری که حقوق ناشی از قرارداد پیش‌خرید خود را به دیگری واگذار کند. تفسیر مضیق کیفری نیز اقتضای چنین تفسیری را دارد. دوم، همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، در خصوص قرارداد پیش‌فروش، با توجه به تعریف ارائه‌شده از سوی قانون‌گذار در ماده ۱ همان قانون، آنچه مد نظر بوده، هدف طرفین در قرارداد است، نه قالب انتخاب‌شده قرارداد از جانب طرفین. بنابراین چه قرارداد طرفین رسمی باشد و چه عادی، و چه در آن داوران تعیین شوند و یا قرارداد بدون تعیین داوران منعقد گردد، قرارداد یادشده یک قرارداد پیش‌فروش بوده، از نظر قانونی این قرارداد باید بر اساس هدف و انتظار نهایی طرفین تفسیر گردد. سوم، بنابر مراتب پیش‌گفته و از آنجایی که تنظیم قرارداد پیش‌فروش ساختمان به صورت عادی ضمانت اجرای کیفری و آن‌هم فقط برای پیش‌فروشنده داشته، و از آنجا که قانون پیش‌فروش ساختمان یک قانون حمایتی برای حمایت از طبقه پیش‌خریدار بوده، اقتضای چنین امری این است که با توجه به عبارات به‌کاررفته در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان، قراردادی که شرایط ماده ۱ را داشته، لیکن به صورت رسمی تنظیم نشده است، قرارداد پیش‌فروش محسوب شود. و از آنجایی که به حکم ماده ۲۰ همان قانون کلیه اختلافات ناشی از ... قرارداد پیش‌فروش در صلاحیت داوری است، حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش عادی را نیز می‌توان در صلاحیت هیئت داوری دانست؛ اعم از اینکه چنین قرارداد پیش‌فروشی به صورت رسمی تنظیم شده باشد یا یک قرارداد پیش‌فروش عادی باشد.<sup>۳۱</sup>

۳۱. فرزاد، کرمی کلمتی و پژمان، محمدی، «بررسی تأثیر عدم رعایت حداقل‌های قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان»، دومین کنفرانس ملی پژوهش‌های نوین در مدیریت و حقوق، (۱۳۹۷)، ص ۱۰.

## نتیجه

از مقاله حاضر نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. در شرایط فعلی باید قرارداد پیش‌فروش ساختمان را عقدی معین، با نام و با ویژگی‌های منحصر دانست و ماهیت آن را با توجه به این قانون تبیین و تحلیل کرد. برگرفته از ماده ۱۰ این قانون، قرارداد پیش‌فروش ساختمان نهاد حقوقی مستقل با ساختاری خاص و مختلط است که واجد انتقال مالکیت عرصه به نسبت سهم واحد پیش‌فروش شده به پیش‌خریدار است. همچنین برابر ماده ۳۱ قانون یادشده، نسبت به بنا و اعیانی بر اساس نظریه تملیک تدریجی تحلیل می‌شود؛ به این صورت که با انعقاد قرارداد پیش‌فروش، بخشی از عرصه یا زمین به نسبت سهم خریداری‌شده به پیش‌خریدار منتقل می‌شود.

۲. نظر به ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان و دیگر مواد این قانون، قرارداد پیش‌فروش به عنوان عقدی معین در کنار سایر عقود، واجد اوصافی از قبیل تملیکی، رضایی، معوض، لازم و منجز است.

۳. نظر به ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان که طرفین قرارداد را به درج شرط داوری ضمن قرارداد ملزم نکرده، بلکه حل و فصل اختلافات طرفین قرارداد را که ناشی از تعبیر و تفسیر و اجرای قرارداد پیش‌فروش است به داوری ارجاع می‌دهد، باید داوری موضوع این قانون را داوری اجباری قانونی به حکم قانون دانست، نه داوری اجباری قراردادی. هرچند بند ۱۱ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان طرفین را به گنجاندن حکم ماده ۲۰ در قرارداد پیش‌فروش ملزم می‌نماید، لیکن این امر موجب تغییر ماهیت این نوع داوری نخواهد شد.

۴. قانون‌گذار در صدر ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان مقرر کرده است: «کلیه اختلافات ناشی از تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش توسط هیئت داوران... انجام می‌پذیرد...»، در واقع، قانون‌گذار ضمن تعیین مرجع صالح برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد پیش‌فروش، محدوده صلاحیت آن مرجع را نیز صرفاً تعبیر، تفسیر و اجرای مفاد قرارداد پیش‌فروش ساختمان تعیین کرده است.

۵. بندهای ۱ تا ۵ ماده ۲ قانون پیش‌فروش ساختمان، یعنی تعیین اسم و مشخصات طرفین قرارداد اعم از حقیقی و حقوقی، پلاک و مشخصات ثبتی و نشانی وقوع ملک، اوصاف و امکانات واحد ساختمانی و مشخصات فنی و معماری آن، بها یا عوض قراردادی ناظر به شروط لازم برای صحت این قراردادها بوده و عدم رعایت آنها به جهت ارتباط با شرایط اساسی صحت معاملات، می‌تواند بطلان قرارداد را در پی داشته باشد.

۶. عدم تعرفه داوران در قرارداد پیش‌فروش ضمانت اجرایی ندارد؛ چراکه اولاً با توجه به عبارات کلی «هر قراردادی» و «به هر عنوان» در ماده ۱ قانون پیش‌فروش ساختمان، قرارداد پیش‌فروشی که بدون تعیین داوران باشد نیز قرارداد پیش‌فروش است و قراردادی که عنوان قرارداد پیش‌فروش را داشته باشد، به حکم همان ماده، واجد تمام مزایای این قانون خواهد بود و ثانیاً اصل صحت اقتضای این را دارد که قرارداد پیش‌فروش ساختمان بدون تعیین داوران صحیح باشد، زیرا در قانون پیش‌فروش ساختمان ضمانت اجرایی جهت عدم تعیین داوران پیش‌بینی نشده و این مورد از شرایط اساسی صحت قرارداد پیش‌فروش نیز نبوده است؛ در نتیجه، بند ۱۰ ماده ۲ قانون ضمانت اجرایی ندارد.

۷. عدم تنظیم قرارداد پیش‌فروش ساختمان به صورت رسمی، و نه واگذاری حق و حقوق پیش‌خردار به دیگری، فقط موجب اعمال ضمانت اجرای کیفری مندرج در ماده ۲۳ همان قانون و آیین‌نامه آن خواهد شد و در هیچ‌یک از مواد قانون پیش‌فروش ساختمان و آیین‌نامه آن ضمانت اجرای حقوقی پیش‌بینی نشده است. به‌موجب این ماده، «اشخاص که بدون تنظیم سند رسمی اقدام به پیش‌فروش ساختمان نمایند به حبس از ۹۱ روز تا یکسال و جزای نقدی به میزان ۲ تا ۴ برابر وجوه و اموال دریافتی محکوم می‌شوند». بنابراین عنصر مادی این بزه، ترک فعل ناشی از عدم اجرای تکلیف موردنظر قانون‌گذار است و این نیز جرمی مطلق، و مقید به نتیجه نیست.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

## - کتابها

۱. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج ۹، (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۳۷).
۲. سکوتی، نیما، ماهیت، اوصاف و آثار قراردادهای پیش فروش ساختمان، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علم و فرهنگ، (۱۳۹۰).
۳. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، (تهران: مجد، ۱۳۸۵).
۴. شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین المللی، (تهران: سمت، ۱۳۹۴).
۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳).
۶. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷).
۷. کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا، حقوق داوری داخلی، (تهران: دادگستر، ۱۳۹۱).
۸. مجدد، ابوالفضل، موارد الزامی ارجاع به داوری، (قم: ابتکار دانش، ۱۳۹۶).
۹. موحد، محمدعلی، درس هایی از داوری های نفتی، قانون حاکم، (تهران: کارنامه، ۱۳۸۶).
۱۰. معین، محمد، فرهنگ معین فارسی، (تهران: زرین، ۱۳۸۶).
۱۱. واحدی، قدرت الله، آیین دادرسی مدنی، (تهران: میزان، ۱۳۸۳).

## - مقاله ها

۱۲. حسین زاده، جواد و سکوتی، نیما، «ماهیت و اوصاف قرارداد پیش فروش ساختمان»، فصلنامه تعالی حقوقی، ش ۱۷ (۱۳۹۵).
۱۳. دارویی، عباسعلی، «قرارداد پیش فروش ساختمان در قانون پیش فروش ساختمان»، فصلنامه حقوقی، (۱۳۹۱).
۱۴. سکوتی، نیما و حسین زاده، جواد، «ماهیت، ویژگی ها و صلاحیت داوری در قانون پیش فروش ساختمان»، حقوق خصوصی، ش ۲ (۱۳۹۶).

۱۵. قنواتی، جلیل؛ سکوتی، نیما؛ حسین‌زاده، جواد، «ضمانت اجراهای نقض مقررات ماهوی قانون پیش‌فروش ساختمان»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۷ (۱۳۹۴).
۱۶. کرمی کلمتی، فرزاد و محمدی، پژمان، «بررسی تأثیر عدم رعایت حداقل‌های قرارداد پیش‌فروش ساختمان بر داوری موضوع ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش ساختمان»، دومین کنفرانس ملی پژوهش‌های نوین در مدیریت و حقوق، (۱۳۹۷).

(ب) انگلیسی

17. Rene David, Arbitration in International Trade, Deventer, The Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, (1983).
18. unctad, consent to arbitration, un, new York, (2003).

## جایگاه اصول پیشرفته حقوق اداری و اصول دادرسی منصفانه اداری در ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم و پیامدهای اقتصادی آن

آیت مولائی<sup>۱</sup>

### چکیده

ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم فرصت خاصی را پیش روی نظام دادرسی مالیاتی ایران و بازیگران اقتصادی قرار داده است. از یک سو، نظام «دادرسی فوق‌العاده مالیاتی» را در کنار «دادرسی عادی مالیاتی» به وجود آورده و از سویی دیگر، مهم‌ترین ظرفیت‌های دادرسی فوق‌العاده مالیاتی در این ماده تجمیع گردیده و محدود به این ماده شده است. نوشتار حاضر با درک چنین اهمیتی به این پرسش پاسخ داده است: مهم‌ترین اصول پیشرفته حقوق اداری و اصول دادرسی منصفانه اداری در نظام دادرسی فوق‌العاده مالیاتی از چه جایگاهی برخوردار است؟ در این راستا با استفاده از روش تحقیق توصیفی-تحلیلی، چنین نتیجه‌گیری شده است: نخست، این تحقیق توانسته است اصول مربوط به دادرسی منصفانه اداری را در چارچوب دادرسی فوق‌العاده مالیاتی شناسایی کند. دوم، با وجود شناسایی برخی از اصول دادرسی منصفانه، باید گفت که دادرسی منصفانه به‌عنوان یک تأسیس حقوقی از ماده ۲۵۱ مکرر قابل استخراج نیست. سوم، تحقیق حاضر توانسته است بخشی از خلأهای حقوقی دادرسی فوق‌العاده مالیاتی را در خصوص اصول پیشرفته حقوق اداری پر کند. چهارم، شایسته و بایسته است زمینه و فرایند مطلوبی برای امور مالیات‌ستانی اندیشیده شود تا از این طریق، امکان «اقتصادی‌سازی» امور مالیات‌ستانی افزایش یابد. در صورت تحمیل اصول پیش‌گفته در چارچوب ماده یادشده، زمینه برای اقتصادی‌سازی دادرسی فوق‌العاده مالیاتی فراهم خواهد شد.

**واژگان کلیدی:** اصول تضمینی دادرسی، اصول دادرسی منصفانه اداری، اصول ساختاری دادرسی، اقتصادی‌سازی دادرسی، ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم.

## مقدمه

«اصول پیشرفته حقوق اداری» و «اصول دادرسی منصفانه» نمود بارز اصول هنجاری حقوق است. اگر اصول حقوقی در صدد جبران اختصارگویی قوانین است، اصول دادرسی منصفانه در پی بنیان افکندن ساختی است که به این وسیله فضا را حق بنیاد ساخته، ارزش‌های حقوق بشری را در فرایند دادرسی تثبیت نماید. این مقوله از مفاهیمی است که بر مفهوم کرامت ذاتی بشر استوار بوده و در پی بنیان‌گذاری آن‌گونه از دادرسی است که «عادلان» و «دادگرا» و «دادوران» و «حق بنیاد» باشد و انصاف و عدالت هم در شیوه و هم در غایت رعایت شود. بنابراین دادرسی منصفانه یک اصطلاح بی‌طرفانه نیست، یک اصطلاح هنجاری است که موجب بایدها و نبایدهایی بوده، قاضی و دادگاه را وادار می‌کند سمت و سوی خاصی را در پیش گیرند؛ هرچند که عناصری از دادرسی منصفانه به قرون گذشته بازمی‌گردد و ریشه در دوران باستان دارد. آن‌سان که در سنت انگلیسی ریشه در مفهوم «عدالت طبیعی» داشته یا اینکه برخی از عناصر آن در آموزه‌های اسلامی وجود داشته است.<sup>۲</sup> اما ظهور «دادرسی منصفانه» به‌مثابه یک اصطلاح و تأسیس حقوقی، به قرن بیستم برمی‌گردد. یکی از دلایل شکل‌گیری این تأسیس حقوقی را باید در تحولات نیمه نخست این قرن و به‌ویژه شکل‌گیری رژیم‌های توتالیتر و اقتدارطلب جستجو کرد که در نتیجه آن، در قرن بیستم یک تأسیس حقوقی تحت عنوان دادرسی منصفانه ایجاد شد.<sup>۳</sup>

نوشتار حاضر در صدد است از دیدگاه حقوق عمومی برخی از اصول پیشرفته حقوق اداری و اصول دادرسی منصفانه را به‌مثابه نمودی از اصول هنجاری، در ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم به بحث بگذارد. برابر این ماده، در مورد مالیات‌های قطعی، موضوع قانون مالیات‌های مستقیم و مالیات‌های غیرمستقیم که در مرجع دیگری قابل طرح نباشد و ادعای غیرعادلان بودن مالیات مستند به مدارک و دلایل کافی باشد، مؤدی می

۲. ر.ک. ولی، رستمی و همکاران، *دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران*، (تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۸)، صص ۱-۱۱؛ پدram، محمودی، *اصول راهبردی دادرسی منصفانه*، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۶)، صص ۲۷-۳۲.

۳. ر.ک. مهدی، هدواند و مسلم، آقایی طوق، *دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)*، (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۶)، ص ۲۱۹.



تواند شکایت و تقاضای تجدید رسیدگی را به وزیر امور اقتصادی و دارایی تسلیم کند. وزیر می‌تواند پرونده امر را به هیئتی مرکب از سه نفر به انتخاب خود برای رسیدگی ارجاع نماید. رأی هیئت با اکثریت آراء، قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود.

ماده ۲۵۱ مکرر در میان مجموعه قوانین مالیاتی ایران، تنها ماده‌ای است که به دادرسی فوق‌العاده مالیاتی اختصاص یافته است. اختصارگویی قانون‌گذار در این ماده، بر اهمیت و ضرورت بررسی آن می‌افزاید.

چنین به نظر می‌آید که یکی از راه‌های حق‌بنیاد کردن دادرسی فوق‌العاده مالیاتی و تحمیل ارزش‌های حقوق بشری بر آن، توجه به اصول دادرسی منصفانه و اصول پیشرفته حقوق اداری و تحمیل آنها بر ماده یادشده است. چراکه هرچند قانون‌گذار از دهه‌های گذشته، تسهیلات فزاینده‌ای را برای طرح دعوی در چارچوب دادرسی فوق‌العاده مالیاتی پیش‌بینی کرده، اما نتوانسته است برای این شیوه از دادرسی، تشریفات قانونی جامع و مطلوبی تعیین کند و به نظر می‌رسد که بررسی اصول هنجاری حقوقی در اینجا بتواند تا حدودی این خلأها را پر کند.

در خصوص پیشینه تحقیق باید گفت که سابقه‌ای با این عنوان مشاهده نشد و از این حیث نوشتار حاضر تازگی دارد؛ هرچند برخی از کتاب‌ها<sup>۴</sup> به امر «آیین دادرسی مالیاتی» پرداخته‌اند یا اینکه در مقاله‌ای به بررسی ماهیت حقوقی دادخواهی مالیاتی در چارچوب ماده ۲۵۱ مکرر پرداخته شده است.<sup>۵</sup> اما در هیچ‌کدام از آنها به صورت منسجم و کافی، اصول دادرسی منصفانه و اصول پیشرفته حقوق اداری در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی به بحث و بررسی گذاشته نشده است.

با درک چنین اهمیتی، نگارنده این نوشتار در صدد پاسخ به این پرسش است: مهم‌ترین اصول پیشرفته حقوق اداری و اصول دادرسی منصفانه اداری در نظام دادرسی فوق‌العاده

۴. ر.ک. میر محسن، طاهری تازی، *آیین دادرسی مالیاتی*، پاره نخست، دوم و سوم، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵)؛ و احمد، غفاریان، *آیین دادرسی مالیاتی*، (تهران: انتشارات دانش‌پذیر، ۱۳۹۷).

۵. ر.ک. ولی، رستمی و محمود، پوررضائی فشخامی، «تحلیل ماهیت حقوقی دادخواهی مالیاتی موضوع ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیاتهای مستقیم»، پژوهشنامه مالیات، ش ۳۶ (مسلسل ۸۴)، (۱۳۹۶).

مالیاتی از چه جایگاهی برخوردار است؟ در مقاله حاضر با استفاده از روش تحقیق توصیفی-تحلیلی، سعی در شناخت و بررسی جایگاه اصول یادشده در این گونه دادرسی شده است.

چنین به نظر می‌رسد که این اصول با توجه به سه نوع دادرسی «مدنی، کیفری و اداری»، نیازمند بازچینی است. از آنجا که دادرسی فوق‌العاده مالیاتی در دسته دادرسی‌های اداری قرار دارد، در نتیجه در اینجا نظر بر شایع‌ترین «اصول پیشرفته حقوق اداری» و «اصول دادرسی منصفانه اداری» است و تلاش می‌شود رؤس اصول این نوع از دادرسی با در نظر گرفتن اقتضائات حاکم بر آن، ذیل دو دسته اصول ساختاری و اصول تضمینی به بحث گذاشته شود.

## ۱. اهمیت اصول حقوقی

اصول حقوقی در بین عناصر متشکله نظام حقوقی از اهمیت خاصی برخوردار است. در راستای چنین اهمیتی است که به اصول حقوقی در ایران در برخی از قوانین مانند «قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)» مصوب ۲۱ فروردین ۱۳۷۹ تصریح شده است. فراتر از آن، قانون‌گذار اساسی در چارچوب جهان‌بینی اسلامی قضات را مکلف به دوری از سنت اثبات‌گرایی دانسته و در اصل یکصد و شصت و هفتم، قضات را به توجه «به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» مکلف دانسته است. می‌توان گفت حکم این اصل، دادرسی را به حل و فصل دعوا فراتر از اسناد موضوعه مکلف ساخته است و در چنین وضعیتی، اصول حقوقی به مثابه ابزار کار مؤثر دادرسی به شمار می‌آید.

ممکن است گفته شود در سنت فقهی ما فتاوی فقها از حیث «کارکرد» در موارد زیادی، آن نقش و کارکردی را داشته است که اصول حقوقی در حقوق مدرن بازی می‌کند. اما باید گفت این فتاوی را نمی‌توان معادل «اصول حقوقی» در نظام حقوقی مدرن دانست. بلکه ترجمان فتاوی را می‌توان همان قواعدی دانست که به زبان قانون‌گذار جاری می‌شود و قانون نام دارد. بنابراین، نهاد فتوا به مثابه «مخزن قواعد» نزد فقیه بوده که به فراخور موضوع و نیاز زمان و مکان، بروز و ظهور پیدا کرده است.

با وجود توضیحات بالا، باید گفت هرچند که زبان منطوقی قانون‌گذار اساسی معطوف و

محدود به «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» شده، اما بی‌تردید زبان مدلولی و زبان کارکردی قانون‌گذار اساسی، مرزهای منطوق را درنوردیده و فراتر از آن به افق‌های غایی نظر داشته و در پی ارائه‌ی طریقی بوده است تا به این وسیله قاضی از مرزهای پوزیتیویسم حقوقی فراتر رود.

پیش‌تر گفته شد اصول حقوقی از گذشته در دادرسی‌ها سابقه دارد. این وضعیت به‌طور مشخص در ماده ۳ «قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)» وجود دارد و از آنجایی که اعمال اصول حقوقی در پرونده‌های مربوط به حل و فصل اختلاف، فاقد خصوصیت و موضوعیت ویژه است، بر این مبنا می‌توان گفت که حکم ماده ۳ یادشده در خصوص پرونده‌های مالیاتی نیز موضوعیت دارد. وجود چنین سابقه‌ای ما را تشویق می‌کند مواد قانونی گزیده‌گوی را به فضای اصول حقوقی هدایت کنیم تا به این وسیله نقاط تاریک و مسکوت‌ماده برطرف گردد. در مورد دادرسی فوق‌العاده مالیاتی، ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم از چنین اجمالی برخوردار است.

به‌نظر می‌رسد تحمیل اصول حقوقی حق‌بنیاد و هنجاری یکی از راه‌های جبران خلأها و کاستی‌های ایجازگویی ماده یادشده است. البته اصول دیگری را می‌توان به بحث گذاشت که محدودیت نوشتاری در مقاله اجازه پرداختن به آنها را نمی‌دهد. در این راستا باید به ترسیم، شناسایی و تثبیت اصول حقوقی یادشده در چارچوب این ماده پرداخت تا به این وسیله شفافیت فرایندی و ماهوی بر این ماده سایه‌گستر شود. مهم‌ترین اصولی که در چارچوب این ماده می‌توان استنتاج نمود به قرار آتی است.

