

الحمد لله
الرحمن
الرحيم

شناسنامه فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی^۱

صاحب امتیاز: پژوهشکده حقوق و قانون ایران	
سر دبیر: سیدحسین صفایی مدیر مسئول: محمد درویش زاده مدیر داخلی: محمدهادی جواهرکلام	
اعضای گروه مشاوران علمی براساس حروف الفبا:	اعضای گروه دبیران (هیأت تحریریه) براساس حروف الفبا:
۱. محمد آشوری ۲. محمدعلی اردبیلی ۳. گودرز افتخار ۴. محمدجواد جاوید ۵. محمد درویش زاده ۶. محمدجواد شریعت باقری ۷. عباس کریمی ۸. حمید گوینده ۹. محسن محبی ۱۰. سیدمصطفی محقق داماد ۱۱. علی مهاجری ۱۲. حسین مهرپور	۱. محمدمهدی الشریف ۲. سعید حبیبی ۳. محمدجعفر حبیب زاده ۴. محمد راسخ ۵. حبیب الله رحیمی ۶. عباس شیخ الاسلامی ۷. سیدحسین صفایی ۸. اصغر عربیان
اعضای هیأت تحریریه بین المللی:	
۱. سید حسام الدین سید اصفهانی ۲. فرشاد قدوسی ۳. یوسف عناد زمیل العیدی	

ویراستار فارسی: محمد تمدن

ویراستار انگلیسی: احمد بیگی حبیب آبادی

امور هماهنگی: مریم نعیمی، فاطمه ماستری

امور فنی و رایانه: محمدجواد مجد

امور گرافیکی و صفحه آرایی: نسیم قلی زاده

ناشران: داد و دانش و مجمع علمی فرهنگی مجد

تلفن: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۱، ۰۲۱-۶۳۸۷۷۰۲۱

نمابر: ۰۲۱-۶۳۸۷۷۱۰۲

نشانی فصلنامه: میدان انقلاب، خیابان وحیدنظری، بین خیابان ۱۲ فروردین و خیابان فخر رازی، پلاک ۸۱



نشانی ایمیل: info@illrc.ac.ir

نشانی سایت: www.jcl.illrc.ac.ir

شمارگان: ۲۵۰ نسخه

قیمت: ۳/۰۰۰/۰۰۰ ریال



۱. دانشنامه های حقوقی سابق

راهنمای تدوین مقالات فصلنامه علمی تخصصی تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی

- مقالات به زبان فارسی بوده و قبلاً در نشریه دیگری پذیرش یا چاپ نشده باشد.
- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری و دستاورد علمی نویسنده یا نویسندگان باشد.
- نویسنده یا نویسندگان پس از ارسال مقاله به نشریه و تا تعیین تکلیف نهایی آن در نشریه، اجازه ارسال آن را برای نشریه دیگر ندارند.
- مقالاتی که بیش از یک نویسنده دارد، نویسنده مسئول مشخص و ترتیب همکاری نویسندگان تعیین شود.
- مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
- حجم مقالات نباید از ۲۵ صفحه (۱۰۰۰۰ کلمه) تجاوز کند.
- کلیه مسئولیت‌های ناشی از صحت علمی مقالات بر عهده نویسنده یا نویسندگان است.
- فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی برای ویرایش مقالات آزاد است.
- فصلنامه در تعیین نوع مقاله (پژوهشی، ترویجی، مروری، کاربردی، مورد پژوهشی و...) بر اساس نظر داوران و هیأت تحریریه (گروه دبیران) آزاد است.

نحوه تنظیم مقاله:

- مقاله علمی-پژوهشی شامل عنوان، چکیده مقاله، واژگان کلیدی، مقدمه، تجزیه و تحلیل، نتیجه‌گیری و منابع است.
- اطلاعات کامل نویسنده یا نویسندگان، مرتبه علمی، تعیین نویسنده مسئول و ترتیب اسامی نویسندگان در مرحله ثبت اطلاعات در سامانه صورت می‌گیرد و فایل‌های ارسالی مقالات باید بدون نام و اطلاعات نویسندگان در سامانه بارگذاری شود.
- چکیده مقاله، شرح مختصر و جامعی از محتوای مقاله شامل بیان مسئله، هدف، ماهیت و چگونگی پژوهش، نکته‌های مهم نتیجه و بحث است. تعداد کلمات چکیده حداکثر ۳۰۰ کلمه باشد و واژگان کلیدی حداقل ۴ و حداکثر ۷ واژه باشد.
- مقدمه مقاله بیانگر مسئله پژوهش است. محقق باید زمینه‌های قبلی پژوهش و ارتباط آن را با موضوع مقاله و وجوه تمایزش را به اجمال بیان و در پایان انگیزه تحقیق را بیان کند.
- در تیتراژ شماره‌گذاری استفاده شود و تمایز بین تیتراژ اصلی و فرعی با فونت و شماره مشخص شود.
- در ترکیبات، فعل‌ها یا کلمات چندجزیی فاصله بین حروف با نیم‌فاصله باشد.

- در متن مقالات معادل انگلیسی اصطلاحات و یادداشت‌های توضیحی (توضیحاتی که به نظر نویسنده ضروری است) در پاورقی درج شود.
- رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
- ارجاعات در متن مقاله به صورت درون متنی و داخل پرانتز به صورت (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد/صفحه) نوشته شود.
- اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد/ صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
- منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پرانتز (صفحه/جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) نوشته شود.
- اگر مقاله ترجمه است، متن اصلی، معرفی نویسنده و معرفی کتاب یا مجله مأخذ، همراه ترجمه ارسال گردد.
- منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، (سال انتشار)، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر.
- مقاله: نام خانوادگی، نام، (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام مجله، دوره، شماره مجله، شماره صفحات شروع تا پایان مقاله.
- منبع الکترونیک: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان مقاله»، نام مجله یا سایت، آدرس سایت قابل دسترسی، تاریخ آخرین بازدید.
- ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه www.jcl.illrc.ac.ir امکان‌پذیر است. لذا لازم است از ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر فصلنامه یا ارسال مقاله از طریق ایمیل خودداری شود.
- ارتباط با سردبیر از طریق پست الکترونیکی info@illrc.ac.ir امکان‌پذیر است.

فهرست مقالات^۱

- مطالعه تطبیقی در مسئولیت ناشی از عدم تحقق اهداف و برنامه‌های نظام حکمرانی به مثابه نیازسنجی پژوهشی ۹
سیدحسین صفائی، محمد درویش‌زاده
- تبیین قرارداد صرفه جویی، ماهیت و آثار آن بر اساس منابع فقهی و حقوقی ۱۸
رسول احمدی فر
- بررسی تجاری بودن معاملات غیر منقول با تأملی در حقوق فرانسه ۴۷
حسین بهرامی
- مطالعه تطبیقی استفاده از سازش در اختلافات تجاری بین‌المللی و ظرفیت (جایگاه) قانونی آن در ایران ۶۹
میلاد حاجی اسماعیلی
- واکاوی وضعیت‌های دیپلماسی و واکنش‌های عملی ایران در مورد امارت اسلامی افغانستان بر اساس حقوق ملی و بین‌المللی ۱۰۳
جواد رنجبرزاده، عسکر جلالیان، خداداد خدادادی دشتکی، عبدالرسول کاوه فرد
- بررسی تطبیقی کیفی بودن مقررات کیفری، با نگاهی به حقوق ایران و دانش‌های اخلاق، ادبیات و زبان‌شناسی ۱۴۱
امیر مرادی
- نقد یک رای در زمینه زبان‌های ناشی از تولد فرزند بیمار، مطالعه تطبیقی حق بر نبودن و جبران خسارات وارد بر آن ۱۸۹
عباس میرشکاری، فاطمه سادات حسینی

۱. به ترتیب حروف الفبای نام خانوادگی نویسندگان.

Comparative Study on Liability for Non-Realization of Goals and Programs of the Governance System as a Research Need

Seyyed Hosein Safaei

Professor of Tehran University and PhD
in private law, Paris, France,
Email: hsafaii@ut.ac.ir

Mohammad Darvishzadeh

Head of the Iranian Law and Legal
Research Institute and former judge of
the Supreme Court, Tehran, Iran,
Email: darvishzadeh@illrc.ac.ir



In this editorial, we aim to introduce a legal research area to researchers. This research area raises and proposes multiple research topics for researchers. The core of this research area is the question of the responsibilities arising from the non-realization of the goals and programs approved by the governance system and government officials! In this editorial, while explaining this question as a research need, we specifically focus on the liability arising from the non-realization of the Iran 1404 Vision Document, because the evaluations performed indicate the non-realization of the most important indicators of this important and upstream document. The emphasis on comparative study in response to the aforementioned question is because studying human experience in similar fields can lead to the development of theoretical and related literature to this question. Based on this, first, an explanation is provided about research needs assessment, and we explain the necessity of research in the legal dimensions of the governance system and the responsibilities arising from the non-realization of the goals and programs approved by the governance system.

Journal of Research and Development in
Comparative Law

Iranian Law and Legal Research Institute

Vol. 6 | No. 21 | Winter 2023
(Editor-in-Chief Lecture)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

[10.22034/LAW.2024.712439](https://doi.org/10.22034/LAW.2024.712439)

Then, we examine the Iran 1404 Vision Document due to its importance, and then we raise questions for research on the liability arising from the non-realization of the important indicators of this document. At the end, some Iranian legal texts and sources are referred to in order to answer this question, so that the main domestic legal sources for conducting research are determined. Finally, we emphasize the need for comparative studies in this field so that future researchers in this field can work hard and enrich it with the production of theoretical literature and scientific content.

مطالعه تطبیقی در مسئولیت ناشی از عدم تحقق اهداف و برنامه‌های نظام حکمرانی به مثابه نیازسنجی پژوهشی

استاد دانشگاه تهران و دکتری حقوق خصوصی،

Email: hsafaii@ut.ac.ir پاریس، فرانسه

رئیس پژوهشکده حقوق و قانون ایران و قاضی پیشین

دیوانعالی کشور، تهران، ایران

Email: darvishzadeh@illrc.ac.ir

سید حسین صفایی

محمد درویش زاده

فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی
پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۶ | شماره ۲۱ | زمستان ۱۴۰۲

(یادداشت علمی)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

[10.22034/LAW.2024.712439](https://doi.org/10.22034/LAW.2024.712439)

در این سرمقاله بر آنیم که یک زمینه پژوهش حقوقی را به پژوهشگران معرفی کنیم، این زمینه پژوهشی موضوع‌های متعددی را برای پژوهش مطرح و به پژوهشگران پیشنهاد می‌کند. درون مایه این زمینه پژوهشی، پرسشی است از مسئولیت‌های برآمده از عدم تحقق اهداف و برنامه‌های مصوب نظام حکمرانی و دولتمردان! در این سرمقاله ضمن توضیح این پرسش به عنوان یک نیاز پژوهشی به طور خاص نیز تمرکز بر مسئولیت ناشی از عدم تحقق سند چشم‌انداز ایران ۱۴۰۴ است، زیرا ارزیابی‌های انجام شده حاکی از عدم تحقق مهم‌ترین شاخص‌های این سند مهم و بالادستی است، تاکید بر مطالعه تطبیقی در پاسخ به پرسش مزبور از آن جهت است که مطالعه تجربه بشری در زمینه‌های مشابه می‌تواند موجب توسعه ادبیات نظری و مرتبط با این پرسش شود، بر این اساس ابتدا توضیحی پیرامون نیازسنجی پژوهشی ارائه می‌شود و ضرورت پژوهش در ابعاد حقوقی نظام حکمرانی و مسئولیت‌های برآمده از عدم تحقق اهداف و برنامه‌های مصوب نظام حکمرانی را توضیح می‌دهیم سپس سند چشم‌انداز ایران ۱۴۰۴ را به دلیل اهمیت آن بررسی می‌کنیم و در ادامه پرسش‌هایی برای پژوهش در مسئولیت برآمده از عدم تحقق شاخص‌های مهم این سند مطرح می‌شود.

در پایان به برخی متون و منابع حقوق ایران در ارتباط با پاسخ به این پرسش اشاره می‌شود تا منابع اصلی حقوق داخلی در انجام پژوهش مشخص شود و در نهایت ضرورت انجام مطالعات تطبیقی را در این زمینه مطرح می‌کنیم تا پژوهشگران بعدی در این زمینه دامن همت به کمر زنند و آن را با تولید ادبیات نظری و محتوای علمی غنی‌سازی کنند.

یکم: نیازسنجی پژوهشی ومسئولیت عدم تحقق اهداف و برنامه‌ها:

سازمان‌های پیشرو، همواره درصدد شناسایی مشکلات و مسائل خود هستند تا از علل و آثار عدم تحقق اهداف و برنامه‌های خود آگاه شوند و راه‌های مقابله با آن را بیابند، برای این منظور پژوهش‌های سازمانی بر شناسایی اولویت‌های پژوهشی متمرکز شده ولذا نیاز سنجی پژوهشی اهمیت پیدا می‌کند تا هزینه‌ها و ظرفیت‌های پژوهشی سازمان، متمرکز بر شناسایی مشکلات و حل مسئله باشد، نظام‌های سیاسی اجتماعی نیز به مثابه یک کلان سازمان اجتماعی، از همین فرایند بهره مند می‌شوند، نیازسنجی‌های پژوهشی در ارتباط با اهداف و عملکرد نظام سیاسی اجتماعی می‌تواند برای شناسایی مشکلات، مسائل ونحوه حل مشکل الهام بخش باشد، از سوی دیگر نیاز سنجی‌های پژوهشی می‌تواند سطحی وسیع و متنوع از فعالیت‌های پژوهشی را نشان دهد تا ظرفیت وتوان پژوهشگران داخل و خارج به آن سمت هدایت شود، از جمله نیازهای پژوهشی در همه سازمان‌ها و از جمله در نظام‌های سیاسی اجتماعی، نیازهای پژوهش حقوقی است، یکی از مهم‌ترین محورهای پژوهش‌های حقوقی نیز بررسی نظام حقوقی ناظر به مسئولیت است، این حوزه پژوهشی در ارتباط با نظام سیاسی اجتماعی زمانی مطرح می‌شود که پرسش از مسئولیت حقوقی عدم تحقق اهداف و برنامه‌های مصوب به عنوان موضوع پژوهش مطرح شود. انجام این پژوهش‌ها با تاکید بر مطالعه تطبیقی می‌تواند به تولید ادبیات نظری و پژوهش‌های غنی مرتبط با این پرسش منتهی شود و نتایج آن به تصحیح نظام حکمرانی منتهی گردد، مهمترین قسمت در نیازسنجی پژوهشی شاخص‌هایی است که اولویت انجام یک پژوهش را اندازه‌گیری می‌کند، مهم‌ترین عامل در تعیین اولویت نیازسنجی پژوهشی مربوط است به حجم و گستره "گروه‌های ذینفع". به این معنا که هرگاه موضوع پژوهشی از نظر حجم ذینفعان به گونه‌ای باشد که سطح وسیعی از افراد را تحت تاثیر قرار داده و گروه‌های زیادی از آحاد اجتماع را به عنوان ذینفع تحت پوشش قرار دهد اولویت آن

پژوهش بیشتر خواهد بود، بر اساس این معیار پرسش از مسئولیت عدم تحقق اهداف و برنامه‌های مصوب از آنجهت دارای اولویت پژوهشی است که حجم ذینفعان آن آحاد مردم و شهروندان تحت حاکمیت نظام حکمرانی را شامل می‌شود، علاوه بر آن اهداف نشریه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی زمانی محقق می‌شود که بتواند تحقیقاتی را پیشنهاد دهد که از نظر تاثیرگذاری حجم بیشتری از گروه‌های ذینفع را پوشش داده و اثرگذاری بیشتری بر شناسایی مشکلات داخلی با استفاده از تجارب بین المللی داشته باشد، بر اساس این معیار است که نویسندگان پرسش از مسئولیت ناشی از عدم تحقق اهداف و برنامه‌های نظام سیاسی اجتماعی دولتمردان را به جامعه مخاطب و پژوهشگران داخلی و خارجی پیشنهاد میکنند .

دوم: گستره پژوهش در مسئولیت عدم تحقق اهداف و برنامه‌ها با تاکید بر سند چشم انداز ایران ۱۴۰۴:

می‌دانیم که نظام سیاسی اجتماعی ایران اسلامی بر پایه منابعی کهن و اسنادی نو تنظیم، استوار است، این منابع، ساختاری میثاق گونه میان حاکمیت با آحاد شهروندان را شکل داده است. محتوای این میثاق، در اسناد متعددی منعکس شده است که عبارتند از: منابع مسلم اسلامی، قانون اساسی، سند چشم‌انداز ایران ۱۴۰۴، سیاست‌های کلی نظام، قوانین برنامه توسعه کشور و سایر قوانین عادی و... همچنین اسناد میثاق گونه در سطح دولتمردان نیز شامل تعهدات و برنامه‌های انتخاباتی، منتخبان ملت می‌شود. بر این اساس پرسش از مسئولیت ناشی از عدم تحقق اهداف و برنامه‌های مصوب در دو سطح نظام سیاسی اجتماعی حاکم و دولتمردان به عنوان یک زمینه پژوهشی در مطالعات حقوقی قابل طرح است، در این زمینه پژوهشی، عناوین پژوهشی متعدد قابل طرح است. این عناوین پژوهشی می‌تواند در سطوح مختلف، مدیریتی و تصمیم گیری مطرح شود. به

عنوان مثال پرسش از مسئولیت عدم تحقق اهداف و برنامه‌ها در هریک از اسناد بنیادین نظام سیاسی اجتماعی (منابع اسلامی- قانون اساسی- سند چشم‌انداز- قوانین برنامه توسعه و...) نسبت به نظام حکمرانی قابل طرح است و پرسش از مسئولیت عدم تحقق اهداف و برنامه‌های اعلام شده نسبت به هر یک از دولتمردان نیز قابل طرح است. در این سرمقاله به صورت خاص بر سند چشم‌انداز ایران ۱۴۰۴ به عنوان مورد مطالعه - که دارای اولویت پژوهشی است- تاکید می‌شود.

سند چشم‌انداز ۲۰ ساله ایران، متضمن برنامه توسعه ایران در زمینه‌های مختلف اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و علمی است، این سند برای اجرا از سال ۱۳۸۴ تا ۱۴۰۴ در قالب چهار برنامه توسعه ۵ ساله به تصویب رسیده است، اهمیت این سند به درجه‌ای است که توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام تدوین شده و در تاریخ ۱۳ آبان ۱۳۸۲ به عنوان مبنای سیاست‌های کلی در ۴ برنامه ۵ ساله کشور از سوی رهبر انقلاب اسلامی به رؤسای قوای سه گانه و مجمع تشخیص مصلحت نظام ابلاغ شده است، اهمیت این سند بالادستی به درجه‌ای است که از ۱۳ تا ۲۰ آبان با عنوان هفته پاسداشت سند چشم‌انداز نامگذاری شده است، ضرب سکه ۲۰۰۰ ریالی نیز در سالگرد تصویب این سند جایگاه بی‌بدیل آن را در خصوص تعهدات نظام حکمرانی نشان می‌دهد. مشخصات درج شده در این سکه به گونه‌ای است که واژه ایران ۱۴۰۴ در وسط سکه درج شده و نماد سند چشم‌انداز جمهوری اسلامی به صورت تصویر و نوشتار در آن گنجانده شده است، این نمادها از اهمیت بنیادین این سند در روابط نظام سیاسی اجتماعی حاکم و عموم شهروندان حکایت می‌کند که در ۲۰ سال گذشته به تصویب رسیده است .

مطابق این سند ویژگی‌های متعددی برای جامعه ایران در افق ۱۴۰۴ ذکر شده است، یکی از ویژگی‌های جامعه ایران در افق ۱۴۰۴ عبارت است از : جامعه‌ای "دست یافته به جایگاه اول اقتصادی، علمی و فناوری در سطح منطقه آسیای جنوب غربی (شامل آسیای میانه،

قفقاز، خاورمیانه و کشورهای همسایه) با تاکید بر جنبش نرم‌افزاری و تولید علم، رشد پرشتاب و مستمر اقتصادی، ارتقاء نسبی سطح درآمد سرانه و رسیدن به اشتغال کامل!! در این سند بندهای مختلف دیگری نیز آمده که همگی حاکی از تحقق شاخص‌های بهبود یافته زندگی اجتماعی و اقتصادی آحاد جامعه است، این در حالیست که اکنون - و در آستانه ورود به سال ۱۴۰۳ - در آخرین زمان مربوط به تحقق نتایج اجرای این سند قرار داریم! اما با کمال تأسف اولاً ارزیابی مستمر و مستندی از اجرا و تحقق این سند منتشر نشده است!! و ثانیاً برخی ارزیابی‌های منتشر شده - که به صورت پراکنده منتشر شده و از جمله ارزیابی سال ۹۷ - حاکی از عدم تحقق جدی اهداف و برنامه‌های چشم‌انداز به صورت مشهود و مسلم است، مطابق این ارزیابی‌ها قریب به اتفاق شاخص‌های مصوب همچون نرخ رشد اقتصادی، نرخ رشد تورم، تحولات ارزی، بازار کار و سطح اشتغال، شاخص نابرابری و توزیع درآمد، سیاست خارجی، اندازه دولت، شاخص بهره‌وری و... تماماً وضعیتی منفی را نشان می‌دهد، متأسفانه از مقامات عمومی و شخصیت‌های حقوقی نیز احدی پاسخگوی این وضعیت نیست و در این زمینه مسئولیتی را نپذیرفته است!! بر این اساس پژوهش در مسئولیت عدم تحقق اهداف و برنامه‌های نظام سیاسی اجتماعی به صورت عام و نیز عدم تحقق اهداف و برنامه‌های دولتمردان به صورت خاص و همچنین عدم تحقق اهداف و برنامه‌های سند چشم‌انداز به صورت اخص به عنوان یک زمینه پژوهش حقوقی و با تاکید بر مطالعه تطبیقی به پژوهشگران حقوقی و اجتماعی پیشنهاد می‌شود. در این پژوهش‌ها طیف وسیعی از پرسش‌های حقوقی مطرح است، برخی از این پرسش‌ها عبارتند از: ۱- دولتمردان و مقامات عمومی که باید پاسخگوی عدم تحقق اهداف و برنامه باشند چگونه طبقه‌بندی می‌شوند؟ اهداف و برنامه‌های مصوب نظام سیاسی اجتماعی و سایر دولت مردان چگونه طبقه‌بندی می‌شوند؟ مسئولیت‌های ناشی از عدم تحقق چند گونه است؟ و چگونه طبقه‌بندی می‌شود؟ (اخلاقی، انتظامی، حرفه‌ای، سیاسی، مدنی

کیفری و...) مطالعه تطبیقی در زمینه موضوع پژوهش چه نتایجی را نشان می‌دهد؟ چه ضمانت‌اجراهایی در موضوع پژوهش قابل طرح است (ضمانت اجرا در نظام‌های مبتنی بر تحزب و تغییر دولتمردان، ضمانت اجرای مبتنی بر فرهنگ شرم‌نده‌سازی، ضمانت اجرای مبتنی بر مسئولیت حقوقی و...) چه پیشنهادهایی برای حساس سازی نظام حکمرانی و پاسخگو ساختن، دولتمردان در قبال عدم تحقق اهداف و برنامه‌های آنها وجود دارد؟ منابع و مبانئ مسئولیت نظام سیاسی اجتماعی و دولتمردان در حقوق ایران چیست؟ و...

سوم: ابعاد مطالعات تطبیقی در مسئولیت عدم تحقق:

از آنجا که مطابق اصول متعدد قانون اساسی منابع مسلم اسلامی از مهم‌ترین منابع قانونگذاری پذیرفته شده در نظام سیاسی اجتماعی ایران است، برای مطالعه تطبیقی در خصوص مسئولیت عدم تحقق اهداف و برنامه‌های نظام حکمرانی و دولتمردان میتوان به این منابع مراجعه کرد، به عنوان مثال برخی اسناد قرآنی که بر وفای به عهد به عنوان بنیانی‌ترین قاعده حقوقی تاکید دارند (اوفوا بالعهد - اوفوا بالعقود و...) و نیز آیه ۳۹ سوره صف که با صراحت هرچه تمام‌تر عدم انجام آنچه گفته شده را گناه کبیره دانسته است (یا ایها الذین آمنوا لم تقولون مالا تفعلون. کبر مقتا عند الله ان تقولوا مالا تفعلون)، نهاد توبه و نقش عنصر جبران مافات و بسیاری از نصوص دیگر که در منابع اسلامی آمده است می‌تواند زمینه مطالعه تطبیقی مسئولیت عدم تحقق اهداف و برنامه‌ها را در منابع اسلامی نشان دهد. این مطالعات میتواند تئوری مسئولیت ناشی از عدم تحقق اهداف و برنامه‌های مصوب را طرح ریزی کند. علاوه بر آن مطالعه تطبیقی و شناسایی تجارب بشری برای پیشگیری و مقابله با پدیده عدم تحقق اهداف و برنامه‌ها پیشنهاد می‌شود تا پژوهشگران بعدی در این زمینه به غور و بررسی بپردازند و دستاوردی ارایه شود که جامعه و فرهنگ بومی بر پایه این مطالعات تطبیقی سامانی بهینه پیدا کند بعون الله تعالی.

An Exposition of the Saving Contract: Its Nature and Effects Based on Jurisprudential and Legal Sources

Rasoul Ahmadi Far

Assistant Professor of Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Malayer University, Malayer, Iran
Email: r_ahmadifar@yahoo.com

Received: 2023-03-09

Accepted: 2023-06-12



Abstract

Based on the results obtained, it is found that the agreement of two or more people for the purpose of joint use of a product or service in order to reduce cost, if it partakes of the conditions and elements of a contract, is a type of binding contract, which may be labelled as "a contract regarding saving on consumption. The parties are bound to the effects resulting from the contract, and in case of failure to fulfill their obligations, it is possible to oblige the parties to carry out these obligations or to compensate for damages. The savings contract will be terminated in case the goods or services subject to savings are lost, the conditions under which the parties concluded the contract change, or the term of contract expires. According to the subject of this agreement and based on the sources of Iranian law, the agreement on savings is a type of indefinite contract and the appropriate title for it is "consumption savings contract". As a result, due to the contractual nature of the relationship between its parties, for the authenticity of this relationship, there must be the basic conditions for the authenticity of contracts. This agreement is a binding contract, the subject of which is the joint use of goods or services with the aim of obtaining benefits through cost reduction.

Journal of Research and Development in Comparative Law

Iranian Law and Legal Research Institute

Vol. 6 | No. 21 | Winter 2023
(Original Article)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:
10.22034/LAW.2023.1995663.1227

This contract is one of the indefinites, compensatory and forgiving contracts, and it has the following effects: its identification from a legal point of view causes the recognition of responsibility for the parties and encourages people to use it jointly, the costs incurred and the responsibilities resulting from it are shared. In the relationship between the parties, their responsibility is non-joint and joint and joint and several against the third party. The cost-saving contract is terminated from the date of the loss or damage of the property if the property is completely or partially destroyed, in such a way that the contract cannot be continued. It is also the case if one of the parties or some of them lose the conditions they had at the time of the contract. If there is an option, this contract can be terminated. If this contract is bound by time, it will be dissolved upon the expiration of the contract period.

Keywords: *savings, civil liability, liability due to joint use, sharing damages*

تبیین قرارداد صرفه جویی، ماهیت و آثار آن بر اساس منابع فقهی و حقوقی

رسول احمدی فر

استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی،

دانشگاه ملایر، ملایر، ایران

Email: r_ahmadifar@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۲۲

فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی
پژوهشکده حقوق و قانون ایراندوره ۶ | شماره ۲۱ | زمستان ۱۴۰۲
(مقاله پژوهشی)
www.jcl.illrc.ac.irDOI:
[10.22034/LAW.2023.1995663.1227](https://doi.org/10.22034/LAW.2023.1995663.1227)

چکیده

امروزه اشخاص به واسطه هزینه بالای خدمات اجتماعی، همواره به دنبال کاهش این هزینه‌ها هستند. یکی از راههای کاهش این هزینه‌ها توافق دو یا چند شخص به منظور استفاده مشترک از یک کالا یا خدمت است. در منابع حقوق ایران ماهیت این رابطه و آثار آن تبیین نشده است، این درحالی است که این شیوه روزانه مورد استفاده بسیاری از مردم قرار می‌گیرد. بر این اساس هدف پژوهش حاضر تبیین توافق راجع به استفاده مشترک به قصد کاهش هزینه خدمات، رابطه طرفین این توافق و آثار آن بود. بر اساس نتایج به دست آمده مشخص شد توافق دو یا چند نفر به منظور استفاده مشترک از یک کالا یا خدمت به منظور کاهش هزینه در صورتی که دارای شرایط و ارکان عقد باشد، نوعی قرارداد الزام‌آور است که می‌توان نام آن را «عقد صرفه‌جویی در مصرف» گذاشت. طرفین آن ملزم به آثار ناشی از آن بوده و در صورت استنکاف از ایفای تعهدات امکان الزام آنها و یا جبران خسارت وجود دارد. در صورتی که کالا یا خدمت موضوع صرفه‌جویی تلف بشود، شرایطی که طرفین به آن واسطه قرارداد منعقد نموده‌اند تغییر کند یا مدت قرارداد منقضی بشود قرارداد صرفه‌جویی منحل می‌شود.

کلیدواژه‌ها: صرفه‌جویی، مسئولیت مدنی، مسئولیت ناشی از استفاده مشترک، خسارت مشترک

مقدمه

امروزه مسایل مربوط به مدیریت و کاهش هزینه تمام شده خدمات در تمام ارکان زندگی اشخاص حقیقی و حقوقی جلب توجه می‌کند (زاهدیان و همکاران، ۱۳۹۶: ۶۷). اشخاص از طرق مختلف سعی در کاهش این هزینه‌ها دارند. از جمله توافقاتی که افراد زیادی در جامعه به آن اقدام میکنند توافق به صورت مشارکت بین دو و یا چند شخص و به‌منظور کاهش هزینه از طریق استفاده مشترک از یک کالا یا خدمت است که باعث صرفه‌جویی در هزینه طرفین می‌شود. در این توافق اشخاص برای کاهش هزینه‌های خود موافقت میکنند عملی را که هرکدام بایستی به صورت مستقل انجام دهند و برای انجام آن هزینه مستقل پرداخت نماید، جمعی و اشتراکی انجام داده و هزینه بین استفاده‌کننده‌ها تقسیم شود. مانند اینکه کارمندان اداره‌ای با هم توافق میکنند برای رفتن به محل کار از یک ماشین استفاده کنند. یا والدین دانش‌آموزان توافق میکنند به جای اینکه هرکدام به صورت جداگانه برای فرزند خود سرویس ایاب و ذهاب کرایه نمایند چند دانش‌آموز از یک سرویس استفاده نمایند. مثال شایع‌تر احداث چندین واحد مسکونی بر روی یک زمین (آپارتمان) به منظور کاهش هزینه تمام شده ساخت است.

علی‌رغم اینکه اشخاص به صورت روزمره با هدف صرفه‌جویی به صورت مشترک از اموال خود استفاده میکنند و در منابع فقهی نیز تأکید بر صرفه‌جویی و جلوگیری از اسراف شده است (مؤذن سلطان‌آبادی و هاشمیان، ۱۳۹۴: ۷۷)، روابط افراد از نظر حقوقی مورد توجه واقع نشده و در نتیجه مسایلی از قبیل: ماهیت، مسئولیت و آثار این رابطه همچنان مبهم است. این ابهام در مواردی سبب می‌شود اشخاص از حقوق و مسئولیت‌های قانونی خود آگاه نباشند و در نتیجه تمایلی برای وارد شدن به این نوع رابطه‌ها نداشته باشند.

با وجود اینکه شرایط و ارکان این نوع توافقات به صورت مستقل در منابع حقوقی بیان نشده است، از برخی مواد قانون مدنی مانند ماده ۱۰۹، ماده ۱۱۳، ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و قانون تملک آپارتمان‌ها جواز چنین مشارکتهایی فهمیده می‌شود.

در حوزه پژوهشی برخی منابع به صورت جزئی و در ضمن پژوهشهای دیگر به این مسئله اشاره کرده‌اند. به عنوان نمونه در خصوص هزینه دیوار مشترک گفته شده در صورتیکه قراردادی در میان (شرکا) نباشد، باید به اشتراک تصمیم گرفته شود و هزینه اداره را هر دو شریک بپردازند (کاتوزیان، ۱۳۸۵/الف: ۱۱۸). تنها کاشانی مشارکت در زیان را از اسباب شرکت دانسته‌است که از آن می‌توان به عنوان قرارداد صرفه‌جویی استفاده نمود: «در حقوق ایران ماده ۵۷۵ قانون مدنی مشارکت در زیان را همانند تقسیم سود به نسبت سرمایه دانسته‌است. اگر این ماده از قوانین آمره شمرده نشود، توافقی‌های قراردادی در زمینه شیوه مشارکت در زیان را برپایه اصل آزادی قراردادها می‌توان پذیرفت. به ویژه آنکه امروزه در بسیاری از قراردادهای شرکت، آورده شریکان وجه نقد یا سرمایه عینی نیست و کار و حرفه و دیگر مالکیت‌ها به گونه گسترده می‌توانند آورده عقد شرکت باشند در این صورت ماده ۵۷۵ ق.م که تقسیم سود و زیان را به معیار سرمایه مربوط ساخته کارائی خود را از دست می‌دهد. زیرا مالکیت‌های معنوی و کار و حرفه را نمیتوان سرمایه به معنی خاص کلمه دانست. بنابراین چاره‌ای نیست مگر آنکه توافق قراردادی در زمینه تقسیم سود و زیان مورد پذیرش قرار گیرد» (کاشانی، ۱۳۸۸: ۹۹). برخی پژوهش‌ها نیز علی‌رغم توجه به اهمیت صرفه‌جویی آنگونه که باید آثار آن را مطالعه نکرده‌اند (حقیق، براتی و حسینی، ۱۴۰۱: ۱۱۰). بعضی نیز اثر صرفه‌جویی را در اقتصاد خانواده مطالعه کرده‌اند (قدوسی، ۱۳۹۵: ۹۳).

در حقوق انگلستان نهادهایی وجود دارند که امکان تحقق این نوع توافقات در غالب آنها وجود دارد. این نهادها در حقوق ایران دارای تعریف مشابهی هستند و همه تحت عنوان شرکت و مشارکت شناسایی می‌شوند. بند ۱ ماده ۱ قانون شرکت انگلستان ۱۸۹۰^۱ شرکت را به گونه‌ای تعریف کرده که می‌توان توافق راجع به صرفه‌جویی را از آن استنباط نمود. این ماده در بیان تعریف شراکت مقرر داشته: «شراکت رابطه‌ای است بین دو نفر برای انجام

کار مشترک با هدف منفعت». در حقوق انگلستان شرکت^۱ بر اساس عقد بین شرکا تشکیل می‌شود و مسئولیت شرکا در مقابل ثالث به صورت تضامنی است. این نوع شرکت با شرکت‌های^۲ دیگر متفاوت است. همچنین نوعی دیگر از شرکت^۳ وجود دارد که به معنی: «سازمانی که از اجتماع گروهی از مردم با هدف مشترک شکل می‌گیرد و کار مشابهی انجام می‌دهد.» می‌باشد. سازمان تعریف شده: «گروهی شبیه کلپ یا تجارت که با هدف مشترک کاری انجام می‌دهند» (Longman, 2024). در حقوق انگلستان ممکن است افراد نه در قالب شرکت تجاری، بلکه در قالب مشارکتهای مدنی^۴ توافقی در خصوص صرفه‌جویی با هم داشته باشند و در این دو قالب امکان بررسی آن وجود دارد. برهمین اساس مطالعه حاضر در صدد است از طریق مطالعه قوانین و منابع مرتبط با مشارکت در استفاده در حقوق ایران به تعیین ماهیت، مسئولیت و آثار توافق راجع به صرفه‌جویی مبادرت نماید.

۱. ماهیت

۱-۲. عقد شرکت

شرکت آنچنان که ماده ۵۷۱ قانون مدنی تعریف کرده عبارت است از: «اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحر اشاعه». این تعریف از شرکت، بسیار گسترده بوده و بسیاری از مواردی را که دو یا چند شخص مشترکاً در مالی حقی دارند شامل می‌شود. این ماده عقد شرکت را تعریف نکرده بلکه شرکت را تعریف کرده است (صادقی‌نشاط، ۱۳۹۷: ۸۳۷). در مورد صرفه‌جویی در خسارت توافقی که طرفین در این خصوص دارند عقد شرکت محسوب نمی‌شود، بلکه نتیجه توافق آنها به حق استفاده مشترک منجر می‌شود و

-
1. Partnership
 2. Company
 3. Association
 4. Association And Partnership

در نتیجه طرفین در استفاده و بهره‌برداری از کالا شریک محسوب می‌شوند، البته نه استفاده به منظور کسب مال، بلکه استفاده به منظور صرفه‌جویی در هزینه.

در حقوق انگلستان بر اساس تعریفی که از شراکت مدنی^۱ شده هر توافقی که باعث انتفاع طرفین آن باشد شرکت مدنی محسوب می‌شود. در نتیجه چون این نوع توافق از طریق کاهش هزینه باعث انتفاع می‌شود، می‌توان در حقوق انگلستان آن را نوعی شرکت دانست.^۲ در حقوق انگلستان در پاسخ به این سؤال که شریک^۳ چه کسی هست؟ به استناد ماده ۱ قانون شراکت سال ۱۸۹۰^۴ گفته شده هر زمان دو نفر یا بیشتر برای هر نوع تجارت و با هدف سود با همدیگر کار می‌کنند، ولی نه در قالب شرکت با مسئولیت محدود، آنها یک شراکت را تشکیل داده‌اند، هر چند ممکن است قصد آن را نداشته باشند. در ایرلند شراکت‌های بسیار رایجی از این قبیل وجود دارد. دلایل زیادی برای تشکیل شرکت وجود دارد: مانند ممنوعیت وکلا و حسابداران از داشتن شرکت تجاری^۵ (Gavin, & Muireann, 2009, p. 1).

۲-۲. ادغام

ادغام فرایندی است که در نتیجه آن بدون طی تشریفات انحلال، شرکت تجاری با شرکت دیگری یکی شده و یا شرکت جدیدی از یکی شدن دو یا چند شرکت تجاری تشکیل می‌شود. ادغام شرکت‌های تجاری پدیده‌ای نوپیدا در حقوق ایران است که سبب اجتماع سرمایه، افزایش توان اقتصادی و بهره‌وری شرکت‌های تجاری می‌گردد (رضوی و همکاران، ۱۳۹۸: ۳). هر چند ادغام در شرکت‌های تجاری با هدف افزایش سرمایه و بهره‌وری صورت می‌گیرد، یکی از نتایج مستقیم و غیر مستقیم آن کاهش هزینه انرژی شرکت‌های عضو است.

1. Partnership

۲. لازم به ذکر است که این نوع شرکت با شرکت تجاری که تحت عنوان Company مرسوم است متفاوت می‌باشد.

3. Partner

۴. «شراکت رابطه‌ای تجاری که بین دو نفر با هدف انتفاع (سود) وجود دارد».

5. Company

مطابق با ماده ۱۰۵ قانون برنامه پنجم توسعه ادغام به شکل ساده یا مرکب است. مطابق با آن ادغام چند شرکت به دنبال این هستند که در یکی از شرکت‌های طرف قرارداد ادغام شوند یا چند شرکت به یک شرکت تبدیل می‌شوند (جعفری صامت، ۱۳۹۵: ۵۲).

در انگلستان توافقی که با هدف کاهش هزینه‌ها و افزایش درآمد بین شرکت‌های تجاری صورت می‌گیرد «ادغام» محسوب می‌شود.^۱ ادغام عبارت است از: «پیوستن و نه مشارکت، دو شرکت، سازمان و غیره با یک دیگر به منظور کاهش هزینه‌ها و افزایش منفعت و سهام بازار» (Cambridge, 2024). هرچند در نتیجه ادغام شراکت ایجاد شده و سرمایه شرکا با هم یکی می‌شود، ولی هدف اصلی از ادغام مشارکت در سرمایه و تشکیل سرمایه بیشتر نیست بلکه هدف کاهش هزینه است. در ایالات متحده آمریکا گفته شده: «به دلایل مختلف تجاری و مالیاتی ممکن است دو یا چند شریک مدنی تصمیم به ادغام عملیات خود نمایند. به عنوان مثال، دو شخص با فعالیتهای غیرمرتبط ممکن است به منظور گسترش مشاغل خود، ارائه خدمات بهتر به مشتریان خود و یا کاهش هزینه‌های کل با هم ادغام (ترکیب) شوند. همچنین شرکت‌های تجاری ممکن است اقدام به ادغام به صورت شرکت مدنی و با هدف متمرکز کردن عملیات تجاری، اجتناب از الزامات نظارتی متعدد و یا هماهنگی به منظور تأمین مالی بر اساس مبانی مشترک نمایند (Slone, 1991, p.75).

در قانون تجارت ایران ادغام شناسایی نشده و «قانون شرکت‌های تعاونی ۱۳۵۰ به تفصیل شرایط و آثار ادغام شرکت‌های تعاونی را مورد حکم قرار داده است. برای رفع خلاء موجود و ایجاد مبنایی قانونی جهت ثبت ادغام شرکت‌های تجارتی توسط مرجع ثبت شرکت‌ها در قانون برنامه چهارم توسعه قانون‌گذار بند الف ماده ۴۰ را به ادغام شرکت‌های تجارتی اختصاص داد و به طور کلی ادغام شرکت‌های موضوع قانون تجارت را تجویز کرد. در قانون برنامه پنجم حکم فوق با تغییراتی جزئی در بند الف ماده ۱۰۵ تکرار شده است» (جعفری صامت، ۱۳۹۵: ۴۹). در نتیجه توافقی که بین

شرکت‌های تجاری و با هدف کاهش هزینه صورت می‌گیرد در حقوق ایران، انگلستان و ایالات متحده آمریکا ادغام محسوب می‌شود. در خصوص اشخاص حقیقی، ایالات متحده آمریکا مانند شرکت‌های تجاری ادغام را شناسایی نموده (Slone, 1991, p.75)، در حقوق ایران چنین ادغامی شناسایی نشده است. در ایالات متحده آمریکا ادغام شرکا از طریق قانون درآمد داخلی^۱ پذیرفته شده است. در حقوق ایران مبنای تجویز ادغام، آزادی اراده طرفین است. برخی مواد قانون مدنی، مانند مواد ۱۰۹ و ۱۱۳ در خصوص شناسایی دیوار مشترک و هزینه‌های آن و قانون تملک آپارتمان‌ها می‌تواند به منظور شناسایی ادغام شرکت‌های مدنی استفاده شود. به نظر می‌رسد توافق دو یا چند نفر در استفاده مال یا اموالی که عین آن متعلق به یکی از آنها، هر دو یا ثالث باشد، یا استفاده از خدمتی به صورت مشترک، نوعی از ادغام محسوب می‌شود. زیرا قواعد ادغام خصوصیتی ندارد که مخصوص شرکت تجاری باشد.

۲-۳. عقد نامعین

عقد تراضی طرفین، برای ایجاد یک اثر حقوقی است (روشن و صادقی، ۱۳۹۵: ۵۰۱). در مواردی که در قانون مدنی این توافق نام مشخصی داشته باشد تحت عنوان عقد معین نامیده می‌شود. در موردی که این توافق در قانون مدنی نام مشخصی نداشته باشد، توافق طرفین تحت عنوان عقد نامعین نامیده می‌شود. قرارداد صرفه‌جویی در هزینه هرچند نوعی مشارکت بوده و ممکن است تداعی کننده عقد شرکت باشد، ولی از آنجا که شرکت به صراحت قانون مدنی عبارت است از: «اجتماع حقوق مالکین متعدّد در شیئی واحد به نحو اشاعه» (ماده ۵۷۱ ق.م) و در این نوع از مشارکت طرفین در شیئی واحد مالکیت مشترک ندارند. سایر عقود معین تصریحی در قانون مدنی نیز قرابتی با این ماهیت ندارند. در نتیجه از آن جهت که در قانون مدنی ایران دارای نام مشخص نبوده و قانون برای آن

1. INTERNAL REVENUE CODE

شرایط و احکام و آثار خاصی مقرر نکرده (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۷۹) جزء عقود نامعین بوده و شرایط و آثار آن بر طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده تعیین می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۹۷). البته از تعریفی که برای شرکت شده است ممکن است براساس اینکه هدف آن مشارکت در زیان باشد نوعی شرکت محسوب شود: «شرکت عبارت است از تعهد دو یا چند شخص در قبال همدیگر جهت همکاری برای رسیدن به هدف مشترک با آورده معلوم می‌باشد» (باریکلو، ۱۴۰۱، ۸۷).

۳. ارکان

۳-۱. توافق

برای تحقق توافق صرفه‌جویی در مصرف انرژی بین دو یا چند شخص، باید آنها در موضوع و شرایط اساسی آن با هم توافق نمایند. این توافق از طریق تراضی حاصل می‌شود. تراضی عبارت است از: «وجود دو رضای متقابل برای ایجاد اثر حقوقی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۴: ۳۱). تراضی از ارکان هر عقد است و بدون تراضی امکان تحقق عقد نیست. موضوع قرارداد صرفه‌جویی به صورت کلی عبارت است از: «استفاده مشترک به جای استفاده شخصی از کالا یا عملی»، البته در هر مورد خاص ممکن است شرایط متغیر باشد. توافق طرفین در این عقد باید در مورد شرایط اساسی آن باشد و در صورتیکه در مورد سایر مسایل مربوطه توافق نداشته باشند از طریق قوانین تکمیلی این نقص تکمیل می‌شود.

۳-۲. شرایط اساسی صحت

شرایط اساسی صحت عقد عبارتند از: قصد، رضا و اهلیت طرفین، موضوع معین که مورد معامله باشد و مشروعیت جهت عقد. همه این شرایط در جمیع اقسام قراردادها بایستی وجود داشته باشند. با توجه به اینکه در قرارداد صرفه‌جویی در مصرف انرژی در هزینه صرفاً دو شرط معین بودن مورد معامله و مشروعیت جهت قرارداد متفاوت با سایر قراردادها

می‌باشد در ادامه صرفاً این دو شرط را از شرایط اساسی صحت این قرارداد مطالعه میکنیم و در خصوص دو شرط دیگر به قواعد عمومی قراردادها ارجاع می‌دهیم.

۱-۲-۳. معین بودن موضوع

هر قرارداد موضوعی دارد که عنصر اصلی آن محسوب شده و هدف اصلی از انعقاد قرارداد همان بوده و عنصر تفکیک کننده قراردادها است، به گونه‌ای که قراردادها بر اساس موضوع خود تفکیک می‌شوند. بعنوان نمونه در قرارداد خرید و فروش موضوع قرارداد انتقال مالکیت مبیع در مقابل ثمن و در اجاره موضوع انتقال منفعت عین مستأجره در مقابل اجرت است. «موضوع معامله یا مورد معامله در معاملات مالی، عبارت از اموال (معین یا کلی) یا عمل (مثبت یا منفی) حقوقی یا مادی مشخص است که اثر معامله به عنوان یک وضعیت حقوقی، در آن ثابت می‌شود» (شهیدی، ۱۳۸۰: ۲۷۶). موضوع اصلی قرارداد صرفه‌جویی در هزینه انرژی، استفاده مشترک طرفین از کالا یا عملی است که منتهی به هزینه کمتر می‌شود و با توجه به اینکه هیچ مالی بین طرفین منتقل نمی‌شود و طرفین تعهد میکنند به منظور کاهش هزینه‌ها از مال یا خدمتی استفاده مشترک نمایند، **موضوع این قرارداد صرفه‌جویی در مصرف است.** کالا یا عملی که موضوع اصلی قرارداد صرفه‌جویی در هزینه است بایستی دارای ویژگیهایی باشد که با معیارهای تعیین شده در قانون برای موضوع معامله سازگاری داشته باشد. این ویژگیها عبارتند از: قابل تسلیم یا ایفا بودن، مالیت داشتن، منفعت عقلایی داشتن و قابلیت تخصیص.

۲-۲-۳. قابل تسلیم یا ایفا بودن

موضوع قرارداد صرفه‌جویی در مصرف بایستی قابل تسلیم بوده و طرفین بتوانند تعهد خود را در این خصوص ایفا نمایند. به این ترتیب که شخصی که متعهد به عملی به موجب قرارداد صرفه‌جویی شده بایستی بتواند عمل مذکور را انجام داده و تعهد خود را ایفا نماید. همچنین در مواردی که متعهد از ایفا موضوع تعهد امتناع می‌نماید دادگاه با درخواست متعهدله بایستی بتواند متعهد را ملزم به انجام موضوع تعهد یا خسارت جایگزین نماید. در

قرارداد صرفه جویی در مصرف چون مورد معامله استفاده مشترک است نوعاً این قابلیت وجود دارد و در صورتیکه متعهد از ایفای آن خودداری نماید، دادگاه با درخواست متعهدله می تواند متعهد را به ایفای آن ملزم نماید. مورد معامله صرفه جویی در مصرف از دو جهت بایستی قابلیت ایفا داشته باشد: ۱- از جهت نوع عمل یا استفاده از مال: به عنوان مثال در موردی که مورد معامله صرفه جویی استفاده مشترک از خودرو می باشد و خودرو این قابلیت را ندارد چنین تعهدی قابل ایفا نیست. ۲- از جهت شخصی نیز مورد معامله صرفه جویی بایستی قابلیت ایفا داشته باشد. مثل موردی که شخص تعهدی را بر عهده می گیرد که از جهت مادی یا حقوقی توان اجرای آن را ندارد.

در مواردی که موضوع قرارداد صرفه جویی در مصرف استفاده مشترک از مالی می باشد، مال مذکور بایستی قابلیت تسلیم به منظور استفاده مشترک را داشته باشد. در این قرارداد تعهد طرفین مهیا نمودن شرایط استفاده طرف دیگر از مال یا عمل است و در صورتیکه متعهد شرایط استفاده را مهیا نماید اعم از اینکه طرف مقابل استفاده کند یا استفاده نکند، متعهد بریء می شود. در نتیجه در مواردی که مال موضوع قرارداد صرفه جویی امکان استفاده مشترک را نداشته باشد و یا مال مذکور قابلیت این را نداشته باشد که بتوان به این قرارداد اختصاص داد، قرارداد مذکور باطل است. همچنین است در صورتیکه مال این ویژگی را داشته باشد، ولی متعهد نتواند تعهد خود را ایفا نماید و این موضوع از زمان عقد وجود داشته باشد. به عنوان مثال در موردی که پنج نفر با موضوع صرفه جویی در مصرف رفت و آمد به محل کار توافق میکنند هر روز از خودرو یکی از اعضا استفاده شود، در صورتیکه برخی علی رغم داشتن خودرو ولی توان رانندگی نداشته باشند، چنین توافقی نسبت به ناتوانها باطل است.

۳-۲-۳. مالیت داشتن موضوع

ماده ۲۱۵ قانون مدنی یکی از شرایط مورد معامله را «داشتن مالیت» دانسته است. بر اساس این شرط موضوع قرارداد صرفه جویی که عبارت است از استفاده مشترک از کالا یا

عملی بایستی دارای مالیت باشد. برای اینکه مورد معامله مالیت داشته باشد بایستی:

«۱- مفید باشد و نیازی را برآورد، خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی؛ ۲- قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵/الف: ۹۳) ۳- مورد حمایت قانونگذار باشد (احمدی‌فر، ۱۳۹۷: ۱۰). موضوع قرارداد صرفه‌جویی در مصرف انرژی دارای ویژگیهای سه گانه فوق است. به این ترتیب که در مفید بودن صرفه‌جویی تردیدی وجود نداشته و صرفه‌جویی باعث جلوگیری از زیاد مصرف شدن اموال اشخاص می‌شود در نتیجه نیاز اشخاص صرفه‌جویی‌کننده به مال را برآورده میکند. ارزش اقتصادی یکی از ارکان تعریف مال است و در تعریف مال مرسوم است که گفته می‌شود چیزی مال است که ارزش داد و ستد دارد و در برابر آن پول یا مال دیگر داده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵/الف: ۱۰). موضوع قرارداد صرفه‌جویی استفاده مشترک از مال یا عملی است که هر یک از طرفین به جای استفاده شخصی تعهد استفاده جمعی از آن را می‌پذیرد. هرچند توافق صرفه‌جویی مالی را به دارایی طرفین قرارداد اضافه نمیکند، ولی با دقت در آن متوجه می‌شویم از خروج اموال اشخاص از دارایی آنها جلوگیری می‌نماید. به عبارت دیگر موضوع قرارداد صرفه‌جویی بیشتر از آنکه کسب مال باشد جلوگیری از مصرف اموال است. امروزه مالیت داشتن صرفه‌جویی بر کسی پوشیده نیست و در صورتیکه یکی از طرفین از تعهد خود استنکاف نموده و به صورت غیر قانونی و خلاف عرف نقض عهد نماید سایر اعضا می‌توانند الزام او را خواسته و یا از او مطالبه خسارت نمایند. قرارداد صرفه‌جویی شرط سوم «مورد حمایت بودن قانون‌گذار» را هم دارد. منظور از این شرط این است که داشتن ارزش اقتصادی و قابلیت اختصاص تا زمانی که از طرف قانون‌گذار مورد حمایت نباشند منتهی به مالیت برای اشیاء نمی‌شوند. به عنوان نمونه هرچند مواد مخدر یا تجهیزات دریافت ماهواره هر دو شرط ارزش اقتصادی و قابلیت اختصاص را دارند، ولی از آنجا که قانونگذار این مالیت را حمایت ننموده در مالیت نداشتن آنها تردید نیست (احمدی‌فر، ۱۳۹۷، ۲۰).

عقد صرفه جویی در مصرف انرژی مورد حمایت قانون گذار است (اصل صحت قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنی).

۴-۲-۳. منفعت داشتن

منفعت اعم از کسب مستقیم مال، مانند دریافت اجاره بها، در قرارداد اجاره‌ها کاهش هزینه می‌باشد. مورد معامله اعم از اینکه برای طرفین منفعت اقتصادی داشته باشد و یا اینکه فاقد منفعت اقتصادی بوده و صرفاً نیازهای معنوی آنها را تأمین نماید دارای منفعت است. چنانکه برای عکسها و یادگارهای خانوادگی منفعت قایل شده‌اند و خرید و فروش آنها را با وجود اینکه از جهت نوعی دارای ارزش اقتصادی نیستند مجاز دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵ / الف: ۱۱). منفعتی که از مورد معامله حاصل می‌شود بایستی عقلایی و مشروع باشد. منظور از عقلایی بودن منفعت این است که عقلاً منفعت مورد معامله را تأیید کنند و آن را موهوم یا به دلیل همراه بودن با زیان بیشتر، نامطلوب ندانند (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۸۶). مشروع بودن منفعت موضوع معامله به این معنی است که این منفعت شرعاً مجاز و روا باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۱۶). منفعت مورد نظر در قرارداد صرفه جویی دارای نفع مستقیم نبوده بلکه موضوع آن توافقی است به منظور جلوگیری از صرف هزینه بیشتر. از نظر عرف توافقی که در نتیجه آن مصرف هزینه طرفین کاهش یابد دارای منفعت می‌باشد. این منفعت از جهت عقلاً پذیرفته شده و قانون نیز آن را مشروع می‌داند.

۵-۲-۳. قابل تخصیص بودن

قابلیت اختصاص به این معنی است که مال این قابلیت را داشته باشد که به شخص یا گروهی از اشخاص تخصیص داده شود و بتوان در مقابل دیگران به این تخصیص استناد نمود. در این خصوص بایستی توجه نمود که قابلیت اختصاص شیء جدای از تخصیص آن می‌باشد. در شرط قابلیت اختصاص بایستی در مال این قابلیت برای شخص یا

اشخاصی وجود داشته باشد. مثلاً برخی کالاها در کشوری خاص یا مذهبی خاص دارای مالیت نیستند ولی در کشور یا مذهب دیگری مالیت دارند. فقها نیز ارزش برخی از اموال را که در شرع اسلام دارای ارزش اقتصادی نیستند در موارد لزوم در نزد افرادی که برای آنها ارزش دارد در نظر می‌گیرند (البهرانی، بی‌تا، ج ۲۲: ۱۱۷۷).

تخصیص به معنای تعلق فعلی مال به شخص یا گروهی از اشخاص می‌باشد. در این معنی از مال، بایستی هم مال و هم مالک قابلیت اختصاص را داشته باشند. در نتیجه در صورتیکه مال قابلیت اختصاص را داشته باشد، ولی مالک این قابلیت را نداشته باشد، مالکیت ایجاد نمی‌شود (سلیمان‌دهکردی و میرسعیدی، ۱۳۹۶، ۱۶۲). موضوع صرفه‌جویی در مصرف از جهت اینکه در محدوده افراد معینی که در آن توافق شرکت دارند واقع می‌شود و به آنها اختصاص دارد و موضوع آن نیز که صرفه‌جویی می‌باشد می‌تواند به آنها اختصاص داده شود دارای شرط قابلیت تخصیص می‌باشد.

۳-۲-۶. مشروعیت جهت

مشروعیت جهت شرط صحت و اعتبار همه قراردادها است. جهت معامله، داعی یا انگیزه غیر مستقیم و با واسطه‌ای است که طرف معامله در تشکیل عقد دارد. جهت معامله را هدف و نیز انگیزه معامله می‌گویند (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۳۲). مشروعیت جهت معامله به این معنی است که داعی یا انگیزه غیر مستقیم و با واسطه معامله مشروع باشد. در منابع فقهی ضمن اینکه بر قناعت و صرفه‌جویی تأکید شده آن را زمینه ساز دستیابی به مقصد حقیقی دانسته‌اند (مصباح، ۱۳۹۷، ۱۲). جهت قرارداد صرفه‌جویی به صورت نوعی کاهش هزینه طرفین است و با توجه به اینکه صرفه‌جویی امری پسندیده می‌باشد جهت آن مشروع است. البته این مانع آن نیست که هر قراردادی نیز که به صورت شخصی منعقد می‌شود بایستی دارای جهت مشروع باشد. به عبارتی قراردادها دارای دو جهت می‌باشند: جهت نوعی و جهت شخصی. جهت نوعی داعی و انگیزه غیر مستقیم و با واسطه هر قرارداد به صورت کلی است. بعنوان مثال در قرارداد بیع، جهت انتقال مالکیت

و دریافت ثمن است و جهت شخصی آن از هر قراردادی به قرارداد دیگر متفاوت است. قرارداد صرفه جویی از جهت نوعی مشروع و مؤکد است و از جهت شخصی نیز بایستی جهت آن مشروع باشد. قراردادهای صرفه جویی که هدفشان نامشروع باشد باطل می‌باشند. «البته در صورتیکه جهت نامشروع صرفاً جنبه درونی برای یکی از متعاملین داشته باشد و طرف دیگر اطلاعی از آن نداشته باشد معامله نافذ است» (ابویی و شهابی، ۱۳۹۵، ۲۵).

۴. ویژگیهای توافق راجع به صرفه جویی

۴-۱. از جهت معوض بودن

قرارداد صرفه جویی از جمله قراردادهای معوض بوده و طرفین متعهد می‌شوند در مقابل انتفاعی که از مال یا عمل طرف مقابل دریافت میکند، امکان انتفاع برابری برای او فراهم نمایند یا عوض آن را پرداخت نمایند. در قراردادهای معوض «هر یک از طرفین، در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که برعهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری به دست می‌آورد» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۳). برای قراردادهای معوض دو ویژگی بیان شده: «۱- هر یک از دو طرف عقد مالی به دیگری بدهد یا در برابر او عهده دار امری شود، خواه عوض و معوض با هم معادل یا ارزش یکی برتر از دیگری باشد. ۲- قصد مشترک طرفین مبادله دو مورد عقد باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۱۵). در قرارداد صرفه جویی موضوع توافق طرفین این است که هر یک از طرفین در مقابل انتفاعی که از مال یا عمل دیگری دریافت میکنند، متعهد به انتقال منفعتی متناسب با میزان دریافتی به او می‌شود، یا در موردی که طرفین توافق می‌کنند جهت یک خدمت از ارایه دهنده واحدی استفاده نمایند، ملزم به آن می‌باشند.

