

شماره دوم
مرداد ماه ۱۴۰۲

قضا نام



گفتار هایی در باب

گامی
به سوی
عدالت

آرای قضایی

بخشی از آنچه در این شماره می خوانید:

سخن سردبیر، جایگاه و نقش "قاضی" در تحقق مفهوم رویه قضایی

بررسی تطبیقی جایگاه رویه قضایی و ضرورت بررسی آرا قضایی در نظام حقوقی فرانسه و انگلستان

کارامدی رویه قضایی در اعتلاء نظام حقوقی فرانسه با بررسی مصالح و ضرورت ها

مطالبه خسارات مازاد بر دیه در آینه آرای قضایی

چند کلام در باب مسئولیت ناشی از تولید کالای معیوب

مصاحبه با
دکتر جوهری

مدیر کل آموزش
مناهی انسانی قوه قضاییه



شناسنامه اثر

قسط نام - شماره دوم - مرداد ماه ۱۴۰۲



❁ صاحب امتیاز: انجمن علمی دانشگاه علوم قضایی ❁



❁ مدیر مسئول: محمد کریمی ❁ سردبیر: امیر حسین زرنگ

❁ مسئول و مدیر اجرایی: آرش وثاقتی جلال



❁ نویسندگان:

امیر حسین بامتی طوسی ، محمد جواد خادم الشریعه ناصری
پوریا دهقانی ، مهدی شیخ‌لر ، محمد عبدلی ، محمد ابراهیم عرب
سجاد فضل الله پور ، محمد حسن کوهستانی ، مهدی مرندی
عمران محمدی خواه ، آرش وثاقتی جلال



❁ ویراستار: مسلم احمد نژاد ، امیر مسعود حاجی محمودی

❁ گرافیکست و صفحه آرا: سجاد خلوصی





دانشگاه علوم قضایی تهران



فهرست

- سخن سردبیر، جایگاه و نقش "قاضی" در تحقق مفهوم رویه قضایی ۱
- جلسات نقد رای دریچه آشنایی و آشتی محافل دانشگاهی با رویه قضایی
(مصاحبه با دکتر جوهری مدیر کل آموزش قوه قضاییه) ۳
- بررسی تطبیقی جایگاه رویه قضایی و ضرورت بررسی آرا قضایی در نظام حقوقی فرانسه و انگلستان ۵
- کارامدی رویه قضایی در اعتلاء نظام حقوقی فرانسه با بررسی مصالح و ضرورت ها ۸
- پاشنه آشیل برنامه ریزی در ایران؛ واکاوی اصلاحات ساختاری برنامه توسعه هفتم ۱۱
- رویه قضایی حاکم بر افزایش خواسته در دعاوی حقوقی ۱۳
- رویه قضایی در اعتراض خارج از موعد نسبت به قرارهای نهایی ۱۵
- آشنایی عملی و شناخت رویه قضایی در پرونده های جرایم مواد مخدر ۱۷
- تحلیل و بررسی دو رای در باب تمایز بنیادین میان عدم النفع و تفویت منفعت
(موضوع اولین جلسه نقد رای برگزار شده در دانشگاه علوم قضایی) ۱۹
- نقد رای در خصوص سلب آزادی های مشروع ۲۴
- مطالبه خسارات مازاد بر دیه در آینه آرای قضایی ۲۷
- چند کلام در باب مسئولیت ناشی از تولید کالای معیوب ۲۹
- شیوه های تضمین حق فروشنده پیش از تسلیم مبیع در بیع بین المللی ۳۲

سخن سردبیر

جایگاه و نقش قاضی در تحقق مفهوم رویه قضایی

امیر حسین زرنگ

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی



ایجاد شود در حالی که باید ارتباط بسیاری میان این دو گروه وجود داشته باشد.

اگر از مسائل و مشکلات صرف نظر نماییم شاید بی راه نباشد که بیان داریم رویه قضایی را دادرسان می آفرینند. بسیاری از حقوقدانان زمانی که می خواهند به رویه قضایی بپردازند اشاره می دارند که رویه قضایی مولفه هایی دارد که یکی از مولفه های اساسی آن را وجود رای می دانند. البته که در این راه، دادرس در مقام دادرسی از قانون و نظریات علما حقوق و عرف و سایر منابع علم حقوق بهره کافی می برد ولی در نهایت دادرس است که رویه قضایی را با صدور رای خلق می نماید.

در خصوص نقش دادرس و چیستی کار او به عنوان یکی از مهم ترین عوامل مادی رویه قضایی تحقیقات کمی صورت گرفته است. بسیاری گمان بر این دارند که دادرس در مقام دادرسی صرفاً از قوه تعقل خویش بهره می برد و در این راه با ابزارهای منطقی که در دست دارد موضوع شناسی می نماید تا بتواند قواعد حقوقی مناسب با هر موضوع را بر آن بار نماید. قاضی به عنوان نماینده رویه قضایی؛ در موضوع شناسی معمولاً از قانونگذار بهتر عمل می نماید با این توضیح که قاضی زمانی که در مقام دادرسی به اختلافات میان مردم می پردازد با عرف رایج میان مردم به طور عینی آشنا می شود و زمانی که می خواهد با فن تطبیق و تفسیر آن ها موضوع حادث شده را با قواعد حقوقی تطبیق دهد و قاعده حقوقی مناسب را بر موضوع حاکم نماید؛ از عهده این مهم بهتر بر می آید و با مسائلی روبرو می شود که قانونگذار هرگز نمی تواند با آن مسائل روبرو گردد. به همین خاطر است که گفته اند قاضی به طور بهتر و کارآمد تری قواعد حقوقی را درک می نماید و قاضی قواعد حقوقی را زنده می نماید. در حالی که قانونگذار به طور ذهنی به^۴ نسبت به موضوعات و مسائل آگاهی دارد. به هر حال قاضی در این راه یعنی فرآیند دادرسی^۵ تفکر می نماید یعنی از زمان آغاز دادرسی تا نهایت دادرسی که قاضی تصمیم خویش را در قالب رای (اعم از حکم و قرار) بیان می دارد سراسر در حال تفکر است برخی گمان دارند که قاضی صرفاً در فرایند دادرسی از قوه تعقل بهره می برد در حالی که عواطف و احساسات قاضی و حتی وجدان شخصی و نوعی او که خارج از

در باب مفهوم و معنای رویه قضایی^۱ و ضرورت و اهمیت آن مطالب بسیاری در قالب کتب و مقالات علمی نگاشته شده است. ما در این نگاشته به دنبال بررسی این مفاهیم نیستیم چرا که قضات و حقوقدانان بسیاری در این باب قلم زده اند. اما برای تقریب ذهن خواننده لازم است به عنوان مقدمه بیان داریم که قانونگذار توانایی پیش بینی همه مناسبات و روابط اجتماعی را در قالب قانون ندارد. حتی بهترین قوانین نیز توانایی شناسایی تمام موضوعات و حوادث را ندارند. قضات در حین رسیدگی با مسائلی مواجه می شوند که با تفسیر آنها و شناختن ماهیت آن مسائل می توانند قواعد حقوقی را بر مناسبات اجتماعی بار نمایند. در اینجا ضرورت وجود مفهومی تحت عنوان رویه قضایی مشخص می گردد. اما سوال مطرح می شود که به راستی رویه قضایی چیست؟ در تعریفی می توان بیان داشت که رویه قضایی عبارت است از قواعدی که از تصمیمات محاکم به دست می آید. تصمیمات هر دادگاه در قالب رای (حکم و قرار) اعلام می شود. به عبارتی دیگر می توان گفت که آرا صادره از سوی محاکم، رویه قضایی می باشد. رویه قضایی در دو معنای عام و خاص به کار می رود. آنچه گفته شد رویه قضایی در معنای عام می باشد. در مقابل این معنا رویه قضایی در معنای خاص را داریم که عبارت است از آرای نوعی و کلی که هیات عمومی دیوان عالی کشور در مقام رفع تعارض از آرای محاکم صادر می کند. اساساً می توان گفت آن چیزی که رویه قضایی را می سازد رای دادگاه است. (کاتوزیان؛ ناصر: ۱۳۹۵) آنچه را که یک قاضی در مقام رسیدگی پس از استماع اظهارات و دفاعیات طرفین و بررسی ادله و مدارک آنها مبتنی بر حق و عدالت تشخیص می دهد که در نهایت آن را در قالب رای به ظهور می رساند؛ پایه ای برای شکل گیری رویه قضایی می شود. اساساً آراء قضات جایگاه مهمی دارد و تا این آراء به بحث و بررسی گذاشته نشود؛ رویه قضایی و رویه قضات معلوم نمی شود. متأسفانه علی رغم تلاش های بسیاری که در سالیان اخیر صورت گرفته است همچنان دسترسی به آراء امری مشکل بوده و سهولت دسترسی به آراء قضایی حتی برای حقوقدانان نیز وجود ندارد. علاوه بر این جامعه حقوقی نیز به علت عدم آشنایی کافی با زبان آراء قضایی نمی توانند ارتباط موثری با آراء صادره موجود داشته باشند. این امر باعث می شود که شکاف زیادی میان رویه قضایی و دانشگاهیان

بیاوریم که اگر خداوند توفیق دهد در شماره های آتی قضانامه آنها را نیز خواهیم آورد. از همه دوستانی که زحمت کشیدند این شماره از نشریه اماده شود تشکر می کنم.

من الله توفیق

منابع

- کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، جلد ۲؛ تهران: شرکت سهامی انتشار؛ ۱۳۹۳
- کاتوزیان، ناصر؛ توجیه و نقد رویه قضایی؛ تهران: میزان؛ ۱۳۹۶
- صالح، علی پاشا؛ سرگذشت قانون؛ مباحثی از تاریخ حقوق؛ تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران؛ ۱۳۹۷
- مدنی، جلال الدین؛ رویه قضایی؛ تهران: پایدار؛ ۱۳۹۵
- رضایی نژاد، امیرحسین؛ نگارش رای قضایی؛ تهران: شرکت سهامی انتشار؛ ۱۴۰۰
- جعفری تبار، حسن؛ دیو در شیشه در فلسفه رویه قضایی؛ تهران: نگاه معاصر؛ ۱۳۹۹
- انصاری، باقر؛ نقش قاضی در تحول نظام حقوقی؛ تهران: میزان؛ ۱۳۹۲
- جعفر، صادق منش؛ علی، فرخی نیا؛ مبنا، روش و جایگاه استدلال قضایی؛ نشریه حقوقی دادگستری ۱۳۹۱، دوره ۷۶، شماره ۷۹، صفحات: ۲۱۳-۲۲۸
- کیمیا، دانایی؛ ساحل، رضانی تبار؛ قضاوت در تنگنای فهم عرفی؛ نشریه دیدگاه های حقوق قضایی سال ۱۴۰۰؛ دوره ۲۶، شماره ۹۳، صفحات: ۱۶۹-۱۸۸
- بزرگمهر، امیرعباس؛ ناصری دولت آبادی، مهدی؛ موقعیت و اعتبار شمع قضایی در تصمیم گیری های قضات؛ دوره ۲۳، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۹۰؛ شماره پیاپی ۹۰، شهریور ۱۳۹۹، صفحه ۲۸۹-۳۱۴
- پور محمدی، رضا؛ یوسفی، محمد مهدی؛ شاهنوش فروشانی، محمد عبد الصالح؛ تأثیر پیشینه اجتماعی قضات بر آرای قضایی؛ فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی دوره ۵۱، شماره ۳، مهر ۱۴۰۰، صفحه ۴۰۹-۴۲۷

- Dennis Patterson, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Blackwell Publishing Ltd 2010
- Gunnar Selvik Michael-James Clifton Theresa Haas Lufsa Lourenço Kerstin Schwiesow, The Art of Judicial Reasoning, Springer Publishing 2019
- Michael Huemer, Justice before the Law, Springer Publishing 20

صرف تعقل وی می باشد؛ در این راه بر عمل و افکار او تأثیر می گذارد. تحقیق هایی در این رابطه صورت گرفته است که پیشینه شخصی و نوعی قضات چه تأثیری بر نظرات آنها می گذارد که این نشان می دهد قاضی در فرآیند دادرسی زمانی که استدلال می نماید در مقدمه استدلال هایش به طور ضمنی امور عاطفی و احساسی و اجتماعی و... وجود دارد. ما در این نوشته صرفاً از جهت طرح بحث مطالبی را آوردیم.