**۲. اصول ساختاری.** با درنظر گرفتن معیار «ساختار»، رئوس اصول ناظر بر هیئت سه‌نفره (ماده ۲۵۱ مکرر) از این قرار است:

**۲.۱. اصل استقلال هیئت سه‌نفره.** استقلال هیئت یادشده از حیث سلبی به معنای عدم تأثیرپذیری اعضای هیئت از سایرین (اعم از نیروهای داخلی یا خارجی سازمان) است. از حیث ایجابی نیز به این معناست که هیئت در استناد به قانون و برداشت از قانون آزاد و

مستقل باشد. بنابراین تنها دستوری که از آن باید تبعیت کنند دستور قانون است.<sup>۶</sup> بر این مبنای دادرسان نباید تحت نفوذ و کنترل دیگران قرار بگیرد. این کنترل عموماً کنترل و نفوذ مقامات سیاسی یا مقامات بالادستی اداری است. در چارچوب این اصل، هیئت سه نفره باید از حیث سازمانی، از نظر نیروی انسانی، از حیث کارکردی، از دیدگاه صوری و از منظر محتوایی مستقل باشد، در غیر این صورت، این ارگان تبدیل به بازیچه خواهد شد.

هرچند از دوران باستان در دادرسی‌ها، مفهوم استقلال به فراخور اقتضات تاریخی هر کشوری مورد توجه بوده است؛ برای مثال در انگلستان از دوره ویلیام فاتح، استقلال قضات به عنوان یک مسئله مطرح بوده<sup>۷</sup> و علی‌رغم اشاره به استقلال در دادرسی در مگناکارتا<sup>۸</sup>، وضعیت ابهام‌آلودی بر آن سایه‌گستر بوده که در نهایت در سال ۱۶۲۸، زمان چارلز اول، به نقطه عطف خود رسید و از آن زمان، پیوسته به عنوان موضوع محوری در دادرسی مطرح بوده است.<sup>۹</sup> در وضعیت کنونی نیز از جمله اسناد مهم قرن بیستم ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸ است که به استقلال پرداخته است. با توجه به چنین اهمیتی، در خصوص جایگاه اصل استقلال هیئت سه نفره این موارد قابل ذکر است: نخست، به حکایت منطوق و مفاد ماده ۲۵۱ مکرر، موضوع استقلال منطوقاً یا مدلولاً یا مفهوماً مورد اشاره قرار نگرفته و این مفهوم یکی از شروط آغازین منصفانه بودن دادرسی بوده و از مقدمات اصلی بی‌طرفی است. دوم، در هیچ کدام از مقررات اجرایی ماده یادشده آشکارا به استقلال اشاره‌ای نشده است. سوم، با وجود چنین سکوتی در اسناد یادشده، باید گفت اصل پیش‌گفته از اصول بنیادین اولیه دادرسی بوده، بر همه ارگان‌هایی که «کارکرد» شبه قضایی دارند فرض است بر این اصل استوار بوده، به پشتوانه آن عمل کنند، وگرنه خصلت «قضایی» خود را از دست خواهند داد. چهارم، به صراحت بند «پ» «دستورالعمل اجرایی تشکیل هیئت موضوع ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم در مراکز استان‌ها»، پیوست بخشنامه وزیر امور اقتصادی و دارایی به شماره ۲۴۹۹۳۱ مورخ ۴ بهمن ۱۳۹۶ (از این بعد دستورالعمل ۱۳۹۶)،

۶. ر.ک. طباطبایی مومنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰)، ص ۵۴.

7. See: Martin, Shapiro, "Judicial Independence: the English Experience", North Carolina Law Review, Vol.55, No. 3, (1976), pp. 577-672.

8. Magna Carta

9. See: Sam J., Ervin, "Separation of Power: Judicial Independence, Law and Contemporary Problem", Judicial Ethic, Vol. 35, No. 1, (1970), p. 111.

هیئت‌ها از حیث سازمانی و اداری به اداره کل امور اقتصادی و دارایی وابسته‌اند. در نتیجه استقلال سازمانی و انسانی هیئت‌ها موضوعاً منتفی است. پنجم، به‌صراحت منطوق ماده ۲۵۱ مکرر، نیروی انسانی هیئت‌ها منتخب وزیر اقتصاد هستند، بنابراین این مقامات به‌شدت در معرض اقتدار وزیر قرار دارند و در نتیجه در معرض نقض اصول دادرسی منصفانه‌اند. هرچند که دستورالعمل یادشده در فرایند انتخاب آنها، به نمایندگانی از «جامعه مشاوران رسمی مالیاتی» و «جامعه حسابداران رسمی ایران» (فراز ۲ از بند «ب») تصریح کرده است، اما اقتدار و صلاحدید مدیران کل و در نهایت، وزیر اقتصاد در فرایند انتخاب و تأیید اعضا، «خطمشی‌ساز» است. بنابراین، از دیدگاه سازمانی و صوری وابستگی کامل دارند و فضا برای خوداتکایی سازمانی فراهم نیست. این وابستگی شکلی امکان خودبستگی ماهوی و محتوایی این مراجع را با چالش عظیم روبه‌رو می‌کند و وابستگی ماهوی را در پی دارد. پیامد چنین وضعیتی، وابستگی کارکردی را به‌دنبال خواهد داشت. به هر حال، وابستگی سازمانی می‌تواند از منظر روان‌شناسانه موجب وابستگی کارکردی باشد، چون افرادی که در اینجا کار می‌کنند انسان‌اند و انسان تحت تأثیر محیط خود قرار می‌گیرد و فضای سازمان باید به‌گونه‌ای باشد که به لحاظ روان‌شناختی سازمانی، امکان وابستگی ادراکی آنها به سازمان از بین برود. به عبارت دیگر آن عناصری که موجب وابستگی فکری می‌شوند و یا زمینه‌سازی وابستگی را فراهم می‌آورند باید از بین بروند؛ از جمله آنها وابستگی سازمانی و وابستگی نیروی انسانی است، و در اینجا مشاهده می‌شود که اسناد مربوطه به‌صراحت این موضوع را نقض کرده‌اند. ششم، یکی از راه‌های استقلال کارکردی اعضا، تأمین امنیت شغلی اعضاست که در هیچ سندی به آن اشاره نشده و انتصاب و عزل اعضا در صلاحدید وزیر قرار گرفته است. این درحالی است که در خصوص اعضای شورای عالی مالیاتی در ماده ۲۵۳ به غیرقابل عزل بودن اعضا به مدت سه سال از زمان انتصاب تصریح شده است و البته بر قانون‌گذار شایسته بود حکم این ماده را به تمام مراجع دادرسی مالیاتی تسری می‌داد. هفتم، اگر قائل به رویکردهای واقع‌گرایانه حقوقی در تفسیر متون باشیم، در این صورت، هرچند در نگاه نخست، آنچه مفروض تلقی می‌شود این است که اعضای هیئت هیچ تکلیفی دال بر تبعیت از دیدگاه‌های مقامات انتخاب‌کننده ندارند، لذا در عالم نظر، استقلال در تصمیم‌گیری «گروهی» اعضا محفوظ است؛ اما از منظر تفسیر واقع‌گرایانه

حقوق، نمی‌توان به «سایه تفکر» مقام انتخاب‌کننده بی‌تفاوت بود. با این حال، نظر به عدم رابطه سلسله‌مراتبی در میان اعضای سه‌گانه هیئت، از این حیث، استقلال «فردی» اعضا مفروض تلقی می‌شود.

**۲.۲. اصل بی‌طرفی.** برابر این اصل، تصمیمات باید بر اساس شواهد عینی و به دور از پیش‌داوری باشد.<sup>۱۰</sup> از رهگذر چنین تصمیمی است که نوعی اطمینان خاطر برای طرفین دعوا ایجاد می‌شود. بنابراین، رسیدگی‌کننده نباید قدرت خود را بر اساس منافع شخصی یا نفوذ خارجی اعمال کند، تحت تأثیر یکی از طرفین قرار نگیرد یا از یکی طرف‌داری نکند و خود نیز در نتیجه دعوا دی‌نفع نباشد.<sup>۱۱</sup> در متون فقهی ما به پیروی از روایات، موضوع بی‌طرفی مرجع رسیدگی‌کننده در سه محور مورد بحث قرار گرفته است: اولین مورد بی‌طرفی در صدور حکم است که صادرکننده حکم موظف است با بی‌طرفی کامل و برقراری عدالت به صدور حکم بپردازد. دومین مورد بی‌طرفی در رفتار است که فقها به دو دسته در این زمینه تقسیم می‌شوند؛ گروهی معتقد به وجوب بی‌طرفی در رفتار ظاهری هستند و گروهی دیگر به استصحاب بی‌طرفی در رفتار ظاهری اعتقاد دارند، و سومین مورد بی‌طرفی در تمایلات قلبی است که عموم فقها یادآور شده‌اند که مراعات بی‌طرفی و مساوات از این نظر واجب نیست.<sup>۱۲</sup> اصل بی‌طرفی ادامه اصل استقلال و پیامد آن است و در واقع، ناظر بر رفتار و عملکرد قاضی و افراد رسیدگی‌کننده است. به این اعتبار نباید دادرسان پرونده با طرفین پرونده روابط نفع‌آمیز یا نفرت‌آمیز داشته باشند، بلکه باید دادرس فقط به اعمال بی‌طرفانه صلاحیت خود و در چارچوب اصل حکومت قانون بیندیشد و فراتر از آن عمل نکند. به این اعتبار، فاصله‌ای میان «ذهن» و «عین» وجود ندارد و ذهن دادرس مجاز به فکر کردن به موارد ناقض بی‌طرفی نیست. حتی در صورت انحراف ذهن از بی‌طرفی، باید در مرحله بروز و ظهور عملی و در عالم عین، مکلف به رعایت الزامات بی‌طرفی است. در این چارچوب گفته می‌شود که باید از پیش‌داوری و جانب‌داری پیشگیری کند. اصول و قواعدی مثل قاعده ردّ دادرس مبانی توجیهی خود را از این اصل می‌گیرند.

۱۰. هداوند و آقایی طوق، پیشین، ص ۲۳۵.

۱۱. مهدی، هداوند، «مهتار قدرت و تحول آن در حقوق اداری»، نشریه حقوق اساسی، ش ۸ (۱۳۸۶)، ص ۲۸۷.

۱۲. جواد، فخار طوسی، حقوق متهمان (فقهی- حقوقی)، (قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۱)، صص ۳۶۴-۳۷۳.

در خصوص جایگاه این اصل در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی باید گفت: نخست، از آنجایی که بی‌طرفی ادامه منطقی استقلال است و آن‌سان که در بالا آمد، استقلال در ابعاد مختلفش با موانع و محدودیت‌هایی روبه‌رو است، در نتیجه معضلات بالا به نوع دیگری در اینجا موضوعیت دارند. پس برای گذار به فضای اصل بی‌طرفی باید اصل استقلال را در این‌گونه دادرسی شناسایی و تثبیت کرد. بعد از آن می‌توان امیدوار بود که این مرجع مستقل بی‌طرفانه عمل کند. در فضای استقلال است که امکان بی‌طرفی وجود دارد، وگرنه در فضای وابستگی و عدم استقلال، بی‌تردید یک مرجع نمی‌تواند بی‌طرفانه قضاوت و داوری کند، چون پیوسته در معرض اقتدار بیرونی و درونی قرار دارد. دوم، از نکات جالب توجه دستورالعمل ۱۳۹۶ اینست که در فراز (۶) بند «ث» به ضرورت «رعایت اصل بی‌طرفی» تصریح شده است، با این توضیح که رعایت آن فقط برای «مجری یا مجریان قرار» پیش‌بینی شده است. می‌توان با استناد به «قیاس اولویت» گفت که رعایت مدلول این اصل برای اعضای هیئت نیز لازم‌الاجرا است. سوم، در فراز (۵) بند «ث» به مدلول «قاعده ردّ دادرسی» در خصوص مجریان قرار در شکل «سابقه اظهار نظر در پرونده مطروحه» آمده است. چهارم، با وجود سکوت قانون‌گذار و مقررات اجرایی مربوطه در خصوص بی‌طرفی اعضای هیئت، باید گفت که با استعانت از اصول کلی حقوقی و برخی از اسناد بین‌المللی، به‌ویژه بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که ایران عضویت آنها را در ۱۳۵۴ پذیرفته است، بی‌طرفی یکی از شروط آغازین رسیدگی در هیئت‌ها بوده و نقض آن از سوی اعضای هیئت، فضا را برای به‌محاق بردن اصل تساوی سلاح‌ها فراهم کرده، از موجبات نقض پرونده خواهد بود.

**۳.۲. اصل دادخواهی.** دادخواهی از جمله اصولی است که ریشه در تاریخ اختلافات بشر دارد و مبنای آن بر اصل تساوی همگان در برابر قانون استوار است.<sup>۱۳</sup> دادخواهی در دنیای مدرن و پیرو جهان‌شمولی حقوق بشر، جایگاه «حق بنیاد»ی پیدا کرده و به این اعتبار، دادخواهی حق «انسانی» بشر است که در چارچوب اصولی همچون اصل کرامت ذاتی بشر، اصل آزادی اراده قابل تأویل است و با اصول دیگر حقوقی همچون اصل استماع از

۱۳. بیژن، عباسی، حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۰)، ص ۲۲۶.

همجواری معنایی و کارکردی برخوردار است.

در خصوص جایگاه اصل دادخواهی در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی باید گفت، نخست اینکه قانون‌گذار در اصل ۳۴ دادخواهی را «حق مسلم هر فرد» دانسته و به این اعتبار، تشخیص داشتن حق یا نداشتن آن، با خود فرد است و از این حیث هیچ‌کس را نمی‌توان به اعمال یا چشم‌پوشی از این حق مسلم مکلف کرد. دوم، به تبع این سند بالادستی، مفروض تمامی اسناد مالیاتی، اعم از منطوق ماده ۲۵۱ مکرر و مقررات اجرایی آن، دربردارنده «حق» بودن دادخواهی برای مؤذیان است. با این حال، مطابق اصول آیینی حقوق، اما حق یادشده در ادامه با شروط دیگر دچار محدودیت می‌شود که در این خصوص، مهم‌ترین آن «اصل داشتن سمت» قابل ذکر است. مطابق این قاعده، حق دادخواهی مستلزم داشتن سمت است، درغیر این صورت، دادخواهی فرد در همان گام نخست رد خواهد شد و قانون‌گذار نیز با به‌کارگیری واژه «مؤذی» در ماده ۲۵۱ مکرر و سایر مقررات اجرایی مربوطه، به‌نوعی مقوله سمت در دعوی را مفروض تلقی کرده است.

**۴.۲. اصل در دسترس بودن دادگاه.** در چارچوب این اصل، شخص می‌تواند با صرف کمترین هزینه حقوق از دست رفته‌اش را باز ستاند<sup>۱۴</sup>. این اصل که حق دسترسی به دادگاه نیز نامیده می‌شود و ادامه منطقی حق دادخواهی است، به این معناست که باید دادگاه از حیث سازمانی و از حیث نیروی انسانی در دسترس ذی‌نفعان باشد، به این اعتبار و در چارچوب این مسئله ما با «اصل همسایگی اداره و دادگاه»، «اصل اداره نزدیک» و «اصل دادگاه نزدیک» مواجه هستیم. این اصول، ابزارهای معقول برای حق دادخواهی هستند و حق دسترسی به دادگاه را تسهیل می‌کنند. برای نمونه، بر مبنای اصل دادگاه نزدیک، شخص باید به شکل منصفانه و موجهی امکان دسترسی به دادگاه و سازمان دادگاه را داشته باشد و از سوی دیگر، اگر به سازمان دادگاه دسترسی پیدا کرد باید به نیروی انسانی سازمان نیز دسترسی داشته باشد. وقتی پیگیری حق حقیقتاً سخت شود، در این صورت، بسیاری از افراد از این حق خود صرف نظر خواهند کرد. از سوی دیگر، دسترسی به نیروی سازمان هم‌عرض با دسترسی به سازمان، از اهمیت برخوردار است؛ یعنی باید بین نیروی

۱۴. رستمی، لطفی و آقای طوق، پیشین، ص ۲۶.



خدمت‌رسان سازمان و ارباب‌رجوع یک رابطه متناسب و معقول وجود داشته باشد؛ به‌نحوی که اجرای حق‌ها راحت‌تر باشد. برای نمونه، اگر نیروی کافی برای خدمات به شهروندان وجود نداشته باشد، طبیعی است که هماهنگی بین سازمان و شهروندان نیز وجود نخواهد داشت و باید بین نیاز و ظرفیت دادگاه یک موازنه معقول ایجاد، و استانداردهای دادرسی رعایت شود.

در خصوص جایگاه اصل در دسترس بودن هیئت سه‌نفره این موارد قابل ذکر است: نخست، این اصل در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی نه‌تنها مورد نفی قرار نگرفته، بلکه نشانه‌های قوی از شناسایی آن در سطوح ملی و استانی دیده شده است. در واقع، اگر منطوق ماده ۲۵۱ مکرر و دستورالعمل شماره ۴۲۵۴۳ مورخ ۱۸ دی ۱۳۸۴ وزیر اقتصاد با عنوان «دستورالعمل در خصوص مؤذیان درخواست‌کننده طرح پرونده در ۲۵۱ مکرر»، اصل در دسترس بودن هیئت سه‌نفره را در سطح ملی شناسایی کرده، اما بخشنامه ۱۳۹۶ وزارتی، دسترسی به هیئت‌ها را در سطح استان‌ها شناسایی نموده است.<sup>۱۵</sup> دوم، در نظام حقوقی ایران، هرچند «اصل اداره نزدیک» و «اصل دادگاه نزدیک» به صورت کلی شناسایی نشده، در نتیجه چنین انتظاری از اداره، فاقد ضمانت اجرای حقوقی است. اما درمقابل مشاهده می‌شود که وزارت اقتصاد خود را از طریق اسناد یادشده متعهد کرده است و از این حیث، این اصل در چارچوب اسناد بالا به‌مثابه یک حق برای مؤذیان شناسایی شده است. در نتیجه در چارچوب اصول یادشده، مراجع پیش‌گفته باید در دسترس باشند تا به این وسیله شهروندان و مؤذیان دچار مشقت و دردسرهای غیرموجه نشوند. به بیان دیگر، ممکن است از یک سو، به این موضوع از منظر مدیریتی نگریسته و گفته شود اقتضائات مدیریتی چنین ایجاب کرده است که در سطوح مختلف این هیئت‌ها مشغول به کار شوند. از سوی دیگر، از منظر حق‌بنیاد گفته شود که در هیچ‌کدام از مواد قانونی به «اصل در دسترس بودن دادگاه» اشاره نشده است و از این حیث ما نیازمند شناسایی اصول حقوقی با عنوان اصل دادگاه نزدیک و اصل اداره نزدیک هستیم.

اگر ادعای بالا را بپذیریم ناگزیر خواهیم بود بگوییم که در چارچوب اقتضائات مدیریتی،

۱۵. هرچند از دیدگاه دیگر، این سند معیار منطوق قانون و فلسفه وجودی دادرسی فوق‌العاده مالیاتی است.

طی بخشنامه ۱۳۹۶ وزارتی، تشکیل هیئت‌ها در مراکز استان‌ها پیش‌بینی شده است. بنابراین، نظام حقوقی ما برای شهروندان هنوز اصل اداره نزدیک را به‌عنوان یک اصل کلی شناسایی نکرده است.

دفاع حقوقی از استدلال بالا در قرن بیست و یکم حقیقتاً سخت است. لذا از دیدگاه حقوقی، استدلال یادشده محل بحث و تأمل جدی است. در این راستا باید گفت اولاً با اصدار بخشنامه سال ۱۳۹۶، برای شهروندان انتظار موجه و قانونی دال بر دردسترس بودن دادگاه پیش‌گفته ایجاد شده است. دوم، عدول وزیر از مفاد این بخشنامه مستلزم رعایت اصل الزام به بیان دلایل تصمیم است. در نتیجه، در صورت فسخ این بخشنامه، منطقیاً شهروندان حق شکایت از چنین فسخی را نزد دیوان عدالت اداری خواهند داشت. سوم، نظر به «اصل سهولت در انجام خدمت عمومی»، از آنجایی که مفاد بخشنامه پیش‌گفته در راستای تسهیل خدمات و انجام مطلوب وظایف قانونی وزارت اقتصاد صادر شده است، در نتیجه، عدول از مفاد این اصل نزد خردمندان جامعه قابل پذیرش نخواهد بود؛ مگر اینکه وزارت اقتصاد مسیر آسان‌تری را جایگزین بخشنامه یادشده کند. حصول چنین مقصودی، به‌ویژه از طریق «دادرسی مجازی»، راحت‌تر است. دولت الکترونیک چنین امکاناتی را می‌تواند در اختیار قرار دهد که شوربختانه، زیرساخت حقوقی و فنی چنین دولتی در خصوص دادرسی فوق‌العاده مالیاتی شناسایی نشده است. این درحالی است که برای پرداخت مالیات از طریق سامانه‌های الکترونیکی نه‌تنها زیرساخت‌های معقولی اندیشیده نشده، برای شکایت از عملیات مالیات‌ستانی، زیرساخت حداقلی نیز در نظر گرفته نشده است که البته با اصل کرامت ذاتی بشر و حق‌بنیانی شهروندان مغایر بوده و اصل توازن حق و تکلیف را به محاق برده است.

**۲.۵. اصل صلاحیت ذاتی.** بنیان توجیهی صالح بودن مرجع رسیدگی‌کننده بر اصل حکومت قانون استوار است. این اصل در برابر «حکومت شخص» قرار می‌گیرد.<sup>۱۶</sup> آنچه که از منطوق ماده ۲۵۱ مکرر برمی‌آید این است که در چارچوب این اصل، رسیدگی به ادعای مؤدی از سوی اعضای هیئت صورت می‌گیرد. به این اعتبار، اگر وزیر پرونده را به هیئت

۱۶. احمد، مرکز مالگیری، حاکمیت قانون، (تهران: مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵)، ص ۲۱.

واگذار کرد، این هیئت ذاتاً صلاحیت دادرسی مالیاتی به صورت فوق العاده را خواهد داشت. لذا اصل بر صلاحیت ذاتی هیئت سه نفره است. در چارچوب این اصل می‌توان گفت که رسیدگی به پرونده‌های موضوع ماده ۲۵۱ مکرر باید با ترکیب هیئتی مرکب از سه نفر به انتخاب وزیر امور اقتصادی و دارایی انجام گیرد. از جمله پیامدهای اصل ذاتی بودن صلاحیت، این است: نخست اینکه هیچ مقام یا مرجع دیگری نمی‌تواند در غیاب هیئت، وارد حوزه صلاحیت ذاتی هیئت شده، به جانشینی از آن تصمیم بگیرد یا رأی صادر کند. مقررات اجرایی مربوطه نیز مؤید چنین استدلالی است. دوم، با وجود هیئت، مراجع دیگر اعم از قضایی، اداری، اجرایی و شبه قضایی از صلاحیت لازم برای رسیدگی برخوردار نیستند؛ هرچند که در سلسله مراتب قدرت در جایگاه فرازین قرار داشته باشند. سوم، در اثر چنین صلاحیتی، حتی اعضای هیئت نمی‌توانند صلاحیت خود را با اختیار به دیگری واگذار کنند، در غیر این صورت فلسفه وجودیشان از بین خواهد رفت.