۲-۴. از جهت معاوضی معین بودن

یکی از شرایط تعهد در عقود معین، معلوم بودن میزان و اوصاف تعهد است. به گونه‌ای که هر طرف بداند در نتیجه عقد چه باید بدهد و چه در برابر آن می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۲۳). مواد مختلف قانون مدنی در عقود معین به این موضوع تصریح نموده (مواد ۳۳۸، ۳۴۲، ۴۶۸، ۴۷۲، ۵۰۷، ۵۱۴ و ...) و بر معلوم بودن موضوع تعهد طرفین تأکید کرده‌اند. در عقود نامعین قانون‌گذار صرفاً به بیان قاعده کلی بسنده نموده و تصریحی بر لزوم معین بودن موضوع تعهد ناشی از عقد ننموده است. در این نوع از قراردادها با توجه به قاعده کلی مندرج در ماده ۲۱۶ قانون مدنی دایر بر لزوم مبهم نبودن مورد معامله، مورد آنها مانند سایر قراردادها بایستی معین باشد. با توجه به وضعیت قرارداد صرفه‌جویی در هزینه برای صحت این قرارداد علم تفصیلی لازم نیست و علم اجمالی به مورد معامله کافی است. علم تفصیلی مخصوص قراردادهای است که مورد آنها بایستی مبهم نباشد. همه اقسام قراردادها مشمول این قاعده کلی شده و صرفاً «در پاره‌ای از عقود به طور استثنایی، قانون علم تفصیلی به مورد معامله را لازم نشمرده و به وجود علم اجمالی بسنده کرده است. این عقود، معاملاتی است که معمولاً در روابط متعارف اجتماعی با گذشت و تسامح نگریسته می‌شود و هدف از تأسیس قانونی آن، فراهم ساختن امکان ایجاد روابط حقوقی در مواردی است که اعمال دقت و سختگیری در شرایط تشکیل آن عادتاً امکان ندارد و الزامی شدن علم تفصیلی نسبت به آن موارد، مانع ایجاد روابط ضروری و منظم حقوقی به وسیله اشخاص می‌شود» (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۲۹۷). امکان تراضی با علم اجمالی بر موضوع قرارداد مخصوص عقود معین تصریحی در قانون نبوده و در هر موردی که عرفاً علم اجمالی برای صحت قرارداد کفایت نماید، احتیاجی به علم تفصیلی نیست. قرارداد صرفه‌جویی از جمله عقود می‌باشد که لزومی به علم تفصیلی به موضوع آن وجود ندارد و همین که طرفین به صورت اجمالی به موضوع آن علم پیدا نمایند برای صحت آن کافی است.

۳-۴. لازم بودن

قرارداد صرفه جویی جزء عقود معین تصریحی در قانون مدنی نبوده و مبنای صحت و الزام آن ماده ۱۰ قانون مدنی، اصل آزادی و صحت قرارداد است. در قانون مدنی امکان فسخ عقد امری استثنایی و خلاف اصل است. از روح این قانون، به ویژه ماده ۲۱۹، چنین برمی آید که «اصل لزوم قراردادها» مبنای روابط ناشی از پیمان‌های خصوصی می باشد. در نتیجه این اصل هر قرارداد، جز آنچه قانون به جواز آن تصریح کرده، لازم بوده و طرفین نمیتوانند به دلخواه آن را بر هم بزنند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۹). قرارداد صرفه جویی با توجه به نامعین بودن و عدم تصریح به جواز آن مشمول این قاعده کلی شده و چون دلیلی بر جواز آن وجود ندارد و از آنجا که مطابق با قاعده «هرگاه در جواز و لزوم عقدی تردید شود به موجب این قاعده حکم بر لزوم عقد می گردد» (محقق داماد، ۱۳۷۱: ۷۰) این عقد جزء عقود لازم محسوب می شود و مانند سایر عقود لازم «پس از تشکیل باقی می ماند و جز در موارد محدود که قانون معین کرده است، منحل نمی شود، و هر یک از طرفین که تعهدی از سوی این عقد پیدا کند، موظف به اجرای آن در برابر طرف دیگر خواهد بود» (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۶۱).

۴-۴. از جهت مسامحه و مغاینه بودن

عقد مسامحه عقدی است که بنای عاقدین، بر دقت‌های متعارف در عقود نباشد (به عکس عقد مغاینه چون بیع). صلح دعاوی از عقود مسامحه است. اصل در عقود معوض این است که خالی از مسامحه باشد. عقد مسامحه را ضدّ عقد مغاینه دانسته اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵۰۴ و ۵۰۵). «قرارداد صرفه جویی» دارای ماهیت خاصی بوده و با توجه به اینکه عقود تصریحی در قانون مدنی، قواعد ویژه خود را دارند، این عقد با ماهیت آنها سازگاری کامل ندارد. قرارداد صرفه جویی از جمله عقود معاوضه‌ای بوده و عوض آن تعهد هر یک از طرفین در مقابل طرف دیگر است. هر چند عقد صرفه جویی معوض بوده و بایستی جزء

عقود مغاینه‌ای باشد، لکن شرط عوض و معوض در این عقد به دقت و ظرافت عقود مغاینه‌ای نیست. در این عقد طرفین مانند سایر عقود معوض بدنبال انتفاع از عقد نبوده و آنچه در این عقد طرفین به دنبال آن هستند، کسب منفعت از طریق پیشگیری از ورود زیان و ضرر است: هدف طرفین این قرارداد کاهش هزینه‌ها و تقسیم زیان است. «هدف طرفین حتی اگر به دنبال منفعت کامل باشند، در تقابل با یکدیگر نیست، چرا که در نهایت امر این هدف مشترک که همان سود بیش‌تر (اینجا از طریق صرفه‌جویی) است، هدف طرفین است. بنابراین در این نوع قراردادها طرفین نه به دنبال مغاینه در معنای اخص خود هستند و نه به دنبال مسامحه و گذشتن از حقوق خود، بلکه یک نوع اشتراک مساعی است» (عیسائی تفرشی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۲۰). بر این اساس می‌توان این عقد را از جمله عقود مبنی بر مسامحه دانست.

۵. آثار

۵-۱. ایجاد تعهد

قرارداد صرفه‌جویی از عقود معاوضی بوده و برای طرفین ایجاد تعهد میکند. هرچند در پاره‌ای از قراردادها با توافق اثر عقد حاصل شده و تعهدی نیز از بابت آن بر ذمه طرفین نمی‌رود (کاتوزیان، ۱۳۸۵/ب: ۲۰۳). گروهی از تعهداتی که در قراردادها ایجاد می‌شود به واسطه نوع قرارداد معین می‌باشند، ولی گروهی دیگر نامعین بوده و طرفین می‌توانند به استناد اصل آزادی قراردادی و مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی بر هر نوع تعهدی که مخالف صریح قانون نباشد تراضی نمایند. در قرارداد صرفه‌جویی به صورت نوعی هر یک از طرفین در مقابل دیگری متعهد به انجام عمل یا اجازه استفاده از مال یا کالایی می‌شود. این نوع توافق از جهت نوعی تعارضی با اصل آزادی قراردادی ندارد، ولی از جهت عینی و شخصی بایستی این محدودیت رعایت شده و موضوع آن مخالف صریح قانون نباشد.

۲-۵. لزوم پابندی طرفین به قرارداد

قرارداد صرفه جویی از اقسام عقود بوده و طرفین با توجه به توافقی که در انعقاد آن داشته‌اند متعهد و ملزم به رعایت مفاد آن هستند. نتیجه این تعهد لزوم پابندی به آن است. در نتیجه اگر هرکدام از طرفین بدون مجوز قانونی از اجرای مفاد آن امتناع نماید، طرف مقابل می‌تواند درخواست الزام او را از دادگاه بخواهد. در این صورت دادگاه بر اساس ماده ۲۲۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند» ممتنع را به اجرای مفاد آن (قراردادی، قانونی و عرفی) ملزم می‌نماید.

۳-۵. کاهش هزینه‌های طرفین

مهمترین اثر قرارداد صرفه جویی، کاهش هزینه طرفین است. آنچه بیش از هر چیز اشخاص را به سمت استفاده مشترک از اموال دلالت می‌دهد، تلاش در جهت کاهش هزینه‌ها می‌باشد. در ایالات متحده آمریکا یکی از آثار ادغام^۱ شرکتها را کاهش هزینه‌ها و ریسک دانسته‌اند (Slone, 1991, p.76). آنچه نوعاً از قرارداد صرفه جویی انتظار می‌رود کاهش هزینه است. قرارداد صرفه جویی مستقیماً باعث کسب مال نمی‌شود، انتفاع ناشی از این قرارداد از طریق کاهش هزینه و در نتیجه مصرف کمتر است.

هرچند در قراردادهای دیگر جنبه شخصی و منفعت طرفین اصل است و به ندرت در قرارداد برای ثالث منفعتی شرط می‌شود، قرارداد صرفه جویی در کنار منفعت طرفین، منفعت اجتماعی هم دارد. به این ترتیب که بسیاری از آثار قرارداد صرفه جویی در مصرف انرژی مستقیماً بر زندگی عموم مردم مؤثر است. منافعی از قبیل کاهش مصرف انرژی، جلوگیری از آلودگی هوا و محیط زیست، استفاده کمتر از منابع طبیعی و... که در نهایت

باعث پیشگیری از گرم شدن زمین می‌شوند، منافع می‌هستند که امروزه بر کسی پوشیده نیست و دولتها همواره به دنبال تشویق اشخاص در عمل به استفاده به ترتیب فوق هستند. یکی از آثار مستقیمی که شناسایی قرارداد صرفه‌جویی دارد فرهنگ‌سازی و تشویق افراد به استفاده مشترک است. به این ترتیب که اگر اشخاص بدانند در استفاده مشترک، حتی بدون پیش شرط، شخصی که از مال متعلق به آنها استفاده میکند مسئول است، و از این استفاده زیانی نخواهند کرد، ترغیب به استفاده مشترک می‌شوند.

۴-۵. لزوم جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد

در صورتیکه یکی از طرفین قرارداد صرفه‌جویی قرارداد را نقض نماید، طرف مقابل بر اساس اینکه جبران خسارت ناشی از نقض در قرارداد، قانون و یا عرف تصریح شده باشد، می‌تواند تقاضای جبران خسارت نماید. در این صورت دادگاه بر اساس اینکه خسارت در قرارداد، عرف یا قانون تعیین شده باشد اقدام خواهد نمود (ماده ۲۲۱ قانون مدنی). در صورتیکه در قرارداد میزان خسارت تعیین شده باشد دادگاه بر همان اساس متخلف را محکوم به جبران خسارت خواهد نمود (ماده ۲۳۰ قانون مدنی). در صورتیکه میزان خسارت در قرارداد تعیین نشده باشد، در صورتیکه در قانون میزان خسارت مشخص باشد، مانند خسارت تأخیر تأدیه، (ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی)، دادگاه بر اساس قانون عمل می‌نماید، در صورتیکه میزان خسارت در قرارداد مشخص نشده باشد و قانون نیز آن را تعیین نکرده باشد، دادگاه برای محاسبه خسارت از نظر کارشناس استفاده خواهد نمود. در قرارداد صرفه‌جویی با توجه به اینکه قانون خسارت را تعیین نکرده در صورت نقض قرارداد توسط یکی از طرفین برای امکان مطالبه خسارت و میزان آن بایستی به قرارداد و عرف مراجعه نمود. در صورتیکه طرفین در قرارداد در این خصوص توافق نموده باشند بر همان اساس عمل خواهد شد و در صورتیکه قرارداد در خصوص امکان مطالبه خسارت و یا میزان آن ساکت باشد بایستی برای امکان مطالبه و میزان خسارت به عرف مراجعه نمود.

۵-۵. مسئولیت تضامنی شرکا در مقابل ثالث

نتیجه قرارداد صرفه جویی مشارکت طرفین آن در هزینه و خسارت است. این مشارکت به مسئولیت قراردادی نزدیک است و منظور از آن مسئولیت طرفین قرارداد در هزینه‌های ناشی از این توافق است. هرچند طرفین در رابطه خودشان به میزان هزینه مربوط به هرکدام می‌توانند به همدیگر مراجعه نمایند، با توجه به اینکه همه اشخاص از مزایای قرارداد استفاده می‌کنند و در ایجاد ماهیت حقوقی دخالت داشته‌اند و اذن همه آنها وجود دارد، در مقابل ثالث مسئولیت تضامنی دارند و ثالث می‌تواند برای جبران خسارت به صورت تضامنی به آنها مراجعه نماید. در حقوق انگلستان به لحاظ اینکه توافقی که موضوع آن کسب سود باشد شرکت محسوب می‌شود و نتیجه توافق راجع به صرفه جویی بالا بردن سود شرکت است، لذا این توافق نیز شرکت محسوب می‌شود. در حقوق انگلستان شرکت عقدی شخصیت مستقلی ندارد و هر یک از شرکا مسئولیت یا تعهدی به عهده می‌گیرد. چون عقد شرکت الزام‌آور است تعهدات ناشی از آن هم الزام‌آور است، در نتیجه مسئولیت شرکا در این شرکتها در مقابل ثالث تضامنی است.

۶. انحلال

«انفساخ، از اثر افتادن یک عمل حقوقی خارج از اراده ایجاد کنندگان آن است و به آن انحلال قهری قرارداد نیز گفته می‌شود و به این معنی است که قرارداد، بدون نیاز به عمل حقوقی اضافی و بدون اراده طرفین، خود به خود منحل می‌شود» (قنوتی، کاظم‌زاده، ۱۳۹۶: ۲). قرارداد زمانی منفسخ می‌شود که امکان ادامه اجرای آن وجود نداشته باشد. در مواردی که موضوع قرارداد صرفه جویی تلف یا در حکم تلف شود، قرارداد از تاریخ تلف شدن موضوع آن منفسخ می‌شود. برای مثال در موردی که موضوع قرارداد استفاده مشترک از وسیله نقلیه می‌باشد و طرفین متعهد شده‌اند در مدت‌های مشخص به جای استفاده اختصاصی از ماشین خود، مشترکاً از آن استفاده نمایند و در اثناء این مدت یکی

یا هر دو ماشین تلف می‌شود، قرارداد از تاریخ تلف منفسخ می‌شود. در مواردی نیز که وسیله موضوع قرارداد یکی از طرفین تلف می‌شود و قرارداد بیشتر از دو طرف دارد، قرارداد نسبت به همان طرف منفسخ و نسبت به سایرین به قوت خود باقی است.

همچنین است در مواردی که امکان ادامه قرارداد صرفه‌جویی برای یکی یا همه طرفین ممکن نیست. مثلاً در مورد مثال فوق در موردی که یکی از همکاران بازنشسته یا به محل دیگری منتقل می‌شود با توجه به متعذر شدن اجرا، قرارداد نسبت به او منفسخ می‌شود. قرارداد صرفه‌جویی در مصرف انرژی عقدی نامعین است. در نتیجه مانند سایر قراردادها امکان فسخ آن در صورت وجود خيار وجود دارد. در صورتیکه طرفین خيار خود را ساقط نکرده باشند و در عقد خيار وجود داشته باشد، صاحب خيار می‌تواند با استناد به آن عقد را فسخ نماید.

در صورتیکه قرارداد مقید به زمان باشد، بعد از منقضی شدن زمان مذکور قرارداد منقضی شده محسوب می‌شود. مانند منقضی شدن زمان در عقد اجاره.

نتیجه‌گیری

توافق بر استفاده مشترک به منظور صرفه‌جویی هر چند در ادبیات حقوقی شناخته شده نیست، ولی اشخاص به صورت روزانه از آن استفاده می‌نمایند. با وجود استفاده روزمره و آثاری که بر زندگی شخصی افراد و عموم جامعه دارد، شناسایی نشدن ماهیت این قرارداد و قواعد حاکم بر آن محدودیتی مهم در استفاده از آن است. منابع علمی حقوق ایران و کشورهای که سعی شد در آنها این قرارداد مطالعه شود، انگلستان و آمریکا به صورت مستقیم به این موضوع نپرداخته‌اند و از موارد پراکنده مستندات برای آن استخراج شد. با توجه به موضوع این توافق و براساس منابع حقوق ایران، توافق راجع به صرفه‌جویی نوعی عقد نامعین است و عنوان مناسب برای آن «عقد صرفه‌جویی در مصرف» می‌باشد. در نتیجه با توجه به قراردادی بودن رابطه طرفین آن، برای صحت این رابطه باید شرایط

اساسی صحت قراردادها در آن وجود داشته باشد. این توافق یک عقد الزام آور است که موضوع آن استفاده مشترک از مال یا خدمت با هدف کسب منفعت از طریق کاهش هزینه است. این قرارداد از جمله قراردادهای نامعین، معوض و مبنی بر مسامحه است و دارای آثاری به شرح ذیل است: شناسایی آن از جهت حقوقی باعث شناسایی مسئولیت برای طرفین شده و افراد را ترغیب به استفاده مشترک میکند، هزینه‌های صورت گرفته و مسئولیت‌های ناشی از آن اشتراکی می‌باشد، در رابطه طرفین مسئولیت آنها غیر تضامنی و در مقابل ثالث تضامنی است.

قرارداد صرفه جویی در هزینه در صورتیکه مال موضوع استفاده کلاً یا بعضاً تلف شود، به گونه‌ای که به این واسطه نتوان به قرارداد ادامه داد، از تاریخ تلف یا معیوب شدن مال منفسخ می‌شود. همچنین است در صورتیکه یکی از طرفین یا برخی از آنها شرایطی را که در زمان قرارداد داشته‌اند از دست بدهند. در صورت وجود خیار این عقد قابل فسخ است. در صورتیکه این قرارداد مقید به زمان باشد با منقضی شدن مدت عقد منحل می‌شود.

منابع و مآخذ

- ابویی، مزده، و شهابی، مهدی (۱۳۹۵). تأثیر مبنای قرارداد بر شرایط اساسی صحت قرارداد. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۱۷ (۱ (پیاپی ۴۳))، ۱۲۹-۱۵۶.
- احمدی‌فر، رسول (۱۳۹۷). جزوه حقوق مدنی ۲ (اموال و مالکیت). دانشگاه ملایر.
- باریکلو، علیرضا (۱۴۰۱). حقوق مدنی ۷، عقود معین ۲، عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم، تهران: مجد.
- البهرانی، الشیخ یوسف (بی‌تا). الحقائق الناطره فی أحكام العتره الطاهره. جلد بیست‌ودوم، کتابخانه اینترنتی مدرسه فقاقت.
- جعفری‌صامت، امیر (۱۳۹۵). مطالعه تطبیقی آثار ادغام شرکت‌های تجاری در حقوق ایران و انگلستان. پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، ۳ (۶)، ۴۹-۷۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). الفارق. جلد چهارم، تهران: کتابخانه گنج‌دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). وسیط در ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج‌دانش.
- حقیق، محمدرضا، براتی، فرج‌الله و حسینی، سیدحسام‌الدین (۱۴۰۱). بررسی شناخت و تبیین راهکارهای موجود برای اجرای بسندگی مقاومتی از منظر حقوقی، ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، ۵ (۴)، ۱۰۸-۱۲۰.
- رضوی، سیدعلی، رضوی، سیدمحمد و پاسبان، محمدرضا (۱۳۹۸). ماهیت ادغام شرکت‌های تجاری «مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و مصر». آموزه‌های فقه مدنی، ۱۹.
- روشن، محمد و صادقی، محمد (۱۳۹۵). دانشنامه حقوق خانواده. تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول.
- زاهدیان، مجتبی؛ علی‌پور، رضا و مشار موحد، مهسا. (۱۳۹۶). راهکارهای حقوقی کاهش هزینه نمایندگی در شرکت‌های تجاری. دانشنامه حقوق اقتصادی، ۲۴ (۱۲)، ۶۷-۱۱۲.
- <https://doi.org/10.22067/le.v24i12.63852>
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). حقوق مدنی: تشکیل قراردادهای تعهدات. جلد اول، تهران: مجد.

صادقی نشاط، امیر (۱۳۹۷). ماهیت حقوقی شرکتهای مدنی و تجاری. دانشنامه‌های حقوقی، ۱ (۱)، ۲۴۵-۲۳۵.

عیسائی تفرشی محمد، بیگی حبیب‌آبادی احمد و افراس غلامحسین (۱۳۹۵). حقوق زنان ارزیابی اموال شرکتهای تجاری طرف ادغام (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر). پژوهشهای حقوق تطبیقی، ۲۰ (۲)، ۱۰۵-۱۲۴.

قدوسی، زهرا (۱۳۹۵). نقش زنان در توانمندی اقتصاد فرزندان. دو فصلنامه علمی - تخصصی مطالعات پژوهشی زنان، ۳ (۵)، ۹۱-۱۱۱.

قنواتی، جلیل و کاظم‌زاده، مهدی (۱۳۹۶). بررسی تطبیقی مبانی انفساخ قراردادها در نظام حقوقی ایران و انگلستان. فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل (تحقیقات حقوقی آزاد سابق)، ۱۰ (۳۵)،

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵ / الف). حقوق مدنی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت. تهران، نشر میزان.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵ / ب). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاشانی، محمود (۱۳۸۸). حقوق مدنی، قراردادها و ویژه. تهران، نشر میزان.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۱). اصل لزوم در عقود و مجاری آن در فقه امامیه. مجله تحقیقات حقوقی، ۱ (۱۱۶).

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی

مصباح، علامه محمدتقی (۱۳۹۷). ویژگی شیعیان واقعی؛ قناعت. مجله معرفت، ۲۷ (۷)، ۵-۱۳. مؤذن سلطان‌آبادی، معصومه و هاشمیان، سید محمدحسین (۱۳۹۴). مطالعه‌ی تجارب زنان، در اجرای الگوی مطلوب مصرف، در خانواده (با تاکید بر بیانات مقام معظم رهبری در مورد مصرف). دو فصلنامه علمی پژوهشی دین و سیاست فرهنگی، ۲ (۲)، ۷۷-۹۸.

سلیمان دهکردی، الهام و میر سعیدی، سید منصور. (۱۳۹۶). بازشناسی اطلاعات مالی در ترازوی حقوق اموال و مالکیت. پژوهش حقوق خصوصی، ۶ (۲۰)، ۱۷۳-۱۵۱.

<https://doi.org/10.22054/jplr.2017.14868.1374>

References

- Abouie, M., & Shahabi, M. (2016). The impact of foundations of contract on essential conditions for validity of a contract. *Islamic law research journal*, 17 (1 (43)), 129-156. (in Persian)
- Ahmadifar, R. (2017). *Booklet on civil rights 2 (property and ownership)*. Malayer University. (in Persian)
- Al-Bahrani, Y. (n.d.), *al-Hadaïq al-Nazareh fi Ahkam al-Atrah al-Tahirah*. The twenty-second volume, the online library of Faqahat School. (in Arabic)
- Bariklo, A. (2022). *Civil Rights 7, Certain Contracts 2, Partnership, Validation and Unnecessary Contracts*. Tehran: Majd. (in Persian)
- Cambridge dictionary (2024). merger-partner. Available at: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/merger-partner>
- Gavin, O., & Muireann, B. (2009). Partnerships—Approach with Caution: An Overview of Partnership from a Legal and Taxation Perspective. *Overview of Partnership*, 65-68.
- Haqiq, M.R., Barati, F., & Hosseini, S.H. (2022). Examining the recognition and explanation of the existing solutions for the implementation of resistance sufficiency from a legal perspective, *Iranian Political Sociology Monthly*, 5 (4), 108-120. (in Persian)
- Issaei Tafreshi M, Beygi Habibabadi A, H., & Afras, G. (2016). The Calculating Date of the Property of Contracting Companies of the Merger (A Comparative Study in Iran and Egypt Laws). *Comparative Law Research*, 20(2):105-124. (in Persian)
- Jafari Langroudi, M. J. (2007). *Al Faraq*. The fourth volume, Tehran: Ganjdanesh Library. (in Persian)
- Jafari Langroudi, M.J. (2009). *Intermediate in legal terminology*. Tehran: Ganjdanesh Library. (in Persian)

- Jafarisamet, A. (2015). A comparative study of the effects of the merger of commercial companies in the laws of Iran and England. *Quarterly journals of private law of justice*, 3(6), 49-71. (in Persian)
- Kashani, M. (2009). *Civil rights, special contracts*. Tehran, Mizan publication. (in Persian)
- Katouzian, N. (2010). *Civil rights, general rules of contracts*. The first volume, Tehran, publishing company. (in Persian)
- Katouzian, N. (2015). *Civil rights, preliminary course of civil rights, property and ownership*. Tehran, Mizan publication. (in Persian)
- Katouzian, N. (2015). *Introductory course of civil rights, legal practices, contract-making*. Tehran: Publishing Company. (in Persian)
- Longman (2024). Association. Available at:
<https://www.ldoceonline.com/dictionary/association>
- Misbah, M.T. (2017). Characteristics of real Shiites; contentment. *Marafet Journal*, 27 (7), 13-5. (in Persian)
- Moazzen Soltanabadi, M., & Hashemian, S.M.H. (2014). The study of women's experiences in implementing the ideal pattern of consumption in the family (with emphasis on the statements of the Supreme Leader regarding consumption). *Bi-Quarterly Scientific Research Journal of Religion and Cultural Policy*, 2 (2), 77-98. (in Persian)
- Mohagheq Damad, S.M. (1992). The principle of necessity in contracts and its channels in Imami jurisprudence. *Legal Research Quarterly*, 1 (116) (in Persian).
- Mohagheq Damad, S.M. (2009). *General theory of conditions and obligations in Islamic law*. First edition, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. (in Persian)
- Muhammad, I. A. (2018). Boosting Organizational Progress: The Power of a Partnership. *SSRN*. Available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3299839>
- Qanawati, J. & Kazemzadeh, M. (2016) Comparative study of the principles of termination of contracts in the legal system of Iran and England. *Iranian and International Comparative Legal Research Quarterly (formerly Azad Legal Research)*, 10 (35). (in Persian)
- Qudousi, Z. (2015). The role of women in the empowerment of children's economy. *Two scientific-specialized quarterly journals of women's research studies*, 3 (5), 91-111. (in Persian)

- Razavi, S.A., Razavi, S.M., & Pasban, M.R. (2018). The nature of the merger of commercial companies "Comparative study in Imami jurisprudence, Iranian and Egyptian law". *Teachings of civil jurisprudence*, 19. (in Persian)
- Roshan, M. & Sadeghi, M. (2015). *Family law encyclopedia*. Tehran: Jungle Publications, first edition. (in Persian)
- Sadeghi Neshat, A. (2018). The legal nature of civil and commercial companies. *Journal of Research and Development in Comparative Law*, 1 (1), 235-245. <https://dorl.net/dor/20.1001.1.27172074.1397.1.1.12.8> (in Persian)
- Shahidi, M. (2008). *Civil rights: formation of contracts and obligations*. The first volume, Tehran: Majd. (in Persian)
- Slone, B. E. (1991). Federal Income Tax Consequences of Partnership Mergers. *Neb. L. Rev.*, 70, (1), 75.
- Soleiman dehkordi, E., & Mirsaedi, S. M. (2017). Study of Financial Information in Balance of Properties and Ownership Law. *Private Law Research*, 6 (20), 151-173. <https://doi.org/10.22054/jplr.2017.14868.1374> (in Persian)
- Zahedian, M., alipour, R., & moshar movahhed, M. (2017). Legal Strategies for Agency Cost Reduction in Corporations. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 24 (12), 67-112. <https://doi.org/10.22067/le.v24i12.63852>(in Persian)

Study of Commercial Nature of Real Estate Transactions with Recognition in the French Legal System

Hosein Bahrami

Assistant Professor and faculty member of
Department of Jurisprudence and Islamic law,
Bozorgmehr University of Qaenat,, Iran
Email: h_bahrami@buqaen.ac.ir

Received: 2024-01-10

Accepted: 2023-11-03



Abstract

Transactions related to real estate property are considered non-commercial in the commercial law approved in 1311; however, in Article 5 of the Law of purchase of Apartment approved in 1343, the legislator provides the possibility for companies subject to Article 20 of the commercial Law to build houses, apartments or place of business for sale or rent. There is a difference of opinion among jurists regarding the consideration of the matters mentioned in that article as commercial nature. Also, the group that considers the above activities to be commercial; In this regard, they do not agree whether those matters are included in Article 2, Clause 1 of the commercial Law or not. In French law, the purchase of real estate with the intention of sale is considered inherently commercial; unless the buyer proves that he meant to buy, build a building and sell it. Also, some companies are commercial by their form. Therefore, the purchase of real estate for the purpose of construction and sale, if it is done by them, is considered commercial.

Journal of Research and Development in
Comparative Law

Iranian Law and Legal Research Institute

Vol. 6 | No. 21 | Winter 2023
(Original Article)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

[10.22034/law.2024.2014978.1269](https://doi.org/10.22034/law.2024.2014978.1269)

The current research is based on the fact that the items listed in Article 5 of the Law of purchase are commercial in nature and are added to the items listed in Article 2 of the commercial Law, and if they are carried out by natural persons, commercial activity has also taken place. Also, according to the analogy of priority, the purchase of real estate property with the intention of selling or renting is commercial nature. Contrary to the opinion of the commentators, the purchase of immovable property with the intention of selling and renting is also considered a commercial act, and this is achieved by the analogy of priority, and in the words of the legislator, it is hidden and not achieved by the analogy of the inferred. The stronger criterion of the ruling can be used in addition to the words of some commentators: in our law, the purchase of land or an existing building is for the purpose of building a new commercial building; but buying a building is not for commercial sale. Something that can be criticized; because the nature of recent transactions is closer to the nature of transactions regarding movable property that are considered commercial. Another thing that confirms the possibility of the analogy of priority is that in French law, the purchase of immovable property with the intention of sale is considered inherently commercial; unless the buyer proves that he meant to buy, construct a building and sell it (paragraph 2 of article 1-110. L). Now that the legislator, contrary to French law, has considered the purchase of land for the purpose of construction and sale as commercial according to Article 5 of the Law of Acquisition, it considers the purchase and sale of land as commercial in the first way.

Keywords: *transaction, real estate, commercial transaction, inherent transaction, subsidiary.*

بررسی تجاری بودن معاملات غیر منقول با تأملی در حقوق فرانسه^۱

حسین بهرامی

استادیار و عضو هیئت علمی گروه فقه و حقوق دانشگاه
بزرگمهر قاننات
Email: h_bahrami@buqaen.ac.ir



تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۲

فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی
پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۶ | شماره ۲۱ | زمستان ۱۴۰۲
(مقاله پژوهشی)
www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:
10.22034/LAW.2024.2014978.1269

چکیده

معاملات مربوط به مال غیر منقول در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ غیر تجاری تلقی شده است؛ اما مقنن در ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ برای شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت این امکان را فراهم می‌کند که به ساختن خانه، آپارتمان و یا محل کسب جهت فروش یا اجاره بپردازند. در خصوص ذاتا یا تبعا تجاری تلقی شدن امور مندرج در آن ماده، بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. همچنین طیفی که فعالیت‌های فوق را ذاتا تجاری می‌دانند؛ در این امر که آن امور تحت شمول بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت قرار می‌گیرد یا خیر، اتفاق نظر ندارند. در حقوق فرانسه خرید اموال غیر منقول به قصد فروش ذاتا تجاری تلقی می‌شود؛ مگر اینکه خریدار ثابت نماید که منظور وی از خرید، احداث ساختمان و فروش آن بوده است. همچنین برخی شرکت‌ها در حقوق آن کشور از لحاظ شکلی تجاری هستند؛ لذا خرید اموال غیر منقول به قصد ساخت و فروش، اگر توسط آنها صورت پذیرد، به تبع شرکت، تجارتی تلقی می‌شود.

پژوهش حاضر بر آن است که موارد ذکر شده در ماده ۵ قانون تملک، ذاتا تجاری بوده و قسمی به اقسام ذکر شده در ماده ۲ قانون تجارت اضافه شده و در صورت انجام آن از سوی اشخاص حقیقی نیز فعالیت تجاری صورت پذیرفته است. همچنین با توجه به قیاس اولویت، خرید مال غیر منقول به قصد فروش یا اجاره نیز به طریق اولی تجاری می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: معامله، غیر منقول، تجاری معامله، ذاتی معامله، تبعی.

مقدمه

مسئله پژوهش حاضر بررسی تجاری بودن معاملاتی است که موضوع آن مال غیر منقول می‌باشد. در بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ مقنن خرید یا تحصیل مال منقول به قصد فروش یا اجاره را تجاری می‌داند. مفهوم مخالف بند فوق دال بر آن است که معاملات مربوط به مال غیر منقول تجاری نخواهد بود. این امر به صراحت در ماده ۴ قانون تجارت^۱ ذکر شده است؛ اما در ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ برای شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت این امکان را فراهم می‌کند که به ساختن خانه، آپارتمان و یا محل کسب جهت فروش یا اجاره بپردازند. حال با توجه به مواد فوق پرسش‌های ذیل مطرح است:

۱. فعالیت‌های فوق ذاتا تجاری هستند یا به تبع انجام آن از سوی شرکت‌ها، تجاری محسوب می‌شوند؟
 ۲. اگر فعالیت‌های ذکر شده در ماده فوق از سوی اشخاص حقیقی انجام شود، تجاری شمرده می‌شود یا غیر تجاری خواهد بود؟
 ۳. خرید مال غیر منقول جهت فروش یا اجاره که ماده ۵ قانون تملک در خصوص آن ساکت است، تجاری می‌باشد یا خیر؟
 ۴. وضعیت تجاری بودن معاملات غیر منقول در حقوق فرانسه به چه صورتی است؟
- در خصوص برخی از سوالات فوق بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد و در رابطه با برخی دیگر نظراتی ارائه شده که مورد نقد می‌باشد. نیک پیداست که ارزیابی حکم مقنن در مسئله از اهمیت شایانی برخوردار است.
- در باب پیشینه پژوهش شایان ذکر است که مقاله‌ای با عنوان «لزوم تجارتی قلمداد شدن معاملات غیر منقول توسط قانونگذار» (گلین مقدم، ۱۳۸۹) و پژوهشی دیگر با نام «لزوم تجارتی قلمداد شدن معاملات غیر منقول» (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷) نگاشته

۱. «معاملات غیر منقول به هیچ وجه تجارتی محسوب نمی‌شود».

شده است. در کتب حقوق تجارت نیز به صورت مختصر به موضوع پرداخته خواهد شد. صرفنظر از فقدان مشخصه بررسی تطبیقی در برخی از آثار فوق، جستار حاضر به نقد آراء سابق بر خود پرداخته و درصدد ارائه نظریه‌ای نوین است.

۱. هدف از جستار حاضر رفع ابهام و غبارزدایی از تجاری بودن معاملاتی است که موضوع آن مال غیر منقول می‌باشد. روش تحقیق از حیث جمع آوری اطلاعات، کتابخانه‌ای و از نظر پردازش، توصیفی - تحلیلی خواهد بود.

پس از مفهوم شناسی در گام نخست؛ با توجه به اقتباس قانون تجارت از حقوق فرانسه، حقوق نامبرده به صورت مختصر بررسی و سپس موضوع در حقوق ایران به سنجه تحلیل افکنده خواهد شد.

۲. مفهوم شناسی

پیش از پرداختن به اصل بحث شایسته است مفاهیم ذیل تعریف شود:

۱. اعمال تجاری ذاتی: عملیاتی که فی‌نفسه تجاری هستند و در ماده ۲ قانون تجارت به آن پرداخته شده است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۴۶ و ۴۷).

۲. اعمال تجاری تبعی: عملیاتی که به اعتبار تاجر بودن متعاملین یا یکی از آنها تجاری محسوب می‌شود و خودش عمل تجارتی نیست و در ماده ۳ قانون تجارت مصادیق آن ذکر شده است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۴۷).

۳. مال غیر منقول: مال غیر منقول در برابر مال منقول بوده و حسب ماده ۱۲ قانون مدنی آنست که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود. مال منقول نیز در ماده ۱۹ به این صورت تعریف شده است: «اشیائی که نقل آن از محلی به محلی دیگر ممکن باشد بدون اینکه به خود یا محل آن خرابی وارد آید منقول است».

۳. حقوق فرانسه

حقوق فرانسه در نظام حقوقی رومی ژرمن قرار می‌گیرد (Bell, et. al, 2008, p.1) و قانون در آن محور است (Steiner, 2018, p.1). اولین قانون تجارت فرانسه مصوب ۱۸۰۸ بوده (Pédamon & Kenfack, 2015, p.2,4) که قانون تجارت ایران از آن اقتباس شده (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۹۱)، مطابق ماده ۶۳۲ آن قانون تنها مبادلات مربوط به اموال منقول، تجاری بود. در سال ۱۹۶۷ معاملات مربوط به اموال غیر منقول نیز تجاری دانسته شده است؛ هرچند که در سال ۱۹۷۰ ساخت و ساز فعالان صنعت ساختمان از حکم اخیر استثناء شد (Pédamon & Kenfack, 2015, p.60,61). در هر صورت خرید و فروش اموال غیر منقول در حقوق فرانسه در دو حالت می‌تواند صورت تجاری داشته باشد:

۱. تجاری ذاتی: مطابق بند ۲ ماده ۱- L.110 قانون تجارت: «هرگونه خرید اموال غیر منقول به قصد فروش تجاری تلقی می‌شود مشروط بر آنکه خریدار قصد ساخت و ساز یک یا چند ساختمان و فروش آنها را به صورت یکجا یا واحد به واحد را نداشته باشد»؛ بنابراین خرید اموال غیر منقول به قصد فروش ذاتا و اصولا تجاری تلقی می‌شود؛ مگر اینکه خریدار ثابت نماید که منظور وی از خرید ایجاد و احداث ساختمان و فروش آن به صورت یکجا یا واحد به واحد بوده است که در صورت اخیر اعمال خریدار تجارتی نیست و جزء اعمال مدنی محسوب خواهد شد. در توجیه استثنای حکم فوق آورده‌اند: پس از ابراز نگرانی فعالان ساختمان‌سازی که امتیاز مالیاتی‌شان از بین رفته بود و باید مالیات فعالیت تجاری را پرداخت میکردند، قانون‌گذار بر اصل تجاری بودن خرید اموال غیر منقول به قصد فروش استثناء قائل شده و خرید چنین اموالی را «در صورتیکه به منظور ساختن یک یا چند ساختمان و فروش کلی یا جزئی باشد» تجاری تلقی نکرده است (Pédamon, Kenfack, 2015, 61؛ اسکینی، ۱۳۸۳، الف: ۶۹ و ۷۰). البته استثناء را باید تفسیر محدود کرد؛ لذا در صورتیکه شخصی خانه‌ای را به مقصود نوسازی و فروش آن خریده باشد، عمل تجاری انجام داده است (Pédamon & Kenfack, 2015, p.61)؛

۲. تجاری تبعی: شرکت‌ها در حقوق فرانسه بر دو قسم تجاری^۱ و غیر تجاری^۲ تقسیم می‌شوند (Bermann & Picard, 2008, p.334). به عبارت دیگر حسب ماده ۱-۲۱۰-L قانون تجارت فرانسه شرکت‌ها بر حسب موضوع یا شکل تجاری می‌باشند. مطابق ماده فوق شرکت‌های تضامنی^۳، شرکت‌های مختلط^۴، شرکت‌های با مسئولیت محدود^۵ و شرکت‌های سهامی^۶ از لحاظ شکلی تجاری هستند؛ اگرچه موضوع فعالیتشان غیر تجاری باشند؛ لذا خرید اموال غیر منقول به قصد ساخت و ساز و سپس فروش که حسب بند ۲ ماده ۱-۱۱۰. L یک عمل مدنی است، اگر توسط شرکت‌های نامبرده صورت پذیرد، به تبع شرکت، تجارتی تلقی می‌شود.

۴. حقوق ایران

قسمی از اقسام معاملات تجاری مطابق بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت: «خرید یا تحصیل هر نوع مال منقول به قصد فروش یا اجاره اعم از اینکه تصرفاتی در آن شده یا نشده باشد»، است. در نظر مقنن تجاری نبودن معاملات مربوط به مال غیر منقول؛ مانند خرید و فروش آن، به میزانی اهمیت داشته که به مفهوم مخالف بند فوق اکتفا نکرده و صراحتاً در ماده ۴ مقرر داشته است: «معاملات غیر منقول به هیچ وجه تجارتی محسوب نمی‌شود». این امر در حالی است که مطابق بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت «تسهیل معاملات ملکی» فعالیت تجاری دانسته شده است.

در گام نخست به دلایل حکم مندرج در ماده ۴ پرداخته و سپس وضعیت معاملات یادشده در حقوق کنونی بررسی می‌شود:

1. commercial
2. non- commercial
3. General partnerships.
4. limited partnerships
5. limited liability company
6. joint-stock company

۴-۱. دلایل غیر تجاری بودن معاملات غیر منقول

دلایلی که می‌توان برای توجیه نمودن حکم مقنن در ماده ۴ قانون تجارت ذکر کرد، به شرح ذیل است:

۴-۱-۱. تشریفاتی بودن بیع املاک

عقود موجب انتقال اموال منقول معمولاً رضائی بوده؛ استحکام معاملات غیر منقول، مقتضی وضع قواعد و مقرراتی؛ از قبیل ثبت در مراجع متعدد و دفاتر اسناد رسمی است که سبب تشریفاتی شدن قرارداد می‌گردد و با سرعت جریان امور تجاری منافات دارد (عبادی، ۱۳۹۷: ۱۸ و ۱۹؛ افشاری، ۱۳۹۸: ۳۶)؛

دلیل فوق محل اشکال بوده و لازم به ذکر است:

الف- برخی وسایل حمل و نقل؛ از قبیل هواپیما و کشتی از لحاظ تشریفات تقریباً تابع همان تشریفات اموال غیر منقول هستند؛ اما انتقال آنها تجاری است (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۶۸ و ۶۹)؛

ب- مقنن در شرایط کنونی درصدد رفع تشریفات و کوتاه کردن فرایند انتقال اموال غیرمنقول می‌باشد؛ لذا شرایط انتقال اموال غیر منقول مانند گذشته نیست (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷: ۵۲)؛ بر همین اساس در بند «و» ماده ۴۶^۱ و بند «م» ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه بر الکترونیکی شدن فرایند انتقال اموال غیرمنقول توسط

۱. «سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مکلف است: ..

۲- در راستای توسعه سامانه یکپارچه ثبت اسناد رسمی و املاک، نسبت به الکترونیکی نمودن کلیه مراحل نقل و انتقالات، ثبت اسناد رسمی و املاک تا پایان سال دوم برنامه اقدام نماید».

۲. «سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مکلف است در راستای توسعه سامانه یکپارچه ثبت اسناد و املاک و راه‌اندازی مرکز ملی داده‌های ثبتی، نسبت به الکترونیکی کردن کلیه مراحل ثبت معاملات تا پایان سال دوم برنامه اقدام کند، به‌نحوی که امکان پاسخ آنی و الکترونیک به استعلامات ثبتی و ثبت آنی معاملات با به کارگیری امضاء الکترونیکی مطمئن فراهم شود».

اداره ثبت اسناد رسمی تأکید شده است. همچنین مطابق تبصره ۴ ماده ۱۸۷^۱ قانون مالیات‌های مستقیم نیز سازمان امور مالیاتی مکلف به همسو شدن با اداره ثبت اسناد و املاک در راستای نیل به هدف فوق و اخذ بدهی مالیاتی به صورت الکترونیکی از طریق دفاتر اسناد رسمی، پیش از انتقال ملک هستند؛

ج- در خصوص تشریفات بودن بیع املاک اختلاف نظر وجود دارد (ابهری، ۱۳۸۷: ۱۸۵). ظاهر مواد ۴۸ و ۲۲ قانون ثبت دالّ بر آن است که انتقال املاک تنها با سند رسمی قابل تحقق است؛ اما انتقال امر یادشده بدون تنظیم سند فوق هم واقع می‌شود. دلایل ذیل دالّ بر آن امر است:

اول- ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مقرر می‌دارد: «... اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند»؛ از این رو بنابر مفهوم مخالف ماده فوق سند عادی به تشخیص دادگاه می‌تواند هم‌تراز با سند رسمی بوده و حتی آن را از اعتبار ساقط نماید؛

دوم- وجود بنگاه‌های معاملات ملکی موید نظر فوق است. بنگاه‌های نامبرده مطابق قانون مشغول به فعالیت بوده‌اند^۲ و به تنظیم سند عادی جهت انتقال املاک اقدام میکنند. در واقع اگر ملک تنها با سند رسمی منتقل می‌شد، فعالیت آنان بی‌وجه و غیر قانونی بود.

۱. «سازمان امور مالیاتی کشور مکلف است ظرف مهلت یکسال از تاریخ لازم‌الاجراء شدن این قانون (۱۳۹۵/۱/۱) با اتصال به سامانه ثبت الکترونیک سازمان ثبت اسناد و املاک نسبت به اعلام میزان بدهی ملک مورد انتقال و امکان اخذ و واریز آن به حساب مالیاتی به صورت آنی از طریق دفاتر اسناد رسمی اقدام کند».

۲. بنگاه‌داران معاملات ملکی حسب ماده ۷ قانون راجع به دلالتان مصوب ۱۳۱۷ و ماده ۲ آیین نامه قانون راجع به دلالتان مصوب سال ۱۳۱۹، دلال محسوب می‌شوند.

۴-۱-۲. ملازمه داشتن رفع تشریفات با افزایش قیمت مسکن

رفع تشریفات فوق الذکر و سرعت بخشی به این معاملات در قالب تجاری و با انگیزه‌های سودآوری و بعضاً عدم رعایت چارچوب‌های الزام‌آور قانونی می‌تواند منجر به افزایش کذایی بهای مسکن و زمین می‌گردد و نتیجه آن محروم شدن برخی از توده‌های جامعه از دستیابی به این نیاز اساسی خواهد بود (افشاری، ۱۳۹۸: ۳۶)؛

در پاسخ به ادعای فوق علاوه بر آنچه که سابقاً در خصوص تشریفات نبودن بیع املاک اشاره شد، شایان ذکر است:

الف. کارکرد اصلی لزوم تنظیم سند رسمی جهت معاملات املاک برای پایین نگه داشتن قیمت مسکن نبوده؛ بلکه برای ایجاد دلیل جهت اثبات معامله است؛

ب. همان‌طور که گذشت روند و فرایند انتقال سند در خصوص املاک کوتاه‌تر از گذشته است؛

ج. اشخاص به سوداگری در اموال غیر منقول مشغول هستند و غیر تجاری دانستن معاملات مربوط به املاک، تغییری در این وضعیت ایجاد نمی‌کند. در صورت وجود تشریفات هم بازار مسیر خود را می‌پیماید؛ به عنوان نمونه متداول است که در بنگاه‌های معاملات ملکی سندی عادی تنظیم شده و در دفترخانه وکالت‌نامه‌ای جهت انتقال سند از جانب فروشنده به نفع خریدار یا هر شخص دیگری تنظیم می‌شود که کارکردی شبیه به بیع داشته و نیاز به اخذ مجوز از ادارات ثبت اسناد و املاک، دارایی و شهرداری ندارد؛

۴-۱-۳. غالب بودن جنبه غیر تجاری در معاملات املاک

خرید اموال غیر منقول کمتر به قصد تجارت می‌باشد؛ به عنوان نمونه به قصد سکونت، خانه یا ملکی خریده می‌شود نه فروش آن و کسب سود (عبادی، ۱۳۹۷: ۱۹)؛ در واقع موضوع حقوق تجارت، توزیع جریان ثروت و جلب نفع بوده و فقط اموال منقول ممکن هست دست به دست منتقل گردیده و جریان پیدا کنند؛ کسانی که اموال نامبرده را خریداری می‌کنند، فقط برای مدت کوتاهی آنها را نگاه می‌دارند تا پس از مدتی به فروش

برسانند؛ در صورتیکه اموال غیر منقول ثابت بوده و نه تنها عملاً دست به دست نمی‌شوند؛ بلکه خرید آنها اغلب برای فروش نبوده و سالها در دست یک خانواده باقی می‌ماند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۶۸)؛

نظر فوق نیز محل اشکال است:

الف- در گذشته با عنایت بر آنکه قیمت اموال غیر منقول تغییر قابل توجهی نداشته تجار به خرید و فروش آن اقدام نمیکردند (اسکینی، ۱۳۸۳/الف: ۶۹)؛ اما امروزه وضعیت تغییر کرده و قیمت این امور در معرض تغییر و نوسان است؛ لذا استثنای اموال غیر منقول وجهی ندارد و اشخاص در جهت تحصیل سود به خرید و فروش آنها اقدام می‌نمایند و استفاده‌های شایان تحصیل میکنند و صحیح نیست که اشخاص تحصیل کننده این ثروت‌ها تابع قانون تجارت نباشند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۶۸ و ۶۹؛ عرفانی، ۱۳۹۳: ۲۹).

ب- اشخاصی که به معاملات مال غیر منقول می‌پردازند، ضمن بهره‌مندی از سود بسیار این معاملات، از محدودیت‌های این مقررات فارغ هستند؛ به عنوان مثال در صورت عدم توانایی پرداخت دیون خود، ورشکسته و ممنوع التصرف در اموال نمی‌شوند و می‌توانند دادخواست اعسار بدهند (گلین مقدم، ۱۳۸۹: ۱۱۴).

از آنچه گذشت مشخص می‌شود که غیر تجاری دانستن معاملات غیر منقول توجیهی منطقی ندارد؛ بر همین اساس است که در قانون تجارت فرانسه که قانون تجارت ما از آن اقتباس شده است، خرید اموال غیر منقول به قصد فروش هم امروز تجاری تلقی می‌شود.

۴-۲. تجاری بودن معاملات غیر منقول

در خصوص وضعیت کنونی معاملات غیر منقول در حقوق ایران باید ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ و ماده ۲ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ بررسی شود که این مهم در ادامه صورت خواهد پذیرفت:

۴-۲-۱. ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها

ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها در خصوص شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «انواع شرکتهای موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت که به قصد ساختمان خانه و آپارتمان و محل کسب به منظور سکونت یا پیشه یا اجاره یا فروش تشکیل می‌شود از انجام سایر معاملات بازرگانی غیر مربوط به کارهای ساختمانی ممنوعند». در حقیقت «ساختمان»، ساختن و بنا کردن می‌باشد (عمید، ۱۳۶۳، ج ۲: ۱۳۵۵). در حقیقت مقصود مقنن آن است که تأسیس شرکت تجاری به مقصود ساختن محل سکونت یا کسب برای اجاره یا فروش ممکن است و منحصر باید به آن امور مشغول باشند. نظرات مختلف در خصوص ماده فوق به شرح آتی بررسی خواهد شد:

۴-۲-۱-۱. اعمال تجاری تبعی بودن

برخی بر این عقیده هستند که اعمال شرکت‌هایی که به قصد ساختن خانه، آپارتمان و محل کسب تشکیل می‌شود، در زمره اعمال تجاری تبعی است (کاتوزیان، ۱۳۸۳/الف: ۴۸)؛ در واقع شرکت‌های ساختمانی به لحاظ شکل تجاری هستند و می‌توانند به موضوعات غیر تجاری از قبیل امور فوق هم مشغول شوند (کاتوزیان، ۱۳۸۳/ب، ج ۲: ۲۵). فعالیت‌های یادشده بنابر نظر فوق باید مصداق بند ۴ ماده ۳ قانون تجارت باشند. اشکالاتی که بر این نظر وارد شده، آن است:

۱. اعمال تجاری تبعی در ماده ۳ قانون تجارت ذکر شده و ساختن ساختمان و فروش آن مصداق ماده یادشده نمی‌باشد (عیسائی تفرشی، ۱۳۹۶: ۳۱). این ایراد وارد نیست؛ زیرا مقنن در بند ۴ ماده مذکور تمامی فعالیت‌های شرکت‌های تجاری را به تبع انجام آن از سوی شرکت، تجاری دانسته است.

۲. در حقوق ایران تنها شرکت سهامی مطابق ماده ۲ ل.ا.ق.ت. براساس شکل، تجاری بوده و سایر شرکت‌ها به صراحت قانون تجارت باید یکی از امور مندرج در ماده ۲ قانون تجارت را به عنوان موضوع خود انتخاب کنند؛ لذا اگر فعالیت‌های مندرج در ماده ۵ قانون

تملك را تجارى ندانيم، انجام آن از سوى شركت‌هاى غير سهامى ممكن نيست (تقى‌پور و حسيني جليليان، ۱۳۹۷: ۴۴ و ۴۵). در واقع اگر فعاليت‌هاى مندرج در ماده ۵ قانون تملك به عنوان موضوع شركت انتخاب شده و ذاتاً هم تجارى نباشد، شركت تجارى تشكيل نشده كه به تبع آن اعمال مندرج در ماده فوق تجارى باشد؛

۳. عبارت «از انجام ساير معاملات بازرگانى غير مربوط به كارهاى ساختمانى» در ماده فوق، دال بر آن است كه موضوع آن ماده، ذاتاً تجارى است (تقى‌پور و حسيني جليليان، ۱۳۹۷: ۴۴).

۴-۲-۱-۲. اعمال تجارى ذاتى بودن

برخى بر اين باور هستند كه فعاليت‌هاى مندرج در ماده ۵ قانون تملك فى نفسه تجارى هستند؛ اما در خصوص قرار گرفتن آن امور در تحت عنوان مشخص، اختلاف دارند:

۴-۲-۱-۱-۲. مصداق بند ۱ ماده ۲ قانون تجارى بودن

طيفى بر اين باور هستند كه رويه قضايى مى‌تواند ماده ۴ قانون تجارت را محدود نموده و ماده ياد شده را به اين صورت تفسير نمايد كه ماسه، تير آهن و امثال آنها منقول است و حاصل آن ساختمان مى‌گردد. در واقع امور فوق كه منقول است، خريدارى مى‌شود و پس از انجام تصرفاتى به فروش مى‌رسد؛ لذا عمل فوق تجارى و مصداق بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت مى‌باشد (ستوده تهرانى، ۱۳۸۳، ج ۱: ۶۸). برخى ديگر يك گام فراتر نهاده و نظر فوق را در مقام تفسير ماده ۵ قانون تملك آپارتمان‌ها ذكر نموده و ماده مذكور را تأسيسى جديد نمى‌دانند (عيسائى تفرشى، ۱۳۹۶: ۳۴). به نظر نمى‌رسد اين توجيه قابل قبول باشد؛ زيرا:

۱. اگر دليل حكم مندرج در ماده ۵ قانون تملك آپارتمان‌ها بند فوق است، ديگر نبايد تفاوتى بين شخص حقيقى و حقوقى باشد؛ در حاليكه ماده فوق ساير اشخاص را از تحت

شمول آن ماده خارج دانسته است (عیسائی تفرشی، ۱۳۹۶: ۴۳). البته این اشکال وارد نیست:

الف- ماده مذکور در خصوص سایر اشخاص ساکت است و لقب مفهوم مخالف ندارد؛
ب- قائل به نظر فوق (قرار گرفتن ماده ۵ قانون تملک در تحت شمول بند ۱ ماده ۲ قانون تجارت) صراحتاً ذکر کرده که در صورت اشتغال اشخاص حقیقی به فعالیت‌های مندرج در ماده ۵، تاجر محسوب خواهند شد (عیسائی تفرشی، ۱۳۹۶: ۳۴).
۲. نظر فوق با منبع اقتباس بند ۱ ماده ۲ که قانون تجارت ۱۸۰۷ میلادی فرانسه بوده، انطباق ندارد (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷: ۴۲ و ۴۳). قانون اخیر معاملات مربوط به مال غیر منقول را؛ بنابر توجیهات سیاسی، اجتماعی و اقتصادی غیر تجاری می‌دانست (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷: ۳۹).
۳. ظاهر بند ۱ ماده ۲ تصرف در مال منقول و فروش آن به عنوان مال منقول است. در فرض ساختمان‌سازی مال منقول در مال غیر منقول محو می‌شود و تغییر وصف از منقول به غیر منقول حاصل می‌شود. ماده ۴ نیز صراحتاً اعلام می‌کند که فروش مال غیر منقول، تجاری نیست.

۴-۲-۱-۲-۲. قسمی مستقل از بندهای ده‌گانه ماده ۲ قانون تجارت

گروهی بر این باور هستند که قسمی دیگر به بندهای ده‌گانه ماده ۲ قانون تجارت اضافه شده و معاملات غیر منقول مندرج در ماده ۵ قانون تملک در خصوص شرکت‌های مشمول آن ماده، ذاتاً تجاری است؛ (اسکینی، ۱۳۸۳/الف: ۶۸؛ دمیرچیلی و دیگران، ۱۳۸۴: ۴۶؛ فرحناکیان، ۱۳۸۸: ۳۳)؛ اما انجام آن معاملات از سوی اشخاص حقیقی (فرحناکیان، ۱۳۸۸، ۴۵) و سایر شرکت‌ها تجاری نیست (اسکینی، ۱۳۸۳/الف: ۶۹).
ظاهر ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها و ذکر «از انجام سایر معاملات بازرگانی غیرمربوط به

۱. لقب اسمی است که موضوع حکم قرار می‌گیرد؛ از قبیل آنکه گفته شود سارق محکوم به حد است (قافی و شریعتی، ۱۳۸۵، ج ۱، ۱۷۸).

کارهای ساختمانی» دال بر ذاتا تجاری بودن معاملات مندرج در آن ماده است (همان: ۶۹). اشکالاتی بر نظر فوق وارد شده است:

۱. نظر فوق با ماده ۴ قانون تجارت انطباق ندارد (تقی‌پور و حسینی جلیلیان، ۱۳۹۷: ۴۴). روشن است که نقد مذکور با عنایت به قواعد نسخ و تخصیص نمیتواند ایراد جدی باشد و قانون تملک با عنایت بر موخر بودن آن نسبت به قانون تجارت مقدم است.

۲. اگر معاملات مندرج در ماده ۵ قانون تملک ذاتا تجاری است؛ چرا تنها مختص به اشخاص حقوقی مندرج در ماده فوق بوده و انجام آن معاملات از سوی اشخاص حقیقی تجاری نباشد (همان: ۴۴).

البته برخی با وجود ذکر اشکال فوق؛ اما در نهایت همان نظر مورد ایراد را پذیرفته‌اند و بر این باور هستند که معاملات فوق، ذاتا تجاری و مختص به اشخاص مندرج در ماده ۵ قانون تملک می‌باشد و ماده یادشده را تخصیصی بر ماده ۴ و مواد ۹۴، ۱۱۶، ۱۴۱ و ۱۸۳ قانون تجارت که مربوط به موضوع شرکت‌های تجاری غیر سهامی است، می‌دانند (همان: ۴۵)؛ در مقام نتیجه‌گیری شایان ذکر است:

۱. فعالیت‌های مندرج در ماده ۵ قانون تملک ذاتا تجاری می‌باشند؛

۲. امور مندرج در ماده ۵ قانون تملک برخلاف آنچه شارحین ذکر کرده‌اند؛ در صورتیکه از سوی اشخاص حقیقی نیز انجام شود، تجاری خواهد بود. ممکن است اشکال شود که ماده ۴ قانون تجارت اصل بوده و ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها استثناء می‌باشد؛ لذا نمیتوان استثناء را تفسیر موسع کرد و حکم آن را به موارد مشابه سرایت داد^۱ و اظهار کرد که امور مندرج در ماده ۵ در خصوص شرکت‌ها و اشخاص حقیقی نیز تجاری است.

در پاسخ به اشکال فوق لازم به ذکر است که از یک سو ورود شرکت‌های تجاری در صنعت ساختمان ضرورت داشته و از سوی دیگر شرکت‌ها نمیتوانستند موضوع غیر تجاری را به

۱. یکی از شرایط قیاس، استثنائی نبودن حکم اصل (موضوعی که حکم آن معلوم می‌باشد) است (قافی و شریعتی، ۱۳۹۰، ج ۲، ۲۱۹).

عنوان موضوع شرکت انتخاب کنند؛ لذا مقنن با وضع قانون تملک این ممنوعیت را رفع نموده است (گلین مقدم، ۱۳۸۹: ۱۱۳) و فعالیت‌های مندرج در آن ماده را تجاری دانسته است. این امر از عبارت «از انجام سایر معاملات بازرگانی غیرمربوط به کارهای ساختمانی» قابل استفاده می‌باشد. روشن است وقتی فعالیت فوق ذاتا تجاری باشد، تفاوتی بین اشخاص حقیقی و حقوقی وجود ندارد. در واقع این امر از کلام مقنن حاصل می‌شود نه آنکه به واسطه قیاس حاصل شود.