اما در باب نشریه قضانامه که نوزادی است تازه متولد؛ باید بیان داریم که پس از سالیان دراز انتظار در انجمن علمی دانشگاه علوم قضایی موفق شدیم مجوز داشتن نشریه برای انجمن را از وزارت علوم اخذ نماییم. بعد از اخذ مجوز با این مسئله روبرو شدیم که در این نشریه دانشجویی با چه سیاستی و در چه موضوعاتی مطالبی را فراهم آورده و در معرض دید مخاطب قرار دهیم. به عنوان مرتکذ ذهنی این رسالت که باید در باب قضاوت و رویه قضایی مطالبی نوشته شود ما را رها ننمود. در شماره نخست قضانامه که برای خطا سنجی مطالبی گرد آمد ما را متوجه ساخت که مخاطب تشنه مطالب عملی است. لذا این امر ما را بدین سمت سوق داد که در قضانامه در باب قضا بنویسیم. در باب آن چیزی که می دانیم و یا اینکه دوست داریم درباره اش بیشتر بدانیم. بیشتر دانشجویان و دوستان اذعان می داشتند که از آوردن مطالب صرفاً نظری خودداری نمایند چرا که این امر از سوی نشریات دیگر فراهم می شود لذا برای ما مطالبی را بیاورید که تئوری صرف نباشد. ما نیز با توجه به اینکه دانشجویان علوم قضایی در آینده نه چندان دور عهده دار منصب خطیر قضا خواهند شد بدین سمت رفتیم که اولاً از دانشجویان فعلی یا سابق دانشگاه که با حقوق زنده و عملی آشنایی بیشتری دارند مطالبی را گردآوری نماییم. برای اینکه مطالب جنبه عملی داشته باشند از نویسندگان خواستیم که در این شماره از قضانامه هر کدام مطالبی را در باب رویه قضایی بنویسند. این مطالب برخی شان در خصوص مسائل مفهومی رویه قضایی و برخی دیگر در خصوص موضوعات کاربردی و مطرح در محاکم است. در این شماره از قضانامه با دیدی از حقوق عمومی و خصوصی و جزا و تجارت با رویه قضایی مواجه خواهید شد. نکته دیگری که لازم می دانم بیان نمایم این است مقالات زیادی به دست ما رسید ولی برای جلوگیری از اطناب در سخن ناچار شدیم برخی مطالب ارزشمند را برای سایر شماره های قضانامه نگاه داریم. لازم به ذکر است در این شماره، قضاتی هم افتخار دادند مطالبی را برای دانشجویان و قضات آینده و جامعه حقوقی نوشتند و بسیاری از قضات با تجربه نیز قول دادند در شماره های بعدی مطالبی را بنویسند. در این مسیر دوستان هسته مطالعات نقد رویه قضایی نیز مصاحبه هایی با قضات و اساتید داشتند که به علت کمبود وقت نتوانستیم همه آنها را



مصاحبه با دکتر جوهری

جلسات نقد رای در بجه آشنایی و آشتی محافل دانشگاهی با رویه قضایی

عنوان مسئولین این حوزه ها وظیفه داریم تا این امر را پشتیبانی کنیم. اگر درجایی آراء قابل نشر است، باید با همکاری پژوهشگاه قوه قضائیه، در اختیار هسته مطالعاتی دانشگاه و انجمن علمی قرار داد و حتی اقدام به حمایت در انتشار مکتوب مشروح مذاکرات و نتایج گفت و گو های این جلسات به عنوان مقالات و تحقیقات علمی و ... کرد. لذا این آمادگی باید وجود داشته باشد.

◆ سوال : از نظر شما اهمیت رویه قضایی به چه نحوی است؟ تاثیر آن بر رویکرد محاکم چیست؟

◆ پاسخ : در باب اهمیت رویه قضایی، مستحضر هستید که رویه قضایی از منابع حقوق ما محسوب می گردد. رویه قضایی به عبارتی تفسیر دادگاه در خصوص یک موضوع است و همچنین رویه قضایی عملکرد جاری محاکم در یک موضوع حقوقی را در بر می گیرد. مهم ترین وجه رویه قضایی تجلی حیات و زاینده بودن حقوق در آن است. چرا که بنا بر قولی، حقوق یک کشور متجلی در آراء محاکم است. لذا مطالعه آراء محاکم و آشنایی با رویه قضایی در درجه اول برای شناخت نظام حقوقی حاکم بر آن کشور و در وهله ثانی برای داوری و ارزیابی عملیاتی آن بسیار حائز اهمیت است. همان طوری که مرحوم دکتر کاتوزیان اشاره کرده که قانون در ید قاضی به مثابه یک ابزاری جهت اجرای عدالت است. یعنی چگونگی استفاده

◆ سوال : در خدمت آقای دکتر جوهری مدیرکل آموزش قوه قضائیه و عضو هیات علمی دانشگاه علوم قضایی هستیم. آقای دکتر نظر شما در باب جلسات نقد رای و ضرورت داشتن چنین جلساتی در دانشگاه علوم قضایی چیست؟

◆ پاسخ : بحث نقد و بررسی آراء قضایی کار مبارکی است که از سوی شما انجام گرفته است. این امر با دو مولفه، متمایز و برجسته شده است. یکی آنکه در بستر دانشگاه علوم قضایی برگزار گردید که مرجعی تخصصی در سطح کشور است و می تواند با توجه به وصف تخصصی این دانشگاه و رسالت آن که عبارت است از تربیت و آموزش قضات و کارآموزان مجرب آینده، محل برگزاری این نشست ها باشد و علاوه بر آن محلی باشد برای رجوع دانشگاه های دیگر به دانشگاه علوم قضایی. این دانشگاه ارتباطی مستمر با قضات و مسئولین قضایی دارد که سایر دانشگاه های کشور از این امر محروم هستند و همچنین دسترسی دانشگاه علوم قضایی به آراء صادر شده قضایی هم ظرفیت بزرگی است که هیچ مجموعه دانشگاهی دیگری چنین دسترسی ای ندارد. لذا باید علی رغم پراکنده بودن برگزاری جلسات نقد رای در مجتمع ها و محافل حقوقی و قضایی، بحث نقد آراء و محوریت جلسات آن را به دانشگاه علوم قضایی داد. دومین مولفه هم این است که دانشجویی است. یعنی خیلی اداری و رسمی نمی باشد چرا که دانشجوی به راحتی می تواند با استاد ارتباط بگیرد. فضای آکادمیک مبتلا به رخوت و وابسته به بروکراسی حاکم بر ادارات نیست و ما هم اعتقاد به همین مسیر داریم. ما به

مطالب مختلف و شئون متفاوتی که در رای وجود دارد ما را به این مهم می‌رساند. همچنین جلسات نقد رای فایده عملی و علمی هم دارد چرا که به رشد و تسهیل نگارش پایان نامه ها و مقالات هم کمک می‌کند و علت آن هم مسئله محور بودن ماهیت جلسات نقد رای است. شما یک مسئله و یک چالش موجود در اجتماع را در تفسیر و بررسی علمی قرار می‌دهید. این پرداختن به بزرگ ترین رسالت علم در جامعه است. فرصت نظریه پردازی به دانشجوی می‌دهد.

◆ سوال: آقای دکتر این جلسات نقد رای چه کمکی به دانشجویان می‌تواند بکند. اساساً چه مزیتی دارند؟

◆ پاسخ: بنده در کلاس های درس خود در دانشکده بارها گفته ام که دانشجویان این جلسات را از دست ندهند. چرا که این جلسات نقد رای محل مناسبی است تا آنها بدانند که تضارب آراء چگونه منجر به تایید یا نقض و رد رای در مراجع بالاتر می‌شود. همچنین به دانشجویان می‌آموزد که رای قضایی هیچگاه بی نیاز و مصون از نقد و تصحیح نیست. مضافاً به رشد علمی شما نیز کمک می‌کند از این جهت که به عنوان قضات آینده و مرجع صدور آراء قضایی، دیدگاه های دقیقی نسبت به بحث نگارش آراء و تحلیل آنها پیدا خواهید کرد که این امر خیر و برکت اش نهایتاً به قوه قضائیه خواهد رسید.

◆ تشکر از شما بابت وقتی که برای دانشجویان گذاشتید. قطعاً این مطالب مناسب حال ما دانشجویان خواهد بود.

قاضی از یک قانون اهمیت می‌یابد، این استفاده صحیح از قانون در قلمرو رویه قضایی قرار می‌گیرد. بنابراین رویه قضایی من جمله مهم ترین نهاد های حقوقی است که باید بیش از هر تاسیس حقوقی مورد نقد و بررسی و پرداخت قرار گیرد. چرا که رویه قضایی در اکثر قریب به اتفاق موارد تعیین کننده حکم دعوی است. بدون اغراق رویه قضایی جاری در محاکم دادگستری تعیین کننده است و به ندرت مواردی را می‌یابیم که قاضی خلاف رویه قضایی رای دهد. قاضی باید بداند و این جا بیفتد که آراء وی باید در بوته نقد و بررسی قرار بگیرد و به سمع و نظر دکترین و متخصصان حقوقی برسد. در همین رای دادگاه تجدیدنظر تهران (موضوع اولین جلسه نقد رای) در خصوص تقویت منفعت دیدیم که بعضاً از قانون فاصله هم گرفته شده است ولی رای درست و منصفانه است. همین محل بحث و توجه است. چنین موردی با شفافیت آراء و به چالش و نقد کشیدن آن حاصل می‌شود. در نتیجه نقد و بررسی آراء، شخص قاضی نیز رشد و پیشرفت علمی کرده و دقت در صدور آراء به طور عمومی پیشرفت می‌کند. قاضی با وسواس خاصی در استخدام کلمات و رعایت نکات شکلی در رای اهتمام می‌ورزد که این بسیار امر مهم و با برکتی است. همچنین هنگامی که آراء مورد تحلیل واقع شد؛ آموزش غیرمستقیم نیز برای مخاطبین و دانشجویان اتفاق می‌افتد. یک نوع آموزش با واسطه که بسیار تاثیر گذار است، به دانشجویان و وکلا و قضات داده می‌شود. علاوه بر این ایجاد فرهنگ شنیدن نظر مخالف نیز تقویت می‌گردد که برای قضات و نهاد قضایی بسیار مفید است. پیوندی هم بین دانشگاه و دستگاه قضا ایجاد می‌شود که به پویایی هر دو حوزه می‌افزاید. دو ساعت جلسه نقد رای به اندازه ۲۰ ساعت مطالعه، ارزش علمی دارد.

بررسی تطبیقی جایگاه رویه قضایی

و ضرورت بررسی آراء قضایی در نظام حقوقی فرانسه و انگلستان



محمد جواد خادم الشریعه
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجارت دانشگاه علوم قضایی

نظام دادگاه‌های محلی بر اساس عرف‌های محلی حکم می‌دادند، در واقع نظام حقوق کامن‌لو اساساً حقوق ساخته دست قضا و دادگاه‌ها است تا قوانین مصوب قوه مقننه و اقدامات اجرایی قوه مجریه. سنگ بنای این نظام حقوقی براساس پرونده‌های خاص بنا نهاده شده است، برخلاف نظام حقوق نوشته که قانون را به عنوان راهنما، نزد خود دارد. قضا در نظام حقوق عرفی، براساس پرونده‌های سابق تصمیم‌گیری می‌کنند که به این رویه، قاعده سابقه^۱ گفته می‌شود. مطابق این قاعده، قاضی باید هنگام صدور یک رأی، آراء گذشته را که با پرونده مورد نظر مشابه هستند و اساس تصمیم قبلی را بیان می‌کند، بررسی کند و بر همان طریق مبادرت به صدور رأی نماید. در صورتی که قاضی از این روش پیروی نکند، تصمیم وی در مراجع بالاتر نقض خواهد شد. بالعکس، وقتی برای پرونده‌ای هیچگونه رویه و سابقه ای موجود نباشد، قاضی باید براساس قوانین، اصول و قواعد مرتبط انشای رأی کند که به این روش، برداشت اولیه^۲ گفته می‌شود. امروزه در نظام‌های حقوقی کامن‌لو، قوانین نوشته بسیاری وجود دارد و در بیشتر کشورهای ذیل این نظام حقوقی، در صورت تعارض بین قاعده عرفی و تصمیمات پارلمان، قوانین نوشته تفوق و برتری خواهند داشت؛ اگرچه در انگلستان همچنان سیستم کامن‌لو به عنوان مرجع تظلم‌خواهی محسوب می‌شود و خلاقیت قضایی و اصول و قواعد رویه قضایی در مراجع صالح، غالب است.

رویه قضایی در نظام‌های حقوقی مختلف نقش پررنگ و قابل توجهی داشته، به طوری که در نظام حقوقی کامن‌لو^۳ به عنوان منبع اصلی حقوق و در نظام‌های حقوقی نوشته مانند فرانسه^۴ به عنوان حقوق واقعی و زنده برشمرده می‌شود. در تعریفی ساده، رویه قضایی در جایی بکار می‌رود که محاکم یا دسته‌ای از آنها در باب یکی از مسائل حقوقی، مشی یکسانی را در پیش گیرند و تکرار این روش آن چنان باشد که بگوییم، هرگاه آن محاکم با دعوایی رویه‌رو شوند، همان تصمیم را خواهند گرفت. اما موضوعی که مورد بحث قرار می‌گیرد این است که اعتبار رویه قضایی تا کجاست و اینکه آیا می‌توان جایگاهی همانند قانون را برای آن در نظر گرفت؟ برخلاف نظام حقوقی کامن‌لو، جایگاه ممتاز نظام حقوقی نوشته، همواره سایر منابع را به حاشیه رانده است؛ چرا که همواره این تفکر غالب است که قانون تنها منشأ اثر می‌باشد و مظهر دموکراسی و لازمه حفظ حقوق و آزادی‌های فردی است و دستگاه قضایی، تنها مجری این مقررات می‌باشد. نظام حقوقی ایران نیز ذیل این اندیشه قرار می‌گیرد؛ اگرچه برای رویه قضایی اهمیت بیشتری قائل است و راه اعتدال را در پیش می‌گیرد و آن را به عنوان الزامی نانوشته برای محاکم برمی‌شمارد. در ابتدا به بررسی اعتبار رویه قضایی در نظام حقوقی کامن‌لو و سپس نظام حقوقی فرانسه که کشور ما متأثر از آن است می‌پردازیم. پس از بررسی جایگاه رویه قضایی، به بیان نقد آراء قضایی و کیفیت آن پرداخته می‌شود و سعی می‌شود روشی مناسب برای نقد آراء قضایی بیان شود.