**۲.۶. اصل چندمرحله‌ای بودن دادرسی.** در چارچوب این اصل، دادرسی در چند مرحله قابلیت رسیدگی دارد. بنیان توجیهی چندمرحله‌ای بودن در کاهش خطاهای دادرسی و دادن فرصت دوباره دادخواهی به شخص است. هرچند ماده ۲۵۱ مکرر به چندمرحله‌ای بودن دادرسی فوق العاده مالیاتی اشاره نکرده است، اما با نگاهی به دستورالعمل ۱۳۹۶ و دستورنامه شماره ۱۷/۶۴۹۹۰ مورخ ۴ تیر ۱۳۹۷ «رئیس مرکز عالی دادخواهی مالیاتی و تشخیص صلاحیت حرفه‌ای» مشاهده می‌شود که در این اسناد، مدلول اصل یادشده پذیرفته شده و بند «ج» دستورالعمل ۱۳۹۶ مبنی بر این اصل نگاشته شده است. بر این مبنا، شعب دیوان عدالت اداری در چارچوب ماده ۱۰ قانون آیین رسیدگی و تشکیلات دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، از صلاحیت رسیدگی عالی قضایی به آرای هیئت در شکل فرجامی برخوردار هستند. هرچند که محدودیت صلاحیت دیوان به رسیدگی شکلی، کارآمدی تجدیدنظرخواهی را نیمه تمام می‌گذارد.

### ۳. اصول تضمینی

رئوس این دسته اصول، اصول مربوط به مرحله «رسیدگی» و اصول مربوط به مرحله «صدور رأی» قابل بحث است.

۳. ۱. اصول مربوط به مرحله رسیدگی. مهم‌ترین اصول مرتبط با این مرحله از دادرسی از این قرار است:

۳. ۱. ۱. اصل تساوی سلاح‌ها. این مؤلفه در فقه به معنای وجوب تسویه بین خصمین است.<sup>۱۷</sup> برداشت حقوقی از این اصل از معنای ادبی‌اش دور نیفتاده است و با اتکا به اصل فلسفی «برابری» به تساوی ابزارهای لازم در دفاع نظر دارد، چراکه نفی این اصل زمینه و مقدمه نفی یا چالش سایر اصول در دادرسی است.

در چارچوب این اصل به نظر می‌رسد که اصل برابری سلاح‌ها در نظام دادرسی فوق‌العاده مالیاتی ایران با موانعی روبه‌رو است، مهم‌ترین دلایل چنین ادعایی را باید در این موارد جستجو کرد؛ نخست، آن‌سان که در بالا آمد، نهاد هیئت سه‌نفره در اشکال مختلف به وزارت اقتصاد به‌عنوان یکی از طرفین دعوی وابسته است. در نتیجه، اقتدار وزارتخانه بر هیئت‌ها، به‌ویژه در خصوص «مقدمات رسیدگی» محرز است؛ چراکه بند «پ» دستورالعمل ۱۳۹۶، تأمین مکان مناسب، نگهداری و بایگانی پرونده‌ها، تجهیزات اداری و پرداخت حق‌الزحمه و... را برعهده ادارات کل قرار داده است. بر اساس این بند نمی‌توان انتظار داشت اصل برابری سلاح‌ها در مورد هر دو طرف دعوی به صورت مطلوب رعایت شود و بی‌تردید امکانات تدارکاتی وزارتخانه و قدرت اداره در چیدمان اعضای هیئت و اداره هیئت بر نحوه دادرسی تأثیر مستقیم و معناداری خواهد داشت و به این اعتبار می‌توان گفت که دادرسی مالیاتی در اینجا از اصل برابری سلاح‌ها نمی‌تواند به نحو مطلوب استفاده کند، یا دقیق‌تر بگوییم اساساً با امتناع مواجه است. دوم، به صراحت بند ۷ دستورالعمل ۱۳۸۴ هیئت «در صورت نیاز، نسبت به دعوت از مسئولین مربوط در حوزه مالیاتی ذیربط جهت بررسی موضوع و ارائه توضیحات» دعوت خواهد کرد. این درحالی است که به مؤدّی اجازه چنین حضوری داده نشده است. سوم، بر مبنای اصل تساوی و برابری در مقابل قانون، باید برای طرفین دعوی امکانات برابر جهت شکایت، برای حضور، جهت دفاع و برای اجرای حق در نظر گرفت. این درحالی است که ماده ۲۵۱ مکرر به صراحت حق شکایت را مختص

۱۷. هدی، غفاری و عاطفه، عباسی کلیمانی، «مروری بر حقوق متهم در نظام حقوقی ایران با رویکرد بر اسناد فراملی»، مجله فقه و حقوق خانواده، ش ۴۳ (۱۳۸۵)، ص ۱۲۱.

«مؤدی» دانسته و از این حیث برای اداره صلاحیتی پیش‌بینی نشده است. شایسته بود که قانون‌گذار در راستای پاسداشت منافع عمومی این راه را برای جبران خطاها و قصور مالیات‌ستانان پیش‌بینی می‌کرد.

۳. ۱. ۲. اصل علنی بودن دادگاه. این اصل را می‌توان از عواملی دانست که به جلب اعتماد عمومی، جلوگیری از تشکیل دادگاه سری، نظارت عمومی بر عملکرد دادگاه و جلوگیری از فساد قضایی و بالا بردن شأن رأی صادره می‌انجامد<sup>۱۸</sup>. مطابق این اصل، دادگاه در دعاوی تحت صلاحیت خودش باید حق حضور همگان را به‌عنوان یک حق مفروض شناسایی کرده باشد. به این اعتبار، همگان اعم از ذی‌نفعان دعوی و غیر آن حق دارند در جلسه دادرسی حاضر شوند، مگر اینکه با دلیل اخلاقی، دلیل مربوط به نظم عمومی، امنیت ملی، و رعایت حریم خصوصی مواجه گردد. هرچند که خود این استثناها به لحاظ ذهنی، قابل تفسیر بوده و ممکن است در اثر تفسیر اقتدارگرایانه، استثنا بر اصل حاکم گردد.

نگاهی به مواد مختلف قانون مالیات‌های مستقیم، بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های صادره، گویای آن است اولاً در هیچ‌کدام از اسناد، اصل علنی بودن دادرسی به صورت آشکار شناسایی نشده است. لذا از دیدگاه پوزیتیویستی، در نگاه نخست چنین می‌نماید که قانون‌گذار نسبت به این اصل اعلام نظر نکرده است؛ این سکوت نشانه چیست و چگونه قابل تفسیر است؟ مطابق اصول تفسیر، «حق»ها در دسته رویکردهای تفسیری موسع و صلاحیت‌ها در دسته رویکردهای تفسیری مضیق قرار می‌گیرند. با این توضیح و با در نظر گرفتن اینکه علنی بودن دادرسی از حقوق بنیادین در امر دادرسی منصفانه به‌شمار می‌آید، بر این مبنا، سکوت قانون‌گذار را باید حمل بر جواز و عدم ممنوعیت آن فرض کرد. بنابراین در چارچوب علنی بودن دادرسی، شهروندان مختلف، حق حضور در جلسات دادرسی را دارند. ثانیاً از منظر پوزیتیویستی، اصل ۱۶۵ قانون اساسی بر اصل علنی بودن محاکمات تصریح داشته است. هرچند در نگاه نخست، منطوق این اصل قابل اعمال بر پرونده‌های کیفری است، اما از حیث فلسفه وجودی و کارکرد این اصل، باید گفت حکم این اصل بر هیئت‌های سه‌نفره نیز قابل اعمال است، چون آن کارکردی را که هیئت‌های یادشده انجام می‌دهند

۱۸. محمود، آخوندی، آیین دادرسی کیفری: اندیشه‌ها، ج ۴، (تهران: نشر وزرات فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۸)، ص ۲۰۵.

همانی است که دادگاه انجام می‌دهد و البته این مراجع از دیدگاه حقوق اداری، در دستۀ «دادگاه» اداری قرار دارند و کارکرد هر دو نهاد، حل اختلاف و برطرف کردن نزاع منافع است و امرشان امر توافقی است؛ به این اعتبار، هر دو دادگاه هستند و اصل بر علنی بودن رسیدگی در آنهاست.

**۳.۱.۳. اصل محدودیت زمان رسیدگی.** یکی از معیارهای ارزیابی کیفیت دادرسی، زمان صرف‌شده است که حد ایمنی و حساسیت دعوا نیز در گرو آن است؛ معیاری که مبنای کارایی یا عدم کارایی تلقی می‌شود، چراکه تعیین بازدهی آرای دادگاه‌ها را در حقوق شکلی تشکیل می‌دهد. معیار زمان هم در شکل‌گیری حقوق و قواعد آن، عنصر طلایی به حساب می‌آید.<sup>۱۹</sup> مبنای این اصل از یک سو در راستای پیشگیری از تأخیر در دادرسی و اطالۀ دادرسی است و از سوی دیگر برای پاسداشت شأن انسانی ارباب رجوع است. بنابراین، شایسته و بایسته است دادگاه‌ها از نیروی انسانی کافی و متخصص برخوردار باشند تا با استفاده از نیروی انسانی کافی و متخصص در یک بازۀ زمانی موجه و معقول به پرونده‌ها رسیدگی شود. پرسش این است: بازۀ زمانی معقول یک مفهوم کمی است یا کیفی؟ به نظر می‌آید این مقوله بیش از آنچه که یک مفهوم کمی باشد کیفی است و بیش از آنچه که موضوعی باشد تطبیقی است. با این حال، باید ضمن رسیدگی سریع و بدون شتاب، از ورود به حاشیۀ دعوا و مطالب غیرمرتبط پیشگیری شود. به این اعتبار، زمان «مناسب» به جای زمان «سریع»، پذیرفتنی‌تر است.

در خصوص جایگاه این اصل در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی باید گفت: نخست، با وجود سکوت ماده ۲۵۱ مکرر، این اصل در حقوق مدرن یکی از اصول پیشرفته حقوق اداری است که در نظام‌های مختلف حقوقی شناسایی شده است. بنابراین بایسته است هیچ مقرره‌ای خلاف این اصل نباید به تصویب رسیده باشد. دوم، در سکوت قانون‌گذار مالیاتی، باید گفت از حیث کارکردی در نظام دادرسی ایران مفاهیمی وجود دارد که نفی سرعت در رسیدگی را مذموم شمرده و با آن به مقابله برخاسته است. یکی از مفاهیم نام‌آشنا در این خصوص،

۱۹. نجادعلی، الماسی و بهنام، حبیبی درگاه، «درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرایند دادرسی کارآمد»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، ش ۵۸ (۱۳۹۱)، ص ۵۵.

«نفی اطالۀ دادرسی» است و البته این مفهوم به نوع دیگری در پی همان غایتی است که اصل محدودیت زمان رسیدگی به دنبال آن است. سوم، دستورالعمل ۱۳۸۴ در چارچوب ردیف (۹) آشکارا به مفهوم این اصل پرداخته و به اصل سرعت در پاسخگویی در هر دو معنای «کمی و کیفی» توجه کرده است و از این حیث، «دقت نباید فدای سرعت شود و سرعت نباید مطلقاً از دستور کار خارج شود». چهارم، نظر به ارتباط وثیق، بلافصل و معنادار این اصل با اصل منافع عمومی، پذیرش آن در دادرسی مالیاتی، به نفع بیت‌المال است. یعنی اگر ما بخواهیم در چارچوب دادرسی مالیاتی پیگیر منافع عمومی باشیم باید مدلول این اصل را شناسایی کنیم، چراکه بخش اعظمی از درآمدهای مالیاتی دولت در پیچ و خم دادرسی معطل شده، سال‌ها طول می‌کشد تا وصول گردد. به بیان دیگر، اهمیت و ضرورت شناسایی و بالندگی این اصل در دادرسی مالیاتی ایران، زمانی دوچندان می‌گردد که در نظر داشته باشیم ایران پیوسته در طول دهه‌های گذشته با پدیده تورم اقتصادی چند ده درصدی مواجه بوده است، به نحوی که در سال‌های مختلف عموماً تورم چند ده درصدی داشته‌ایم. این رکوردزنی تاریخی حامل یک خبر بد است و آن اینکه ارزش آن منابع از درآمد مالیاتی دولت در سایه اطالۀ دادرسی به سرعت کاهش پیدا می‌کند. این وضعیت گویای آنست که بخشی از منابع درآمدی، بیت‌المال در گلوگاهی به نام دادرسی مالیاتی به «گروگان» گرفته شده است؛ هرچند که این وضعیت، وجه دیگری از فساد در شکل و شمایل دیگر است. در چنین فضایی، افرادی که باید مالیات‌های زیاد بدهند عموماً پرونده‌ها را به مراجع حل و فصل اختلاف ارجاع می‌دهند و به میزانی که فرایند مالیات‌ستانی طولانی و زمان‌بر باشد در عمل ارزش مالی و اقتصادی منابع درآمدی دولت به صورت فزاینده کاهش می‌یابد که حاصل این وضعیت، کسر یا چالش در منابع درآمدی دولت است.

۳. ۱. ۴. اصل استماع. در چارچوب این اصل، فرد یا طرفین دعوی از حق شنیده شدن برخوردارند. این اصل از اصول عدالت طبیعی است و در سنت کامن‌لا تاریخ طولانی داشته و به مرور زمان به سایر کشورها همچون فرانسه، نروژ، اسپانیا و هلند تسری پیدا کرده است.<sup>۲۰</sup> و امروزه به‌عنوان یکی از اصول عدالت آیینی به‌شمار می‌آید که از دادرسی قضایی

۲۰. ر.ک. بیژن، عباسی، «تحلیل قواعد و شرایط شکل‌گیری اعمال اداری یک‌جانبه»، فصلنامه حقوق، دوره ۴۳، ش ۳ (۱۳۹۲)، ص ۱۳۴؛ عطریان، فرامرزی، *اداره خوب*، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۶)، صص ۹۰-۹۱.

به دادرسی اداری راه یافته است.<sup>۲۱</sup> بر اساس این اصل، دادگاه قبل از استماع دیدگاه‌های طرفین نمی‌تواند رأی صادر نماید.

باید توجه داشت یکی از جلوه‌های مهم استماع، «حق حضور در دادگاه» است که به حق رسیدگی حضوری معروف است که ریشه در اسناد حقوق بشری دارد. بر مبنای این حق، ذی‌نفعان پرونده به‌طور اطلاق حق حضور در دادگاه دارند؛ یعنی قاضی دادگاه به دلایل مختلف مثل امنیت ملی و مصالح عمومی یا هر عنوان دیگری نمی‌تواند طرفین را از حضور در دادگاه منع کند. باید توجه داشت که چنین حضوری نباید محدود به حضور فیزیکی باشد، بلکه باید معنادار باشد؛ به بیان دیگر منظور از حق رسیدگی حضوری یعنی «حق حضور آگاهانه»، و این حضور آگاهانه به‌دست نخواهد آمد مگر اینکه دادگاه ابزارهای لازم را در اختیار طرفین پرونده قرار دهد.

با وجود اهمیت بالای اصل استماع، باید گفت که این اصل در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی شناسایی نشده است. با نگاهی به منطوق و مفهوم ماده ۲۵۱ مکرر و دستورالعمل‌های صادره، مشاهده می‌شود که «حضور بودن دادرسی» در این مرحله شناسایی نشده و اگر قائل به رویکرد پوزیتیویستی باشیم در این صورت به‌صراحت ردیف ۷ از دستورالعمل ۱۳۸۴، «در صورت نیاز، نسبت به دعوت از مسئولین مربوط در حوزه مالیاتی ذیربط جهت بررسی موضوع و ارائه توضیحات حضوری» اقدام خواهد شد. مفهوم مخالف این عبارت آنست که برای مؤدی از این حیث حقی تعریف نشده است. در فقدان شناسایی چنین حقی در این نوع از دادرسی، امکان کنترل قضایی آرای صادره از هیئت‌ها نیز با مشقت زیادی روبه‌رو است، چراکه عموماً نظارت دیوان مربوط به امور حکمی بوده و مسائل موضوعی در حاشیه قرار دارند. اگر از رویکرد پوزیتیویستی فاصله گرفته و به‌طور عام به دادرسی مالیاتی نگاه حق‌بنیاد داشته باشیم، در این صورت گفته خواهد شد: ردیف ۷ یادشده، ناظر بر رفع نیازمندی‌های اعضای هیئت بوده و متعرض امکان و حق حضور مؤدی در این هیئت‌ها نشده است.

۲۱. علی‌محمد، فلاح‌زاده، «تحولات حق استماع در حقوق اداری انگلستان و ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، ش ۴۱ (۱۳۹۲)، ص ۱۷۰.



۳. ۱. ۵. اصل دسترسی به وکیل. حق برخورداری از وکیل یکی از مهم‌ترین تضمین‌های دادرسی عادلانه است. وکیل می‌تواند در برابر تمایلات و لغزش‌ها، اشتباه‌ها، افراط‌ها، بی‌نظمی‌ها، ناهنجاری‌ها، اقدامات نابجا، ناروایی‌ها و هر آنچه مخل قضاوت عادلانه است با تذکرات قانونی ایستادگی کند و از وقوع آن جلوگیری نماید.<sup>۳۲</sup> هرچند در دادرسی عادی مالیاتی به امکان استفاده از وکیل در بند ۴ و فصل دوم از «دستورالعمل دادرسی مالیاتی»، مصوب ۱۳۸۷ آشکارا پرداخته شده است، اما با نگاهی به منطوق و مفهوم ماده ۲۵۱ مکرر و اسناد اجرایی مربوطه مشاهده می‌شود که به این اصل اشاره‌ای نشده است. با این حال، باید گفت: نخست، از آنجایی که امر وکالت در اینجا فاقد خصوصیت است، در نتیجه با وحدت ملاک از دستورالعمل یادشده، منطقی‌اً امکان مدلول این سند در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی نیز وجود دارد. دوم، سکوت اسناد اجرایی در خصوص یک حق بنیادین نمی‌تواند به معنای «نفی» چنین حقی تفسیر گردد، بلکه از اساس، نفی چنین حقی نیازمند تصریح به آن است. سوم، مهم‌تر اینکه قانون‌گذار اساسی در اصل ۳۵، نه تنها به حق انتخاب وکیل از سوی همگان «در همه دادگاه‌ها» تصریح داشته است، بلکه «اگر کسانی» توانایی انتخاب وکیل را نداشته باشند باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد». در این راستاست که در برخی از اسناد عادی نظیر قانون آیین دادرسی کیفری به امکان تعیین وکیل معاضدتی یا تسخیری در پرونده‌ها تصریح شده، اما شوربختانه در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی نه تنها دولت در هیچ سندی به این تکلیف عمل نکرده، بلکه در اثر امتناع در تثبیت اصل استماع، داشتن وکیل در «مرحله رسیدگی به پرونده» نیز با موانع جدی روبه‌رو شده است؛ هرچند منطقی‌اً نباید در «مرحله تقدیم شکایت»، محدودیت یا ممنوعیتی وجود داشته باشد. چهارم، به‌صراحت اسناد بین‌المللی که ایران عضویت آنها را پذیرفته، به حق داشتن وکیل تصریح شده است. بنابراین، دولت ایران در کنار تعهدات حقوق داخلی، برابر اسناد بین‌المللی نیز مکلف به شناسایی اصل یادشده در دادگاه‌ها است. در این خصوص میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مطرح بوده که در آن داشتن وکیل از حقوق اطلاقی افراد معرفی شده است.

۳۲. احمد، کریم‌زاده، *تخلفات انتظامی قضاوت*، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱)، ص ۵۷.

۳. ۱. ۶. اصل انتظار قانونی. برابر این اصل، مقامات عمومی نمی‌توانند از تصمیمات، رویه‌های عملی، خطامشی‌ها و یا حتی از اظهارات گذشته خود برگردند؛ مگر در موارد موجه و معقول. این اصل از جمله اصول نظام‌های اداری توسعه‌یافته است، چراکه اصل یادشده جبران‌کننده خلئی است که سایر اصول همچون اصل حق مکتسب، از انجام آن ناتوان‌اند. این اصل در سنت کامن‌لا از جایگاه شایسته‌ای برخوردار بوده و به بیان کریگ<sup>۲۳</sup> به خواسته‌ها و توقعات موجه و معقولی گفته می‌شود که در روابط متقابل اشخاص با کارگزاران عمومی و به‌ویژه مقام‌های دولتی در خصوص تصمیم‌ها، اعلام‌ها، سیاست‌ها و رویه‌های اداری و اجرایی اتخاذشده در چارچوب صلاحیت‌های اختیاری ایجاد می‌شود، به‌نحوی که عدم توجه به آنها یا صرف‌نظر کردن از آنها موجب ورود خسارت یا سلب منفعت از شهروندان مخاطب تصمیم‌ها، اعلام‌ها، سیاست‌ها و رویه‌های اداری مقام‌های یادشده می‌گردد.<sup>۲۴</sup>

نگاهی به اسناد مربوط به دادرسی فوق‌العاده مالیاتی گویای بحران در جایگاه این اصل است، هرچند که می‌توان گفت بخشی از کارکردهای این اصل در چارچوب اصولی به‌ویژه «حق مکتسب» در دادرسی مالیاتی قابلیت اعمال را دارد، اما اصل انتظار قانونی به‌مثابه تأسیس حقوقی در دادرسی مالیاتی شناسایی نشده است. اگرچه در نوشته‌ای نظر بر اینست که این اصل در «موارد نادری»<sup>۲۵</sup> شناسایی شده است، اما رأیی از دیوان عدالت یا دادگاه‌ها مشاهده نمی‌شود که در آن، اصل یادشده در پرونده مالیاتی مفروضاً یا آشکاراً ذکر شده باشد.