۳. شرکت‌هایی که موضوع آن سایر فعالیت‌های تجاری است، صلاحیت ورود به ساختمان‌سازی را ندارند. در حقیقت شرکت‌های تجاری در خارج از موضوع صلاحیت خود نمیتوانند فعالیت کنند (اسکینی، ۱۳۸۳/ب، ج ۱: ۵۳). در ماده ۵ قانون تملک نیز بر این نکته تأکید شده و شرکت تجاری تأسیس شده برای امور ساختمانی را ممنوع از پرداختن به سایر فعالیت‌ها دانسته است؛ لذا شرکت‌هایی که به مقصودی غیر از احداث ساختمان تشکیل شده‌اند نیز نمیتوانند به آن امور مشغول شوند.

۴. بر خلاف نظر شارحین خرید مال غیر منقول به قصد فروش و اجاره نیز عمل تجارتی محسوب می‌شود و این امر به قیاس اولویت حاصل می‌شود و در کلام مقنن، مستتر است نه آنکه با قیاس مستنبط العله^۱ حاصل شود. قویتر بودن ملاک حکم در فرع از کلام برخی از شارحین قابل استفاده است؛ در حقوق ما خرید زمین و یا ساختمان موجود به قصد ساخت ساختمان جدید تجاری است؛ اما خرید ساختمان به قصد فروش تجاری نیست. امری که قابل انتقاد است؛ زیرا طبیعت معاملات اخیر به طبع معاملات راجع به اموال

۱. در قیاس مستنبط العله علت حکم اصل در کلام شارع یا قانون‌گذار بیان نشده است و با بررسی خصوصیات موضوع و ارتباط آن با حکم، به علت حکم پی می‌بریم و با ملاحظه این علت در فرع دست به قیاس می‌زنیم (قافی و شریعتی، ۱۳۹۰، ج ۲، ۲۲۱)؛ برای مثال ماده ۸۸۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قتل از موانع ارث است بنابر این کسی که مورث خود را عمدا بکشد از ارث او ممنوع می‌شود...». علت ممنوعیت وارث از ارث بیان نشده؛ ولی محتمل است که علت ممنوعیت، طمع به مال باشد. حال اگر موصی له، جهت دست‌یابی به موصی به (طمع به مال موضوع وصیت) موصی را بکشد، چون این علت در فرع نیز وجود دارد، محرومیت موصی له از موصی به، نتیجه قیاس مستنبط العله خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۳، ۳۵).

منقول که تجاری تلقی شده‌اند، نزدیک‌تر است (اسکینی، ۱۳۸۳/الف: ۷۰). امر دیگری که امکان جریان قیاس اولویت را تأیید می‌نماید، آن است که در حقوق فرانسه خرید اموال غیر منقول به قصد فروش ذاتا تجاری تلقی می‌شود؛ مگر اینکه خریدار ثابت نماید که منظور وی از خرید، احداث ساختمان و فروش آن بوده است (بند ۲ ماده ۱-۱۱۰، L). حال که مقنن بر خلاف حقوق فرانسه خرید زمین به قصد ساخت و فروش را حسب ماده ۵ قانون تملک تجاری دانسته است، به طریق اولی خرید و فروش زمین را تجاری می‌داند.

۴-۲-۲. ماده ۲ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷

ماده ۲۱ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ مقرر می‌داشت: «شرکت سهامی شرکتی است که برای امور تجارتی تشکیل و سرمایه آن به سهام تقسیم شده و مسئولیت صاحبان سهام محدود به سهام آنها است»؛ اما در ماده ۲ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ آمده است: «شرکت سهامی شرکت بازرگانی محسوب می‌شود ولو اینکه موضوع عملیات آن امور بازرگانی نباشد»؛ این استثنا که تنها در خصوص شرکت‌های فوق وجود دارد، دال بر این امر است که در حقوق ما نیز شرکت‌ها یا بر حسب موضوع یا بر حسب شکل تجاری هستند. شایان ذکر است که فعالیت‌های شرکت سهامی در خصوص امور غیر بازرگانی تبعاً تجاری است ولی ذاتاً تجاری نیست.

ممکن است اشکال شود که اگر معاملات مربوط به غیر منقول تجاری باشد؛ مصداقی برای ماده فوق باقی نمی‌ماند و وضع آن لغو خواهد بود. روشن است؛ این امر شایسته قانون‌گذار حکیم نیست. در حقیقت ماده اخیر با توجه به موخر بودن لایحه اصلاح نسبت به قانون تملک، بر غیر تجاری بودن معاملات فوق تأکید دارد. در پاسخ به ایراد فوق لازم به ذکر است که تنها مصداق قابل تصور از فعالیت‌های غیر تجاری، معاملات مربوط به مال غیر منقول نیست. فعالیت‌های زراعی که قطعاً غیر تجاری هستند، می‌تواند موضوع شرکت سهامی باشد و با توجه به آنکه در خصوص این شرکت تصریح وجود دارد و در خصوص سایر شرکت‌ها چنین تصریحی وجود ندارد؛ پس تنها این شرکت می‌تواند، به این معاملات بپردازد.

نتیجه‌گیری

غیر تجاری بودن معاملات غیر منقول اگرچه در گذشته موجه بوده؛ اما امروزه دلایل ذکر شده جهت غیر تجاری بودن معاملات غیر منقول مثبت ادعا نیست. تغییر وضع در حقوق فرانسه که منبع اقتباس قانون تجارت بوده، شاهد بر این امر است. در حقوق فرانسه سابقاً تنها خرید و فروش اموال منقول تجاری بود؛ اما اکنون خرید اموال غیر منقول به قصد فروش ذاتاً تجاری دانسته می‌شود؛ مگر اینکه خرید به منظور احداث ساختمان و فروش آن باشد. حقوق ایران نیز مواجه با دگرگونی و تغییر رویکرد مقنن بوده است. حاصل جمع بنده ۱ ماده ۲ و ماده ۴ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ که دال بر غیر تجاری بودن معاملات غیر منقول بوده با ماده ۵ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ که ورود به صنعت ساختمان‌سازی را برای شرکت‌های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت مجاز می‌داند، امور ذیل است:

۱. فعالیت‌های مندرج در ماده ۵ قانون تملک ذاتاً تجاری می‌باشد؛
۲. امور ذکر شده در ماده فوق مصداق هیچ یک از بندهای ذکر شده در ماده ۲ قانون تجارت نبوده و قسمی به اقسام ذکر شده در آن ماده اضافه شده است؛
۳. امور اشاره شده در ماده ۵ قانون تملک خواه از سوی شرکت‌های یادشده در آن ماده باشد یا اشخاص حقیقی، تجاری است؛
۴. شرکت‌هایی که موضوع آنها فعالیت‌های ساختمانی نیست؛ با عنایت بر فقدان صلاحیت در غیر موضوع شرکت، امکان ورود به امور ذکر شده در ماده ۵ قانون تملک را ندارند؛
۵. با توجه به قویتر بودن ملاک حکم در فرع و قیاس اولویت، خرید مال غیر منقول به قصد فروش یا اجاره نیز تجاری می‌باشد.

منابع و مآخذ

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳ الف). حقوق تجارت (کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری). چاپ ششم، تهران: انتشارات سمت
- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳ ب). حقوق تجارت (شرکت‌های تجاری). جلد اول، تهران: انتشارات سمت، چاپ هشتم.
- ابهری، حمید (۱۳۸۷). نقش سند رسمی در بیع املاک. مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۴، ۱۸۵-۲۱۰.
- افشاری، فریدون (۱۳۹۸). حقوق تجارت. تهران: انتشارات کتاب شهر علم، چاپ اول.
- تقی‌پور، بهرام، حسینی جلیلیان، امیر (۱۳۹۷). لزوم تجارتي قلمداد شدن معاملات غیر منقول. فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی، ۸۹، ۳۵-۵۸.
- دمیرچیلی، محمد، حاتمی، علی و قرائی، محسن (۱۳۸۴). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران: انتشارات میثاق عدالت، چاپ چهارم.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۳). حقوق تجارت. جلد اول، تهران: نشر دادگستر، چاپ هشتم.
- عمید، حسن (۱۳۶۳). فرهنگ عمید. جلد دوم، تهران: موسسه انتشارات امیر کبیر.
- عبادی، محمدعلی (۱۳۹۷). حقوق تجارت. تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ سی‌وهفتم.
- عرفانی، محمود (۱۳۹۳). حقوق تجارت به زبان ساده. تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ پانزدهم.
- عیسائی تفرشی، محمد (۱۳۹۶). حقوق شرکت‌های تجاری. جلد اول، تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، چاپ سوم.
- فرحناکیان، فرشید (۱۳۸۸). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سی‌وهفتم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳ الف). حقوق مدنی (اموال و مالکیت). تهران: نشر میزان، چاپ ششم.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳ ب). عقود معین (مشارکت‌ها و صلح). جلد دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم.

گلین مقدم، عیسی (۱۳۸۹). لزوم تجارتي قلمداد شدن معاملات غیر منقول توسط قانون‌گذار. راه وکالت، ۲(۴)، ۱۱۲-۱۱۵.

References

- Abhari, H. (2008). The role of the official document in the sale of real estate. *Journal of Legal Research*, 14, 185-210. (in Persian)
- Afshari, F. (2018). *Business Law*. Tehran: Kitab Shahr Alam Publications. (in Persian)
- Amid, H. (1984). *Amid dictionary*. Second volume, Tehran: Amir Kabir Publishing House. (in Persian)
- Bell, J., Boyron, S., & Whittaker, S. (2008). *Principles of French Law*. Second edition, Oxford: University Press.
- Bermann, G.A., & Picard, E. (2008). *Introduction to French Law*. Hague: Kluwer Law International.
- Demirchili, M., Hatami, A., & Qaraei, M. (2004). *Commercial law in the current legal order*. Tehran: Mithaq Adalat Publications, 4th edition. (in Persian)
- Eakini, R. (2004b). *Commercial law (commercial companies)*. first Volume, Tehran: Samit Publications, 8th edition. (in Persian)
- Ebadi, M.A. (2017). *Business Law*. Tehran: Ganj Danesh Publication, Thirty-seventh edition. (in Persian)
- Erfani, M. (2013) *Business Law in plain language*. Tehran: Mizan Legal Foundation, 15th edition. (in Persian)
- Eskini, R. (2004a). *Commercial law (general, commercial transactions, business and organization of commercial activity)*. Sixth edition, Tehran: Somit Publications. (in Persian)
- Farhanakian, F. (2009). *Commercial law in the current legal order*. Tehran: Mizan Legal Foundation, Second edition. (in Persian)

- Galian Moghadam, I. (2009). The commercial necessity of immovable transactions being considered by the legislator. *Advocacy Way*, 2(4), 112-115. (in Persian)
- Isaaei Tafarshi, M. (2016). *The rights of commercial companies*. First volume, Tehran: Tarbiat Modares University Press, third edition. (in Persian)
- Katouzian, N. (2003). *Introduction to the science of law and the study of Iran's legal system*. Tehran: Publishing Company, Thirty-seventh edition. (in Persian)
- Katouzian, N. (2004a). *Civil rights (property and ownership)*. Tehran: Mizan publication, Thirty-seventh edition. (in Persian)
- Katouzian, N. (2004b). *Certain contracts (partnerships and peace)*. Second volume, Tehran: Ganj Danesh Library, sixth edition. (in Persian)
- Pédamon, M., & Kenfack, H. (2015). *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*. fourth edition, Paris :Groupe Lefebvre Dalloz
- Sotoudeh Tehrani, H. (2004). *Business Law*. Volume 1, Tehran: Judge's Press, 8th edition (in Persian)
- Steiner, E. (2018). *French Law a Comparative Approach*. Second edition, Oxford: University Press.
- Taghipour, B., Hosseini Jalilian, A. (2017). The commercial necessity of considering immovable transactions. *Commercial Research Quarterly*, 89, pp. 35-58. (in Persian)

Comparative Study of the Use of Conciliation in International Commercial Disputes and Its Legal Capacity (Situation) in Iran

Milad Haji Esmaeili

PhD student, Department of Law,
Shahid Beheshti, Tehran, Iran.
Email: miladhsml@gmail.com

Received: 2023-11-03

Accepted: 2024-01-12

Abstract

Nowadays, the use of conciliation as one of the alternative dispute resolutions (ADR) is expanding in many parts of the world. The reason is behind the numerous advantages that this procedure has in its essence for solving commercial disputes with high efficiency. Now the questions that are raised are as follows: Are there any rules of conciliation in Iran or not? If the previous question is positive, are these rules effective? And what are the rules of conciliation in the laws and regulations of other legal systems? As a brief answer, it should be noted that in Iran, despite the existence of legal rules such as conciliation in the civil law and mediation in the civil procedure law, still conciliation as a dispute resolution method has not reached maturity and has not found an independent position among other procedure. This article is based on the premise that the rules of conciliation in the current legal system of Iran are significantly different from the rules of conciliation such as the UNCITRAL model law, the rules of the International Chamber of Commerce, the directives of the European Union, the Singapore Convention or even the national law of Singapore; In such a way that currently it cannot be used as an independent and efficient method in commercial contracts.



Journal of Research and Development in
Comparative Law

Iranian Law and Legal Research Institute

Vol. 6 | No. 21 | Winter 2023
(Original Article)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

[10.22034/LAW.2024.2017107.1278](https://doi.org/10.22034/LAW.2024.2017107.1278)

Therefore, while analyzing the current laws in Iran, with a comparative perspective, the author tries to provide a comprehensive vision of effective regulations in conciliation. Although the principle is on confidential proceedings in the conciliation method, exceptions should also be made. According to the directive of the European Union, the principle of confidentiality is maintained and no person, including the mediator, has the right to disclose the resulting documents except: (a) in cases where this is necessary for the essential considerations of public order of the relevant member state, especially when for it is necessary to ensure the protection of the best interests of children or to prevent harm to the physical or mental integrity of a person; or (b) in cases where disclosure of the content of the agreement resulting from the mediation is necessary for the purpose of implementing or enforcing that agreement. The result of this paper revealed that, Another measure that needs to be fully anticipated is the issue of not being able to refer to the documents and evidence presented by the parties in other proceedings, and this issue originates from the main philosophy of compromise; As it was said, sometimes the parties consider compromise as a method of resolving their dispute, when condemning the other party is not their main goal, and in most cases they want to continue their business relationship with him. In principle, in order to obtain the satisfaction of the other party, they may waive some of their indisputable rights, or accept some of the violations of their obligations, or present reasons and documents to their detriment, so that they can show their goodwill to the other party.

Keywords: *Alternative dispute resolution (ADR), Commercial disputes, Conciliation, Mediation, settlement of agreement*

مطالعه تطبیقی استفاده از سازش در اختلافات تجاری بین‌المللی و ظرفیت (جایگاه) قانونی آن در ایران

میلاد حاجی اسماعیلی

دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق،
دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران،
Email: miladhsml@gmail.com



تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۳

چکیده

امروزه به‌کارگیری شیوه سازش، به عنوان یکی از روش‌های حل و فصل اختلاف جایگزین دادگاه و داور، در بسیاری از نقاط جهان در حال گسترش است. علت آن، مزایای متعددی است که این روش در جوهره خود بر رسیدگی با کارایی بالا به اختلافات تجاری دارد. حال پرسش‌هایی که مطرح می‌گردند بدین ترتیب است که آیا در ایران قواعد سازش وجود دارد یا خیر؟ در صورت مثبت بودن سؤال پیشین، آیا این قواعد کارآمد می‌باشد؟ و قواعد سازش در قوانین و مقررات سایر نظام‌های حقوقی به چه شکل می‌باشد؟ در مقام پاسخی مختصر بایستی متذکر شد که در کشور ایران، علی‌رغم وجود قواعد قانونی مانند صلح در قانون مدنی و سازش در قانون آیین دادرسی مدنی، همچنان سازش به عنوان یک روش حل و فصل اختلاف به بلوغ نرسیده و جایگاه مستقلی در میان سایر روش‌ها پیدا نکرده است. مقاله حاضر بر این مبنا استوار است که احکام سازش در نظام حقوقی حال حاضر ایران، با قواعد سازش همچون قانون نمونه آنستیرال، قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی، دستورالعمل اتحادیه اروپا، عهدنامه سنگاپور و یا حتی قانون ملی سنگاپور فاصله قابل توجهی دارد؛ به نحوی که در حال حاضر نمیتوان آن را به عنوان یک روش مستقل و کارآمد در قراردادهای تجاری استفاده نمود. از این روی نگارنده ضمن واکاوی قوانین حاضر در ایران، با نگاهی تطبیقی، کوششی در ارائه چشم‌اندازی جامع از مقررات‌گذاری مطلوب در سازش دارد.

کلیدواژه‌ها: اختلافات تجاری، اصلاحگری، سازش، سازش‌نامه، روش‌های حل و فصل اختلاف جایگزین، میانجی‌گری.

فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی
بزهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۶ | شماره ۲۱ | زمستان ۱۴۰۲
(مقاله پژوهشی)
www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:
[10.22034/LAW.2024.2017107.1278](https://doi.org/10.22034/LAW.2024.2017107.1278)

مقدمه

تجارت در دنیایی که ما اکنون در آن زندگی میکنیم، یکی از محدود موضوعاتی است که ویژگی‌های فراگیری دارد و حد و حدودی از مرزهای جغرافیایی، فرهنگی، اجتماعی و سیاسی نمی‌شناسد. قطع نظر از رنگ پوست، نژاد، جنسیت و یا دین، آنچه بشریت را گرد یک میز جمع می‌کند، سکه زردفام طلاست. حال از مستلزمات گردش کار چنین پدیده سبکباری آن بوده که تمامی متعلقات آن نیز تا جای ممکن کمترین اصطکاک را با تفاوت‌های آدمی داشته باشند. بی‌شک حقوق، از اساسیترین متعلقات و اعضای جداناپذیر تجارت در تمامی اعصار تاریخ بوده و هست. به همین دلیل بایسته است تا ضمن کنترل و تنظیم خوب روابط، انعطاف‌پذیری در امور حقوقی نیز وجود داشته باشد. مطابق با این فلسفه، لازم است حساسیت‌های کمتری نسبت به قوانین و مقررات داخلی داشته باشیم و نوآوری‌های جهانی را بپذیریم و راحت‌تر از مسائل دیگری مانند احوال شخصیه و یا مقررات جزایی با آن برخورد شود.

از میان مسائل مرتبط با حقوق، یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های حقوقی تجار، مسائل مربوط به حل و فصل اختلاف است؛ در دهه‌های گذشته، زمانی که عیوب دادرسی در دادگاه برای تجار مشخص گردید، سعی شد تا برای برطرف‌سازی این امر، شیوه حل و فصل اختلاف دیگری به نام داوری نمو یابد و اصول نوین داوری در همه جای دنیا از جمله ایران مدون شد. حال در عبور از این برهه تاریخ، تجار سازش^۱ را به عنوان یک روش حل اختلاف با مزایای بسیار بیشتر از داوری پذیرفته‌اند و جامعه‌ی حقوقی در سطح ملی و بین‌المللی نیز مکرراً در واکنش به این استقبال، قواعد خود را به‌روز کرده است. نمونه آن را می‌توان در قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی، آنسیترال، قوانین ملی کشورها و از همه مؤخرتر عهدنامه

1. Conciliation

سازمان ملل متحد درباره موافقت‌نامه‌های حل و فصل بین‌المللی ناشی از میانجی‌گری^۱ سال ۲۰۱۸ که سودای رسیدن به اهداف عهدنامه شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی نیویورک^۲ ۱۹۵۸ برای سازش و میانجی‌گری دارد، پیدا کرد.^۳

با وجود اشاره به اهمیت موضوع و رویه به روز رسانی مداوم مقررات کشورها در این زمینه، در قوانین داخلی ایران اما علی‌رغم پیش‌بینی عقد صلح در قانون مدنی به عنوان عقدی اصیل و مستقل با ماهیت تسالم، همچنان در باب سازش به عنوان روش حل و فصل اختلاف تجاری جای کار دارد؛ به نحوی که اگر طرفین در قرارداد خود و در قسمت حل و فصل آن، تنها سازش را به عنوان روش حل و فصل اختلاف پیش‌بینی کنند، ممکن است در نظم حقوقی حال حاضر کشور، راه به جایی نبرند.

به همین سبب، مقاله حاضر با دغدغه به روزرسانی قوانین مربوط به سازش در ابتدا در قسمت اول سعی در شناخت سازش در دنیای مدرن امروز دارد و پس از نقد و بررسی قوانین فعلی کشور پیرامون سازش در قسمت دوم، با نگاهی تطبیقی، به سراغ ارائه راهکارهای عملی جهت ایجاد یک مقررات‌گذاری نوین در سازش می‌رود.

1. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation

2. United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

۳. سازش و میانجیگری تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند که در ادامه مقاله به آن پرداخته می‌شود؛ اما در کل طبق نظر گروهی از دکتربین، این دو کلمه بار حقوقی یکسانی با یکدیگر دارند و عهدنامه سنگاپور نیز بر طبق همین نظریه عمل کرده است و با این که عنوان آن به کلمه Mediation که به معنای میانجیگری است، اشاره دارد، اما Conciliation یا سازش را نیز در برمی‌گیرد.

۱. شناسایی سازش و جایگاه آن در حل و فصل اختلاف

از بهر تعمیق جایگاه سازش در حل و فصل اختلاف، شایسته است در قدم نخست، جمیع شیوه‌های حل و فصل اختلاف، شناسایی و طبقه‌بندی شوند، آنگاه با تشریح پیدایش سازش و مفهوم آن، جایگاهش میان سایر روش‌های حل و فصل اختلاف تبیین گردد.

۱-۱. طبقه‌بندی روش‌های حل و فصل اختلاف

اختلافات، همزاد آدمی و جزو واقعیات زندگی بشری است. چرا که هر یک از آحاد بشر چشم‌اندازها، منافع و آرمان‌های خود را دارد، از طرز نگرش و انتظاراتی خاصی برخوردار است و بر همین اساس، نگرانی‌ها و منافع هر یک از آن‌ها متفاوت از دیگران است. بنابراین طبیعی است که تعلقات خاص هر یک با تعلقات سایر افراد تداخل نماید و در نتیجه اختلافات پدیدار شوند (درویشی، ۱۳۹۰: ۱۲۲).

بدین سان بدیهی است که در بستر تاریخ، روش‌های مختلفی همگام با حل و فصل اختلاف میان طرفین پدیدار گردد؛ مرسوم‌ترین این روش‌ها عبارتند از مذاکره، میانجی‌گری، سازش، داوری و دادگاه. از میان روش‌های مذکور، گروهی به عنوان دادرسی قضایی نام برده شده و گروهی به عنوان دادرسی دیپلماتیک شناخته می‌شوند. در یک دسته‌بندی جهان‌شمول، حل و فصل قضایی از طریق دادگاه و اخیراً داوری، در دسته دادرسی قضایی قرار گرفته است و باقی روش‌ها از جمله سازش که موضوع این مقاله قرار دارد، در گروه دادرسی دیپلماتیک قرار می‌گیرند (Goldberg, 1985).

خصیصه‌محوری که حد‌تمایز میان دادرسی قضایی با دادرسی دیپلماتیک است، آن بوده که حل و فصل اختلاف در دادرسی قضایی منجر به ایجاد تصمیمی الزام‌آور قانونی از سمت قاضی و یا داور می‌شود و طرفین جز در مقام دفاع از خود، هیچ نقش موثری در تبیین رای نهایی ندارند؛ در صورتیکه در دادرسی دیپلماتیک، عموم مراحل حل و فصل

اختلاف از جمله پذیرش راه حل نهایی، مستلزم نقش و دخالت طرفین است (Galanter, 1983, p.4). در دادرسی دیپلماتیک، نقش افراد در ارائه راه حل نهایی به میزان قابل توجهی پررنگ‌تر از دادرسی قضایی است و مطابق با این شیوه، محکومیت یا بی‌حقی اشخاص یا عدالت و انصاف در اولویت نخست قرار نداشته و چیزی که بر همه امور ارجح است، حفظ روابط میان طرفین در کنار رسیدن به یک نقطه مشترک جهت حل اختلاف با یکدیگر می‌باشد. به همین سبب شایسته است حتی هنگام صحبت درباره روش‌های دیپلماتیک، عوض واژه دعوا از واژه اختلاف استفاده شود.

۲-۱. پیدایش سازش به مثابه دادرسی دیپلماتیک حل و فصل اختلاف

پیش از تعریف سازش، آنچه ضروریست، توجه به تاریخ پیدایش سازش است. هر چند در جوامع مختلفی از جمله جوامع ابتدایی آفریقایی و یا آمریکای مرکزی از گذشته‌ای دور تا به امروز، سازش به عنوان یک شیوه حل و فصل اختلافات به طرق متنوعی مورد استفاده قرار می‌گرفته و صورت‌های متفاوتی از آن حتی امروزه نیز قابل مشاهده است (Barret, 2004, p.2)، اما بایستی اذعان داشت که در طول تاریخ و تا سده اخیر، سازش به آن معنایی که امروزه وجود دارد، استفاده نمی‌شد. به عنوان مثال، در اسلام به این روش بسیار تاکید شده است و در ایران اقدام به اصلاح ذات‌البین، صلح، اصلاحگری، آشتی، مصالحه و تصفیه که مشابه روش‌های سازش موضوع این نوشتار هستند، در فرهنگ عرفی جامعه ایران عمیقاً ریشه داشته‌اند؛ اما در خصوص تعریف مشخص آن، چگونگی انجام یا اجرای آنها قواعد منظم و مدونی وجود ندارد (نیکبخت و ادیب، ۱۳۹۵: ۶۱). در نظام حقوقی ایران نیز در مواد ۱۷۸ تا ۱۹۳ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی به قواعدی تحت عنوان «سازش» و مواد ۷۵۲ تا ۷۷۰ قانون مدنی ایران، به عنوان «صلح»

اختصاص دارد؛ اما همان طور که در ادامه مقاله بررسی می شود، این تعاریف، با تعاریف مدرنی که در نهادهای بین المللی از سازش ایجاد گشته اند، متفاوت است.

پیدایش سازش (Conciliation) مدرن، مطابق با تعریف و کارکرد مشخص در سطح حقوق بین الملل و با عنوان یکی از روش های دیپلماتیک حل و فصل اختلاف، به اواخر قرن بیستم برمی گردد (Reif, 1990, p.580). کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد^۱ (آنسیترال) در چهار دسامبر ۱۹۸۰ اقدام به تدوین قواعد اصلاحگری با عنوان «قواعد اصلاحگری آنسیترال» نمود که به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید.^۲ سپس در سال ۲۰۰۲ قانون نمونه ای تحت عنوان «قانون نمونه اصلاحگری تجاری آنسیترال»^۳ تدوین کرد تا در وضع قانون ملی در مورد اصلاحگری مورد استفاده و الگوبرداری کشورها قرار گیرد و آخرین اصلاحی که آن در زمان نگارش این مقاله در سال ۲۰۱۸ صورت گرفته است. اتاق بازرگانی بین المللی^۴ نیز از سال ۱۹۷۵ در قواعد حل و فصل اختلاف خود، قواعد سازش را نیز گنجانده و متعاقباً در سال ۲۰۰۱ قواعد عامتری تحت عنوان قواعد «حل و فصل دوستانه دعاوی»^۵ به جای آن معرفی کرد. قواعد اخیر نیز از اول ژانویه ۲۰۱۴ جای خود را به «قواعد میانجی گری ۲۰۱۴ اتاق بازرگانی بین المللی»^۶ داده اند.

1. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

2. General Assembly Resolution 35/52

3. Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law with Guide to Enactment and Use, United Nations, New York, 2002.

4. International Chamber of Commerce (ICC)

5. Amicable Dispute Resolution (ADR)

6. ICC Mediation Rules 2014

۳-۱. تعریف سازش و تمایز آن با مفهوم میانجی‌گری

پس از واریسی تاریخ پیدایش سازش مدرن در بخش پیشین، نوبت به تعریف سازش (Conciliation) و تمایز آن با مفهوم میانجی‌گری (Mediation) می‌رسد. تا به اکنون در مجامع بین‌المللی، تعابیر متعددی از سازش و میانجی‌گری صورت گرفته است. برخی اصطلاحگری و میانجی‌گری را مشابه دانسته و معتقدند که بدین علت که در هر دو روش غالباً از اصول و آئین مشابهی تبعیت می‌شود، بنابراین این دو اصطلاح به جای هم قابل استعمال می‌باشند (شیروی، ۱۳۸۵: ۴۶). از همین حیث در اسناد بین‌المللی مکرراً واژه Mediation که ترجمه آن میانجی‌گری می‌باشد به نمایندگی از دو مفهوم سازش و میانجی‌گری آورده می‌شود. برای نمونه، کنوانسیون سنگاپور سازمان ملل متحد، در بند ۳ ماده ۲ خود بی‌آنکه اشاره‌ای به سازش نماید، میانجی‌گری را بدین صورت تعریف میکند: «میانجی‌گری به روشی گفته می‌شود که طرفین فارغ از عبارات و اصول دادرسی مورد استفاده، تلاش میکنند تا به حل و فصل دوستانه اختلاف خود برسند و این کار با ارائه راه حل از سوی شخص (اشخاص) ثالثی که فاقد صلاحیت تحمیل اراده خود هستند (میانجیگر) صورت می‌پذیرد.»^۱ بند ۲ ماده یک قانون نمونه اصطلاحگری آنسیترال^۲ و بند یک ماده ۳ دستورالعمل میانجی‌گری اتحادیه اروپا^۳ نیز میان واژه اصطلاحگری و میانجی‌گری فرقی قایل نشده‌اند. همچنین، ماده ۳ قانون ملی میانجی‌گری سنگاپور

1. "Mediation" means a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons ("the mediator") lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute. Article 2(3) in United Nations, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation. United Nations: New York, 2019.

2. Article 1(2) Application of the Rules in UNCITRAL Mediation Rules, United Nations: Vienna, 2021.

3. See Article 3(a) in Directive 2008/52/Ec of The European Parliament and of The Council Of 21 May 2008. On Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters.

مصوب سال ۲۰۱۷ نیز چنین اشاره دارد که «میانجی‌گری به معنای روشی است که شامل یک یا چند جلسه دادرسی می‌باشد و در آن یک یا چند میانجیگر به طرفین اختلاف کمک میکنند تا همه یا هر یک از موارد زیر را به منظور تسهیل حل و فصل کل یا بخشی از اختلاف انجام دهند: (الف) موضوعات مورد اختلاف را شناسایی کنند؛ (ب) گزینه‌های روی میز طرفین را جستجو و ارزیابی کنند؛ (ج) با طرفین ارتباط برقرار کنند. (د) داوطلبانه به توافق برسد.»^۱ بنا به تعریف دیگر که در عرصه روابط دولت‌ها مطرح شده است، سازش روشی است که در آن شخص یا کمیسیونی که فاقد قدرت سیاسی است صرفاً با برخورداری از اعتماد طرفین، اختلاف را به طور همه جانبه بررسی کرده و راه حل غیرالزام‌آوری را پیشنهاد می‌نماید (Reif, 1990, p.582).

با تجمیع تعاریف مذکور و چنانچه دو مفهوم سازش و میانجی‌گری را یکسان تلقی کنیم، می‌توان سازش و میانجی‌گری را روش‌های حل و فصل اختلاف دوستانه و اختیاری دانست که در آن یک شخص ثالث بدون داشتن نفوذ بیرونی بر طرفین و صرفاً با برخورداری از اعتماد آنها، اختلاف را به طور همه جانبه و با در نظر گرفتن کلیه جنبه‌های حقوقی و غیرحقوقی آن بررسی کرده و با ارائه راه حل‌های غیرالزام‌آور تلاش میکند توافق طرفین نسبت به یک راه حل را جلب نماید. راه حل‌های پیشنهاد شده ممکن است تماماً یا بعضاً حقوقی و منطبق با قانون باشد با این حال، ملاحظات حقوقی هدف اصلی نبوده و حتی ممکن است راه حل پیشنهادی اساساً با راه حل‌های حقوقی اختلاف فی‌مابین همخوانی نداشته باشد، چرا که اولویت و هدف اصلی اصلاحگر یا میانجیگر، حل اختلاف طرفین است (Cot, 1968, p.8).

1. See Article 3 in Mediation Act 2017, The Statutes of the Republic of Singapore. 2020 Revised Edition.

با این همه، با توجه به تعاریف و ادراک رایج از این دو اصطلاح در حقوق ایران و در صورت تمایل به تفکیک این دو مفهوم از یکدیگر، مرز انفصال این دو ماهیت از یکدیگر، میزان دخالت شخص میانجیگر و اصلاحگر می‌باشد. در صورتی که میزان رسمیت و قاعده‌مندی فرایند حل اختلاف زیاد بوده و شخص ثالث فعالانه برای یافتن راه حل و اقناع طرفین به پذیرش آن تلاش نماید، این روش «اصلاحگری» نامیده می‌شود و در صورتی که تشریفات کم و غیررسمی بوده و شخص ثالث صرفاً مذاکره بین طرفین را تسهیل کند تا آنها خود به یک راه حل دست یابند «میانجی‌گری» نامیده می‌شود.

۴. وضعیت سازش در نظام حقوقی ایران

بررسی تاریخیچه سازش در ایران را بایستی به دو بخش سازش در فقه و سازش در دوران جدید تقسیم نمود؛ در رابطه با فقه، هر چند در میان احادیث، مواردی بر اهمیت صلح و سازش میان مسلمین به چشم می‌خورد،^۱ لیک بایستی اظهار داشت که صلح مورد اشاره، نتیجه و توافق حاصل از سازش است و قواعد و یا هنجارهایی درباره چگونگی اجرای اصول سازش قابل یافت نیست. با این وجود تنبعی پیرامون آن، می‌تواند از دیدی ماهوی سازش مفید به فایده باشد. در دوران جدید اما، استفاده از سازش به عنوان یکی از روش‌های حل و فصل اختلاف در قوانین و مقررات ایران قابل مشاهده است. قانون مربوط به تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره یا همان قانون نفت ۱۳۳۶ برای اولین بار در صنعت نفت، در ماده ۱۴^۲ از لفظ سازش به عنوان یکی از روش‌های حل و فصل

۱. "إِنَّ أَفْضَلَ الصَّدَقَةِ إِصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيْنِ". مواظ عددیه، ص ۱۹ یا "إِصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيْنِ أَفْضَلُ مِنْ عَامَّةِ الصَّلَاةِ وَالصَّيَامِ نَهْجُ الْبَلَاغَةِ" نامه ۴۷.

۲. ماده ۱۴ قانون نفت ۱۳۳۶ - اختلافاتی که بین شرکت ملی نفت ایران و طرفهای دیگر پیش آید چنانچه از طریق مذاکره دوستانه به نحوی که در هر قرارداد پیش‌بینی خواهد شد رفع نشود از طریق سازش و داوری حل خواهد شد. مقررات مربوط به ارجاع اختلافات به سازش و داوری در هر قرارداد به نحو مقتضی پیش‌بینی می‌گردد.

اختلاف استفاده نمود.^۱ از جمله موارد دیگر استفاده از سازش می‌توان به آیین‌نامه میانجی‌گری در امور کیفری مصوب ۱۳۹۴؛ قانون موافقت‌نامه موقت تشکیل منطقه آزاد تجاری بین جمهوری اسلامی ایران و اتحادیه اقتصادی اوراسیا و کشورهای عضو مصوب ۱۳۹۸؛ دستورالعمل ساماندهی رسیدگی به پرونده‌های بازار سرمایه ایران مصوب ۱۳۹۹ و درنهایت نیز تصویب‌نامه هیئت وزیران در خصوص مجاز بودن وزارت دادگستری نسبت به امضای عهدنامه سازمان ملل درباره موافقت‌نامه‌های حل و فصل بین‌المللی ناشی از میانجی‌گری (عهدنامه سنگاپور) به شماره ۱۰۶۵۶ و مصوب ۱۳/۰۵/۱۳۹۸ اشاره نمود. جدای از قوانین و مقررات فوق که تأکیدشان بر استفاده از سازش بود، قانون شوراهای حل اختلاف مصوب ۱۳۹۴ با پیش‌بینی تأسیس مکانی جهت سازش ایجاد شد و در ماده یک آن اشاره نموده است که: «به منظور حل اختلاف و صلح و سازش بین اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی، شوراهای حل اختلاف که در این قانون به اختصار «شورا» نامیده می‌شوند، تحت نظارت قوه قضائیه و با شرایط مقرر در این قانون تشکیل می‌گردد.» با این وجود در این قانون به صرف تلاش شورا برای صلح و سازش و تنظیم گزارش اصلاحی در صورت حصول توافق اشاره شده است و بقیه مواد آن راجع به قواعد سازمانی و تشکیلاتی صلاحیت شورا و آیین دادرسی و غیره است.

با این همه، نقطه اصلی مفقودی همچنان واکاوی ماهیت سازش در نظام حقوقی ایران می‌باشد. از این رو لازم است تا در باب تعریف سازش به قوانین مادر، یعنی قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی رجوع نمود. آنچه مورد هدف نگارنده در این بخش است، کشف این حقیقت می‌باشد که آیا قانون مدنی در بخش ماهوی عقد صلح و قانون آیین دادرسی

۱. نکته جالب توجه آنکه که در قوانین نفتی آتی، یعنی قانون نفت مصوب ۱۳۵۳، ۱۳۶۶ و ۱۳۹۰، از سازش به عنوان روش حل و فصل اختلاف، سخنی به میان نیامده است و قانون نفت ۱۳۳۶ تا به اکنون، یگانه قانون صنعت نفت و گاز بوده که سازش را در حل و فصل اختلاف پیش‌بینی نموده است.

مدنی در بخش شکلی آن، توانسته است ظرفیت موجود در سازش را از دید بین‌المللی پوشش دهد یا خیر؟

۴-۱. شناسایی صلح در قانون مدنی و واکاوی امکان به‌کارگیری ماهوی از آن در سازش

عنوان صلح، فصل هفدهم قانون مدنی را ذیل مواد ۷۵۲ تا ۷۷۰ به خود اختصاص داده است. لیکن، در هیچ یک از این مواد، تعریف واضح و روشنی از عقد صلح به عمل نیامده است؛ زین سبب رواست تا براساس فقه امامیه اقدام به تعریف صلح نمود. صلح به معنی آشتی، سازش و حل و فصل می‌باشد که البته مقابل حرب و جنگ آمده است (موسوی خمینی، ۱۴۳۴: ۵۹۷). مشهور فقها در تعریف عقد صلح اظهار داشته‌اند که صلح اصطلاحاً عبارت است از تراضی بر امری، خواه تملیک عین باشد یا منفعت، یا اسقاط دین و یا حق و یا غیر آن (مجد آبادی فراهانی و اصغری، ۱۴۰۱: ۱۲۴).

ضمن مذاقه در مواد فصل هفده، موضوعی که در وهله نخست نمایان می‌گردد، اختلاط دو مفهوم متمایز صلح ذیل یک فصل می‌باشد. قانون مدنی، صلحی که در مقام معامله و یکی از شقوق عقود معین می‌باشد را با صلحی که در مقام رفع تنازع و به عنوان روش حل و فصل اختلاف است، در کنار یکدیگر آورده است و هیچ تلاشی در ترسیم مرز مشخص آن دو از یکدیگر ندارد (احمدوند و مقامی، ۱۴۰۰: ۱۰۱). ریشه چنین اختلاطی در لزوم یا عدم لزوم وجود یا احتمال بروز نزاع قبل از انعقاد صلح قابل بررسی است. مطابق با نظر عده قلیلی از فقها (موسوی خمینی، ۱۴۳۴: ۱۸۴) و نظام حقوقی مصر و فرانسه (منصوری و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۳۵)، نقش نزاع در انعقاد عقد صلح، نقشی محوری و اساسی است، با این حال نظر مشهور فقهای امامیه بر آن است که وجود نزاع در انعقاد عقد

صلح شرط نیست. برای رفع چنین نزاعی بایسته است موضع قانون مدنی در رابطه با آن روشن گردد.

در ابتدای فصل مرتبط با صلح در قانون مدنی، ذیل ماده ۷۵۲ اشاره می‌گردد که «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.» از چنین تعریفی آن‌طور بر می‌آید که قانون مدنی نیز نظری مشابه با نظام حقوقی فرانسه و مصر داشته و انعقاد عقد صلح را لزوماً در مورد نزاع موجود یا محتمل کاربردی می‌داند. با این وجود، برخی از نویسندگان بر این باورند که کلمه «یا» در متن اصلی ماده ۷۵۲ سهواً جا افتاده است و از همین رو در قانون مدنی مصحح استادان حقوق در ماده ۷۵۲ بجای عبارت «جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله» کلمه «یا» اضافه شده و عبارت به صورت «تنازع احتمالی یا در مورد معامله» نقل شده است ((منصوری و همکاران، ۱۴۰۱: ۱۶۰).

به هر صورت چه برمبنای فکری افتراق عقد صلح و وجود نزاع (نظر مشهور فقها) پافشاری کرد و چه مانند نظام حقوقی فرانسه و مصر و منطوق قانون مدنی، قائل به وجود نزاع جهت شکل‌گیری عقد صلح شد؛ آنچه مورد تایید اکثر فقهای متأخر و معاصر است آن بوده که مُنشاء در عقد صلح، تسالم و تراضی است (نایینی، ۱۳۷۳: ۳۴). هر چند در همه عقود تسالم و تراضی وجود دارد اما، در سایر عقود، مُنشاء که ماهیت یک عقد است و معیار تمایز آن از سایر عقود تجلی می‌یابد، امر دیگری است. به عنوان مثال، در عقد بیع منشاء، تملیک عین به عوض است و در اجاره، مورد انشاء واقع می‌شود به تملیک منفعت به عوض. سخن کوتاه آنکه وجود چنین اعتباری در جوهره صلح، آن‌هم در قالب یک عقد لازم (ماده ۷۶۰ قانون مدنی)، بدین معناست که فقه اسلامی از لحاظ ماهوی، بستری برازنده برای به‌کارگیری سازش مهیا نموده است که علاوه بر حل و فصل اختلافات موجود و یا احتمالی، خود به عنوان عقدی اصیل و مستقل محسوب می‌گردد که می‌تواند با در نظر گرفتن مفهوم

و ماهیت تسالم، ثمره بسیاری از عقود را بدون آنکه تشریفات و محدودیت‌های عقود مذکور را به دنبال داشته باشد به بار می‌آورد (عالی‌پناه و زیار، ۱۳۹۶: ۹۲)؛ منتها آنچه همچنان نابالغ است چگونگی به کارگیری احکام سازش است که در بخش بعدی و بررسی آیین دادرسی مدنی بدان پرداخته می‌شود.

۴-۲. شناسایی سازش در آیین دادرسی مدنی و واکاوی امکان به کارگیری شکلی از آن در سازش

فصل نهم آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مجلس شورای اسلامی ایران در قالب دو مبحث، سازش و نحوه درخواست آن را پوشش داده است. طبق ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی طرفین می‌توانند در هر مرحله‌ای از دادرسی، دعوی خود را از طریق سازش خاتمه دهند.^۱ از همین رو، سازش ممکن است قبل از تحقق دعوا، بعد از آن و یا حتی خارج از فرایند دادگاه^۲، به وقوع بپیوندد (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۳).

در صورت درخواست سازش قبل از اقامه‌ی دعوا، قانون آیین دادرسی مدنی چنین پیش‌بینی نموده است که یکی از طرفین اختلاف می‌تواند از دادگاه درخواست نماید تا نقش واسطه را داشته باشد و مشکل و اختلاف میان طرفین با وساطت دادگاه فیصله یابد و طرفین به توافق برسند. روند رسیدگی بدین نحو است که طرفین به دادگاه دعوت می‌شوند و در نامه‌ی دادگاه بایستی دعوت خوانده به سازش قید شود.^۳ مرجع درخواست سازش

۱. توضیح آنکه منظور از مرحله، مرحله بدوی و تجدیدنظر می‌باشد ولی در مرحله فرجامی سازش امکان ندارد چراکه رسیدگی ماهوی صورت نمی‌گیرد (عالی‌پناه و زیار، ۱۳۹۶: ۷۳).

۲. در رابطه با سازش خارج از فرایند دادگاه می‌توان به سازش در مراجع سازش، هیئت حل اختلاف، جریان داوری، دفتر اسناد رسمی و یا سازش به صورت کدخدا منشا نه اشاره نمود. نکته قابل توجه آنکه آیین دادرسی مدنی هیچ اشاره‌ای به سازش خارج از فرایند دادگاه ندارد.

۳. ماده ۱۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی

دادگاه نخستین است، درخواست باید کتبی بوده و در دفتر ثبت دادخواست‌های دفتر کل ثبت شود. این درخواست در دو نسخه تنظیم شده و نسخه‌ای از آن به خواننده ابلاغ می‌گردد و هزینه‌ی این درخواست برابر دعاوی غیر مالی است. طرف احضار شده برای سازش می‌تواند از حضور در دادگاه استنکاف نماید یا کتباً اعلام کند که حاضر به سازش نیست و چنین دعوتی را نپذیرد یا اینکه در دادگاه حاضر شود اما از سازش خودداری نماید. در صورتیکه طرفین حاضر به سازش نباشند، دادگاه آنها را به اقامه‌ی دعوای راهنمایی میکند. در صورت وقوع صلح و سازش بین طرفین دعوا، قرارداد سازش عقدی لازم تلقی می‌شود به این معنی که طرفین ملزم به رعایت آن هستند و هیچ یک از طرفین نمی‌تواند چنین سازشی را فسخ کند مگر در مواردی که قانون مشخص کرده است.

قسم دوم، سازش بعد از تحقق دعواست و منظور زمانی است که دعوا در دادگاه اقامه شده است اما طرفین مایل هستند که اختلاف خود را با سازش و توافق پایان دهند.^۱ اگر چنانچه خواهان به منظور اعمال حق دادخواهی خود و صدور رای مقتضی به دادگاه مراجعه کند، در این صورت نزاع و اختلاف وارد مرحله دعوی شده است، در این مرحله اگر طرفین به هر دلیلی نسبت به خواسته دعوای با یکدیگر به مصالحه و سازش رسیدند، سازش‌نامه‌ای بر مبنای توافق طرفین توسط قاضی تنظیم می‌شود. در این حالت سازش در حضور قاضی انجام می‌شود و بر مبنای آن، گزارش اصلاحی توسط قاضی محکمه تنظیم و صادر می‌گردد (طهرانچیان، ۱۳۹۷: ۸۲).

انتقادی که به هر دو حالت فوق از سازش در قانون آیین دادرسی مدنی وارد می‌شود آن است که طرفین بایستی درخواست سازش خود را در همان دادگاه و همان قاضی‌ای که صلاحیت رسیدگی قضایی به پرونده را دارد مطرح کنند که این موضوع در تضاد با ماهیت سازش به دلایل آتی‌الذکر قرار می‌گیرد. در رسیدگی قضایی اصل بر آن است که قاضی

۱. ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی

نباید به دنبال ادله باشد و فقط در طی یک رسیدگی توافقی، به آن میزان ادله‌ای که طرفین مطرح می‌کنند اکتفا کرده و بر اساس آن رای دهد؛ در صورتی که در رسیدگی از طریق سازش، اصلاحگر بایستی به تبع ماهیت سازش میان طرفیت به یک نقطه اشتراک برسد تا بتواند یک راه حل عملی را پیدا کند و در این راستا بایستی سعی در کشف حقایق و ادله‌های موجود در طرفین کند. از طرفی دیگر طرفین اختلاف هنگامی که سازش را انتخاب می‌کنند، عموماً خواستار پایان اختلاف میان خود و رسیدن به یک صلح جهت ادامه رابطه خود هستند و در این راستا ممکن است، برای رسیدن به چنین چیزی از بخشی از حقوق خود صرف نظر کرده یا حتی ادله‌ای را بر علیه خود به شخص سازشگر ارائه دهند تا نظر طرف مقابل را برای ادامه همکاری به دست آورند، در صورتیکه همین کار در سیستم قضایی به عنوان یک اقرار علیه خود شناخته می‌گردد و طرف مقابل می‌تواند به راحتی و به عنوان مستحکم‌ترین دلیل خود به آن اشاره کند، بدون آن که از ادعای خود بکاهد. بنابر دو دلیل اشاره شده، ترکیب میان رسیدگی قضایی و سازش باعث می‌شود که طرفین از ترس این که ممکن است سازش به سرانجام نرسد، با اصلاحگر خود که همان قاضی پرونده می‌باشد هیچ همکاری مثبتی نداشته باشد.

مورد دیگری که به عنوان انتقادی بر عملکرد سازش در قانون آیین دادرسی مدنی مطرح می‌گردد این است که برخلاف بند ۱ ماده ۵ قانون نمونه آنسیترال که وجود حداقل یک سازشگر را در روند سازش ضروری دانسته است، در حقوق ایران وجود سازشگر به عنوان رکن اصلی سازش محسوب نمی‌گردد (عالی‌پناه و رضی، ۱۳۹۶: ۸۶)؛ همان‌طور که از تعاریف آنسیترال و اتاق بازرگانی بین‌المللی بیان شد، فرد اصلاح‌گر یک شخص ثالث است که با در نظر گرفتن کلیه جنبه‌های حقوقی و غیر حقوقی اختلافات را به طور همه جانبه بررسی کرده و سعی در ارائه راه حل و تلاش برای کسب توافق طرفین می‌کند؛ در صورتیکه در سازش که در آیین دادرسی مدنی مطرح شده، هیچ پیش‌بینی‌ای جهت اقدامات و

عملکرد قاضی مترتب نشده است و عملاروند کار بدین صورت است که گویا آیین دادرسی مدنی به جای سازش، مفهوم میانجی‌گری را تداعی میکند زیرا طرفین بدون دخالت موثر نقش ثالث صرفاً در بستر دادگاه اقدام به توافق و حل اختلافات خود میکنند بدون آن که قاضی پرونده موظف به وظایفی باشد که یک شخص ثالث در روش حل و فصل اختلاف سازش بایستی به آن عمل کند.

۵. ارائه چشم‌اندازی جامع از مقررات‌گذاری مطلوب پیرامون سازش

در این بخش با توجه به یافته‌های موجود در نظام‌های حقوقی و قواعد و مقرراتی همچون قانون نمونه آنسیترا، اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس، دستورالعمل اتحادیه اروپا و عهدنامه سنگاپور، کوششی در ارائه چشم‌اندازی جامع از مقررات‌گذاری مورد نیاز است.

۵-۱. شناسایی موافقت‌نامه سازش

نخستین موردی که بایستی در مقررات‌گذاری به آن توجه شود، شناسایی و تعریفی جامع از یک موافقت‌نامه صحیح سازش است. فارغ از شرایط عمومی صحت قرارداد، قانون ملی سنگاپور در بند ۴ ماده ۴ خود نکات درخود توجهی را پیرامون صحت یک موافقت‌نامه سازش مطرح کرده است.^۱ مطابق با بند یک این قانون، طرفین مخیرند توافق کنند که کل و یا بخشی از اختلافات خود را به سازش ارجاع دهند. موافق با چنین ابتکاری، طرفین آزادی کامل دارند تا بخشی از اختلافات خود را به دادگاه و یا داوری و بخشی دیگر را به سازش ارجاع دهند. نکته کارآمد این دوراندیشی آن است که افراد ممکن است تنها به دلیل بخش اندکی از اختلافات غیرقابل سازش، خود را از مجموع مزایای سازش محروم سازند؛

1. Article 4(4) in Mediation Act 2017, The Statutes of the Republic of Singapore, 2020 Revised Edition.

در حالیکه با تقسیم کل اختلاف به اجزاء کوچک‌تر، بخش‌های قابل ارجاع به سازش تفکیک شده و از مزایای سازش بهره گرفته می‌شود. از جمله موارد دیگر آن که مقررات‌گذار بایستی در رابطه با کتبی و یا شفاهی بودن موافقت نامه تعیین تکلیف کند و مشخص شود که آیا توافق نامه تنها در صورت کتبی بودن معتبر است و یا توافق شفاهی نیز مورد قبول است. همچنین لازم است گستره تعریف کتبی بودن مشخص شود و شایسته است به موافقت نامه‌های ایجاد شده توسط داده‌های الکترونیک نیز به اقتضاء جهان امروز به قانون تجارت الکترونیک ایران استناد شود. استقلال شرط سازش در صورتیکه ذیل موافقتنامه اصلی آمده باشد نیز از جمله دیگر موارد مورد نیاز پیش بینی قانون‌گذار است.

۵-۲. نحوه انتصاب، اوصاف و وظایف سازشگر

گفته شد مطابق بند ۱ ماده ۵ قانون نمونه آنسیترال وجود حداقل یک سازشگر در روند سازش ضروری است^۱ و طرفین مخیرند علاوه بر انتخاب خود، انتصاب سازشگر را به شخصی ثالث (نظیر یک سازمان) واگذار نمایند (مطابق با بند ۳ ماده ۵ قانون نمونه)؛ این درحالی است که در حقوق ایران وجود سازشگر به عنوان رکن اصلی سازش محسوب نمی‌گردد و به تبع آن، قانون‌گذار توجهی به اوصاف سازشگر نداشته است. لیک، همان‌گونه که در انتقاد به یکسان بودن شخصیت سازشگر با قاضی اشاره شد؛ (رجوع کنید به بخش ۲/۳). قانون‌گذار بایستی ابعاد شخصیتی سازشگری مستقل را مورد توجه قرار دهد. براینند پذیرش وجوب رکن سازشگر تبعاً زمینه‌ساز پرسش‌هایی ازین قبیل می‌گردد که یک سازشگر بایستی واجد چه اوصافی باشد؟ به عنوان مثال آیا سازشگر باید الزاماً تحصیل کرده رشته حقوق باشد؟ مطابق آنچه فی الحال در آزمون‌های مرکز توسعه حل اختلاف قوه

۱. مگر آنکه طرفین به تعداد دو یا بیشتر سازشگر توافق کنند.

قضایه برای دریافت پروانه میانجی‌گری وجود دارد، تنها متقاضیانی که در رشته‌های حقوقی، فقهی، علوم تربیتی، روانشناسی، مشاوره و مددکاری تحصیل نموده‌اند توانایی شرکت در آزمون و کسب پروانه مذکور را دارند.^۱ چنین محدودیتی به نظر می‌رسد با ماهیت سازش می‌تواند در تضاد باشد. زیرا همان‌طور که گفته شد ماهیت سازش چه از دید بین‌المللی و چه از دید فقهی، رسیدن به تسالم و صرف حل اختلاف است و چه بسا در این زمینه مهندسين خبره در موضوعی فنی بتوانند شایسته‌تر از فردی حقوقی طرفین را به حل اختلاف و از سرگیری رابطه تجاری خود سوق دهند. از همین روی، اصولاً در هیچ‌یک از قواعد بین‌المللی، لزوم تحصیلات آکادمیک سازشگر از اساس مطرح نمی‌گردد و تنها چیزی که مورد توجه قرار گرفته است، صفت بی‌طرفی^۲ و استقلال^۳ سازشگر است.

حال در باب اینکه استقلال و بی‌طرفی به چه معناست و چه تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند، نویسندگان متعددی سخن گفته‌اند (اسدی نژاد، ۱۳۹۱: ۴)؛ ماحصل چنین نوشتارهایی که عمدتاً پیرامون داوری تمرکز دارد و می‌تواند به سازش نیز تعمیم یابد آن است که بی‌طرفی نوعی عدم وابستگی درونی و روانی سازشگر به طرفین بوده، در حالیکه استقلال بیشتر جنبه عینی داشته و عواملی مانند رابطه استخدامی سازشگر با یکی از طرفین، از جمله خصیصه‌های مطرح عدم استقلال است. در هر صورت، بند ۵ ماده ۵ قانون نمونه آنسیترا، بدون توصیف این دو واژه و ذکر تفاوت‌های آن دو، بیان می‌دارد که شخص سازشگر از زمان انتصابش و در طول روند سازش، باید هر اوضاع و احوالی را که موجب از

1. <https://www.ekhtebare.ir/%D8%B4%D8%B1%D8%A7%DB%8C%D8%B7-%D9%88-%D9%86%D8%AD%D9%88%D9%87-%D8%AF%D8%B1%DB%8C%D8%A7%D9%81%D8%AA-%D9%BE%D8%B1%D9%88%D8%A7%D9%86%D9%87-%D8%A8%D8%A7-%D8%A2%D8%B2%D9%85%D9%88%D9%86-%D8%AF%D8%A7%D9%88/>

(مراجعه شده در تاریخ ۱۴۰۲/۱۰/۱۹)

2. Impartiality

3. Independence

بین بردن بی‌طرفی و یا استقلال او می‌شود بدون تاخیر به طرفین فاش کند مگر آنکه طرفین از قبل توسط وی، از آن اوضاع و احوال مطلع شده باشند. پس از شرح اوصاف سازشگر، اینک پاسخ به آنکه یک سازشگر در طول فرایند سازش چه وظایفی دارد، جای تامل و بحث دارد، گروهی از نویسندگان وظایف سازشگر را بدین شرح تبیین نموده‌اند:

در گام نخست سازشگر بایستی بی‌اعتمادی میان طرفین اختلاف را رفع نماید؛ سپس مسائل مورد اختلاف را تشخیص داده و در ارائه پیشنهاد و گزینه‌های گوناگون برای حل و فصل اختلاف خلاقیت داشته باشد؛ آنگاه پیشنهادات خود را با طرفین در میان گذاشته و از طریق مذاکره میان طرفین، پیشنهادات را جرح و تعدیل نماید تا جایی که بتواند پیش‌نویس سازش‌نامه را با کمک طرفین تهیه نماید؛ با درج مذاکرات روی کاغذ و گرفتن امضا طرفین، سازش‌نامه مهیا می‌گردد و در گام واپسین، بایستی تکلیف‌پرونده در مراجع داور و یا قضایی (در صورت وجود) را تعیین نموده و روند اجرا سازش‌نامه (و اصلاح آن در صورت نیاز) را پی‌گیری نماید. (شیروی، ۱۳۹۱: ۴۹۳).

۵-۳. تاسیس یک سازمان مستقل

جدای از سازش به صورت موردی؛^۱ تاسیس یک سازمان و دیوان مستقل برای سازش یکی از علل ترویج این روش برای افراد در رجوع به آن برای حل و فصل اختلافات تجاری خود است. برای روشن‌تر شدن موضوع می‌توان به مراحل که داور در طول زمان برای سازمانی شدن خود در کشور طی کرد اشاره کرد؛ در سال ۱۳۶۹ مجلس شورای اسلامی، قانون تشکیل اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران را تصویب نمود و پس از آن و در بستر همان اتاق در سال ۱۳۸۰ قانون اساسنامه مرکز داور اتاق ایران توسط مجلس شورای

1. Ad-hoc

اسلامی تصویب شد. این مصوبات باعث مشروعیت داوری سازمانی در کشور شد که به ترویج آن میان افراد برای امور تجاری کمک زیادی کرد و امروزه مرکز داوری اتاق ایران می‌تواند سازمان داوری مطرح با پشتوانه قانونی باشد و تجار در قراردادهای خود عموماً اختلافات خود را به این سازمان ارجاع دهند.

با توجه به اینکه در حال حاضر همان مرکز داوری اتاق بازرگانی قواعدی جهت میانجی‌گری تنظیم کرده است که طرفین می‌توانند برای حل اختلافات خود به آن مرکز مراجعه کنند. اما وجود تفاوت‌های اساسی سازش و داوری موجب ورود خدشه به استقلال سازش می‌گردد.

ایجاد سازمانی مستقل برای سازش در سطح جهانی و به دلیل اهمیت روزافزون سازش در مقابل دیگر روش‌های حل و فصل اختلاف تا حدودی مرتفع شده است، به عنوان مثال اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس که یکی از مطرح‌ترین نهادهای خصوصی برای اشخاص در حل و فصل اختلافات تجاری خود در سطح بین‌المللی است، علاوه بر مرکز داوری خود که برای سالیان زیادی میزبانی داوری اختلافات تجار بوده است؛ در راستای ترویج سازش، نهادی مستقل با نام مرکز بین‌المللی اتاق بازرگانی بین‌المللی برای دعاوی دوستانه^۱ تشکیل داده است که این امر مهر تاییدی بر ضرورت ایجاد یک سازمان مستقل برای سازش در قوانین داخلی کشور می‌باشد.