♦ جایگاه رویه قضایی در نظام حقوقی فرانسه

کشور فرانسه به عنوان یکی از نمایندگان نظام حقوقی نوشته که همواره در حال تکامل و توسعه است، این پرسش را مطرح می‌سازد که جایگاه رویه قضایی به راستی در کجا قرار دارد؟ آیا همانند قانون، عرف و دکتترین می‌تواند از منابع حقوق باشد و چه رتبه و اعتباری را باید برای آن در نظر گرفت؟ به صورت کلی در پاسخ به این سوال، دو اندیشه فکری شکل گرفته است که هر کدام دلایل و اصول خود را بیان می‌نمایند.

♦ جایگاه رویه قضایی در نظام حقوقی انگلستان

کامن‌لو که به حقوق عرفی، نظام رویه قضایی و سابقه قضایی هم معروف است، نوعی نظام حقوقی است که از سال ۱۰۶۶ میلادی به بعد توسط دادگاه‌های شاهی انگلستان ایجاد شد؛ بدین نحو که قضا در دوره‌های زمانی خاصی به سرتاسر کشور سفر می‌کردند و با بررسی بهترین عرف‌های محلی، آنها را پایه و اساس نظام حقوقی کامن‌لو قرار می‌دادند که اصطلاحاً گفته می‌شود: «کامن‌لو برای همه مشترک بوده، ولی مشترک از همه جا نبود»^۵. کامن‌لو در معنای تحت‌اللفظی به معنی حقوق مشترک است. صفت مشترک در این کلمه به اجرای آن در تمامی قلمرو کشور انگلستان اشاره دارد. با توجه به اینکه پیش از پیدایش این

حقوقی کامن لو به عنوان یکی از منابع اصلی و در نظام حقوقی نوشته از منابع مؤثر در این امر است؛ در نتیجه، لزوم یک سازوکار برای شرح و نقد این آراء احساس می‌شود. این موضوع چنان دارای اهمیت است که در دانشکده‌های حقوق فرانسه، شرح و نقد رأی به عنوان یکی از آموزش‌های مهم و تمرین‌های رایج سال‌های تحصیل در دوره کارشناسی می‌باشد. به این صورت که در کنار هر درس اصلی که ارائه می‌شود، دستیار استاد آراء مهم آن درس را با دانشجویان می‌خواند و به ایشان روش رأی خواندن و شرح و نقد نوشتن رأی را آموزش می‌دهد. معمولاً در نقد رأی، اهدافی همچون نظارت بر آراء دادگاه‌ها از سوی جامعه حقوقی کشور، ارتباط و پیوند وثیق میان جامعه حقوقی و قضایی کشور و در نهایت اعتلای سطح کیفیت آراء صادر شده از مراجع صالح وجود دارد. در کشور ما، این امر یکی از کوشش‌های علمی مورد علاقه حقوقدانان برجسته است؛ به نحوی که جناب آقای دکتر کاتوزیان مجموعه «توجیه و نقد رویه قضایی» را تهیه کرده و سال‌ها از عمر گرانقدر خویش را در مجله کانون وکلای دادگستری به این امر اختصاص داده بودند. همچنین پژوهشگاه قوه قضائیه با «فصلنامه رأی» و دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری با «فصلنامه رویه قضایی» و «سلسله جلسات نقد رأی» به پرورش و توسعه این مهارت مشغول هستند. با این وجود معضل این است که به این امر توجه چندانی نمی‌شود و حتی با وجود سامانه ملی آراء قضایی، بدلیل وجود تعداد محدود آراء و در موضوعات محدود، این موضوع همچنان مغفول مانده است. همچنین «بحث نقد رأی در دانشکده‌های حقوق کشور ما چندان جدی تلقی نمی‌شود. تدریس در کلاس درس عمدتاً بر اساس تحلیل مواد قانونی و نوشته‌های حقوقدانان محترم است. در حالی که می‌توان با چاشنی کردن نقد آراء مرتبط به درس، نحوه اعمال مباحث مطروحه در مراجع قضایی و غیر قضایی را شاهد بود و به قوت و ضعف آنها پی برد.» (طاهر حبیب زاده) در ادامه، تلاش می‌شود که روش مناسبی برای نقد آراء قضایی بیان شود.

◆ مراحل نقد آراء قضایی

در یک نقد رأی می‌توان چهار مرحله را در نظر گرفت: ۱- کلیات که شامل خواندن متن، ارزیابی و بررسی عیوب است. (البته لزوماً نقد به معنای بیان نکات منفی نیست؛ به فرمایش آقای دکتر آقایی‌نیا: «نقد، نکات مثبت و منفی را توأمان دارا می‌باشد.») ۲- انجام کارهای مقدماتی مانند تهیه قوانین، کتاب‌ها و مقالات مرتبط با رأی ۳- شرح و نقد رأی ۴- نوشتن شرح و نقد رأی در ابتدا باید به دقت به مطالعه رأی پرداخت و سپس مواردی همچون موضوع پرونده، وقایع پرونده، دلایل پرونده و استدلال‌های رأی و مواد قانونی استناد شده مشخص شود. همچنین بررسی شود آیا رأی مذکور قابلیت نقد کردن را دارد و «رأیی که در پی نقد کردن آن

گروهی معتقدند با توجه به اصل تفکیک قوا، لزوم صدور حکم به صورت خاص و اجتناب از صدور قاعده عام، قاعده اعتبار امر قضاوت شده، الزام دادرس در انطباق هر مورد خاص با قانون، کند بودن و عدم قطعیت رویه قضایی، رویه قضایی را به عنوان یک منبع موجد قاعده حقوقی محسوب نمی‌شود و اذعان دارند که رویه قضایی مذکور باید بر اساس روند قانونی از مسیر قانونگذاری عبور کند تا برای قضات تکلیف به تبعیت از آن بنماید و در حال حاضر هیچ قانونی نیز برای این الزام وجود ندارد.

عده دیگر بر این باورند که نقش قاضی تنها به قوانین محدود نمی‌شود؛ همانطور که بارتن^۶ می‌گوید: «نقش قاضی فقط به یک مفسر خلاصه نمی‌شود؛ بلکه به‌طور واقعی در شکل‌گیری و تحول قانون مدنی شرکت دارد.»^۷ این گروه بیان می‌کنند با توجه به پویا بودن رویه قضایی و به‌رغم اینکه در مواد قانونی، صراحتاً به قضات اختیار وضع قاعده حقوقی داده نشده است، ولی وجود ابهامات و نواقص در قانون در واقع به نوعی، اعطای نمایندگی به قاضی از سوی قانونگذار است که به تکمیل قواعد حقوقی از طریق رویه قضایی بپردازد. در حقیقت این نمایندگی اقتضای ایجاد قاعده حقوقی توسط قضات را می‌نماید. (جعفری تبار)

امروزه اکثر حقوقدانان، کم و بیش پذیرفته‌اند که رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوقی لازم است اما آنرا به عنوان یک منبع رسمی نمی‌پذیرند و معتقدند که رویه قضایی تحت ظل قانون قرار دارد و همواره نقش تکمیل‌کننده در غیاب قانون را دارا می‌باشد. در واقع قواعد ناشی از رویه قضایی گرچه همانند قانون الزام‌آورند، ولی قدرت الزام‌آور این قواعد ذاتی نیست، بلکه اعتبار رویه قضایی ناشی از یک متن قانونی است.

◆ جایگاه رویه قضایی در حقوق ایران

رویه قضایی در حقوق ایران، در شمار منابع رسمی موجد قاعده حقوقی قرار نمی‌گیرد؛ چرا که بسیاری معتقدند این موضوع با مبانی حقوقی ما یعنی استقلال قوا و پذیرش قانون به عنوان تنها منبع حقوق، سازگاری ندارد. اما در عمل، رویه قضایی و قواعد ناشی از آن، امروزه در محاکم مورد استناد قرار می‌گیرد؛ در نتیجه می‌توان رویه قضایی را به عنوان یک منبع در نظر گرفت؛ چرا که رویه دادگاه‌ها بر رویکرد مراجعین تأثیر دارد و نتایج دعاوی را پیش‌بینی پذیر می‌کند و در موارد نقض، سکوت، اجمال و تناقض به تعدیل و تصحیح قوانین کمک می‌کند. البته لزوم وجود این مهم این است که به گفته جناب آقای دکتر فضلعلی، این رویه براساس قانون و در چارچوب آن باشد و قضات برای صدور رأی، نباید براساس ادله‌ای خارج از قانون مانند انصاف، عمل کنند؛ بلکه حتی خود این موارد، مانند وجدان و انصاف باید همراه با قانون باشند.

◆ نقد آراء قضایی

با توجه به بررسی‌های انجام شده، پی می‌بریم که رویه قضایی دارای اهمیت بالایی است؛ به نحوی که در نظام

است که در صورتی که رأی قاضی مستدل و مستند نباشد، موجبات نقض رأی و تخلف انتظامی را در بردارد. همچنین باید بیان داشت که «رأی به عنوان محصول نتیجه نهایی اقدامات قضایی مورد نقد قرار می‌گیرد لذا در نقد رأی باید از نقد صادر کننده آن اجتناب نمود. بنابراین اگر به ناچار در ضمن نقد، انشاء کننده رأی نیز مورد انتقاد قرار گیرد، این اقدام می‌بایست ثنیا و بالعرض بوده و جنبه فرعی داشته باشد و شایسته نیست که نقد رأی به نقد قاضی صادر کننده آن تبدیل شود.» (اعظمی چهاربرج، حسین)

در گفتار بالا تنها به بیان اهمیت جایگاه رویه قضایی و بیان روشی ساده در خصوص نقد رأی اشاره شده است و برای تحصیل معلومات بیشتر علاقمندان می‌توانند به منابع و آثار دیگر (فصلنامه رأی و...) مراجعه کنند. همچنین نباید از اهمیت این مهارت در رشته تحصیلی حقوق غافل ماند و باید هر چه زودتر، سازوکار جامع و مناسبی توسط سازمان‌های مربوطه برای حل این مسئله تبیین شود؛ چرا که نقد آراء قضایی، علاوه بر تأثیرات مثبتی که بر رویه قضایی دارد، دارای آثار اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است.

منابع

- اعظمی چهاربرج، حسین. درآمدی بر روش شناسی و انواع نقد رأی
- جعفری تبار، حسن. دیو در شیشه
- کاتوزیان، ناصر. مقدمه علم حقوق
- Alliard, Julie. Le dialogue des jurisprudences comme source du droit
- Habibzadeh, Taher. Fundamental Steps in Legal English Texts
- <https://fiches-droit.com/methodologie-commentaire-arret>
- [https://www.jstor.org/stable 23164106](https://www.jstor.org/stable/23164106)
- <https://www.jurixio.fr/methodologie-commentaire-d-arret>

هستیم دارای ابعاد و ویژگی‌هایی است که نقد آن تأثیر در پیشبرد دانش حقوق داشته باشد؟ یا به اصطلاح عامیانه تر آیا رأی به نقد کردن می‌ارزد؟ (اعظمی چهاربرج، حسین)

پس از بررسی و مطالعه پرونده، نوبت به انجام کارهای مقدماتی می‌رسد. در اینجا باید نکات ذیل را در نظر گرفت:

◆ وقایع پرونده و مراحل زمانی به ترتیب وقوع زمانی نوشته شود.

◆ قواعد حقوقی و دلایل ابرازی دادگاه بیان شده، استدلالات دادگاه و اینکه رأی مذکور چه فایده عملی دارد نوشته شود.

◆ نکات مورد نیاز از کتاب‌ها و قوانین مختلف که مرتبط با بحث است یادداشت شود یا اینکه برای سهولت مراجعه، در سربرگی مشخص شود.

فراهم کردن مقدمات موضوع و یادداشت موارد مذکور، موجب می‌شود که نوشتار مقدماتی از جامعیت و مانعیت مناسبی برخوردار شود و موجب نظم در روند نقد رأی خواهد شد. اینگونه ورود به مبحث، به خودی خود سبب خواهد شد نکات، ایده‌ها، مسئله و مشکلات رأی ظاهر شوند که در تسریع روند کار مؤثر است. در مرحله بعد، به شرح و نقد رأی می‌پردازیم. مهمترین موضوعی که در این مرحله قابل توجه است، این است که می‌خواهیم روش نقد رأی ما به چه صورت باشد؟ محتوایی، ساختاری یا نگارشی؟ در نقد محتوایی، باید رأی از حیث رعایت نکات شکلی و ماهوی مورد بررسی قرار گیرد و به موضوعاتی نظیر عدم توجه به قوانین و مقررات، استناد به قوانین منسوخ یا تفسیر نادرست قاضی از قوانین توجه شود. در نقد ساختاری، رأی از جهت شیوه استدلال، چگونگی قرارگیری اجزای رأی و کامل بودن یا نبودن ارکان دعوا مورد نقد قرار می‌گیرد. در نهایت نقد نگارشی قرار دارد و از این جهت که ارتباط چندانی با معلومات قاضی صادر کننده رأی ندارد و بیشتر جنبه ادبی و نگارشی دارد، خیلی مورد توجه قرار نمی‌گیرد. بهتر است در شرح این موارد به نکات زیر توجه شود: الف) نقد صریح، ساده و بی‌پیرایه باشد. ب) شرح نقد، منظم و منطقی و دارای پیوستگی و انسجام باشد. ج) مواردی که دارای پیچیدگی و ابهام هست، توضیح داده شود.