### ۳. ۲. اصول مربوط به مرحله اصدار رأی

در این مرحله، رئیس اصول از این قرار است:

۳. ۲. ۱. اصل مستند و مستدل بودن رأی. در چارچوب این اصل، اعمال مقامات عمومی باید اولاً مستند به قانون باشد. ثانیاً متکی به استدلال باشد که از این طریق بین مصداق و مفهوم رابطه موجه ایجاد شود. به بیان دیگر، استدلال دو کارکرد دارد: استدلال

23. Craig

۲۴. مسیح، بهنیا، اصل انتظار مشروع، (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳)، ص ۲۲.

۲۵. همان، ۲۶۳.

گاه در مقام خلاً قانون، نقش قانون را بازی می‌کند؛ آنجا که قانون وجود ندارد و دادرس با استفاده از استدلال، رأی خود را موجه‌سازی می‌کند و رأی خود را خردمندان و اخلاقی می‌سازد، گاهی استدلال میان پرونده و ماده قانونی رابطه موجه برقرار می‌کند. به این اعتبار، استدلال می‌تواند حلقه واسط میان مستند قانونی و آن پرونده خاص باشد و بین مصداق و مفهوم رابطه برقرار کرده، این دو را به هم پیوند دهد. انجام چنین کاری، نشانگر هنر، تکنیک، توانمندی، لیاقت و قابلیت یک دادرس است. صدور رأی این‌چنینی موجب می‌شود رأی قابل فهم بوده، قانع‌کننده باشد.

در خصوص جایگاه این اصل باید گفت: نخست، اصل یادشده برای همه اعضای هیئت، اعم از اکثریت و اقلیت، الزام‌آور بوده و بر این مبنا، نظر همه آنها باید دربردارنده اظهار نظر قطعی، دقیق، موجه و مدلل باشد. دوم، ازجمله شروط مصرحه در ردیف (۱) دستورالعمل ۱۲۸ ۴۲۵۴۳ مورخ ۱۸ دی ۱۳۸۴ و ردیف (۱) دستورنامه ریاست «مرکز دادخواهی مالیاتی و صلاحیت حرفه‌ای» به شماره ۱۷/۶۴۹۹۰ مورخ ۴ تیر ۱۳۹۷، لزوم رعایت مفاد این اصل آمده است. سوم، این اصل در دستورالعمل ۱۳۹۶ (بند «ث»)<sup>۲۶</sup> مورد تصریح و توجه قرار گرفته است. چهارم، در منطوق ماده ۲۵۱ مکرر، این اصل ذیل عنوان «مستنداً به مدارک و دلایل کافی» مورد شناسایی قرار گرفته است. پنجم، به صراحت اصل ۱۶۶ «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند... باشد» و به استناد اصل ۱۶۷ دادرس موظف است «حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید».

۲.۲.۳. اصل تناسب. نویسندگانی همچون دی‌بورکا<sup>۲۶</sup> و تری‌دیماس<sup>۲۷</sup> معیارهایی را برای فهم این اصل مطرح کرده‌اند<sup>۲۸</sup> و به نظر می‌رسد اصل تناسب در واقع به توازن میان نفع‌های رقیب (میان طرفین از یک سو و میان طرفین و جامعه از سوی دیگر) مربوط می‌شود، به نحوی که یک موازنه موجه و منصفانه میان آنها ایجاد شود. بر این اساس، دادرس دادگاه باید بین هدف و وسیله، بین طرفین دعوا، منطق تناسب را رعایت کند. چنین

26. De Burca  
27. Tridimas

۲۸. ر.ک. مهدی، مرادی برلین، اصل تناسب، (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲)، ص ۴۴.

منطقی از یک سو بر نسبت میان «اهداف عمل عمومی» و «ابزار استفاده‌شده» در راستای آن اهداف استوار است<sup>۳۹</sup> و از سویی دیگر، مربوط به «ارزیابی منافع رقیب»<sup>۴۰</sup> است.

در خصوص نسبت میان اصل یادشده با دادرسی فوق‌العاده مالیاتی باید گفت که این اصل به‌مثابه یک تأسیس حقوقی در این‌گونه دعاوی شناسایی نشده و نگاهی به دادرسی عادی مالیاتی، گویای وجود وضعیتی مشابه با دادرسی فوق‌العاده مالیاتی است.

**۳.۲.۳. اصل تجدیدنظرخواهی.** یکی از راه‌های شکایت از آراء، تجدیدنظرخواهی است.<sup>۳۱</sup> این اصل، بیان دیگر اصل چندمرحله‌ای بودن دادرسی است؛ چراکه چندمرحله‌ای بودن، وجه «سخت‌افزاری» حق را تشکیل می‌دهد، اما تجدیدنظرخواهی جنبه «نرم‌افزاری» چنین حقی را شکل می‌دهد و در صدد است به حق بر بررسی اصیل و بدون شتاب به پرونده در اشکال شکلی و ماهوی<sup>۳۲</sup> بپردازد. این اصل ازجمله اصول اساسی و حق‌بنیاد بشر در مراجع رسیدگی‌کننده به‌شمار می‌رود که دارای دو اثر تعلیقی و انتقالی است؛ اثر تعلیقی آن مانع قطعیت و لازم‌الاجرا شدن و به‌اجرا درآمدن مفاد آن خواهد شد و اثر انتقالی آن نیز سبب انتقال رسیدگی از یک مرجع به مرجعی اصولاً در رتبه‌ای بالاتر از مرجع قبلی خواهد بود.<sup>۳۳</sup> در خصوص این اصل باید گفت: نخست، آن‌چنان که در اصل چندمرحله‌ای بودن دادرسی گفته شد، دادرسی فوق‌العاده مالیاتی ایران امکان رسیدگی چندباره به پرونده‌های مالیاتی را مورد پذیرش قرار داده است. دوم، این چنین شناسایی در لایه «حق» بوده است. سوم، با وجود این‌چنین شناسایی باید گفت که هم در چارچوب ماده ۲۵۱ مکرر و هم در چارچوب ماده ۱۰ قانون آیین رسیدگی و تشکیلات دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ حق تجدیدنظرخواهی صرفاً متعین در یکی از طرفین دعوی و آن مؤدی تعیین شده و از این حیث برای اداره امور مالیاتی که مفروضاً نماینده منافع عمومی و ملی است، صلاحیت

29. Robert, Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, (Oxford: Hart Publishing, 2000), p. 77.

30. Takis, Tridimas, *The General Principles of EC Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 92.

۳۱. عبدالله، شمس، *آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین*، ج ۲، (تهران: انتشارات دراک، چ ۹، ۱۳۸۵)، ص ۳۱۲.

۳۲. هداوند و آقای طوق، پیشین، ص ۲۵۲.

۳۳. عبدالله، شمس، *آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین*، ج ۲، (تهران: انتشارات دراک، چ ۱۵، ۱۳۹۰)، ص ۱۵۴.

تجدیدنظرخواهی پیش‌بینی نشده است و این مسئله البته یکی از نکات ضعف این نوع دادرسی به‌شمار می‌آید و با اصول دادرسی منصفانه مغایرت دارد. چهارم، چنین به‌نظر می‌رسد که در این‌گونه پرونده‌ها، حق تجدیدنظرخواهی از حیث «کیفی» با چالش‌هایی روبه‌رو است و برخی از اصول پیشرفته حقوق اداری، نظیر اصل انتظار قانونی، در تظلم‌خواهی‌ها نزد دیوان عدالت اداری قابلیت استماع ندارند. بنابراین ملاحظه می‌شود هرچند حق تجدیدنظرخواهی در نظام دادرسی مالیاتی ایران شناسایی شده، اما حتی در لایه نظر نیز این حق با ابهام، موانع و محدودیت‌هایی مواجه است که اجازه اعمال مطلوب این حق را برای هر دو طرف به صورت مطلوب نمی‌دهد.

**۳.۲.۴. اصل جبران خسارت.** گرچه این اصل در حقوق خصوصی از موارد بدیهی به‌شمار می‌آید، اما دلیل طرح این اصل در ساحت حقوق عمومی به‌عنوان یکی از «اصول دادرسی منصفانه اداری» ناشی از پیوند پیچیده «خسارت» با «اعمال حکومت» است. از آنجایی که در حقوق عمومی اعمال دولت به «تصدی و حاکمیتی» تقسیم می‌شود. پرسش این است که آیا اعمال مربوط به مالیات‌ستانی، امر حاکمیتی است یا تصدی؟ پاسخ ساده آن است که این‌گونه اعمال، حاکمیتی هستند. اما آیا این پاسخ به این معناست که خسارت ناشی از عملیات مالیات‌ستانی مصون از «جبران خسارت» است؟ در اینجا است که دادرسی منصفانه وارد کارزار می‌شود و شرایط را برای دادن پاسخ منفی فراهم می‌کند، چراکه در سنت غرب، به‌درستی، دهه‌هاست که آنها از دسته‌بندی اعمال اداره به تصدی و حاکمیت فراتر رفته‌اند و در سایه بسط ارزش‌های حق‌بنیاد، اعمال خسارت‌آمیز دولت، مشمول قاعده جبران خسارت شده است. ممکن است گفته شود از آنجایی که در قوانین مالیاتی به لزوم جبران خسارت آشکارا پرداخته نشده و قانون‌گذار ما در قانون مدیریت خدمات کشوری در موادی همچون مواد ۸ و ۴۵، آشکارا به اعمال حاکمیتی و پست‌های حاکمیتی پرداخته است؛ در نتیجه، اعمال کارگزاران مالیاتی از قاعده جبران خسارت مستثنی است.

پذیرش استدلال پیش‌گفته سخت محل اشکال است، چراکه نخست، هرچند در قانون مدیریت خدمات کشوری، دسته‌بندی اعمال به حاکمیتی و تصدی پذیرفته شده، اما این دسته‌بندی نافی مسئولیت‌پذیری کارگزاران نسبت به اعمال خود نیست و در هیچ کجای این

سند به عدم مسئولیت کارگزاران نسبت به اعمال حاکمیتی خود به صورت صریح یا مفروض پرداخته نشده است. دوم، اتفاقاً در همین قانون، در قسمت حقوق و تکالیف کارمندان دولت، در موادی همچون ۹۰ و ۹۲ مفروضاً به پاسخگویی کارمندان نسبت به اعمال خود تصریح شده است. مزید بر این، بندهای ۳ و ۱۴ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، مقدمه منطقی لزوم رعایت قاعده جبران خسارت است. سوم، در کنار معیار تقسیم اعمال به حاکمیت و تصدی، معیار خدمت عمومی نیز در ایران پذیرفته شده است. در نتیجه، معیار اخیر یکی دیگر از شاخص‌های کنترل اعمال کارگزاران مالیاتی است. در چارچوب این معیار، با تکیه بر «اصل حکومت قانون»، خطا یا ناشی از «خدمت» است یا ناشی از خطای «شخصی»، و ناگفته پیداست در هر دو وجه، از مؤدی جبران خسارت خواهد شد. چهارم، مطابق رویه عملی، در چارچوب «تئوری تقصیر»<sup>۳۴</sup> اگر خسارت ناشی از قصور کارگزاران مالیاتی باشد، موضوع از طریق مراجع صلاحیت‌دار، قابل پیگیری خواهد بود. پنجم، حتی اگر قائل به حاکمیتی بودن عمل مالیات‌ستانی باشیم باز هم به استناد ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، شرایط برای جبران خسارت امکان‌پذیر است. ششم، برابر ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، از جمله شرایط رسیدگی به خسارت را احراز تقصیر کارمند تعیین کرده است و اگر خسارتی از طرف کارگزار مالیاتی به مؤدی وارد گردد منطقیاً رسیدگی به چنین شکایتی در دیوان عدالت اداری خواهد بود. هفتم، با نگاه دوباره به قانون مالیات‌های مستقیم، مشاهده می‌شود که زمینه نظری و رد پای استناد به اصل لزوم جبران خسارت در موادی همچون ماده ۲۷۰ فراهم است، چراکه در این ماده به موضوع جبران خسارت تصریح شده است. هشتم، هرچند هیئت‌های سه‌نفره صلاحیت ورود مستقیم به موضوع جبران خسارت را ندارند، اما در پرونده‌هایی که هیئت سه‌نفره حکم به نفع مؤدی می‌دهند و مؤدی مدعی است از عملیات مالیات‌ستانی خسارتی به وی وارد شده است، در این صورت، اقتضای «اصل انصاف» و «اصل برابری در برابر تحمیل‌های ناشی از اجرای امر عمومی»، آن خواهد بود که بعد از اصدار حکم به نفع مؤدی، وی بتواند از عملیات منجر به خسارت به خود در مراجع صلاحیت‌دار قانونی شکایت کند. چنین جبران خسارتی یکی از

۳۴. ر.ک. علیرضا، باریکلو، مسئولیت مدنی، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳)، صص ۴۹-۵۰.

نمودها و نمادهای ادارهٔ مسئول و پاسخگو است. بنابراین هرچند هیئت در این خصوص صلاحیت «مستقیم» ورود به موضوع خسارت را ندارد، اما از صلاحیت «غیرمستقیم» در این خصوص برخوردار است و به بیان اصولیین، رأی به نفع مؤدی، مقدمهٔ واجب طرح دعوی برای جبران خسارت نزد مراجع صالحهٔ قانونی است که با استعانت از عبارت «خسارات واردهٔ مستند به... نقص وسائل ادارات و مؤسسات» (موضوع مادهٔ ۱۱ قانون مسئولیت مدنی)، حکم به جبران خسارت صادر گردد.

#### ۴. پیامدهای اقتصادی رعایت اصول پیشرفتهٔ حقوق اداری و اصول دادرسی منصفانه

امروزه یکی از بزرگ‌ترین اهداف سازمان‌ها و مؤسسات، افزایش سطح بهره‌وری است. چنین افزایشی ضامن بقا و رشد سازمان بوده و به‌عنوان یک فرهنگ و نگرش مطرح است و بهبود آن، توسعهٔ اقتصادی را به‌همراه دارد. از این نظر، افزایش بهره‌وری سازمان امور مالیاتی می‌تواند با توسعهٔ اقتصادی ارتباط وثیقی داشته باشد. در این راستا، دستگاه‌ها در ابعاد مختلف گریزی از پذیرش آن ندارند<sup>۳۵</sup>. سازمان امور مالیاتی نیز از این قاعده مستثنی نیست. نقش مالیات در اقتصاد کشورها، از جمله اقتصاد ایران، غیرقابل انکار است و پس از نفت به‌عنوان یکی از مهم‌ترین منابع درآمدی ایران شناخته می‌شود و به‌نظر می‌رسد از منظر حقوقی، برای اقتصادی‌سازی امر مالیات‌ستانی، نیازمند ایجاد رابطهٔ اعتمادآمیز میان «مؤدی» و «ادارهٔ امور مالیاتی» هستیم. در این میان، اعمال اصول پیشرفتهٔ حقوق اداری و اصول دادرسی منصفانه یکی از مهم‌ترین راهکارها در این خصوص است تا در لحظهٔ اختلاف نظر، به‌عنوان سازوکار منصفانه در قضاوت به‌کار گرفته شوند.

ناگفته پیداست که رعایت فرایند پیش‌گفته در روابط مؤدی و سازمان امور مالیاتی، زمینه‌ساز افزایش منابع مالیاتی دولت خواهد شد. پیگیری چنین اهدافی از جمله غایت سطح کلان نظام اقتصادی کشور است. می‌توان ادعا کرد چنین نقشی در اقتصاد، گویای اهمیت

۳۵. ر.ک. مهدی، جمشیدیان، «تحلیلی بر عامل مؤثر در ایجاد محدودیت بهره‌وری در سازمان صنعتی و بازرگانی»، توسعهٔ مدیریت، سال ششم، ش ۶۰ (۱۳۸۰)، صص ۶-۸

سازمان امور مالیاتی در نظام اقتصادی و مدیریت اقتصاد کشور بوده و بازوی مهم دولت در امور زیربنایی همچون اشتغال‌زایی است.

از دیدگاه حقوقی، یکی از دروازه‌های طلایی دستیابی به سیاست‌ها و اهداف یادشده، رعایت اصول دادرسی منصفانه در هیئت‌های سه‌نفره (موضوع ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم) است. اما پیش‌تر مشاهده شد که این اصول تا چه اندازه با مشکلات و موانع قانونی یا عملی روبه‌رو است. در چنین وضعیتی نمی‌توان به پیامدهای اقتصادی سازمان امور مالیاتی در نظام اقتصادی و چرخه اقتصادی امیدوار بود. ناگفته پیداست که با «منصفانه‌سازی» هیئت‌ها، فضا برای جلب اعتماد بین مؤدیان و دستگاه مالیات‌ستانی فراهم می‌شود. در چنین فضایی، زمینه برای افزایش مشارکت مؤدیان در امر «مالیات‌پردازی» بالاتر خواهد رفت و هزینه دیوان‌سالاری دولت از بابت هزینه‌های تحمیلی بر دستگاه دیوان مالیاتی کاهش یافته، بهره‌وری دستگاه مالیات‌ستانی بهتر خواهد شد. دولت سریع‌تر به درآمد مالیاتی خود نائل خواهد آمد. این درحالی است که دولت‌ها در اکثر مواقع به سبب عدم تحقق «به‌موقع» منابع درآمدی مالیاتی خود دست به دامن سایر حوزه‌ها شده، به‌ناچار بخشی از اهداف کلان اقتصادی معطل می‌ماند و در نتیجه، خسارت هنگفتی به نظام اقتصادی کشور وارد می‌شود. اما با منصفانه‌سازی هیئت سه‌نفره، فضا برای اعتماد روزافزون به دستگاه مالیاتی افزایش یافته، زمینه برای تحقق اهداف کلان دولت در حوزه اقتصاد مالی مهیا می‌شود و امکان رونق اقتصادی کشور فراهم خواهد شد.

در واقع، تزریق اصول یادشده به هیئت سه‌نفره، موجب افزایش امنیت حقوقی در سازمان خواهد بود و این وضعیت افزایش بهره‌وری دستگاه مالیات‌ستانی را به‌همراه خواهد داشت. باید توجه کرد که تحمیل اصول بالا به هیئت‌ها، خواه یا ناخواه آن را از نظر حقوقی در مسیر بی‌طرفی و استقلال قرار خواهد داد. در این صورت با حدوث اختلاف میان مؤدیان و دستگاه مالیاتی، نهادی بی‌طرف، منصف، مستقل و مقتدر برای احقاق حق آنها وجود خواهد داشت. در این فضاست که ضرورت چپ‌چینش و بازچینش اعضای هیئت متناسب با مقتضیات «دادرسی منصفانه» ضروری به‌نظر می‌رسد. در این صورت، باید اذعان داشت که «حقوقی‌سازی» سازمان از رهگذر «منصفانه‌سازی» هیئت سه‌نفره حاصل می‌شود و حصول چنین نتیجه‌ای زمینه را برای «اقتصادی‌سازی» سازمان فراهم می‌سازد. این موضوع نشان می‌دهد تا چه اندازه «حقوق» و «اقتصاد» درهم تنیده شده و محاط در فضای «وابستگی



متقابل» اند. در این صورت، به جای استفاده از دو نظام «حقوقی» و «اقتصادی» به مثابه مفاهیم خودبسنده و مستقل، ناگزیر از به کارگیری مفهوم «نظام حقوق اقتصادی» هستیم. در چنین نظامی، فاعلان «اقتصادی» و «حقوقی» چاره‌ای جز نشستن کنار هم و تفهیم و تفاهم همدیگر پیرامون واقعیات جامعه ندارند. در چنین اوضاع و احوالی است که زمینه شکل‌گیری «زبان مشترک» فراهم خواهد شد.

### نتیجه

فرجام سخن اینکه:

- چنین می‌نماید مهم‌ترین اصول مربوط به «دادرسی منصفانه اداری» متناسب با مقتضیات دادرسی فوق‌العاده مالیاتی در اصول پیش‌گفته قابل جمع‌بندی است. این گزاره گویای آن است که مفهوم «دادرسی منصفانه» در میانه دادرسی‌های کیفری، مدنی و اداری دچار انعطاف‌پذیری مفهومی گسترده‌ای است؛ به نحوی که قلمرو دادرسی منصفانه در حوزه رسیدگی‌های اداری، الزاماً مشابه با دادرسی‌های کیفری یا مدنی نیست.
- نتایج تحقیق نشانگر آن است که با تبیین و شناخت اصول «پیشرفته حقوق اداری» و اصول «دادرسی منصفانه اداری»، می‌توان اذعان داشت که این اصول در تثبیت «حق بنیاد» بودن شهروندان به طور کلی و مؤذیان به طور خاص کمک شایانی خواهد کرد؛ چراکه امروزه در دستگاه‌های دولتی مرز دقیقی میان «عطیه و بخشش» و «حق»‌ها وجود ندارد و این تحقیق در شفافیت میان این دو مفهوم در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی می‌تواند نقش زیادی داشته باشد.
- نتایج تحقیق گویای آن است که یکی از خلأهای مطروحه در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی پُر شد، چراکه اولاً پیش‌تر در این باره تحقیق مستقلی انجام نگرفته بود. ثانیاً اصول مربوط به دادرسی منصفانه در خصوص ماده ۲۵۱ مکرر مشخص نبود. بنابراین در مورد جایگاه اصول دادرسی منصفانه در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی در حد بضاعت علمی شد نشان داده شود که این اصول در دادرسی فوق‌العاده مالیاتی جایگاه مطلوبی ندارند. در نتیجه بر مقامات رسیدگی‌کننده شایسته و بایسته است که در مقام رسیدگی به این‌گونه پرونده‌ها، مدلول این اصول را در این مرحله از دادرسی رعایت

- کنند؛ اصولی که برای دادرسان رسیدگی‌کننده حکم چراغ راهنما را داشته و راهگشای مسیر صلاحیت آنها بوده و برای مؤدیان در حکم مفاهیم حق‌بنیاد است.
- در نبود آیین دادرسی مشخص، دقیق و جامع، این اصول می‌تواند بخشی از کاستی‌های تشریفات دادرسی فوق‌العاده مالیاتی را پر کند و در صورتی که در آینده مقامات و مراجع صلاحیت‌دار در صدد تدوین و تصویب آیین دادرسی برای دادرسی مالیاتی باشند، این اصول به‌مثابه عناصر کلیدی در ترسیم «ساختمان آیین دادرسی فوق‌العاده مالیاتی» نقش خواهد داشت.
  - مشاهده گردید که تا چه اندازه اصول پیشرفته حقوق اداری و اصول دادرسی منصفانه اداری در قلمرو دادرسی فوق‌العاده مالیاتی با محدودیت فضایی روبه‌رو است؛ به‌نحوی که برخی از اصول آن، نظیر اصل انتظار قانونی، فاقد جایگاه شناخته‌شده حقوقی بوده، به‌عنوان یک تأسیس حقوقی در این‌گونه از دادرسی شناسایی نشده است. در مقابل، برخی از اصول، نظیر اصل دادخواهی، از جایگاه شناخته‌شده و تثبیت‌شده‌ای برخوردارند و به‌عنوان «حق» شناسایی شده‌اند. در میانه اصول پیش‌گفته، برخی از آنها، همچون اصل بی‌طرفی، جایگاهی ابهام‌آلود و سردرگم‌کننده دارد. ترسیم چنین فضایی نشانگر آن است که دادرسی منصفانه اداری در نظام دادرسی مالیاتی ایران، نیمه‌تمام بوده، تا چه اندازه با معضلات، موانع و محدودیت‌ها روبه‌رو است و تا رسیدن به یک وضعیت مطلوب، فاصله زیادی دارد.
  - با در نظر گرفتن حضور بازیگران اقتصادی در فرایند مالیات‌ستانی و نقش اساسی آنها در پرداخت مالیات و تأثیر مالیات بر اقتصاد کشور، شایسته و بایسته است ریل‌گذاری مطلوبی برای امور مالیات‌ستانی اندیشیده شود تا از این طریق، امکان «اقتصادی سازی» از امور مالیات‌ستانی افزایش یابد.
  - به‌نظر می‌رسد برای «اقتصادی‌سازی» فرایند مالیات‌ستانی، به‌جای گسترش دستگاه‌های عریض و طویل مالیاتی، باید در پی راهکارهایی برای تحمیل «اصول حقوقی پیشرفته» و «اصول دادرسی منصفانه» در اختلافات میان بازیگران اقتصادی و سازمان امور مالیاتی بود.