پیش‌بینی سازمان‌های مستقل میانجی‌گری در قانون ملی سنگاپور ذیل ماده ۷ نیز پیش‌بینی شده است و به نخست‌وزیر اجازه داده شده است تا با رعایت شرایط و ضوابطی که مقتضی می‌داند به اشخاص و موسسات ارائه دهنده خدمات، گواهی تایید شده برای ثبت

1. ICC International Centre for Amicable Dispute Resolution.

قانونی فعالیتشان اعطا نماید. لازم به ذکر است که چنین اطلاعاتیهایی لازم است در روزنامه منتشر شود.^۱

۵-۴. تخصیص سازش به اختلافاتی با ماهیتی تجاری بین‌المللی

برای آن که بتوان از تمام پتانسیل موجود در سازش استفاده کرد و کمترین میزان اصطکاک با قوانین آمره و نظم عمومی کشور را داشت، بایستی دامنه تعریف و محدوده مقررات‌گذاری را مشخص کرده و آن را تنها به اختلافات ناشی از امور تجاری تخصیص داد. همان‌طور که در ماده ۱ قانون نمونه آنسیترال در باب محدوده قانون مطرح شده است: «این قانون در مورد سازش تجاری بین‌المللی اعمال می‌شود.»^۲ و در رابطه با محدوده تجاری، پانویس قانون اشاره دارد که «صطلاح تجاری باید تفسیر موسعی داشته باشد تا اختلافات ناشی از همه روابط تجاری، اعم از قراردادی یا غیر قراردادی را پوشش دهد.» همچنین به موجب بند ۴ و ۵ ماده ۱ قانون نمونه، یک سازش زمانی بین‌المللی است که یا در زمان انعقاد قرارداد، محل کسب‌وکار طرفینی که توافقی بر سر سازش دارند، در کشورهای متفاوت باشد؛ و یا این که کشوری که محل کسب‌وکار طرفین در آن قرار دارد، با محل اجرای قرارداد و یا با محل موضوع مورد اختلاف متفاوت باشد. از همین‌روی، قانون‌گذار بایستی ابتدا محدوده سازش را به اختلافات تجاری بین‌المللی محدود کند و پس از آن اشاره کند که مقصود از روابط تجاری چیست؛ همچنین ادعاهای راجع به اموال عمومی و دولتی در پرتو رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و نیز شمول دعوای عمومی، دعوای ورشکستگی و... بایستی تعیین تکلیف شوند (عالی‌پناه و زیار، ۱۳۹۶: ۷۳).

1. See Article 7 in Mediation Act 2017, The Statutes of the Republic of Singapore. 2020 Revised Edition.

2. Article 1 in Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law with Guide to Enactment and Use, United Nations, New York, 2002.

۵-۵. امکان استفاده از راه حل های تجاری برای اختلافات تجاری

در دادرسی قضایی که از طریق دادگاه یا رسیدگی که در داوری صورت می گیرد، رای حاصله بایستی با پیروی از احکام حقوقی نوشته شود و نتیجه این نوشتار حقوقی عموماً بدین نحو است که یکی از طرفین به عنوان محکوم علیه و دیگری به عنوان محکوم له شناخته می شوند و راه حل های موجود به چند روش محدود از جمله اجبار محکوم علیه به انجام محکوم به و یا ایجاد حق فسخ برای محکوم له می رسد. در صورتیکه در سازش می توان به دلیل مباحث فنی و تجاری و با کمک گیری از اصلاحگر با تجربه از رای های متنوع تری که از محوریت حقوقی جدا هستند بهره برد و به راه حل های تجاری برای اختلافات تجاری رسید.

۵-۶. تبیین اختیاری بودن

اختیاری بودن سازش را عده ای به عنوان پاشنه آشیل در سازش به عنوان یک روش حل و فصل اختلاف مستقل و کافی تلقی کرده و از آن نتیجه گیری میکنند که سازش همیشه بایستی به همراه دادرسی دادگاهی یا داوری آمده و هیچ گاه نمیتواند به صورت مستقل بیاید. در پی بررسی این موضوع ابتدا لازم است مراحل حل و فصل اختلاف را به بازه های زمانی متفاوتی تقسیم کرد.

از زمانی که طرفین رابطه تجاری خود را با یکدیگر از طریق ایجاد قرارداد کتبی یا شفاهی شروع کرده و تا زمان بروز اختلاف میان یکدیگر، انتخاب تمامی روش های حل و فصل اختلاف به جز دادگاه برایشان اختیاری است و در این مورد فرقی میان سازش و یا داوری و دیگر روش ها وجود ندارد. بازه دوم، زمانی است که طرفین در قالب قرارداد یا به صورت عملی روش حل اختلاف خود را مشخص میکنند، در این حالت میان داوری و سازش تفاوت زیادی وجود دارد، زیرا در داوری به محض مشخص شدن رضایت طرفین در ارجاع

دعوا به داوری دیگر نمیتوانند از ارجاع خود پشیمان شده و آن را باز پس گیرند، در صورتیکه در این بازه زمانی، و در طول سازش طرفین اختیار کامل دارند که در هر مرحله از سازش انصراف داده و خواسته خود را از طریق دیگری پی‌گیری کنند؛ و در بازه سوم که آخرین مرحله از حل اختلاف یک رابطه تجاری است، زمانی است که نتیجه نهایی حکم چه در قالب رای (در دادرسی دادگاهی یا داوری) و چه در قالب سازشنامه (در سازش) صادر می‌شود. در این مرحله، انتقادی که به سازش وارد می‌شود آن بوده که سازش‌نامه حاصله فاقد ضمانت اجراست و به دلیل اختیاری بودن آن، طرفین مخیر هستند آن را اجرا کنند یا از اجرای آن سر باز زنند؛ از همین روی نخستین مواجهه به چنین پدیده‌ای این است که این توافقات بایستی در یک دفتر اسناد رسمی نوشته شود^۱ یا این که با مراجعه به دادگاه و ارائه توافق طرفین به دادگاه درخواست صدور گزارش اصلاحی صورت بگیرد،^۲ یا حتی طرفین با مراجعه به دیوان داوری درخواست تنظیم و ابلاغ در قالب رای داوری بدهند.^۳ در این صورت، رأی مذکور که مفاد آن در قالب اصلاحگری مورد توافق قرار گرفته است همانند هر رأی داوری دیگری الزام‌آور بوده و به اجرا درخواهد آمد.^۴

اما چیزی که به نظر می‌رسد این است که این گونه راه حل‌ها بیشتر باعث وابستگی سازش به دادرسی قضایی یا داوری می‌گردند و تأکیدی بر صحت نقد وارده به سازش به عنوان یک روش حل اختلاف غیرمستقل میکنند، کما اینکه پیرو نظریه غالبی که در حال حاضر وجود

۱. با استناد به مواد ۱۲۸۷ و ۱۳۱۰ قانون مدنی.

۲. با استناد به مواد ۱۸۳ و ۱۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی.

۳. با استناد به ماده ۲۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶.

۴. در باب اینکه گزارش اصلاحی در حکم رای بوده و یا در قالب یک عقد صلح قرار می‌گیرد اختلاف نظر وجود دارد؛ لیک مطابق دادنامه شماره ۱۳/۳۶۳۰ شعبه ۴۸ دادگاه عمومی مشهد که به تأیید دادگاه تجدیدنظر نیز درآمد، گزارش اصلاحی در حکم رای دادگاه تعریف شده است (عالی‌پناه، رضی، ۱۳۹۶: ۷۹ تا ۸۱).

دارد طرفین عموماً سازش را میان دادرسی قضایی خود قرار می‌دهند و در قالب‌هایی مانند داوری-سازش-داوری یا حتی دادگاه-سازش-دادگاه اختلافات خود را حل می‌کنند. به همین دلیل پیشنهاد می‌شود ضمن تفکیک مراحل حل و فصل اختلاف از یکدیگر، قانون‌گذار بتواند تدابیری را فراهم سازد تا سازش‌نامه نوشته شده میان طرفین، به خودی خود و کاملاً مستقل از ارجاع طرفین به داوری یا دادگاه، قابلیت اجرایی داشته باشد.

۵-۷. الزام شناسایی و اجرای سازش‌نامه ناشی از سازش

در بخش تبیین اختیاری بودن سازش اشاره شد که آنچه در حال حاضر در ایران میان اشخاصی که به سازش رجوع می‌کنند عرف است، ترکیب سازش با دادگاه، داوری یا ارجاع به دفتر ثبت اسناد می‌باشد و دلیل آن، نبود وجهه الزام آور سازش‌نامه حاصل از سازش و بیم از عدم ایفای تعهد طرفین ناشی از نتیجه سازش می‌باشد. این موضوع یکی از دیگر معضلاتی است که در داوری چه در سطح جهانی و چه در سطح داخلی برطرف گردیده است. در سطح جهانی عهدنامه ۱۹۵۸ نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، بر اجرای رای حاصله از داوری مشروعیت بخشیده و تمامی اعضای این عهدنامه را مجبور به پذیرش این آرا کرده است. در سطح داخلی نیز آیین دادرسی مدنی در باب هفتم مربوط به داوری، رای داوری را، الزام‌آور دانسته و محکوم له به صرف ابراز رای می‌تواند تقاضای اجرای حکم آن را از دادگاه داشته باشد.

همین میزان از اجرا رای داوری، در مورد سازش‌نامه حاصل از سازش نیز جهت افزایش میزان استفاده اشخاص از آن، در قوانین ایران به شدت حس می‌گردد. نکته مهم آنکه همانند سازش سازمانی که در بخش پیشین مطرح شد، در این مورد نیز در سطح جهانی چنین مسئله‌ای ادراک شده و جامعه حقوقی سعی در برطرف کردن آن نموده است. فلسفه تصویب عهدنامه سنگاپور ۲۰۱۸، دنبال کردن همان مسیری است که عهدنامه نیویورک در

سال ۱۹۵۸ در مورد داوری آن را پیمود و هدف آن الزام آور بودن سازش‌نامه‌های ناشی از سازش و میانجی‌گری می‌باشد. لازم به ذکر است، با پیوستن کشور جمهوری اسلامی ایران به این عهدنامه در تاریخ ۷ آگوست ۲۰۱۹ در جهت موضوع شناسایی و اجرای سازش‌نامه ناشی از سازش در امور تجاری بین‌المللی پیش رفته است؛ با این وجود جای خالی آن در قوانین داخلی همچنان حس می‌گردد.

۵-۸. برگزاری جلسات خصوصی اصلاحگر و رعایت نکردن اصول توافقی دادرسی قضایی

شیوه برگزاری جلسات دادرسی یکی دیگر از نکات مهم در روش حل و فصل اختلاف در سازش است که در هیچ یک از مقررات داخلی به آن اشاره نشده است. همان‌طور که هدف اصلی سازش رسیدن به یک نقطه مشترک برای طرفین است، اصلاحگر بایستی جهت ارائه راه حل نهایی، خود فعالانه پای سخنان هر یک نشسته تا بتواند یک راه حل مشترک را کشف کند و این کار را باید حتی در صورت لزوم با برگزاری جلسات خصوصی و به صورت جداگانه انجام دهد؛ طبیعتاً این شیوه در نقطه مقابل روش دادرسی قضایی که در دادگاه یا داوری وجود دارد، می‌باشد؛ در دادرسی قضایی، قاضی یا داور وظیفه‌ای به کشف ادله نداشته و حتی نباید به صورت فعال دخالتی در کمک به طرفین جهت ارائه ادله خود کند و به اقتضا دادرسی قضایی وظیفه‌ای هم در ارائه راه حل مشترک میان طرفین نداشته و در یک حالت معمول حکم به محکومیت یکی از طرفین و یا بی‌حقی طرف دیگر می‌دهد. به همین دلیل نحوه برگزاری جلسات دادرسی در سازش بایستی به تبع تفاوت آن از دادرسی قضایی فرق داشته باشد و در مقررات‌گذاری این امر خطیر پیش‌بینی شده و حدود و تعداد برگزاری این جلسات مشخص گردد.

۵-۹. حفظ محرمانگی

گفته شد افرادی بیشتر تمایل به حل و فصل اختلافات خود از طریق سازش دارند که خواهان ادامه یافتن روابط تجاری خود با یکدیگرند. یکی از مشکلاتی که در دادرسی قضایی و رای‌های دادگاه و حتی داوری وجود دارد این است که پس از محکومیت و خاتمه رابطه قراردادی طرفین، محرمانگی میان رابطه تجاری طرفین به درستی حفظ نمی‌شود؛ زیرا طبق رای‌ای که شخصی محکوم می‌شود و مالی را از دست می‌دهد و شخص محکوم له غالباً باید با اجبار دنبال اجرای رای خود و توقیف اموال محکوم علیه برود، معمولاً حفظ محرمانگی در اولویت بسیار پایینی برای طرفین قرار می‌گیرد. در صورتیکه اساس میانجی‌گری بر مبنای همکاری طرفین و رسیدن به یه نقطه اشتراک بنا شده است و طبیعتاً محرمانگی به مراتب بهتر و بیشتر میان آن‌ها صورت می‌پذیرد. به همین سبب، یکی از انگیزه‌هایی که می‌تواند تجار را به استفاده از روش اصلاح‌گری ترغیب نماید حفظ اسرار ارزشمند تجاری است (نیکبخت و ادیب، ۱۳۹۵: ۷۱).

با این حال، با وجود آنکه اصل بر رسیدگی محرمانه در روش سازش است اما بایستی استثنائاتی نیز قائل شد. مطابق با دستورالعمل اتحادیه اروپا اصل بر حفظ محرمانگی می‌باشد و هیچ شخصی از جمله میانجیگر حق افشای اسناد حاصله را ندارد مگر آنکه: (الف) در مواردیکه این امر برای ملاحظات اساسی نظم عمومی کشور عضو مربوطه ضروری است، به ویژه هنگامی که برای تضمین حمایت از بهترین منافع کودکان یا جلوگیری از آسیب رساندن به تمامیت جسمی یا روانی یک فرد لازم باشد؛ و یا (ب) در مواردی که افشای محتوای توافق‌نامه ناشی از میانجی‌گری به منظور اجرا یا اجرای آن توافق ضروری است. قانون ملی سنگاپور نیز در ماده ۹ خود ضمن به رسمیت شناختن محرمانگی میانجی‌گری، مواردی مانند موارد فوق را از استثنائات خود بر می‌شمارد.^۱

1. Article 9 in Mediation Act 2017, the Statutes of the Republic of Singapore, 2020 Revised Edition.

۵-۱۰. عدم قابلیت استناد اسناد و ادله سازش در سایر روش‌ها

یکی دیگر از تدابیری که لازم است به طور کامل پیش‌بینی شود بحث عدم قابلیت استناد به اسناد و ادله مطروحه طرفین در سایر رسیدگی‌ها می‌باشد و این موضوع از فلسفه اصلی سازش نشئت می‌گیرد؛ همان‌طور که گفته شد زمانی طرفین سازش را به عنوان روش حل و فصل اختلاف خود در نظر می‌گیرند که محکومیت طرف مقابل هدف اصلی‌شان نیست و در اغلب موارد می‌خواهند رابطه معاملاتی خود را با او ادامه دهند. در چنین تصویری اصولاً ممکن است برای کسب رضایت طرف مقابل از برخی از حقوق مسلم خود اعراض کنند یا برخی از نقض تعهدات خود را پذیرفته و یا دلایل و اسنادی را به ضرر خود ارائه دهند تا بتوانند با این کار حسن نیت خود را به طرف مقابل نشان داده و از طریق همکاری دوستانه اختلاف خود را کنارگذارند. به همین دلیل برای به حداکثر رساندن حسن نیت طرفین و استقبال بیشتر آن‌ها از سازش بایستی قانون‌گذار چنین امری را پیش‌بینی کند. قانون ملی سنگاپور در ماده ۱۰ و ۱۱ اصل را بر عدم قابلیت استناد اسناد و ادله میانجی‌گری فرض نموده است لیکن در ادامه مواردی را مطرح می‌نماید که دادگاه می‌تواند با حکم خود، رای بر افشای جلسات و اسناد موجود در سازش را بدهد.^۱ البته چنین امری منوط گردیده است به حفظ منفعت عمومی و معیار تشخیص آن بر عهده دادگاه قرار گرفته است، با این وجود به نظر می‌رسد اعطای بی‌حد و مرز چنین موضوعی به دادگاه نمی‌تواند تضمین مناسبی بر رعایت شرط محرمانگی سازش باشد و جای تامل دارد.

1. See Article 10&11 in Mediation Act 2017, The Statutes of the Republic of Singapore, 2020 Revised Edition.

نتیجه‌گیری

فلسفه نگارش مقاله پیش‌رو به طور خلاصه در پاسخ به سه پرسش خلاصه می‌شود. در ایران قواعد سازش وجود دارد یا خیر؟ در صورت مثبت بودن سوال پیشین، آیا این قواعد، کارآمد می‌باشد؟ و در آخر در قوانین و مقررات سایر نظام‌های حقوقی، قواعد سازش به چه شکل می‌باشد؟ همان‌طور که پس از واریسی پیدایش و تبیین سازش استنباط شد، پاسخ به پرسش اول مثبت است و قانون آیین دادرسی مدنی و قانون مدنی گواهی برای استناد به آن هستند. لیک در پرسش دوم در بحث قواعد ماهوی و شکلی بایستی قائل به تفکیک شد؛ در قانون مدنی و ذیل عقد صلح، قواعد ماهوی شایسته‌ای برای سازش مشاهده شد و استدلال گردید که نظام قانونی به پشتوانه نظام فقهی خود، بستر مناسبی برای سازش فراهم نموده است. اما در بحث قواعد شکلی و احکام رسیدگی به سازش در قانون آیین دادرسی مدنی خلاءهایی وجود دارد. ازین‌رو ضرورت پاسخ به پرسش سوم برجسته شد تا بدین سبب بتوان با نگاهی تطبیقی به قوانین ملی دیگر کشورها و قواعد بین‌المللی دیگر سازمان‌ها، چشم‌اندازی جامع جهت مقررات‌گذاری مطلوب ارائه نمود. بنابراین، موضوعاتی همچون شناسایی و تعریف یک موافقتنامه صحیح سازش، نحوه انتصاب اوصاف و وظایف سازشگر، تاسیس یک سازمان مستقل جهت برپایی جلسات و شناسایی و اجرای سازش‌نامه ناشی از سازش، مطرح شد. تخصیص سازش به امور تجاری بین‌المللی و امکان استفاده از راه‌حل‌های تجاری برای اختلافات تجاری در راستای تخصص شدن امور مرتبط با تجارت مورد بررسی قرار گرفت؛ سپس تبیین اینکه در سازش چه میزان اختیار برای طرفین وجود دارد، از جمله مسائل اساسی بوده و گفته شد منتقدان سازش اختیار بیش از حد این شیوه را به دلیل ناپایداری وضعیت طرفین، به عنوان یکی از عیوب سازش می‌شمارند. به همین سبب و در راستای رفع این ایراد، بیان شد که چنانچه حل و فصل اختلاف به بازه‌های زمانی مختلفی تقسیم شوند و در مرحله آخر نیز سازش‌نامه

حاصل از سازش مانند داوری قدرت اجرایی داشته باشد، چنین انتقادی به نحو شایسته‌ای مرتفع می‌گردد؛ حفظ محرمانگی، نحوه برگزاری جلسات دادرسی و عدم قابلیت استناد ادله نیز مفاهیم دیگری بودند که جملگی در قواعد و مقررات تطبیقی پیش‌بینی شده‌اند و بایستی به شرحی که داخل مقاله گذشت به آن توجه شود.

منابع و مآخذ

- احمدوند، خلیل الله، مقامی، رستم (۱۴۰۰). بررسی تطبیقی نهاد سازش در حقوق ایران و مصر. فصلنامه بین المللی قانون یار، ۱۷، ۱۵۷-۱۸۱.
- اسدی نژاد، سیدمحمد (۱۳۹۱). اصل استقلال و بی طرفی در داوری تجاری بین المللی. دانش و پژوهش حقوقی، ۱(۲)، ۱-۲۴.
- افتخار جهرمی، گودرز و السان، مصطفی (۱۳۹۳). آیین دادرسی مدنی. تهران: انتشارات دور اندیشان، چاپ اول.
- درویشی هویدا، یوسف (۱۳۹۰). مطالعه‌ای بر میانجی‌گری به عنوان روش دوستانه حل و فصل اختلافات. مطالعات حقوق خصوصی، ۴۱(۴)، ۱۲۱-۱۳۷.
- <https://dorl.net/dor/20.1001.1.25885618.1390.41.4.7.1>
- طهرانچیان، پرستو (۱۳۹۷). شورای حل اختلاف (سازش داوری و حقوق شهروندی). تهران: نشر ساکو، چاپ اول.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱). حقوق تجارت بین الملل. تهران: سمت.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۵). بررسی قانون نمونه آنسیترا ل در خصوص اصلاحگری بین المللی. اندیشه‌های حقوقی، ۴(۱۰)، ۴۵-۷۳.
- عالی پناه، علیرضا و زیار، محسن (۱۳۹۶). بررسی تطبیقی نهاد سازش در حقوق ایران و حقوق تجارت بین الملل. آموزه‌های حقوقی گواه، ۳(۲)، ۶۳-۹۶.
- مجدآبادی فراهانی، فرزانه و اصغری، سمیرا (۱۴۰۱). واکاوی عقد صلح در پرتو قوانین و مقررات مالیاتی. پژوهشنامه مالیات، ۵۳(۳۰)، ۱۲۳-۱۴۳.
- منصوری، محمد، الشریف، محمد مهدی و طباطبایی، سید محمد صادق (۱۴۰۱). تأملی در نسبت عقود غیرمعین و عقد صلح. پژوهش حقوق خصوصی، ۱۱(۴۰)، ۱۲۹-۱۶۵.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۳۴ ه.ق)، تحریر الوسیله، جلد اول، قم: موسسه مطبوعات دارالعلم.

نایینی، محمدحسین (۱۳۷۳ ه.ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد اول، تهران: المکتبه المحمدیه.

نیکبخت، حمیدرضا و ادیب، علی اکبر (۱۳۹۵). اصلاحگری و میانجی‌گری به عنوان جایگزین روش‌های سنتی حل اختلافات مدنی- تجاری» (امکان بکارگیری آنها در صنعت نفت). فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۲۰ (۷۸)، ۵۷-۸۱.

References

- Ahmadvand, Kh. & Maghami, R. (2021). A Comparative Study of the Conciliation Institution in Iranian and Egyptian Law. *Qanun Yar Scientific-Legal Quarterly*, 5(17), 157-181. (in Persian)
- Aali panah, A., & Zavvar, Mohsen (2017). Comparative Study of the Institution of Conciliation in Iranian Civil Procedure and International Trade Law. *Evidence legal teachings*, 3(2), 63-96. (in Persian)
- Asadi nejad, S. M. (2012). The Independence and Impartiality Principales in International Commercial Arbitration. *Academic Journal of Knowledge and Research of Law*, 1(2), 1-24. (in Persian)
- Barrett, J. T., & Barrett, J. (2004). *A history of alternative dispute resolution: The story of a political, social, and cultural movement*. Hoboken: Jossey-Bass.
- Cot, J. (1990). La conciliation Internationale, Paris: Éditions A. Pedone, 1968, as quoted in Reif, Linda C., “. Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes”, *Fordham International Law Journal*, 14(3), 582.
- Darvishi Hoveyda, Y. (2011). a study of the mediation as a friendly method for settlement of disputes. *Law Quarterly*, 41(4), 121-137. <https://dorl.net/dor/20.1001.1.25885618.1390.41.4.7.1> (In Persian)
- Eftekhari Jahromi, G., & Elsan, M. (2014). *Civil Procedure Code*. Tehran: Dorandishan Publications, first edition. (in Persian)
- Galanter, M. (1983). Reading the landscape of disputes: What we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. *Ucla L. Rev.*, 31, 4.

- Goldberg, S. B., Green, E. D., & Sander, F. E. (1985). ADR problems and prospects: Looking to the future. *Judicature*, 69, 291.
- Majdabadi Farahani, F., & Asghari, S. (2022). Analyzing the Peace Agreement in the Light of Tax Laws and Regulations. *Journal of Tax Research*, 30(53), 123-143. (In Persian)
- Mansouri, M., Asharif, M. M., & Tabatabaie, S. M. S. (2022). Thinking about the ratio of Innominate Contracts and conciliation Contract. *Private Law Research*, 11(40), 129-165. (In Persian)
- Mousavi Khomeini, S.R. (2012). *Tahrir al-Wasila*. First volume, Qom: Dar al-Alam Press Institute. (In Persian)
- Nayini, M.H. (1994). *Maniyeh-al-Talib in the margins of Al-Makasab*. First volume, Tehran: Al-Mohammadiyah Al-Maktabeh. (In Persian)
- Nikbakht, H.R., Adib, AR., (2017). Conciliation and mediation as alternative dispute resolution mechanisms for civil and commercial disputes and the viability of their application in the petroleum industry. *Legal Research Quarterly*, 20(78), 57-81. (In Persian)
- Reif, L. C. (1990). Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes. *Fordham Int'l LJ*, 14, 578.
- Shiravi, A.H. (2012). *International Trade Law*. Tehran: SAMT publication.
- Shiravi, A.H. (2006). Review of the UNCITRAL model law regarding international reformation. *Legal Thoughts*, 4(10), 45-73 (In Persian)
- Tehranchian, P. (2017). *Dispute Resolution Council (Arbitration Agreement and Citizen Rights)*, Sako Publishing, first edition, Tehran. (In Persian)

Analysis of diplomatic situations and practical reactions of Iran regarding the Islamic Emirate of Afghanistan based on national and international laws

Javad Ranjbarzadeh

A.M, International Law, Payam Noor University-
Tehran, Iran
Email: r9171709686@gmail.com

Askar Jalalian

Associate Professor of Department of Law,
Payam Noor University, Tehran, Iran
Email: dr_ajalalian@yahoo.com

Khodadad Khodadadi
Dashtaki

Associate Professor of Department of Law,
Payam Noor University, Tehran, Iran
Email: kh_khodadadi_1391@yahoo.com

Abdul Rasool Kaveh Fard

PhD student, Faculty of Law and Political
Sciences, Islamic Azad University, Tehran – Iran
Email: kaveh1856@yahoo.com

Received: 2023-10-21

Accepted: 2023-12-29

Abstract

The aim of this paper was to investigate the recent military conflicts between Iran and the group known as the Taliban, who after gaining power in Afghanistan with the defeat of Ashraf Ghani's government (As the official and legal government of Afghanistan), formed a government against them and introduced themselves under the title of the Islamic Emirate of Afghanistan. In addition a brief review of the records of political relations between these two countries before and after the formation of the new political-military power there, especially in the security, social, cultural and economic fields, as well as analyzing the existing political and military conditions and the experience of ideological, political and the military of this group, assuming two cases of adopting hard military measures against their border aggression by the Islamic Republic of Iran or using some soft diplomacy methods including adopting some economic policies against that group which includes rigid economic sanctions, it will have positive and negative effects.

Journal of Research and Development in
Comparative Law

Iranian Law and Legal Research Institute

Vol. 6 | No. 21 | Winter 2023
(Original Article)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

[10.22034/LAW.2023.2014035.1264](https://doi.org/10.22034/LAW.2023.2014035.1264)

Let's discuss each of the two issues and determine the most desirable option among them. If, during the existence of the legal government in that country and considering the relations they had with the western countries, especially the United States, access to the foreign exchange market of Herat, Kabul, etc., to provide the currency needed by Iran, opening the borders and establishing commercial relations with Afghans could have been to some extent to untie the knot and provide a part of the country's needed foreign currency, but today, such a benefit is no longer conceivable for Iran, and perhaps the only damage of this action is the consequence of the stagnation of the local economy in the border points and crossings in the east of the country, which due to the existence of alternative jobs in the country And the fact that the economic sanctions of countries against each other are never permanent, it can be compensated for the Islamic Republic even in these sanctions conditions, considering that they are not large in size and extent. Since the Islamic Emirate currently does not have the conditions of an official government from the international point of view, with which other governments and large transnational and multinational companies can have useful economic cooperation, for the Taliban leaders, the loss of financial-commercial relations with Iran and the closing of Iran's borders It will be very expensive for the needs of that country, as they are willing, in order to establish trade relations and meet the needs of the Afghan people, they will engage in useful and constructive political-economic cooperation with Iran.

Keywords: *Diplomacy, Territory Security, International Law, Taliban, Islamic Emirate of Afghanistan.*

واکاوی وضعیت‌های دیپلماسی و واکنش‌های عملی ایران در مورد امارت اسلامی افغانستان بر اساس حقوق ملی و بین‌المللی

دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، حقوق بین‌الملل، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران
Email: r9171709686@gmail.com

جواد رنجبرزاده

دانشیار گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران
Email: dr_ajalalian@yahoo.com

عسکر جلالیان

استادیار گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران
Email: kh_khodadadi_1391@yahoo.com

خداداد خدادادی دشتکی

دانشجوی دکتری دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران - ایران
Email: kaveh1856@yahoo.com

عبدالرسول کاوه فرد

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۲۹



فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی
بزهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۶ | شماره ۲۱ | زمستان ۱۴۰۲
(مقاله پژوهشی)
www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:
10.22034/LAW.2023.2014035.1264

چکیده

در این نوشتار تلاش بر این است، با امعان‌نظر به درگیری‌های اخیر نظامی میان ایران و گروه موسوم به طالبان که پس از قدرت‌گرفتن در افغانستان با هزیمت دولت اشرف غنی در مقابلشان تشکیل حکومت داده و خود را با عنوان‌هیئت‌امارت اسلامی افغانستان معرفی می‌نمایند، ضمن بررسی جزئی پیشینه ارتباطات سیاسی این دو کشور پیش‌و پس از شکل‌گیری قدرت سیاسی - نظامی جدید در آن کشور به‌ویژه در حوزه‌های امنیتی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی به‌ویژه با واکاوی شرایط سیاسی و نظامی موجود، همین‌طور تجربه رفتارهای ایدئولوژیک، سیاسی و نظامی این گروه، با فرض گرفتن دو حالت اتخاذ تدابیر سخت‌افزاری نظامی علیه تجاوزهای مرزی آنها به وسیله جمهوری اسلامی ایران و یا به‌کارگیری برخی شیوه‌های نرم دیپلماسی از جمله اتخاذ برخی سیاست‌های اقتصادی علیه آن گروه که در برگرینده تحریم‌های سخت‌وسخت اقتصادی نیز می‌شود، با واکاوی موضوع و انجام تحقیقات کتابخانه‌ای، به تأثیرات مثبت و منفی هر یک از دو موضوع پرداخته و مطلوب‌ترین گزینه را از میان آن دو مشخص نماییم.

کلیدواژه‌ها: دیپلماسی، طالبان، امارت اسلامی افغانستان، حقوق بین‌المللی.

مقدمه

جوامع بشری از آغاز نخستین تمدن‌ها و تشکیل دولت - شهرها تا استقرار امپراتوری‌های بزرگ و رسیدن به دنیای شلوغ و پر هیاهوی امروزی که متشکل از قریب دویست دولت - کشور می‌شود، همواره نیازمند تعامل و ارتباط با یکدیگر بوده‌اند. اگر در جهان باستان تنها در موارد خاص و ضروری، پادشاهان یا رهبران جوامع اقدام به گسیل سفیران یا ایلچیان به دربارهای یکدیگر به منظور رد و بدل کردن پیام‌ها و تبادل نظرات می‌نمودند، امروزه هر یک از این حدود ۲۰۰ دولت - کشور بنا به امکانات دولتی، پیشینه روابط و شرایط داخلی و بین‌المللی خود، دستگاه عریض و طویلی دارند که با هزینه‌کردهای هنگفت بر اساس برنامه‌ها و خط‌مشی‌های مدوّن و مشخصی درگیر ارتباطات با حوزه‌های گوناگون بین‌المللی از طریق نمایندگان و کارکنان داخلی و برون‌مرزی‌شان هستند، تا بتوانند، ضمن برقراری روابط و تماس‌های مداوم با دیگر دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی، منافع عمومی و امنیت سرزمینی خود را به گونه مؤثری تأمین نمایند.

«هیئت تا قبل از جنگ جهانی دوم، دیپلماسی اساساً شامل روابط بین دولت‌ها و ارتباط بین دولت - دولت می‌گردید؛ ولی تحولات بین‌المللی بعد از جنگ و ورود کشورهای جدید در صحنه قدرت جهانی، توسعه روابط بین کشورها، تشکیل سازمان‌های بین‌المللی و ظهور بازیگران دولتی و غیر دولتی، دیپلماسی را تبدیل به بخش مهم ارتباطات بین‌المللی نمود» (رحمانی، ۱۳۹۴: ۶۷). از آنجاییکه بیشترین تبادلات برون‌مرزی هر دولتی معمولاً با دولت - کشورهای هم‌جوار است، پر واضح است که در این زمینه دولت‌ها نیازمند داشتن اصول مدوّن، برنامه‌ریزی‌شده و چندبعدی و به نسبت دیگر مناطق؛ پیچیده‌تری برای دستگاه دیپلماسی خود هستند. در ایران یکی از پرچالش‌ترین حوزه‌های دیپلماسی، در مورد افغانستان و در مرزهای شرقی وجود داشته که جدای از هم‌گونگی‌های فراوان فرهنگی و تاریخی میان دو کشور به دلیل تاریخ کوتاه استقلال افغانستان از ایران، از سال

۱۹۸۰ که این کشور مورد تجاوز نظامی اتحاد جماهیر شوروی قرار گرفت، تاکنون به دلیل منازعات عمیق سیاسی، قومی و مذهبی، همین‌طور جنگ‌های خانمان‌سوز داخلی که موجب دست‌به‌دست شدن دولت و حکومت در آنجا شده است، مشکلات مستمر و عدیده‌ای را برای ملت و دولت ما در این چهل و دو سال فراهم آورده که به جز حضور میلیون‌ها پناهنده، در زمینه‌های امنیت داخلی و خارجی نیز همواره به‌عنوان یک منبع تنش‌آفرین و بحران‌زا قلمداد شده است.

در این نوشتار تلاش می‌شود تا درگیری مسلحانه نیروهای مرزی امارت اسلامی افغانستان (طالبان) با مرزبانان ایرانی را واکاوی نموده و این پرسش را مطرح کنیم که در صورت استمرار چنین رفتارهایی در آینده و تمکین نکردن حکومت طالبان از مفاد معاهده مربوط به حقایق ایران از رودخانه هیرمند، همین‌طور تکرار تنش‌های مرزی اعم از درگیری‌های مسلحانه و حمایت از قاچاقچیان انسان و مواد مخدر مرزی یا حداقل انفعال در برخورد با آنها در همکاری با جمهوری اسلامی ایران، واکنش متقابل ایران بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی، مقررات داخلی و معاهده‌ای فی‌مابین دو کشور چگونه باید باشد؟

برای ساماندهی به تحقیق که به شیوه کتابخانه‌ای صورت گرفته است، دو فرض اساسی را در قالب دو واکنش متفاوت ایران در قبال این ناهنجاری‌ها مورد بررسی و کنکاش قرار می‌دهیم؛ یکی اقدامات مسلحانه و دیگر بهره‌گیری از روش‌های دیپلماسی و تدابیر اقتصادی، اجتماعی و سیاسی که می‌توانند در برگیرنده اتخاذ تدابیر جنگی و حملات مسلحانه علیه طالبان به منظور تکرار نشدن چنین اقداماتی در آینده باشد و یا به کارگیری راهکارهای دیپلماتیک و اتخاذ تدابیر اقتصادی، سیاسی در برابر رفتار امارت اسلامی طالبان به‌عنوان گروهی ایدئولوژیک و فاقد بنیان‌های علمی و عملی حکومت‌داری مدرن در افغانستان گردد، تا آنان را وادار به رعایت اصول و قواعد حقوق بین‌الملل عرفی و موضوعه در جهان امروزی، همین‌طور مسئولیت‌ها و تعهدات معاهده‌ای آن کشور در قبال

ایران از جمله در حوزه‌های امنیت سرزمینی و مراوده‌های دفاعی، تجاری، فرهنگی و... نماییم و در پایان با بررسی وضعیت‌های حال و گذشته تبادلات سیاسی، اقتصادی و... این دو کشور، کارکرد و تأثیر اعمال دیپلماسی اقتصادی و برقراری تحریم‌های تجاری - مالی را با در نظر گرفتن حقوق ملی و بین‌المللی، مورد ارزیابی قرار دهیم.

۱. مشروعیت قانونی امارت اسلامی افغانستان در حقوق ملی آن کشور و حقوق بین‌الملل

ایران قدیم، ایرانی یکپارچه و بزرگی بوده که مانند هر امپراتوری دیگری در جهان به‌مرور زمان فرایند فرسایشی فروپاشی را پیموده تا به‌اندازه و گستره امروزی خود رسیده است. یکی از ساتراپ‌های مهم دوران هخامنشیان، ساتراپ "پرشوه" با مرکزیت شهر توس بوده که "ویشتاسپ"، پدر داریوش، ساتراپ یا استاندار آنجا بوده است (بی‌باک، ۱۳۹۸: ۸۴). این استان که بعدها خراسان نامیده شد تا ماورای رودخانه جیحون و مرزهای چین امتداد می‌یافت، هیئت این بدان معنی نبود که دولت‌های ایرانی، ماورای جیحون را متعلق به ایران نمی‌دانستند، بلکه در توان آنها نبود که نفوذ خود را بیشتر از آن بسط دهند» (خسروآبادی و کریمی الوار، ۱۳۹۵: ۳۳). این فراخی سرزمین نشان می‌دهد که بخش‌های بزرگی از اتحاد جماهیر شوروی سابق یا جمهوری‌های امروزی ترکمنستان، قرقیزستان، تاجیکستان و... همین‌طور کشور کنونی افغانستان که تا پیش از استقلال خراسان نامیده می‌شد (بینش و همکاران، ۱۳۹۰: ۳۷۴) تا همین اواخر، یعنی دوران سلطنت خاندان قاجار، جزو قلمرو سرزمینی ایران به شمار می‌رفته و به همین علت است که این کشورها دارای زبان، پیشینه تاریخی، فرهنگی و سیاسی یکسانی با همدیگرند.

هیئت سرزمین افغانستان که از عهد باستان جزو قلمرو شرقی دولت ایران بود، در دوره قاجار اهمیت دفاعی و سیاسی خاصی یافت؛ زیرا به خاک ایران و منطقه نفوذ روس و

انگلیس متصل بود و تنگه خیبر در آن، یکی از مهم‌ترین معابر دسترسی به هند محسوب می‌شد. در قرن هیجدهم میلادی، این سرزمین در پی سقوط امپراتوری‌های مغول در هند و صفویه در ایران با شتاب بیشتری به‌سوی جدایی از ایران پیش رفت. افغانستان با دخالت و کوشش انگلیسی‌ها و به‌موجب عهدنامه پاریس (۱۸۵۶) از ایران جدا شد و سابقه آن به‌عنوان کشوری مستقل از صدر دوره فاجاریه بیشتر نیست» (حمیدی و یوسف‌زهی، ۱۳۹۴: ۳). یکی از بزرگ‌ترین قربانیان جنگ سرد که بیشترین آسیب‌های ممکن را دریافت نموده و از جمله قربانیانی است که هنوز نتوانسته از بلاهای فاجعه‌بار این جنگ خاموش میان بلوک شرق و غرب سر از خاکستر آتشی که با اشغال اتحاد جماهیر شوروی در سال ۱۹۷۹ در آن برافروخته شد (Larson & Ramsbotham, 2018, p.18)، بر آورد، همین افغانستانی است که هیئت مقامات حزب کمونیست شوروی در اوایل نوامبر ۱۹۷۹ به این نتیجه رسیدند که امکانات تغییر جهت سیاسی در افغانستان به سود آمریکا وجود دارد» (طنین، ۱۳۹۰: ۲۸۳). به همین سبب با توجه به آشوب‌های داخلی و ناتوانی افسران کودتاجی - که قدرت را در دست گرفته بودند - در ایجاد نظم و کنترل کشور، دولت کمونیستی شوروی، اقدام به گسیل بیش از یک‌صد هزار سرباز به خاک آن کشور نمود (Britannica, 2023). درگیری‌هایی که گاه غیرعلنی و سرد و گاهی تضادهای هویدا و آشکار بلوک شرق و غرب در آن کشور، آسیب‌های فرهنگی، قومی، سیاسی و... در آنجا پدید آورده که برون‌رفت از این آسیب‌ها به‌سادگی نه برای مملکت و نه همسایگان سرزمینی‌اش مقدور نخواهد بود. از هولناک‌ترین بلاهایی که ممکن است، دامن هویت ملی، زیست اجتماعی و امنیت عمومی ملتی را بگیرد، شکل‌گیری گروهی تروریست تنگ‌نظر و کوتاه‌بین است که این موضوع در افغانستان و با وجود و قدرت‌گیری گروه طالبان در آن سرزمین رخ داده است.

پس از خروج شوروی از افغانستان، گروه طالبان که به طور مستقیم به وسیله پاکستان و عربستان حمایت می شدند و در دوران جنگ سرد از پشتیبانی آمریکا نیز بهره می بردند، قدرت را در افغانستان به دست گرفتند و با حادثه ۱۱ سپتامبر - که منجر به حمله آمریکا و ناتو به افغانستان شد - برای قریب ۲۰ سال دفتر حکومتشان در هم پیچید، تا آنگاه که در سال ۲۰۱۱ و با یک زد و بند سیاسی با آمریکا در قطر دوباره به قدرت بازگشتند. از آن جهت از عبارت «زد و بند» بهره گرفته شده که توافق با طالبان به عنوان یک گروه نظامی آن هم گروهی در فهرست تروریستی شورای امنیت سازمان ملل متحد، مطابق با هیچ یک از قواعد موجود حقوق بین الملل، نمیتواند حکم یک معاهده، توافقنامه یا حتی تفاهم نامه و سند همکاری بین المللی باشد. آن هم به این سبب ساده که در روابط بین المللی، اصولاً دولت ها و سازمان های بین المللی به عنوان تابعان حقوق بین الملل شناخته می شوند. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۹۸: ۱۴۷) و صرفاً اسناد امضا شده فی مابین آنها جزو اسناد معتبر بین المللی به حساب می آیند. (Wallace, 2005, p.255) طالبان یک گروه غیررسمی است. نه دولت «بایدن» و نه هیچ دولتی، امکان انعقاد یک معاهده بین المللی با آنها را ندارد؛ بنابراین، مردم افغانستان هم اینک در یک زد و بند سیاسی در گروگان گروهی قرار گرفته اند که فاقد جایگاه دیپلماتیک بوده و بالاتر این که از سابقه نیکی هم برخوردار نمی باشند. اگر در پاریس، آمریکا با نمایندگان «هوشی مین» قریب به ده سال مذاکره میکرد دستکم می توانست از آنها به عنوان دولت ویتنام شمالی که چین، شوروی و چند کشور کمونیست دیگر آنها را شناسایی کرده بودند، معاهده صلح امضا کند، اما اینجا چنین امکانی برای دولت بایدن وجود نداشت. هدف او تنها فراغت یافتن از دردسرها و هزینه های هنگفت حضور در افغانستان بود تا اگر بخواهد آمریکا را در جایی دیگر درگیر جنگ کند، دغدغه ای از سمت کابل نداشته باشد.

بر پایه قوانین حقوق بین‌الملل و قانون اساسی افغانستان (که در صورت غیبت رئیس‌جمهور، معاون اجرایی وی را رئیس دولت می‌شناسد)^۱، همین‌طور بر پایه عرف دیپلماتیک موجود، در صورت سقوط دولتی که با توسل به‌زور و بهره‌گیری از قوای نظامی خارج از عرف و قانون ناگزیر به تبعید، جابه‌جایی محل استقرار و آسیب‌های کلان تشکیلاتی شده است، تا پیش از به دست‌آوردن مقبولیت عمومی، نیروهای نظامی ساقط‌کننده قدرت دولت قانونی و یا تشکیل دولت موقت بر اساس قانون، یا همراهی دولت قانونی و برگزاری انتخابات، دولت کودتا فاقد مشروعیت تلقی می‌گردد (Azizi, 2021, p.16). اگر چه بنا بر بند (۴) ماده (۲) منشور، توسل به زور و یا تهدید به آن، در روابط بین‌المللی ممنوع اعلام شده است؛ اما این ممنوعیت، مناقشه‌های داخلی را در بر نمی‌گیرد (ثقفی عامری، ۱۳۷۰: ۱۴). از سویی دیگر در نظام حقوق بین‌الملل هیچ بحثی در مورد ساختار قانون اساسی، نوع نظام حکومتی و ترتیبات اجرای مؤثر قدرت دولت وجود ندارد و شرطی در این باره در مورد عضویت دولت‌ها در سازمان ملل متحد وجود ندارد. معیار اعمال "قدرت مؤثر"^۲ از اصولی است که برای تعیین حکومت‌های حاکم بر دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی بهره گرفته می‌شود (عزیزی، ۱۴۰۰: ۱۰). امری که در رأی داوری تینیکو به‌منظور حل و فصل اختلافات میان بریتانیا و کاستاریکا منعکس شده است (Brownlie, 1992, p.199).

وجود فساد گسترده در حکومت‌های بر سرکار در افغانستان پس از سرنگونی طالبان در ۲۰۰۱، سبب شد تا پس از خارج‌شدن این گروه از فهرست گروه‌های تروریستی شورای امنیت در سال ۲۰۱۱ (عزیزی، ۱۴۰۰: ۱۴)، و باقی‌ماندن گروه القاعده در آن فهرست (Resolution 1989, 2011, p.1)، مذاکرات طولانی مدتی فی‌مابین سران آن گروه با آمریکا

۱. فصل (۳)، ماده (۶۰)، قانون اساسی افغانستان. مصوب ۲۰۰۴

در قطر شکل بگیرد که در نهایت منجر به توافق دوحه در ۲۰۲۰ گردید. در این مذاکرات، طالبان صراحتاً پذیرفتند، در صورتیکه دوباره به قدرت بازگردند، هرگز به دنبال قدرت انحصاری در افغانستان نبوده و می‌پذیرند: هیئت مخالفان امارت اسلامی در افغانستان را نمیتوان حذف کرد و نادیده گرفت» (Osman & Gopal, 2016, p.6). ولی با توجه به سوابق موجود از این گروه در خلال سال‌های ۱۹۹۶ تا ۲۰۰۱ که تنها سه کشور امارات متحده عربی، عربستان و پاکستان این حکومت را به‌عنوان نهاد بین‌المللی دولت به رسمیت شناختند، این بار نیز شاهد همان روال بوده‌ایم؛ با این تفاوت که تنها به دلیل تغییر شرایط منطقه‌ای، امنیتی و سیاسی بین‌المللی تنها شاهد اضافه‌شدن ۳ کشور دیگر به این جمع، یعنی روسیه، چین و ایران هستیم که حاضر شده‌اند، اعضای طالبان را در نمایندگی‌های سیاسی مستقر در کشورشان بپذیرند و به عبارتی اجازه حضور نمایندگان امارت اسلامی را در سفارتخانه‌های افغانستان بدهند. این عمل کشورهای شش‌گانه را می‌توان نوعی شناسایی دولت طالبان قلمداد نمود. به نظر می‌رسد، با تن دادن آنها به تشکیل یک حکومت فراگیر ملّی و ارایه شواهد بارز و قابل اثباتی از دوری و برخورد آنها با عوامل و گروه‌های تروریستی فهرست‌شده در شورای امنیت، بتوانند به‌عنوان یک دولت رسمی عضو سازمان ملل متحد نماینده‌ای در آنجا داشته باشند. البته این امر بدان معنی نیست که هرگاه کشوری شرایط این‌چنینی پیدا کند، وصف دولت بودن یک حکومت مستقر و تثبیت‌شده از آن سلب و عضویت آن کشور در سازمان ملل متحد زایل شود (Wallace, 2005, p.64).

۲. روابط ایران و امارت اسلامی افغانستان

همان‌گونه که در مبحث پیشین بدان اشاره شد، در حقوق و روابط بین‌الملل، اصل بر بقای دولت‌هاست و حتی در مواردی که دولت‌ها به دلیل برخی دگرگونی‌هایی تجزیه می‌شوند، نیز یکی از همان دولت‌های تجزیه‌شده جایگزین دولت تجزیه‌شده می‌گردد (ضیائی

بیگدلی، ۱۳۹۹: ۲۹۸)؛ مگر در موارد استثنایی مانند آنچه که در مورد جمهوری فدرال یوگسلاوی (صربستان و مونته‌نگرو) در رابطه با یوگسلاوی پیشین رخ داد و این جانشینی پذیرفته نشد (میرعباسی و صیقلائی، ۱۳۹۸: ۴۹۲). اما چنین امری در مورد شناسایی و به رسمیت شناختن حکومت‌های جدیدی که در اثر کودتا، شورش‌های نظامی یا غیرنظامی داخلی و یا جنگ‌های بین‌المللی و... شکل می‌گیرند، معمول و متداول نیست. در روابط نوین بین‌المللی به‌ویژه بر مبنای "حق تعیین سرنوشت"^۱ ملت‌ها، معمولاً بسیاری از کشورها هنگامی اقدام به شناسایی حکومت جدید برای دولت - کشور متحول شده‌ای که در حقوق بین‌الملل دارای شخصیت حقوقی بوده، میکنند که علاوه بر بررسی استیلای عمومی قدرت حکومت جدید بر قلمرو سرزمینی آن دولت - کشور، برای آنها یا به لحاظ منافع عمومی و یا دیگر مصالح سیاسی، اقتصادی و... مفید باشد و یا تشخیص دهند که حکومت تازه تأسیس به لحاظ مشروعیت داخلی، روال قانونی را بر اساس اصول دموکراسی، طی کرده باشد.

معنی شناسایی این است که دولت‌های دیگر وجود یک دولت را (که تازه تأسیس شده یا تغییر رژیم یافته) بشناسند. شناسایی به هر شکلی که باشد (رسمی^۲ یا عملی^۳) اعلام وجود دولت جدید را میکند نه این که وصف دولت بودن بدهد. به عبارت دیگر شناسایی از جهت حقوقی، چیزی به دولت تشکیل شده و تأسیس یافته نمی‌دهد و اگر هیئتی ادعای ایجاد دولت جدیدی بکند؛ ولی یکی از عوامل تشکیل دهنده آن را نداشته باشد، شناسایی یک یا چند دولت دیگر آن را تکمیل نمیکند. این مطلب از آن جهت مهم است که ممکن است، عده‌ای علیه دولت قانونی خود طغیان کنند و دولت دیگری، به دلایل و جهت سیاسی

1 Self-determination

2. De Jure

3. De Facto

خاص، آن گروه را به عنوان دولت بشناسد و با آنها رابطه برقرار کند. این شناسایی به آن گروه صفت دولت بودن نمی بخشد و جامعه بین المللی آن گروه را دولت نمی شناسد، مگر آن که تمام عوامل اساسی آن را داشته باشد» (صدر، ۱۳۹۲: ۳۰).

بر خلاف وجود روابط بدون تنش که دولت ایران با دولت های متعدد افغانستان با وجود مسایل متفاوت مناقشه برانگیز فی مابین دو کشور داشته است، از نخستین روزهای حضور این گروه بر مسند حکومت افغانستان در سال ۱۹۹۶، چالش ها و تنش های بسیار حاد و جدی در روابط دو کشور به وجود آمده که مهم ترین آنها، کشتار اعضای کنسولگری ایران در مزارشریف در سال ۱۹۹۸ (تارنمای مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۹۸: ۴) و درگیری های چند باره مرزی از سال ۲۰۲۲ میان مرزبانان دو کشور است که به تازگی منجر به شهادت دو سرباز مرزی ایران در پاسگاه ساسولی و چندین نیروی طالبان شده است. اگر ایران در دوره تسلط پیشین طالبان بر افغانستان تا سر حد یک جنگ تمام عیار نظامی پس از شهادت اعضای کنسولگری اش جلوگیری از بروز تنش (خبر آنلاین، ۱۳۹۸: ۲)، اما در این دوره از حکومت آنها بر این کشور، روابط دو طرف با آن چه در ظاهر امر مشخص است و بارها شاهد تنش هایی از جمله دستگیری موقت نیروهای مرزی ایرانی به وسیله طالبان بوده ایم (خبرگزاری فارس، ۱۴۰۱: ۲)، بسیار متفاوت تر است.

هر چند ایران به طور رسمی و به وسیله وزیر امور خارجه، اظهار نظر کلامی در مورد شناسایی نشدن امارت اسلامی افغانستان نموده، اما جزو معدود کشورهایی است که اجازه حضور دیپلمات های آن حکومت را در دفاتر نمایندگی افغانستان با کارمندان و دیپلمات های جدید در تهران داده است (خبرگزاری ایرنا، ۱۴۰۱: ۴). با توجه به این که شناسایی حکومت های جدید ناشی از دگرگونی در کشورها و یا دولت های تازه تأسیس به خودی خود اجباری نیست (صدر، ۱۳۹۲: ۳۳) اما؛ هیئت شناسایی به هر شکلی که باشد بین دولت شناخته شده و شناسایی کننده ایجاد رابطه ای میکند که به خودی خود آثاری دارد، بدون آن

که الزاماً نمایندگان دیپلماتیک نزد هم بفرستند. مثلاً به گذرنامه اتباع طرف دیگر رسمیت و اعتبار می‌دهد و تجارت و مبادله کالا میان اتباع آنها می‌تواند برقرار بشود. این در مورد دولتی است که تازه تأسیس باشد. در مورد دولت‌هایی که پیشتر وجود داشته و شناخته شده بودند؛ ولی به علت تغییر رژیم باید از طرف دول دیگر شناخته شوند تا دوباره روابط داشته باشند، شناسایی تغییر عملی در وضع میان آنها نمی‌دهد. در این مورد دولت‌هایی که دولت قدیم را شناخته بوده و با آن رابطه داشته‌اند، اگر رژیم جدید را بشناسند، کافی است که همان نمایندگی دیپلماتیک سابق خود را نزد دولت جدید حفظ کنند و دولت‌هایی که مایل نیستند، رژیم جدید را بشناسند، روابط دیپلماتیک موجود خود را با احضار سفیر و بستن سفارت خود قطع می‌کنند» (صدر، ۱۳۹۲: ۳۱).

آنچه پس از سقوط دولت اشرف غنی در سال ۲۰۲۱ و تسلط طالبان بر افغانستان رخ داد، با آنچه دکتر جواد صدر در کتاب "حقوق دیپلماتیک و کنسولی" بیان داشته، قدری متفاوت است. از میان ۵۷ کشوری که پس از سقوط کابل در سال ۲۰۲۱، کانال‌های ارتباطی دیپلماتیک خود را به نحوی از انحا باز نگاه داشته‌اند، تنها ۱۵ کشور کادر دیپلماتیک خود را نگاه داشته‌اند، به عبارت دیگر، تا ماه مارس ۲۰۲۳، تنها ۱۵ سفارتخانه خارجی در کابل وجود دارد (Afghanistan Embassies and Consulates, 2023, p.1) که قریب ۵۰ درصد از آنان نیز با تقلیل سطح روابط به کاردار و یا کمتر نه به شکل رسمی و نه غیررسمی و ضمنی مانند ارتباطات رسمی دیپلماتیک و یا پذیرش دیپلمات‌های امارت اسلامی افغانستان در کشور خود، به این حضور دفاتر نمایندگی‌شان در آن کشور در مورد شناسایی آن حکومت رسمیت داده‌اند. در این میان ۷ کشور قطر، امارات متحده عربی، پاکستان، چین، ترکیه، روسیه و ایران با حضور دیپلمات‌های رسمی و معرفی‌شده امارت اسلامی افغانستان در کشورهای خود عملاً اقدام به شناسایی آن نموده‌اند؛ اگر چه در گفتگوها و مصاحبه‌ها، بیان دیگری از آن ارایه می‌شود. جمهوری اسلامی ایران به‌مانند ۶ کشور دیگر، روابط

دیپلماتیک، تجاری و... با امارت اسلامی افغانستان داشته که نشان از شناسایی آن حکومت می‌دهد.

نخستین همکاری دیپلماتیک علنی تهران با نمایندگان رسمی طالبان در اوایل اکتبر ۲۰۲۱ بود و از آن زمان، آنها ۶۷ ملاقات داشته‌اند که رتبه چهارم در میان دولت‌ها پس از کشورهای، چین، ترکیه و قطر به شمار می‌آید. ۱۶ جولای ۲۰۲۲، امیر خان متقی وزیر خارجه امارت اسلامی افغانستان و بهادر امینیان، سفیر وقت ایران توافق کردند تا هیئت‌های مشترکی تشکیل دهند که نشست‌های منظمی برای تسهیل گفتگوهای تجاری آینده داشته باشند (Zelin, 2023). وجود چنین روابطی در سطوح گوناگون میان ایران و مقامات رسمی طالبان با عنایت به مطالبی که در بالا درباره شناسایی دولت‌ها در روابط و حقوق بین‌الملل گفته شد، بیان‌کننده نوعی شناسایی حکومت جدید افغانستان (امارت اسلامی افغانستان) به‌وسیله ایران است، هر چند در بیانات رسمی وزیر امور خارجه آقای "امیر عبداللہیان" در دیدار با رؤسای نمایندگی‌های ایران در خارج از کشور، به‌صراحت از این که جمهوری اسلامی ایران، دولت طالبان را به رسمیت نشناخته و لزوم این شناسایی تشکیل یک دولت فراگیر است، تأکید گردیده است (عبداللہیان، ۱۴۰۲).

البته باید در نظر داشت که بنا به تضادهای موجود در رفتار و گفتار سیاستمداران جمهوری اسلامی در مورد وضعیت حال حاضر کشوری که بیش از هزار کیلومتر مرز مشترک زمینی با ما دارد، می‌توان پی برد که سخنان وزیر امور خارجه درباره به رسمیت نشناختن حکومت فعلی در افغانستان، در چهارچوب شناسایی رسمی و دوزوره است، چرا که بنا به برخی ارتباطات موجود و حضور دیپلمات‌های دو کشور در خاک طرفین، موضوع در عمل کمی فراتر از شناسایی دوفاکتو (غیررسمی) است؛ هر چند اظهارات صریح و روشن وزیر امور خارجه نیز شناسایی دوزوره (رسمی) آن حکومت را نیز منتفی می‌نماید. چنین رفتاری در این‌گونه شرایط، امر طبیعی و معقول به نظر می‌رسد؛ چرا که وجود بسیاری از موضوعات

مهم و بنیادین میان دو کشور از جمله، مهاجران رسمی و غیررسمی افغان در ایران که قریب به ۴۳ درصد از کل مهاجران و پناهندگان افغان را در بر می‌گیرد (آراسته و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۷۴)، پایش‌ها و کنترل‌های مرزی، قاچاق انسان و مواد مخدر در مرز طولانی دو کشور، وجود منابع طبیعی مشترک مرزی و فرامرزی میان ایران و افغانستان به‌ویژه منابع آبی رودخانه هیرمند و مبادله‌های تجاری و مرزی اتباع طرفین از جمله موضوع‌هایی‌اند که دو کشور نمیتوانند تماس‌ها و ارتباطات رسمی و غیررسمی خود را قطع نموده، یا به سطح آسیب‌زایی کاهش دهند.

۳. تنش‌های موجود در روابط ایران و افغانستان

به همان اندازه که عمر روابط دو دولت به جوانی عمر کشور افغانستان کوتاه است؛ اما نمیتوان انکار کرد که در همین عمر کوتاه نیز، دو کشور تنش‌ها و ناملایمات بسیاری را پشت سر نهاده‌اند که غالب این تنش‌ها نیز به دلیل شرایط اضطراری و خاصی بوده که افغانستان را ناخواسته درگیر خود کرده است. بهترین و بی‌چالش‌ترین دوران روابط ایران - افغانستان را می‌توان در دوران حکومت پهلوی‌ها تصور نمود، آن هم به این دلیل که افغانستان طی سال‌های ۱۹۲۹ تا ۱۹۷۹ تقریباً یکی از باثبات‌ترین و آرام‌ترین کشورهای آسیا بود، چرا که دولت آن کشور با وجود میل باطنی که نشئت گرفته از دخالت‌های مداوم روس و انگلیس در سیاست‌های داخلی کشورهای منطقه بود و تمایل به همسویی با آلمان نازی داشت (Pasanyagam, 2002, p.22)، در جنگ بین‌الملل دوم عملاً سیاست خارجی بی‌طرفی محض را در پیش گرفت و در عرصه داخلی نیز، گرفتار ناامنی و درگیری‌های داخلی نگردید (Meley, 2002, p.1). اما درست در زمانی که وقوع انقلاب در ایران، باعث تحولات عمیق و شگرفی در کشور شد، در همسایه شرقی‌اش نیز با تهاجم اتحاد جماهیر شوروی و اشغال نظامی افغانستان، شرایط هر دو به شکلی بنیادین تغییر کرد.