در مرحله آخر به نوشتن نقد رأی می‌پردازیم. این مرحله باید به بهترین نحو انجام شود، چرا که حاصل کار ناقد است و سایرین می‌توانند با مراجعه به این اثر، اطلاعات کاملی از شرح و نقد رأی حاصل کنند. بهتر است متن مورد نظر، دارای پیوستگی باشد و موضوعات مورد نقد، به حد نیاز مورد بحث و نظر قرار گیرد و به گفته ادبا «از اطناب ممل و ایجاز مخل» پرهیز شود. همچنین در صورت لزوم، بخشی از متن نیز به نتیجه‌گیری اختصاص داده شود. مانند هر نوشته حقوقی دیگری باید شرح نقد، مزین به مستندات خارجی باشد؛ چرا که گفته «نحن ابناء الدلیل» گویای این نظر است که حقوقدان تنها با دلیل اقناع می‌شود و در برابر استدلالات و مستندات سر فرود می‌آورد و معمولاً به ظن و گمان توجهی نمی‌کند. این موضوع به قدری دارای اهمیت

کارآمدی رویه قضایی در اعتلاء نظام حقوقی فرانسه با بررسی مصالح و ضرورت ها



پوریا دهقانی

دانش‌آموخته دانشگاه علوم قضایی

رتبه ۱ کنکور ارشد ۱۴۰۲ حقوق خصوصی

محدوده این اختیار

رویه قضایی با اقتدار خاص خود، یعنی یک مرجع واقعی حقوق کمتر از مقام قانون مؤثر نیست. این اختیار را می‌توان با درجات مختلف با توجه به دادگاه‌های بدوی و خود دیوان عالی کشور مشاهده کرد. دادگاه‌های بدوی برای یکسان بودن تفسیر احترام قائلند. برای دادگاه‌های بدوی، مقاومت در برابر تفسیر دادگاه‌های عالی ممکن است ولی آن‌ها نادر هستند، نه تنها به دلیل ترس از صدور حکم مخالف، بلکه به دلیل آگاهی مشترک از اهمیت یک تفسیر یکسان. با این حال، آن‌ها برای مسائل حساس‌تر باقی می‌مانند. به عنوان مثال، صدور حکم فرزندخواندگی یا کفالت (در فرانسه این اختلاف هنوز وجود دارد که اگر فرزندی از الجزایر یا مراکش به فرزندخواندگی توسط والدین فرانسوی پذیرفته شد، باید قوانین فرزندخواندگی فرانسوی اجرا شود یا قوانین اسلامی آن کشورها موسوم به کفالت. یکی از مهم‌ترین تفاوت‌ها در ارث‌بری این فرزندان است.) البته پیدا کردن اختلافات آن‌ها در دادگاه‌های اداری حتی دشوارتر است و هماهنگی بیشتری وجود دارد.

دادگاه‌های عالی نیز به ثبات رویه قضایی توجه دارند. آیا دادگاه‌های عالی به سوابق خود ملزم هستند؟ گاه بر سهولت ابطال نظریات دادگاه عالی در نظام فرانسه در مقایسه با سختی آن در کامن لا تأکید می‌شود. درست است که تحولات رویه قضایی در این نظام استثنایی نیستند. علاوه بر این، دیوان عالی این اصل را وضع کرده است که «امنیت قضایی حقی را که در رویه ثابتی به دست می‌آید تضمین نمی‌کند، چرا که تکامل و تغییر رویه قضایی در حیطه وظیفه قاضی برای اجرای قانون است.» با این حال، علاوه بر این واقعیت که حقوق فرانسه از نظر انعطاف پذیری چیزی برای حسادت به حقوق آمریکا ندارد، ثبات رویه قضایی یک نگرانی اساسی در آنجا (آمریکا) است، که فقط در مواقعی که نیازها ایجاب می‌کند باید جای خود را به رویه جدید بدهد. این مفهوم توسط دادگاه شورای اتحادیه اروپا تدوین شده است: «دیوان بدون اینکه رسماً ملزم به پیروی از احکام قبلی خود باشد، معتقد است که به نفع اطمینان حقوقی، قابل پیش بینی بودن و برابری در برابر قانون است که نباید به طور غیرمنطقی از رویه سابق عدول نکند.» البته این نگرانی که کمتر از قاعده رویه اجباری در حقوق انگلیس سخت‌گیری می‌کند، به طور

امروز دیگر نمی‌توان نقش رویه قضایی را به عنوان یکی از منابع حقوق حتی در نظام‌های حقوق نوشته انکار کرد. طبیعتاً مانند دیگر منابع حقوق رویه قضایی هم مشکلات و مصائب خود را دارد. یکی از این موارد، تغییر پذیری آن با سرعت بیشتری نسبت به قانون است. از یک طرف این تغییرات باعث عدم اطمینان مردم از حقوق و تکالیف خود در جامعه می‌گردد و از سویی دیگر بر حسب تغییرات اوضاع و احوال اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی تغییر رویه قضایی نیز بدیهی است. در این باب قانون ایران صرفاً تغییر رأی وحدت رویه توسط یک رأی وحدت رویه دیگر یا قانون را مجاز می‌شمارد و مطلب دیگری بیان نمی‌کند. ماده ۴۷۳ قانون آئین دادرسی کیفری: «آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، فقط به موجب قانون یا رأی وحدت رویه موخری که مطابق ماده (۴۷۱) این قانون صادر می‌شود، قابل تغییر است.» اما در این موضوع می‌شود از تجربیات کشوری مثل فرانسه که نظام حقوقی آن مشابه ایران است؛ استفاده نمود. به این منظور نوشته حاضر از بخشی از یک مقاله فرانسوی ترجمه و اقتباس شده است. قبل از پایان مقدمه، فرازی از نامه حضرت امیرالمومنین (ع) به مالک اشتر در این باب ذکر می‌شود: «دو قاضی از یک ملت نباید در اختلاف احکام قرار بگیرند. باید مورد اختلاف را به کسی که ولی امر شماست عرضه کنند تا او طبق تعلیمات الهی در آن مورد نظر بدهد. آنگاه باید قضات بر طبق آن نظر عمل کنند. ای مالک به قضات شهرهای حوزه مأموریت خویش بنویس که آراء مورد اختلاف را نزد تو بفرستند و تو آن احکام را بخوان. آنچه که مطابق قرآن و سنت و آثار ائمه باشد آن را تأیید کن. اگر در مسئله‌ای درماندی، فقهاء را بخوان و با آنان به بحث و گفتگو بنشینند. آنچه را که مورد اتفاق نظر آنان است، همان را مورد عمل دادرسان قرار بده.»

ترجمه به دو بخش تقسیم شده است. یک بخش از چگونگی و محدوده اختیار محاکم در تغییر رویه قضایی و بخش دیگر از مسئولیت متخصصان حقوقی برای در نظر گرفتن رویه قضایی سخن می‌گوید. در واقع ارتباط هر دو بخش این است که هم مصالح اجتماعی برای تغییر رویه قضایی در نظر گرفته شود و هم امنیت قضایی جامعه با تغییر رویه‌ها چگونه حفظ گردد.

انشا می‌کند؛ راه حلی نیست که مختص یک پرونده باشد، بلکه یک تفسیر کلی است که گویی قاضی قانون را بیان می‌کند. ویژگی‌های بارز قوانین مانند اصول و قواعد کلی و انتزاعی و منطق سازمان‌یافته آن، در تصمیمات دادگاه‌ها یافت می‌شود. قدرت خلاق قاضی مطابق سنتی باقی می‌ماند که حاوی قاعده انتزاعی، کلی و مختصر است. بنابراین، شیوه نگارش رویه قضایی نه چندان به اختیارات اعطا شده یا انکار شده به رویه قضایی بلکه به استدلال حقوق دانان بستگی دارد. با این حال از این نظر، استنتاج یک قاعده عمده یک نوع ابزار مهم در نظام حقوقی فرانسه باقی می‌ماند و استدلال را به شکلی دقیق و پس از یک سلسله مقدمات منطقی ارائه می‌کند حتی اگر هر مرحله از این استدلال قابل بحث باشد. در برخورد با این نوع رویه قضایی، حقوق دانان به دنبال تمایز رویه‌ها بر اساس پرونده‌های موردی پیشین نیستند، بلکه به دنبال تشخیص احکام بر اساس حوزه کاربرد خود هستند، که فرض بر این است که کل یک سیستم منسجم را تشکیل می‌دهد (یعنی مثل قانون یک قاعده عام را بیان می‌کنند). این انسجام و این نوع منطق، با این سبک انتزاعی و کلی، شاید خیلی بیشتر از ویژگی رویه، وجه بارز قانون مدنی است. بنابراین، همه حقوق دانانی که از رویه قضایی استفاده می‌کنند، نه از رویه مثل هم استفاده نمی‌کنند، و نه به یک روش به آن می‌نگرند. (دقیقا مانند قانون که تفاسیر در باب آن مختلف است.)

مسئولیت متخصصان حقوقی

رویه قضایی عنصری از حقوق موضوعه است. یکی از اولین موقعیت‌هایی که حقوق فرانسه را به پذیرش آثار واقعی رویه قضایی واداشته‌است، زمانی است که آیا یک متخصص حقوقی مسئولیت دارد که توصیه‌ها و راهنمایی‌هایش رویه قضایی را در نظر بگیرد یا خیر. پس، یا رویه قضایی منبع حقوقی است و حقوق موضوعه را در بر می‌گیرد که یک متخصص حقوقی باید آن را در نظر بگیرد یا او نیازی به این کار ندارد.

در رویه ثابتی به دست می‌آید تضمین نمی‌کند، چرا که تکامل و تغییر رویه قضایی در حیطه وظیفه قاضی برای اجرای قانون است.» با این حال، علاوه بر این واقعیت که حقوق فرانسه از نظر انعطاف‌پذیری چیزی برای حسادت به حقوق آمریکا ندارد، ثبات رویه قضایی یک نگرانی اساسی در آنجا (آمریکا) است، که فقط در مواقعی که نیازها ایجاب می‌کند باید جای خود را به رویه جدید بدهد. این مفهوم توسط دادگاه شورای اتحادیه اروپا تدوین شده‌است: «دیوان بدون اینکه رسماً ملزم به پیروی از احکام قبلی خود باشد، معتقد است که به نفع اطمینان حقوقی، قابل پیش بینی بودن و برابری در برابر قانون است که نباید به طور غیرمنطقی از رویه سابق عدول نکند.» البته این نگرانی که کمتر از قاعده رویه اجباری در حقوق انگلیس سخت گیری می‌کند، به طور استثنایی تحولات رویه قضایی را مجاز می‌کند. هنوز طبق کنوانسیون حقوق بشر اروپا «تغییر در رویه قضایی می‌تواند توجیه شود اگر تضمین کند که تفسیر موافقتنامه منطبق با تحولات جامعه و سازگار با شرایط فعلی باقی می‌ماند.» به نظر می‌رسد که این تصور با منطق حاکم بر دادگاه‌های فرانسه مطابقت دارد، همانطور که اغلب با اصرار در اعتبار رویه پیشین در احکام دادگاه‌های بدوی این مفهوم تأیید می‌شود. با این حال، به نظر می‌رسد که رابطه حفظ شده با سابقه، ماهیت مشابهی با آنچه در کامن لا شناخته می‌شود، نداشته‌باشد: دادگاه‌های فرانسه کمتر به تصمیمات سابق خود را ملزم می‌دانند تا اینکه بخواهند انسجام را حفظ کنند؛ چه انسجام با رویه قضایی سابق و چه انسجام کلی سیستم حقوقی. با این حال، همیشه می‌توان این واقعیت (تغییر رویه) را در چارچوب سنتی تبیین کرد یعنی همانطور که قاضی قانون را اعمال می‌کند، تفسیر او از قانون نیز همان قانون است که معنایش توسعه یافته‌است و مثل قانون باید اعمال شود. این شیوه تفسیر نظریه رویه قضایی اعلامی را به رسمیت می‌شناسد. یعنی از طریق رویه قضایی قاضی چیزی نمی‌آفریند، او فقط معنای از قبل موجود قانون را آشکار می‌کند. با این حال، حقوق فرانسه امروز قدرت خلاق رویه قضایی را پذیرفته‌است و رویه قضایی صرفاً اعلامی (آشکارکننده معنای قانون) نیست و بر طبق اراده قضات نیز ساخته می‌شود. تغییر رویه قضایی را دادگاه‌های فرانسه به سنت خود اجرا می‌کنند که دست نخورده باقی مانده است. در واقع، آنچه رویه قضایی برای آینده

رویه قضایی ثابت می‌تواند ناامن‌کننده وضعیت جامعه باشد. بدین لحاظ از متخصصین حقوقی انتظار می‌رود این عدم قطعیت را در نظر بگیرند.

◆ نتیجه‌گیری

نظام حقوقی فرانسه برای اینکه هر دو مصلحت رعایت شود؛ یعنی هم رویه قضایی تغییر کند و هم امنیت قضایی مخدوش نشود راهکارهایی اندیشیده‌است. اولاً اینکه این اختیار محاکم در تغییر باید با مصالح اجتماعی سیاسی فرهنگی توجیه‌پذیر باشد و شرایط را به طور عمده به هم نریزد. ثانیاً اینکه تغییر رویه قضایی در نظام فرانسه مانند کامن‌لا پرونده محور نیست که محاکم خود در تطبیق موضوعات جدید با پرونده‌های پیشین مختار باشند بلکه رویه قضایی مانند قانون انشا می‌شود یعنی به شکل یک قاعده عام و انتزاعی. ثالثاً اینکه محاکم عالی گرچه خود را ملزم به پیروی از رویه‌های پیشین نمی‌دانند اما برای حفظ انسجام سعی در حفظ آن‌ها هم دارند. نهایتاً هم اینکه مسئولیت‌های بسیار دقیق و سخت‌گیرانه‌ای برای فعالین حوزه حقوق در نظر گرفته شده‌است که حداقل امکان تغییر رویه قضایی را هشدار دهند تا جامعه هم متضرر نگردد.