## منابع و مأخذ

### الف) فارسی

#### – کتاب‌ها

۱. آخوندی، محمود، *آیین دادرسی کیفری: اندیشه‌ها*، ج ۴، (تهران: نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۸).
۲. باریکلو، علیرضا، *مسئولیت مدنی*، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳).
۳. بهنیا، مسیح، *اصل انتظار مشروع*، (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳).
۴. رستمی، ولی؛ آقای طوق، مسلم؛ لطفی، حسن، *دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران*، (تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۸).
۵. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین*، ج ۲، (تهران: انتشارات دراک، چ ۹، ۱۳۸۵).
۶. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی: دوره بنیادین*، ج ۲، (تهران: انتشارات دراک، چ ۱۵، ۱۳۹۰).
۷. عباسی، بیژن، *حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین*، (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۰).
۸. عطریان، فرامرز، *اداره خوب*، (تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۶).
۹. غفاریان، احمد، *آیین دادرسی مالیاتی*، (تهران: انتشارات دانش‌پذیر، ۱۳۹۷).
۱۰. طاهری تازی، میرمحسن، *آیین دادرسی مالیاتی*، پاره نخست، دوم و سوم، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵).
۱۱. طباطبایی مومنی، منوچهر، *آزادی‌های عمومی و حقوق بشر*، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰).
۱۲. فخار طوسی، جواد، *حقوق متهمان (فقهی-حقوقی)*، (قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۱).
۱۳. کریم‌زاده، احمد، *تخلفات انتظامی قضات*، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱).

۱۴. محمودی، پدram، *اصول راهبردی دادرسی منصفانه*، (تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۶).
۱۵. مرادی برلیان، مهدی، *اصل تناسب*، (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲).
۱۶. مرکز مالگیری، احمد، *حاکمیت قانون*، (تهران: مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵).
۱۷. هداوند، مهدی و آقای طوق، مسلم، *دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)*، (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۶).

#### – مقالات

۱۸. الماسی، نجادعلی و حبیبی درگاه، بهنام، «درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرایند دادرسی کارآمد»، *مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۱۷، ش ۵۸ (۱۳۹۱).
۱۹. جمشیدیان، مهدی، «تحلیلی بر عامل مؤثر در ایجاد محدودیت بهره‌وری در سازمان صنعتی و بازرگانی»، *توسعه مدیریت*، سال ششم، ش ۶۰ (۱۳۸۰).
۲۰. عباسی، بیژن، «تحلیل قواعد و شرایط شکل‌گیری اعمال اداری یک‌جانبه»، *فصلنامه حقوق*، دوره ۴۳، ش ۳ (۱۳۹۲).
۲۱. رستمی، ولی و پوررضائی فشخامی، محمود، «تحلیل ماهیت حقوقی دادخواهی مالیاتی موضوع ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم»، *پژوهشنامه مالیات*، ش ۳۶ (مسلسل ۸۴)، (۱۳۹۶).
۲۲. فلاح‌زاده، علی‌محمد، «تحولات حق استماع در حقوق اداری انگلستان و ایران»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال پانزدهم، ش ۴۱ (۱۳۹۲).
۲۳. هداوند، مهدی، «مهار قدرت و تحول آن در حقوق اداری»، *نشریه حقوق اساسی*، ش ۸ (۱۳۸۶).

#### (ب) انگلیسی

#### - Books

24. Thomas, Robert, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, (Oxford: Hart Publishing, 2000).

25. Tridimas, Takis, *The General Principles of EC Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1999).

**- Articles**

26. Ervin, Sam J., "Separation of Power: Judicial Independence, Law and Contemporary Problem", *Judicial Ethic*, Vol. 35, No. 1, (1970), pp. 108-127.

27. Shapiro, Martin, "Judicial Independence: the English Experience", *North Carolina Law Review*, Vol. 55, No. 3, (1976), pp. 577-672.

**ج) قوانین**

۲۸. دستورالعمل ۴۲۵۴۳ مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۸

۲۹. دستورنامه ریاست «مرکز دادخواهی مالیاتی و صلاحیت حرفه‌ای» به شماره ۱۷/۶۴۹۹۰ مورخ ۱۳۹۷/۴/۴

۳۰. «دستورالعمل اجرایی تشکیل هیأت موضوع ماده ۲۵۱ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم در مراکز استانها» پیوست بخشنامه وزیر امور اقتصادی و دارایی به شماره ۲۴۹۹۳۱ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۴

۳۱. قانون مالیات‌های مستقیم، ۱۳۹۴

۳۲. قانون مسئولیت مدنی، ۱۳۳۹

۳۳. قانون اساسی



نشریه علمی مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال دوازدهم، شماره بیست و دو، بهار ۱۴۰۰، صفحات ۲۰۵-۲۲۸

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۱۰/۲۷

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۴/۰۹

## تحلیلی بر حق تعلیق در فقه، حقوق ایران و حقوق جدید فرانسه

مصطفی هراتی<sup>۱</sup>

عباس میرشکاری<sup>۲</sup>

### چکیده

اقتضای روابط قراردادی بر اجرای تعهدات هریک از طرفین مبتنی شده است. با وجود این، گاهی متعهد بر حسب شرایطی از انجام این مهم امتناع می‌ورزد. سیاست قانون‌گذار در این وضعیت بر حفظ استحکام قرارداد استوار بوده، تا آنجا که مقدور است در بقای رابطه حقوقی می‌کوشد و راهکارهای متعددی را به این منظور پیش‌بینی کرده است. فقها عنوان حق حبس را در متون فقهی یکی از شیوه‌های الزام متعهد به تعهد به‌طور مبسوط تشریح کرده‌اند و قانون مدنی ایران احکام آن را بدون تصریح عنوان در موضوعات مختلف وضع کرده است. در مقابل، اصطلاح حق تعلیق اجرای تعهدات بر پایه ایراد بر عدم اجرای تعهد در حقوق کشورهای اروپایی به‌کار رفته و تأکید قانون‌گذار فرانسوی بر آن بوده که عدم اجرای تعهد باید اساسی باشد، اما در حقوق ایران مفهوم اساسی بودن عدم اجرای تعهدات تعریف نشده است. حق حبس، نهاد حقوقی خاص برگرفته از فقه امامیه است و تفاوت بنیادین با حق تعلیق دارد. نگارندگان این مقاله با روش تحلیلی-توصیفی و با استفاده از منابع معتبر فقهی، کتب حقوقی در قانون ایران و با توجه به اصلاحات اخیر حقوق فرانسه سعی بر تجزیه و تحلیل مفهوم حق تعلیق و ایراد عدم اجرای تعهدات و نیز ایجاد تمایز آن با حق حبس دارند.

**واژگان کلیدی:** ایراد بر عدم اجرا، حق تعلیق، حق حبس، عدالت معاوضی، عدم اجرای اساسی.

harati.mostafa@yahoo.com

mirshकारीabbas1@ut.ac.ir

۱. دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مونیخ، فرانسه (نویسنده مسئول)

۲. استادیار دانشگاه تهران، تهران، ایران

## مقدمه

اصل حسن نیت در زمینه حقوق قراردادهای جایگاه ویژه‌ای است و در کلیه مراحل قراردادی وجود چنین اصلی احراز می‌شود؛ به نحوی که طرفین در اجرای تعهدات باید به آن توجه داشته باشند.<sup>۳</sup> با وجود این، ممکن است اجرای تعهدات به واسطه وقوع شرایط و اوضاع و احوالی با مشکلاتی روبرو شود. نویسندگان حقوقی از چنین وضعیتی به عنوان موانع اجرا یاد می‌کنند و این موانع جنبه درون یا برون قراردادی دارد. حقوق قراردادهای راه‌حلی‌هایی را مطرح کرده که از یک سو، حفظ استحکام عقود و از دیگر سو، محفوظ ماندن منافع طرفین قراردادی است. با این توضیح که چنانچه موضوع اصلی قرارداد علی‌رغم وجود موانع همچنان باقی باشد، الزام متعهد به انجام تعهد، اولین ضمانت اجرا خواهد بود و در صورتی که این التزام ممکن نباشد و یا نتیجه‌ای مطلوب از آن حاصل نشود، قانون‌گذار سایر راهکارها را به منظور حفظ حقوق طرف قراردادی در نظر گرفته است. در وضعیت پیش‌گفته ضروری است که در وهله اول به محکمه صالحه رجوع شود و بر اساس مقررات قانونی اقدام لازم به عمل آید. در جریان چنین رویه‌ای برخی از نظام‌های حقوقی در صدد برآمده‌اند تا نوعی عدالت خصوصی در وضعیت عدم ایفای تعهدات قراردادی را تعریف کرده، آن عدالت را در مفهوم توقف تجسم بخشند.<sup>۴</sup>

در سال‌های اخیر، مطالعات حقوق‌دانان در زمینه متوقف ساختن اجرای قرارداد در حالت عدم اجرای تعهدات انجام پذیرفته و ماهیت توقف اجرا بر مبانی‌ای همچون ایراد بر عدم اجرا، فورس مازور و تئوری خطر، تعریف و استوار شده است. در آغاز، توقف و تعلیق بر حسب نظریه موسع در انواع و صور مختلف آن مورد بررسی قرار گرفته است و حقوق‌دانان بر گستردگی دامنه شمول آن بر تمامی تعهدات قراردادی تأکید داشته‌اند. در مقابل، تعلیق در تئوری تفسیر مضیق به عنوان یک ابزار مستقل حقوقی و صرفاً وسیله‌ای در تأخیر اجرای

۳. منصور امینی و یحیی، ابراهیمی، «حسن نیت در قراردادهای: از نظریه تا عمل؛ نگاهی به موضوع در نظام حقوقی کامن‌لا»، مجله حقوق تطبیقی، ش ۲ (۱۳۹۰)، ص ۲۴.

۴. رضاحسین، گندم‌کار، «بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تخلف متعهد از انجام تعهد، مطالعه در حقوق ایران و نظام کامن‌لا و رومی ژرمن»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۴، ش ۴ (۱۳۹۶)، ص ۱۴۴.



تعهدات در نظر گرفته شده است.<sup>۵</sup> اما گرو، نظریه پرداز معاصر، معتقد است که رابطه حقوقی<sup>۶</sup> با توافق میان طرفین قراردادی شکل می گیرد و این رابطه منشأ آثار حقوقی لازمه است و بر اساس آن طلبکار می تواند الزام متعهد را مطالبه کند. منتها چنانچه شخص ذی نفع اجرای تعهدات خویش را از طریق مکانیسم تعلیق معلق سازد، درحقیقت مانعی در برابر قاعده الزام آور بودن رابطه حقوقی ایجاد کرده است. لذا می توان نتیجه گرفت که اصل رابطه قراردادی تعلیق نشده است و صرفاً به طور موقت ضمانت اجرای الزام اجباری از فعلیت خارج می شود.<sup>۷</sup> بنابراین در صورتی که مؤجر تعهدات قانونی و قراردادی ناشی از قرارداد اجاره را ایفا نکند، طبیعتاً از حق الزام مستأجر جهت دریافت اجاره بها محروم می شود.

از لحاظ ساختاری، حق تعلیق در مقایسه با فسخ و اجرای الزامی دارای نظام حقوقی تبیین شده ای نیست؛ به بیان دیگر درحالی که در مورد فسخ و موارد دیگر تئوری های حقوقی کاملی مطرح، و مفاهیم و رژیم حقوقی آنان به خوبی تبیین شده، ولی حق تعلیق به صورت مختصر در حقوق مدنی، حقوق کار و سایر شاخه های حقوق آمده است. در کشورهای عربی که برگرفته از فقه عامه است، قاعده کلی در مورد حق پیش گفته تعریف شده و به ماهیت، مبنا و سایر مباحث مرتبط با آن پرداخته شده است. با این همه، برخی نویسندگان اهتمام بر آن داشته اند که نظریه عمومی حق تعلیق را تبیین کنند.<sup>۸</sup> این تلاش ها تا آنجا ادامه پیدا کرد که مباحث مربوط به تعلیق در اصلاحیه اخیر حقوق قراردادها در فرانسه نظام مند شد.

فقه امامیه پیشرو در مباحث حقوقی بوده و همواره حقوق نوین و مسائل اساسی را ارائه داده است. در موضوع پژوهش حاضر نیز متون فقهی متعددی وجود دارد.<sup>۹</sup> ابتدا موضوع حق حبس از سوی ابن جنید در مبحث کتاب بیع شناسایی شد و در پی آن سایر فقها نیز کلیه

5. Jean, Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, T. 2, (Paris: PUF, 1 édition, 2004), p. 144.

6. Garreau

7. Lien de droit

8. Christophe, Garreau, *La notion de suspension du contrat*, Thèse de l'Université de Lille, 2003, p. 6.

9. *Ibid*

۱۰. محمدحسین، اصفهانی، کتاب مکاسب، ج ۶ (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۵ ق)، ص ۳۷۰؛ شریف مرتضی علی بن حسین، موسوی، الانتصار فی انفرادات الامامیه، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق)، ص ۲۸۸؛ یوسف، بحرانی، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۴، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۵ ق)، ص ۴۶۵.

موضوعات مرتبط با آن را مورد بررسی قرار داده‌اند.<sup>۱۱</sup> حقوق‌دانان متعددی هم به بررسی مفهوم حق حبس پرداخته‌اند، ولی در حقوق اروپایی چنین موضوعی از سوی قانون‌گذار پیش‌بینی نشده و این رویه قضایی بوده که ابتدا در نهادینه کردن تأسیسات حقوقی، از جمله استثنا بر اجرا در قراردادهای دوجانبه معوض تلاش داشته است.<sup>۱۲</sup> بنابراین نوعی تفاوت دیده می‌شود؛ فقهای امامیه از حقی با عنوان حق حبس یاد می‌کنند<sup>۱۳</sup>، ولی در حقوق فرانسه اصطلاح ایراد بر عدم اجرای قرارداد<sup>۱۴</sup> به کار برده می‌شود؛ نوعی حق برای طلبکار تا از انجام تعهد خویش خودداری نماید و وسیله‌ای در جهت اعمال فشار بر بدهکار است. در حقیقت، تعلیق<sup>۱۵</sup> نوعی عدالت خصوصی در روابط حقوقی بین طرفین قرارداد است و به واسطه آن متعاهدین در وضعیت ضرر و زیان قرار نمی‌گیرند و از طرف دیگر، متعهد به پرداخت خسارت مکلف نمی‌شود. در واقع، در صورتی که یکی از طرفین تعهدات خویش را اجرا نکند، طرف دیگر مستحق مطالبه خسارت از باب عدم انجام است. ولی در صورتی که این امتناع از اجرا مبتنی بر حق تعلیق باشد، در واقع، ذی‌نفع بر اساس مجوز قانونی اقدام کرده، تحت حمایت قانون‌گذار است و دعوی مطالبه خسارت مورد استماع نخواهد بود. اما می‌بایست متوسل به این راهکار قانونی ضابطه‌مند بود و به‌گونه‌ای نباشد که اصل استحکام قراردادها تحت شعاع قرار گیرد<sup>۱۶</sup>؛ لذا تبیین تئوری حق تعلیق در قالب مواد قانونی مهم است.

## ۱. تعریف حق تعلیق و سیر تاریخی آن

بررسی تطبیقی نشان می‌دهد که از اوایل قرن نوزدهم حق تعلیق در متون حقوقی جایگاه خویش را پیدا کرده، قانون‌گذاران به‌طور مستقل در برابر عدم اجرای تعهدات ناشی از عقد، سه راهکار اصلی الزام اجباری<sup>۱۷</sup>، جبران خسارات و ضرر و زیان، و فسخ قرارداد<sup>۱۸</sup> را

۱۱. ابن جنید، اسکافی، مجموعه فتاوی ابن جنید، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق)، ص ۱۸۳.

12. Léon, Henri, Jean, Mazeaud, et François, Chabas, *Leçons de droit civil, théorie générale*, 9e éd., (Paris: Montchrestien, 9e éd, 1998), p. 1170.

۱۳. علی بن محمد، طباطبایی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة، ج ۱، (قم: مؤسسه آل‌البیت، ج ۱، ۱۸۱۴ م)، ص ۵۳۳.

14. Exception d'inexécution

15. Suspension

16. Bertrand, Fages, *Droit des obligations*, (Paris: LGDJ-LEXTENSO, 6e éd, 2016), p. 206.

17. Exécution forcée

18. Résolution

پیشنهاد می‌کنند. موارد یادشده جنبه قطعی دارد، درحالی که تعلیق در کنار آنها به صورت عنوانی جداگانه مطرح شده، جنبه غیردائمی پیدا می‌کند.<sup>۱۹</sup> با توجه به این تفاوت در مفاهیم، ذهن نویسندگان حقوقی به تبیین مفهوم تعلیق مشغول گشت و در حقوق فرانسه سعی بر آن شده است تا معنایی مدرن و روشنی از آن به دست آید. سعد<sup>۲۰</sup>، نویسنده مصری تبار فرانسوی، در رساله خویش بیان می‌دارد که تعلیق یک راهکار قضایی در رویارویی با عوامل قانونی و خارج از قانون است و بر اجرای قرارداد تأثیر می‌گذارد. همچنین تعلیق در یک برهه از زمان ادامه می‌یابد و این هدف دنبال می‌شود تا اجرای قرارداد در آینده به نحو مطمئنی تضمین گردد.<sup>۲۱</sup> سایر حقوق دانان تعاریف مشابهی را ارائه کرده‌اند، ولی می‌توانیم سه ویژگی اصلی تعلیق را از تعاریف استخراج نماییم: اولاً تعلیق جنبه موقتی دارد و راه‌حلی با هدف نهایی اجرای تعهدات طرفین است؛ ثانیاً معلق بودن صرفاً مربوط به اصل تعهد قراردادی است؛ ثالثاً بین مجازات‌های قانونی و میزان عدم اجرا نوعی تطابق وجود دارد. در صورتی که اجرا نشدن تعهدات از نوع اساسی باشد، فسخ رابطه حقوقی مناسب‌ترین ضمانت اجرا است؛ به عبارت دیگر، مانع اصلی موجب از بین رفتن دائمی ماهیت حقوقی روابط بین طرفین است، ولی مانع ساده و موقتی تنها سبب تعلیق تعهدات می‌شود.

تعلیق اجرای تعهدات در برابر عدم تحقق تعهدات طرف مقابل دارای ویژگی‌هایی است. در وهله اول چنین حقی نوعی اعمال اراده یک‌جانبه است. ذی نفع با اراده کامل جریان یک رابطه حقوقی را به طور موقت متوقف می‌سازد، اما آثار آن ممکن است دو جانبه یا یک‌جانبه باشد؛ به این معنا که با اعمال تعلیق دیگر تعهدات طرفین در برابر یکدیگر اجرا نمی‌شود.<sup>۲۲</sup> برای مثال در صورت بروز حادثه برای کارگر، حسب مقررات تعهدات کارگر و کارفرما در برابر هم متوقف می‌شود. از دیگر سو، این موضوع نیز محتمل است که پس از توقف، صرفاً تعهدات یکی از طرفین همچنان ادامه یابد. این وضعیت در قراردادهای مستمر

19. Denis, Tallon, *Les remèdes: le droit français, in Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, (Paris: LGDJ, 1987), p. 272.

20. Saad

21. Nabil, Saad *La suspension dans l'exécution du contrat, essai d'une théorie générale: Etude comparée en droit civil français et droit droit civil égyptien*, (Doctorat d'État, Université de Dijon, 1980), p. 86.

22. Philippe, Delebecque, "L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution", Dr. et patr, N. 259, (2016), p. 65.

محتمل‌الوقوع است. برای مثال در قرارداد بیمه ممکن است بیمه‌گر به علت پرداخت حق بیمه اجرای تعهدات خویش را در برابر بیمه‌گذار متوقف سازد، ولی شخص اخیر مکلف به تعهدات بیمه‌ای خویش است، ولو اینکه عقد در حالت توقف باشد.<sup>۲۳</sup>

در حقوق فرانسه سیستم پیش‌گفته در صنعت بیمه وجود دارد، ولی در حقوق ایران حق جریمه مالی برای تأخیر در پرداخت در نظر گرفته می‌شود. از سویی تعلیق دارای این ویژگی است که با تمسک به این مکانیسم، شخص استنادکننده خود را در پرتو حمایت قانونی قرار می‌دهد و به بیان دیگر در صورتی که دعوی جبران خسارت از باب عدم انجام تعهد اقامه گشت، وی از مسئولیت‌های قراردادی رهایی می‌یابد.