هنوز ایران به صورتی اصولی و کامل شرایط انقلابی را پشت سر نهاده بود که با آغاز جنگ تحمیلی، وضعیت اضطراری بر کشور حاکم و سبب ساز ایجاد چالش‌های بنیادین در سیاست خارجی و روابط بین‌المللی ایران گردد. در این موقعیت، ارتباط ایران با افغانستان نیز که در آنجا شاهد برخی فعالیت‌های آمریکا برای ویتنامی‌کردن افغانستان جهت انتقام از شوروی بود (فرزانه‌پور و یوسف‌زهی، ۱۳۹۶: ۱۷۴)، تغییراتی به وجود آمد که در سال‌های آتی، منجر به بعضی از دگرگونی‌های بنیادین در روابط دو طرف شد. از اصلیت‌ترین اموری که جنگ ایران و عراق در روابط ایران با افغانستان به وجود آورد، علاوه بر امنیتی‌شدن روابط آنها (شیخ غفوری و بیری گنبد، ۱۳۹۹: ۳۱)؛ کاهش ملموس حضور فرهنگی، سیاسی و بالاخص نظامی در آن کشور بود. انفعال ایران در مورد رایزنی‌ها و فعالیت‌های سیاسی بین‌المللی در باره قضیه تجاوز نظامی شوروی به افغانستان تا آنجا بود که حتی با دعوت کورت والدهایم^۱ (دبیرکل وقت سازمان ملل متحد) و خاویر پرزدوکوئیار^۲ (قائم‌مقام دبیرکل)، تهران قویا با هرگونه ارتباط با مسئله علی‌رغم حضور هزاران پناهندهٔ افغان در ایران و ارتباطات گسترده‌ای که با مذهب‌یون افغانستان داشت، مخالفت ورزید. اگر چه بعدها از طرف سازمان ملل در جریان مذاکرات قرار گرفتند، اما تهران هرگز وظیفه‌ای را در این باره نپذیرفت؛ موضوعی که با سفر آوریل ۱۹۸۱ پرزدوکوئیار به کابل و اسلام‌آباد، پاکستان نقش مهمی در آن ایفا نمود (والدهایم، ۱۳۷۴: ۲۶۶).

دست بالای بازیگران سیاسی غیر از ایران در حمایت از گروه‌های سنی افراطی و شرایط خاص درگیری افغان‌ها با نیروهای متجاوز، عاملی شد تا گروه‌های مذهبی و ملی گوناگونی با حمایت کشورهای عربستان سعودی، پاکستان و به طور اخص آمریکا علیه حکومت کمونیست ببرل کارمل و نیروهای ارتش سرخ شوروی وارد فعالیت شوند (آقاجاری و

1. Kurt Waldheim

2. Javier Pérez de Cuéllar

کریمی، ۱۳۹۴: ۶۳). در نهایت نیز با خروج شوروی از آن کشور، دولت رسمی و قانونی افغانستان، نتوانست در برابر گروه مذهبی و خودسر طالبان که زیر چتر حمایتی مستقیم پاکستان و عربستان سعودی از یک سو و آمریکا به شکلی نامحسوس اما قوی از سوی دیگر بود، مقاومت نماید. گذشته بر انفعال ایران در دخالت مؤثر در افغانستان - که ناشی از شرایط ایران و وضعیت خاص حکومت برآمده از انقلاب بود - پیامدهای گروگان‌گیری در سفارت آمریکا که روابط دو کشور را وارد مرحله نوین و درازمدتی کرد، سبب شد، دخالت‌های آمریکا در افغانستان و ارتباطات قوی آن کشور با گروه‌های مذهبی از جمله سنی‌های جنوب آنجا، عامل همکاری نظامی با گروه‌های مبارز افغانی را برای ایران به‌طور جدی وارد ملاحظات سیاسی میان دو کشور همسایه نماید، تا برآیند نیروهایی که می‌توانست تنش‌های میان دو کشور را برای جمهوری اسلامی ایران امنیتی سازد، افزایش یابد و باعث شد تا چالش‌های اقتصادی - فرهنگی حضور پناهندگان افغانی به کشور، تنش‌های مرزی به‌ویژه درباره حقایق ایران از رود هیرمند نیز هم‌راستا با مسایلی مانند قاچاق کالا و انسان در مرزها، ترانزیت و حمل مواد مخدر، فعالیت‌های اشرار، دخالت‌های قومی و مذهبی متنفذان محلی و سرکردگان گروه‌های مبارز و ایدئولوگ در میان اهل سنت مناطق شرقی ایران، به مشکلات امنیتی در روابط فی‌مابین این دو کشور بدل شود که یکی از عوامل اصلی این پدیده را نیز می‌توان در عامل افزایش روند ایران‌هراسی در افغانستان نام برد که در برخی مواقع حتی مانع گسترش مناسبات اقتصادی و تجاری دو کشور شده است (شیخ غفوری و بیری گنبد، ۱۳۹۹: ۲۶).

به جز عوامل سیاسی - امنیتی و تنش‌های مرزی حاصل از قاچاق کالا و مواد مخدر، یکی از قدیمی‌ترین چالش‌های فی‌مابین دو همسایه، مربوط به رودخانه هیرمند و حقایق ایران از آن رودخانه است که همواره اسبابی در دست دولتمردان افغانستان جهت ارتباط‌دادن این عامل به یک عامل سیاسی - اقتصادی بوده که هم‌اینک در دوران زمامداری طالبان، رأساً به یک بهانه و عامل تنش امنیتی - سیاسی بدل شده است.

۳-۱. رودخانه هیرمند، استخوانی لای زخم روابط سیاسی - امنیتی

درباره بروز چالش‌های سیاسی در روابط میان دولت‌هایی که رودخانه مشترکی دارند، وضعیت‌های متعددی وجود دارد که هرچند برخی از آن‌ها با توافق طرفین و از طریق مذاکرات سیاسی و نه حقوقی حل و فصل شده و بر مبنای تصمیمات اجرایی دو یا چندجانبه از یک حقوق مشخص و معلومی پیروی میکنند، برخی دیگر با گذشت سال‌ها همچون استخوان لای زخم در روابط سیاسی - اقتصادی و حتی فرهنگی - اجتماعی کشورها در حالت یک مخاصمه سیاسی سرد، لاینحل مانده؛ اگرچه وجود تضادهای فی‌مابین باعث تیرگی روابط یا قطع آن‌ها نشده است. اختلافات لاینحل بیش از ۲۰۰ ساله میان ایران و افغانستان در مورد حقابه رودخانه مشترک هیرمند که طی این سال‌های طولانی استمرار داشته، بدون بروز مشکلات بنیادین که مانع روابط سیاسی - اقتصادی و فرهنگی دو کشور گردد، همچنان به عنوان یک معضل باقی مانده است. در مسیر تاریخ پرفراز و نشیب این دو کشور پس از جدایی افغانستان از ایران و با وجود معاهده‌های فراوان، به دلیل پایبند نبودن افغانی‌ها به تعهدات عرفی و قراردادی خود (اسلامی و همکاران، ۱۳۹۸: ۸۵)، این کشور از جریان یافتن حقابه حقیقی ایران به سمت سیستان و بلوچستان خودداری نموده است. هر چند همواره در مراوده‌های سیاسی، این موضوع محل بحث - های سیاسی عمده‌ای بوده؛ اما هرگز سبب نشد تا در دولت‌های پیشین افغانستان، تأثیرات منفی آن مانعی در جریان روابط دیپلماتیک و سیاسی دو کشور باشد. اما، این بار وضعیت متفاوت است و بیش از آنچه پیش از این مشاهده می‌شد، امارت اسلامی افغانستان از این مهره مشترک در حال انجام بازی‌های متفاوت سیاسی، اقتصادی و امنیتی است.

موضوع هیرمند در هیئت قرارداد پاریس ۱۸۵۷^۱ که طی آن ایران، استقلال بخشی از خاک خود را با عنوان کشور افغانستان به رسمیت شناخت، مورد توجه قرار گرفت و

1. Treaty of Paris (1857)

انگلستان به‌عنوان داور و میانجی بر پایه قرارداد منعقدۀ دوباره شیوه‌های بهره‌برداری از رود هیرمند انتخاب شد. اگرچه دو بار میانجی‌گری آن‌ها بی‌نتیجه ماند و در نهایت در سال ۱۹۳۷ دو قرارداد کوهک و کابل بین طرفین امضا گردید که به‌دلیل ساخت سد کجکی توسط افغان‌ها در سال ۱۳۵۱ دوباره قرارداد دیگری میان دو طرف منعقد شد، تاکنون افغانستان به مفاد هیچ‌یک از آن‌ها به‌طور اساسی و کامل عمل ننموده است و حقایق هیرمند برای ایران همچنان یک چالش سیاسی در روابط آن‌ها به‌شمار می‌آید (عنابی، ۱۳۹۱: ۶).

نمی‌توان منکر این اصل شد که جریان یافتن آب رودخانه هیرمند به درون ایران، سبب رونق تولیدات کشاورزی و در پی آن اشتغال و ایجاد امنیت مرزی بیشتر می‌شود. با کم‌شدن آب این رودخانه و یا خشک‌شدن جریان آن به سمت ایران، اقتصاد محلی که غالباً در نقاط مرزی ایران - افغانستان و ایران - پاکستان قرار دارد، دچار چالش‌های اساسی و در برخی نقاط دچار فروپاشی می‌شود. فرآورده‌های غذایی کاهش یافته و فقر گروه‌های حاشیه‌نشین به‌ویژه کشاورزان مناطق مرزی بیشتر، مهاجرت‌ها گسترده‌تر و در نهایت ناامنی‌ها بیشتر می‌شوند. این امر از آنجایی بیشتر اهمیت می‌یابد که به‌ندرت می‌توان امنیت اقتصادی را به‌طور ساده با بازگشت به شرایط و سیاست‌های گذشته ارتقا بخشید (حیدری و همکاران، ۱۳۹۸: ۳۶). نمی‌توان پذیرفت که طالبان از این موضوع غفلت دارند و پیامدهای ناپایبندی به حقایق هیرمند به‌ویژه از سد کجکی را نمی‌دانند، بلکه برخلاف دیگر حکومت‌های افغانستان که کج‌دار و مریز با حقایق ایران رفتار میکردند و مواظب بودند تا به روابط دو کشور آسیب جدی وارد نشود، سیاسیون و حتی رجال فنی - اقتصادی این امارت در صددند تا از این حق اصیل ایران برای باج‌گرفتن در موضوعات سیاسی، امنیتی و اقتصادی به‌شکلی نادرست و غیردیپلماتیک بهره ببرند.

۳-۲. روابط اقتصادی و مبادلات مرزی ایران و افغانستان

۱-۲-۳. دیپلماسی اقتصادی و حقوق بین‌الملل

با دانش و گفتگو می‌توان به فتوحاتی دستیافت که با جنگ هرگز فتح نمی‌شوند. این یکی از بارزترین رویکردهای بشری در دو سده اخیر بوده که به‌ویژه پس از جنگ دوم جهانی اهمیت بیشتری در روابط بین‌المللی بالاخص در حوزه اقتصاد و تجارت جهانی پیدا کرده است. به‌گونه‌ای که امروزه در همه سفارتخانه‌ها و نهادهای مرتبط با روابط خارجی کشورها (وزارتخانه‌های امور خارجه کشورها یا ارگان‌های دارای این وظیفه)، بخش اقتصادی و متوالی سامان‌بخشیدن به روابط تجاری - اقتصادی از بخش‌های پرتحرک به شمار می‌روند و بخش مهمی از سیاست خارجی و دیپلماسی دولت‌ها به دیپلماسی اقتصادی معطوف می‌شود. این نوع دیپلماسی را می‌توان حداقل میان اقتصاد بین‌المللی و سیاست بین‌المللی تصور کرد و به فرایندها و شیوه‌هایی، آن را اطلاق نمود که از طریق آن دولت‌ها از فعالیت‌های فرامرزی اقتصادی برای تحقق منافع ملی خود بهره‌مند شوند (عسکری کرمانی و صفا، ۱۴۰۱: ۹۹).

نماینده‌های دولت‌ها در خارج از کشور وظیفه دارند، ارزش‌های اجتماعی، فرهنگی و ویژگی‌های مثبت و مورد تمایل دیگران را برای ایجاد کشش و جذابیت در میان جوامع دیگر به منظور بهره‌برداری از تولیدات، سرمایه‌گذاری، بازدید، کار و سفر ترویج و همیچنین فضا را در کشور محل مأموریت خود برای ساخت پُل‌های ارتباطی فراهم نمایند. چنین فعالیت‌هایی را می‌توان با عنوان "قدرت نرم"^۱ توصیف کرد که معمولاً با معیارهای نفوذ سختی که یک کشور دارد، متفاوت است. برخی اوقات سرمایه‌گذاری‌ها می‌توانند توسط

1. Soft Power

"ارواح حیوانی"^۱ که "جان مینارد کینز"^۲ آن را ارایه داده، هدایت شوند. این قبیل تصمیم‌ها لزوماً با معیارهای متعارف ریسک همخوانی ندارند؛ بلکه بر پایه ادراک‌ها و باورها اتخاذ می‌شوند. به همین دلیل است که در بُعد تجارت و اقتصاد بین‌المللی نباید دیپلماسی و قدرت نرم را نادیده گرفت و اینجاست که بخش دیپلماسی اقتصادی خود را نشان می‌دهد (Yueh, 2020, p.6).

دولت ژاپن با تدوین "برنامه اقدام با هدف تسهیل فضای سرمایه‌گذاری از طریق ترویج انعقاد معاهدات مرتبط با سرمایه‌گذاری"^۳ در سال ۲۰۱۶، تلاش داشته با پیشبرد فعالانۀ معاهده‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی (به‌ویژه اقتصادهای نوظهور در حال رشد) در بازار داخلی و برعکس، انجام رایزنی‌های مؤثر خارجی از طریق نمایندگی‌های آن کشور در دیگر دولت‌ها، نهادهای دولتی و غیردولتی در خاورمیانه، آفریقا، آمریکای لاتین و... استمرار بخشیده و تقویت کند. بر پایه گزارش وزارت خارجه ژاپن در سال ۲۰۱۷، آنها ۴۸ معاهدۀ اقتصادی امضا شده و لازم‌الاجرا برای سال ۲۰۱۸ دارند که تا اواخر سال ۲۰۱۷، دستکم ۴۲ معاهده از آنها، لازم‌الاجرايند. مجموع معاهده‌های آنها در سال ۲۰۱۷، ۹۳ اقتصاد ملّی، منطقه‌ای و بین‌المللی را در بر می‌گیرد که این مقدار ۹۴ درصد از سرمایه‌گذاری‌های ژاپن در خارج از قلمرو سرزمینی‌اش تا سال ۲۰۱۸ به شمار می‌آید. (Diplomatic Blue Book, 2017, p.265)

۲-۲-۳. وضعیت تجارت و روابط تجاری ایران - افغانستان

امروزه به معنی اخص کلمه خودکفایی اقتصادی و یا به عبارت دیگر، استقلال اقتصادی کشورها در دنیا رنگ و بوی خود را باخته است (رنجبرزاده، ۱۳۹۹: ۵۳). افغانستان

1. Animal Spirits

2. John Maynard Keynes

3. The Action Plan Aiming to Facilitate an Investment Environment Through Promoting the Conclusion of Investment Related Treaties.

کشوری محصور در خشکی است و برای ارتباط با دریاهای آزاد برای مقرون به صرفه ترین شیوه حمل و نقل تجاری، نیازمند همکاری های ایران و پاکستان است تا از دو بندر اقیانوسی چابهار و کراچی به شکل ترانزیت، کالاهای مورد نیاز را وارد کند. بسته شدن متعدد مرزهای مشترک افغانستان و پاکستان در سال های اخیر و ایجاد محدودیت های ترانزیتی از سوی پاکستان سبب شده است، افغانستان توجه ویژه ای به بندر چابهار داشته باشد. ایجاد دسترسی سریع تر کشورهای آسیای مرکزی به وسیله خاک افغانستان به اقیانوس هند و شرق آسیا می تواند انگیزه های مضاعفی را برای شرکت های چینی و هندی در راستای سرمایه گذاری بیشتر در زمینه حمل و نقل ریلی و جاده ای در افغانستان و کشورهای آسیای مرکزی و حتی در ایران و پاکستان فراهم آورد. بندر چابهار با سرمایه گذاری مشترک هند و ایران در حال توسعه است و می تواند بهترین شرایط را برای بازرگانان افغانی فراهم کند» (شیخ غفوری و بیری گنبد، ۱۳۹۹: ۴۰).

برای رونق دادن به ترانزیت کالا به افغانستان و تلاش هند برای برقراری خط تجاری ویژه با افغانستان "توافقنامه سه جانبه ایران، هند و افغانستان" در سال ۱۳۹۵ منعقد گردید. به این منظور و برای برقراری مسیر خشکی، کریدور ترانزیتی شمال - جنوب شامل بزرگراهی از چابهار به افغانستان است که ۲۰۰ کیلومتر آن از شهر مرزی زرنج تا شهر دل آرام که افغانی ها به آنجا بندر دل آرام می گویند، مورد بهره برداری قرار گرفته و هند آماده بود تا ۹۰۰ کیلومتر مسیر ریلی به موازات این بزرگراه تا منطقه "حاجی گک" افغانستان که دارای معادن غنی آهن است، احداث نماید. این مسیر، یعنی مسیر ترانزیتی چابهار به مرکز افغانستان ۷۰۰ کیلومتر نزدیک تر، مسطح تر و با توجه به موقعیت های امنیتی مناطق عبور، مطمئن تر از مسیر کراچی به مرکز افغانستان به شمار می آید. علاوه بر این تا پیش از تسلط طالبان،

1. Trilateral agreement between Iran, India and Afghanistan (2015)

ایران قصد واگذاری بارانداز، لنگرگاه و تأسیسات بندری اختصاصی به بازرگانان افغان را در چابهار داشته است (سینایی و جمالی، ۱۳۹۷: ۸۴).

روابط ایران و افغانستان با وجود حضور پررنگ آمریکا در آن کشور و تسلط کامل بر روال سیاسی، اداری و اقتصادی آن کشور با اعمال دیپلماسی فعال به معنی بهره‌گیری از ظرفیت‌های سیاسی، استراتژیک و رویکردهای سیاست خارجی برای پیشبرد اهداف اقتصادی، صادرات ایران به افغانستان در آخرین سال حضور نیروهای خارجی در آن کشور (سال ۲۰۱۹)، از میزان صادرات چین، پاکستان، هند و امارات متحده بیشتر بوده است (world Bank, 2022). این آمار یعنی روند کلی تجارت میان دو کشور تا پیش از خروج نیروهای خارجی، چشمگیر و در راستای منافع دیپلماسی اقتصادی ایران بوده است... چنین امری را می‌توان مهم‌ترین استثنا در دیپلماسی اقتصادی کشور و یک نمونه موفق از آن برشمرد (عسکری کرمانی و صفا، ۱۴۰۱: ۱۰۶).

البته این روند روبه‌رشد مراوده‌های تجاری به ناگهان در سال ۲۰۲۱ و هنگامی که کابل به تسخیر نیروهای طالبان درآمد و دولت قانونی آن کشور با فرار رئیس‌جمهور سقوط کرد، متوقف شد. ایران در دوران پیش از آنان، حدود ۴۰ درصد از بازار اقتصاد افغانستان را در اختیار داشت، حجم این مقدار صادرات در سال ۱۳۹۸ (۲۰۱۹ میلادی) ۲/۷ تا ۲/۸ میلیارد دلار بود که با تسلط طالبان و پس از قطع سه‌ماهه مبادلات تجاری و باز شدن گمرکات دوغان، هرات و میلک ارتباط تجاری برقرار شد (اکو ایران، ۱۴۰۱).

تجارت میان دو کشور پس از یک توقف کوتاه دوباره از سر گرفته و شروع به رشد نمود و با وجود کاهش ۱۱ درصدی صادرات ایران در سال ۱۴۰۱ به نسبت سال پیش از آن به ۱/۶۳۴ میلیارد دلار رسید که پس از عراق، ترکیه و امارات این کشور با وجود حضور طالبان بر مسند قدرتش که با بحران شدید مالی روبرو بوده و غالب کارخانه‌های آن یا دچار رکودند

یا تعطیل (بخش زیادی از مواد خام و واسطه مورد نیاز کارخانه‌های صنعتی افغان‌ها از ایران تأمین می‌شود)، چهارمین مقصد صادرات کالاهای ایرانی بوده است (روحانی، ۱۴۰۲).

همان گونه که در مباحث پیشین بیان شد، امارت اسلامی افغانستان به صورت کلی هنوز به وسیله دیگر دولت‌ها به عنوان عضوی از جامعه جهانی و به عنوان جانشین قانونی دولت افغانستان پذیرفته نشده و معمولاً مراددهای تجاری رسمی میان دولت‌ها، نیازمند شناسایی آنها در حقوق و روابط بین‌المللی است. درباره ایران، این شناسایی با استقرار دیپلمات‌های طالبان در سفارتخانه آن کشور در تهران انجام شده و با اعلان نظر به بیانات وزیر امور خارجه ج.ا.ایران می‌توان این شناسایی را به صورت دوافکتو و موقت ارزیابی نمود.^۱ هیئت درهم‌تنیدگی بدون به رسمیت شناختن که در برخی مطالعات تخصصی از آن به عنوان "سیاست تعامل بین‌المللی با دولت‌های دوافکتو"^۲ یاد می‌شود، ناظر بر روابط غیررسمی میان یک دولت رسمی یا سازمان بین‌المللی با دولت‌هایی در عرصه روابط بین‌الملل است که به عنوان دولت رسمی به رسمیت شناخته نمی‌شوند. مکان‌هایی که به بیان حقوقی «وجود ندارند»^۳، این مفهوم به طور عام دربرگیرنده ارتباط بین‌المللی متوازن و ضروری با حاکمیت‌های موقتی یا پایدار مستقر در مناطقی است که موجودیت‌های رسمی بین‌المللی آنها را به عنوان نمایندگان قانونی مردم آن منطقه به رسمیت نمی‌شناسند؛ اما برخی ملاحظات از جمله ضرورت‌های حل بحران، ضرورت‌های بشر دوستانه، الزامات هم‌جواری و همسایگی و امثال آن، موجب شده که در عمل روابط شبه دیپلماتیک با نمایندگان آن موجودیت سیاسی برقرار کنند» (عسکری کرمانی و صفار، ۱۴۰۱: ۱۰۵).

۱. در این باره تضادهایی میان سخنان جناب وزیر در مورد شناسایی نشدن قانونی امارت اسلامی افغانستان و نوع روابط دیپلماتیک فی‌مابین آنها وجود دارد که در این مقاله، مجال پرداختن به آن نیست.

2. The Politics of International Interaction With De-Facto States.

3. Non-Existence

نتیجه‌گیری

در مناسبات بین‌المللی اگر چه پیشینه تاریخی و همگونی‌های اقتصادی، فرهنگی و... نقشی بیبدیل در روابط دولت‌ها دارند؛ اما نباید منکر این اصل شد که در جهان امروزی آنچه برای دولت‌ها در عرصه روابط خارجی دارای اولویت است، منافع ملی کشورشان است. در کشورهای دارای حکومت‌های مردم‌سالارانه و مشروع، مأموران دولتی در برقراری روابط با دیگر دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و به طور عام موجودیت‌های حقوقی، تأمین منافع ملی برایشان کمال اهمیت را دارد و می‌باید در چارچوب شرح وظایفی که در حقوق داخلی برای آنها تعریف شده، همچنین محدودیت‌هایی که حقوق بین‌الملل به‌ویژه مسئولیت‌های بین‌المللی و معاهده‌های منعقدۀ بر آنها تحمیل میکند، به‌گونه‌ای رفتار نموده و برنامه‌های عملیاتی و اهداف معاهداتی خود را تدوین کنند که ضمن رعایت مؤلفه‌های مؤثر بر روابط خارجی کشورشان با دیگر نهادهای حقوق بین‌الملل از جمله دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و منطقه‌ای و یا نهادهای شبه‌حقوقی در حقوق بین‌الملل مانند سازمان‌های برآمده از نهضت‌های آزادی‌بخش ملی و گروه‌های مسلح یا غیرمسلح مسلط بر منطقه جغرافیایی مشخصی که می‌توان تمام یا بخشی از قلمرو سرزمینی دولت شناسایی‌شده پیشین باشد، بدون توجه به روابط دوستانه و یا خصمانه پیشین و صرفاً با توجه به وضعیت‌های موجود، منافع عمومی کشور را نیز تأمین نمایند.

ایران در بخش شرقی خود بیشترین مرز مشترک را با کشور افغانستان دارد که با توجه به تاریخ کوتاه، اما پرفراز و نشیب آنجا به‌عنوان یک کشور مستقل، از بدو تأسیس درباره موضوع‌هایی همچون تأمین حق‌آبه ایران از هیرمند و برخی تنش‌های مرتبط با سرحدات مرزی و در چهل و اندی سال اخیر، به دلیل شرایط جنگی و اقتصادی ناشی از مخاصمات

مسلحانه داخلی و بین‌المللی، اختلاف‌ها و مزاحمت‌های بسیاری را به‌ویژه در مورد مسائل امنیتی برای کشور فراهم نموده که از دردناک‌ترین آنها به‌شهادت‌رساندن اعضای کنسولگری ایران در مزارشریف است. ولی با وجود همه این تنش‌ها و چالش‌های اجتماعی و امنیتی، این امر سبب نشده است تا روابط سیاسی، اجتماعی و اقتصادی این دو کشور برای مدّت زمانی طولانی گسسته شود.

یکی از پایه‌ایترین عوامل پیوند و استمرار پیوندهای جوامع انسانی، تأمین نیازمندی‌های متقابل جوامع از همدیگر است که بر مبنای معاملات و روابط مبتنی بر ایجاد شرایط و وضعیت‌های یک بازی برد - برد قابل استمرار و تکثیر است. موضوعی که بی‌شک در روابط ایران - افغانستان نیز در طول دوران تاریخی پس از استقلال آن کشور از ایران، وجود داشته است. ایران به‌عنوان کشوری غنی به لحاظ ذخایر انرژی و امکان تولید و صادرات آنها، توانسته بیش از دیگر کشورها، نیازهای اقتصادی افغانستان را تأمین نماید و در بسیاری موارد، با وجود حضور شبه‌استعماری کشورهای قدرتمند شرقی و یا غربی در آنجا، صنعت و تولید ملی افغانی‌ها را با همکاری‌های سیاسی، اقتصادی و صنعتی ارتقا دهد؛ موضوع‌هایی که همواره در روابط دو کشور حایز اهمیتی خاص بوده‌اند و در برابر آن، ایران نیز از برخی موادّ اولیه معدنی آن کشور بهره‌جسته و در دو مورد خاص، تأمین حقه‌ای از رودخانه‌های مرزی و امنیت ملی کشور به‌ویژه در مناطق شرقی خود، از کمک‌های دولت‌ها و حکومت‌های متعدد افغانستان در مواقع خاصّی بهره‌برده است.

حضور طالبان در شرایط منحصر به فرد کنونی بر مسند قدرت (با توجه به موضوع شناسایی امارت اسلامی افغانستان در حقوق و روابط بین‌المللی و استقبال نکردن جامعه جهانی از شناسایی دولت فعلی)، به‌ویژه در دورانی که جمهوری اسلامی ایران به لحاظ مسائل بین‌المللی و نگاه ویژه‌اش به شرق، همچنین درگیری‌هایی که با کشورهای غربی بر روی موضوع‌های مرتبط با انرژی هسته‌ای و تحریم‌های ایالات متحده دارد و در برخی از مسائل

امنیتی از جمله چالش‌های پی‌آمد حمله روسیه به اوکراین، تنش‌های کم‌وبیش غامضی با آنها پیدا کرده، شرایط را به‌صورت کلی و بنیادین با دوره پیشین قدرت‌گرفتن آنها در افغانستان متفاوت نموده است. در این شرایط، صرف‌نظر از شناسایی و یا شناسایی‌نشدن امارت اسلامی افغانستان به‌وسیله ایران، این دو نهاد حقوق بین‌الملل (یکی به‌عنوان دولت مستقر، دارای مشروعیت قانونی و رسمی در سطح بین‌المللی و دیگری به‌عنوان یک گروه شورشی پیروز در یک جنگ داخلی که هنوز موفق به تثبیت قانونی دولت خود در سطح جهانی نشده)، ناچار به ایجاد ارتباط با همدیگر هستند، مشکلات متعدد پناهندگان افغانی در ایران، قاچاق کالا و مواد مخدر در سرحدات مرزی، حقایق هیرمند، ناآشنایی و ناآگاهی مرزبانان طالبان که گاه و بیگاه، منجر به درگیری‌های کوتاه‌مدت شدید و ضعیف نیروهای مرزی دو کشور با هم می‌گردد؛ از یک سو نیاز ایران به تعامل و همکاری طالبان را طلب میکند و از سوی دیگر کمبودهای شدید کالاهای اساسی در افغانستان، نیاز مبرم آن کشور به تأمین انرژی اعم از انرژی‌های فسیلی و یا الکتریکی، وابستگی‌های تکنولوژیکی - فنی بسیاری از صنایع آنجا به متخصصان و مواد واسطه‌ای ایرانی، نزدیک‌تر، کم‌هزینه‌تر و امن‌تر بودن بهره‌گیری از خاک ایران برای دسترسی آن کشور به دریاها و آزاد نسبت به پاکستان و در نهایت نارسایی‌های مرتبط با امور آموزشی و سواد دیجیتالی در افغانستان با عنایت به همگونگی‌های زبانی از جمله شیوه نگارشی تا حدودی یکسان (اگر چه در افغانستان دو زبان پشتو و فارسی به‌عنوان زبان‌های رسمی معرفی شده‌اند، ولی طالبان بنا به مسایل ایدئولوژیکی تأکیدی جدی دارد تا زبان پشتو، تنها زبان رسمی آن کشور تلقی گردد)، مواردی هستند که نیاز امارت اسلامی افغانستان را به تعامل و همکاری با ایران به دنبال خواهد داشت.

از سویی دیگر جمهوری اسلامی ایران از سال ۱۹۷۹ و با شروع تهاجم شوروی به آن کشور تاکنون که افغانستان مدام در حال نبردهای بین‌المللی، داخلی و یا دستکم حضور پرتعداد

نظامیان خارجی در خاکش بوده، ثابت کرده که در هر حالتی توان و قدرت تأمین امنیت ملی خود را بدون همکاری جدی دولتمردان افغانی داشته و در بدترین شرایط، توانسته از منافع خود در برابر بی‌ثباتی، دشمنی (کشتار نمایندگان کنسولی ایران در مزارشریف)، کارشکنی، انفعال و بی‌عملی و یا خطاهای سهوی و عمدی، همین‌طور ناپایبندی حکومت‌های مستقر در خاک افغانستان به تعهدات معاهده‌ای و مسئولیت‌های بین‌المللی خود در برابر جمهوری اسلامی ایران، بدون نیاز به کشور - دولتی دیگر، دفاع نماید و به لحاظ اقتصادی نیز همواره در وضعیتی بوده که حتی در اوج تحریم‌ها، قطع روابط تجاری با افغانستان به شکلی ملی و عمومی امکان ایجاد اختلال در کشور را به همراه نداشته و در بسیاری مواقع، نیازمند ایجاد جایگزین‌های مؤثری برای رابطه تجاری - اقتصادی خود با این کشور نبوده است. اما از سوی دیگر دولت‌ها و حکومت‌های افغانستان همواره در روابط خود با ایران، ناچار به داشتن جایگزین‌های پرهزینه‌تری بوده‌اند. بهره‌نگرفتن از مسیر ترانزیتی "چابهار - مرکز افغانستان" آنها را ناگزیر به بهره‌گیری از مسیر دورتر، سخت‌تر و نامن‌تر "کراچی - مرکز افغانستان" میکند که دولت پاکستان بر خلاف ایران، به‌گونه‌ای مداوم از آن به‌عنوان یک منبع فشار بر افغان‌ها بهره‌جسته است. بنابراین همان‌گونه که پاکستان از این ابزار (بستن جاده ترانزیتی کراچی به افغانستان) بارها به‌گونه موفقیت‌آمیز برای فشار به دولت‌های افغانستان به ویژه امارت اسلامی، بهره برده، چنین تدابیری با توجه به ویژگی‌های محور ترانزیتی چابهار - افغانستان و پشتیبانی هند از این مسیر، می‌تواند برای ایران نیز مثمر‌تر باشد. گذشته از این، ارزان‌ترین محل تأمین انرژی به‌ویژه سوخت‌های فسیلی و بخش عمده‌ای از برق مناطق غربی افغانستان، مرزها و گمرکات شرقی ایران بوده که دسترسی‌نداشتن به آنها، چالش‌ها و اختلالات گسترده اقتصادی را برای افغان‌ها به همراه می‌آورد.

اگر چه ایران همواره از روی حسن‌نیت و جلوگیری از ایجاد تنش‌های سیاسی و امنیتی با همسایه شرقی خود (به جز در دوران اولیه امارت اسلامی در دهه ۱۹۹۰)، روابط دوستانه‌ای داشته و از اهرم‌های فشار خود که ساده‌ترین آنها را می‌توان ایجاد تحریم‌های اقتصادی، محدودیت‌های اجتماعی (مانند بازگرداندن نظام‌مند پناهندگان افغانی)، اقدامات سیاسی - حقوقی (شناسایی نکردن دوافکتو یا دوزوره حکومت‌های متعدد افغان در ۴۰ سال اخیر و یا مشارکت رسمی در ائتلاف‌های منطقه‌ای و بین‌المللی علیه دولت مستقر در آن کشور) برشمرد؛ بهره‌نبرده، ولی دولت جمهوری اسلامی ایران نیز نباید با نادیده گرفتن ابزارهای مؤثری که برای فشارهای سیاسی و حقوقی بر طالبان در دست دارد، در بازی‌های سیاسی - امنیتی اخیر که امارت اسلامی افغانستان در پیش گرفته، غفلت ورزد.

بهره‌گیری عادلانه ایران از مواهب منابع طبیعی مشترک به‌ویژه حَقَّابَة رودخانه‌های مرزی، جلوگیری از قاچاق انسان و موادّ مخدّر از خاک افغانستان به درون کشور، همکاری‌های اطلاعاتی - نظامی با ایران برای جلوگیری از ورود تروریست‌ها به داخل قلمرو سرزمینی، از جمله مطالبات و خواسته‌های ایران از طالبان است که تاریخ ثابت کرده، به‌راحتی می‌تواند به شکلی کاملاً یک‌جانبه از عهده آنها ولو با کارشکنی حکومت‌های مستقر در افغانستان برآید؛ اما این افغان‌ها هستند که بدون داشتن یک رابطه عادی و عادلانه با ایران، جایگزین‌های سخت، پرهزینه و گاه غیرممکنی را در پیش روی خود دارند؛ بنابراین در شرایطی که امارت اسلامی برخلاف تعهدات معاهده‌ای، عرفی و حقوقی از پرداخت حَقَّابَة سهم جمهوری اسلامی طفره می‌رود، در تأمین امنیت مرزی و جلوگیری از قاچاق انسان و موادّ مخدّر به داخل خاک ایران در بسیاری مواقع به سهو یا عمد کاهلی میکند و به سرحدات قانونی جمهوری اسلامی ایران بی‌اعتنائی می‌نماید، جمهوری اسلامی ایران می‌تواند از مهم‌ترین کارت بازی خود بهره‌برده و اقدام به ایجاد تحریم‌های اقتصادی و حتی اجتماعی علیه آن کشور نماید.

اگر در دوران وجود حکومت قانونی در آن کشور و با توجّه به ارتباطاتی که با دول غربی به‌ویژه آمریکا داشتند، دسترسی به بازار ارزی هرات، کابل و... برای تأمین ارز موردنیاز ایران، بازگشودن مرزها و ایجاد ارتباطات تجاری با افغان‌ها می‌توانست تا حدودی گره‌گشا باشد و بخشی از ارز موردنیاز کشور را تأمین نماید، اما امروزه، دیگر چنین منفعتی برای ایران متصور نیست و شاید تنها خسارت این اقدام، پیامد رکود اقتصاد محلی در نقاط و گذرگاه‌های مرزی شرق کشور باشد که با عنایت به وجود مشاغل جایگزین در کشور و این که تحریم‌های اقتصادی کشورها علیه همدیگر هرگز دائمی نیستند، برای جمهوری اسلامی حتی در این شرایط تحریمی، با توجّه به حجم و گستردگی زیادی که ندارند، قابل‌جبران باشد. از آنجاییکه امارت اسلامی در حال حاضر از نظر بین‌المللی شرایط یک دولت رسمی را ندارد که دیگر دولت‌ها و شرکت‌های بزرگ فراملی و چندملیتی بتوانند با آن همکاری‌های مفید اقتصادی داشته باشند، برای رهبران طالبان از دست‌دادن روابط مالی - تجاری با ایران و بسته‌شدن مرزهای ایران بر روی نیازمندی‌های آن کشور بسیار پرهزینه خواهد بود، آن گونه که حاضر باشند، به‌ازای برقراری روابط تجاری و تأمین نیازمندی‌های مردم افغان، با ایران از در تعامل و همکاری‌های مفید و سازنده سیاسی - اقتصادی درآیند.

منابع و مأخذ

- اسلامی، روح‌الله؛ سرحدی، رضا، و فیضی، مهدی (۱۳۹۸). راهبردهای دیپلماسی تأمین حقابه رودخانه هیرمند. فصلنامه راهبردهای سیاست. ۸(۳۰)، ۷۱-۱۰۳
- آراسته، ابوالفضل؛ کهزاده، یاسر؛ صلاح، مهدی، وهاشمی باغی، زینب (۱۴۰۲). طراحی الگوی مطلوب مدیریت اتباع افغانستانی در استان سیستان و بلوچستان با رویکرد نظریه‌پردازی داده‌بنیاد. پژوهش‌های راهبردی سیاست، ۱۲(۴۴)، ۲۶۹-۳۰۴
- <https://doi.org/10.22054/qps.2023.69436.3094>
- آقاجاری، محمدجواد و کریمی، مرتضی (۱۳۹۴). نقش بازیگران منطقه‌ای در فرایند دولت‌سازی افغانستان در دوران طالبان و پسا طالبان. مطالعات بین‌المللی (پژوهش‌های روابط بین‌الملل)، ۸(۳۰)، ۵۷-۱۰۴
- بی‌باک، شهرام (۱۳۹۸). جغرافیای تاریخی خراسان در ادوار تاریخ. شباک، ۵(۵۱)، ۷۷-۸۴
- بینش، محمدوحید؛ انصاری، فاروق، و خلوصی، محمدحسین (۱۳۹۰). شیعیان افغانستان؛ روابط، جایگاه و جریان‌ات. تهران: مؤسسه مطالعات اندیشه‌سازان نور
- ثقفی عامری، ناصر (۱۳۷۰). سازمان ملل متحد مسئولیت حفظ صلح و امنیت بین‌الملل. تهران: دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی
- حمیدی، سمیه و یوسف زهی، ناصر (۱۳۹۴). ایران و مسئله هرات و قندهار در دوره قاجار (طی سال‌های ۱۷۹۴ - ۱۸۵۶ م). فصلنامه تاریخ روابط خارجی، ۱۶(۶۴)، ۷۳-۹۷
- حیدری، حسین، ستاره، جلال، کیانی، جواد و اصانلو، علی (۱۳۹۸). تأثیر رودخانه هیرمند و فراه رود بر امنیت اقتصادی منطقه مرزی نهبندان. فصلنامه علوم و فنون مرزی. ۸(۴)، ۲۳-۳۹
- خسروآبادی، مریم و کریمی الوار، کیوان (۱۳۹۵). تأثیر دوگانه ورود اسلام به خراسان بزرگ از منظر تمدن ایرانی. فصلنامه خراسان بزرگ، ۷(۲۴)، ۲۹-۴۲
- رحمانی، منصور (۱۳۹۴). دیپلماسی عمومی و سیاست خارجی. فصلنامه مطالعات راهبردی جهانی شدن، ۶(۱۵)، ۶۳-۸۶

رنجبرزاده، جواد (۱۳۹۹). اینکوترمز در حقوق تجارت بین‌الملل. فصلنامه علمی - حقوقی قانون‌یار، ۴(۱۵)، ۵۱-۷۲

سینایی، وحید و جمالی، جواد (۱۳۹۷). دیپلماسی اقتصادی جمهوری اسلامی ایران در افغانستان و مدیریت اختلافات آبی دو کشور (با کاربست رویکرد اقتصاد نهادگرا). فصلنامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، ۸(۲۸).

شیخ غفوری‌فرد، هادی و ببری گنبد، سکینه (۱۳۹۹). تبیین چگونگی غیرامنیتی‌سازی روابط ایران و افغانستان سال‌های (۲۰۰۰ تا ۲۰۱۹). فصلنامه مطالعات بنیادین و کاربردی جهان اسلام، ۲(۴)، ۲۵-۴۹

صدر، جواد (۱۳۹۲). حقوق دیپلماتیک و کنسول. تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سیزدهم.

ضیایی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۸). حقوق بین‌الملل عمومی. تهران: گنج دانش، چاپ شصت‌وپنجم.

ضیائی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۹). حقوق معاهدات بین‌المللی. تهران: گنج دانش، چاپ هفتم. طنین، ظاهر (۱۳۹۰). افغانستان در قرن بیستم ۱۹۰۰-۱۹۹۶. تهران: محمدابراهیم شریعتی افغانستانی (ناشر)، چاپ سوم.

عزیزی، ستار (۱۴۰۰). شناسایی امارت اسلامی افغانستان (طالبان) از منظر حقوق بین‌الملل. فصلنامه مطالعات بین‌الملل، ۱۸(۲(۷۰))، ۷-۲۲.

عسکری کرمانی، حامد و صفا، آرش (۱۴۰۱). پیامدهای ظهور دوباره طالبان برای دیپلماسی اقتصادی ایران در افغانستان. فصلنامه علمی رهیافت‌های سیاسی و بین‌الملل، ۱۴(۱)، ۹۷-۱۲۱

Doi:10.29252/piaj.2022.226471.1228

عنابی، علیرضا (۱۳۹۱). هیئت اصول حاکم بر رودخانه‌های بین‌المللی با تأکید بر موقعیت حقوقی هیرمند. همایش ملی حقوق بین‌الملل در آینه علوم روز، جهاد دانشگاهی آذربایجان غربی، دوره ۱.

فرزانه پور، حسین و یوسف زهی، ناصر (۱۳۹۶). تأملی انتقادی به چالش‌های امنیتی روابط اقتصادی ایران و افغانستان (۲۰۱۷-۲۰۰۱م). دوفصلنامه سیاست و روابط بین‌الملل. ۱۰(۲)، ۱۶۷-۱۹۲

میرعباسی، سید باقر و صیقلایی، زینب (۱۳۹۸). تجزیه‌پذیری و صور نوین کشورهای تازه‌تأسیس از منظر واحدهای جغرافیایی - سیاسی در عرصه نظام حقوقی بین‌الملل. فصلنامه نگرش‌های نوین در جغرافیای انسانی. ۱۲(۱)، ۴۷۷-۴۹۳.

https://journals.iau.ir/article_670399.html

والدهایم، کورت (۱۳۷۴). کاخ شیشه‌ای سیاست. ترجمه: عبدالرحمان صدیه (۱۳۷۴). تهران: انتشارات اطلاعات، چاپ چهارم.

منابع اینترنتی

اکو ایران (۱۴۰۱). روند تجاری ایران و افغانستان. اکو ایران (تارنمای تصویر اقتصاد ایران). قابل‌دسترس در: <https://www.ecoiran.com/fa/tiny/news-12437> [بازیابی شده در ۱۸ خرداد ۱۴۰۲].

امیر عبداللهیان (۱۴۰۲). هیئت حاکمه فعلی افغانستان را به رسمیت نمی‌شناسیم. خبرگزاری ایرنا. قابل‌دسترس در: <https://irna.ir/xjMxJq> [بازیابی شده در ۱۳ خرداد ۱۴۰۲]

تارنمای مرکز اسناد انقلاب اسلامی (۱۳۹۸). گزارش سرنوشت شهید محمود صارمی و ۱۰ دیپلمات جمهوری اسلامی ایران در افغانستان. تارنمای مرکز اسناد انقلاب اسلامی. قابل‌دسترس در: <https://irdc.ir/fa/news/5100> [بازیابی شده در ۱۳ خرداد ۱۴۰۲].

خبرآنلاین (۱۳۹۸). چرا ایران از حمله به افغانستان در دوره دولت اصلاحات منصرف شد؟ چند روایت از طرح فرمانده وقت سپاه برای حمله به هرات. خبرگزاری تحلیلی ایران (خبر آنلاین). قابل‌دسترس در: <https://www.khabaronline.ir/news/1284825> [بازیابی شده در ۱۳ خرداد ۱۴۰۲].

خبرگزاری ایرنا (۱۴۰۱). بیانیه طالبان درباره ادامه فعالیت سفارت افغانستان در تهران. خبرگزاری ایرنا. قابل‌دسترس در: <https://irna.ir/xjLRmp> [بازیابی شده در ۱۳ خرداد ۱۴۰۲].

خبرگزاری فارس (۱۴۰۱). مرزبان ایرانی بازداشت شده توسط طالبان آزاد شد. خبرگزاری فارس. قابل دسترس در: <https://www.farsnews.ir/af/news/14011208000859> [بازیابی شده در ۱۳ خرداد ۱۴۰۲].

روحانی، واجد (۱۴۰۲). صادرات ایران به افغانستان در دوران طالبان کاهش یافت. خبرگزاری ایندپندنت فارسی. قابل دسترس در: <https://www.independentpersian.com/node/323766> [بازیابی شده در ۱۸ خرداد ۱۴۰۲].

References

- Afganistan Embassies and Consulates (Mars 23, 2023). EmbassyPages websit. Availabel at June 3, 2023 on: <https://www.embassypages.com/afghanistan#:~:text=The%20EmbassyPages%20for%20Afghanistan%20list,consulates%20and%20two%20other%20representations.>
- Aghajari, M.J. & Karimi, M. (2015). The role of regional actors in the process of Afghanistan state-building during the Taliban and post-Taliban era. *Studies of International Relations Journal*, 8(30), 57-104. (in Persian)
- Amir Abdullahian (2023). *We do not recognize the current ruling body of Afghanistan*. IRNA news agency. Available at: <https://irna.ir/xjMxJq> [Retrieved on June 13, 1402]. (in Persian)
- Annabi, A. (2012). Board of principles governing international rivers with emphasis on Hirmand's legal position. *National Conference of International Law in the Mirror of Modern Sciences*, West Azerbaijan Academic Jihad. (in Persian)
- Arasteh, A., Kahrazeh, Y., Salah, M., & Hashemi baghi, Z. (2023). Designing an Optimal Model for Management of Afghan Immigrants in Sistan and Baluchistan Province: Data-based Theorizing Aapproach. *Political Strategic Studies*, 12(44), 269-304. doi: 10.22054/qpps.2023.69436.3094. (in Persian)
- Askari Kermani, H. & Safa, A. (2022). Consequences of the re-emergence of the Taliban for Iran's economic diplomacy in Afghanistan. *Scientific*

- Quarterly of Political and International Approaches*, 14(1), 121-97
Doi:10.29252/piaj.2022.226471.1228. (in Persian)
- Azizi, S. (2021). Democratic Legitimacy Governments: From Theory to Practice. *The Journal of Human Rights*, 16(2), 5-28. doi: 10.22096/hr.2021.538736.1366
- Azizi, S. (2021). Identifying the Islamic Emirate of Afghanistan (Taliban) from the perspective of international law. *International Studies Quarterly*. 18(2(70)), 22-7. (in Persian)
- Bibak, Sh. (2019). Historical geography of Khorasan in historical periods. *Shabak*, 5(51), 77-84. (in Persian)
- Binesh, M.V., Ansari, F., & Khulusi, M.H. (2011). *Afghan Shiites; Relationships, position and currents*. Tehran: Noor Andishe Sazan Studies Institute. (in Persian)
- Britannica, T. Editors of Encyclopaedia (2023). Soviet invasion of Afghanistan. *Encyclopedia Britannica*.
<https://www.britannica.com/event/Soviet-invasion-of-Afghanistan>
- Brownlie, I. (1982). Recognition in Theory and Practice. *British Yearbook of International Law*. 53(1), 197-211 doi:10.1093/bybil/53.1.1
- Diplomatic Bluebook 2017 (2017). Japanese Diplomacy and international Situation in 2016. Ministry of Foreign Affaris if Japan. Ministry of foreign affairs of Japan. <https://www.mofa.go.jp/files/000106465.pdf>
- Echo of Iran (2022). *Business trend of Iran and Afghanistan*. Eco Iran (Iran's economy image website). Available at:
<https://www.ecoiran.com/fa/tiny/news-12437> [Retrieved on June 18, 1402]. (in Persian)
- Eslami, R., Sarhadhi, R., & Feizi, M. (2019). Diplomacy strategies to secure the rights of the Hirmand River. *Policy Strategies Quarterly*. 8(30), 71-103. (in Persian)
- Fars news agency (2022). *The Iranian border guard arrested by the Taliban was released*. Fars news. Available at:
<https://www.farsnews.ir/af/news/14011208000859> [Retrieved on June 13, 1402]. (in Persian)
- Farzanehpour, H., & Yusuf Zahi, N. (2017). A critical reflection on the security challenges of economic relations between Iran and Afghanistan

- (2001-2017). *Bi-Quarterly Journal of Politics and International Relations*. 1(2), 167-192. (in Persian)
- Hamidi, S., & Yousefzehy, N. (2015). Qajar Iran and the Question of Herat and Kandahar (1794-1856 A.D). *Foreign Relations History*, 16(64), 73-97. (in Persian)
- Heydari, H., Setara, J., Kiyani, J. & Asanlo, A. (2019). The effect of Hirmand River and Farah Rood on the economic security of the Nehbandan border region. *Frontier Science and Technology Quarterly*. 8(4), 23-39. (in Persian)
- IRNA news agency (2022). *Taliban's statement about the continuation of the activities of the Afghan embassy in Tehran*. IRNA news agency. Available at: <https://irna.ir/xjLRmp> [Retrieved on June 13, 1402]. (in Persian)
- Islamic Revolution Documents Center website (2019). *Report on the fate of Martyr Mahmoud Sarmi and 10 diplomats of the Islamic Republic of Iran in Afghanistan*. Islamic Revolution Documents Center website. Available at: <https://irdc.ir/fa/news/5100> [Retrieved on June 13, 1402]. (in Persian)
- Khosrovabadi, M., & Karimi Alvar, K. (2016). The bilateral effect of entrance of Islam to grent khorasan from the perspective Iranian civilization. *Journal of Great Khorasan*, 7(24), 29-42. (in Persian)
- Larson, A., & Ramsbotham, A. (2018). *Incremental Peace in Afghanistan*. London: Conciliation Resources.
- Meley, W. (2002). *The Afghanistan Wars*. New York: Palgrave Mecmilan.
- Mirabbasi, S.B., & Seigalaei, Z. (2019). Degradability and new forms of newly established countries from the point of view of geographical-political units in the field of international legal system. *Quarterly journal of new attitudes in human geography*. 12(1), 477-493. https://journals.iau.ir/article_670399.html. (in Persian)
- Online news (2019). *Why did Iran desist from attacking Afghanistan during the period of the reform government? / A few stories about the plan of the commander of the IRGC to attack Herat*. Iran Analytical News Agency (online news). Available at: <https://www.khabaronline.ir/news/1284825> [Retrieved on June 13, 1402]. (in Persian)
- Osman B. & Gopal A. (2016). Taliban views on a Future State. *Center on International Cooperation*. Available at:

- https://www.academia.edu/28493005/Taliban_Views_on_a_Future_State [retrieved on May 31, 2023].
- Pasanayagam, A. (2002). *Afghanistan: A Modern History*. New York: H.B. Taurist.
- Principles and Challenges. *LSE IDEAS, Strategic Update*. Available at: <https://www.lse.ac.uk/ideas/publications/updates/economic-diplomacy-in-the-21st-century-principles-and-challenges> [retrieved on June 7, 2023].
- Rahmani, M. (2015). Public diplomacy and foreign policy. *Globalization Strategic Studies Quarterly*, 6(15), 63-86. (in Persian)
- Ranjbarzadeh, J. (2019). Incoterms in international trade law. *Ghanonyar Scientific-Lawl Quarterly*, 4(15), 51-72. (in Persian)
- Resolution 1989 (2011) / adopted by the Security Council at its 6557th meeting on 17 June 2011 Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/705628?ln=en> [retrivied on 31 may 2023].
- Rouhani, Wajid (2023). *Iran's exports to Afghanistan decreased during the Taliban era*. Independent Farsi news agency. Available at: <https://www.independentpersian.com/node/323766> [Retrieved on June 18, 1402]. (in Persian)
- Rubin, B. R. (1997). *Afghanistan: The Last Cold-war Conflict, the First Post-cold War Conflict*. United Nations University, World Institute for Development Economics Research.
- Sadr, J. (2013). *Diplomatic and consular rights*. Tehran: Tehran University Press, 13th edition. (in Persian)
- Sheikh Ghafourifard, H., & Babri Gonbad, S. (2020). Explaining how Iran-Afghanistan relations were made less secure in the years (2000 to 2019). *Quarterly journal of fundamental and applied studies of the Islamic world*. 2(4), 25-49. (in Persian)
- Sinaii, V. & Jamali, J. (2018). The economic diplomacy of the Islamic Republic of Iran in Afghanistan and the management of water disputes between the two countries (using the approach of institutional economics). *Strategic Public Policy Studies Quarterly*, 8(28). (in Persian)

- Tanin, Z. (2011). *Afghanistan in the 20th century, 1900-1996*. Tehran: Mohammad Ibrahim Shariati Afghani (publisher), third edition. (in Persian)
- Thaghafi Ameri, N. (1991). *The United Nations is responsible for maintaining international peace and security*. Tehran: Bureau of Political and International Studies. (in Persian)
- Wallace, R.M. (2005). *International Law*. London: Sweet & Maxwell.
- Waldheim, K. (1985). *The glass palace of politics*. Translation: Abdur Rahman Sadrieh (1995). Tehran: Information Publications, 4th edition. (in Persian)
- World Bank (2022). *Afghanistan Trades Summary 2019 Data (2022)*. Available at: <https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/AFG/Year/LTST/Summary> [retrieved on 3 June 2023].
- Yueh, Linda (2020). *Economic Diplomacy in the 21st Century*.
- Zelin, Aaron Y. (2023). "Iran Formalizes Ties With the Taliban". The Washington Institute for Near East Policy. Available at June 3, 2023 on: <https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/iran-formalizes-ties-taliban>
- Ziyai Bigdeli, M.R. (2019). *General International Law*. Tehran: Ganj Danesh, 65th edition. (in Persian)
- Ziyai Bigdeli, M.R. (2019). *Laws of international treaties*. Tehran: Ganj Danesh, 7th edition. (in Persian)

A comparative study of the quality of criminal regulations, with a look at Iranian law and the knowledge of ethics, literature and linguistics

Amir Moradi

Judge of Justice of Tehran Province and Ph.D.
in Criminal Law and Criminology, Azad
University, Tehran Science and Research Unit,
Tehran, Iran
Email: dr.moradi9913@yahoo.com



Received: 2023-11-09

Accepted: 2024-03-31

Abstract

One of the sources of creating legal language and literature is the establishment of regulations. Since legislation deals with the order and security of society and is also analyzed by researchers in some fields such as law, literature, linguistics, and ethics, it is necessary to complete it by following strict criteria. One of the most important criteria of correct legislation is diligence and efficiency in the quality of regulations, which is considered today as a complement to the principle of legality of the criminal phenomenon. The quality of regulations requires that the discourse of the law should not be broad and vague, and the importance of this in criminal regulations is twofold; so that it does not need to be interpreted except in exceptional cases. It seems that today, for the Iranian legislator, no specific ethical standards have been defined and implemented for this matter. Considering that voluntary and conscious decision-making legislation and voluntary actions are subject to the value of moral judgment, therefore it is subject to ethical requirements and in terms of the moral responsibility of the legislator, we consider compliance with the quality of the regulations as a good and correct decision.

Journal of Research and Development in
Comparative Law

Iranian Law and Legal Research Institute

Vol. 6 | No. 21 | Winter 2023
(Original Article)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

10.22034/law.2024.2001199.1273

And among the most important moral duties of the legislator, we consider compliance with this importance and paying attention to the teachings of the language of the law as a means of communication and information. In line with the management and prevention of quality violations, the regulations as one of the most important rules of ethics of the legislator, paying attention to the quality of the legislator and observing the written, editorial and literary rules and the existence of a special institution for writing and compiling laws as well as evaluating their quality, consisting of law Scholars, writers, linguists, sociologists, ethicists and other science experts are needed and basing laws on interdisciplinary research between ethics, literature, law and linguistics can be a way forward. Of course, since no matter how much attention and care is taken in this regard, there is a possibility of ambiguity, silence, conflict, etc. in the regulations. To benefit in the proceedings as well as judicial procedure. The criterion we consider in order to determine the quality level of regulations is fuzzy logic; the most important factor in the lack of regulation quality is the legislator's incomplete understanding of legal language and interdisciplinary studies. Also, the preparation and approval of the "Comprehensive Ethical Legislator Document" regarding the ethical principles and rules of this area and related issues and issues, as well as the ethical audit of regulations, and the approval of a lesson and chapter entitled "Professional Ethics of Legislators" with an interdisciplinary approach between literature, Linguistics, ethics and law are suggested by the Ministry of Science along with the course on the principles and techniques of law-making. The most important thing is to try to establish and promote "ethical culture" through the creation of interdisciplinary discourse and critique of the above topic, among the students of law, ethics, philosophy, literature and linguistics faculties, and to promote the study of world literature in the society.

Keywords: *The language of law, the quality of regulations, the ethics of legislation, the ethics of language and writing, fuzzy logic.*

بررسی تطبیقی کیفی بودن مقررات کیفری، با نگاهی به حقوق ایران و دانش‌های اخلاق، ادبیات و زبان‌شناسی

امیر مرادی

دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد، واحد علوم و تحقیقات تهران و قاضی دادگستری،
Email: Dr.moradi9913@yahoo.com



تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۸

فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی
پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۶ | شماره ۲۱ | زمستان ۱۴۰۲

(مقاله پژوهشی)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

[10.22034/law.2024.2001199.1273](https://doi.org/10.22034/law.2024.2001199.1273)

چکیده

یکی از مهم‌ترین معیارهای قانون‌گذاری درست، توجه به کیفی بودن مقررات است. کیفی بودن مقررات، اقتضاء می‌کند گفتمان قانون گسترده، مجمل و مبهم نبوده و با لحاظ مفهوم عقلانیت و اوصاف آن، صریح و قابل فهم باشد؛ به طوری که جز در موارد استثنائی نیاز به تفسیر نداشته باشد؛ ضمن اینکه مسائل حقوقی، بر مبنای آن، قابل حل باشد. اهتمام به این امر در مقررات کیفری، دو چندان است که در این مطالعه مورد توجه قرار گرفته است. بررسی‌های این پژوهش نشان داد، امروزه برای قانون‌گذاری کیفری در ایران، ضوابط اخلاقی روشنی برای قانون‌گذاران تعریف و اجرایی نشده؛ همچنین قانون‌گذار به ظرفیت دانش‌های ادبیات، زبان‌شناسی، اخلاق و استفاده از متخصصان این دانش‌ها آن گونه که شایسته و بایسته است، اهتمام خاصی نداشته است. با توجه به اینکه قانون‌گذاری، تصمیم‌گیری ارادی و آگاهانه است و اقدامات ارادی در معرض ارزش‌دوری اخلاقی می‌باشد، بنابراین مشمول الزامات اخلاقی قرار می‌گیرد؛ لذا با لحاظ مسئولیت اخلاقی قانون‌گذار، رعایت کیفی بودن قانون ضروری است و از جمله مهم‌ترین وظایف اخلاقی قانون‌گذاران ارائه شفاف منظورشان به مخاطبان و شهروندان، همچنین اهتمام به زبان قانون، به‌عنوان وسیله‌ای برای ارتباط و اطلاع‌رسانی است.