◆ منبع:

- <https://revue.ersuma.org/no-spe-etat-reel-du-droit-civil-et-du/2014-cial-idef-mars/article/1-etat-reel-de-la-jurisprudence>

این سؤال به دیوان این فرصت را می‌دهد که رویه قضایی را به عنوان عنصری از حقوق موضوعه موجود به رسمیت بشناسد. این اصل پذیرفته شده که یک متخصص حقوقی باید در مشاوره‌هایش رویه قضایی را در نظر بگیرد اما مشخص کردن خطوط تعهد حرفه‌ای باقی مانده‌است. بدیهی است که او موظف است از رویه قضایی موجود در زمان مشورت اطلاع بدهد. از سوی دیگر، او نمی‌تواند ملزم به پیش‌بینی تغییر رویه قضایی باشد. به هر حال، رویه قضایی گاهی ثابت است و گاهی در آینده رویه قضایی تغییر می‌کند. دیوان عالی در نظر گرفت که در این بین، متخصص حقوقی باید نسبت به وجود اختلاف در مورد رویه قضایی یا عدم قطعیت آن هشدار دهد. بنابراین، یک سردفتر به دلیل عدم توجه به چنین عدم اطمینانی محکوم شد. در واقع حکمی در مورد قوانین ثبتي در روزنامه (Gazette du Palais) چاپ شده بود که نوید ایجاد یک رویه قضایی جدید را می‌داد. سردفتر آن را بی‌اهمیت خواند و اشاره نکرد که ممکن است رویه قضایی تغییر کند. اندکی پس از انتشار این رأی نیز دیوان عالی رویه را تغییر داد. در واقع وظیفه سردفتر بود که باید طبق آن هشدار می‌داد که ممکن است رویه قضایی تغییر کند. در موضوعی مشابه، یک وکیل به دلیل عدم ارائه دلیلی بر اساس یک تصمیم مهم اصلی، بسیار معروف و منتشر شده موسوم به حکم (costedat) در مسائل مربوط به مسئولیت مدنی محکوم شد اما در مورد دامنه اعمال تردیدها به ویژه در حوزه مسئولیت کیفری وجود داشت. (توضیح: این رأی بیان می‌کرد که اگر تقصیری که کارگر مرتکب شده در حوزه مأموریتی که کارفرما داده است، باشد و او از دستور او تخطی نکرده باشد؛ صرفاً کارفرما مسئول است و برخلاف سابق کارگر مسئولیتی ندارد. وکیل باید به این موضوع توجه می‌کرد که این رأی در حوزه مسئولیت مدنی ممکن است بعدها باعث تغییر در مسئولیت کیفری بین امر و مأمور گردد). همان‌طور که می‌بینیم شناخت وضعیت دقیق رویه قضایی در دوره عدم قطعیت که در اغلب موارد منجر به تغییر آن می‌شود دشوار می‌باشد. از این نظر، محدود کردن تعهد حرفه‌ای حقوقی تنها به

پاشنه آشیل برنامه ریزی در ایران

واکای اصلاحات ساختاری برنامه توسعه هفتم



امیرحسین بامتی طوسی
کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه علوم قضایی
کارشناس اقتصاد، دانشگاه علامه طباطبائی تهران

همچنین منابعی که از طرف شرکت های دولتی و بخش خصوصی صرف عملیات عمرانی می گردد از یک طرف و اعتبارات جاری و عمرانی دولت و هزینه های عمرانی شرکت های دولتی و بخش خصوصی از طرف دیگر جهت وصول به هدف های مذکور پیش بینی می گردد.» بنابراین با عنایت به توضیحات فوق احکامی برنامه ای تلقی می شوند که: نخست آنکه اهداف و مقاصد مورد نظر را مشخص نموده باشند، دوم آنکه سازوکارهای رسیدن به اهداف مذکور را تبیین نموده باشند و سوم آنکه جنبه موقتی داشته و از لحاظ زمان بندی به منظور تحقق اهداف مورد نظر پیش بینی شده باشند (توفیق، ۱۳۹۳). لذا هرگونه حکمی که فاقد مؤلفه های یاد شده باشد، غیربرنامه ای تلقی می گردد و در نتیجه مشمول ایرادات حقوقی است. از ضروریات تحقق مؤلفه های احکام برنامه های توسعه که از سیاق ماده (۱) قانون برنامه و بودجه استنباط گردید، میتوان به موارد ذیل اشاره کرد:

♦ ماهیت میان مدت احکام برنامه و دائمی نبودن احکام پیشنهادی.

♦ عدم ارائه احکام غیر ضروری در قالب تکرار قوانین موجود و یا بعضاً اصلاح احکام جاری کشور به وسیله لوایح برنامه های توسعه.

♦ داشتن اهداف کمی با قابلیت ارزیابی همراه با استراتژی تحقق آنها.

♦ عدم ابهام و نامشخص بودن تکلیف یا جواز قانونی و عدم نقض اصول قانون اساسی به ویژه اصل (۸۵) قانون اساسی.

♦ مشخص بودن دستگاه مسئول در احکام لایحه.

♦ برخورداری از زمان بندی مشخص جهت اجرا.

♦ وجود ماهیت تکلیفی و عدم اکتفاء به مواد ارشادی.

♦ قابلیت اجرا و اثربخشی در طول دوران برنامه (زاکری، ۱۴۰۲). موارد اشاره شده در سطور گذشته، تنها بخشی از لوازم تحقق یک برنامه ثمربخش خواهد بود. بنابراین عدم اهتمام به هر یک در لایحه برنامه پنج ساله هفتم توسعه، منطبق برنامه ریزی را مخدوش میکند. یکی از مسائلی که در خصوص برنامه اهمیت بسیار دارد، مدت آن است. شاید بتوان گفت یکی از چالشی ترین موضوعات حقوقی و نهادی که تا به امروز بر سر آن مناقشه وجود دارد، مسئله مدت زمان برنامه است. مشرف نفیسی در گزارش معروف خود، به این ضرورت بدین نحو اشاره می کند: «اگر مدت، زیاد کوتاه باشد بسیاری از عملیات ضروری که انجام آنها بیش از مدت برنامه است، ناچار از

بی تردید برنامه ریزی و تدوین سند برنامه توسعه، یکی از مهم ترین ابزارهای نظام تدبیر به منظور اداره خردورزان امور و اجتناب از رفتارهای ناهماهنگ، متعارض، سلیقه ای و فاقد میناست. بررسی چگونگی پیدایش اندیشه برنامه ریزی در ایران، نوع نگاه دست اندکاران آن، تحول و حتی در مقطعی دگردیسی آن در دوران پیش از انقلاب و پس از آن و به عبارت دقیق تر، تطور نگرش ها در این زمینه، بستر مناسبی را برای فهم دقیق تر و درست تر از شرایط کنونی ایران در برنامه های توسعه فراهم خواهد کرد. در طول هفتاد و پنج سالی که از عمر برنامه ریزی در ایران می گذرد، انواع برنامه ها اعم از برنامه ریزی طرح ها و پروژه ها تا برنامه ریزی کلان که از سال ۱۳۴۰ در کشور ما معمول شده است، تهیه و به موقع اجرا گذاشته شده اند، لکن هیچکدام منجر به توسعه یافتگی نشدند (توفیق، ۱۳۹۳). بنابراین سوال اساسی این است که حلقه مفقوده نظام برنامه ریزی در ایران چیست؟ چرا در شرایطی که تمام توان نظام تصمیم گیری صرف تدوین لوایح برنامه میشود، این برنامه فاقد دستاوردی محسوس برای کشور است؟ به عبارتی دقیق تر، پاشنه آشیل برنامه های توسعه در ایران چه میباشد؟ در این نوشتار به طور مختصر بر این نکته پافشاری میکنیم که فقدان سازوکار حقوقی و نهادی اعتباربخش که بتواند فرایند توسعه یافتگی را تسهیل نماید، به عنوان متغیری کلیدی و راهگشا شناخته میشود.

صرف نظر از اینکه هیچگاه جایگاه برنامه های عمرانی قبل از انقلاب و برنامه های توسعه بعد از انقلاب، در هرم هنجارهای حقوقی مشخص نگردید که این خود بستر را برای نادیده انگاری قوانین برنامه های توسعه و در مواردی نقض آن به وسیله سایر قوانین فراهم می کند، باید گفت که همواره در نظام برنامه ریزی، چالش ها، ابهامات و سوالاتی که دارای ابعاد حقوقی است، مطرح می شود که نیازمند مذاقه ای جدی است.

در تعریفی مختصر، «برنامه» به فرآیند حرکت از وضعیت موجود به وضعیت مطلوب، شناخته می شود. بنابراین، برنامه دارای سه رکن است: ۱) تبیین وضعیت موجود ۲) ترسیم وضعیت مطلوب و ۳) استراتژی و سازوکار حرکت از وضعیت موجود به وضعیت مطلوب (اقدام مشخص). در تنها تعریف قانونی که از «برنامه» وجود دارد، نیز چنین مضمونی قابل مشاهده است. بدین صورت که مطابق ماده (۱) قانون برنامه و بودجه کشور (مصوب ۱۳۵۱) منظور از برنامه های پنج ساله «... برنامه جامعی است که برای مدت پنج سال تنظیم و به تصویب مجلسین می رسد و ضمن آن هدف ها و سیاست های توسعه اقتصادی و اجتماعی طی همان مدت مشخص می شود. در این برنامه کلیه منابع مالی دولت و

رویکرد بودجه چند ساله بر اساس چندین مزیت بالقوه است که در جای خود باید بررسی شود لکن پرسش بنیادین این است که در بستر نهادی ایران، اتخاذ چنین تصمیمی، کارایی و اثربخشی لازم را دارد یا خیر؟ چارچوب‌های بودجه چند ساله، اغلب به عنوان ابزاری برای کنترل مخارج در نظر گرفته میشوند (اسپکمن، ۲۰۰۲). با این حال اثرات بودجه ریزی چند ساله به شرایط مختلفی بستگی دارد که برخی از آنها ممکن است منجر به هزینه بیشتر و نه کمتر شود. این واقعیت که بازیگران سیاسی با سقف‌های بودجه خاصی موافقت کرده‌اند، لزوماً به این معنا نیست که آنها بعداً از این سقف‌ها تبعیت می‌کنند یا آنها را اجرا می‌کنند. به عنوان مثال، تغییر در ترجیحات، ممکن است فشاری برای تغییر توافق اولیه ایجاد کند. بافت نهادی، شرایط اقتصادی شکننده و بحران عدم اطمینان تأثیر شگرفی بر مخارج خواهند گذاشت که در نهایت بودجه ریزی چند ساله را از کارکرد خواهد انداخت. انطباق با این چارچوب به تعامل بین ترجیحات و انواع بازیگران کلیدی، قوانین وعدم اطمینان بستگی دارد (استیونبرگ، ۲۰۲۱).

این نوشتار مروری مختصر بر چالش‌های حقوقی برنامه‌های توسعه به همراه واکاوی برخی از اصلاحات مندرج در لایحه برنامه هفتم توسعه بوده است. توسعه یافتگی که معادل قدرت و اکانش سنجیده و به موقع و ثمر بخش به تغییرات دانسته می‌شود، نیازمند تلاشی شبانه روزی است. پاشنه آشیل توسعه در ایران، ابعاد و جهات مختلفی به خود گرفته است. بررسی ابعاد حقوقی آن، به عنوان یک رسالت بر دوش ما محققان حقوق است. به امید آنکه بتوانیم با یاری یکدیگر، رسالت خود را به بهترین شکل ممکن به سرانجام برسانیم.

منابع

- توفیق، فیروز (۱۳۹۳)، برنامه‌ریزی در ایران و چشم‌انداز آینده آن، تهران، موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، چاپ دوم.
- زاکری، زهرا (۱۴۰۲)، ویژگی‌های شکلی مورد انتظار از مواد و احکام لایحه برنامه‌های توسعه پنج ساله کشور با استفاده از تجربه برنامه ششم توسعه، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، معاونت پژوهش‌های اقتصادی.
- عزیرخانی، فاطمه، پاسبانی صومعه، ابوالفضل (۱۳۹۴)، آسیب‌شناسی عدم تقارن میان تقویم سیاسی و برنامه ریزی کشور، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، معاونت پژوهش‌های اقتصادی.
- نفیسی، مشرف (۱۳۲۶)، گزارش آقای دکتر مشرف نفیسی راجع به برنامه هفت ساله، تهران، سازمان برنامه و بودجه

برنامه خارج می‌ماند. اگر مدت، زیاد طولانی باشد این خطر پیدا می‌شود که پیش‌بینی اوضاع و احوالی که در چند سال آینده روی خواهد داد از چند سال قبل، ممکن است درست نباشد. (نفیسی، ۱۳۲۶) بنابراین سوال این است که مدت برنامه چه میزان باید باشد و چرا؟ در این راستا طیفی از صاحب‌نظران معتقد هستند که مدت زمان اجرای برنامه باید متناسب با تقویم سیاسی باشد. در واقع، مطالعات آسیب‌شناسی برنامه‌های توسعه در ایران، اغلب یکی از نقصان‌های جدی این برنامه‌ها در حوزه اجرا را به عدم تطبیق تقویم سیاسی و تقویم سیاسی یا برنامه‌ای کشور مرتبط می‌دانند (عزیرخانی، ۱۳۹۴). در این چارچوب گفته می‌شود که به دلیل این عدم تطابق تقویمی (برنامه‌های توسعه پنج ساله و دوره‌های ریاست‌جمهوری چهار ساله) مجری برنامه‌های توسعه با تدوین‌کنندگان آن گاه یکسان نبوده، و همین امر باعث می‌شود که انگیزه لازم برای اجرای برنامه‌های توسعه فراهم نیاید. در همین چارچوب یکی از پیشنهادهای در راستای بهبود تعهد و مشارکت عوامل نسبت به اجرای برنامه، ایجاد تطابق بین تقویم سیاسی و برنامه‌ای کشور از طریق کاهش دوره برنامه‌های توسعه کشور به چهار سال است. از طرفی دیگر، گروهی بر این نکته اصرار دارند که تطابق تقویمی در بهبود تعهد و مشارکت تأثیر معناداری ندارد فلذا تلاش برای مطابق‌سازی آن‌ها (حتی به عنوان یک راه حل کوتاه‌مدت) کمکی به حل مسئله افزایش تعهد و مشارکت نمی‌کند.