کلیه مباحث مربوط به حق تعلیق اجرای تعهدات قراردادی، نخست از سوی دادگاه‌ها در قالب رویه قضایی مورد شناسایی و اجرا قرار می‌گیرد. قبل از اصلاحات حقوق فرانسه، قانون مدنی احکام خاصی در این زمینه تدوین نکرده بود. قضات در احکام خویش به تدریج اهمیت خاصی به این نکته دادند که عدم اجرا از سوی یکی از طرفین بایستی اساسی، و هدف آن باشد که ابتدا رابطه حقوقی فی‌مابین طرفین حفظ گردد و سپس مکانیسم تعلیق به وسیله‌ای برای سوءاستفاده از حق<sup>۲۴</sup> تبدیل نشود.<sup>۲۵</sup> در زمینه مفهوم اساسی بودن عدم اجرا بایستی بیان داشت که این موضوع نخستین بار در رویه قضایی مطرح شد و سپس قانون قدیم فرانسه به آن پرداخت. نظر قانون‌گذار قدیم آن بود که عدم اجرا باید جنبه اساسی داشته باشد، لذا نوعی نگاه عینی به مفهوم عدم اجرا وجود داشته و مشکل اصلی، تعیین معیار سنجش میزان عدم اجرا بوده است. در مقابل، نظریاتی مبنی بر معیار شخصی مورد تأکید برخی از حقوق‌دانان قرار گرفت. در نهایت، ماده ۱۲۲۰ قانون جدید فرانسه معیار شخصی را در نظر گرفته و تأکید کرده است که این عدم اجرا باید دارای نتایج اساسی نسبت به طلبکار باشد؛ بنابراین منفعت ذی‌نفع تعهد معیار سنجش قرار می‌گیرد.<sup>۲۶</sup>

۲۳. سید عزت‌الله، عراقی، حقوق کار، ج ۱، (تهران: انتشارات سمت، چ ۱۹، ۱۳۹۹)، ص ۲۳۴.

24. Abus de droit

25. Philippe, Delebecque, *op.cit.*, p. 65.

26. Denis, Mazeaud, *La réforme du droit des contrats: du projet a l'ordonnance*, coll. "Thèmes et commentaires", (Paris: Association H. Capitant-Dalloz, 1 édition, 2016), p. 89.

اساسی بودن عدم اجرا از یک سو به مبحث اجرای جزئی ارتباط دارد و از دیگر سو به حالتی نیز تسری پیدا می‌کند که وجود نوعی ریسک در عدم تحقق تعهدات طرف دیگر است، و این موضوع آنجا اهمیت پیدا می‌کند که از قرار گرفتن در وضعیت بروز خسارت در آتیه جلوگیری شود. این مهم در وهله اول در تعارض با تعریف حق تعلیق قرار می‌گیرد، چراکه تعهدات طرفین قرارداد باید به‌روز باشد، نه مربوط به آینده. اما اگر شرایط و اوضاع و احوال این یقین را ایجاد کند که طرف دیگر توانایی اجرا ندارد، رویه قضایی بر پایه عدالت امکان تعلیق تعهدات را مورد پذیرش قرار می‌دهد و این استدلال را مطرح می‌کند که دین مربوط به آینده با خطر عدم اجرا مواجه می‌شود. در حقوق کامن‌لا، این دیدگاه مورد پذیرش اکثریت است که چنانچه اجرای تعهد از سوی طرف قراردادی در زمان آینده به‌طور قطع محقق نشود، ذی‌نفع امکان تقاضای فسخ قرارداد را دارد و تعلیق اجرای تعهدات حال در نظر گرفته نمی‌شود.<sup>۲۷</sup> اما این راهکار مخالف با اصول حقوق قراردادهای از جمله اصل استحکام عقود است و ممکن است متعهد در زمان حصول اجل تعهد توانایی لازم را در ایفای تعهد خویش به‌دست آورد.

## ۲. مبنای حق تعلیق و مقایسه آن با نهادهای مشابه

### ۲.۱. مبنای حق تعلیق

در خصوص شناسایی مبنای حق تعلیق نظریات مختلفی از سوی فقها و حقوق دانان بیان شده و اکثریت قریب به اتفاق فقها معتقدند که در ماهیت حقوقی عقدی که تعهدات طرفین در برابر یکدیگر قرار می‌گیرد، عدالت قراردادی ایجاب می‌نماید که تقدمی در انجام تعهدات ناشی از عقد وجود نداشته باشد و هریک از آنان مکلف‌اند که به‌یکباره به تعهدات خویش جامه عمل بپوشانند؛<sup>۲۸</sup> بنابراین، حق تعلیق صرفاً در عقود معاوضی در نظر گرفته شده است.<sup>۲۹</sup> اما حقوق دانان اساس چنین حقی را در بنای عقلا، عقود معاوضی، قصد متعاقبین، و

27. Yves-Marie, Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, (Paris: LGDJ, 1 édition, 2014), p. 553.

28. محمدکاظم بن حسین، خراسانی (آخوند)، حاشیه المکاسب، (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۱، ۱۴۰۶ ق)، ص ۱۵۶.

29. سید میر عبدالفتاح، حسینی مراغی، العناوین، (قم: نشر اسلامی، ۱۴۲۵ ق)، ص ۲۵۱.

معدلت و انصاف جستجو می‌کنند.<sup>۳۰</sup> از نظر نویسندگان این مقاله همبستگی تعهدات<sup>۳۱</sup> مبنای حق تعلیق است، چراکه کلیه آثار و احکام حقوقی مسائل مرتبط را دربر می‌گیرد. در حقوق ایران برخی بر ضرورت چنین اصلی در تمام مراحل حیات حقوقی یک قرارداد تأکید داشته‌اند.<sup>۳۲</sup>

در عالم حقوق مفاهیم و اصطلاحات متعددی وجود دارد که از سوی قانون‌گذار تعریف و تبیین نشده است، ولی در عمل، آرای قضایی و نظریات حقوق دانان به آن استناد می‌کنند؛ همبستگی تعهدی از جمله این موارد است.<sup>۳۳</sup> این اصطلاح برگرفته از حقوق قدیم روم و به‌عنوان یکی از قواعد حقوق قضایی<sup>۳۴</sup> رومیان باستان شناخته می‌شود. در حقوق روم، اشخاص والامقام قضایی<sup>۳۵</sup> وجود داشتند که تصمیمات آنان حقوق نانوشته را تشکیل می‌داد و همبستگی تعهدی را این حقوق دانان برجسته مطرح ساختند و مشاهده می‌شود که به‌مرور زمان ارتباط اساسی بین تعهدات در قالب همبستگی عوضین ایجاد شده است. در حقوق فرانسه نیز این مفهوم ابتدا مورد استقبال قضات در صدور احکام قرار گرفت و در سال ۲۰۱۳ دیوان عالی کشور فرانسه به‌موجب رأی وحدت رویه بین عقود مرتبط امکان اعمال قاعده پیش‌گفته را مورد شناسایی قرار داد. موضوع دعوی به این شرح بود که شخصی به‌منظور خرید آپارتمانی قرارداد دریافت تسهیلات را با بانک منعقد می‌کند، لکن پس از مدتی قرارداد اصلی خرید باطل می‌گردد و با توجه به اینکه هدف شخص از دریافت وام محقق نمی‌شود، وام‌گیرنده دعوی بی‌اعتباری عقد منعقدشده با بانک را در دادگاه اقامه کرده، سرانجام، دیوان عالی در رأی صادره تأکید می‌کند که هرچند در قرارداد تسهیلات شرط ارتباط عقود و غیرقابل تفکیک بودن قراردادها ذکر نمی‌شود، اما درحقیقت این ارتباط<sup>۳۶</sup> در قرارداد وجود

۳۰. سید روح‌الله، موسوی خمینی، کتاب البیع، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق)، ص ۵۶۲؛ محمدجعفر، جعفری لنگرودی، دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۲، (تهران: گنج دانش، ۱۳۶۸)، ص ۱۲.

31. Interdépendance contractuelle

۳۲. حانیه، ذاکری‌نیا و محمدباقر، پارساپور، «اقسام، احکام و آثار معاذیر عدم اجرای قرارداد، مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران، رومی ژرمنی، کامن‌لا و برخی اسناد بین‌المللی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۲ (۱۳۹۴)، ص ۴۲.

۳۳. حسن‌بن یوسف بن مطهر، حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۱، (قم: مؤسسه آل‌البیت، ج ۱، ۱۳۹۰ ق)، ص ۴۰۱.

34. Droit prétorien

35. Prêteur

36. Connexité

داشته است؛ لذا در صورت عدم تحقق یکی از آن‌ها دیگری موجودیت خویش را از دست می‌دهد. اگرچه این مهم در قانون مدنی فرانسه وجود نداشت<sup>۳۷</sup>، ولی سرانجام با اصلاحات صورت گرفته در سال ۲۰۱۶، قانون‌گذار در مقام آن برآمد که جایگاه قانونی برای آن تعریف کند و به این ترتیب، اصطلاح حقوق قضایی رومیان وارد سیستم قانونی شد. ماده ۱۱۸۶ مشعر بر آن است که قرارداد معتبر منعقدشده، چنانچه یکی از عناصر اساسی در عقد را از دست بدهد، فاقد اعتبار می‌شود. همچنین زمانی که اجرای چندین قرارداد به منظور تحقق یک هدف واحد ضرورت داشته باشد، اگر اجرای یکی از آن‌ها غیرممکن شود، کل قراردادهای از آن متأثر و در نتیجه بی اعتبار می‌شوند؛ در واقع، اجرای تمامی آن‌ها در اعلام رضایت قراردادی مؤثر بوده است و به منظور اعلام بی اعتباری، بایستی طرف مقابل رابطه تعهدی، از ارتباط میان عقود آگاهی داشته باشد و به سخن دیگر، رضایت خویش را بر حسب این شرایط اعلام کرده باشد<sup>۳۸</sup>. به طور کلی در وهله اول این ارتباط بین تعهدات تنها در یک رابطه قراردادی مد نظر قرار می‌گیرد که موجودیت یک تعهد به اعتبار تعهد دیگر وابسته است و در صورتی که اجرای یکی از تعهدات متعذر گردد، خودبه‌خود اجرای تعهد متقابل نیز متأثر می‌شود. در وهله دوم چنین موضوعی بر ارتباط میان عقود تسری پیدا کرده، از نظر طرفین، رویه قضایی و قانون، این همبستگی قابل اثبات است<sup>۳۹</sup>.

## ۲.۲. مقایسه تعلیق با نهادهای مشابه

در حقوق ایران که از فقه امامیه گرفته شده، با اینکه حق حبس در متون فقهی به طور کامل تشریح شده، ولی قانون‌گذار به صورت اجمالی به آن پرداخته است. به عقیده برخی از حقوق دانان، حق حبس از مصادیق بارز عدل و انصاف در حقوق بوده و هدف آن است که

37. Sébastien, Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, (université de paris 2, Dalloz thèse, 2007), p. 340.

38. Article 1186 de code civil : Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement.

39. Laetitia, Tranchant, Vincent, Égée, *Droit des obligations 2021*, (Paris: Mémento, 24e édition, 2020), p. 123.

قبض و اقباض در آن واحد محقق شود؛ به عبارت دیگر، اشاره به تقابض عوضین شده است.<sup>۴۰</sup> از دیدگاه نگارندگان این نوشتار به منظور تبیین مفاهیم و موضوعات حقوقی شایسته است که حق حبس و حق تعلیق را به عنوان دو مفهوم متمایز در نظر بگیریم؛ هرچند برخی نظر بر آن دارند که حق تعلیق یا ایراد بر عدم اجرای قرارداد را عمومیت بدهیم و آن را جایگزین حق حبس کنیم، چراکه اولین نکته‌ای که از اعمال حبس در مورد عین به ذهن می‌رسد، تسلط عینی فروشنده نسبت به مبیع است و بر این مبنا برخی مفهوم محبوس کردن عین را به کار برده‌اند. همچنین بارها به عقد وقف، حبس و تسبیل منفعت اشاره شده و بر این اساس، در حقیقت، مقدس اردبیلی در ماهیت حقوقی حق حبس نوعی تشکیک را به وجود آورده است.<sup>۴۱</sup> به نظر وی مالکیت ثمن و مضمن به موازات انعقاد عقد منتقل می‌شود و دیگر نمی‌توانیم حقی از باب عدم اجرا در نظر بگیریم. هرچند که نظر ایشان اساساً در نقد تعلیق است، ولی می‌توان نتیجه گرفت که عموماً استفاده از حق حبس در باب تعلیق شایسته نیست. از دیگر سو، اصطلاح تعلیق را با عنوان حق همراه گردانیدیم و هدف آن است که بین مفهوم اخیر با عقود معلق ایجاد تمایز نماییم. در همین زمینه برخی از فقها و حقوق دانان اصطلاح حق امتناع را که از لحاظ معنایی به تعبیر ما نیز نزدیک است در متون خویش به کار برده‌اند.<sup>۴۲</sup>

در ادامه، از باب تفاوت حق حبس و حق تعلیق باید بیان داشت که در حقوق ایران از باب تعلیق اجرای قرارداد، مواردی از سوی قانون‌گذار و حقوق دانان ذکر شده که از جهت مبانی در این گروه قرار نمی‌گیرد و نوعی خلط مطلب صورت گرفته است. در حقوق فرانسه موارد حق حبس<sup>۴۳</sup> به صورت نوعی وثیقه اجرای حق تعریف شده است. علت اساسی متشابه دانستن این دو نهاد حقوقی آن است که ذی‌نفع در هر دو وضعیت از انجام تعهدات امتناع

۴۰. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، (تهران: انتشارات گنج دانش، ج ۱۶، ۱۳۶۷)، ص ۲۲۱.

۴۱. احمدین محمد، مقدس اردبیلی، *مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، ج ۳۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۳ ق)، ص ۵۰۴.

۴۲. سید حسن، امامی، *حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۲)، ص ۴۴۶؛ محمدحسن، نجفی، (صاحب جواهر)، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام*، تحقیق و تصحیح عباس قوچانی علی آخوندی، ج ۳۱، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق)، ص ۴۳.



می‌کند. در ماده ۳۷۱ قانون تجارت این امکان برای حق‌العمل‌کار در نظر گرفته شده تا اموالی را که موضوع معامله بوده یا قیمتی را که در اثر معامله به دست آورده است در اختیار داشته باشد تا آنکه عامل حق‌الزحمه وی را پرداخت کند.<sup>۴۴</sup> در این گونه موارد، قانون‌گذار صرفاً امتیازی برای ذی‌نفع در نظر می‌گیرد تا موضوع معامله را به نحو امانی در اختیار خویش داشته باشد و از مسئولیت ضمانتی بری گردد. اما از جهات مختلف این دو نهاد با یکدیگر متفاوت‌اند؛ حق حبس ضرورتاً می‌بایست بر یک شیء اعمال شود، درحالی که حق تعلیق در تمامی انواع عوض قراردادی قابلیت اعمال دارد. از دیگر سو، در حق حبس ارتباط و پیوستگی در موضوع قرارداد وجود ندارد، ولی این پیوستگی شرط ضروری ایراد بر عدم اجرای تعهد را تشکیل می‌دهد. همچنین شرط اساسی بودن عدم اجرای تعهدات قراردادی در حق حبس جایگاهی ندارد، اما قانون فرانسه متوقف ساختن اجرای تعهدات را از باب تعلیق به وجود عنصر یادشده منوط کرده است.<sup>۴۵</sup>

### ۳. رژیم حقوقی حق تعلیق در منطق جدید قانون فرانسه

قانون‌گذار فرانسوی در قانون مدرن‌سازی و ساده‌سازی حقوق در سال ۲۰۱۵، این امکان را فراهم ساخت که دولت بتواند مجموعه قواعد حاکم بر حقوق قراردادها را مدرن‌سازی کند، چراکه از یک سو، مقتضیات حقوقی جامعه اروپایی در این عرصه تغییر کرده است و از دیگر سو، حقوق فرانسه با توجه به ضرورت هماهنگ بودن قوانین کشورهای اروپایی، لازم می‌بود نرّم‌های اروپایی را مد نظر قرار دهد. ابتدا تلاشی در جهت گردآوری قواعد حقوقی قابل اعمال بر عدم اجرای تعهد صورت گرفت و سپس امکان فسخ یک‌جانبه عقد به‌واسطه عدم انجام تعهدات تبیین شد.<sup>۴۶</sup>

قانون فرانسه در راستای چنین سیاست قانونی در اصلاحیه ۱۱ فوریه ۲۰۱۶، در ماده ۱۲۱۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد که در یک رابطه تعهدی چنانچه نسبت به یکی از طرفین اجرای قراردادی صورت نپذیرد، ضمانت اجراهای متعددی همچون اجرای الزامی عقد، تعلیق

۴۴. ربیعا، اسکینی، حقوق تجارت ۱، (تهران: انتشارات سمت، چ ۲۶، ۱۳۹۸)، ص ۱۱۳.

45. Marcel, Planiol et George, Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, (Paris: LGDJ, 2 e éd, 1952), p. 352.

46. Laetitia, Tranchant, Vincent, Égée, *op.cit*, p. 120

اجرای تعهدات، و فسخ در نظر گرفته می‌شود و ماده ۱۲۱۹ در مقام تشریح شرایط لازم در تعلیق اجرا است و شرط حال و لازم‌الاجرا بودن تعهدات طرفین مهم دانسته شده است. از دیگر سو در صورتی طرف قرارداد مجاز به متوقف کردن تعهدات خویش است که عدم اجرای طرف مقابل مهم و به عبارتی اساسی باشد.<sup>۴۷</sup> در قانون مدنی ایران اولاً از شدت و ضعف عدم اجرای تعهدات سخنی به میان نیامده و صرفاً به عدم اجرا اکتفا شده و ثانیاً همان‌گونه که اشاره شد دو مفهوم حق حبس و حق تعلیق از لحاظ شکلی یکسان شمرده شده‌اند؛ درحالی که این دو مفهوم اساساً متفاوت‌اند.

هرچند بر مبنای اصول کلی تئوری تعلیق، عدم اجرای تعهدات از جانب یکی از طرفین بدون توجه به وصف کلی یا جزئی بودن از موجبات تعلیق اجرای تعهدات طرف دیگر است، ولی در رویه عملی ضمانت اجرای متفاوتی بر حسب نوع عدم اجرا اتخاذ می‌گردد. به‌طور منطقی در صورتی که مدیون تعهدات خویش را کاملاً اجرا نکند، حق توقف اجرا به‌طور کامل مورد شناسایی قرار می‌گیرد. بر همین اساس، در حالتی که متعهد در وضعیت ورشکستگی کامل قرار دارد، طرف مقابل از حق قانونی برخوردار می‌شود. اما در زمانی که اجرای تعهدات به صورت جزئی بوده، قسمت دیگر اجرا محقق نشده باشد، طبق رویه قضایی، در عقود معاوضی با عدم اجرای قسمتی از تعهدات، طرف دیگر نمی‌تواند خویش را از اجرای تمامی تعهدات معاف بداند و در این زمینه مقام محترم قضایی اوضاع و احوال و شرایط مرتبط با اجرا را بررسی می‌نماید و تصمیم مقتضی بر حسب آن را اتخاذ می‌کند.<sup>۴۸</sup> در توجیه چنین موضوعی باید گفت که اصل حسن نیت بایستی در تمام مراحل از زمان انعقاد تا اجرا و تفسیر عقد مد نظر طرفین قرار گیرد. چنانچه اجرای جزئی وجود داشته باشد، طرف دیگر نمی‌تواند خود را ذی‌حق در عدم اجرای کامل رابطه حقوقی بداند؛ چراکه این موضوع برخلاف اصل یادشده است. همچنین بر پایه تعادل و تناسب<sup>۴۹</sup> عمل و عکس‌العمل، در صورتی که ضمانت اجرا فراتر از شدت عمل صورت گرفته باشد، این امر موجب می‌شود که عدالت در نحن‌ما فیه رعایت نشده باشد؛ به عبارت دیگر با مجاز دانستن مدیون بر جامه عمل نپوشاندن به تعهدات

47. Alain, Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, (Paris: Montchrestien, 16 e éd., 2017), p. 345.

48. Jean-Marc, Mousseron, Jean-Baptiste, Seube et Raynard, Jacques. *Technique contractuelle*, (Paris: Levallois, Francis Lefebvre. 3e éd, 2005), P. 352.

49. Proportionnalité

در برابر اجرای جزئی طرف دیگر، خدشه‌ای بر عدالت قراردادی وارد می‌آید. افزون بر این، از استدلال یادشده این تحلیل نیز منطقاً قابل درک است که در برابر جزئی بودن اجرای عقد، طرف دیگر از حق متوقف ساختن قسمتی از تعهدات خویش برخوردار باشد. این مهم موجب می‌شود تا تعادل و توازن اقتصادی در ماهیت حقوقی نیز حفظ گردد.<sup>۵۰</sup> در مقابل، برخی مخالف امکان تقسیم‌پذیری اصل تعلیق هستند و این‌گونه استدلال می‌کنند که مؤثر بودن عدم اجرا باید لحاظ شود، درحالی که در اجرای جزئی اصل و ماهیت عدم اجرا محقق نشده است؛ بنابراین اصولاً امکان تجویز متوقف کردن اجرای تعهدات ممکن نیست. در حقوق ایران چنین موضوعی نیامده و صرفاً اشاره شده است که چنانچه یکی از طرفین تعهدات خویش را انجام ندهد، طرف دیگر حق حبس دارد.<sup>۵۱</sup> در همین زمینه متعهدله را نمی‌توان بر حسب قانون مدنی مجبور به قبول قسمتی از طلب خویش کرد، و این نتیجه قابل استدلال است که اجرا زمانی محقق می‌شود که متعهد تعهد خویش را تماماً انجام داده باشد و اجرا تنها با قبول متعهدله معتبر شناخته می‌شود؛ لذا اجرای جزئی در حکم عدم است. همچنین از نظر فقها نیز زمانی تسلیم صورت می‌پذیرد که مال به‌طور کامل از تصرف شخص خارج شود و در اختیار مالک قرار گیرد. برخی از حقوق‌دانان با اشاره به اینکه حق تعلیق به صورت جزئی نیز قابل تصور است، ضمن پذیرش اصل موضوع اذعان می‌دارند که در قانون مدنی تصریح قانونی وجود ندارد<sup>۵۲</sup>، لکن در فقه بعضی امکان تجزیه در اعمال حق<sup>۵۳</sup> را قبول کرده‌اند.<sup>۵۴</sup> به عقیده نگارندگان این مقاله تمامی اجزای مبیع در برابر تمامی اجزای ثمن قرار گرفته است، بنابراین جزئی شدن حق تعلیق امکان‌پذیر است.