معیار پیشنهادی این مطالعه در راستای تعیین درجه کیفیت قانون، منطق فازی است؛ مهم‌ترین عامل کیفیت نداشتن قانون، درک ناقص از زبان حقوقی و حتی گاهی دانش‌های ادبیات و زبان شناسی است. در تبیین مفهوم کیفی بودن، شایسته است علاوه بر انسجام درونی، به انسجام بیرونی نیز توجه شود که با تنظیم و تصویب «سند جامع اخلاقی قانون‌گذاری»، و استقرار و ترویج «فرهنگ اخلاقی» میسر می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: زبان قانون، کیفی بودن مقررات، اخلاقی قانون‌گذاری، اخلاق نوشتن و زبان، منطق فازی

مقدمه

«اصل قانونی بودن پدیده جنایی»^۱ در طی تاریخ حقوق کیفری از قرن هجده به بعد، به خصوص با به منصفه ظهور و به نشر رسیدن رساله جرائم و مجازات‌ها اثر چزاره بکاریا^۲ در گفتمان‌های حقوقی و نیز عرصه قانون‌گذاری مطرح گردید. اصل مذکور یکی از مهم‌ترین «اصول بنیادین حقوق کیفری»^۳ است که بر طبق آن، کلیه اقدامات مرتبط با پدیده جنائی باید بر مبنای قانون باشد و به اطلاع اشخاص رسیده باشد. امروزه بنابر اشکالات نظری و عملی و نیز انتقادات وارده به اصل مذکور، تحت تأثیر رویکردهای انسان مدار حقوقی، رویکرد دیگری نسبت به آن اصل، به نام «کیفی بودن مقررات» به زعم برخی بر مبنای آراء دیوان اروپایی حقوق بشر، و به زعم برخی دیگر بر مبنای پرونده کراسلین^۴ علیه دولت فرانسه در سال ۱۹۹۰ مطرح شده است.^۵ رویکرد یاد شده، به عنوان مکمل اصل قانونی بودن پدیده جنائی، کانون توجه خود را از بررسی چگونگی تطبیق رفتار شهروندان با قانون مصوب، و نیز رفتار قضات با شهروندان بر طبق قانون، به خود ماهیت، اصالت، شکل و روند وضع قانون توسط قانون‌گذار معطوف می‌سازد؛ با این توضیح که لزوم کیفی بودن مقررات و به خصوص مقررات کیفری در گرو معیارها و شاخص‌هایی است که رعایت آن‌ها توسط قانون‌گذار منجر به

^۱. The Principle legality of Criminal phenomenon

^۲. Cesare Beccaria (1738-1794)

^۳. اصول مهم و بنیادین حقوق کیفری عبارت است از: اباحه / آزادی، برابری، تناسب و قانونی بودن. اهتمام به اصول مذکور، راهنما و هادی طراحی و اجرای حقوق کیفری خردمندانه و نقش آفرینی شایسته و بایسته آن می‌شود. (منصور آبادی، ۱۳۹۵: ۶۱۴)

^۴. Krusline

^۵. البته برخی نویسندگان یکی از پیامدهای اصل اباحه و آزادی را به عنوان نخستین اصل در حقوق کیفری، صریح بودن مقررات کیفری و کیفیت آن برشمرده اند. (منصورآبادی، ۱۳۹۵: ۶۲۴)

قانون‌گذاری مناسب و با کیفیت است. ضمناً با توجه به اینکه حقوق کیفری، محل رویارویی حقوق و آزادی‌های فردی با قدرت عمومی است (منصور آبادی، ۱۳۹۵: ۶۱۵). همچنین با لحاظ ارتباط حقوق کیفری با جان، مال، امنیت، آزادی، کرامت انسانی افراد؛ رعایت معیارها و شاخص‌های مد نظر از اهمیت بالاتری نسبت به سایر قلمروهای حقوق، برخوردار است (طاهری، ۱۳۸۵: ۱۲۱؛ مؤذن زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷).

البته به نظر می‌رسد منشأ این قاعده در آراء چزاره بکاریا، جرمی بنتام^۱ و نیز شارل دو منتسکیو^۲ نیز وجود دارد؛ با این توضیح که بکاریا در اولین سطرهای رساله جرائم و مجازات‌ها، به شبهه انگیز و نامشخص بودن حقوق جزای کشورش انتقاد و حمله می‌کند، و آن را سرچشمه خود رأیی‌ها و بی عدالتی‌ها می‌داند؛ همچنین بر ضرورت وحدت آرا در محاکم قضایی با تدوین متون ساده، روشن، صریح و ملهم از نهاد قانون‌گذاری تأکید می‌کند (بکاریا، ۱۳۸۵: ۱۴؛ مالوری، ۱۳۸۸: ۲۱۹). بنتام نیز علاوه بر اینکه به برتری بی چون و چرای قانون نوشته شده بر دیگر منابع حقوق، اعتقادی راسخ داشت، معتقد بود که این قانون باید کاملاً روشن و برای همه قابل فهم باشد، همچنین وی نظر خاصی بر اصلاح زبان حقوقی و دقت و شفافیت آن داشت (مالوری، ۱۳۸۸: ۲۳۲). بنتام، تصدیق می‌کند قانون برای امور اجتماعی، ضروری است، وی قوانین مطلوب را با صراحت برای حکومت مطلوب و حیاتی می‌دانست (کمپیل، ۱۴۰۱: ۱۵۴). منتسکیو نیز صراحت، روشنی و پرهیز از عبارات مبهم را هنگام تصویب قانون لازم می‌دانست؛ وی معتقد بود قانون باید روشن و برای مردم قابل

1. Jeremy Bentham (1748-1832)

2. Charles de Montesquieu (1689-1755)

فهم باشد تا ایشان حقوق و آزادی‌های خود را از تکالیف و محدودیت‌هایشان تشخیص دهند (منتسکیو، ۱۳۶۲: ۳۶)

شفاف سازی و ساده گویی از قواعد مهم و اخلاقی «گفتمان قانون گذاران» خطاب به شهروندان است. (مرادی، ۱۳۹۸). گفتمان، مجموعه‌ای از گفته‌ها است که زبانی - یعنی شیوه بیانی - را برای گفتگو درباره دانش ویژه‌ای - در بحث ما دانش حقوق - و در موضوعی خاص - در بحث ما قانون گذاری - فراهم می‌آورد. هنگامی که گفته‌های مربوط به موضوعی، در عرصه گفتمانی خاص ساخته می‌شوند، این گفتمان امکان برداشتی ویژه را از آن موضوع فراهم می‌آورد (تامپسون، ۱۳۹۸: ۱۸۴).

در این پژوهش، این پیش فرض مبناست که نوشتن به دلیل پیامدهای عملی اش - در کنار عرصه نظری - به عرصه عمل، و داوری اخلاقی نسبت به نوشتن خوب و نوشتن بد هم تعلق دارد. بنابراین «ضرورت ساده نویسی» به صورت یک اصل اخلاقی از دستاوردهای عصر روشنگری توسط برخی نویسندگان، ذیل «اخلاق نوشتن» و نیز «اخلاق زبان» مطرح شده است. اخلاق زبان، نوعی مهار درونی در استفاده از زبان است، و اخلاق نوشتن، وجهی از آن است. از جمله مقدمات واجب اخلاق‌های مضاف مذکور، آشنایی و تقید به ابزارهای زبانی، ادبی و نیز مفهومی و رعایت کشف ظرفیت‌های زبانی و تعادل در ساده نویسی، و مخاطب شناسی است. منظور از ساده نویسی این است که مخاطب و خواننده متن و یا نوشته مد نظر، به تلاش بیهوده وادار نشود و مشکلات زبانی، اثر راه را بر فهم منظور اصلی نویسنده نبندد (معصومی همدانی، ۱۴۰۱: ۴۹ الی ۹۱)، و از آنجا که عمده مقررات، از طریق قانون گذاری و انشاء و قانون نویسی ارائه می‌شود؛ بنابراین از جمله مهم ترین وظایف اخلاقی قانون گذاران ارائه شفاف منظورشان به مخاطبان و شهروندان، همچنین اهتمام به زبان قانون، به عنوان وسیله‌ای برای ارتباط و اطلاع رسانی است؛ نه ابزار تولید مقررات.

در اغلب کشورها به خصوص کشورهای انگلیسی زبان، سعی بر این است که «گفتمان» و «زبان» مورد استفاده برای قوانین، ساده تر شود تا قانون برای بیش تر مردم قابل درک باشد (کائو، ۱۳۹۶: ۵۳). حقوق دانان انگلیسی، عدم رعایت کیفیت و ابهام متن قانون را موجب زائل شدن احترام و امتیاز آن می دانند. (امیدی، ۱۳۹۸: ۹۴). در ایالات متحده آمریکا نیز اهتمام خاصی به «دکترین لزوم اجتناب از ابهام»^۱ در نگارش متن قانون می شود. شورای قانون اساسی فرانسه، تضمینات موجود در حقوق کیفری از جمله رعایت کیفی بودن قانون را به همه مواردی که ضمانت اجرا برای آنها وجود دارد، تسری و تعمیم داده است؛ یعنی در ضمانت اجرایی که جنبه تنبیهی دارد مانند ضمانت اجرای اداری نیز باید تضمینات حقوق کیفری رعایت شود (دلماس مارتی، ۱۳۸۱: ۱۸۸).

مقاله حاضر در صدد پاسخ به پرسش های زیر است: آیا قانون گذار ایرانی در وضع و تقریر مقررات، دارای ضوابط اخلاقی مشخص است؟ و در رفتار و در تصویب مقررات به مفاهیم اخلاقی، ادبی و زبان شناختی نظر دارد؟ کیفیت مقررات، در معرض ارزش داوری اخلاقی و مشمول الزامات اخلاقی قرار می گیرد؟ امکان ارائه معیار برای درجه کیفیت قانون وجود دارد؟ مهم ترین علت عدم کیفیت مقررات چیست؟ دامنه شمول کیفی بودن مقررات صرفاً شامل مقررات ماهوی و انسجام درونی آن است یا شامل مقررات شکلی و انسجام بیرونی نیز می گردد؟ راه کار و ابزار تقیّد به کیفی بودن مقررات چیست؟

به نظر می رسد امروزه در خصوص قانون گذاری در ایران، هیچ ضوابط اخلاقی روشنی برای قانون گذاران تعریف و تنظیم نشده؛ همچنین به ظرفیت دانش های اخلاق، ادبیات و زبان شناسی آن گونه که شایسته است اهتمام نشده است. یکی از

^۱. Void for vagueness doctrine

مهم ترین ضوابط مدنظر ما در این پژوهش، با اهتمام به موضوع «قانون گذار مطلوب»^۱، رویکرد «کیفی بودن مقررات»^۲ است.

در این مقاله با ابتناء بر رویکرد مسئله محوری، و نیز با اشراف به آموزه‌های مسئله‌شناسی^۳ از روش توصیفی-تحلیلی، بهره‌گیری از ابزار کتابخانه‌ای و مطالعه میان رشته‌ای، استفاده شده است. در خصوص سابقه پژوهش و مرتبط با موضع این مقاله می‌توان به برخی مقالات اشاره کرد: «رویکردی نوین بر ارجاع کیفری در پرتو اصل وصف گذاری منصفانه» اثر میرمحمد صادقی و لکی؛ «اصل شفافیت قانون و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران» اثر مودن زادگان و رهدارپور؛ «بررسی اصل کیفی به جای اصل قانونی بودن جرائم» اثر شریفان و رنجبران؛ «ابهام در قوانین کیفری با رویکردی زبان شناسی» اثر فرحی.

در میان کتب نیز می‌توان به کتاب درآمدی بر کیفیت قانون اثر عبدالله زاده شهربابکی، که به تفصیل به موضوع پرداخته است، و نیز برخی منابع که در آن نه به نحو مستقل بلکه به صورت جزئی از کتاب به این موضوع نیز پرداخته شده است، اشاره نمود: نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، اثر دلماس مارتی؛ «درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری: فرصت‌ها و چالش‌ها» سخنرانی نجفی ابرندآبادی به صورت مکتوب در کتاب مجموعه مقالات بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری، فرصت‌ها و چالش‌ها؛ خشونت ساختاری و فرآیند عدالت کیفری، رهیافتی جرم شناسانه و تطبیقی به

1. Good Legislation

2. The quality of law

۲. مسئله‌شناسی، نوعی کنش یا عمل فکری است که در ذات خود، فعالیت اخلاقی است؛ زیرا این فعالیت، هم

درک مسائل و هم پذیرش مسئولیت و رویارویی فعال با آنها را بر ما الزام می‌کند. مسئله‌شناسی، نوعی اخلاق مسئولیت است. ر.ک. نعمت الله فاضلی، زندگی سراسر فهم مسئله است، مسئله و مسئله‌شناسی در

علوم اجتماعی و انسانی ایران. ج ۱، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۹۹، ص ۱۶۱.

آموزه نفی خشونت، اثر طاهری؛ حقوق کیفری و لیبرالیسم، بررسی کیفر در سنت فلسفی لیبرال، اثر رستمی.

تفاوت پژوهش حاضر با پژوهش‌های پیشین آن است که نگاه ما در تحقیق حاضر آمیزه‌ای از چشم انداز ادبی، زبان شناختی، هنری، حقوقی و اخلاقی است؛ به عبارت دیگر مسئله ما چند تباری و رهیافت ما میان رشته ای^۱ و مطالعه ما مبتنی بر شیوه تفکر سیستمی است، و بعد از تبیین اجمالی این رویکرد، و با نگاه و تأملی اجمالی به این موضوع در حقوق اسلامی؛ در راستای قانون گذاری درست و عقلانی به ارتباط آن با عقلانیت به عنوان یکی از بنیان‌های دانش اخلاق پرداخته می‌شود؛ سپس شفافیت در قانون گذاری را به عنوان جزئیات و عناصر رویکرد کیفی بودن معرفی نموده، و نهایتاً رویکرد موصوف، به مثابه ضابطه‌ای اخلاقی معرفی می‌گردد. ضمناً در این پژوهش، قانون‌گذاران به ابزاری واقع گرایانه (یعنی سند جامع اخلاقی ناظر بر قانون گذاری با تأکید بر برخی نکات ادبی، زبان شناختی و اخلاقی قانون گذاری). و ممیزی‌های اخلاقی، ادبی، زبان شناختی مقررات توسط ادیبان، زبان شناسان و اخلاق شناسان، دلالت می‌گردند.

مقاله حاضر در دو گفتار ارائه می‌گردد: نخست، مفاهیم و مبانی نظری تحقیق یعنی تعامل ادبیات و قانون گذاری، نسبت و ارتباط زبان قانون با رویکرد کیفی بودن، موضع حقوق اسلامی در مورد موضوع پژوهش، و ارتباط حاکمیت قانون و قانون گذاری با رویکرد مذکور از نظر گذرانده می‌شود؛ سپس تحلیل رویکرد کیفی بودن قانون، و ارتباط آن با عقلانیت؛ همچنین رهیافت اخلاقی نسبت به رویکرد مذکور و معیار آن، و نهایتاً از باب تمثیل، برخی مصادیق مقررات کیفری ایران که قانون گذار در تصویب و تقریر آنها مقید به رویکرد کیفی بودن نبوده است، ارائه می‌شود.

^۱. Interdisciplinary

۱- مفاهیم و مبانی نظری

با توجه به میان رشته‌ای بودن موضوع مقاله حاضر، پیش از ورود به اصل پژوهش، ضروری به نظر می‌رسد مفاهیم اساسی و مبانی نظری آن تعریف و مورد تحلیل مفهومی واقع گردد. تحلیل مفهومی، سبب می‌شود با نگاه انتقادی، عمیق و دقیق، تصدیق درستی صورت گیرد یا از یک تصدیق به صورت درست دفاع شود و نیز از ابهام‌های برخاسته از تشابه، اشتراک لفظی و معنایی و خلط‌ها و مغالطات جلوگیری به عمل آید.

۱-۱. معنی و قرین شناسی برخی اصطلاحات

در این بند، معنی ابهام و نیز برخی اصطلاحات مرتبط و البته مشابه با هم از نظر گذرانده می‌شود. اگرچه در این پژوهش، بنابر قاعده ادبی، عقلی و اصولی «لا مشاحه فی الاصطلاح» یعنی در اصطلاح، نیاز به مناقشه نیست (تاجمیری، ۱۳۷۷؛ مرادی، ۱۳۹۶). اصطلاحات روشن بودن، شفافیت و ساده بودن نسبت به قانون، با تسامح در کنار هم استعمال شده است؛ اما برخی نویسندگان، با استناد به برخی منابع دست اول، به قرین شناسی و تفکیک آن از نظر صاحب نظران این عرصه پرداخته اند (عبداله زاده شهراباکی، ۱۴۰۰). که نقل اجمالی آن تعاریف و تفکیک‌ها خالی از فایده نیست.

ابهام: از نظرگاه سنتی، ابهام نتیجه روشن نبودن یا دقیق نبودن عبارتهای زبانی است و خطایی تلقی می‌شود که باید از آن دوری جست (میشلمن، ۱۴۰۱: ۷۳)

روشن بودن قانون: در نظر اندیشمندان حقوقی کلاسیک، معیار اصلی در روشن و واضح بودن قانون، امکان فهم و درک مخاطب و مجری قانون از آن است؛ آنجا که قانون برای شهروند و مجری، قابل فهم نباشد مبهم است. از آنجا که دیدگاه کلاسیک نتوانست معیاری دقیق و عملی برای تشخیص قوانین روشن از مبهم ارائه نماید، به همین دلیل بسیاری از اندیشمندان حقوقی بعد از دوران کلاسیک، سعی کرده اند تا برای مقابله با

ابهام قوانین، راه کارهایی چون تفسیر، عدم تعین، و نظر کارشناسان زبان را مطرح نمایند. پرداختن به تک تک این راه کارها، خارج از هدف این نوشتار است (میشلمن، ۱۴۰۱: ۷۳).

ساده بودن: ساده و روان کردن قوانین، به معنای «قابل فهم و درک» و «قابل پیش بینی» کردن آن برای شهروندان است. ساده و روان کردن قانون، مبتنی بر تکنیک‌های نگارشی و کلی‌ای است که امروزه در برخی کشورها به عنوان راه کارهای ساده سازی عبارات قانونی شناخته می‌شوند (میشلمن، ۱۴۰۱: ۶۴).

شفافیت: شفافیت، اصلی است که بر اساس آن همه گروه‌های ذینفع باید فرصت کافی داشته باشند تا بتوانند در روند پیش نویس و تصویب یک قانون، نظرات و انتقادات خود را در خصوص آن بیان کنند. (میشلمن، ۱۴۰۱: ۶۵). البته شفافیت در مفهومی عام تر هم استعمال شده است. با این توضیح که یکی از لوازم اساسی اصل قانون مندی که زمینه پیش بینی پذیری و فهم قانون را فراهم می‌کند شفافیت مقرر قانونی است؛ که متضمن قطعیت، صراحت، وضوح و دقت در هنجارگذاری است.

۲-۱. تعامل ادبیات و قانون گذاری

ادبیات شیفته زبان حقوقی و قضایی است، حقوق در ادبیات، بیان کننده اصول یک جامعه عادلانه است. (مالوری، ۱۳۸۸: ۱۲). ادبیات به منزله یکی از شاخص‌های اصیل فرهنگ و علوم انسانی هر جامعه، موضوعات عام و خاص خود را از جمله حقوق و مقررات- با لحاظ حکومت قانون^۱- برمی‌گزیند و با تولید متن آن، تجربه اندیشیدن در زبان را

^۱. «حاکمیت قانون» Rule Of Law به معنای تبعیت آحاد جامعه به خصوص مسئولین و زمامداران از قانون است. و تمام اعمال حکومتی در چارچوب قانون قرار گرفته است، و این خود اهرمی برای مهار و اعمال محدودیت در اختیارات حکومت‌هاست. (هاشمی، ۱۳۸۴: ۴۳۴) حکومت قانون دارای عناصر زیر است: دسترسی به عدالت و رسیدگی قضایی، جزمیت حقوقی، برابری، تناسب، تبعیض قائل نشدن و شفافیت (Leal, 2014: 2).

فراهم می‌سازد. شایسته است که دانش و خانواده ادبیات، جایگاه گفتمانی حوزه‌های خود را به عنوان یک صنف، نهاد و کانون معرفی کرده و در تعامل با ساختار قدرت، بیان‌کننده مطالبات خانواده ادبیات باشد (تندرو صالح، ۱۳۹۷: ۳۴-۳۲). چه بسا یکی از مطالبات بلکه خدمات ادبیات، مطالبه کیفیت ادبیات قانون‌گذار باشد.^۱ مالوری می‌نویسد: «غالباً در ادبیات، ادعانامه‌ای علیه «خود قانون» مبنی بر مبهم و نامفهوم بودن، عدم پیش‌بینی برخی رفتارها، متناسب نبودن برخی کیفرها و... نسبت به ظلم برخی حکومت‌های تمامیت‌خواه در خصوص برخی متهمان، مانند جرائم سیاسی و... وجود داشته است، و این مهم برای نویسندگان و ادیبان نامدار در طول تاریخ مانند پاتلن، کافکا، لافونتین، مولیر، راسین، بومارشه، دیکنس، ویکتور هوگو، آناتول فرانس و... سرچشمه‌ای خشک ناشدنی بوده است.» (مالوری، ۱۳۸۸: ۱۳).

اگر قانون‌گذاران بخواهند به آرمان‌های خود در آرمان شهر مدنظرشان ولو به صورت نسبی نائل شوند، بی‌نیاز از دانش ادبیات (که شهر آرمان‌هاست). و قواعد ساده‌گویی آن - لااقل در این زمینه - نیستند، و از آنجایی که زندگی و اندیشه‌ها، جدا از یکدیگر نیستند (میجلی، ۱۳۹۴: ۷۸)، و قانون‌گذاری نیز ارائه الگوها، سبک‌ها و شیوه‌هایی اغلب

^۱. برای نمونه جورج اورول (۱۹۵۰-۱۹۰۳) در رمان مشهور ۱۹۸۴ به نحو کنایه وار به نقض رویکرد کیفی بودن مقررات کیفری با به‌کاربردن اصطلاح «جرم چهره» توسط برخی حکومت‌های تمامیت‌خواه، اشاره می‌کند. به این توضیح که طبق مقررات کشور مذکور در رمان، هرگونه حالت نامناسب چهره رنجبران - به جای شهروندان - در رویدادهای ظاهراً مهم آن کشور مانند مراسم اعلام پیروزی یا ابراز نفرت نسبت به دشمنان فرضی آن کشور و در واقع آن حکومت و... جرم تلقی، و مجازات دارد.

همچنین دکتر فرانکس کافکا (۱۹۲۴-۱۸۸۳) در رمان مشهور محاکمه، به نحو صریح به نقض رویکرد کیفی بودن مقررات کیفری اشاره می‌کند. او در رمان مذکور در خصوص شخص اول رمان می‌نویسد که یوزف کا د ستگیر شده اما کسی دلیل این رویداد را به او نگفته است. او تأکید می‌کند که مقررات مبهم و محاکمه این‌چنینی از منطق و خرد به دور است.

مبتنی بر اندیشه‌های حقوقی برای زندگی است؛ بنابراین عقلانی است که این امور، به صورت بسیار ساده از طریق گفتمان و نوشتن منتقل گردد (سارتر، ۱۳۹۶).

رابطه میان حقوق و ادبیات را می‌توان از جهت «حقوق به منزله ادبیات»^۱ نگریست؛ این جهت، بر کیفیت ادبی نوشته‌های حقوقی تأکید دارد (مالوری، ۱۳۸۸: ۷). توجه به دانش ادبیات و فلسفه ادبیات با تأکید بر سرفصل «ادبیات به مثابه هنر»^۲ در این میان از اهمیت بالایی برخوردار است؛ توجه به ادبیات به مثابه هنر، یعنی چه؟ آیا منظور از ادبیات صرفاً برخی شعرها و رمان‌ها و نمایش نامه‌ها هستند؟ چرا عبارات منظوم داخل کارت تبریک، و یا هزلیات، و یا رمان‌ها عامه پسند، و یا مصوبات مجلس در قالب مقررات، و یا آراء و دستورات قضات و ... را از این مجموعه مستثنی کنیم؟ آیا این صرفاً یک داوری سلیقه‌ای است، یا تشخیص یک مقوله نیز در میان است؟ آیا پایه و اساس عینی برای ترسیم این تمایزها وجود دارد؟ اصلاً چه چیزی ادبیات به شمار می‌آید؟ (لامارک، ۱۳۹۸: ۱۱)

اندیشیدن به ادبیات به مثابه هنر، دست کم به منزله آن است که ادبیات و آثار ادبی را ابداعات و یا طرح‌هایی بدانیم که نوعی هنرمندی را نشان می‌دهند؛ این مطلب از دو جنبه قابل بررسی است:

نخست- اگر اثری را آراسته و یا بهره‌مند از تناسب و تعادل یا منسجم یا زیبا توصیف کنیم، «جنبه زیبایی شناختی» آن را مشخص کرده‌ایم؛ (لامارک، ۱۳۹۸: ۵۱-۴۸). با این توضیح که مثلاً با توجه به موضوع پژوهش حاضر، هر چند محتوای یک قانون مطابق با اصول حقوقی باشد، اما همچنان لازم است تا برای امکان‌پذیر شدن اجرای آن، فن قانون‌گذاری در تنظیم آن رعایت شده باشد. نحوه انجام این مهم، موضوع بحث فنون

^۱. Law as literature

^۲. Literature as art

شکلی است. متن قانون باید به نحوی تنظیم گردد که اراده قانون گذار را آشکار کند و آن را مورد شناسایی و مقبول عموم قرار دهد؛ بنابراین می توان از «هنر قانون گذار» و «زیبایی شناسی قانون» سخن بگوییم، در میان هنرها این هنر دشوارترین هاست (ریپر، ۱۳۹۵: ۳۳۲). البته در حقوق و مقررات، زیبایی و مورد پسند واقع شدن هدف نیست؛ (مالوری، ۱۳۸۸: ۱۰). بلکه قابل فهم بودن و کارکرد نظم بخشی و احقاق حق در آن مد نظر است.

دو- اگر بگوییم این اثر برای نمونه -در بحث ما مقررات و ادبیات قانونی- به حقوق اخلاقی بشر، اشاره دارد و یا نوید بخش امید، اصلاح و یا انتقاد است، آنگاه جنبه دیگر یعنی توصیفی مرتبط با هنر یا «جنبه توصیفی- ادبی» از آن را ارائه نموده ایم.

به نظر می رسد پابندی قانون گذار به رویکرد کیفی بودن، با لحاظ هر دو جنبه فوق، منجر به زیبایی، انسجام و قابل فهم شدن متون قانونی به عنوان اثر هنری می گردد. از آنجا که آثار هنری دارای تأثیرات اخلاقی هستند (تانر، ۱۳۹۸). به نظر می رسد امروزه از این رویکرد می توان به عنوان یکی از اقتضائات اخلاق حرفه ای در قانون گذاری کیفری یاد کرد. (مرادی، ۱۳۹۷: ۱۱۳). کیفیت مبتنی بر صراحت و شفافیت در قانون گذار، بی درنگ پای امر متضاد را به میان می آورد: راز پوشی و ابهام. (بودریار، ۱۳۹۸: ۴۹).

زبان قانون به ایجاد، تولید و بیان هنجارها و رفتارها مربوط می شود. در هر جامعه ای، قانون عملکردی کلی در توصیه، هدایت و کنترل اخلاق انسانی دارد (کائو، ۱۳۹۶: ۴۱-۱۹۵). و نهاد قانون گذار کیفری در تعیین عناوین مجرمانه، همواره به تهذیب اخلاقی مرتکبان جرائم تعیین شده نظر دارد. (ریپر، ۱۳۹۵: ۱۹۰)

۳-۱. زبان قانون و رویکرد کیفی بودن

قانون، نمودی از فرهنگ است که از طریق زبان قانون بیان می شود. زبان قانون مانند دیگر شکل های استفاده از زبان، یک عرف و روال اجتماعی است و متون قانونی

الزاماً تحت تأثیر چنین عرف و روال اجتماعی یا پیش زمینه‌ای سازمان یافته هستند. هر کشوری زبان حقوقی مخصوص به خود را دارد که نمایانگر وقایع اجتماعی و روال حقوقی مخصوص به خود است. برای ایجاد ارتباط با اهداف خاص در حیطه زبان، متن موردنظر به زبان و یا زیرمجموعه‌های زبانی خاصی تقسیم می‌شود که پیرو قوانین دستوری، معنی‌شناختی و کاربردشناختی است. در این جا زبان در ارتباط با متخصصان حرفه قضا، وکلا و استادان رشته حقوق و همچنین در ارتباط وکلا و افراد عادی یا عموم مردم استفاده می‌شود.

زبان قانون، به نحو بارزی با ماهیت تجویزی، اجرایی و تخصصی بودن زبان مورد استفاده اش، ماهیت «عدم تعین زبانی»^۱ ارتباط مستقیمی دارد. زبان قانون به ایجاد، تولید و بیان هنجارها و رفتارها مربوط می‌شود، و معنی آن، زبانی است که در منابع قانونی به خصوص قانون استفاده می‌شود و جنبه تجویزی بودن آن زیاد است. از آنجا که قانون، کاربردی بنیادی در جامعه دارد، از زبانی تجویزی برخوردار است و باید ضمن هدایت رفتار انسان‌ها روابط میان ایشان را نیز تنظیم کند. از این رو قوانین به زبانی نوشته می‌شوند که علاوه بر بیان و ارائه اطلاعات لازم، افراد جامعه را اصلاح و راهنمایی کند. در مورد اجرایی بودن زبان قانون، کلمات و عبارات نه فقط برای بیان، بلکه برای انجام دادن برخی امور نیز مانند فصل خصومت، احقاق حق، اعمال عکس العمل اجتماعی، اجرای احکام، تعیین محدودیت‌ها و دادن مجوزها به کار می‌رود. مردم با بیان کلمات، مسئولیت‌های عمومی و اختصاصی حقوقی را می‌پذیرند، نهادها و

۱. عدم تعین زبان (Language Indeterminacy) یعنی اینکه مطابق با تصور و ایدئال مردم، ممکن نیست به واسطه زبان در عمل بشود درباره هر مفهوم گفتاری، به وضوح گفتمان و درباره هر مفهوم فکری، به طور دقیق تفکر کرد. جهان، رفتار و گفتار انسان، نامشخص و مبهم است. این مورد قانون را نیز در بر می‌گیرد. البته این به آن معنی نیست که ابهام زبان شناختی، مسئله ای حل نشدنی است بلکه غالباً در راستای حل نمودن و یا تعدیل آن از راهبردهای زبان شناختی و کاربردی استفاده می‌شود (کاتو، ۱۳۹۶: ۵۲).

نقش‌های حقوقی را مشخص، حقوق قانونی را ادا و الزامات را تعیین می‌کنند (کائو، ۱۳۹۶: ۷۵-۶۹-۴۲)

در مورد تخصصی بودن، فیلسوف مسائل حقوقی و قانونی، زبان قانون را به عنوان زبان تخصصی که اغلب در بافت حقوقی به اصطلاحات حقوقی و قانونی معنایی می‌بخشد که با معنی آنها در بافت غیرحقوقی متفاوت است را می‌شناسد؛ بنابراین زبان قانون بخشی از زبان روزمره نیز به شمار می‌آید. زبان قانون به عنوان یک گونه کاربردی، نوعی استفاده از زبان با ماهیتی تخصصی است. این گونه کاربردی دارای اصلی مشترک با کل زبان است؛ اما کاملاً با زبان روزمره یکسان نیست. زبان قانون دارای ویژگی‌های واژگانی، دستوری، متنی و کاربردی است که فقط مختص این زبان است (کائو، ۱۳۹۶: ۵۱-۴۶).

با توجه به ملاحظات فوق، به موجب رویکرد کیفی بودن قانون و در بحث ما قانون کیفری، تعریف یک جرم و واکنش متناسب علیه آن نباید خیلی وسیع و گسترده باشد؛ بلکه باید واضح، صریح و منجز باشد (دلماش مارتی، ۱۳۸۱: ۱۸۸). و آثار قانون کیفری برای اشخاص تابع و سوژه آن، قابل پیش بینی باشد (نجفی ابرند آبادی، ۱۳۹۲: ۱۳). به عبارت دیگر، با اذعان به اینکه به قول هارت، ویژگی زبان قانون این است که حواشی‌اش مبهم است (Hart, 1961). و اینکه ابهام زبان شناختی در ذات زبان وجود دارد، امکان حذف کامل آن از قانون ممکن نیست؛ اما به هر حال، فرض بر آن است که مقررات باید حتی الامکان همسو با عرف و روال اجتماعی آن کشور، صریح در معنی و طوری باشد که وجود ابهام و تبعاً امکان تفسیر آن به حداقل برسد و فهم آن نیز برای عموم مردم میسر باشد (کائو، ۱۳۹۶: ۵۲). در همین راستا والدرون^۱ اصول قانون‌گذار را از جنبه‌های ماهوی، شکلی و تشریفاتی مورد توجه قرار داده است. وی در کنار اصول

^۱. Jeremy Waldron

ماهوی (مانند اصول صورت بندی شده رالز و بنتام)، و اصول شکلی (مربوط به شکل قانون)، اصول تشریفاتی را نیز مطرح می‌نماید؛ که یکی از این اصول تشریفاتی، «صراحت در قانون‌گذار» است. (والدرون، ۱۳۸۸: ۱۲۰-۱۱۹). فولر نیز در کتاب مشهورش «اخلاق قانون» ذیل عنوان اخلاق درونی قانون، ضمن تبیین ویژگی‌های مهم قانون، به شفاف و قابل فهم بودن آن نیز اشاره می‌کند. (Fuller, 1969: 34-94) در ادبیات حقوقی و قانون‌گذار، علت عدم کیفیت قانون، صرفاً «ابهام» نمی‌باشد؛ بلکه عواملی که باعث می‌شود یک مقرر قانونی فاقد کیفیت و نیازمند تفسیر باشد عبارت است از: ابهام، اجمال، نقص و سکوت، تعارض، ارجاع قوانین به یکدیگر و سهو و خطاهای نگارشی (امیدی، ۱۳۹۸). برخی نیز علل اصلی بروز «ابهام» و دشواری در درک متون قانونی را استعمال اصطلاحات تخصصی حقوقی بی‌تعریف مناسب، واژگان عربی، واژگان دارای چند معنی بر مبنای مصلحت‌های اجتماعی، حقوقی، سیاسی، وجود کلمات مشابه و هم‌آوا در زبان حقوقی، و زبان عادی، جملات طولانی و پیچیده، هم‌معنایی، ارجاع، حذف واژگانی، استفاده از حروف اضافه عربی، رعایت نکردن نشانه گذاری و اعراب‌گذاری، دانسته اند. پرداختن به این موارد خارج از حوصله این نوشتار است، و قبلاً توسط نویسندگان فوق، تبیین شده است.

برخی صاحب نظران نیز، مهم‌ترین عامل عدم کیفیت قانون را درک ناقص از زبان حقوقی و حتی گاهی دانش ادبیات دانسته اند. ایشان خاطرنشان ساخته اند که در مواجهه با کیفیت فنی پایین برخی مقررات، نباید شگفت زده شد. عیب تولید در این زمینه، امری متداول است که باید مدیریت و حتی الامکان از وقوع آن پیشگیری شود چرا که رشته‌ای بلند از تعاریف غلط، ناقص، مبهم و حتی بی‌معنی، با تناقضاتی که مفید شک است، همگی باعث کاهش اعتبار قواعد حقوقی می‌گردد (ریپر، ۱۳۹۵:

(۳۳۳)

قانون باید طوری باشد که فرد عادی بفهد و نیاز به تفسیر نداشته باشد؛ تا جایی که برخی صاحب نظران گفته‌اند: «در امور کیفری، حتی به مفهوم مخالف استناد نمی‌کنیم.» (آخوندی، ۱۳۹۵: ۳۰). البته معنای عبارت مذکور آن نیست که برخی از انواع مفهوم مخالف مانند مفهوم شرط، غایت و یا حصر و استثناء، قابل استناد نیستند یا در قوانین کیفری کاربردی ندارند؛ بلکه منظور آن است که تا سر حد امکان، تلاش گردد قوانین کیفری واضح، فصیح و قابل فهم باشند؛ به عبارت دیگر قانون‌گذار باید نهایت تلاش خود را در نگارش و تدوین متن قانون به منظور این که برای همه اشخاص قابل فهم باشد به کار گیرد؛ به طوری که نیاز به تفسیر نداشته باشد، ضمن اینکه مسائل حقوقی بر طبق آن قابل حل باشد و رعایت نکردن این قاعده منجر به «عدم انسجام حقوق کیفری» می‌شود. البته به نظر می‌رسد شایسته تر آن است که بگوییم طبق این رویکرد: «تعریف جرم و تمام عناصر سازنده آن»، «واکنش مناسب و واقع بینانه علیه آن» و «نحوه رسیدگی، دادرسی و اجرای احکام به عنوان مهم ترین مرحله آن» حتی الامکان باید به طور صحیح و واضح در قانون بیان شود؛ به طوری که بین اتهام و حقوق دفاعی متهم، رابطه منطقی برقرار شود؛ به عبارت دیگر، قوانین باید منسجم باشند؛ یعنی نه تضاد و تناقض بین مواد باشد (انسجام درونی). و نه تضاد و تناقضی با نظام حقوقی حاکم (انسجام بیرونی). موجود باشد.

به نظر می‌رسد در تبیین مفهوم کیفی بودن، به انسجام بیرونی کمتر توجه شده است (ویژه، ۱۳۹۳: ۱۲۹). و عدم اهتمام به این مهم (یعنی وجود تناقض در قانون با نظام حقوقی حاکم). منجر به پدیده‌هایی بنام «مک دونالدی کردن عدالت کیفری»^۱ و نیز «تشتت آراء قضایی» می‌شود؛ مک دونالدی کردن از راه‌های مناسب آشنایی با توسعه و اجرای عدالت کیفری در ایالات متحده آمریکا است. عدالت مک دونالدی باید

۱. Macdonaldization of Criminal Justice

با سرعت لازم به هدف اصلی خود یعنی کنترل جرم دست یابد. چنین عدالتی ممکن است جهت حصول به هدف مذکور، حتی به عدالت کیفری خط مونتاژی تبدیل شود که در آن از همه کنشگران اعم از قانون‌گذار، پلیس، قاضی و نهادهای مجری حکم انتظار دارد بدون توجه به سایر ارکان سیستم از جمله بزه‌دیده، بزه‌کار و جامعه به نقش خاص خود عمل کند (بوم، ۱۳۸۹: ۱۵۴). در خصوص پدیده تشتت آراء قضایی، نیز به نظر می‌رسد بخش قابل توجهی از عرف و فرهنگ‌های قضایی و به طبع آرا صادره از مراجع قضایی، نیز متأثر از قانون‌گذاری و شیوه نگارش قانون می‌باشد؛ با این توضیح که ابهام، اجمال، نقص و سکوت، تعارض، ارجاع مقررات به یکدیگر و سهو و خطاهای نگارشی در آن، چه بسا منجر به تشتت آرا گردد.

۴-۱. رویکرد کیفی بودن، با نگاهی به حقوق اسلامی

به نظر می‌رسد رویکرد کیفی بودن، ذیل یکی از اصول حاکم بر حقوق اسلامی، یعنی اصل حاکمیت سادگی^۱ و وحدت، در مقابل پیچیدگی^۲ و کثرت، قابل طرح باشد. رفتار قانون‌گذار نیز از این اصل مستثنی نیست و شایسته است در راستای زیبایی، انسجام و وحدت قانون، سعی نماید مقرره‌ای ساده و صریح که دارای معنی و مفهوم واحد باشد؛ نه اینکه قانونی را به تصویب برساند که پیچیده و دارای معانی و مفاهیم متکثر باشد.

در این خصوص به نظر می‌رسد برخی آیات قرآنی قابل استناد باشند که به دو مورد تمثیلاً استناد می‌شود؛ مانند «یا صاحبی السجن أأرباب متفرقون خیر أم الله الواحد القهار» (یوسف: ۳۹). ترجمه: «ای دو همبند زندان من، خدایانی پراکنده بهترند، یا خدای یگانه چیره؟»، «و ما امرنا الا واحده کلمح بالبصر» (قمر: ۵۰). ترجمه: «امر ما

1. The Principle Of Simplicity

2. Complexity

جز یک امر واحد نیست، هم چون چشم زدنی». با این توضیح که مهم ترین عامل سادگی، وحدت است، و مهم ترین عامل پیچیدگی، کثرت. (رجحان، ۱۳۹۲: ۹۱). همچنین علی ابن ابی طالب نیز در نهج البلاغه، فرموده اند: «و لا تعقد عقدا تُجْوز فیه العلل» (عبده، بی تا، ۵۳۶). ترجمه: عقدی را منعقد مکن که در آن ابهام و امکان سوء استفاده وجود دارد، که به نظر می رسد بنا بر «اتحاد طریق» علت حکم فوق در مورد عقود، شامل مقررات هم می شود.^۱

این اصل، علاوه بر برخی شواهد فوق؛ توسط «عقلای عالم» نیز امری پسندیده و مورد تأکید است. اصولاً کیفی بودن متون و نیز تفسیر در حقوق اسلامی در بحث «دلیل» مطرح می گردد. در این بحث، دلیل را از لحاظ دلالت بر مدلول خود عنوان می کنند. گاه دلیل نص، گاه ظاهر و گاه مجمل است. (نوربها، ۱۳۸۲: ۱۷۸). به نظر می رسد رویکرد کیفی بودن، ذیل مبحث «اصول لفظی» با محوریت اصل ظهور (فیض، ۱۳۸۷: ۹۲ الی ۹۶). و نیز فروعات باب «مبیین (نص و ظاهر). و مجمل» از سرفصل «الفاظ» ذیل علم اصول فقه قابل طرح باشد. همچنین آموزه های اصولی «تراحم و تعارض - واقعی و ظاهری (تخصیص، تخصص، حکومت و ورود)».

۵-۱. ارتباط حاکمیت قانون و قانون گذاری با رویکرد کیفی بودن

بخشی از اصطلاحاتی که در دانش حقوق، ادبیات و زبان حقوقی موجود می باشد برآمده از قانون و فرایند وضع قانون گذاری است. اساس و هستی قانون نه بر مبنای

^۱. در فقه شیعه، اصطلاح «اتحاد طریق دو مسئله» به کار رفته است که ظاهراً مترادف با تنقیح مناطق قطعی و وحدت ملاک است. وحدت ملاک که در حقوق به آن بسیار استناد می شود عبارت است از اینکه ملاک حکم در یک موضوع، در موضوع دیگری هم عیناً وجود داشته باشد. به عبارت دیگر اگر دو موضوع که حکم یکی از آنها بیان شده است و حکم دیگری بیان نشده، شبیه یکدیگر بوده و در ملاک و مناطق باهم مشترک باشند، حکم یکی به دیگری سرایت می کند. معمولاً این اصطلاح را در جایی به کار می برند که ملاک حکم به صورت قطعی کشف شده باشد (قافی و شریعتی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۲۳۶).

منطق، بلکه بر مبنای تجربه بوده است. آنچه که باعث به وجود آمدن مقررات شده استقران بوده است، بلکه مقررات بر مبنای نیازمندی‌های زمانه، اصول اجتماعی و اقتصادی، تئوری‌های اخلاقی و سیاسی رایج، درک خط مشی عمومی، تعامل با سایر کشورها و نظام‌های حقوقی و ... به وجود آمده است. مجموعه قوانین، دربردارندهٔ حکایت توسعه یک ملت در طول سال‌ها بلکه قرن‌های متمادی است. (کائو، ۱۳۹۶: ۶۰-۳۵). یکی از راه کارهای استقرار نظم در جامعه، «حاکمیت قانون»^۱ است.

ماکس وبر^۲ با مطرح کردن مفهوم حاکمیت قانون در قالب سلطه قانونی، حرکت جهانی را به سمت شکلی از اقتدار «عقلانی- قانونی» در درازمدت امری اجتناب ناپذیر می‌داند. وی سلطه قانونی را سلطه نظامی از قواعد، معنی می‌کند که همه افراد در مقابل آن برابرند. لئون فولر^۳ جوهره حقوق را «حاکم کردن قواعد بر رفتار انسانی» می‌داند و از نظرش قانون باید معیارهای معین و واضحی داشته باشد تا بتوان آن را مقبول دانست. علاوه بر حاکمیت قانون، نوع و ویژگی‌های قانون حاکم نیز اهمیت فراوانی دارد، و در این باره دو برداشت غالب از مفهوم حاکمیت قانون مطرح شده است: برداشت شکلی و برداشت محتوایی (چلبی، ۱۳۹۶: ۱۷).

برداشت شکلی، متضمن پیش بینی پذیری نظام حقوقی است، با تأکید بر اهمیت قواعد رویه‌ای شفاف بر وضع و اجرای قانون، تا ابزار اعمال قدرت شخصی قرار نگیرد. با لحاظ همین برداشت، برخی مانند سولوم معتقدند نظام حقوقی در جهان با سه معضل اساسی مواجه است: اول. دانش ناقص به قانون و واقعیت؛ دوم. ابهام در هنجارهای قانونی؛ سوم. جانبداری.

برداشت محتوایی بر مبنای نظر برخی دیگر از متفکران مانند رونالد دورکین و جان

^۱. The rule of law

^۲. Max Weber (1864-1920)

^۳. Lon Luvois Fuller (1902-1987)

لازم^۱، متضمن این مطلب است که علاوه بر لزوم قواعد رویه‌ای شفاف، ملاک‌های محتوایی نیز باید مورد تأکید واقع و به آن اهتمام شود. به نظر می‌رسد یکی از این ملاک‌های محتوایی، رویکرد کیفی بودن مقررات است.

قانون‌گذار دو وظیفه مهم دارد: اول. باید بهترین و عادلانه‌ترین قواعد را بیابد؛ دوم. نهادهای خام و اجتماعی را به زبان حقوقی بیاراید و چنان منظم سازد که ابهامی در اجرای آن باقی نماند. ضمن اینکه برای عموم قابل فهم باشد و قاضی را دچار تردید نسازد. رعایت نشدن این امور از ارزش قوانین و میزان احترام نسبت به آن می‌کاهد و مجریان قانون را با دشواری روبرو می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۱۳ و ۳۱۱).

«قانون‌گذاری»^۲ به معنای وضع قانون، فرایند وضع قوانین به وسیله مرجع صالح است (جعفری لنگرودی، ج ۴، ۱۳۸۶، ج ۴: ۲۸۵۴). «قانون‌گذار کیفری»^۳ یعنی تعیین و تعریف ضوابط و معیارهای عدالت کیفری که هم از جهت شکل و هم محتوا یک امر تخصصی است. عدالت کیفری عبارت است از مقایسه زیان‌های وارد بر جامعه، با خطای قابل سرزنش مرتکب و تعیین میزان کیفر و عکس‌العمل مقتضی و اجرای آن (بولک، ۱۳۷۷: ۳۰). اهمیت صراحت، شفافیت و همه‌فهمی، و بالطبع توجه به رویکرد کیفی بودن در مقررات کیفری و در موضع جرم‌انگاری دو چندان است. با این توضیح که به منظور نیل به هدف واقعی اصل قانون‌مندی کیفر، قانون‌گذار باید در نهایت صراحت و شفافیت به تهیه و تدوین مقررات بپردازد و به خاطر داشته باشد که وجود یک وصف مجرمانه مبهم و دوپهلو، هرگونه تضمینی از شهروندان را در مقابل قاضی سلب می‌کند و دست او را برای تفسیر موسّع، و خودکامگی باز می‌گذارد. صراحت و دقت در

^۱. John Laws

^۲. Legislation

^۳. Criminal Legislation

تعیین عناوین کیفری باید آن‌چنان باشد که متهم بتواند از ماهیت و علت اتهام، مطلع شده و از خود دفاع کند (رستمی، ۱۳۹۹: ۲۹۳).

یکی از لوازم اساسی اصل قانون مندی که زمینه پیش بینی پذیری و فهم قانون را فراهم می‌کند شفافیت مقرر قانونی است؛ که متضمن قطعیت، صراحت، وضوح و دقت در هنجارگذاری است. بر این اساس، قاعده حقوقی باید از محتوایی کاملاً روشن برخوردار باشد تا همه افراد جامعه بتوانند اثرات و مورد اجرای آن را درک و پیش بینی کنند. در این راستا قانون‌گذاران مکلف به نگارش متون حقوقی با حداکثر وضوح متن و تبیین عناصر جرائم هستند. (Desportes and Francis, 2008؛ به نقل از صفاری و دیگران، ۱۴۰۰، ۱۷۴). شفافیت یکی از شاخصه‌های کیفی بودن مقررات و زمینه ساز فهم و درک آن است. اصل قطعیت قانون از آثار نظریه حاکمیت قانون و از ادله توجیهی لزوم شفافیت قانون است. (مؤذن زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۱۹۶). نتیجه مستقیم این اصل، لزوم وضع مقررات شفاف و دقیق است؛ به‌طوری که قانون باید در دلالتش قطعی و ثابت، و موضوعات قانون کاملاً مشخص باشد تا حقوق و آزادی‌های افراد در برابر قدرت عمومی و اقدامات خودسرانه تضمین شود. پیچیدگی و شفاف نبودن مقررات ابهام‌آمیز، به نحو فزاینده‌ای نحوه اعمال مقررات کیفری را در فرایند قضایی متأثر ساخته و از رهگذر تعیین ناپذیرکردن و تفسیرپذیری مضاعف مقررات، گستره آزادی عمل صاحب منصبان قضایی را در خوانش مقررات مدنظر، افزایش می‌دهد (صفاری و دیگران، ۱۴۰۰).

۲- تحلیل رویکرد کیفی بودن مقررات

رویکرد کیفی بودن مقررات، ارتباط وثیقی با معیار عقلانیت در تحلیل حاکمیت قانون و نظام‌های حقوقی دارد؛ چرا که به نظر می‌رسد کیفیت مقررات، منجر به قانون گذاری درست و افزایش اقتدار عقلانی نظام حقوقی، و پذیرش مقررات می‌گردد. ضمناً

رعایت آن از سوی قانون گذار، قاعده‌ای اخلاقی به نظر می‌رسد؛ زیرا قانون گذاری، تصمیمی ارادی است و اقدامات ارادی در معرض ارزش داوری اخلاقی بوده و مشمول الزامات اخلاقی قرار می‌گیرند؛ بنابراین با لحاظ مسئولیت اخلاقی قانون گذار، رعایت کیفی بودن مقررات را رفتاری درست و نیک قلمداد می‌کنیم. در واقع با ضابطه و ابزار مدنظر در این پژوهش، کیفیت مقررات را مورد داوری اخلاقی قرار می‌دهیم؛ که بدون نیاز به تصریح در مقررات، ضروری است قانون گذار به آن مقید باشد.

بنابراین در این گفتار در راستای تحلیل رویکرد کیفی بودن، دو مؤلفه را مد نظر و مورد تحلیل قرار می‌دهیم: ارتباط کیفی بودن مقررات و عقلانیت؛ همچنین تحلیل اخلاقی رویکرد کیفی بودن، و ارائه اجمالی برخی مصادیق مقررات کیفری در ایران از باب تمثیل، که رویکرد کیفی بودن، در مورد آنها رعایت نشده است.

۲-۱. ارتباط کیفی بودن مقررات و عقلانیت

حقوق جدید به عقلانیت، گرایش دارد و تعبد گریز است (جعفری تبار، ۱۳۸۸: ۱۰۵-۱۰۷). «عقلانیت»^۱ مفهومی انتزاعی است و اختلاف نظرهای فراوانی در مورد آن وجود دارد؛ برخی آن را به معنی تبعیت کامل از استدلال صحیح دانسته اند، و برخی دیگر آن را به استفاده ابزار مناسب برای رسیدن به اهداف مورد نظر تعریف کرده اند و به این ترتیب تعاریف متعددی از عقلانیت ارائه شده است (صادقی، ۱۳۸۶؛ صبوری پور، ۱۳۹۸: ۱۸). با توجه به این ملاحظات، از ورود به بحث راجع به گزینش تعریف واحدی از عقلانیت در این نوشتار اجتناب شده است و به جای آن برخی اوصاف عقلانیت، با استناد به نظریه یکی از صاحب نظران این موضوع ارائه می‌شود.

۱. Rationality

در تبیین مفهوم عقلانیت و ارتباط آن با کیفی بودن قانون، استناد به نظریه ماریو بونگه^۱ در این زمینه خالی از فایده نیست و رعایت آن برای قانون‌گذاران در هر نظام حقوقی، باعث انسجام مقررات، مقبولیت و احترام هر چه بیشتر به آن نظام می‌گردد. با تأکید بر این نکته که عقلانیت در قانون‌گذار، بر عقلانیت در فرایند قانون‌گذار و کنترل آن تأکید دارد (عبداله زاده شهر بابکی، ۱۴۰۰: ۹۳)

بونگه برخی اوصاف را برای عقلانیت قائل می‌گردد که با یکدیگر ارتباط متقابل دارند و شایسته است به صورت نظام مند به آن نگاه شود. تبیین اجمالی اوصاف مد نظر ذیلاً ارائه می‌گردد:

اول، «عقلانیت مفهومی»^۲ که به معنای به حداقل رسانیدن ابهام است بنابر این متون قانونی تا حد امکان باید شفاف، واضح و بی ابهام باشد؛

دوم، «عقلانیت منطقی»^۳ که به معنای تلاش برای اجتناب از ناسازگاری منطقی، معنا می‌گردد، به عبارت دیگر این عقلانیت، سازگاری اجزاء با یکدیگر و با کل و انسجامی منطقی در گزاره‌های قانونی است و در بردارنده کیفیت منطقی است و ثمره آن سازگاری هنجاری است که لازمه هر نظام حقوقی است یعنی هر نظام حقوقی باید تعهدات و انتظارات سازگاری را از شهروندان طلب کند، وگرنه شهروندان با انتظارات قانونی متناقض و مبهم و سردرگمی مواجه می‌شوند.

سوم، «عقلانیت روش شناختی»^۴ که به معنای تشکیک پذیری و استقبال از پرسشگری است. نقد پذیری نظام حقوقی از سوی جامعه مدنی، لازمه اعمال این نوع

¹. Mario Bunge (1919-2020)

². Conceptual Rationality

³. Logical Rationality

⁴. Methodological Rationality

عقلانیت است و می‌تواند در سطوح مختلف مانند قانون‌گذار و دادرسی اعمال شود و اصلاح‌پذیری نظام حقوقی و قانون‌گذار را افزایش می‌دهد.

چهارم، «عقلانیت معرفت‌شناختی»^۱ که به معنای حمایت تجربی از ادعاهای نظری است. بسط این نوع عقلانیت در نظام حقوقی به این معنا است که این نظام بتواند نوعی نظارت نظام‌مند، مستمر و مبتنی بر شواهد تجربی بر عملکرد خود داشته باشد که این نیز می‌تواند شکاف بین «قانون در کتاب» و «قانون در عمل» را کمینه کند. پنجم، «عقلانیت وجود‌شناختی»^۲ که به معنای پذیرش نوعی سوی‌گیری شناختی است که حداقل با یافته‌های علمی زمانه و میراث دانش بشری سازگاری داشته باشد.

ششم، «عقلانیت ارزش‌یابانه» که به معنای تعیین اهدافی ارزشمند و حصول‌پذیر می‌داند و به‌طور عمده به کارآیی و عادلانه بودن عملکرد و نتایج نظام حقوقی و قانون‌گذار باز می‌گردد.

هفتم، «عقلانیت عملی»^۳ که به معنای محاسبه و اتخاذ مناسب‌ترین وسیله برای رسیدن به هدف است. کانت آن را از اصول اساسی عقلانیت می‌داند (بونگه، ۱۳۹۵: ۴۱۱-۴۱۲).

با تعریفی که از رویکرد کیفی بودن ارائه شد، به نظر می‌رسد از آنجا که صراحت و شفافیت، یکی از خصوصیات بارز «قانون‌گذار مطلوب» است (دل‌ماس مارتی، ۱۳۸۱: ۶۶). مقتضی رویکرد کیفی بودن در قانون‌گذار، احتیاط در تدوین قانون صریح، شفاف و ساده‌نویسی باشد؛ با این توضیح که اصل بر ساده‌نویسی، صراحت، شفافیت و همه‌فهمی نسبت به قوانین است، و در شرایط استثنائی که قانون‌گذار، مقررهای مبهم،

1. Epistemological Rationality

2. Ontological Rationality

3. Practical Rationality

مجمّل، ناقص و یا معارض با نظام حقوقی کشور را به تصویب رسانده و چه بسا در مواردی بسیار محدود ناگزیر باشد،^۱ به «تفسیر قانون» می‌پردازیم، و در موارد نیاز یعنی مبهم، مجمّل، متعارض بودن مقررات، انواع تفسیر (از جهت روش: مضیق، موسّع و غایی، و از جهت مرجع: قانونی، قضایی، شخصی). به کار می‌آید و شایسته است نگرش مان به تفسیر، ضمن رعایت دانش تفسیر توأم با خلاقیت و رعایت «اخلاق تفسیر» باشد. تفصیل بحث تفسیر، خارج از حوصله و هدف این نوشتار است.^۲

بنابر توضیحات فوق به نظر می‌رسد در قانون‌گذار، «شفافیت» قاعده یا اصل مجزایی به غیر از «کیفی بودن قانون» نمی‌باشد؛ بلکه شفافیت از جزئیات و عناصر رویکرد کیفی بودن قانون می‌باشد؛ لذا جایگزین نمودن «شفافیت» به جای «کیفی بودن قانون» صحیح به نظر نمی‌رسد. البته آنچه در ادبیات حقوق عمومی با عنوان «اصل شفافیت»^۳ رایج است، عبارت است از آگاهی مردم از آنچه در حکومت و دولت می‌گذرد در راستای تقویت رابطه حکومت به شهروندان، و یکی از مؤلفه‌های اساسی حکمرانی مطلوب است (طاهری و ارسطا، ۱۳۹۵). به نظر می‌رسد با لحاظ این مفهوم در حقوق عمومی است که ژاکوبز یکی از اصول قانون‌گذار مطلوب را «شفافیت» به معنی قواعد روشن و ساده، و علنی بودن فرایندهای تصمیم‌گیری برشمرده است (پارکر و کرکپاتریک، ۱۳۸۸: ۱۰۸). از شفافیت، دموکراسی بیشتر، آزادی اطلاع‌رسانی بیشتر و کارایی بیشتر انتظار می‌رود. (چول‌هان، ۱۳۹۸: ۹۳)

۱. فرانسوا ژنی (Geny Francoi 1861-1959) بر این باور بود که قانون ناگزیر خلأهایی دارد که منطق صوری حقوق نمی‌تواند آن‌ها را برطرف کند؛ از این رو تحول و توسعه قانون متأثر از خلاقیت قضائی ماهوی بوده است و باید باشد. وی به نفع تفسیر حقوقی در پرتو ضرورت‌های اجتماعی استدلال می‌کرد. (بیکس، 1395)

۲. ر.ک. امیدی، منبع پیشین؛ همچنین علی شجاعی، تفسیر جنایی در پرتو تفسیر شناسی و تحلیل گفتمان، نشر دادگستر، ۱۳۹۳، چ ۱

3. Principle Of Transparency

رعایت رویکرد کیفی بودن، منجر به هماهنگی قوانین و طبعاً جنبه‌های زیبایی‌شناسی و انسجام متون قانونی می‌گردد، و ارزش، اقتدار عقلانی و میزان احترام نسبت به قانون و بلکه نظام حقوقی را می‌افزاید؛ همچنین قانون برای همه اشخاص قابل فهم خواهد شد؛ به طوری که جز در موارد استثنائی نیاز به تفسیر نخواهیم داشت. نتیجه اینکه این رویکرد، معیاری است که بر طبق آن قوانین نباید مبهم، مجمل و یا ناقص و ناهماهنگ با نظام حقوقی باشد.

صراحت تصمیمات قانون‌گذار، به خصوص در موضع کیفر گذاری و جرم انگاری (صراحت و روشنی مفهوم و قلمرو اجرای آن). از لوازم و اقتضائات اصل قانونمندی محدودیت‌ها و به عبارت بهتر کیفی بودن قانون به شمار آمده است؛ به این معنی که اعلام قبلی محدودیت‌ها ضروری است. این اعلام و آگهی باید در قالب عبارات روشن و قابل فهم صورت گیرد. به نظر می‌رسد که ضرورت و صراحت تصمیمات قانون‌گذار، اختصاصی به قوانین محدودکننده نداشته باشد. مقررات مساعد و متضمن امتیازات و معطوف به توسعه حقوق و آزادی‌ها هم اخلاقاً باید روشن و صریح باشد.