صرف نظر از موارد فوق که تشریح و تحلیل هر کدام از آنها مجال دیگری را می‌طلبد، واکاوی متن لایحه برنامه پنج ساله هفتم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران از منظر حقوقی، ضرورت دارد. در این نوشتار به طرح بحث و تشریح مسئله‌های کلیدی از مجموع نکات حقوقی لایحه مورد اشاره، پرداخته می‌شود. توضیح آنکه، در لایحه برنامه هفتم توسعه، مجموعه‌ای از اصلاحات ساختاری پیش‌بینی شده است که صرف نظر از آنکه اصلاحات درج شده، چه پیامدهایی به همراه دارد، باید گفت که فقدان سازوکار دقیق، مشخص و شفاف در این خصوص، نظام حقوقی را دچار هرج و مرج خواهد کرد.

به عنوان نمونه، به موجب ماده (۳۳) پیشنهاد شده است که وزارت امور اقتصادی و دارایی به وزارت تأمین مالی و خزانه داری تبدیل شود. سوال این است که تکلیف وظایف دیگری که فراتر از تأمین مالی و خزانه داری برعهده وزارت امور اقتصادی و دارایی است، چه می‌شود؟ نکته جالب آن است که لایحه در این خصوص، فاقد حکم است و لذا ابهام دارد. این در حالی است که به موجب بند (۹) سیاست‌های کلی قانونگذاری، رعایت اصول قانون نویسی، مورد تأکید قرار گرفته است.

از دیگر مواردی که به عنوان اصلاحات ساختاری در لایحه درج گردید، حکم موضوع ماده (۲۵) است. این ماده بیان می‌دارد: «به دولت اجازه داده می‌شود لوایح بودجه سنواتی را به روش بودجه ریزی غلطان در قالب سندهای مالی میان مدت سه ساله بر پایه برنامه‌های دستگاه‌های اصلی که بیانگر رؤس برنامه‌های دولت و متضمن پایداری میان مدت مالیه عمومی باشد، تهیه و ارائه نماید.» در سال‌های اخیر، بسیاری از کشورهای توسعه‌یافته به سمت توسعه فرآیند بودجه سالانه خود در یک چارچوب استراتژیک چند ساله حرکت کرده‌اند. منطق معرفی یک رویکرد

- Spackman, Michael 2002 Multi-Year Perspective in Budgeting and Public Investment Planning, National Economic Research Associates
- Steunenberg, Bernard 2021 the politics within institutions for regulating public spending: conditional compliance within multi-year budgets, Constitutional Political Economy volume 32 pages 31-51

رویه قضایی حاکم بر افزایش خواسته در دعاوی حقوقی

مهدی شیخ‌نار

دانش آموخته دانشگاه علوم قضایی

قاضی دادگستری

یکی از شاخه‌های زیبای علم حقوق که بستر و شیوه و چگونگی احقاق حق را تبیین می‌نماید عبارت است از حقوق آیین دادرسی. اصولاً هدف از وضع و برقراری قواعد آیینی و ورود آن در قانونی به نام آیین دادرسی مدنی در ابتدا پرهیز از احقاق حق شخصی و رفتن به دادگستری برای دادخواهی و ستاندن حق مورد ادعای خواهان می‌باشد. (نهرینی فریدون، ۱۳۹۸) در این راه دادرس باید تابع قانون باشد و از راهکارها و قالب‌ها و شیوه‌هایی که قانونگذار پیش بینی نموده است پیروی نماید و از این طریق عدالت به ارمغان آید. در این نوشته به دنبال بررسی یکی از موضوعات مبتلابه آیین دادرسی مدنی در رویه قضایی تحت عنوان افزایش خواسته هستیم.

یکی از اصولی که در دادرسی مدنی وجود دارد؛ اصل ثبات عناصر دعوا است. این اصل اقتضا دارد که حتی الامکان ارکان دعوا ثابت بمانند و تغییرات احتمالی نیز بایستی در چارچوب مقررات صورت پذیرد. شیوه‌های قانونی دخل و تصرف در موضوع دعوا مشتمل بر افزایش خواسته، کاهش خواسته و تغییر خواسته در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی پیش بینی شده است. از آنجا که ارکان دعوا بایستی تا پایان اولین جلسه دادرسی تثبیت شوند، افزایش یا تغییر خواسته تا پایان جلسه اول دادرسی امکانپذیر است لیکن کاهش خواسته به لحاظ تأثیر ارفاقی نسبت به خوانده، با محدودیت زمانی پیش گفته مواجه نمی‌باشد. همان‌طور که در ابتدا بیان داشتیم در این یادداشت به افزایش خواسته در رویه قضایی به عنوان یکی از موضوعات کاربردی خواهیم پرداخت.



ما معتقد باشیم افزایش خواسته هردو مصداق را شامل می‌شود با دو ایراد مواجه خواهیم بود؛ ایراد اول آنکه چیزی که اضافه می‌شود در دادخواست تصریح نشده است و ثانیاً آنچه که افزوده می‌شود خود یک دعوی مستقل می‌باشد و نیازمند تقدیم دادخواست است؛ لذا عملاً آنچه که اتفاق خواهد افتاد چیزی بیشتر از افزایش خواسته خواهد بود و در واقع نوعی الحاق خواسته جدید به خواسته مصرحه در دادخواست اتفاق می‌افتد.

از سویی با عنایت به اینکه براساس نظر دکترین حقوقی (شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی پیشرفته، دراک، جلد دوم، تهران، ۱۳۹۹، ص ۱۵۶ تا ۱۵۸) در صورتی می‌توان خواسته را افزایش داد که یا میزان خواسته معلوم باشد (مانند تعدادی سکه، مقداری گندم و...) یا اینکه خواسته عین معین باشد (مثلاً رفع تصرف عدوانی از ۴ دانگ به ۶ دانگ) لذا می‌توان نتیجه گرفت که منظور قانون گذار در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ فقط مصداق مورد «الف» را در برمی‌گیرد و خواهان می‌تواند خواسته مصرحه در دادخواست را بیافزاید نه آن که خواسته جدیدی را تا پایان جلسه اول رسیدگی به خواسته تصریح شده اضافه کند.

◆ منابع

- مهاجری، علی، آیین قضاوت مدنی
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی پیشرفته، جلد دوم
- نهرینی، فریدون، آیین دادرسی مدنی، جلد دوم
- کیهان، محسن - حیدری، سیروس - ماندگار، مصطفی، دخل و تصرف در موضوع (خواسته) دعوای مدنی، - مطالعات فقه اقتصادی سال سوم زمستان ۱۴۰۰ ویژه نامه جستارهای نوین فقه و حقوق

باتوجه به اینکه جلسه اول دادرسی در افزایش خواسته تاثیر دارد باید بررسی نماییم که مراد از جلسه اول دادرسی چیست و چه زمانی این عنوان اولین جلسه دادرسی از آن برداشته می‌شود؟ در خصوص جلسه اول رسیدگی باید اذعان داشت که جلسه‌ای است که در آن موجبات دادرسی و رسیدگی فراهم باشد که در صورت فراهم بودن این مقدمات، خواهان اختیار افزایش خواسته را خواهد داشت. این افزایش خواسته به دو شکل می‌تواند انجام شود.

◆ خواسته تصریح شده در دادخواست، از همان جنس افزایش پیدا کند، مثلاً خواسته خلع ید از ۱۰۰۰ متر زمین در جلسه اول رسیدگی به خلع ید از ۲۰۰۰ متر افزوده گردد و یا خواسته مطالبه وجه به مبلغ یک میلیارد ریال تا پایان جلسه اول دادرسی به دومیلیارد ریال افزایش پیدا کند.

◆ خواسته‌ای از جنس دیگری به خواسته تصریح شده در دادخواست اضافه گردد، مانند اینکه خواهان به دعوای خلع ید، مطالبه اجرت المثل ایام تصرف را نیز اضافه نماید.

یکی از مسائلی که در رویه قضایی محل اختلاف نظر می‌باشد این است که مقصود از افزایش خواسته در ماده مذکور، کدام یک از موارد فوق می‌باشد؟ عده‌ای قائل بدان هستند که افزایش عرفاً هر دو مصداق را در بر می‌گیرد لذا با شرط وجود ارتباط و واحد بودن منشاء می‌توان خواسته را افزایش داد که براساس نظر این گروه برای مثال در صورتی که خواهان دادخواستی به خواسته رفع تصرف عدوانی مطرح کرده می‌تواند تا پایان جلسه اول رسیدگی، خواسته رفع ممانعت از حق نیز اضافه نماید. لکن برخی قائل‌اند که وفق ماده ۹۸ قانون فوق‌الذکر صرفاً خواسته تصریح شده در دادخواست را تا پایان جلسه اول رسیدگی اضافه نمود لذا صرفاً مصداق «الف» را در برمی‌گیرد. بدان دلیل که چنانچه

رویه قضایی در اعتراض خارج از موعد نسبت به قرارهای نهایی

محمد حسن کوهستانی
دانش آموخته دانشگاه علوم قضایی
قاضی دادگستری



به رویت مقام عالی نرسد و چه بسا حق وی ضایع گردد. همانطور که بیان شد این رویه قضایی غالب و اکثریت قضات تحقیق می باشد و در این بین عده قلیلی نیز نظر متفاوت دیگری دارند. چنانکه عده ای از قضات دادگاه ها معتقدند با تنقیح مناط از ماده ۴۳۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ قضات تحقیق نیز باید ورود نموده و معاذیر شاکی را بررسی نمایند تا چنانچه عذر موجهی اعلام نمود پرونده به دادگاه صالح ارسال گردد و در غیر این صورت یعنی موجه نبودن عذر اعلامی، مقام تحقیق حق پذیرش اعتراض و ارسال پرونده به دادگاه را ندارد و با رعایت این مورد از تحمیل شدن هزینه های اضافی به بیت المال نیز جلوگیری می گردد. از طرفی همکاران مرجع تحقیق ما نیز نسبت به این مورد مستحضر هستند که اگر امکانش می نمود بعضی از قضات محترم دادگاه ها حتی تشکیل جلسه نهایی میان طرفین دعوا و تعیین حبس و میزان جزای نقدی و صدور حکم مقتضی را هم به دادرسا محول می نمودند.

در ادامه جهت تقریب فضای ذهن و نیز بررسی عملی این مورد، نمونه ای از متن قرار ارسال پرونده به مرجع تحقیق جهت بررسی معاذیر شاکی و مواجهه مقام تحقیق با این تصمیم ملاحظه می گردد:

♦ «به تاریخ ۲۶/۰۲/۱۴۰۲ در وقت فوق العاده پرونده کلاسه «الف» در شعبه «د» دادگاه کیفری ۲ تهران به تصدی امضاء کننده ذیل تحت نظر است. ملاحظه می گردد که شاکی خانم الف نسبت به قرار منع تعقیب صادره از سوی دادیار محترم شعبه ج دادرسی عمومی و انقلاب ناحیه تهران اعتراض نموده (تاریخ اعتراض ۲۷/۱۲/۱۴۰۱) درحالی که تاریخ ابلاغ به وی ۲۷/۱۲/۱۴۰۱ می باشد به هر ترتیب نظریه این که اعتراض شاکی خارج از مهلت ۱۰ روزه مقرر قانونی می باشد و نظر به اینکه گرچه قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ درخصوص وظیفه و تکلیف مقام تحقیق در رابطه با اعتراض خارج از مهلت نسبت به قرار منع تعقیب دادرسا ساکت است لیکن می توان با وحدت ملاک از ماده ۴۳۲ قانون مزبور ابتدا دادیار محترم چنانچه شاکی معترض عذر موجهی داشته باشد ابتدا به عذر او رسیدگی و در صورت موجه شناختن آن قرار قبولی درخواست صادر و پرونده را جهت رسیدگی به اعتراض به

یکی از مسائلی که بعضا قضات تحقیق ممکن است در مواجهه با آن با مشکل رو به رو گردند بحث به ظاهر ساده اعتراض به قرارهای منع و موقوفی تعقیب می باشد. برای مثال در پرونده ای قاضی تحقیق پس از انجام تحقیقات مربوطه به این نتیجه می رسد که ادله جهت احراز وقوع بزه یا انتساب آن به مشتکی عنه کافی نیست یا اساسا موضوع مطرح شده فاقد جنبه کیفری است یا به لحاظ شکلی قابلیت تعقیب کیفری وجود ندارد؛ بنابراین حسب مورد قرار نهایی منع یا موقوفی تعقیب را صادر می نماید و پس از تایید دادیار اظهار نظر قرار مزبور به طرفین ابلاغ می گردد.