از باب دامنه شمول حق تعلیق عقود، گفتنی است که در وجود این حق در قرارداد آئی هیچ‌گونه شکی وجود ندارد، اما قابلیت اعمال قاعده یادشده در عقود مستمر محل مناقشه

50. Christian, Larroumet, *Droit civil, Les obligations, Le contrat, (2e partie), Effets*, t. III, (Paris: Economica, 6e éd, 2007), p. 805.

۵۱. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۲۹۱.

۵۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳)، ص ۹۹.

۵۳. ان حق الحبس ثابت بالا متناع من بعض العوض.

۵۴. محمدحسن، نجفی، (صاحب جواهر)، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، تحقیق و تصحیح عباس قوچانی علی آخوندی، ج

۳۱، (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق)، ص ۳۶۸.

است. برخی معتقدند که حق تعلیق در عقود مستمر قابل تحقق نیست، زیرا زمانی که متعهد شروع به اجرای تعهدات می‌کند، اجرای عقد محقق شده، حق تعلیق ساقط می‌شود.<sup>۵۵</sup> علی‌رغم وجود توجیه منطقی در این استدلال، تعلیق در این نوع از عقود قابل تصور است. در واقع، هر مرحله‌ای که متعهد تعهدی را انجام می‌دهد عقد مستمر ایجاد شده، اجرای آن استمرار پیدا می‌کند؛ لذا در تمامی مقاطع امکان استناد بر ایراد عدم اجرا وجود دارد. همچنین شایان ذکر است که معاوضی بودن به‌عنوان اصل شناخته می‌شود و در تمامی عقود که دو تعهد اصلی در برابر یکدیگر قرار می‌گیرند و به بیان دیگر، تسلیم دو عوض متقارن باشند، طرفین از حق امتناع برخوردار می‌شوند.<sup>۵۶</sup> بنابراین دامنه شمول آن صرفاً به عقود تملیکی و به‌طور خاص در مهم‌ترین نوع آن، یعنی عقد بیع، محدود نمی‌گردد. در کشورهای اروپایی دامنه آن فراتر از مصادیق حقوق ایران است و عقود نظیر اجاره، بیمه، کارگری و قرارداد برق از جمله مواردی است که ایراد بر عدم اجرای تعهد در آن‌ها مطرح می‌شود.

#### ۴. آثار حق تعلیق

به‌منظور ارائه نظریه جامع از حق تعلیق ابتدا باید تأکید شود که از میان نظریات سه‌گانه «تفاسیر موسع، مضیق و میانه‌رو» از تعلیق، معنای محدود آن مورد استقبال و پذیرش اکثر نویسندگان حقوقی قرار گرفته است. گستن<sup>۵۷</sup>، حقوق‌دان فرانسوی، حق تعلیق در معنای مضیق را این‌گونه تشریح می‌کند: «عدم اجرای تعهدات قراردادی به صورت موقتی و غیرقابل پرهیز ناشی از عمل مدیون است و آن‌هم به این علت که متعهد خودداری از انجام تعهد را قصد می‌کند که در تعارض با اجرای ساده عقد است، ولی تأثیری بر رابطه حقوقی فی‌مابین طرفین ندارد و صرفاً اثر آن را به‌عبارتی الزام‌آور بودن را موقتاً منتفی می‌گرداند».<sup>۵۸</sup> آنچه در نظریه پیش‌گفته مطرح شده، درواقع یکی از علت‌های عدم اجرا است که در لسان حقوقی از آن به‌عنوان عاملی ناگهانی تعبیر شده که باعث می‌شود عقد در وضعیت عدم

55. Sylvia, Guerin et Sylvia, Nicolas, "L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat", AJC, N 1, (2017), p. 20.

56. حاج شیخ مرتضی، انصاری، مکاسب، (تبریز: چاپ سنگی، ۱۳۷۵ ق)، ص ۳۱۲.

57. ghestin

58. Jacques, Ghestin, Christophe, Jamin et Marc, Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, (Paris: LGDJ, 3e éd, 2001), P. 456.

امکان آنی و لحظه‌ای اجرا قرار گیرد و بالطبع صرفاً قابل تعمیم به عقودی است که به یکباره و هم‌زمان به مرحله انعقاد و اجرا می‌رسند و اجرای آن استمرار نخواهد داشت. در مقابل علت عدم اجرای تعهدات قراردادی، عاملی دیگری وجود دارد که مدیون به‌عنوان مقصر در عدم اجرا محسوب می‌شود و نمی‌توان آن را به موضوعی آنی نسبت داد.

قانون‌گذار در قانون جدید مدنی فرانسه علتی دیگر را که می‌تواند سبب تعلیق موقتی قرارداد باشد در عامل فورس ماژور تبیین کرده است که از آن به «تعلیق از باب عدم امکان» یاد می‌کنیم. مفهوم فورس ماژور دلالت بر آن دارد که عاملی خارج از اراده طرفین مانع از اجرای قرارداد می‌شود. این مانع غیرقابل دفع است و اجرای عقد را غیرممکن می‌سازد.<sup>۵۹</sup> چنین عقدی از منظر قانونی بر حسب ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی فرانسه منسوخ می‌شود و طرفین از کلیه تعهدات مربوطه رهایی می‌یابند. اما نکته مهم آن است، در صورتی که این حادثه خارجی اثری موقتی بر تعهدات داشته باشد، در این حالت اجرای تعهدات موقتاً متوقف می‌شود. بنابراین، هدف اساسی حتی‌المقدور بر حفظ رابطه حقوقی فی‌مابین طرفین بوده و این نتیجه نیز قابل استنتاج است که قدرت الزام‌آور تعهدات تا زمانی که با مانع واقعی و دائمی روبرو نشود، آثار حقوقی خویش را حفظ می‌کند.<sup>۶۰</sup> در این زمینه ضروری است که حکم دادگاه از باب امکان تعلیق وجود داشته باشد، چراکه محکمه ابتدا شرایط تحقق فورس ماژور را احراز می‌کند، منتها حکم صادره صرفاً جنبه اعلامی دارد؛ به این معنا که وضعیتی را که در گذشته موجود بوده، اثر حقوقی به آن می‌دهد و تعلیق مجاز شمرده می‌شود. در حقوق ایران نیز باید قائل بر این نظر بود، در صورتی که فورس ماژور مانع موقتی در اجرای عقد ایجاد کند و این تأخیر در تحقق یافتن تعهدات موجب تضییع حق اساسی از متعهدله نگردد، قرارداد به اراده متعهدله موقتاً معلق می‌شود.<sup>۶۱</sup> افزون بر حادثه قهری، موارد دیگری نیز می‌تواند موجب تعلیق عدم امکان گردد، نظیر آنکه در متن قرارداد، طرفین شرط تعلیقی گذاشته باشند که بر حسب آن موقتاً برای یک بازه زمانی مشخص تعهدات قابلیت

۵۹. سید حسین صفایی، «قوة قاهره یا فورس ماژور (بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل و قراردادهای بازرگانی بین‌المللی)»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۳ (۱۳۶۴)، ص ۱۱۲.

60. Mostapha, Mekki, "les remèdes a l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations", Gaz. Pal, N 120, (2015), p. 37.

۶۱. مهدی، شهیدی، آثار تشکیل قراردادها و تعهدات، (تهران، نشر مجد، ج ۱، ۱۳۸۳)، ص ۶۵.

اجرا نداشته باشد؛ حتی قانون‌گذار می‌تواند با پیش‌بینی شرایط خاصی امکان الزام متعهدان به انجام تعهدات را غیرممکن گرداند و نحوه اجرای مجدد را نیز تعریف کند. علاوه بر مورد پیش‌گفته، علل دیگری نیز می‌تواند موجب تعلیق اجرا شود؛ مانند آنکه دادگاه با توجه به شرایط مرتبط با مدیون، در ایفای تعهدات مهلتی اعطا کند و در این زمینه حکم دادگاه نوعی تعلیق حمایتی<sup>۶۲</sup> است.

بر حسب شرایط و اوضاع و احوال احاطه‌کننده قرارداد، عواملی وجود دارد که باعث می‌شود اجرای تعهدات قراردادی با مشکل مواجه شود و از آن‌ها به‌عنوان موانع اجرا یاد می‌کنند. این موانع به دو دسته عینی و شخصی تقسیم می‌شوند. مفهوم شخصی بر آن دلالت دارد که بر حسب ترس شخصی معقول، طلبکار عقد این خوف را دارد که طرف مقابل از انجام تعهدات خویش در زمان آینده ناتوان گردد. در متون حقوقی وضعیت اخیر در قالب ریسک عدم اجرا تعریف شده است. در این حالت، زمان انجام تعهدات نرسیده، ولی اجرای تعهدات در آینده با مشقت قابل تحقق است. نقطه مقابل آن مفهوم عینی است؛ به این معناکه عدم اجرا به‌طور قطع و اجتناب‌ناپذیری در آینده مد نظر است و عملاً اجرا ناممکن می‌شود. در چنین شرایطی حقوق مدرن از یک سو تلاش دارد که روابط حقوقی و ارتباط بین طرفین را حفظ کند و از دیگر سو، این مجوز را به متعهد می‌دهد که از انجام تعهدات خویش خودداری ورزد و یا به‌عبارتی آن را معلق سازد. در حالت اول، تعلیق درواقع نوعی واکنش پیشگیرانه از ورود خسارت<sup>۶۳</sup> در آینده است. ابتدا ایراد بر عدم اجرای تعهدات به‌واسطه وجود خطر در زمان آینده در حقوق آلمان مطرح می‌شود و آن را به‌عنوان استثنا بر قاعده امکان تعلیق در اثر عدم اجرای تعهدات فعلی طرف مقابل قراردادی مورد شناسایی قرار می‌دهد. قانون‌گذار آلمانی ابتدا در ماده ۳۲۱ قانون قدیم مدنی و ماده ۳۲۰ قانون فعلی خود به‌وضوح به ریسک در عدم اجرای عقد اشاره دارد و اجرای تعهد به این شرط مقید شده است که در وضعیت دارایی و اموال تغییر اساسی رخ دهد، به‌نوعی که اجرای تعهدات مالی در عقود معوض را با مشکل مواجه گرداند<sup>۶۴</sup>. سپس در حقوق فرانسه ابتدا قضاوت دادگاه‌ها از

62. Suspension en faveur

63. Exception pour risque d'inexécution

64. Claude, Bufnoir et Julle, Challamel, *Code civil allemand*, (Paris: LGDJ, 1923), p. 78.

طریق رویه قضایی تلاش کرده‌اند تا زمینه‌های لازم برای وارد ساختن این مفهوم در سیستم قضایی فراهم آید و در نهایت ماده ۱۲۲۰ قانون جدید مدنی فرانسه مکانیسم یادشده را پیش‌بینی کرده است؛ منتها اجرای آن مقید شده است به اینکه متعهد از طریق اظهارنامه طرف دیگر را از عدم اجرای تعهدات خویش باخبر سازد، با این هدف که اولاً طرف دیگر از وضعیت قراردادی و علت خودداری متعهد مطلع گردد، ثانیاً این موضوع سبب می‌شود تا تمهیدات لازم در جهت تحقق اجرای قرارداد را فراهم سازد یا اساساً متعهد به طرف دیگر تضمین مناسبی دهد دال بر آنکه اجرای تعهدات وی در زمان سررسید قطعی خواهد بود که طبیعتاً این امر موجب می‌شود تا متعهد تعهدات بالحال را اجرا نماید. در قانون مدنی ایران این امکان برای فروشنده در نظر گرفته شده است تا از تسلیم مبیع امتناع ورزد و اگر بیم آن دارد که بر حسب شرایط، امکان انجام تعهد از سوی طرف مقابل در آینده دشوار گردد، نظیر آنکه متعهد ورشکسته شود یا در وضعیت توقف به سر برد، ماده ۳۸۰ قانون مدنی مشعر بر چنین موضوعی است که در صورت مفلس شدن یکی از طرفین، متعهد می‌تواند تعهدات خود را معلق گرداند و مبیع را تسلیم نکند. اما می‌بایستی همانند حقوق فرانسه اظهارنامه‌ای از سوی بایع به خریدار ارسال شود و وی را از اراده خویش مطلع سازد که شاید این امر موجب شود تا متعهد مفلس از طریق تضمین مناسبی در اجرای تعهد خویش ارائه دهد. از دیگر سو، می‌توان اساس ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی در باب معامله به قصد فرار از دین را در قاعده ریسک عدم اجرا جستجو کرد. توانایی قانونی طلبکار در تقاضای بی‌اعتباری عمل حقوقی غیرنافذ مدیون با این دلیل قابل توجیه است که اموال مدیون وثیقه عمومی طلب طلبکاران است و قانون‌گذار امکان صدور قرار تأمین خواسته به منظور حفاظت از حقوق دیگران را فراهم ساخته است تا از این طریق تضمینی در اجرای تعهدات متعهد در برابر آنان به‌وجود آید.<sup>۶۵</sup>

اما تعیین دامنه اعمال تعلیق در اثر ریسک ضروری است، زیرا در صورتی که ضابطه و معیار مشخصی تعیین نگردد، سبب خدشه بر استحکام قراردادها می‌شود. بر این اساس، صرفاً سه معیار اصلی مورد پذیرش است: اولاً متعهد اعم از تاجر یا غیرتاجر، ورشکسته یا

۶۵ ناصر، کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، (تهران: مؤسسه نشر یلدا، ج ۱، ۱۳۷۶)، ص ۱۳۳.

معسر گردد؛ ثانیاً تغییر اساسی و عمده در وضعیت اموال متعهد به وجود آید؛ ثالثاً بر حسب شرایط حادث شده، تردید در عدم توانایی متعهد به وجود آید که البته این موضوع باید اثبات شود. شرط اخیر، یعنی عدم توانایی متعهد، در متون قانونی هلند و چین هم پذیرفته شده<sup>۶۶</sup>، اما در حقوق برخی از کشورها در صورتی که تضمین مناسب داده نشود، امکان فسخ مورد شناسایی قرار گرفته است<sup>۶۷</sup>.

در مقابل این وضعیت که احتمال عدم انجام تعهد در زمان آینده به صورت شک و گمان جلوه می‌کند، حالتی نیز قابل تصور است که به واسطه شرایطی که متعهد در آن قرار گرفته است، عدم توانایی به صورت مطلق در نظر گرفته می‌شود. در چنین موردی شکی در عدم اجرای تعهدات وجود ندارد. در حقوق کامن‌لا نهاد حقوقی نقض قابل پیش‌بینی<sup>۶۸</sup> مد نظر قرار می‌گیرد و اثر مستقیم آن امکان تعلیق اجرای تعهدات است. همچنین ذی‌نفع می‌تواند قرارداد را یک‌جانبه فسخ<sup>۶۹</sup> کند.

### نتیجه

قانون‌گذار فرانسوی در صورت عدم اجرای تعهدات راهکارهای متفاوتی را پیش‌بینی کرده است، اما نوعی ترتیب به لحاظ شدت و ضعف را می‌توان میان آنها در نظر داشت. بر این اساس، تعلیق اجرای قرارداد ضعیف‌ترین نوع ضمانت اجرا را تشکیل می‌دهد و اجرای الزامی، تقلیل قیمت و فسخ در مراتب بعدی قرار می‌گیرند<sup>۷۰</sup>. رابطه حقوقی با اعمال تعلیق فی‌مابین طرفین به قوت خود باقی می‌ماند و طرفین تعهد مکلف هستند بر اساس حسن‌نیت به آنچه که به وجود آورده‌اند پایبند و متعهد باشند. به‌طور کلی می‌توان بیان داشت که کاهش میزان خسارت ناشی از عدم اجرای تعهدات و ایجاد نوعی فشار و الزام متعهد به پایبندی به عقد، از جمله اهداف قانون‌گذار در مکانیسم حق تعلیق است<sup>۷۱</sup>.

66. Liming, Wang et Jianyuan, Cui, *La nouvelle théorie du droit des contrats: partie générale*, (Maison édition Zhongguo zhengfa daxue, 2e éd., Paris: 2000), p. 351.

67. Mostapha, Mekki, *op.cit.*, p. 38.

68. Inexécution anticipée

69. Anticipatory breach

70. Sébastien, Pellé, *op.cit.*, p. 342.

71. Denis, Tallon, *op.cit.*, p. 274.



رویه عملی برخی دادگاه‌ها بر آن بوده است که عدم اجرای تعهدات از سوی یکی از طرفین باید اساسی باشد. در تفسیر این مفهوم بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای بر این باورند که مقید کردن امکان تعلیق از سوی ذی‌نفع به اساسی بودن عدم اجرای تعهدات طرف مقابل غیرقابل درک است. اساسی بودن اصولاً در زمینه فسخ قرارداد به‌عنوان یکی از راهکارهای قابل تسری است.<sup>۷۳</sup> در مقابل، بایستی بیان داشت که اساسی بودن به متناسب بودن عمل و عکس‌العمل ارتباط دارد؛ به‌خصوص اجرای جزئی و امتناع طرف مقابل از اجرای قسمت دیگر تعهدات مورد بررسی قضات قرار می‌گیرد و از دیگر سو، معیار شخصی در شناسایی عدم اجرا مد نظر قانون‌گذار جدید فرانسه می‌باشد. شایسته است که در حقوق ایران مفهوم اساسی بودن عدم اجرای تعهدات تبیین گردد، چراکه موجب می‌شود خلأهای قانونی در زمینه حق تعلیق برطرف شود و از سوی دیگر به‌واسطه آن تمایزی بین حق حبس و حق تعلیق به‌وجود آید. در حال حاضر در حقوق ایران، حق تعلیق در واقع همان حق حبس انگاشته شده است.<sup>۷۳</sup> همچنین ضرورت دارد خطر عدم اجرای تعهدات در آینده و آثار حقوقی آن در حقوق ایران به‌طور واضح شناخته شود. قانون‌گذار ایرانی در زمان تدوین مواد قانونی نگاهی به حقوق فرانسه و منابع فقهی داشته و مسائل حقوقی را که در این دو منبع بوده به صورت پراکنده در قانون مدنی آورده است. در قانون مدنی این حق برای بایع در نظر گرفته شده است که در صورتی که مشتری مفلس گردد، به‌نوعی که خطری در عدم اجرای تعهدات آتی وی به‌وجود آید، امکان تعلیق اجرای تعهدات فراهم می‌شود. هرچند موضوع در قالب یک مسئله مطرح شده، ولی موضوع اصلی عبارت است از تعلیق در صورت تعذر از اجرای تعهدات آینده.<sup>۷۴</sup> بنابراین، نظم حقوقی در مباحث ضروری است؛ همان‌گونه که در حقوق فرانسه در فصل عدم اجرای تعهدات، کلیه آثار و ضمانت اجراها تعریف شده و به نحو مشخصی مکانیسم و شرایط حق تعلیق تبیین گردیده

۷۲. حبیب، طالب احمدی و عباس، کاظمی نجف‌آبادی، «ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد در حقوق ایران و نظام حقوق عرفی»، مطالعات حقوقی شیراز، دوره ۷، ش ۴ (۱۳۹۴)، ص ۱۱۵.

۷۳. منصور، امینی و همکاران، «مبانی و قلمرو حق حبس در حقوق ایران و فقه امامیه و مقایسه آن با حقوق کامن‌لا، فرانسه و آلمان»، فصلنامه قضاوت، ش ۸۶ (۱۳۹۵)، ص ۱۶.

۷۴. حبیب، طالب احمدی و عباس، کاظمی نجف‌آبادی، «ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد در حقوق ایران و نظام حقوق عرفی»، مطالعات حقوقی شیراز، دوره ۷، ش ۴ (۱۳۹۴)، ص ۱۴۸.

است. از باب دامنۀ اعمال حق تعلیق باید بیان داشت که این حق مربوط به تعهدات منجز است و به‌عنوان یکی از قواعد عمومی معاملات لحاظ می‌شود. اینکه قانون مدنی ایران آن را صرفاً ناظر به بیع به‌کار برده است، به این علت بوده که در منابع فقهی، عقد بیع از جمله عقود است که کلیۀ قواعد عمومی حاکم بر حقوق قراردادها نسبت به آن تشریح شده است؛ بنابراین در هر رابطه حقوقی که شرایط اساسی اعمال حق تعلیق فراهم باشد، ذی‌نفع می‌تواند اجرای تعهدات خویش را معلق گرداند.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

## - کتاب‌ها

۱. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت ۱*، (تهران: انتشارات سمت، چ ۲۶، ۱۳۹۸)، ص ۱۱۳.
۲. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۲).
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق*، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱۶، ۱۳۶۷).
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دائرةالمعارف عمومی حقوق*، ج ۲، (تهران: گنج دانش، ۱۳۶۸).
۵. عراقی، سید عزت‌الله، *حقوق کار*، ج ۱، (تهران: انتشارات سمت، چ ۱۹، ۱۳۹۹).
۶. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، (تهران: مؤسسه نشر یلدا، چ ۱، ۱۳۷۶).
۷. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳).
۸. شهیدی، مهدی، *آثار تشکیل قراردادها و تعهدات*، (تهران: نشر مجد، چ ۱، ۱۳۸۳).

## - مقاله‌ها

۹. امینی، منصور؛ عابدیان، میرحسین؛ شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح، «مبانی و قلمرو حق حبس در حقوق ایران و فقه امامیه و مقایسه آن با حقوق کامن‌لا، فرانسه و آلمان»، *فصلنامه قضاوت*، ش ۸۶ (۱۳۹۵).
۱۰. امینی، منصور و ابراهیمی، یحیی، «حسن نیت در قراردادها: از نظریه تا عمل؛ نگاهی به موضوع در نظام حقوقی کامن‌لا»، *مجله حقوق تطبیقی*، ش ۲ (۱۳۹۰).
۱۱. ذاکری‌نیا، حانیه و پارساپور، محمدباقر، «اقسام، احکام و آثار معاذیر عدم اجرای قرارداد، مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران، رومی ژرمنی، کامن‌لا و برخی اسناد بین‌المللی»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ش ۲ (۱۳۹۴).
۱۲. صفایی، سید حسین، «قوة قاهره یا فورس ماژور (بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل و قراردادهای بازرگانی بین‌المللی)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۳ (۱۳۶۴).
۱۳. طالب احمدی، حبیب و کاظمی نجف آبادی، عباس، «ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد در حقوق ایران و نظام حقوق عرفی»، *مطالعات حقوقی شیراز*، دوره ۷، ش ۴ (۱۳۹۴).