دلیل و اهمیت مسئله آن است که ابهام قانون و کلی‌گویی‌های آن، دست مجریان را در تعرض به حقوق و آزادی‌های شهروندان و تغییر مرز میان حقوق و تکالیف و امتیازات و محدودیت‌های آنان باز می‌گذارد. ابهام قانون عملاً آثار اخلاقی قانون را زائل یا دست کم مختل می‌سازد، به گونه‌ای که نظام حقوقی مشتمل بر مجموعه‌ای از مقررات مبهم را می‌توان با وضعیت بی قانونی مقایسه کرد، و حتی وضعیت اخیر را بر وجود چنین نظامی ترجیح داد. در کشور ما نه قانون‌گذار آشنایی و التزام چندانی به چنین مسئله مهمی دارد و نه راه کار قانونی مشخصی برای ارزیابی و بازرسی تصمیمات آنان از این حیث وجود دارد (امیدی، ۱۳۸۸: ۵۷۶-۵۷۷)

ابهام قانون باعث اختلاف آرا می‌شود و فرصت‌های زیادی از دادگاه‌ها و به خصوص دیوان عالی کشور در مقام صدور آرای اصراری و یا وحدت رویه می‌گیرد که به نوبه خود اطلاع دادرسی را در بر خواهد داشت و آنچه لطمه می‌بیند حقوق و آزادی‌های اشخاص است. بنابراین از آنجا که مخاطب مقررات کیفری عموم مردم می‌باشند قانون‌گذار باید در تدوین قانون، با زبان و ادبیات روز جامعه و با کلمات و عبارات ساده و با رعایت قواعد نگارشی و ادبی، قانون‌گذاری کند (پوربافرانی، ۱۳۹۲: ۴۴-۴۳-۴۲)

۲-۲. رهیافتی اخلاقی به کیفی بودن مقررات و معیار آن؛ و ارائه برخی

مصادیق نقض رویکرد کیفی بودن مقررات کیفری در ایران

به نظر می‌رسد رعایت کیفی بودن مقررات از سوی قانون‌گذار، قاعده‌ای اخلاقی است، کما اینکه در مباحث فلسفی و اخلاقی معاصر، ابتناء «اخلاق» بر صداقت، صراحت، عقلانیت و مسئولیت می‌باشد (پوپر، ۱۳۹۸: ۲۳۲ با اندکی دخل و تصرف). با تأمل در مفهوم رویکرد کیفی بودن، به نظر می‌رسد ابتنا آن نیز بر صراحت و عقلانیت، و مسئولیت است.

در گذر زمان از دانش اخلاق سه تلقی و تعریف موجود است (فرامرزی قراملکی و دیگران، ۱۳۹۶). اما با توجه به هدف این نوشتار آنچه مد نظر ما است، تعریف اخلاق به بایسته‌های رفتاری و فضایل خلقی است؛ این دیدگاه، راه ایجاد منش را کنش به حساب می‌آورد؛ به این معنی که فرد با تکرار رفتار و کنش اخلاقی می‌تواند به منش و فضیلت اخلاقی راه یابد. بنابر این تلقی، هدف اخلاق، مسئولیت‌های کنشی و شایستگی منشی است. مسئولیت، پیش فرض هر گفتمان اخلاقی است (پیچ، ۱۳۹۶: ۶۶). قانون‌گذار، تصمیمی ارادی و آگاهانه است و اقدامات ارادی در معرض ارزش داور اخلاقی بوده و مشمول الزامات اخلاقی قرار می‌گیرند؛ لذا با لحاظ مسئولیت اخلاقی قانون‌گذار، رعایت کیفی بودن مقررات رفتاری درست و نیک قلمداد می‌کنیم

و طبعاً رعایت نکردن کیفیت قانون را امری قبیح می‌دانیم. در واقع با این ضابطه، کیفیت مقررات را مورد داوری اخلاقی قرار می‌دهیم؛ که بدون نیاز به تصریح در مقررات، ضروری است قانون‌گذار به آن مقید باشد.

امروزه «حد اعلای صراحت»^۱ در تقریر مقررات قانونی از جمله وظایف اخلاقی - حقوقی قانون‌گذاران به شمار می‌رود و قانون‌متصف به این وصف قانونی، مترقی و مبتنی بر اصول دموکراسی تلقی می‌شود. (Ashworth, 1992, p.67). هدف از صراحت و شفافیت قوانین، حاکمیت قانون است (Kinsella, 1955, p.141).

حال که رویکرد فوق را قاعده‌ای اخلاقی تلقی کرده و به تبع، رعایت کیفی بودن قانون را تصمیمی درست قلمداد می‌کنیم و رعایت نکردن کیفیت قانون را امری قبیح می‌دانیم؛ یک پرسش مهم قابل طرح است که آیا معیاری برای درجه صراحت کیفی بودن قانون وجود دارد؟ به نظر می‌رسد از آنجا که هدف دانش اخلاق، تبیین و ارائه روش‌هایی کارساز برای بررسی مسائل در زندگی فردی و اجتماعی است تا به معیاری برای سعادت و کمال معنوی دست یابیم و این سعادت و کمال معنوی بی‌منتهاست، در نتیجه هر شخصی بر پایه‌ی مرتبه وجودی‌ای که دارد حکم مخصوص به خود را دارد؛ بنابراین در دانش اخلاق، «منطق فازی»^۲ حاکم است (نجازادگان و دیگران، ۱۳۹۷: ۵۴). با این توضیح که گزاره‌های اخلاقی در ناحیه موضوع، مشکک و ذو مراتب است، به تبع تشکیک در موضوع، محمول گزاره‌های اخلاقی نیز مراتب متعدد طولی پیدا می‌کنند و طیفی از ارزش‌ها، یا مطلوب بودن را می‌نمایانند. این ویژگی باعث می‌شود که ارزش‌های اخلاقی، صیغه فردی و اختصاصی یابد و به تناسب ظرفیت اشخاص اعم

1. Maximum Certainty

2. Fuzzy Logic

از حقیقی و حقوقی، و شرایط زمانی و مکانی منعطف و مندرج شوند (عالم زاده نوری، ۱۳۹۶: ۵۲-۵۴)

از آنجا که کیفیت یک مفهوم عینی و وضعیت بیرونی نیست بلکه مفهومی مُدرَج است که از صفر تا بی نهایت ادامه دارد و منظور از رسیدن به آن، در واقع گذشتن از درجه قبل و حرکت به سمت بالا و در جهت بهبود نسبت به سابق است؛ بنابراین در مسئله وضع قوانین مطلوب، هدف بهترکردن قوانین نسبت به قبل است (عبداله زاده شهر بابکی، ۱۴۰۰: ۱۷). بنابراین گزاره «رعایت کیفیت [در قانون گذار]، برای قانون گذاران، مطلوب است.» در موضوع (کیفیت). و محمول (مطلوب بودن)، ذومراتب است، هرچه کیفیت قانون بیشتر شود مطلوب بودن آن رفتار (قانون گذار). نیز افزایش می یابد.

اهتمام به این کیفیت در قانون گذاری کیفری، دوچندان است؛ چرا که کیفیت قانون، ضامن اصل قانون مندی پدیده جنائی، و شفافیت از عناصر آن است. جرم انگاری مبهم، معدّ تفسیرهای مختلف و تضییق یا توسیع مفهومی بزه و تضییع احتمالی حق آزادی شخصی نه تنها متهمان که حتی بزه دیدگان آن می شود. تفسیر مضیق و تحدید ناروای جرائم سالب آزادی شخصی در جهت مخالف اراده قانون گذار به حمایت ناکارآمد از حق آزادی شهروندان می انجامد؛ در مقابل توسیع ناروا و غیر قابل پیش بینی جرائم گفته شده به ویژه از سوی دولت های اقتدارگرا منتهی به محکومیت متهمان بی گناه به مجازات های سالب آزادی خواهد شد. وجود ابهام های متعدد مرتبط با جرائم سالب آزادی موجب تشدید این بحران شده است (حسنی و جلالی، ۱۴۰۰: ۹۸).

حال تمثیلاً به برخی مصادیق عدم رعایت رویکرد کیفی بودن مقررات کیفری در ایران اشاره می نماییم:

قانون گذار در ماده ۵۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ از مفهوم کلی و تفسیر پذیر «تهدید کننده امنیت و آسایش عمومی جامعه» استفاده کرده است. با این توضیح که اگر ضابطان دادگستری هنگام بازرسی محل، ادله، اسباب و آثار جرم دیگری را که تهدید کننده امنیت و آسایش جامعه است مشاهده کنند ضمن حفظ ادله و تنظیم صورتمجلس، بلافاصله مراتب را به مرجع قضایی صالح گزارش و وفق دستور وی عمل می کند. و در این خصوص تعریف و معیاری برای شناسایی مفهوم مذکور، ارائه ننموده است؛ یا در ماده ۱۱۴ همان قانون، از مفاهیم کلی و تفسیر پذیر مانند «سلامت»، «امنیت جامعه» و «نظم عمومی» استفاده کرده است. همچنین شاخصه ها و ملاک های احراز فعالیت آسیب زا به منافع عمومی را مشخص ننموده است؛ یا در ماده ماده ۴۸۲ همان قانون، ذیل اعاده دادرسی، ترکیب مبهم و گسترده «مسلمات فقهی» را استعمال کرده است.

یا در ماده ۱۴ قانون جرائم رایانه ای مصوب ۱۳۸۸، مقرر شده است که هر کس به وسیله سامانه های رایانه ای یا مخابراتی یا حامل های داده محتویات مستهجن را منتشر، توزیع یا معامله کند یا به قصد تجارت یا افساد، تولید یا ذخیره یا نگهداری کند، در صورت اثبات، به مجازات مقرر در آن ماده محکوم خواهد شد؛ در حالی که مفهوم اصطلاح «محتویات مستهجن»^۱ در این مقرر دقیقاً مشخص نمی باشد و دامنه آن بسیار گسترده است، و به نظر می رسد قانون گذار در استعمال این اصطلاح در مقرر فوق، به کیفیت، مفهوم و قرین شناسی آن توجه نکرده است. فرض کنید کسی در سامانه فوق، عکس های ورزش زنان و یا هنر بدن^۲ را نگهداری کند، و چه بسا عنوان وسیع محتویات مستهجن مذکور در ماده فوق، از نظر مقام رسیدگی کننده شامل این

^۱. Obscenity

^۲. Body art

موارد نیز گردد. همچنین به نظر می‌رسد قانون‌گذار به تفاوت مفهوم هرزه‌نگاری^۱ و محتویات مستهجن توجه نکرده است. شاهد بر مدعای ما نظر برخی نویسندگان و شارحان حقوقی است که در مقام شرح این مقررہ نوشته‌اند «این جرم را در عرف حقوقی با نام هرزه‌نگاری می‌شناسند». در حالی که امروزه در دنیا به همه انواع هرزه‌نگاری، عنوان مستهجن، اطلاق نمی‌گردد. همچنین بین نمایش سکس و مطلب مستهجن نیز تفاوت وجود دارد (یارمحمدی، ۱۳۹۱: ۱۶۸).^۲

قانون‌گذار در بعضی مواد قانون مجازات از «مال» گفتمان نموده است، مانند ماده ۲۶۷ و بندهای متعدد ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و نیز مواد ۶۵۶ و ۶۵۷ و ۶۶۲ و ۶۶۷ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات ۱۳۷۵ و نیز ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷. گاه در یک ماده از مال و هم از «نوشته»، سخن گفته است مانند ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات ۱۳۷۵، و گاه از «شیء» سخن گفته است مانند ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات ۱۳۷۵. این نوع قانون‌گذاری مبهم باعث اظهار نظرهای

1. Pornography

^۲. در رویه قضایی ایالات متحد به کیفیت مفاهیم فوق، توجه خاصی شده است، که با هدف تبیین دقیق‌تر ذیل تفصیل آن می‌آید. بر اساس اعلام دادگاه عالی ایالات متحده: «نمایش سکس، به عنوان نمونه در هنر، ادبیات، و کارهای علمی، به خودی خود دلیل کافی برای نادیده گرفتن محافظت قانونی محتوا بر طبق قانون آزادی بیان و نشر نیست.» (Kronhausen, 1959: 145) واژه مستهجن، بر طبق تعریف دادگاه عالی ایالات متحده در سال ۱۹۷۳ دارای سه ویژگی است: اول- مرتکب خواهان یک علاقه انحرافی جنسی است؛ دوم- رفتار جنسی را به شیوه آشکارا توهین آمیز نمایش می‌دهد؛ سوم- فاقد ارزش ادبی، هنری، سیاسی و علمی است؛ بنابر این هر محتوایی برای اینکه از نگاه قانون، مستهجن شناخته شود باید سه ویژگی فوق را دارا باشد. این به آن معنی است که چیزی می‌تواند هرزه‌نگارانه باشد اما مستهجن نباشد. مانند فیلم بی‌پرده جنسی که به منظور آموزش به دانشجویان علوم پزشکی، تولید و یا نگهداری و یا عرضه شده است یا فیلم و یا کتاب دارای ارزش هنری و یا ادبی که حاوی محتوای صریح جنسی است. (Cline, 2001)

مختلفی در خصوص این مسئله شده است که آیا اموال عرفی می‌تواند موضوع این جرائم قرار گیرد یا خیر؟

طبق ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۴ مجلس و ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام: «هرکس به نحوی از انحاء امتیازاتی را که به اشخاص خاص به جهت داشتن شرایط مخصوص تفویض می‌گردد نظیر جواز صادرات و واردات و آنچه عرفاً موافقت اصولی گفته می‌شود در معرض خرید و فروش قرار دهد و یا از آن سوء استفاده کند و یا در توزیع کالاهایی که مقرر بوده ضوابطی توزیع کند مرتکب تقلب شود و یا به طور کلی مالی یا وجهی تحصیل کند که طریق آن فاقد مشروعیت بوده است مجرم محسوب و علاوه بر رد اصل مال به مجازات سه ماه تا دو سال حبس و یا جریمه نقدی معادل دو برابر مال به‌دست آمده محکوم خواهد شد.»

قانون‌گذار در تبصره دوم از ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، سعی در تخصیص تعزیرات منصوص شرعی، از سایر جرائم تعزیری داشته است؛ اما با سکوت در مفهوم‌شناسی «تعزیرات منصوص شرعی» موجب بروز اختلاف نظر در شناخت مصادیق آن شده است.

در ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر شده است در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل می‌شود؛ یعنی قاضی مجاز است به منابع فقهی مراجعه کند. منابعی که دقیقاً مشخص نیست و نیز آحاد مردم به آن دسترسی ندارند و در قانون جزایی کشور هم بدون هرگونه ابهام، جرم‌انگاری، تعریف و اطلاع‌رسانی نشده است. مگر نبایستی که مضمولان مقررات - مردم - از وجود آن مطلع باشند و معنای آن را درک کنند؟ مگر ما قانون را برای قضات، فقها و حقوق‌دانان می‌نویسیم؟

در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مقرر شده است که هرکس به طور گسترده، مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اخلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمّی و میکروبی و خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آنها گردد به گونه‌ای که موجب اخلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا سبب اشاعه فحشا یا فساد در حد وسیع گردد مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌گردد. قانون‌گذار در وضع این ماده با استفاده از عبارات کلی و قابل توسعه مانند گسترده، شدید، عمده، وسیع؛ به رویکرد کیفی بودن، مقید نبوده است.

نتیجه و پیشنهاد

قانون‌گذاری در ایران، دارای ضوابط اخلاقی روشن، تعریف و تنظیم شده نیست و سند جامع اخلاقی و ممیزی اخلاقی نیز در این خصوص ارائه نشده است؛ همچنین در قانون‌گذاری کیفری به ظرفیت دانش‌های اخلاق؛ ادبیات و زبان‌شناسی آنگونه که شایسته و بایسته است اهتمام نشده است.

کیفیت مقررات، منجر به قانون‌گذاری درست می‌گردد. رعایت رویکرد موصوف، منجر به هماهنگی مقررات و انسجام متون قانونی می‌گردد، و ارزش اقتدار عقلانی و میزان احترام نسبت به قانون و بلکه نظام حقوقی را می‌افزاید. با توجه به اینکه قانون‌گذاری، تصمیم‌گیری‌ای ارادی و آگاهانه است و اقدامات ارادی در معرض ارزش‌دآوری اخلاقی بوده و مشمول الزامات اخلاقی قرار می‌گیرد؛ لذا با لحاظ مسئولیت اخلاقی قانون‌گذار، رعایت کیفی بودن مقررات را تصمیمی درست و نیک قلمداد می‌کنیم؛ ضمناً حد اعلای

صراحت در وضع، انشاء و تقریر مقررات قانونی را از جمله وظایف اخلاقی قانون‌گذاران می‌دانیم. از جمله مهم‌ترین وظایف اخلاقی قانون‌گذاران ارائه شفاف‌منظورشان به مخاطبان و شهروندان، همچنین اهتمام به زبان قانون، به عنوان وسیله‌ای برای ارتباط و اطلاع‌رسانی است؛ نه ابزار تولید مقررات.

معیار مدنظر ما در راستای درجه کیفیت قانون، منطق فازی است؛ به این توضیح که گزاره‌های اخلاقی در ناحیه موضوع، مشکک و ذو مراتب است، و به تبع تشکیک در موضوع، محمول گزاره‌های اخلاقی نیز مراتب متعدد طولی پیدا می‌کنند و طیفی از ارزش‌ها، یا خوبی و مطلوب بودن را می‌نمایانند. این ویژگی باعث می‌شود که ارزش‌های اخلاقی، صبغه فردی و اختصاصی یابد و به تناسب ظرفیت اشخاص، و شرایط زمانی و مکانی منعطف و مندرج شوند. بنابراین در این پژوهش، گزاره «رعایت کیفیت مقررات، برای قانون‌گذار، مطلوب است.» در موضوع (کیفیت) و محمول (مطلوب بودن)، ذو مراتب است؛ لذا هرچه کیفیت مقررات بیشتر شود مطلوب بودن آن رفتار (قانون‌گذاری) نیز افزایش می‌یابد.

مهم‌ترین عامل کیفیت نداشتن قانون، درک ناقص از زبان حقوقی و حتی گاهی دانش‌های ادبیات و زبان‌شناسی است؛ عیب مقررات در این زمینه، باید مدیریت و حتی الامکان از وقوع آن پیشگیری شود؛ چرا که کیفیت نداشتن مقررات، باعث کاهش اعتبار قواعد حقوقی می‌گردد.

در راستای مدیریت و پیشگیری از نقض کیفی بود مقررات به عنوان یکی از مهم‌ترین قواعد اخلاق قانون‌گذاری، توجه به کیفیت قانون‌گذاری و رعایت قواعد نوشتاری، ویرایشی و ادبی و وجود نهاد ویژه نگارش و تدوین قوانین و نیز ارزیابی کیفیت آن، تشکیل یافته از حقوق دانان، ادبا، زبان‌شناسان، جامعه‌شناسان، اخلاق‌شناسان و سایر متخصصان علوم مورد نیاز و مبتنی کردن قوانین بر پژوهش‌های میان‌رشته‌ای می‌تواند راهگشا باشد. البته

از آنجا که هرچقدر هم در این خصوص دقت و اهتمام شود احتمال ابهام، اجمال، سکوت، تعارض و... در مقررات وجود دارد شایسته است قوه قضاییه و قضات معزز از ظرفیت دانش اصول فقه، آموزه‌های تفسیر - در آموزش و نیز در دادرسی‌ها - همچنین رویه قضایی بهره مند شوند.

در تبیین مفهوم کیفی بودن، شایسته است علاوه بر انسجام درونی، به انسجام بیرونی نیز توجه شود. همچنین تنظیم و تصویب «سند جامع اخلاقی قانون‌گذاری»^۱ ناظر به اصول و قواعد اخلاقی این گستره و موضوعات و مسائل مرتبط، همچنین ممیزی اخلاقی مقررات، و تصویب درس و سرفصلی تحت عنوان «اخلاق حرفه‌ای قانون‌گذاران» با رهیافتی میان رشته‌ای بین ادبیات، زبان شناسی، اخلاق و حقوق در کنار درس اصول و فنون قانون‌گذاری توسط وزارت علوم، پیشنهاد می‌شود. از همه مهم‌تر سعی در استقرار و ترویج «فرهنگ اخلاقی» از طریق ایجاد گفتمان و نقد میان رشته‌ای موضوع فوق، بین دانشجویان دانشکده‌های حقوق، اخلاق، فلسفه، ادبیات و زبان شناسی، و ترویج مطالعه ادبیات جهان در جامعه.

۱. برای دیدن بحث اخلاق قانون‌گذاری و سند جامع اخلاقی پیشنهادی، ک. مرادی، امیر، «اخلاق حرفه‌ای قانون‌گذاری کیفی با تأکید بر نظام حقوقی ایران»، مجموعه مقالات همایش ملی تجلیل از مقام علمی استاد محمد جعفر جعفری لنگرودی، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چ ۱، ۱۳۹۸؛ همچنین همو، اخلاق حرفه‌ای در گستره کنش گران حقوق کیفری، نشر میزان، چ ۱، ۱۳۹۷.

منابع و مأخذ

- امیدی، جلیل (۱۳۸۸). اخلاق قانون گذاران، در اخلاق حرفه‌ای در تمدن ایران و اسلام (مجموعه مقالات). تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی.
- امیدی، جلیل (۱۳۹۸). تفسیر قوانین جزایی. تهران: نشر میزان.
- آخوندی، محمود (۱۳۹۵). کیفر خواست شفاهی، در اصول دادرسی منصفانه، از نظر تا عمل (مجموع درس گفتارها). به اهتمام حسین میرمحمد صادقی، تهران: انتشارات خرسندی.
- بکاریا، چزاره (۱۳۸۵). رساله جرائم و مجازات‌ها. ترجمه محمدعلی اردبیلی، تهران: نشر میزان.
- بودریار، ژان (۱۳۹۸). گذرواژه‌ها. ترجمه علی رستمیان، تهران: نشر کتاب پاگرد.
- بولک، برنار (۱۳۷۷). کیفرشناسی. ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران: انتشارات مجد.
- بوم، روبرت (۱۳۸۹). در مورد مک‌دونالدی کردن عدالت کیفری. ترجمه حسین غلامی و یوسف بابایی، مجله حقوقی دادگستری، ۷۴(۷۰)، ۷۱-۹۰.
- بونگه، ماریو (۱۳۹۵). فرهنگ نامه فلسفی. ترجمه علیرضا امیر قاسمی، تهران: نشر اختران.
- بیکس، برایان (۱۳۹۵). فرهنگ نظریه حقوقی. ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
- پارکر، دیوید و کرکپاتریک، کالین (۱۳۸۸). ارزیابی مقررات گذاری در کشورهای در حال توسعه. ترجمه مسعود فریادی، اطلاع‌رسانی حقوقی، ۶(۱۸-۱۷)، ۱۰۷-۱۳۵.
- پوپر، کارل (۱۳۹۸). در جست و جوی جهان بهتر. ترجمه حسن تیموری، تهران: نشر شب خیز.
- پوربافرانی، حسن (۱۳۹۲). بایدها و نبایدهای جرم انگاری در حقوق کیفری ایران. فصلنامه مجلس و راهبرد، ۲۰(۷۵)، ۲۵-۵۲.
- پیم، آنتونی (۱۳۹۶). اصول اخلاقی مترجم، تهران: نشر مرکز.
- تاجمیری، میرتیمور (۱۳۷۷). فرهنگ عبارات و اشارات حقوقی. تهران: موسسه فرهنگی انتشاراتی آفرینه.
- تامپسون، کنت (۱۳۹۸). نقل قول‌های کلیدی در جامعه‌شناسی. ترجمه نیره توکلی، تهران: نشر ثالث.

- تانر، مایکل (۱۳۹۸). هنر و اخلاق. دانشنامه زیبایی شناسی و فلسفه هنر، ویراسته پل ادوارز / دونالد ام. بورچورت، ترجمه انشاء اله رحمتی، تهران: نشر سوفیا.
- تندرو صالح، شاهرخ (۱۳۹۷). در حاشیه جسر کلمات، پیرامون ادبیات و جامعه نگاری. تهران: نشر نگاه معاصر.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۸۸). فلسفه تفسیری حقوق. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. جلد چهارم، تهران: گنج دانش.
- چلبی، آزاده (۱۳۹۶). فساد و مقبولیت قانون از منظر جامعه شناسی حقوق. تهران: نشر نی.
- چول هان، بیونگ (۱۳۹۸). جامعه فرسودگی، جامعه شفافیت. ترجمه محمد معماریان، تهران: ترجمان.
- حسینی، محمد حسن و جلالی، علیرضا (۱۴۰۰). آسیب شناسی حمایت کیفری از حق آزادی شخصی در حقوق کیفری ماهوی ایران. فصلنامه مجلس و راهبرد، ۲۸(۱۰۷)، ۸۷-۱۱۲.
- دلماش مارتی، می ری (۱۳۸۱). نظام های بزرگ سیاست جنایی. ترجمه علی حسین نجفی ابرند آبادی، تهران: نشر میزان.
- رجحان، سعید (۱۳۹۲). اصول علم فقه، درباره اصول حاکم بر احکام الهی اسلام. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- رستمی، هادی (۱۳۹۹). حقوق کیفری و لیبرالیسم، بررسی کیفر در سنت فلسفی لیبرال. تهران: انتشارات نگاه معاصر
- ریپر، ژرژ (۱۳۹۵). نیروهای پدیدآورنده حقوق. ترجمه رضا شکوهی زاده، تهران: انتشارات مجد
- سارتر، ژان پل (۱۳۹۶). کلمات. ترجمه امیر جلال الدین اعلم، تهران: انتشارات نیلوفر.
- صادقی، هادی (۱۳۸۶). عقلانیت ایمان. تهران: کتاب طه.
- صبوری پور، مهدی (۱۳۹۸). عقلانیت در ارتکاب جرم. تهران: نشر میزان.

صفاری، علی؛ لکی، زینب، و صابری، راضیه (۱۴۰۰). تنزل جایگاه اصل قانون مندی کیفری در پرتو آیین نامه‌ای شدن رکن قانون جرایم. مجله حقوقی دادگستری، ۸۵(۱۱۵)، ۱۵۷-۱۸۷.

طاهری، محسن و ارسطا، محمد جواد (۱۳۹۵). بررسی تطبیقی مبانی اصل شفافیت از دیدگاه اسلام و نظریه حکمرانی خوب. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۳(۳)، ۱-۲۴.

طاهری، محمد علی (۱۳۸۵). خشونت ساختاری و فرآیند عدالت کیفری، رهیافتی جرم‌شناسانه و تطبیقی به آموزه نفی خشونت. تهران: انتشارات محراب فکر.

عالم‌زاده نوری، محمد (۱۳۹۶). استنباط حکم اخلاقی از متون دینی و ادله لفظی. تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

عبداله زاده شهربابکی، آزاده (۱۴۰۰). درآمدی بر کیفیت قانون. تهران: شرکت سهامی انتشار

عبد، محمد (بی‌تا). شرح نهج البلاغه، بی‌جا

فرامرزی قراملکی، احد؛ جلیلی، سید هدایت؛ امین ناجی؛ محمدهادی، و قدمی جویباری، هاجر خاتون (۱۳۹۶). قلمرو معرفتی اخلاق تفسیر. فصلنامه علمی-پژوهشی اخلاق پژوهی، ۱(۳)، ۶-۲۶.

فرحی، مریم. (۱۴۰۰). ابهام در قوانین کیفری با رویکردی زبان‌شناسی. مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، ۵۱(۲)، ۴۶۵-۴۴۳.

فیض، علیرضا (۱۳۸۷). مبادی فقه و اصول، مشتمل بر بخشی از مسال آن دو علم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

قافی، حسین، و شریعتی، سعید (۱۳۹۸). اصول فقه کاربردی. جلد دوم، تهران: انتشارات سمت.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق. جلد سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کائو، دبرا (۱۳۹۶). اصول ترجمه حقوقی. ترجمه محمد عباس نژاد، تهران: نشر قطره.

کمپیل، جی آر (۱۴۰۱). آیا قوانین، قادر به ایجاد شادی هستند؟. ترجمه امید یعقوب زاده، تهران: انتشارات پارسیک.

لامارک، پیتیر (۱۳۹۸). فلسفه ادبیات. ترجمه میثم محمد امینی، تهران: فرهنگ نشر نو؛ نشر آسیم.

مالوری، فیلیپ (۱۳۸۸). ادبیات و حقوق، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران: نشر آگاه.
مرادی، امیر (۱۳۹۶). یکصد و بیست عبارت، اشاره و قاعده اصولی. نشریه تخصصی سازمان قضایی نیروهای مسلح، ۱۱۹، ۱۵-۲۰.

مرادی، امیر (۱۳۹۷). اخلاق حرفه‌ای در گستره کنش گران حقوق کیفری. تهران: نشر میزان.
مرادی، امیر (۱۳۹۸). اخلاق حرفه‌ای قانون گذاری کیفری با تأکید بر نظام حقوقی ایران. مجموعه مقالات همایش ملی تجلیل از مقام علمی استاد محمد جعفر جعفری لنگرودی، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.

معصومی همدانی، حسین (۱۴۰۱). اخلاق نوشتن. تهران: فرهنگ معاصر.
منتسکیو، شارل دو (۱۳۶۲). روح القوانين. ترجمه علی اکبر مهندی، تهران: امیر کبیر.
منصورآبادی، عباس (۱۳۹۵). اصل اباحه/آزادی در حقوق کیفری. دانشنامه حقوق کیفری و جرم شناسی، نکوداشت دکتر سیلویا تلنباخ، تهران: گام حق؛ انجمن حقوق شناسی.
موذن زادگان، حسنعلی، و رهدارپور، حامد. (۱۳۹۷). «اصل شفافیت قانون» و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران. دیدگاه‌های حقوق قضایی، - (۸۱)، ۱۹۳-۲۲۰.

میجلی، مری (۱۳۹۴). علم و شعر. ترجمه میثم محمد امینی، تهران: فرهنگ نشر نو؛ نشر آسیم.
میشلمن، استفن (۱۴۰۱). فرهنگ اگزستانسیالیسم. چاپ سوم، ترجمه ارسطو میرانی، تهران: کتاب پارسه.

نجاززادگان، فتح‌اله، شکوه بخش، محسن، عالم‌زاده نوری، محمد، و رحمان ستایش، محمد کاظم. (۱۳۹۷). تحلیل گونه‌های تراحم در دانش فقه و اخلاق با تأکید بر تراحم اهتمامی (اشتغالی) در حوزه اخلاق. اخلاق و حیانی، ۷(۱) (پیاپی ۱۵)، ۷۳-۴۹.

نجفی ابرند آبادی، علی حسین (۱۳۹۲). درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری: فرصت‌ها و چالش‌ها، بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری، فرصت‌ها و چالش‌ها. تهران: نشر میزان؛ سازمان قضائی نیروهای مسلح.

نوربها، رضا (۱۳۸۲). زمینه حقوق جزای عمومی. تهران: انتشارات گنج دانش.

والدرون، جرمی (۱۳۸۸). قانون‌گذاری. ترجمه حسن وکللیان، تهران: نشر نگاه معاصر.

ویژه، محمدرضا (۱۳۹۳). کلیات حقوق اساسی. تهران: انتشارات سمت.

هاشمی، محمد (۱۳۸۴). حقوق بشر و آزادی‌های اساسی. تهران: نشر میزان.

یارمحمدی، سعید (۱۳۹۱). پورنوگرافی در جهان و ایران. مقالات دومین همایش ملی آسیب‌شناسی اجتماعی در ایران، بحران هویت و آنومی، جلد پنجم، تهران: انتشارات آگاه.

References

- Abdo, M. (n.d). *The description of Nahj al-Balagheh*. S.n. (in Persian)
- Abdulzadeh Shahrabaki, A. (2021). *An income on the quality of the law*. Tehran: Publishing Company. (in Persian)
- Akhundi, M. (2016). *Oral indictment, in the principles of fair proceedings, from the point of view to the action (the sum of the lessons of speeches)*. By Hossein Mir Mohammad Sadeghi, Tehran: Khorsandi Publications. (in Persian)
- Alamzade Nouri, M. (2016). *Inferring moral judgments from religious texts and verbal evidence*. Tehran: Islamic Science and Culture Research Institute. (in Persian)
- Ashworth, Andrew. (1992). *Principles of Criminal Law*. Clarendon press, Oxford
- Baudrillard, J. (2019). *Passwords*. Translated by Ali Rostamian, Tehran: Pagerd Kitab Publishing. (in Persian)
- Baum, R. (2010). On the McDonaldization of criminal justice. Translated by Hossein Gholami and Yusuf Babaei, *Judiciary Law Journal*, 74(70), 71-90. (in Persian)
- Bix, B. (2016). *Culture of legal theory*. Translated by Mohammad Rasakh, Tehran: Nei Publishing. (in Persian)

- Bokaria, Ch. (1385). *Treatise on crimes and punishments*. Translated by Mohammad Ali Ardabili, Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)
- Bolek, B. (1377). *Criminology*. Translated by Ali Hossein Najafi Ebrandabadi, Tehran: Majd Publications. (in Persian)
- Bunge, M. (2016). *Philosophical dictionary*. Translated by Alireza Amir Ghasemi, Tehran: Akhtaran Publishing House. (in Persian)
- Campbell, J.R. (2022). *Are rules capable of creating happiness?*. Translated by Omid Yaqubzadeh, Tehran: Parsik Publications. (in Persian)
- Cao, Debra (2016). *Principles of legal translation*. Translated by Mohammad Abbas Nejad, Tehran: Ghatre Publishing. (in Persian)
- Chalabi, A. (2017). *Corruption and acceptability of law from the perspective of sociology of law*. Tehran: Ney Publishing. (in Persian)
- Chol Han, B. (2019). *Society of exhaustion, society of transparency*. Translated by Mohammad Memarian, Tehran: Turjan. (in Persian)
- Cline, Victor B. (2001). *Pornography's Effects on Adults and Children*. New York, Morality in Media
- Delmas Marti, M.R. (2012). *Large systems of criminal politics*. Translated by Ali Hossein Najafi Abrandabadi, Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)
- Desportes, F., & Francis, L. G. (2008). Droit Pénal Général. *Economica*, 128-129
- Farahi, M. (2022). Ambiguity in criminal law whit a linguistic approach. *Criminal law and Criminology Studies*, 51(2), 465-443. doi: 10.22059/jqclcs.2022.322577.1687. (in Persian)
- Faramarz Qaramaleki, A., Jalili, S. H. J., Amin Naji, M. H., & Ghadami Jooybari, H. K. (2017). The Epistemic Realm of Ethics of Interpretation. *Journal of Moral Studies*, 1(3), 6-26. (in Persian)
- Feyz, A. (2008). *The principles of jurisprudence and principles, including a part of the problems of those two sciences*. Tehran: Tehran University Press. (in Persian)
- Fuller, Lon, (1969). *The Morality of Law*. Yale University Press
- Ghafi, H., & Shariati, S. (2019). *Principles of applied jurisprudence*. Volume II, Tehran: Samit Publications. (in Persian)

- Hart, H.L.A., (1961/1994). *the concept of Law*, 2nd edition. Oxford: Oxford University press.
- Hasani, M.H. & Jalali, A. (2021). Pathology of criminal protection of the right to personal freedom in the substantive criminal law of Iran. *Majlis and Strategy Quarterly*, 28(107), 112-87. (in Persian)
- Hashemi, M. (2005). *Human rights and fundamental freedoms*. Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)
- Jafari Langroudi, M.J. (2007). *Extensive in legal terminology*. The fourth volume, Tehran: Ganj Danesh. (in Persian)
- Jafari Tabar, H. (2009). *Interpretive philosophy of law*. Tehran: Publications of the publishing company. (in Persian)
- Katouzian, A.N. (1998). *Philosophy of Law*. The third volume, Tehran: Publishing Company. (in Persian)
- Kinsella, N. S. (1995). Legislation and the Discovery of Law in a Free Society. *Journal of Libertarian Studies*, 11(2), 132-181.
- Kronhausen, Eberhard and Phyllis. (1959). *Pornography and the law*, New York, Ballantine books
- Lamarck, P. (2019). *Philosophy of literature*. Translated by Meisham Mohammad Amini, Tehran: New Publishing House; Asim Publishing. (in Persian)
- Leal, A, Rafael, (2014). *Essential of Rule of Law Concept in the EU*, Queen Mary University of London, School of law Legal Studies Research Paper No. 180
- Mallory, P. (2002). *Literature and Law*. Translated by Morteza Kalantarian, Tehran: Aghaz Publishing. (in Persian)
- Mansoorabadi, A. (2016). The principle of freedom in criminal law. *Encyclopedia of criminal law and criminology*, edited by Dr. Silvia Tellenbach, Tehran: Gam Haq; Jurisprudence Association. (in Persian)
- Masoumi Hamdani, H. (2022). *The ethics of writing*. Tehran: Contemporary Culture.
- Michelman, S. (2022). *The culture of existentialism*. Third edition, translated by Aristotle Mirani, Tehran: Kitab Parse. (in Persian)
- Midgley, M. (2015). *Science and poetry*. Translated by Meisham Mohammad Amini, Tehran: New Publishing House; Asim Publishing. (in Persian)

- Mo'azen Zadegan, H.A., & Rahdarpour, H. (2018). "Principle of transparency of the law" and its position in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and Criminal Law of Iran. *Perspectives on judicial law*, -(81), 193-220. (in Persian)
- Montesquieu, C. (1983). *The spirit of the laws*. Translated by Ali Akbar Mehtadi, Tehran: Amir Kabir. (in Persian)
- Moradi, A (2018). *Professional ethics in the field of criminal law practitioners*. Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)
- Moradi, A. (2017). One hundred and twenty phrases, hints and basic rules. *Specialized Journal of the Judicial Organization of the Armed Forces*, 119, 15-20. (in Persian)
- Moradi, Amir (2019). Professional ethics of criminal legislation with an emphasis on Iran's legal system. *Proceedings of the National Conference Honoring Professor Mohammad Jafar Jafari Langroudi*, Tehran: Ganj Danesh Library Publications. (in Persian)
- Najafi Ebrandabadi, A.H. (2013). *An introduction to research in the criminal justice system: opportunities and challenges, needs of research in the criminal justice system, opportunities and challenges*. Tehran: Mizan Publishing; Judicial Organization of the Armed Forces. (in Persian)
- Najjar Zadegan, F., Shokouh Bakhsh, M., Alamzade Nouri, M., & Rahman Sataysh, M.K. (2018). Analysis of the types of conflict in the knowledge of jurisprudence and ethics with an emphasis on conflict of interest (occupation) in the field of ethics. *Akhlaq Vahayani*, 7(1 (consecutive 15)), 49-73. (in Persian)
- Noorbaha, R. (2003). *The field of general criminal law*. Tehran: Ganj Danesh Publications. (in Persian)
- Omidi, J. (2009). *Ethics of legislators, in professional ethics in Iranian and Islamic civilization (collection of articles)*. Tehran: Research Institute of Cultural and Social Studies. (in Persian)
- Omidi, J. (2019). *Interpretation of criminal laws*. Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)
- Parker, D., & Kirkpatrick, C. (2009). Assessment of regulation in developing countries. Translated by Masoud Faryadi, *Legal Information*, 6(17-18), 107-135. (in Persian)

- Popper, K. (2019). *In search of a better world*. Translated by Hasan Timuri, Tehran: Shabkhiz Publishing. (in Persian)
- Pourbafrani, H. (2013). Dos and don'ts of criminalization in Iranian criminal law. *Majlis and Strategy Quarterly*, 20(75), 25-52. (in Persian)
- Pym, A. (2017). *Ethical principles of the translator*, Tehran: Center Publishing.
- Riper, G. (2016). *Law-creating forces*. Translated by Reza Shakohizadeh, Tehran: Majd Publications. (in Persian)
- Rojhan, S. (2013). *The principles of jurisprudence, about the principles governing the divine rules of Islam*. Tehran: Imam Sadegh University Press. (in Persian)
- Rostami, H. (2020). *Criminal law and liberalism, an examination of punishment in the liberal philosophical tradition*. Tehran: Negah Masazeh Publications. (in Persian)
- Sabouripour, M. (2019). *Rationality in committing a crime*. Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)
- Sadeghi, H. (2007). *The rationality of faith*. Tehran: Taha book. (in Persian)
- Safari, A., Laki, Z., and Saberi, R. (2021). Degradation of the position of the principle of criminal law in the light of the regulation of the pillar of the criminal law. *Judicial Law Journal*, 85(115), 157-187. (in Persian)
- Sartre, J.P. (2017). *Words*. Translated by Amir Jalaluddin Aalam, Tehran: Nilofar Publications. (in Persian)
- Vijeh, M.R. (2014). *General principles of fundamental rights*. Tehran: Samit Publications. (in Persian)
- Taheri, M., & Arasta, M. J. (2016). A Comparative Study on Foundation of Transparency Principle in Sights of Islam and Good Governance Theory. *Comparative Studies on Islamic and Western Law*, 3(3), 1-24. doi: 10.22091/csiw.2017.2484.1259. (in Persian)
- Taheri, M.A. (2006). *Structural violence and the criminal justice process, a criminological and comparative approach to the doctrine of the negation of violence*. Tehran: Mihrab Fakar Publications. (in Persian)
- Tajmiri, M. (1998). *Dictionary of legal terms and references*. Tehran: Afarine Publishing Cultural Institute. (in Persian)

- Tanner, M. (2019). Art and ethics. *Encyclopedia of Aesthetics and Philosophy of Art*, edited by Paul Edwards / Donald M. Borchort, translated by Inshaalah Rahmati, Tehran: Sofia Publishing House. (in Persian)
- Thompson, K. (2019). *Key quotes in sociology*. Translated by Naira Tavakoli, Tehran: Third publication. (in Persian)
- Tondro Saleh, Sh. (2018). *On the edge of bold words, around literature and sociology*. Tehran: Naghah Maazareh publishing house. (in Persian)
- Waldron, Jeremy (2009). *Legislation*. Translated by Hasan Vakililian, Tehran: Negah Maazares Publishing House.
- Yarmohammadi, S. (2012). *Pornography in the world and Iran. Papers of the second national conference of social pathology in Iran, crisis of identity and anomie*. vol. 5, Tehran: Aghat Publications. (in Persian)

Critique of a Judgment in the Field of Losses Caused by the Birth of a Sick Child: A Comparative Study Regarding the Right to Not be Born and Compensation for Damages Inflicted

Abbas Mirshkari

Associate Professor, Faculty of Law and Judicial Science, Tehran University, Iran,
Email: mirshekariabbas1@ut.ac.ir

Fatemeh Sadat Hosseini

Assistant Professor, Refah University College, Tehran, Iran
Email: hosseini.fatemesadat@yahoo.com

Received: 2023-10-12

Accepted: 2023-12-27



Abstract

In the case being examined, the plaintiffs are a couple whose first child was born with a genetic disease and some doctors forbade them from having a second pregnancy. Because of this advice, the said couple consult two other doctors. These doctors considered the risk of the second child having a genetic disease to be low and therefore judge the ban on further pregnancy to be unfounded. Trusting the latter advice, the mentioned couple attempt to have another child. Following the pregnancy, the aforementioned doctors, after examining the relevant tests, declare the fetus to be healthy and disease-free. However, unfortunately, following the birth of the second child, it becomes clear that, just like his sibling, is also sick. As a result, the parents are forced to bear the heavy costs of maintaining the sick child and the suffering having such an offspring entail. Following these events, the said couple initiate a lawsuit for compensation of material and moral damages. Relying on the opinion of experts, the trial judge determines an amount based on blood money to compensate for material and moral damages, which ruling is also confirmed by the appeals court.

Journal of Research and Development in
Comparative Law

Iranian Law and Legal Research Institute

Vol. 6 | No. 21 | Winter 2023
(Original Article)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

[10.22034/LAW.2023.2011327.1257](https://doi.org/10.22034/LAW.2023.2011327.1257)

In this article, an attempt is made to examine the basis of the civil liability of defendants, the elements of their civil liability, and finally, the way to compensate damages. The researches of this study showed that a doctor who is unable to carry out his mission correctly within the limits of human knowledge and technical facilities, will be responsible to the people who have referred to him to determine the path of their destiny. The doctor's responsibility in this assumption can be imagined based on the rule of pride. He made other/others proud of the health of the fetus, as a result, if his statement is proven to be false, he must be responsible for the damages caused by the birth of the sick child. Undoubtedly, the birth of such a child will result in material (maintenance and possibly treatment) and spiritual (discomfort and mental suffering) losses for his parents. As a result, although the current judicial procedure tends to use the dowry as a basis for compensating these losses, however, it seems that relying on the dowry is worth considering, especially that the dowry itself is based on the assumption The damage has been established and it is doubtful whether it corresponds to the actual amount of physical damage, let alone whether it is a basis for compensation for material and spiritual losses. For this reason, it is suggested to the judicial procedure, in such cases, the necessary expenses for the maintenance and treatment of children such as a sick child are calculated and the cause of the loss is condemned to pay these expenses continuously (and not once). In order to compensate for the moral loss, it seems that the judge should consider the most suitable method for compensating the moral loss according to the circumstances of the case.

Keywords: *civil liability, treatment cost, moral damage, deception rule, blood money*

نقد یک رای در زمینه زیان‌های ناشی از تولد فرزند بیمار، مطالعه تطبیقی حق بر نبودن و جبران خسارات وارد بر آن

عباس میرشکاری

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران،
Email: mirshekariabbas1@ut.ac.ir

فاطمه سادات حسینی

استادیار دانشکده رفاه
Email: hosseini.fatemesadat@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰



فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی
پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۶ | شماره ۲۱ | زمستان ۱۴۰۲

(مقاله پژوهشی)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:

[10.22034/LAW.2023.2011327.1257](https://doi.org/10.22034/LAW.2023.2011327.1257)

چکیده

در پرونده مورد بررسی، خواهان‌ها، زن و شوهری هستند که پیشتر فرزند اولشان با بیماری ژنتیک متولد شده و برخی از پزشکان، ایشان را از اقدام به بارداری دوم منع کرده‌اند. زوجین مزبور با توجه به این توصیه، برای مشورت به دو پزشک مراجعه کردند. پزشکان یاد شده، احتمال بیماری ژنتیک فرزند دوم را کم و از همین رو، ممنوعیت بارداری را بی‌اساس دانسته‌اند. با اعتماد به این دیدگاه، زوجین یاد شده، اقدام به فرزندآوری می‌کنند. پس از بارداری نیز، پزشکان یاد شده، در پی بررسی آزمایشها، جنین را سالم و فاقد بیماری معرفی می‌کنند. با این حال، متأسفانه، پس از تولد فرزند دوم، مشخص می‌شود که او نیز، همچون فرزند نخست، بیمار می‌باشد. در نتیجه، هزینه‌های سنگین نگهداری و درد و رنج داشتن فرزند بیمار به والدین تحمیل می‌شود.

در ادامه، زوجین مزبور به خواسته جبران خسارات مادی و معنوی طرح دعوا می‌نمایند. قاضی رسیدگی کننده نیز، با استفاده از نظر کارشناسی مبلغی را بر پایه دیه، برای جبران خسارات مادی و معنوی تعیین می‌نماید که مورد تایید دادگاه تجدیدنظر نیز قرار می‌گیرد. در مقاله پیش‌رو، تلاش می‌شود مبنای مسئولیت مدنی خواندگان، ارکان مسئولیت مدنی ایشان و در نهایت، سازوکار جبران خسارت یاد شده، مورد بررسی قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت مدنی، هزینه درمان، خسارت معنوی، قاعده غرور، دیه.

مقدمه

پدر و مادری که یک فرزند مبتلا به بیماری ژنتیک دارند به دلیل نگرانی از تکرار این وضعیت و با توجه به امکان مبتلا شدن فرزندان بعدی، پیش از اقدام به بارداری به دو پزشک که خود را متخصص ژنتیک و دارای آزمایشگاه تخصصی ژنتیک معرفی میکنند، مراجعه میکنند تا با بررسی دقیق پزشکی احتمال ابتلای فرزند بعدی را بسنجند. پزشکان مزبور، احتمال مبتلا شدن فرزند دوم را کم می‌دانند و ادعا میکنند به فرض ابتلا هم، در آزمایشات تخصصی پیش از ولوج روح، دوباره این موضوع بررسی می‌شود و در صورت روشن شدن ابتلای فرزند به بیماری، امکان سقط وجود دارد. بر اساس این اعلام نظر، زوجه باردار می‌شود. در زمانی پیش از ولوج روح نیز، آزمایش‌های لازم انجام می‌شود. پزشکان پیش‌گفته، مدعی می‌شوند نتایج آزمایشات به خارج از کشور هم فرستاده شده و جنین مبتلا به بیماری ژنتیک نیست. بر همین اساس، زوجه بارداری را ادامه داده و وضع حمل میکند. آن‌گاه که طفل به دنیا می‌آید مشخص می‌شود متأسفانه او هم، مبتلا به همان بیماری ژنتیک است. بنابراین، والدین این طفل که به دنبال داشتن فرزندی سالم بودند با فرزندی بیمار مواجه می‌شوند و از این پس، علاوه بر درد و رنج داشتن فرزند بیمار دیگر، با هزینه‌های نگهداری و سختی‌های آن هم روبه‌رو خواهند بود. والدین یاد شده، علیه پزشکان طرح دعوا کرده و جبران خسارات مادی و معنوی خویش را مطالبه میکنند. حال، پرسش این است که آیا پزشکان مذکور مسئولیتی در برابر خواهان‌ها دارند یا خیر؟ این مسئولیت بر چه مبنایی قابل توجیه است؟ به علاوه و با فرض پاسخ مثبت به این پرسش‌ها، چگونه می‌توان ارکان مسئولیت مدنی خواندگان را احراز کرد؟ و در نهایت اینکه میزان غرامت قابل پرداخت به خواهان‌ها، بر اساس چه معیاری محاسبه و چگونه تعهد به پرداخت آن، میان خواندگان تقسیم می‌شود؟ در مقاله پیش‌رو، تلاش می‌شود پرسش‌های یاد شده پاسخ

داده شود. با این حال، پیش از تحلیل رای، لازم است نخست ماجراهای منتج به صدور رای، شرح داده شده و سپس به تحلیل رای پرداخته شود.

مبحث نخست: شرح رویدادهای پرونده

آقای ر.ج. و خانم ص.س. دعوایی به طرفیت ا.آ. و م.ه. به خواسته صدور حکم مبنی بر پرداخت خسارت مادی و معنوی تقدیم دادگستری کرده‌اند. در شرح این دادخواست، چنین اعلام نمودند که «پس از آنکه فرزند اول ایشان به دنیا آمده، به لحاظ اینکه دارای بیماری ژنتیک بود و حتی برخی از پزشکان اعلام نمودند نباید اقدام به بارداری دوم به عمل آید چون احتمال ابتلای فرزند دوم نیز وجود دارد، خواندگان به عنوان متخصص ژنتیک و آزمایشات ژنتیکی معرفی شده‌اند که نامبردگان با امیدهای واهی و جلوه دادن خود به عنوان فوق تخصص در این زمینه اعلام داشته‌اند با آزمایشهایی که از بچه‌ی اول به عمل آمده احتمال ابتلا به بیماری بچه دوم کمتر می‌باشد و پس از حاملگی اقدام به آزمایش‌هایی به عمل می‌آید که بیماری ژنتیک را مشخص میکند و این آزمایش‌ها قبل از ولوج روح در بدن می‌باشد و اگر بیماری ژنتیک مشاهده گردد اقدام به سقط به عمل خواهد آمد. پس از حاملگی خواهان‌ها به خواندگان مراجعه و ایشان با انجام آزمایش مدعی می‌گردند آزمایش‌های انجام شده به خارج از کشور ارسال گردیده و همگی گویای عدم ابتلای جنین به بیماری ژنتیک می‌باشد و وضع حمل بلامانع است، به همین دلیل، وضع حمل انجام گردیده که مشاهده شد فرزند دوم نیز به همان بیماری ژنتیکی مبتلا می‌باشد. بدین لحاظ، خسارت مادی و معنوی وارده مطالبه می‌شود».

این دادخواست به شعبه بیستم دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران ارجاع و به کلاس پرونده ۹۶۰۹۹۸۰۲۲۸۰۰۰۴۵۵ ثبت می‌شود. شعبه یاد شده، پرونده را به کارشناس ارجاع می‌دهد و از او می‌خواهد میزان خسارت از بابت هزینه

نگهداری را به صورت ماهیانه مورد بررسی قرار داده و اعلام نظر نماید. کارشناس منتخب در جواب دادگاه اعلام می‌نماید با توجه به اینکه هزینه نگهداری ماهیانه طفل با توجه به تغییر نیازهای مراقبتی و درمانی در سنین مختلف متفاوت خواهد بود و بیماری پیشرفت خواهد کرد و مواد و وسایل با تغییر هر روز قیمت مواجه می‌باشد، لذا بر مبنای صدمات جسمی فرزند در مقایسه با یک فرزند سالم میزان دیه‌ای که به نامبرده تعلق می‌گیرد می‌تواند ملاک خوبی برای محاسبه خسارت نگهداری و حضانت والدین باشد. کارشناس این میزان را جمعا یکصد و بیست و شش و شش دهم درصد دیه کامل انسان اعلام می‌نماید. نظریه کارشناس مورد ایراد خوانندگان قرار می‌گیرد و به هیئت سه نفره کارشناسی ارجاع می‌شود. این هیئت نیز بر همان سیاق کارشناس اول میزان دیه و ارش تعلق گرفته را یکصد و پنجاه درصد دیه کامله اعلام می‌نماید. پس از ابلاغ نظریه کارشناسی خوانندگان مجدداً اعتراض می‌نمایند که دادگاه به دلیل همسو بودن نظریه هیئت کارشناسان با کارشناس بدوی و حتی افزایش میزان خسارت اعلامی و نیز با توجه به نظریه پیشین پزشکی قانونی در رای کیفری مبنی بر قصور خواندگان، اعتراض را نمی‌پذیرد. خواندگان در مقام دفاع به رای صادره از دادگاه کیفری مبنی بر براءت و عدم قصور استناد میکنند.^۱ به علاوه، به باور خواندگان، کارشناس‌های منتخب فاقد تخصص لازم می‌باشند. همچنین، به اظهار ایشان، بیماری فرزند دوم با بیماری فرزند اول متفاوت بوده و افزون بر این‌ها، ارکان مسئولیت مدنی فراهم نمی‌باشد.

۱. توضیح آنکه خواهانها پس از تولد فرزند دوم اقدام به طرح شکایت کیفری نموده که پس از صدور کیفرخواست پرونده به دادگاه کیفری ۲ تهران ارسال و حسب دادنامه شماره ۹۵۰-۶۹۷ مورخ ۹۵/۱۲/۲۸ صادره از شعبه ۱۰۴۳ با این استدلال که تقصیری از سوی خواندگان به نوزاد وارد نیامده، حکم بر براءت ایشان صادر میگردد که این رای از سوی شعبه ۳۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شماره دادنامه ۷۱۷-۹۶ مورخ ۹۶/۵/۴ مورد تایید قرار میگیرد. صدور این رای در صورتی بوده است که چه در کمیسیون بدوی و چه در کمیسیون تجدیدنظر پزشکی قانونی تقصیر خواندگان احراز گردیده بود.

سرانجام، شعبه یاد شده به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۰۶۸۳۹۰۰۱۱۸۶۹۴۷۷ در تاریخ ۱۴۰۰/۸/۲۳ چنین تصمیم می‌گیرد: «در خصوص ایراد اول باید عنوان شود رای کیفری مذکور در گردش کار تقصیر کیفری را که همان سوءنیت می‌باشد مورد خدشه قرار داده است و جنبه مدنی را نفی ننموده است. از طرفی، رای کیفری از جهت جنبه جزایی جرم که مجازات آن صدور حکم به پرداخت دیه به مجنی علیه (فرزند) صادر گردیده در صورتیکه موضوع این پرونده خسارت وارد شده از تقصیر خواندگان به والدین از بابت عسر و حرج نگهداری و هزینه‌های وارده بر ایشان در زمان سرپرستی می‌باشد. در خصوص ایراد دوم این امر مسلم است که هیئت پزشکان پزشکی قانونی که وظیفه احراز قصور را داشته‌اند دارای صلاحیت بوده و کارشناس‌های پزشکی دادگاه تنها میزان خسارت را احراز نموده‌اند نه اصل وقوع تقصیر خواندگان را که از سوی پزشکی قانونی احراز گردیده است. در خصوص ایراد سوم عدم انطباق بیماری فرزند دوم با فرزند اول بر فرض صحت این ادعا با توجه به اینکه خواندگان فاقد مدرک معتبر بوده و خواهانها را اغوا نموده‌اند و از طرفی در آزمایشهای ژنتیک که امری دقیق می‌باشد بر طبق معمول اگر یک پزشک متخصص در این زمینه اقدام به بررسی می‌نمود تمام جوانب امر را مورد لحاظ قرار می‌داد و خود طرح این ایراد، قصور خواندگان را که فاقد مدرک علمی لازم می‌باشند ثابت می‌نماید. در خصوص ایراد چهارم نیز باید عنوان شود رابطه سببیت همانگونه که در فقه بیان شده و اساتید حقوق نیز عنوان نموده‌اند، رابطه‌ای مادی نمی‌باشد و یک رابطه عرفی می‌باشد که در این پرونده این رابطه محرز و مسلم است چرا که اگر قصور خواندگان واقع نمی‌شد این اتفاق واقع نمی‌گردید. اما در خصوص خسارت معنوی، دادگاه اعتقاد داشته که شان یک چیز را باید با اثری که از آن به دست می‌آید مورد سنجش قرار داد، ممکن است در صورتیکه توهینی واقع گردد با یک پوزش جبران خسارت به عمل آید اما خسارت روحی یک پدر و مادر از ایجاد یک فرزند معلول با یک معذرت‌خواهی و یا امور غیرمادی مورد جبران قرار نمی‌گیرد

اگرچه پول نیز جبران‌کننده نمی‌باشد اما حداقل باعث رفع کمی از تالمها می‌گردد. خواهان‌ها سعی نموده‌اند که فرزندی سالم به دنیا بیاورند و جهت تحقق این امید به پزشک مراجعه نموده‌اند که در حال حاضر این فرزند را ندارند و به جای آن، این فرزند را دارند که معلول است. اگر خواندگان قصور نمیکردند و در زمان لازم فرزند سقط می‌گردید این امید به یاس همیشگی تبدیل نمی‌گشت. به نظر همچنین (همچنین به نظر) این دادگاه پرداخت یک دیه کامل به صورت بالمناصفه از سوی خواندگان مبلغی است که می‌شود به عنوان حداقل خسارت معنوی از سوی خواندگان پرداخت شود. همچنین، این دادگاه تبصره ۲ ماده قانون آیین دادرسی کیفری را مورد لحاظ قرار داده و عنوان مینماید به دلیل آنکه موضوع دعوا پرداخت دیه به فرزند نبوده بلکه جبران خسارت خواهان‌ها میباشد این تبصره سد راه دادگاه در صدور رای به خسارت معنوی نبود و تنها نحوه سنجش میزان خسارت پرداختی به دیه میباشد. با توجه به شرح مذکور در فوق، مستندا به مواد ۱۹۸، ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی حکم به محکومیت آقای م.ه. به پرداخت پنجاه و پنج درصد از یکصد و پنجاه درصد دیه کامله و آقای ا.آ به پرداخت مبلغ بیست و پنج درصد از یکصد و پنجاه درصد دیه کامله در حق خواهان از بابت خسارت مادی ناشی از عسر و حرج ایجاد گردیده در حضانت و سرپرستی یک کودک معلول و همچنین حکم بر محکومیت خواندگان به پرداخت هر یک نصف دیه کامله از بابت خسارت معنوی وارده رای صادر می‌نماید...».

با تجدیدنظرخواهی دادباختگان، پرونده به شعبه ۳۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران ارجاع می‌شود. این شعبه نیز، طی دادنامه شماره ۱۴۰۱۶۸۳۹۰۰۹۰۵۳۸۴۱ مورخ ۱۴۰۱/۶/۳۰ با ذکر این نکته که «نظر به اینکه دادخواست تجدیدنظرخواهی و لایحه منضم آن متضمن اعتراض موجه و موثری نبوده و اعتراض به عمل آمده نیز انطباقی با جهات مندرج در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی نداشته و در این مرحله از رسیدگی

مطلب و دلیل جدیدی که قابل تامل و موثر در مقام باشد ارائه نشده است...»، دادنامه صادره از سوی دادگاه نخستین را عیناً تایید می نماید.