زمانی که شاکی در موعد مقرر یعنی ظرف مهلت ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ قرار، اعتراض خود را تقدیم می نماید، میان قضات محترم اختلاف نظری نیست و می توان گفت به اتفاق، جملگی موافق اند که بدون هیچ چون و چرایی قضات تحقیق پرونده را با دستور، جهت رسیدگی به اعتراض به دادگاه صالح ارسال نمایند. لیکن مشکل زمانی به وقوع می پیوندد که شاکی اعتراض خود را خارج از مهلت قانونی تسلیم نماید. سوالی که اینجا مطرح می گردد آن است که آیا قضات تحقیق مجاز هستند چنین اعتراض خارج از موعدی را نیز پذیرفته و پرونده را جهت رسیدگی به اعتراض به دادگاه صالح ارسال نمایند؟ یا خیر به علت عدم رعایت موعد، اعتراض را نپذیرفته و پرونده را ارسال نمایند مگر شاکی معاذیر موجهی برای عدم اعتراض خود در موعد قانونی اعلام نماید؟ آیا اساسا قضات تحقیق مجاز هستند در این زمینه ورود نموده و وارد بودن یا نبودن اعتراض را بررسی و معاذیر شاکی اعم از موجه یا غیر موجه را استماع نمایند؟ رویه قضایی کدام روش را پذیرفته و اقدام می نماید؟

در خصوص مراجع تحقیق قانون ساکت بوده است. در رویه میان قضات تحقیق، اگر همه اعتراضات چه در موعد قانونی ارائه شده باشد و چه غیر آن، بدون توجه به عذر موجه اعلام شده از سوی شاکی، اخذ شده و پرونده برای رسیدگی به اعتراض به دادگاه صالح ارسال می گردد. به دلیل آن که اعتقاد بر آن است که دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل اعتراض را دارد صلاحیت بررسی معاذیر شاکی را نیز دارد و چنانچه این مقوله را به دادرسا محول نماییم ممکن است شاکی عذر موجهی اعلام نماید که از نظر قضای تحقیق موجه نبوده و اینگونه هیچ گاه اعتراض او

دادگاه ارسال فرمایند و اگر عرض ارائه شده ازسوی شاکی را موجه تشخیص ندهد نسبت به رد درخواست شاکی اقدام فرمایند. با این وصف مقرر است دفتر محترم پرونده جهت اقدام بر این اساس از آمار کسر و به شعبه محترم دادیاری اعاده گردد.»

همچنین نمونه تصمیم مقام تحقیق، نیز برای تفصیل بحث فراهم شده است:

♦ «دفتر محترم با عنایت به اینکه مرجع رسیدگی به اصل اعتراض به قرار نهایی منع یا موقوفی تعقیب، دادگاه است و بالتبع تصمیم در خصوص موجه یا غیر موجه بودن آن نیز با همان دادگاه باشد و دادسرا موظف به اخذ تمامی اعتراضات واصله نسبت به قرارهای منع و موقوفی تعقیب (ولو خارج از مهلت قانونی) و ارسال به دادگاه صالح است و در غیر این صورت اگر بنا باشد خود شعبه ای که قرار منع یا موقوفی صادر نموده نسبت به وارد بودن یا نبودن اعتراض به آن قرار ولو رسیدگی به مقدمات آن یعنی بررسی معاذیر موجه یا غیر موجه نیز رسیدگی و اظهار نظر نماید اصل بی طرفی موضوع ماده ۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ رعایت نمی‌گردد و در این فرض شعبه تحقیق صادر کننده قرار می تواند الی الابد معاذیر معترض را حتی اگر موجه باشد نپذیرد و اینگونه اعتراض معترض هیچگاه به سمع و نظر مرجع عالی نرسیده و حق معترض ضایع گردد و نظریه مشورتی ۱۴۴۲/۹۹/۷ مورخ ۰۸/۱۰/۱۳۹۹ کل حقوقی قوه قضاییه نیز موید همین مطلب است و می تواند راهگشا باشد فلذا پرونده جهت اتخاذ تصمیم مقتضی به دادگاه محترم عودت گردد.»

در ادامه توجه شما را به نظریه مشورتی ۱۴۴۲/۹۹/۷ مورخ ۰۸/۱۰/۱۳۹۹ کل حقوقی قوه قضاییه جلب می‌نمایم که بیان داشته است:

♦ «اولاً، مستفاد از مواد ۲ و ۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در تضمین حقوق اصحاب دعوا و از جمله حق اطلاع از نتیجه دادرسی و حق برخورداری از وکیل و با لحاظ ماده ۱۷۷ این قانون که قواعد و اصول عام مربوط به ابلاغ مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی نسبت به تصمیمات نهایی مراجع قضایی کیفری نیز حاکم است؛ بنابراین جز در موارد خاص نظیر مواد ۳۵۰، ۴۰۴ و ۴۱۷ قانون فوق‌الذکر که حکم دیگری در قانون تعیین شده است، با توجه به تبصره ماده ۴۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، قرارهای نهایی دادسرا و از جمله قرارهای موقوفی و منع تعقیب در مواردی که اصحاب دعوا دارای وکیل با حق وکالت در مرحله بالاتر باشند، باید به وکلای آن‌ها ابلاغ شود و مبدأ مهلت‌ها و مواعد اعتراض، از تاریخ ابلاغ به وکیل محاسبه می‌شود.

♦ ثانیاً، چنانچه پس از مهلت مقرر قانونی در خصوص قرار منع تعقیب صادر شده از سوی دادسرا لایحه اعتراض تقدیم شود، دادسرا مکلف است آن را ولو این‌که خارج از مهلت باشد، اخذ و ضمیمه پرونده کند و به دادگاه ذیصلاح ارسال دارد. دادگاه نیز با ملاحظه پرونده و احراز خارج از مهلت بودن اعتراض، قرار رد آن را صادر می‌کند. قرار رد مذکور با توجه به اصل قابلیت تجدید نظر آرای دادگاه‌ها و با اتخاذ ملاک از مواد ۴۳۲ و ۴۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ حسب مورد قابل تجدید نظر (اعتراض) در دادگاه تجدید نظر استان یا دیوان عالی کشور است.»

به نظر می‌رسد با توجه به استدلال گروه اول باید قائل به ارسال همه اعتراضات به دادگاه بود و به چنین رویه قضایی احترام گذارد چرا که قانونگذار در مقام بیان بوده و همانطور که در ماده قانونی مبحث عنه در خصوص بررسی معاذیر اعلامی از سوی شکات توسط دادگاه اعلام نظر نموده می‌توانست در این خصوص و تکلیف مراجع تحقیق در فروض مشابه نیز اظهار نماید. البته که نگارنده درصدد اثبات هیچ‌یک از دو نظر فوق نبوده و هر دو گروه استدلالات قابل تاملی داشته و محترم نیز می باشد. ولیکن صحبت در مورد این مسئله است که چه رویه‌ای اتخاذ گردد لازم به ذکر است که بحث فوق قابل تسری به سایر موارد مشابه از جمله اعتراض متهم به قرار منع تعقیب (که می‌دانیم قرار مزبور به نفع متهم است و اعتراض به آن از جانب وی در قانون پیش بینی نگردیده ولیکن بر فرض، ممکن است متهم با این استدلال که اساساً پرونده به لحاظ شکلی قابل تعقیب و رسیدگی نبوده و می‌بایست قرار موقوفی تعقیب صادر گردد؛ نه منع تعقیب و به این علت معترض باشد) و جلب به دادرسی که اساساً از جانب متهم قابل اعتراض نیست، می‌باشد. آیا در فروض فوق نیز مقام تحقیق می‌بایست اظهار نظر نماید و به دلیل آنکه اینگونه اعتراضات مسموع نیست اعتراض وارده را نپذیرفته و پرونده بایگانی گردد؟ یا خیر می‌بایست اعتراض را اخذ و به دادگاه صالح ارسال نماید تا دادگاه مزبور در این خصوص تصمیم مقتضی اتخاذ نماید؟

بحث‌ها و استدلال‌های فوق در اینگونه اختلافات نیز می‌تواند جاری و راهگشا باشد که بحث بیشتر پیرامون آن در این مقال نمی‌گنجد. ولیکن آنچه مسلم است رویه قضایی، مبنی بر اخذ همه اعتراضات و ارسال پرونده به دادگاه صالح جهت رسیدگی به اعتراض وارده می‌باشد.

آشنایی عملی و شناخت رویه قضایی در پرونده های جرایم مواد مخدر

محمد عبدلی

دانش آموخته دانشگاه علوم قضایی

قاضی دادگستری

قاضی کشیک باشید ممکن است با شما در خصوص متهمی که مواد مخدر به همراه داشته است تماس بگیرند فلذا یکی از جرایمی که قضات باید به آن تسلط خوبی داشته باشند قطعاً مواد مخدر است. چرا که با توجه به فراوانی این جرم هر لحظه احتمال اینکه با شما در این زمینه تماس گرفته شود وجود دارد در حالیکه در یکسری جرایم مثلاً پولشویی اصولاً در وقت کشیک در رابطه با دستگیری اولیه متهم با شما تماس نمی گیرند. رویه قضایی در این مرحله چیست؟ آیا به صرف اعلام مرجع انتظامی به اینکه متهمی در حال حمل یا نگهداری مواد مخدر بوده است باید دستور تحت نظر قرار دادن متهم را داد و اصولاً چه دستوراتی در بدو امر داد؟ پر واضح است که نمی توان یک پاسخ یکسان به سوال فوق داد و بر خلاف تصور رایج دانشجویان و حتی بسیاری از قضات که پرونده های مواد مخدر جز پرونده های سبک از لحاظ رسیدگی می باشد واقعیت چیز دیگری است و پرونده های مواد مخدر به دو دسته پرونده تقسیم می شوند: دسته اول پرونده هایی که در آنها متهم یا متهمین اقرار به جرم دارند و اما دسته دوم پرونده هایی هستند که متهم یا متهمین منکر وقوع یا انتساب بزه به خود می باشند. به دلایل بسیار این دسته دوم پرونده ها ممکن است حتی از یک پرونده قتل نیز سخت تر باشند! یک نکته که اینجا باید بیان شود و بسیار تا بسیار مهم است خصوصاً برای دوستانی که تازه وارد کار می شوند این می باشد که وزن و نوع مواد مخدر از زیر یک گرم تا چندین تن نباید شما را بترساند، چرا که در هر صورت موضوع مشمول یکی از دو دسته بندی بالا می گردد و چه بسا پرونده ای با یک گرم تریاک از پرونده ای با یک تن شیشه سخت تر باشد. اما برگردیم به سوال بالا وقتی که ضابطین با شما تماس می گیرند شما چه سوالاتی باید پرسید و چه تصمیمی باید بگیرید؟ از آنجا که طیف فروشی که قابل تصور است بسیار است صرفاً چند فرض پرتکرار مطرح و رویه قضایی در آن بیان می شود. خب فرض اول و پرتکرار خودرویی در جاده در حال تردد بوده است و در ایست بازرسی مورد بازرسی قرار می گیرد و مقداری مخدر کشف می گردد (در پراتنز بگویم قانونی بودن یا نبودن ایست بازرسی های موجود موضوع بحث فعلی ما

در نوشته های حقوقی در باب رویه قضایی، ما بیشتر شاهد مطالب ارزنده ای هستیم که مسائل نظری را جایگاه می بخشند. فرضاً در مقالات نقد و توجیه رای و رویه قضایی ما شاهد این هستیم که پژوهشگر با شاخص مطالب حقوقی و نظریات مطرح در دکترین به دنبال آن است که این نظریات و مطالب حقوقی را در عمل بررسی نموده و در آخر پی بدان ببرد که آیا رای صادره مطابق موازین صادر شده است یا نه؟ در باب رویه قضایی باید مطالبی را بیان نماییم که جنبه تکراری و صرفاً تئوری نداشته باشد. مطالبی که از تجربه و عمل بر می خیزد و خواننده را تا پایان سخن همراه می دارد که ببیند در رسیدگی به یک پرونده چه مشقت ها و چه اوضاع و احوالی وجود دارد و چه تصمیماتی را باید اخذ نماید. همچنین باید به بیان مطالبی پرداخت که هم اکنون قضات در دادگاه ها با آن سر و کار دارند. در این راستا در ابتدای امر باید اذعان داشت که از نظر اینجانب رویه قضایی صرفاً در آراء محاکم خلاصه نمی شود و صرف بررسی آراء نمی تواند علاقه مندان به قضاوت را با واقعیات رویه قضایی آشنا گرداند. بلکه رویه قضایی را شاید بتوان سبک و سیاق بررسی یک پرونده و ارتباط با طرفین پرونده و مقامات قضایی و غیر قضایی دخیل از مرحله قبل دستگیری متهم (شکایت شاکی) تا مرحله اجرای حکم در اجرای احکام دانست. فلذا در این نوشتار با این رویکرد مطالبی بیان خواهد شد. از میان انبوه موضوعات مطروح در دادگستری، موضوع بررسی رویه قضایی در جرایم مواد مخدر به نظر اینجانب اهمیت به سزایی دارد. چرا که برخلاف بسیاری از موضوعات که صرف اطلاع از قوانین می تواند قاضی را به سر منزل مقصود که تصمیم شایسته در خصوص گناهکاری یا بی گناهی متهم برساند، در این جرایم کمترین استفاده از قانون و بیشترین استفاده از تجربه و به نوعی رویه قضایی را نیازمندیم برای اینکه به اهمیت رویه قضایی در این جرایم پی ببریم بهتر است پرونده ای را مطرح و در این نوشتار صرفاً به مرحله دستگیری می پردازیم.