۱۴. گندم‌کار، رضاحسین، «بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تخلف متعهد از انجام تعهد، مطالعه در حقوق ایران و نظام کامن‌لا و رومی ژرمن»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۴، ش ۴ (۱۳۹۶).

### ب) عربی

۱۵. اصفهانی، محمدحسین، کتاب مکاسب، ج ۶، (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۵ ق.).
۱۶. اسکافی، ابن جنید، مجموعه فتاوی ابن جنید، (قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.).
۱۷. انصاری، حاج شیخ مرتضی، مکاسب، (تبریز: چاپ سنگی، ۱۲۷۵ ق.).
۱۸. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۴، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۵ ق.).
۱۹. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، العناوین، (قم: نشر اسلامی، ۱۴۲۵ ق.).
۲۰. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، ج ۱۱، (قم: مؤسسه آل‌البیت، ج ۱، ۱۳۹۰ ق.).
۲۱. خراسانی (آخوند)، محمدکاظم بن حسین، حاشیه مکاسب، (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج ۱، ۱۴۰۶ ق.).
۲۲. طباطبایی، علی بن محمد، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، ج ۱، (قم: مؤسسه آل‌البیت، ج ۱، ۱۸۱۴ م.).
۲۳. نحفی (صاحب جواهر)، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، تحقیق و تصحیح عباس قوچانی علی آخوندی، ج ۳۱، (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.).
۲۴. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدی و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۳۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۳ ق.).
۲۵. موسوی، شریف مرتضی علی بن حسین، الانتصار فی انفرادات الامامیه، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.).
۲۶. موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.).

### ج) فرانسوی

#### - Ouvrages

27. Bénabent, Alain, *Droit civil, Les obligations*, (Paris: Montchrestien, 16 e éd., 2017).

28. Bufnoir, Claude et Challamel, Julle, *Code civil allemand*, (Paris: LGDJ, 1923).
29. Carbonnier, Jean, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, T. 2, (Paris: PUF, 1 édition, 2004).
30. Fages, Bertrand, *Droit des obligations*, (Paris: LGDJ-LEXTESEN, 6e éd, 2016).
31. Ghestin, Jacques, Jamin, Christophe et Billiau, Marc, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, (Paris: LGDJ, 3e éd, 2001).
32. Henri, Léon, Mazeaud, Jean et Chabas, François, *Leçons de droit civil, théorie générale*, (Paris: Montchrestien, 9e éd, 1998).
33. Larroumet, Christian, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, (2e partie), Effets, t. III, (Paris: Economica, 6e éd, 2007).
34. Laithier, Yves-Marie, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, (Paris: LGDJ, 1 édition, 2014).
35. Mazeaud, Denis, *La réforme du droit des contrats: du projet à l'ordonnance, coll. "Thèmes et commentaires*, (Paris: Association H. Capitant-Dalloz, 1 édition, 2016).
36. Mousseron, Jean-Marc, Seube, Jean-Baptiste et Raynard, Jacques, *Technique contractuelle*, (Paris: Levallois, Francis Lefebvre, 3e éd, 2005).
37. Planiol, Marcel et George, Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, (Paris: LGDJ, 2 e éd, 1952).
38. Tallon, Denis, *Les remèdes : le droit français, in Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, (Paris: LGDJ, 1987).
39. Tranchant, Laetitia, Égéa, Vincent, *Droit des obligations 2021*, (Paris: Mémento, 24e édition, 2020).
40. Wang Liming et Cui Jianyuan, *La nouvelle théorie du droit des contrats: partie générale*, (Maison édition Zhongguo zhengfa daxue, 2e éd., Paris: 2000).

#### - Articles

41. Delebecque, Philippe, "L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution", *Dr. et patr*, N 259, (2016).
42. Guerin Sylvia et Genty Nicolas, "L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat", *AJC*, N 1, (2017).
43. Mekki, Mostapha, "les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations", *Gaz. Pal*, N 120, (2015).

**- Theses**

44. Garreau, Christophe, *La notion de suspension du contrat*, (Thèse de l'Université de Lille, 2003).
45. Pellé, Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, (université de paris 2, Dalloz thèse, 2007).
46. Saad, Nabil, *La suspension dans l'exécution du contrat, essai d'une théorie générale: Etude comparée en droit civil français et droit droit civil égyptien*, (Doctorat d'État, Université de Dijon, 1980).

## **An Analysis of the Right to Suspend in the Islamic Jurisprudence, Iranian Law and Modern French Law**

*Mostafa Harati*<sup>1</sup>

*Abbas Mirshekari*<sup>2</sup>

### **Abstract**

The requirement of contractual relations is based on the fulfillment of the obligations of each party. However, sometimes the obligor refuses to do so, on condition of anonymity. The policy of the legislator in this situation is based on maintaining the solidity of the contract, trying as much as possible to maintain the legal relationship, and it has considered several solutions to this end. Iranian religious jurists have explained in detail the title of the right to withhold performance in case law in one of the methods of obliging the obligor to coerce and Iranian civil law has stated in its provisions without specifying the title in various topics. On the other hand, the term of the right of suspension is based on the objection of non-performance in European law, and the French legislator emphasizes that the non-performance should be essential, but in Iranian law, the concept of essential non-performance is not defined. The right to withhold performance is a concept which derives particularly from Imamah Jurisprudence and is fundamentally different from the right to suspension. The authors of this article attempt to analyze the concept of the right of suspension and objection to non-performance of obligations and to distinguish it from the right to withhold performance by an analytical-descriptive method and by using valid case law sources, legal works in Iranian law and taking into account recent reform of French law.

**Keywords:** Objections to non-enforcement, Right of suspension, Right to withhold performance, Commutative justice, Essential non-performance.

---

1. PhD in Private Law, University of Montpellier, France (Corresponding Author)  
harati.mostafa@yahoo.com

2. Assistant Professor, University of Tehran, Tehran, Iran      mirshekariabbas1@yahoo.com

---

---

## The Place of the Advanced Principles of Administrative Law and the Principles of Fair Administrative Trial in Repeated Article 251 of the Direct Tax Act and its Economic Consequences

*Ayat Mulaei<sup>1</sup>*

### Abstract

The repeated article 251 of the Direct Tax Act has brought a special opportunity to Iran's tax system. On the one hand, it has created an “extraordinary tax system” alongside “ordinary taxation”. On the other hand, the most important capacities of extraordinary tax proceedings are summarized in this article, which is limited to this article. Understanding the importance of this, the present paper answers the following question: What is the position of the most important advanced principles of administrative law and principles of fair administrative trial in the super-tax system of proceedings? In this regard, using a descriptive-analytical research method, the following conclusions are drawn: First, this investigation has been able to identify the principles of fair administrative litigation in the context of extraordinary tax proceedings. Second, despite identifying some of the principles of fair trial, it should be said that the fair hearing as a legal establishment cannot be extracted from repeated Article 251. Third, the present investigation was able to fill some of advanced principles of administrative law on the legal vacancies of the extraordinary tax proceeding. Fourth, it is appropriate and necessary to think of a favorable context and process for tax affairs; in this way, the possibility of "economizing" on tax matters is increased. If the principles of fair trial are imposed in the context of the mentioned article, the space will be provided to economize the extra-tax proceeding.

**Keywords:** Structural Principles of Procedure, Guaranteed Principles of Hearing, Fair Administrative Trial, the Repeated Article 251 of the Direct Tax Act, Economization of Hearing.



## **A Contemplation on Settlement of Disputes Arising from a Pre-sale Contract and Its Scope**

*Farzad Karami Kelmati<sup>1</sup>*

*Mohammad Salehi Mazandarani<sup>2</sup>*

### **Abstract**

By concluding a pre-sale contract, a part of the estates or land will be transferred to the pre-buyer for the purchased share. Pursuant to Article 1 of the Building Pre-Sale Code and other articles of this Code, the pre-sale contract, as a specific contract, along with other contracts, has the following characteristics: ownership, consent, exchange, necessary and exclusive. In Article 20 of the Building Pre-Sale Code, the legislator, while determining the competent authority for resolving disputes arising from the pre-sale contract and deeming it necessary to resolve the disputes of this contract through arbitration, also limits the authority of that authority for interpretation, interpretation and execution. The provisions of the contract have been determined. On the other hand, the same Code stipulates requirements for the parties to the contract, such as formally concluding the contract, appointing arbitrators and including the provision of Article 20 of the Code in the contract. That legislator's silence regarding the guarantee of non-compliance with the above-mentioned cases in arbitrating the subject matter of the Code has caused a dispute in the judicial procedure. Also, the lack of will of the parties in referring the principle of dispute to arbitration, raises suspicion that the true title of arbitration does not apply to the dispute resolution authority subject to Article 20 of the Code. The present article seeks to deal with the guarantee of the performance of the first forms along with justifying and explaining the nature of the dispute resolution authority of pre-sale contracts.

**Keywords:** Pre-sale contract, Arbitration, Compulsory arbitration, Pre-sale contract descriptions, Gradual acquisition.

---

1. PhD Student in Private Law, Qom University, Qom, Iran

fkarami506@gmail.com

2. Associate Professor of Qom University, Qom, Iran (Corresponding Author)

m.salehimazandarani@qom.ac.ir

---

---

## The Source of the Obligation to Transboundary Environmental Impact Assessment in Turkey Gap Project

*Mahnaz Rashidi*<sup>1</sup>

*Azadeh Rastegar*<sup>2</sup>

*Ali Mashhadi*<sup>3</sup>

### Abstract

Turkey, as an upstream state in the Tigris and Euphrates Basin, has initiated a project called Southeast Anatolia Project (GAP) since 1936. It has begun to build numerous dams and hydroelectric power plants on the Tigris and the Euphrates River since 1977. Considering that the implementation of this project has had and will have numerous environmental, social and economic impacts on the surrounding countries i.e., Iraq, Syria and Iran and according to experts, Turkey has not performed the environmental impact assessment process of this project correctly, the question is whether Turkey has a binding international obligation from the international law perspective to implement its commitment to environmental impact assessment. The results of this article show that, given to the international documents and procedures, today's commitment to conduct environmental impact assessment in projects that have the potential to create significant transboundary damage has been known as a mandatory customary commitment and it is necessary for all countries. Thus, Turkey was also obliged to carry out this task in the implementation of the Gap project, which by failing to comply, it has international responsibility.

**Keywords:** Obligation to Transboundary Environmental Impact Assessment, Southeast Anatolia Project, International Customary Law, International Environmental Law.

---

1. PhD in International Law, Qom University, Qom, Iran (Corresponding Author)  
[mahnazrashidi88@gmail.com](mailto:mahnazrashidi88@gmail.com)

2. Master of International Law, Qom University, Qom, Iran [rastegarazade8059@gmail.com](mailto:rastegarazade8059@gmail.com)

3. Associate Professor, Qom University, Qom, Iran [droitenviro@gmail.com](mailto:droitenviro@gmail.com)

## **The Mens Rea of the Crime of Smuggling of Goods and Currency**

*Omid Rostamighazani<sup>1</sup>*

### **Abstract**

Today, in light of the developments in criminal law, the mens rea has been accepted as one of the elements of crime. However, the legislator generally does not pay adequate attention to explaining the elements of the crime in the exact explanation of the mens rea, which sometimes causes conflicting views about the mens rea of crimes, and the same is true of the crime of smuggling goods and currency. Due to the legal definition of this crime and numerous examples of this crime in different laws, there has been a serious disagreement among jurists in relation with the mens rea required to commit this crime. Accordingly, some believe that this crime is intentional and some believe that it is a no mens rea offence. This article explains the reasons behind these views, and finally reasonably describes the author's view that the crime of smuggling of goods and currency is intentional. The principle of intentionality of the crimes, the principle of exceptionality of the strict liability crimes, the principle of innocence, the principle of interpretation in favor of the accused, the principle of proportionality between the crime and punishment etc. indicate that this crime is intentional, but sometimes the approach of legislative and judicial penal policy implies a kind of tolerance in obtaining intentional elements, which is rooted in the fact that smuggling of goods and currency is an economic crime.

**Keywords:** Smuggling, Mens Rea, Intentional, Unintentional, Strict Liability.

---

1. Assistant Professor of Ahlul Bayt International University

[o.rostamighazani@gmail.com](mailto:o.rostamighazani@gmail.com)

---

---

## **Jurisprudential and Legal Application of the *Maa Yodhman* Rule in the Patent Transfer Contract and its Consequences**

*Hamid Miri*<sup>1</sup>  
*Ebrahim Javanmard Farkhani*<sup>2</sup>

### **Abstract**

According to the *Maa Yodhman* rule, if after concluding the contract, it becomes clear that the contract was void, each party will be required to reject the other party in return. In the meantime, the application of the rules on patent transfer contracts should be carefully scrutinized, as it would be difficult to enforce the concept of a bill on such property and it would be difficult to enforce them. Therefore, the authors were encouraged to write the forthcoming article by gathering information in a library-based manner and using a descriptive-analytic method. The findings of this study show that due to the immaterial nature of the patent, it is collected differently and through the delivery of positive documents. Therefore, the *Maa Yodhman* rule in case of invalidity of the patent transfer contract is fully applied and the inventor is obliged to reject the exchange and the transferee is bound to return the exchange.

**Keywords:** *Ma Yodhman* Rule, Intellectual property law, Patent law, Real exchange, Contractual exchange.

---

1. Assistant Professor Gonbad Kavous University, Gonbad Kavous, Iran  
hamidmiri1387@gmail.com

2. Assistant Professor Gonbad Kavous University, Gonbad Kavous, Iran (Corresponding Author)  
javanmardebrahim@yahoo.com

## **The Multiplicity of Legislative Bodies Emphasizing the Position of Supreme Council of Cyberspace Approvals in Iranian Legal System**

*Fardin Moradkhani<sup>1</sup>*

*Somayeh Takaloo<sup>2</sup>*

### **Abstract**

The sovereignty in any legal system is divided into separate sections with independent functions. The legislative task is generally delegated to the legislature, whose members are elected by people. In the system of the Islamic Republic of Iran, the general authority conferred by the Constitution in accordance with Article 71 of the Constitution has been assigned by specific legislative bodies. The existence of these institutions is necessary and useful for organizing minor affairs and community events. Certain legislators sometimes violate the hierarchy of laws and the rule of law, inflate laws, function in parallelism, and fail to recognize rights and duties by departing from the jurisdiction of other entities. The Supreme Council of Cyberspace is one of the special regulatory bodies in Iranian legal system whose review shows that the Council has set out rules beyond its jurisdiction and intervened in other matters. In this paper, which has been formulated through a library approach, it has been suggested that the High Council of Cyberspace, in cooperation with other authorities and organizations, should replace the enactment of necessary approvals

**Keywords:** Supreme Council of Cyberspace, jurisdiction, law, legislative, policy making.

---

1. Assistant Professor Bu Ali Sina University of Hamadan, Hamadan, Iran (Corresponding Author)  
moradkhani.fardin@yahoo.com

2. Master of Public Law, Allameh Tabatabai University, Tehran, Tehran, Iran  
takaloo.somaye@gmail.com

## Feasibility of Operating a Plea-Bargaining in Iran with Emphasis on Criminal Law Management-orientation

*Fatemeh Ahadi<sup>1</sup>*

*Parivash Kermanian<sup>2</sup>*

### Abstract

Accusation is one of the manifestations of criminal law contracting, on the basis of which the accused and the prosecutor agree that the accused should accept the accusation and cooperate with the criminal justice system in exchange for benefits such as change of type. This research, which follows a descriptive-analytical method, examines the feasibility of implementing a charge transaction in Iran. Existence of restorative justice institutions, justification based on measures of justice and expediency, possibility of criminal deviation in the process of handling charges leading to ta'zir punishments, etc. are examples of the grounds for accepting this institution in criminal law. The instructions of the head of the judiciary and flexibility in criminal and judicial policies, legitimacy and enhancement of the criminal justice system and the use of constructive criminological consequences are some of the grounds for accepting this institution in our country. This study has found that due to the existence of links with the prosecution institution in our country's criminal justice system, it is possible to predict this criminal institution in the future developments of Iran's criminal procedure.

**Keywords:** Accused Trading, Prosecutor, Defendant, Victim, Criminal Process.

- 
1. Assistant Professor of Islamic Azad University of Maragheh, Maragheh Iran (Corresponding Author) [fatemeh.ahadi1394@gmail.com](mailto:fatemeh.ahadi1394@gmail.com)
  2. PhD student in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Maragheh Branch, Maragheh, Iran [kermanian.parivash@gmail.com](mailto:kermanian.parivash@gmail.com)

*Table of Contents*

---

1. Feasibility of Operating a Plea-Bargaining in Iran with Emphasis on Criminal Law Management-orientation <b>Fatemeh Ahadi; Parivash Kermanian</b> .....	1-33
2. The Multiplicity of Legislative Bodies Emphasizing the Position of Supreme Council of Cyberspace Approvals in Iranian Legal System <b>Somayeh Takaloo; Fardin Moradkhani</b> .....	35-67
3. Jurisprudential and Legal Application of the <i>Maa Yodhman</i> Rule in the Patent Transfer Contract and its Consequences <b>Hamid Miri; Ebrahim Javanmard Farkhani</b> .....	69-92
4. The Mens Rea of the Crime of Smuggling of Goods and Currency <b>Omid Rostamighazani</b> .....	93-116
5. The Source of the Obligation to Transboundary Environmental Impact Assessment in Turkey Gap Project <b>Mahnaz Rashidi; Azadeh Rastegar; Ali Mashhadi</b> .....	117-144
6. A Contemplation on Settlement of Disputes Arising from a Pre-sale Contract and Its Scope <b>Farzad Karami Kelmati; Mohammad Salehi Mazandarani</b> .....	145-172
7. The Place of the Advanced Principles of Administrative Law and the Principles of Fair Administrative Trial in Repeated Article 251 of the Direct Tax Act and its Economic Consequences <b>Ayat Mulaei</b> .....	173-203
8. An Analysis of the Right to Suspend in the Islamic Jurisprudence, Iranian Law and Modern French Law <b>Mostafa Harati; Abbas Mirshekari</b> .....	205-228
<i>Abstracts</i> .....	229-236





*Journal of*  
***Contemporary Comparative Legal Studies***

(Former Jurisprudence and Islamic Law)

University of Tabriz

Director: R. Sokuti Nasimi

Editor-in-Chief: E. Shoarian Sattari

---

**Editorial Board**

Hamid Abhari	Professor of Mazandaran University
Mohammad Ali Ardebili	Professor, Shahid Beheshti University
Heydar Bagheriasl	Professor, University of Tabriz
Mohammad Reza Pasban	Associate Professor, Allameh Tabataba'i University
Mansour Jabbrai	Associate Professor of Allameh Tabatabai University
Saeed Habiba	Professor, University of Tehran
Mohammad Jafar Habibzadeh	Professor of Tarbiat Modares University
Abolfath Khaleghi	Associate Professor, Qom University
Mehrab Darabpour	Professor, Shahid Beheshti University
Aahmad Deilami	Associate Professor, Qom University
Mohammad Rasekh	Professor, Shahid Beheshti University
Ismail Rahiminejad	Associate Professor, University of Tabriz
Reza Sokuti Nasimi	Professor, University of Tabriz
Ebrahim Shoarian Sattari	Professor, University of Tabriz
Morteza Shahbazinia	Associate Professor, Tarbiat Modares University
Bijan Abbasi	Associate Professor, University of Tehran
Seyyed Mohammad Taghi Alavi	Professor, University of Tabriz
Hossein Fakhr	Associate Professor, University of Tabriz
Hassan Mohseni	Associate Professor, University of Tehran
Mohammad Reza Mojtehed	Professor, University of Tabriz
Pejman Mohammadi	Professor of Shahid Chamran University of Ahvaz
Sam Mohammadi	Professor of Mazandaran University

---

Persian Editor: Mandana Nematnezhad

English Editor: Davood Kuhi

Executive Manager: Abbas Yeganeh

Typist: Shirin Zamani

**Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, 29 Bahman Blvd.,  
Tabriz, Zip Code: 5166616471, Iran**

**E-mail: [tabrizulaw@gmail.com](mailto:tabrizulaw@gmail.com)**

**Tel: 041-33392262 Fax: 041-33356013**



University of Tabriz

*Journal of*  
*Contemporary Comparative Legal Studies*

(Former Jurisprudence and Islamic Law)

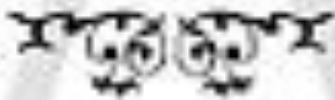
**Year. 12 - No. 22**

**Spring 2021**



# Contemporary Comparative Legal Studies

Year. 12, No. 22, Spring 2021



- Feasibility of Operating a Plea-Bargaining in Iran with Emphasis on Criminal Law Management-orientation

**Fatemeh Ahadi; Parivash Kermanian**

- The Multiplicity of Legislative Bodies Emphasizing the Position of Supreme Council of Cyberspace Approvals in Iranian Legal System

**Somayeh Takaloo; Fardin Moradkhani**

- Jurisprudential and Legal Application of the *Maa Yodhman* Rule in the Patent Transfer Contract and its Consequences

**Hamid Miri; Ebrahim Javanmard Farkhani**

- The Mens Rea of the Crime of Smuggling of Goods and Currency

**Omid Rostamighazani**

- The Source of the Obligation to Transboundary Environmental Impact Assessment in Turkey Gap Project

**Mahnaz Rashidi; Azadeh Rastegar; Ali Mashhadi**

- A Contemplation on Settlement of Disputes Arising from a Pre-sale Contract and Its Scope

**Farzad Karami Kelmati; Mohammad Salehi Mazandarani**

- The Place of the Advanced Principles of Administrative Law and the Principles of Fair Administrative Trial in Repeated Article 251 of the Direct Tax Act and its Economic Consequences

**Ayat Mulaei**

- An Analysis of the Right to Suspend in the Islamic Jurisprudence, Iranian Law and Modern French Law

**Mostafa Harati; Abbas Mirshekari**

*Abstracts*