مبحث دوم: تحلیل رویدادهای پرونده

برای تحلیل درست این پرونده، نخست، باید به مبنای مسئولیت مدنی خواندگان، سپس به ارکان و در نهایت، به آثار مسئولیت ایشان پرداخت:

بند نخست: مبنای مسئولیت خواندگان

حمایت از زیان دیدگان از اهم وظایف هر نظام حقوقی است و زیان دیدگان ناشی از حوادث پزشکی نیز از این قاعده مستثنی نیستند. گرچه جامعه به خدمات پزشکان نیازمند است لیکن این ضرورت نباید منجر به نادیده انگاشتن حقوق مردم شود. برای مثال نظام حقوقی فرانسه با استفاده از بیمه اجباری مسئولیت مدنی پزشکان و نظام همبستگی ملی در صدد حمایت از زیان دیدگان پزشکی است و رویه قضایی با تفسیر موسع قوانین و به کارگیری راه‌های مختلف، به طور گسترده به حمایت از زیان دیدگان پرداخته و دعوای جبران خسارت ایشان را تسهیل بخشیده است (جواهرکلام، ۱۴۰۱: ۶۲۳، ۶۲۲).

به عبارت دیگر تصادفات و حوادث پزشکی یک گستره نسبتاً وسیع است که اجازه می‌دهد حدسیات، فرضیات و مداخلات عمل پزشکی در این حوزه قرار بگیرد. بنابراین علاوه بر خطاهای پزشکی در حوزه درمان، موارد آزمایشگاهی و واکسیناسیون و نظایر آن را هم در برمی گیرد (Lambert, 1998, p.661).

به دلیل درجه ریسک فعالیت‌های پزشکی برخی نظام‌های حقوقی نظیر آمریکا، سوئد، نیوزیلند و فنلاند به سمت مسئولیت محض در حوادث پزشکی رفتند و نظریاتی در این حوزه ارائه شد.

در نظام حقوقی ایران نیز این مهم در سیر تدوین قانون مجازات اسلامی پیشین و جدید قابل ملاحظه است و تلاش می‌شود راه‌حلهایی اتخاذ گردد که ضمن تطبیق با فقه اسلامی خسارت زیان‌دیدگان نیز جبران شود.

اما نکته اساسی آن است که در موضوع پژوهش حاضر که پزشکان مداخله داشته‌اند، مبنای مسئولیت مدنی چیست؟

با توجه به اینکه عاملین زیان در پرونده مذکور پزشک هستند، نزدیک‌ترین مستند قانونی برای حکومت بر مسئولیت آنها، ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌باشد که به موجب آن، «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آن که عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا اینکه قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود...». با این حال، حقیقت این است که ماده یاد شده در خصوص فرضی است که پزشک، معالجاتی انجام داده و این معالجات، موجب تلف یا صدمه بدنی می‌شود، در حالی که در پرونده مورد بحث، معالجه به معنای واقعی و دقیق کلمه، اتفاق نیفتاده است، بلکه خواندگان، «با آزمایشهایی که از بچه اول و جنین به عمل آوردند»، «عدم ابتلای جنین به بیماری ژنتیک» را تایید و وضع حمل را بلامانع دانسته‌اند. این اقدامات را نمیتوان معالجه دانست اما این سخن، به معنای عدم مسئولیت خواندگان نیست؛ در واقع، مبنای مسئولیت این دو را باید در جای دیگری جستجو کرد: قاعده غرور. به موجب این قاعده، اگر از شخصی اعمالی سر بزند که دیگری را دچار توهم یا اشتباه نسبت به موضوعی کند چنان که او به دلیل این اشتباه به آن عمل دست زند، در این موارد، شخص مغرور می‌تواند برای خسارتی که دیده به شخص غار رجوع کرده و آن چه را از دست داده مطالبه نماید. در این حالت، تفاوتی بین علم و جهل

غائر وجود ندارد، اما مغرور تنها در صورت ناآگاهی به واقعیت امر، امکان رجوع دارد^۱ (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۶۹/۱). در فقه نیز، در فرضی که پزشک بیمار را در خبرگی و دانش خویش مغرور کرده و به بیمار، توصیه‌ای بکند و بیمار نیز، به پیشنهاد پزشک عمل کند به استناد قاعده غرور، طبیب را مسئول دانسته‌اند (وحید خراسانی، بیتا: ۳/۲۹۵). در این پرونده نیز، به نظر می‌رسد موضوع از مصادیق قاعده غرور است، چرا که از اطلاعات موجود در دادنامه، اینطور برمی‌آید که خواندگان، با وجود اینکه تخصص لازم را نداشته‌اند، خود را متخصص نشان داده‌اند و با تکیه بر همین تخصص نداشته، دو گزاره جدی در اختیار خواهان‌ها قرار داده‌اند: نخست اینکه «با آزمایش‌هایی که از بچه‌ی اول به عمل آمده احتمال ابتلا به بیماری بچه دوم کمتر می‌باشد» و دوم این که «آزمایش‌های انجام‌شده به خارج از کشور ارسال گردیده و همگی گویای عدم ابتلای جنین به بیماری ژنتیک می‌باشد». بر مبنای همین دو گزاره نیز، بارداری و سپس وضع حمل را به خواهان‌ها توصیه کرده‌اند، این در حالی است که پس از وضع حمل روشن گردید که فرزند دوم نیز به همان بیماری ژنتیکی فرزند نخست مبتلا می‌باشد. بدین ترتیب، خواندگان چنان رفتار کرده‌اند که خواهان‌ها به اتکای ظاهر فراهم‌آورده توسط ایشان فریب خورده و متناسب با توصیه آنها عمل کرده‌اند. دادگاه نیز، بنا به ظاهر به همین مبنا نظر داشته است، چنان که در بخشی از رای خویش می‌نویسد: «با توجه به اینکه خواندگان فاقد مدرک معتبر بوده و خواهانها را اغوا نموده‌اند...». بنابراین، مستند مسئولیت خواندگان در این پرونده، قواعد عام مسئولیت مدنی و در راس آن، چنان که گذشت، قاعده غرور است.

۱. «مثل این که شخصی غذایی در مقابل دیگری گذاشته و او را دعوت به تناول کند و شخص مقابل به تصور این که غذا از مال دعوت کننده است آن را میل کند و بعد معلوم شود غذا مال دیگری بوده و او باید خسارت آنچه را خورده به مالک اصلی بدهد. در این مورد شخص دعوت کننده ولو نمی‌دانسته غذا مال دیگری است ضامن خواهد بود».

در حقیقت در این مورد پزشکان مذکور از رفتار یک پزشک متعارف در انجام وظیفه اطلاع رسانی صحیح و مراقبت از بیمار تجاوز کرده و ایشان را فریب داده‌اند. در نظام حقوقی انگلستان نقض وظیفه مراقبت پزشک در برابر بیمار بی احتیاطی محسوب شده و تجاوز از متعارف و دربردارنده مسئولیت است (Goldberg, 2011, p.142). در حقیقت در این کشور در مورد مسئولیت پزشک اثبات تقصیر از طریق تحقق فریب هم لازم نیست، بلکه کافی است ثابت شود از رفتار متعارف تخطی شده است. گرچه فریب از مصادیق بارز تقصیر است. امروزه زیان دیدگان و عموم جامعه نمیتوانند بپذیرند که یک اقدام پزشکی برای درمان و مداوا منجر به مرگ، معلولیت یا نقص عضو بشود؛ به خصوص در مواردی که قابلیت پیشگیری وجود دارد (Munoz-Perez, and Thouvenin 1994, p.73).

بند دوم: ارکان مسئولیت خواندگان

اگر بخواهیم بر مبنای قواعد خاص ناظر بر مسئولیت مدنی پزشکان (ماده ۴۹۵ ق.م.ا)، درباره این پرونده داوری کنیم، باید درباره تقصیر یا عدم تقصیر خواندگان صحبت کنیم: تقصیر را تجاوز از رفتار متعارف تعریف کرده‌اند (صفایی و رحیمی: ۱۳۹۹: ۶۹) فقدان دانش و مهارت کافی، عدم رعایت نظامات دولتی یا عدم رعایت ایمنی از معیارهای احراز تقصیر پزشک است. به بیان دیگر، متعارف بودن را بر اساس رفتار هر پزشک در شرایطی که او در آن قرار داشته است، می‌سنجند و بر خلاف آن چه که تحت عنوان تقصیر اجتماعی در ارزیابی تقصیر مشهور است، تقصیر پزشک را نسبی می‌دانند. (حاجی نوری، ۱۳۹۴: ۹) دخالت میزان تخصص پزشک، اوضاع و احوال حاکم بر مداوا، وضعیت اقتصادی و اجتماعی و علمی محل درمان، زمان مداوا و دیگر عوامل می‌توانند معیار تقصیر پزشک را از نوعی بودن به طرف شخصی شدن سوق دهند و به تعبیری، تقصیر نوعی مطلق تبدیل به تقصیر نوعی نسبی شود، چراکه بر خلاف تقصیر در اعمال غیر حرفه‌ای که ملاک آن

رفتار انسان متعارف است، در تقصیر پزشک، ملاک تشخیص، رفتار پزشک متعارف در طبقه مشابه و درجه تخصص مشابه خوانده است (حاجی نوری، ۱۳۹۴: ۳۱-۳۲). دادن اطلاعات کافی به بیمار یا ولی او در خصوص درمان و خطرات ممکن از ضوابط رفتار متعارف است و اگر پزشکی بر خلاف وظیفه چنین عمل نکند، مرتکب تقصیر شده است (فاضل لنگرانی، ۱۴۲۷: ۱۲۰).^۱

چنان که گفته شد مبنای مسئولیت مدنی در حوزه خسارات بدنی در حقوق غرب در حال تحول است و دیگر تقصیر جایگاه و حتی مفهوم سابق را ندارد. برای مثال در حقوق انگلستان هر جا خسارت ناظر به صدمه جسمانی باشد مسئولیت بدون تقصیر حاکم است. (جواهرکلام، ۱۴۰۱: ۱۶۰ و ۱۶۱) مسئولیت مدنی کادر پزشکی در سیستم قضایی فرانسه مبتنی بر تقصیر است لیکن مبنای به سرعت در حال تحول بوده و ارزیابی‌ها بر اساس اصول کلی انجام می‌شود. از جمله تقصیراتی که منجر به مسئولیت می‌شود، تقصیر در تشخیص و اشتباه در تشخیص می‌شود. و اساساً تقصیر نیز خود به عدم رعایت رفتار متعارف و نظامات اطلاق می‌شود.

با این حال در نظام حقوقی ما نقش تقصیر همچنان پررنگ است. در پرونده مورد مطالعه، خواندگان دعوا فاقد تخصص و مهارت لازم بودند و اطلاعات کامل و دقیق را در اختیار خواهان‌ها قرار نداده‌اند. به همین جهت تقصیر خواندگان محرز است. به علاوه، بر اساس علم پزشکی امکان تشخیص بیماری پیش از ولوج روح وجود داشته و خواندگان در

۱. «... اگر پزشک معالج دانست (میدانست) که اطلاع او به والدین چه بسا باعث شود که آنان اقدام به سقط جنین کنند، هر چند احتمال هم دارد که برای درمان و بهبودی جنین نیز اقدام کنند، در چنین موردی پزشک می‌تواند آنان را از حالت فرزندشان با خبر سازد و اگر والدین بعد از اطلاع یافتن مرتکب سقط جنین بشوند، خودشان مسئول خواهند بود». «اگر پزشک تشخیص دهد با داروهای مسکن قوی، می‌توان زن باردار را که از درد خود رنج می‌برد، تسکین داد ولی احتمال می‌دهد که این داروها بر جنین تأثیر منفی - هرچند در آینده - بگذارد، در چنین صورتی پزشک می‌تواند دارو را برای بیمار تجویز کند ولی باید او را از عوارض و پیامدهای احتمالی با خبر سازد تا زن، خود در مورد استفاده از دارو تصمیم گیرد».

تشخیص و اعلام این امر سهل‌انگاری نمودند که این هم، مصداق تقصیر است. در نظریات کارشناسی پزشکی پزشکی قانونی که در رای به آن اشاره شده است نیز تقصیر خواندگان مورد تصریح قرار گرفته است: «در کمیسیون بدوی و تجدیدنظر پزشکی قانونی تقصیر خواندگان احراز گردیده و کمیسیون ۵ نفره پزشکی قانونی در نامه‌ای به شماره ۹۴/۲۸/۳۳/۱ مورخ ۹۴/۲/۲۱ به صراحت اعلام می‌نماید آقای م.ه. که آزمایش فرزند اول را انجام داده و بر این اساس به والدین مجوز بارداری داده است به میزان پنجاه درصد و آقای ا.آ که پزشک عمومی فاقد مدرک تایید شده بوده و بدون مجوز فعالیت در زمینه ژنتیک میکرده به میزان بیست و پنج درصد در خسارت وارده مقصر می‌باشد». بنابراین به نظر می‌رسد فعل خواندگان این پرونده تقصیر بوده و رکن فعل زیانبار حاصل است. با این حال، آنچه گفته شد، با اتکا به فرضی است که مسئولیت خواندگان بر مبنای ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی تحلیل شود، اما با توجه به آنچه در مبحث مبنای مسئولیت گفته شد، در این پرونده، مسئولیت خواندگان بر مبنای قاعده غرور استوار است. بر اساس این قاعده نیز، همین اندازه که شخص، دیگری را به وجود یا عدم وجود امری (در این پرونده، سلامت فرزند دوم) فریب بدهد، برای مسئولیت او کافی است البته به شرط اینکه فریب‌خورده از واقعیت امر، آگاه نباشد. با توجه به این نکته و با توجه به اینکه عنصر فریب دادن و فریب خوردن از دو سوی خواندگان و خواهان‌ها محرز است، تردیدی در مسئولیت خواندگان در برابر خواهان‌ها باقی نمی‌ماند.

درباره رکن دیگر مسئولیت مدنی یعنی زیان نیز، به نظر میرسد هرچند داشتن فرزند، موهبتی شیرین است، اما ابتلای فرزند به بیماری صعب‌العلاج، نمی‌گذارد مزه این شیرینی تجربه شود. خواندگان نیز، دقیقاً بر همین مبنا مسئول هستند: خانم ص.س. به توصیه خواندگان، باردار شد؛ بدین ترتیب، خواهان‌ها به توصیه خواندگان و بی‌آنکه خود با خبر باشند، در موقعیت زیان‌دیدگی قرار گرفتند و بر اساس همین توصیه نیز، از فرصت خویش

برای خروج از این موقعیت (یعنی سقط) استفاده نکردند و فرزندی را به دنیا آوردند که همچون فرزند نخست، مبتلا به بیماری می‌باشد. بدیهی است که ابتلای فرزند به بیماری، محصول عملکرد خواندگان نیست؛ اما میان بارداری و عدم استفاده از فرصت سقط با اظهارات خواندگان، رابطه سببیت برقرار است، زیرا اگر خواندگان، اعلام نمی‌کردند که «با آزمایش‌هایی که از بچه‌ی اول به عمل آمده احتمال ابتلا به بیماری بچه دوم کمتر می‌باشد»، خانم ص.س. باردار نمی‌شد و اگر خواندگان اظهار نمی‌کردند که «آزمایش‌های انجام شده به خارج از کشور ارسال گردیده و همگی گویای عدم ابتلای جنین به بیماری ژنتیک می‌باشد و وضع حمل بلامانع است»، خواندگان از فرصت خویش برای سقط استفاده می‌کردند و چنین کودکی را به دنیا نمی‌آوردند. دادگاه نیز، به همین نکته توجه داشته و در بخشی از رای خویش می‌نویسد: «رابطه سببیت همان گونه که در فقه بیان شده و اساتید حقوق نیز عنوان نموده اند رابطه‌ای مادی نمی‌باشد و یک رابطه عرفی می‌باشد که در این پرونده این رابطه محرز و مسلم است چراکه اگر قصور خواندگان واقع نمی‌شد این اتفاق واقع نمی‌گردید». بدین ترتیب، خواندگان، خواهان‌ها را از فرصت سقط جنین محروم کرده اند و دقیقاً به همین دلیل، در برابر زیان‌های ناشی از سلب این فرصت مسئول خواهند بود.

در اینجا، باید یادآور شد که از دست دادن فرصت، می‌تواند ناظر به از دست دادن فرصت تحصیل منفعت یا اجتناب از ضرر آینده باشد. در پرونده پیش‌رو، خواهان‌ها نتوانسته‌اند از فرصت خویش برای اجتناب از ضرر آینده (به دنیا آمدن فرزند بیمار) استفاده کنند. درباره مسئولیت خوانده در برابر از دست دادن فرصت زیان‌دیده برای اجتناب از زیان، تردید اصلی به احتمالی بودن فرصت خواهان بازمی‌گردد: برای نمونه، فرض کنیم که پزشکی به موقع در اتاق عمل حاضر نشده و از آخرین فرصت بیمار برای معالجه استفاده نکرده یا وکیلی به موقع، دادخواست تجدیدنظرخواهی را نداده، از کجا معلوم که اگر پزشک به

موقع، در اتاق عمل حاضر می‌شد یا وکیل به موقع، دادخواست تجدیدنظرخواهی را ارائه می‌داد، بیمار درمان می‌شد و یا رای توسط دادگاه تجدیدنظر نقض می‌شد؟ همین احتمال و عدم قطعیت است که سبب می‌شود خواننده را در برابر از دست رفتن فرصت خواهان مسئول شناسیم. در این پرونده نیز، می‌توان گفت که از کجا معلوم که اگر خواندگان، خواهان‌ها را از ابتدای جنین به بیماری آگاه می‌کردند، آنها از این فرصت استفاده کرده و گزینه سقط را انتخاب می‌کردند؟ با این حال، حقیقت این است که ماجرای پرونده پیش‌رو، با ماجرای پزشکی که به هنگام در اتاق عمل حاضر نمی‌شود یا وکیلی که دادخواست تجدیدنظرخواهی نمی‌دهد، متفاوت است: در این دو پرونده، حتی اگر پزشک و وکیل به تعهد خویش عمل می‌کردند هم، وقوع نتیجه (درمان شدن بیمار یا نقض رای در مرحله بالاتر) به چیزی فراتر از اقدام پزشک و وکیل بستگی داشت: در واقع، تنها انجام عمل جراحی یا صرف ارائه دادخواست تجدیدنظر برای درمان شدن یا نقض رای کافی نیست: در مورد پزشک، عوامل دیگری همچون پیشرفت بیماری، ابزارهای درمان و توان خود بیمار و در مورد نقض رای، میزان استواری رای دادگاه نخستین، دفاعیات احتمالی طرف مقابل و رویکرد دادگاه تجدیدنظر تأثیرگذار هستند و همین سبب می‌شود که نتوان به آسانی همه چیز را به پای عدم اقدام پزشک و وکیل گذاشت اما در پرونده پیش‌رو، همه چیز به اراده خواهان‌ها مرتبط بود: آنها از لحاظ قانونی، فرصت سقط را داشته‌اند، بنابراین، کافی بود که گزینه سقط را انتخاب می‌کردند. در واقع، برای تحقق سقط، به چیزی فراتر از اراده اینان نیاز نبود. تنها ممکن است که بر سر اراده خود والدین نیز تردید شود، یعنی گفته شود که از کجا معلوم در صورتیکه خواهان‌ها از بیماری جنین آگاه می‌شدند، اقدام به سقط می‌کردند؟ شاید خواهان‌ها «ارزش پدر و مادر بودن» را ترجیح داده و زحمت نگهداری از این فرزند را بر نبود او امتیاز می‌دادند. با این حال، حقیقت این است که انسان متعارف که قاعدتاً خواهان‌ها نیز، از همین جنس هستند، چنین رفتار نمی‌کند: انسان متعارف، در جهان کنونی، از دانش بشری استفاده کرده و همه چیز را به حساب تقدیر نمی‌گذارد، او از

توانایی‌های علمی استفاده کرده و برای همین، «چگونه بودن» را بر «صرف بودن» ترجیح می‌دهد. انسان متعارف، اصرار بر تولد کودک بیمار و پذیرش مرارت‌های نگهداری از او را خودخواهی می‌بیند نه فداکاری. برای همین، آن را تقدیس نمی‌کند، بلکه بر عکس، رنج کودک و زندگی دشوار او را دیده و حق او بر نبودن را بر حق خود برای پدر و مادر شدن ترجیح می‌دهد، به ویژه آنکه با نبودن چنین کودکی، منابع اقتصادی جامعه نیز به هدر نمی‌رود. با توجه به این الگو، رفتار خواهان‌ها را باید در چارچوب رفتار انسان متعارف دید و ارزیابی کرد: به خصوص آنکه رفتار عملی خواهان‌ها یعنی مراجعه به پزشک برای اطمینان از عدم بیماری جنین نیز گواه همین امر است که آنها پدر و مادر شدن را به هر قیمتی انتخاب نمی‌کردند. رفتار بعدی خواهان‌ها یعنی طرح دعوا علیه خواندگان نیز، موید همین رویکرد است. یقین به وجود چنین رویکردی در خواهان‌ها را می‌توان به گذشته سرایت داد و رفتار احتمالی و فرضی آنها را بر اساس همین رویکرد تفسیر کرد، به ویژه آنکه فرزند نخست آنها نیز، همین بیماری را دارد و آنها با دشواری‌های نگهداری از چنین کودکی آشنا هستند. در حقیقت وقتی در قوانین اجازه سقط با شرایطی پذیرفته شده این بدان معنی است که قانون‌گذار حق والدین در دانستن و آگاهی به سبب سقط و سپس اعمال آن را به رسمیت شناخته است. در اعمال این حق پزشکان نیز مکلفند در مراجعه والدین اطلاعات و آگاهی لازم را به ایشان بدهند و در این رابطه مسئولیت دارند و عدم اجرای این وظیفه نقض تعهد بوده و مسئولیت نقض کننده را به دنبال دارد. (ایزانلو و افشارقوچانی، ۱۳۹۰: ۷۵ و ۹۱) بنابراین وقتی قانون در مواردی اجازه سقط به والدین را می‌دهد باید از این حق حمایت نیز صورت بگیرد و نقض آن باید ضمان آور و قابل جبران تلقی گردد (افشارقوچانی و ایزانلو، ۱۳۹۳: ۳۳)

بند سوم: آثار مسئولیت خواندگان؛ روش ارزیابی و جبران زیان

گفتیم که میان رفتار خواندگان با تولد فرزند بیمار رابطه سببیت برقرار است: اگر خواندگان سلامتی فرزند دوم را تصدیق نمی‌کردند، خواهان‌ها گزینه بارداری و سپس، عدم سقط را انتخاب نمی‌کردند. بدین ترتیب، اگر خواندگان چنین نمی‌کردند، این فرزند متولد نمی‌شد. در نتیجه، خواندگان به خاطر از بین بردن فرصت سقط جنین مسئول می‌باشند، برای همین هم، در خصوص آثار مرتبط با وجود این فرزند، مسئول هستند. برخی از این آثار، جنبه مالی دارند، چرا که وقتی نوزاد بیماری متولد می‌شود، بی‌شک هزینه‌های نگهداری و درمان او متفاوت با کودکان سالم خواهد بود و در نتیجه بار مالی شدیدتری بر والدین وارد می‌شود. (بادینی و حسینی، ۱۴۰۰: ۲۰۳؛ حسینی و بادینی، ۱۳۹۸: ۱۵۰) در درمان و کنترل این بیماری، علاوه بر هزینه‌های پزشکی و درمانی به دستگاه‌های کمک تنفسی، ابزارهای حمایتی نظیر آتل یا بریس، ویلچر یا واکر، فیزیوتراپی و کاردمانی و... نیاز است که هر یک به معنای هزینه بیشتر است.

قابل توجه است در بسیاری از نظام‌های حقوقی در جبران زیان‌های مالی که از صدمه بدنی حاصل می‌شود تردید نمی‌کنند. برای مثال در فرانسه اصل جبران کامل خسارت در زیان‌های مالی ناشی از خسارات بدنی با توجه به ماهیت این زیان‌ها که جنبه مالی دارند به راحتی پذیرفته شده است. (جواهرکلام، ۱۴۰۱: ۲۰۰). عبارت دیگر در اثر اشتباهات پزشکی ممکن است صرفاً زیان مالی یا معنوی به فرد وارد شود یا آنکه زیان بدنی هم به وجود آید که خود تبعات مالی و معنوی متعدد دارد که به نظر قابل مطالبه می‌رسد. برای مثال زیان‌های مربوط به هزینه‌های پزشکی (Tinari, & Kucsma, 2010 p.6) و افزایش هزینه‌های زندگی (Markesinis, 2002, p.549) قابل مطالبه هستند. به علاوه خسارت‌های معنوی نیز در نظام‌های حقوقی مختلف مورد پذیرش و قابل ارزیابی و جبران شناخته شده‌اند (Munkman, 1973, p.116).

البته در پرونده مورد نظر جبران خسارت بدنی مطالبه نشده است که به نظر می‌رسد در صورت مطالبه قابلیت ارزیابی و جبران وجود دارد، بلکه والدین کودک بیمار جبران زیان مالی خود را که به واسطه تقصیر پزشک بر ایشان وارد آمده را خواسته اند که به طریق اولی قابل ارزیابی است.

در این پرونده، قاضی برای ارزیابی زیان مادی خواهان‌ها در نگهداری فرزند بیمار، موضوع را به کارشناسی ارجاع داده و کارشناس منتخب، «با توجه به اینکه هزینه نگهداری ماهیانه طفل با توجه به تغییر نیازهای مراقبتی و درمانی در سنین مختلف متفاوت خواهد بود و بیماری پیشرفت خواهد نمود و مواد و وسایل با تغییر هر روز قیمت مواجه می‌باشد لذا بر مبنای صدمات جسمی... با یک فرد سالم...» جمعا یکصد و بیست و شش و شش دهم درصد دیه کامل انسان به عنوان خسارت تعیین میکند. هیئت کارشناسی نیز، میزان دیه و ارزش تعلق گرفته را یکصد و پنجاه درصد دیه کامله اعلام کرده‌اند. در نهایت دادگاه نیز بر اساس همین نظریه کارشناسی، یکی از خواندگان را به پرداخت پنجاه و پنج درصد از یکصد و پنجاه درصد دیه کامله و خوانده دوم را به پرداخت مبلغ بیست و پنج درصد از یکصد و پنجاه درصد دیه کامله در حق خواهان‌ها از بابت خسارتهای مادی ناشی از عسر و حرج ایجاد گردیده در حضانت و سرپرستی یک کودک معلول محکوم نمود.

در نظام حقوقی آمریکا گرچه حیات یک فرزند ولو معیوب را برای مادر دوست‌داشتنی دانسته و در پذیرش صرف زیان زندگی و تولد به اشتباه تردید و سخت‌گیری دارند اما در ضرورت جبران زیان‌های مالی و معنوی ناشی از رهنمودهای اشتباه پزشک تردید نمیکنند (Yakren, 2018, p.628) برای مثال در پرونده Keel V. Banach, 624 so.2d 1022 دادگاه این خسارات را با اثبات زیان توسط والدین پذیرفت.

اینکه در این رای، قاضی محترم تلاش نموده خسارتهای مالی والدینی که به دلیل داشتن فرزند بیمار در عسر و حرج قرار گرفته‌اند را مورد حکم قرار دهد بسیار ارزنده است، لیکن

باید توجه داشت که در این پرونده، زیان مربوط به هزینه نگهداری و درمان طفل به صورت یکجا محاسبه و حکم به پرداخت آن داده شده است. در واقع، قاضی به پیشنهاد کارشناس که اعلام داشته: «... هزینه نگهداری ماهیانه طفل با توجه به تغییر نیازهای مراقبتی و درمانی در سنین مختلف متفاوت خواهد بود و بیماری پیشرفت خواهد نمود و مواد و وسایل با تغییر هر روز قیمت مواجه می‌باشد»، از سازوکار پرداخت یکجا استفاده کرده است. گرچه ارزیابی به شکل پرداخت مبلغ یکجا امری متداول است، اما به نظر می‌رسد با توجه به ماهیت زیان و مربوط بودن آن به آینده و نیز ضرورت این هزینه‌ها برای نگهداری تا پایان عمر، شیوه‌های پرداخت تدریجی یا پرداخت به صورت مستمری مناسب‌تر باشد، به ویژه آنکه مستند قانونی مناسب در این خصوص در نظام حقوقی ما وجود دارد. توضیح آنکه بر اساس ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی، دادگاه باید طریقه و کیفیت جبران زیان را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین کند و ضمناً در صورت تجویز قانون یا دادن تامین مناسب از سوی خوانده امکان جبران خسارت به صورت مستمری نیز ممکن است. همچنین، ماده ۵ این قانون در صورت ورود صدمات بدنی، امکان صدور حکم به مستمری توسط دادگاه را پذیرفته است. در شیوه پرداخت تدریجی یا مستمری ضمن آنکه خسارات زیان‌دیده جبران می‌شود، عامل زیان هم ناچار به پرداخت مبلغی یکجا نخواهد بود. در این صورت، زیان‌دیده درآمدی شناور برای مدت احتیاج خود خواهد داشت. امکان تغییر رقم این مستمری با توجه به تورم موجود، انطباق غرامت با خسارت را نیز بیشتر می‌کند (حسینی و بادینی، ۱۳۹۸: ۱۴۷). به علاوه، این روش‌ها از هدررفت مبلغ توسط والدین پیشگیری می‌کند.

به هر روی، دادرس در این پرونده از روش پرداخت یک باره استفاده میکند و مبنای محاسبه میزان غرامت را دیه قرار می‌دهد،^۱ در حالی که در نظام حقوقی ما دیه در مقابل صدمات بدنی قرار گرفته اما آنچه در این پرونده به عنوان خسارت مطالبه شده، جبران صدمه بدنی نیست بلکه جبران خسارت‌های مالی و غیرمالی است. بنابراین، به نظر می‌رسد در نظر گرفتن دیه به عنوان مبنای ارزیابی صحیح نباشد. به علاوه، اگر دیه مبنای ارزیابی قرار گرفته، جای این پرسش است که چرا عددی بیشتر از دیه کامل (یعنی یکصد و بیست و شش و شش و شش دهم درصد دیه کامل انسان مطابق نظر کارشناس و یکصد و پنجاه درصد دیه کامل مطابق نظر هیئت کارشناسی) به عنوان غرامت در نظر گرفته شده است؟ اعداد پیش گفته بر اساس چه ضابطه‌ای معین شده است؟ ممکن است کارشناس محترم در نظریه خویش، به چرایی این تفاوت پرداخته باشد اما از آنجا که در رای صادره به چگونگی محاسبه اشاره‌ای نشده است، خوانندگان رای از دانستن آن محروم می‌شوند. بر همین اساس، نقد دیگری که نسبت به بسیاری از دادنامه‌های صادره در حوزه خسارات و از جمله این دادنامه وارد است، عدم تصریح جزئیات مربوط به نحوه محاسبه خسارت و عواملی که در مرحله ارزیابی مدنظر قرار گرفته، می‌باشد. در نظام کامن‌لا اصولاً روش انتخابی برای محاسبه خسارت عدم‌النفع و عواملی که در ارزیابی توسط کارشناس یا قاضی مدنظر قرار گرفته است به صراحت و به عنوان مستند رای ذکر می‌گردد (Tomlin, 2006, p.302). ذکر آن علاوه بر اینکه باعث غنیت شدن ادبیات حقوقی و آشنایی بیشتر با روش‌های مختلف ارزیابی موجود در یک نظام حقوقی می‌گردد امکان بررسی و تحلیل منتقدان و پژوهشگران را در مورد عواملی که در ارزیابی موثر و ضروری هست، فراهم

۱ در موردی مشابه با پرونده پیش‌رو نیز، قاضی از دیه به عنوان معیاری برای جبران زیان‌های مالی و معنوی استفاده می‌کند. ر.ک. به: دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۶۱۰۰۲۹ به تاریخ ۱۳۹۱/۱/۷ صادر شده از سوی شعبه ۱ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران مندرج در پرونده کلاسه ۸۷۰۹۹۸۰۲۲۶۱۰۱۲۹۷. برای تحلیل این پرونده، ر.ک. به: میرشکاری، ۱۴۰۱: ۴۷.

می‌آورد. این در حالی است که در نظام حقوقی ایران، بخش‌های محاسباتی، کلاً به کارشناسان ارجاع می‌شود و حداکثر چیزی که در رای تصریح می‌گردد صرفاً مبلغ نهایی ارزیابی شده یا عوامل کلی در نظر گرفته شده است.

نکته دیگر آنکه در رای دادگاه آمده است یکی از خواندگان به پرداخت ۵۵ درصد از صد و پنجاه درصد دیه کامله و خوانده دیگر به پرداخت ۲۵ درصد از میزان مذکور محکوم می‌شود. قاضی محترم نیز، با پیروی از نظر کارشناسان، حکم به پرداخت تنها ۸۰ درصد از خسارت وارد آمده، داده است، بدین ترتیب، جبران ۲۰ درصد باقی‌مانده، بر عهده خود خواهان‌ها قرار داده شده است. این در حالی است که دلیلی برای تقبل مسئولیت از سوی خواهان‌ها وجود ندارد. در واقع، با توجه به پذیرش اصل ورود زیان توسط قاضی و احراز رابطه سببیت بین تقصیر خواندگان و زیان وارد بر خواهان‌ها و صدور رای مبتنی بر نظریه کارشناسی و فقدان سبب دیگر در این پرونده (از قبیل ثالث و خود زیان دیده) و نیز نظر به اصل جبران کامل خسارات معلوم نیست چرا همه خسارت وارده به خواهان‌ها، مورد حکم واقع نشده است. افزون بر این، دادگاه به پیروی از نظریه پزشکی قانونی، غرامت را به میزان تقصیر خواندگان، تقسیم کرده است، حال، جای این پرسش است که آیا تقسیم مسئولیت، بر این اساس، با نظام حقوقی ما سازگار است یا خیر؟ در نظام حقوقی ما برای تقسیم مسئولیت سه معیار تقسیم به تساوی، تقسیم بر اساس درجه تقصیر و تقسیم بر مبنای شدت عمل وجود دارد (صفایی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۴۷). به نظر می‌رسد در نظام حقوقی ایران، معیار تساوی، قاعده تقسیم مسئولیت است (کاظمی، ۱۳۹۳: ۷۱). بر اساس این نظر، همه عواملی که در ورود زیان نقش داشته‌اند، به اندازه مساوی مسئول خواهند بود صرف‌نظر از آنکه چه اندازه مرتکب تقصیر شده‌اند. ماده ۵۳۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز همین راه‌حل را تأیید کرده است؛ در این ماده می‌خوانیم: «هرگاه دو یا چند نفر به نحو شرکت سبب وقوع جنایت یا خسارتی بر دیگری گردند به طوری که آن

جنایت یا خسارت به هر دو یا همگی مستند باشد، به طور مساوی ضامن می‌باشند». بنابراین، کافی است که زیان حاصله به عاملین زیان منتسب باشد؛ در این صورت، میزان تقصیر آن‌ها تأثیری ندارد. این حکم در ماده ۴۵۳ همین قانون تکرار شده است. براساس این ماده، «هرگاه دو یا چند نفر به نحو اشتراك مرتکب جنایت موجب دیه گردند، حسب مورد هر یک از شرکا یا عاقله آنها به طور مساوی مکلف به پرداخت دیه است».

با این حال، در بعضی از قوانین، تقسیم مسئولیت بر مبنای تقصیر پذیرفته شده (ماده ۱۶۵ قانون دریایی^۱ و ماده ۱۶ قانون بیمه اجباری خسارات وارد شده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه^۲) و در رویه قضایی نیز، گاه از اندازه تقصیر برای تقسیم مسئولیت استفاده می‌شود (مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، ۱۳۹۱: ۷۹۴)،^۳ اما جدا از آنکه اثبات میزان تقصیر به آسانی امکان‌پذیر نیست و معمولاً،

۱. «اگر دو یا چند کشتی مرتکب خطا شوند مسئولیت هر یک از کشتی‌ها متناسب با اهمیت تقصیری است که از آن کشتی سر زده است. معذک اگر تشخیص اهمیت تقصیر یا شواهد و قرائن ممکن نباشد و یا تقصیر طرفین به نظر یکسان برسد طرفین به نسبت متساوی مسئول خواهند بود».

۲. «چنانچه به حکم مرجع قضائی اثبات شود، عواملی نظیر نقص راه، نبودن یا نقص علائم رانندگی و نقص تجهیزات مربوط یا عیب ذاتی وسیله نقلیه، یا ایجاد مانع توسط دستگاه‌های اجرائی یا هر شخص حقیقی یا حقوقی دیگر در وقوع حادثه مؤثر بوده است، بیمه‌گر و صندوق پس از پرداخت خسارت زیان‌دیده می‌تواند برای باز یافت به نسبت درجه تقصیر که درصد آن در حکم دادگاه مشخص می‌شود به مسببان ذی‌ربط مراجعه کند».

۳. برای نمونه، به دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۱۲۲۲۷ به تاریخ ۱۳۹۱/۹/۱۲ صادره از سوی شعبه ۳۱ دیوان عدالت اداری توجه کنید: «ملاحظه می‌گردد شاکی... به طرفیت شهرداری شهرستان گچساران (دوگنبدان) به خواسته تقاضای تصدیق ورود خسارت، اعلام شکایت نموده است. خوانده وفق لایحه مثبت به شماره... مرقوم داشته: علت عمده ورود خسارت به منزل خواهان، عدم رعایت مقررات فنی و اصول استاندارد در ساخت منزل از جمله عدم رعایت عایق کاری و زهکشی مناسب توسط خود مالک بوده است که با عنایت به محتویات پرونده و پاسخ واصله، نظر به اینکه طبق نظریه کارشناسی موجود در پرونده ۳۰٪ از خسارت وارده به منزل شاکی ناشی از تزلزل و کوتاهی و قصور شهرداری در رابطه با پسمانده فاضلاب از کانال (جدول) می‌باشد که کانال فوق جوابگوی جمع‌آوری آب‌های سطحی نمی‌باشد و همین موضوع باعث نفوذ آب به ساختمان شاکی شده است؛ لذا شکایت شاکی را مبنی بر تصدیق ورود خسارت از طرف خوانده به میزان ۳۰ درصد موجه تشخیص و حکم به ورود آن صادر می‌گردد. رأی مذکور وفق ماده ۷ قانون دیوان عدالت اداری قطعی است». در دادنامه شماره ۱۱۰۷ به تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۳ صادره

به سلیقه کارشناسی که موضوع به وی ارجاع شده است، بستگی دارد، این شیوه تقسیم، با ایراد دیگری نیز روبه‌رو است: «مسئولیت مدنی، مجازات تقصیر نیست بلکه هدف از آن، جبران خسارت زیان‌دیده است». برای همین، قاعدتا هرکس باید به میزان زبانی که وارد آورده، مسئول باشد اگرچه تقصیر سنگین‌تر یا سبک‌تری را مرتکب شده باشد (پیشین، ۱۳۹۹: ۲۲۹).

البته اگر دخالت یکی از عاملین زیان به حدی ضعیف باشد که نتوان زیان وارده را به او نسبت داد، نمیتوان پایبند حکم مذکور در ماده ۵۳۳ ماند، چنانکه در ماده ۵۳۱ قانون مجازات اسلامی چنین می‌خوانیم: «در موارد برخورد هرگاه حادثه به یکی از طرفین مستند باشد مثل اینکه حرکت یکی از طرفین به قدری ضعیف باشد که اثری بر آن مترتب نگردد، تنها درباره طرفی که حادثه مستند به او است، ضمان ثابت است». با این حال، در فرضی که عوامل ورود زیان، نقش متفاوتی در ورود زیان داشته‌اند، اعمال نظریه برابری بر خلاف عدالت به نظر می‌رسد. بر همین اساس، شاید توجه به تأثیر رفتار افراد منطقی‌تر باشد. در نتیجه، باید اصل را بر برابری عوامل ورود زیان گذاشت مگر آنکه اثبات شود این عوامل،

از سوی شعبه ۱۰۷ دادگاه عمومی تهران نیز، از همین رویکرد استفاده شده است: «در خصوص دعوای آقای ح.ر. به طرفیت شهرداری تهران به خواسته مطالبه مبلغ... ریال بابت خسارت ناشی از تصادف خودرو بدین شرح که خواهان مالک یک دستگاه خودرو می‌باشد که در تاریخ... در خیابان... در حال حرکت بوده است که خودروی وی با موانع ایجاد شده در خیابان برخورد و به خودروی وی... خسارت وارد شده است و به لحاظ اینکه رعایت اصول ایمنی از سوی خواننده صورت نگرفته و کارشناس رسمی دادگستری پنجاه درصد تقصیر را متوجه خواننده دانسته است... دادگاه با توجه به دادخواست تقدیمی خواهان و نظریه کارشناس رسمی دادگستری مبنی بر اینکه پنجاه درصد تقصیر به لحاظ عدم رعایت نظامات دولتی و نقض مفاد ماده ۲۱۲ آیین‌نامه راجع به مسئولیت ایمن‌سازی بر عهده خواننده بوده است... لذا این دادگاه دعوای خواهان را به طرفیت خواننده وارد و محمول به صحت تشخیص... حکم به محکومیت خواننده... می‌دهد». با تجدیدنظرخواهی خواننده، شعبه پانزده دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه ۱۶۸۳ به تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۷ دادنامه پیش‌گفته را تایید می‌کند. در بخشی از دادنامه این دادگاه چنین آمده است: «متولی انجام عملیات عمرانی در سطح شهر، شهرداری است و سپردن عملیات مذکور به شرکت‌های پیمانکاری رافع مسئولیت شهرداری نسبت به شهروندان نیست و اگر قصور از ناحیه پیمانکاران در ارتباط با شهرداری صورت گرفته باشد، مطابق شرایط قرارداد، پاسخ‌گو به شهرداری خواهد بود که منصرف از موضوع پرونده است».

تأثیر متفاوتی در ورود زیان داشته‌اند. ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی نیز، همین راه حل را انتخاب کرده است: «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد به طور مساوی ضامن می‌باشند مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند». بر این اساس، اگرچه در ابتدا اصل بر برابری گذاشته می‌شود، در نهایت، باید مسئولیت هر یک از عوامل را به میزانی که در ورود زیان مداخله داشته‌اند، تقسیم کرد.^۱ بر این اساس نیز، به نظر می‌رسد در درستی رای مورد بحث، آنجا که مسئولیت را به اندازه تقصیر، تقسیم می‌کند، تردید وجود داشته باشد.

درباره خسارات معنوی به نظر می‌رسد در نظم حقوقی کنونی، تردیدی در امکان جبران زیان معنوی ندارد، به ویژه آنکه در تازه‌ترین نص قانونی، قانون گذار بر قابلیت جبران این نوع از زیان تأکید کرده است. (ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری) با این حال، در روش جبران این زیان، تردیدها و ابهام‌ها فراوان است: در زیان‌های مالی، معادل آنچه از دست رفته خواه مثل باشد یا قیمت، به زیان‌دیده پرداخت می‌شود. در محاسبه قیمت در فرض عدم

۱. «در فرض پرسش که عوامل گوناگونی در وقوع حادثه و ایجاد خسارت دخالت دارند (اجتماع اسباب) هر چند در حقوق ایران رویه‌های متعددی با توجه به قوانین مختلف از جمله تقسیم مسئولیت به طور تساوی وجود دارد، ولی رویه محاکم تقسیم مسئولیت براساس میزان مداخله یا تأثیر عمل، منطقی‌تر و عادلانه‌تر است. لذا اگر ثابت شود که میزان تأثیر عمل یکی، در ورود خسارت بیشتر یا کمتر از عمل دیگری است دادگاه به آن ترتیب اثر می‌دهد و با انتخاب کارشناس میزان تأثیر هریک از اسباب را مشخص و براین مبنا حکم صادر می‌نماید.» نظریه شماره ۷/۱۹۴۲ به تاریخ ۱۳۹۱/۹/۲۶ اداره حقوقی. «فرض سؤال با ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ منطبق است و چون وقوع حادثه مستند به تمام عوامل اشاره شده در استعلام است علی‌الاصول به طور مساوی ضامن می‌باشند و در صورتی که به نظر کارشناسان تأثیر رفتار آنان (مرتکبان) متفاوت باشد هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسئول هستند تشخیص میزان تأثیر با لحاظ نظریه کارشناسان به عهده قاضی رسیدگی کننده است، ضمناً قبل از تصویب قانون یاد شده نیز رویه عملی در این مورد با استفاده از ملاک ذیل ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی (مصوب ۷ اردیبهشت ماه ۱۳۳۹) بر اساس میزان تأثیر جاری بود.» نظریه شماره ۷/۹۳/۱۳۰ به تاریخ ۹۳/۱/۳۱ همان اداره.

وجود مثل یا از مالیت افتادن آن اختلاف‌نظرهایی وجود دارد، لیکن در نهایت برای تعیین قیمت ضابطه‌ای مشخص میشود اما در مورد زیان‌های معنوی، ارزیابی دشوارتر خواهد بود، زیرا چیزی که از بین رفته یا صدمه دیده جنبه مالی ندارد، بلکه احساسات فرد یا سرمایه عاطفی یا معنوی اوست که البته قابل تقویم به پول نمی‌باشد. به همین دلیل برای جبران زیان معنوی و به منظور بازگرداندن زیان‌دیده به وضعیتی که پیش از وقوع زیان داشته، از طرق غیرمالی نظیر عذرخواهی، الزام به درج حکم قضایی در جراید، حکم به خسارت نمادین و... استفاده می‌شود. با این حال، گاه شدت زیان به گونه‌ای است که وجدان آدمی، اکتفا به این روش‌ها را شایسته نمی‌بیند. در این موارد، تلاش می‌شود با استفاده از سازوکار پرداخت پول، در مسیر جبران زیان زیان‌دیده قدم برداشته شود. دادگاه نیز، به این حقیقت توجه داشته، چنانکه در بخشی از رای خویش می‌نویسد: «دادگاه اعتقاد داشته که شان یک چیز را باید با اثری که از آن به دست می‌آید مورد سنجش قرار داد، ممکن است در صورتیکه توهینی واقع گردد با یک پوزش جبران خسارت به عمل آید اما از خسارت روحی یک پدر و مادر از ایجاد یک فرزند معلول با یک معذرت خواهی و یا امور غیرمادی مورد جبران قرار نمی‌گیرد اگر چه پول نیز جبران کننده نمی‌باشد اما حداقل باعث رفع کمی از تالمها می‌گردد. خواهانها سعی نموده اند که فرزند سالم به دنیا بیاورند و جهت تحقق این امید به پزشک مراجعه نموده اند که در حال حاضر این فرزند را ندارند و به جای آن این فرزند را دارند که معلول است. اگر خواندگان قصور نمی‌کردند و در زمان لازم فرزند سقط می‌گردید این امید به یاس همیشگی تبدیل نمی‌گشت. همچنین به نظر این دادگاه پرداخت یک دیه کامل به صورت بالمناصفه از سوی خواندگان مبلغی است که به عنوان حداقل خسارت معنوی باید از سوی خواندگان پرداخت شود. همچنین این دادگاه تبصره ۲ ماده قانون آیین دادرسی کیفری را مورد لحاظ قرار داده و عنوان می‌نماید به دلیل آنکه موضوع دعوا پرداخت دیه... نبوده بلکه جبران خسارت خواهانها می‌باشد این

تبصره سد راه دادگاه در صدور رای به خسارت معنوی نبود و تنها نحوه سنجش میزان خسارت پرداختی به دیه می‌باشد...».

در این موارد، از این حقیقت، با خبریم که پول بیش از آنکه در مسیر ترمیم زیان دیده باشد، در راستای تسلی خاطر او به کار می‌آید. (میرشکاری و حسینی، ۱۴۰۲) قاضی محترم نیز، به درستی بر ضرورت جبران خسارت ولو در مقام تسلی خاطر زیان دیدگان تاکید نموده و خوشبختانه به دلیل دشواری جبران از پذیرش اصل خسارت شانه خالی نکرده است. در همین مسیر نیز، به درستی تبصره دو ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری را مانع ندانسته اند، زیرا این تبصره جمع دیات و تعزیرات منصوص شرعی با خسارت معنوی را نمی‌پذیرد، این در حالی است که آنچه در این دعوا مطالبه شده، زیان‌های مالی و معنوی است و از دیه، تنها به عنوان مبنایی برای ارزیابی زیان استفاده شده است. به هر روی، دادگاه محترم، برای جبران زیان معنوی خواهان‌ها، هر یک از خواندگان را به پرداخت نصف دیه کامل محکوم می‌کند.

با توجه به این شیوه، جای این پرسش است که چرا باید دیه مبنای ارزیابی اندازه زیان معنوی قرار بگیرد؟ ضابطه بودن دیه در خسارت‌های مالی نیز محل تردید است چه برسد به خسارت‌های معنوی. برای جبران زیان‌های معنوی روش‌های مختلفی وجود دارد و قاضی رسیدگیکننده نظر به اوضاع و احوال قضیه می‌تواند از این روش‌ها استفاده کند. (همان: ۱۴۰۲) به علاوه، دادگاه محترم، این بار بر خلاف خسارت مادی که بخشی از مسئولیت را عملاً بر عهده خود خواهان‌ها گذاشته بود، تمامی مسئولیت را متوجه خواندگان می‌داند. به علاوه، بر خلاف زیان مادی که خواندگان را به اندازه متفاوت، مسئول شناخته بود، در زیان معنوی، هر دو را به یک اندازه و بالمناصفه مسئول می‌شناسد. این در حالی است که قاعدتاً، از لحاظ مسئولیت احتمالی خواهان‌ها و نیز، اندازه مسئولیت خواندگان، تفاوتی میان زیان مادی و معنوی وجود ندارد؛ اگر بر این باوریم که خواهان‌ها

هم در زیان وارده، شریک هستند و بر این باوریم که خواندگان، به میزان متفاوتی مسئول هستند قاعدتا در هر دو نوع زیان، باید یکسان داوری کنیم نه اینکه در یکی، خواهان‌ها را هم مسئول بشناسیم و در دیگری، تمامی مسئولیت را بر عهده خواندگان بگذاریم یا اینکه در یکی، مسئولیت را به صورت متفاوت تقسیم کنیم و در دیگری، به گونه مساوی.

علاوه بر موارد گفته شده پرسش مهمی که در این پرونده مغفول مانده است ترتیب تقسیم غرامت بین زیان‌دیدگان است. اینکه خواندگان به میزان مذکور در رای، مسئولیت پرداخت غرامت را بر عهده داشته باشند یک نکته است و این که چگونه این غرامت می‌باید میان زیان‌دیدگان تقسیم شود، نکته دیگری است. با توجه به سکوت رای و بنا بر قاعده به نظر می‌رسد غرامت باید به تساوی بین زیان‌دیدگان تقسیم شود لیکن به لحاظ فنی به نظر می‌رسد خواهان‌ها هم از لحاظ مالی و هم از لحاظ معنوی به طور مساوی زیان ندیده اند. برای همین، بهتر بود ضابطه و روش تقسیم در رای روشن می‌شد.

نتیجه‌گیری

امروزه، با پیشرفت علم پزشکی تشخیص بیماری‌های جنین پیش از انعقاد نطفه امکان‌پذیر شده است. این امکان، مسئولیت اشخاصی که در مسیر تشخیص زودهنگام بیماری نقشی بر عهده می‌گیرند را برجسته می‌کند: زوجین به اعتماد نظر این اشخاص، درباره فرزندآوری و نیز، سقط یا عدم سقط جنین تصمیم می‌گیرند. در نتیجه، پزشکی که نتواند در حدود دانش بشری و امکانات فنی، به درستی، از عهده مأموریت خویش برآید، در برابر اشخاصی که به وی برای تعیین مسیر سرنوشت خویش رجوع کرده‌اند، مسئولیت خواهد داشت. مسئولیت پزشک در این فرض بر مبنای قاعده غرور قابل تصور خواهد بود. او دیگری/ دیگران را به سلامت جنین مغرور کرده، در نتیجه، اگر نادرستی اظهار او اثبات شود، می‌باید در برابر زیان‌های ناشی از تولد کودک بیمار مسئولیت داشته باشد. بی‌گمان، تولد چنین کودکی، برای والدینش زیان‌های مادی (هزینه نگهداری و احیانا، درمان) و معنوی (ناراحتی و رنج روحی) به دنبال خواهد داشت. اگرچه رویه قضایی کنونی، تمایل دارد تا از دیه به عنوان مبنایی برای جبران این زیان‌ها استفاده کند، با این حال، به نظر می‌رسد اتکاء به دیه، قابل تامل باشد، به ویژه آنکه خود دیه، بر مبنای فرض خسارت بنا شده و در تطابق آن با میزان واقعی خسارت بدنی تردید است، چه برسد به اینکه مبنایی برای جبران زیان‌های مادی و معنوی قرار بگیرد. برای همین، به رویه قضایی پیشنهاد می‌شود در این گونه موارد، هزینه‌های لازم برای نگهداری و درمان کودکانی همانند کودک بیمار محاسبه شده و عامل زیان به پرداخت این هزینه‌ها به صورت مستمر (و نه یک‌باره) محکوم شود. برای جبران زیان معنوی نیز، به نظر می‌رسد قاضی باید با توجه به اوضاع و احوال قضیه، مناسب‌ترین روش برای جبران زیان معنوی را در نظر بگیرد.

منابع و مأخذ

- افشار قوچانی، زهره و ایزانلو، محسن (۱۳۹۳). مطالعه تطبیقی امکان مطالبه زبان ناشی از تولد و زندگی و ارکان مسئولیت در آن. نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، ۵(۱)، ۲۱-۳۵.
<https://doi.org/10.22059/jcl.2014.51526>
- ایزانلو، محسن و افشارقوچانی، زهره (۱۳۹۰). مسئولیت ناشی از صدمه به حق عقیم‌سازی و سقط جنین معلول. فصل نامه حقوق پزشکی، ۱۸، ۷۵-۹۶.
<http://ijmedicallaw.ir/article-1-503-fa.html>
- بادینی، حسن و حسینی، فاطمه سادات (۱۴۰۰). مطالعه تطبیقی ارزیابی خسارت لذات یا مطبوعیت زندگی در صدمات بدنی. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۵۱(۲)، ۲۰۳-۲۱۸.
<https://doi.org/10.22059/jlq.2020.280758.1007207>
- بجنوردی، سید حسن موسوی (۱۴۱۹). الفوائد الفقهية. جلد اول، قم: نشر الهادی.
- جواهرکلام، محمدهادی (۱۴۰۱). مبانی و اصول جبران خسارت بدنی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- حاجی‌نوری، غلام‌رضا (۱۳۹۴). نگرشی تطبیقی بر مفهوم معیار تقصیر پزشک. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۳(۱۱)، ۳۱-۳۲.
- حسینی، فاطمه سادات و بادینی، حسن (۱۳۹۸). ارزیابی خسارت قطع یا کاهش درآمد ناشی از صدمات بدنی. حقوق خصوصی، ۱۶(۱)، ۱۳۳-۱۵۰.
<https://doi.org/10.22059/jolt.2019.279206.1006711>
- صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۹). مسئولیت مدنی، الزامات خارج از قرارداد. تهران: انتشارات سمت.
- صفایی، سید حسین؛ صالحی، سعیده؛ عباسلو، بختیار، و بادینی، حسن، (۱۳۹۷). معیار تقسیم مسئولیت در فرض تعدد اسباب و تحول آن در حقوق ایران. فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۲۳(۸۴)، ۱۴۷-۱۶۴.
- فاضل لنگرانی، محمد (۱۴۲۷). احکام پزشکان و بیماران. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

کاظمی، محمود (۱۳۹۳). معیار تقسیم مسئولیت میان عاملان زیان، در نظام کامنلا و حقوق کشورهای رومی- ژرمنی. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۴۴(۱)، ۶۹-۸۵.
<https://doi.org/10.22059/jlq.2014.50820>
 میرشکاری، عباس و حسینی، فاطمه سادات (۱۴۰۲). مطالعه تطبیقی روش جبران زیان معنوی با تاکید بر رویکرد رویه قضایی ایران. مجله حقوقی دادگستری، ۸۷(۱۲۱)، ۳۷۸-۳۵۱.
<https://doi.org/10.22106/rlj.2022.544179.4557>
 وحید خراسانی، حسین (بی‌تا). منهاج‌الصالحین. جلد سوم، مدرسه الامام باقرالعلوم (ع).

References

- Afshar Gouchani, Z., & Izanlou, M. (2013). A comparative study of the possibility of claiming damages due to birth and life and the elements of responsibility in it. *Journal of Comparative Law Studies*, 5(1), 21-35. <https://doi.org/10.22059/jcl.2014.51526> (in Persian)
- Badini, H., Hosseini, F.S. (2021). A comparative study of the assessment of damage to pleasures or pleasantness of life in physical injuries. *Private Law Studies Quarterly*, 51(2), 203-218. <https://doi.org/10.22059/jlq.2020.280758.1007207> (in Persian)
- Bojnurdi, Seyyed Hasan Mousavi (2000). *Al-Fawad al-Faqih*. The first volume, Qom: Al-Hadi Publishing. (in Persian)
- Fazel Lankarani, M. (2006). The rulings of doctors and patients. Qom: Jurisprudential Center of the infallible Imams (AS). (in Persian)
- Goldberg, R. (2012). Medical Malpractice and Compensation in the UK. *Chi.-Kent L. Rev.*, 87, 131.
- Hajinouri, G. (2014). A comparative view on the concept of the criterion of doctor's fault. *Private Law Research Quarterly*, 3(11), 31-32. (in Persian)
- Hosseini, F.S., & Badini, H. (2019). Assessment of damages for loss of income due to bodily injury. *Private Law*, 16(1), 133-150. <https://doi.org/10.22059/jolt.2019.279206.1006711> (in Persian)
- Izanlou, M., & Afshargochani, Z. (2010). Liability resulting from injury to the right to sterilization and abortion of the disabled. *Journal of Medical*

- Law, 18, 75-96. <http://ijmedicallaw.ir/article-1-503-fa.html>. (in Persian)
- Javaherkalam, M.H. (2021). Basics and principles of bodily injury compensation. Tehran: Publishing Company. (in Persian)
- Kazemi, M. (2014), "Measurement of sharing responsibility among the perpetrators of damage, in the system of Common Law and the laws of the Roman-Germanic countries", *Private Law Studies*, 44(1), 69-85. <https://doi.org/10.22059/jlq.2014.50820>. (in Persian)
- Lambert-Faivre, Y. (2000). *Droit de dommage corporel*, Dalloz, 4th edition.
- Markesinis, B. (2002). *il, Unberathhannes, The German law of torts, a comparative treatise*, Oxford.
- Mirshekari, A., & Hosseini, F.S. (2023). A comparative study of the compensation method for spiritual loss with an emphasis on the approach of Iran's judicial procedure. *Legal Journal of Justice*. https://www.jlj.ir/article_254091.html. (in Persian)
- Munkman, J. (1973). *Damages for personal injuries and death*, London, Butterworth.
- Munoz-Perez, B., & Thouvenin, D. (1994). *La responsabilité civile médicale: des procès très contentieux*. *Infostat Justice*, 35.
- Safai, S.H. Rahimi, H. (2019). *Civil liability, non-contractual requirements*. Tehran: Samit Publications. (in Persian)
- Safai, S.H., Salehi, S., Abbaslu, B., & Badini, H. (2017). Criterion of division of responsibility in the assumption of multiplicity of causes and its evolution in Iranian law. *Judicial Law Perspectives Quarterly*, 23(84), 147-164. (in Persian)
- Tinari, F. D., & Kucsma, K. K. (2010). Assessing economic damages in personal injury and wrongful death litigation: The state of New Jersey. *Journal of Forensic Economics*, 21(2), 219-234.
- Stretton, D. (2005). The birth torts: damages for wrongful birth and wrongful life. *Deakin L. Rev.*, 10, 319.
- Tomlin, J. T., & Merrell, D. R. (2006). The Accuracy and Manipulability of Lost Profits Damages Calculations: Should the Trial of Fact Be Reasonably Certain. *Transactions: Tenn. J. Bus. L.*, 7, 295.

- Vahid Khorasani, H. (a.d.). Minhaj al-Salehin. The third volume, Qom: Al-Imam Baghral Uloom School (A.S.).
- Yakren, S. (2018). Wrongful Birth claims and paradox of parenting a child with a disability. Fordhom Law Review, 87, 583.