مرحله دستگیری

اصولاً در جرایم موضوع مواد مخدر، متهم توسط مرجع انتظامی راساً متوقف و دستگیر می شود و ما با نهاد احضار اولیه و سپس جلب روبرو نیستیم. فلذا چنانچه به عنوان

نیست بلکه آنچه اکنون رخ می دهد بیان می شود). اینجا در هر صورت و با هر داستانی که متهم نزد ضابطین تعریف می کند شما باید دستور تحت نظر قرار دادن وی را بدهید و در کنار آن دستوراتی مانند اخذ سوابق کیفری وی، اخذ و استعلام مشخصات خودرو، توزین و تشخیص مواد مخدر مکشوفه (وزن مواد چه قدر است نوع آن چیست) را بدهید و نکته مهم این است به هیچ وجه تفهیم اتهام متهم را بدون ملاحظه برگ توزین مواد انجام ندهید.

اما فرض دوم خودروی فوق دارای دو سرنشین است و هر دو شخص بیان می کنند از وجود مواد اطلاع دارند در این فرض نیز رویه قضایی عمل ارتكابی توسط اشخاص را در قالب مشارکت می داند فلذا دستورات فوق الذکر باید صادر گردد.

اما فرض سوم در خودروی فوق الذکر ممکن است هر دو متهم منکر اطلاع از وجود مواد باشند یا هر کدام بیان می کند بنده از مواد خبر نداشتم فلانی خبر داشت در اینجا چه باید کرد؟ توجه نمایم ممکن است مرجع انتظامی نیز در این فرض بیان کند از نظر ما مواد متعلق به یکی از این دو نفر است. در اینجا نیز رویه قضایی پذیرفته است که هر دو شخص تحت نظر قرار بگیرند تا بعد از حضور در دادسرا موضوع توسط قاضی بررسی و تصمیم مقتضی گرفته شود. پس به هیچ عنوان دستور آزادی یک از متهمین را نباید داد. در این نوشتار فرصت توضیحات تکمیلی نمی باشد گرچه به صورت کامل چرایی عدم آزادی شرح داده می شد.

اما فرض چهارم یکی از متهمین مواد را قبول می کند و دیگری نیز بیان می کند: «آن یکی قبول کرده است و من خبر نداشتم» در اینجا رویه های قضایی مختلفی جریان دارد. برخی از قضات معتقدند شخص منکر را می توان آزاد کرد و همان یک متهم کافیت اما برخی دیگر معتقدند باید هر دو تحت نظر قرار بگیرند. از نظر اینجانب باید به دلایل بسیار هر دو تحت نظر قرار بگیرند و نکته بسیار مهم تفاوتی در شخصیت متهمین نیست. گاهی دیده می شود ضابطین اصرار می کنند چون احدی از متهمین در این فرض خانم است آزاد گردد. اگر نظر دوم که از نظر اینجانب صحیح تر است را معتقد هستید به هیچ عنوان دستور آزادی شخص را ندهید چه زن باشد چه مرد چه جوان چه پیر هم اینک که در حال نگارش این سطور می باشم محکومی به علت جرم مواد مخدر دارم که بالای هشتاد سال سن دارد و به بیست و پنج سال حبس محکوم گردیده است و به عنوان تجربه باید بگویم حرفه ای ترین متهم مواد مخدری که با آن مواجه شده ام یک خانم بوده است. فلذا احساسات بر شما غلبه نکند.

اما فرض پنجم در خودرو بیشتر از دو نفر حضور دارند. خب باید بیان شود هر چه قدر تعداد افراد داخل یک خودرو بیشتر شود فروض فرعی و رویه های قضایی، متفاوت تر می شود و برای اینکه فرصت بیان همه فروض نیست یک نکته و یک فاکتور بیان می شود. در تمام فروضی که متهمین بیشتر از دو نفر هستند و هیچ کدام نیز تعلق مواد به خود را قبول ندارند به نظر اینجانب و با بررسی تعداد بیشمار پرونده می توانم بگویم اگر شما دستور تحت نظر قرار دادن تمام افراد حاضر را بدهید هیچ کس نمی تواند به شما خرده بگیرد. فلذا ترس و نگرانی ای از بابت این موضوع نیز نداشته باشید اما سعی کنید افراد کلیدی و مهم را شناسایی و تحت نظر قرار بدهید که احتمال اینکه مواد متعلق به آنها باشند بیشتر از سایرین است. با یک مثال جلو برویم: اتوبوسی با ۳۰ مسافر متوقف می شود از داخل جعبه آن حدود ۹۹ کیلو تریاک کشف می گردد در اینجا واقعا چه باید کرد؟ اگر هیچ کسی در اتوبوس مواد را قبول نداشته باشد کدام یک از افراد را باید تحت نظر قرار داد؟ به نظر می رسد اینجا اگر قرینه ای مبنی بر تعلق مواد بر احدی از مسافین بود همان شخص باید تحت نظر قرار بگیرد و مسافین و اتوبوس آزاد گردند. اما اگر هیچ قرینه ای نبود چه باید کرد؟ آیا می شود هر ۳۰ نفر مسافر به همراه رانندگان را تحت نظر قرار داد؟ به نظر اینجانب بله امکان آن می باشد اما در اینجا تیزی بیینی شما و مامورین حرف اول و آخر را می زند و یکی از سوالاتی که باید از مامور کاشف پرسید این است که مواد در ساک مسافین پیدا شده است یا در بارهایی که توسط رانندگان اتوبوس حمل می شود یا از جاسازی داخل خودرو اگر از ساک مسافین بود و هیچ مسافری قبول نکرد اینجانب معتقدم تمام مسافین را می توان تحت نظر قرار داد و البته رویه قضایی در این موارد سعی می کند یک متهم احتمالی توسط مرجع انتظامی معرفی و سایرین آزاد گردند و چنانچه بعد از تحقیق از متهم وی نیز بی گناه شناخته شد در قالب قرار منع و با این استدلال که تعلق مواد قابل انتساب به شخص یا اشخاص معینی نیست پرونده مختومه گردد و جهت ضبط مواد پرونده به دادگاه ارسال گردد. که این نظر از باب رویه عملی کارگشا می باشد اما واقعیت این است که با قانون چندان همخوانی ندارد. اما اگر از ساک نبود و از بارهای ارسالی و جاسازی بود در این فروض رویه قضایی قبول کرده است تمام مسافین آزاد و صرفا رانندگان و نماینده احتمالی اتوبوس تحت نظر باشند و البته اتوبوس باید توقیف گردد.

با توجه به اینکه صرفا می بایست مطالب در همین چند صفحه بیان شود از طرح باقی مطالب خودداری و انشالله در سایر زمان ها ادامه مباحث را پی خواهیم گرفت.

تحلیل و بررسی دو رای در باب تمایز بنیادین میان عدم النفع و تفویت منافع

(موضوع اولین جلسه نقد رای برگزار شده در دانشگاه علوم قضایی)



مهدی مرندی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی

گرفتن مازوت جدید داده‌اید در واقع تهاتر شده و برای بدهی‌های قبلی بوده‌است و ما ملزم نیستیم که به شما مازوت بدهیم. در پاسخ خواهان بیان داشته که ما به ایشان از طریق رسمی اطلاع دادیم که این ادعا باید در دادگاه مطرح شود و این مبلغی که ما پرداخت کرده‌ایم برای بدهی‌های قبلی نبوده‌است و ما قرارداد جدید بسته‌ایم و شرکت نفت باید به ما مازوت را تحویل می‌داده که نداده و به همین دلیل به ما خسارت وارد شده است. وکیل خواننده اذعان داشته که خسارت مورد ادعای خواهان، خسارت عدم النفع بوده که قانوناً قابل مطالبه نیست. در پاسخ وکیل خواهان بیان داشته که ضبط وجوه پرداختی و تهاتر نمودن دیون منجر به تعطیلی شده که این امر مسلم است.

ورود دادگاه به ماهیت دعوا

به عقیده دادرس دادگاه بدوی میان عدم النفع که در حاله ای از ابهام است با خسارت وارد بر منافع که قابل مطالبه است باید تفاوت گذاشت. دادگاه بدوی معتقد است که در اینجا اساساً تفویت منافع رخ داده‌است، یعنی به دلیل عدم تحویل مازوت، کارخانه تعطیل شده و سیمان تولید نشده و لذا منافع فوت شده‌اند. نظر ایشان در مرحله تجدیدنظر تأیید شده‌است.

بررسی مفهوم عدم النفع در دکترین داخلی

قبل از بحث در مورد اصطلاح عدم النفع شایسته است از باب تمهید مقدمه و آماده‌سازی ذهن مخاطب برای درک بهتر مطلب ابتدا بحث‌های مقدماتی را مطرح نموده و سرانجام به بررسی نهاد عدم النفع بپردازیم. لذا به منظور نیل به مقصود فوق در ابتدا مفهوم ضرر و اقسام آن را به عنوان یکی از ارکان اساسی در مسئولیت مدنی به معنای عام مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس شرایط ضرر قابل مطالبه را از نظر می‌گذاریم و سرانجام با توجه به دکترین داخلی اصلاح عدم النفع را از حیث ماهیت و احکام و آثار تحلیل می‌کنیم.

بخش اول- مفهوم ضرر و اقسام آن

ضرر از ارکان اساسی مسئولیت مدنی به معنای عام و به تعبیری مهم‌ترین رکن آن به شمار می‌رود. چندان که

مقتن در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ و ماده ۲۶۷ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در مورد عدم النفع به وضع مقرره پرداخته و خسارت ناشی از آن را قابل مطالبه ندانسته و تعریفی هم از آن ارائه نداده‌است. اصطلاح عدم النفع هرچند که در فقه مورد استفاده قرار گرفته اما پیش از این در متون قانونی ما مورد استفاده نبوده و لذا مجموع این موارد به همراه اختلاف نظرات در مورد ماهیت و احکام این اصطلاح در فقه ما موجب تعابیر و تفاسیر گوناگون در دکترین داخلی و آرای محاکم گردیده است که این وضع ضرورت بررسی ماهیت و احکام و آثار این نهاد را ایجاد می‌نماید. به همین منظور انجمن علمی دانشگاه علوم قضایی در تاریخ ۱۴ اسفند ۱۴۰۱ نشست نقد رأی با موضوع عدم النفع برگزار نمود. در این نشست ضمن نقد رأی موضوع جلسه به بررسی ماهیت عدم النفع پرداخته شد. در این نوشتار پس از مطالعه خلاصه‌ای از رأی مورد نظر، به بررسی مفهوم عدم النفع از منظر دکترین داخلی می‌پردازیم و در ضمن طرح مباحث، مفاد رأی مورد نظر را هم با مطالب ارائه‌شده تطبیق خواهیم داد.

خلاصه پرونده

شرکت صنایع سیمان علیه شرکت ملی پخش فرآورده‌های نفتی زاهدان و شرکت ملی نفت ایران طرح دعوا نموده است. خواسته دعوا این بوده‌است که براساس مصوبه هیأت دولت، شرکت نفت باید به خواهان به میزان مصوب هیأت دولت سوخت مازوت می‌داده ولی از آن تخلف کرده و این تخلف باعث تعطیلی کارخانه خواهان و ایراد خسارت به ایشان شده و لذا با طرح دعوا اقدام به مطالبه این خسارت کرده است.

خواسته خواهان و دفاعیات خواننده به طور خلاصه بدین شرح است:

این دو شرکت تنها فروشنده‌های مازوت هستند و مکلف به فروش و واگذاری نفت کوره به کارخانه‌های مازوت‌سوز مثل شرکت صنایع سیمان زاهدان بوده‌اند. این شرکت‌ها تعهدشان را اجرا نکرده‌اند و این باعث شده‌است که ۴ ماه شرکت تعطیل شود و در توجیه این نقض تعهد مدعی شده‌اند که دلیل آن، ابهام موجود در مصوبه هیأت دولت در خصوص قیمت مازوت بوده‌است. شرکت نفت گفته‌است که چون شما از قبل بدهی داشته‌اید، این مبالغی که برای

- ♦ ضرر باید در نتیجه لطمه‌ای که به حق شخص یا نفع مشروع او وارد شده پدید آمده باشد.
 - ♦ ضرر باید قبلاً جبران نشده باشد.
 - ♦ ضرر باید قابل پیش‌بینی باشد
- با توجه به اینکه بررسی تفصیلی این شرایط از حوصله بحث حاضر خارج بوده و مناسب است در جای دیگری مطرح شود، لذا در اینجا به همین مقدار اکتفا نموده و به بررسی تفصیلی عدم‌النفع می‌پردازیم.

♦ ماهیت عدم‌النفع و قابلیت مطالبه آن

در خصوص ماهیت و قابلیت مطالبه عدم‌النفع اختلاف نظر وجود دارد. ارائه نظر در این مورد به عوامل مختلفی بستگی دارد. مهم‌ترین مستنداتی که در این مورد وجود دارد تبصره ۲ ماده ۵۱۵ و ماده ۲۶۷ قانون آئین دادرسی مدنی، تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری، مواد ۲۲۱ و ۲۲۶ قانون مدنی و مواد ۱، ۵ و ۶ قانون مسئولیت مدنی است، اما اغلب استناد در بحث مربوط، به مواد مورد اشاره در قانون آئین دادرسی مدنی و قانون آئین دادرسی کیفری است. در جمع مقررات این دو قانون در دکتترین داخلی نظرات مختلفی ارائه شده است.

گروهی معتقدند که تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری که محرومیت از منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را قابل جبران دانسته را صرفاً باید به امور کیفری محدود نمود و در خصوص عدم‌النفع در امور مدنی باید طبق قانون آئین دادرسی مدنی آن را غیر قابل مطالبه دانست. این نظر قابل انتقاد است. به این جهت که بحث در خصوص مسئولیت مدنی است و همان‌گونه که ذکر شد رسالت اصلی نهاد مسئولیت مدنی، جبران ضرر تا حد ممکن و اعاده وضع متضرر به حالت قبل از وقوع ضرر است و در این میان تفاوتی نمی‌کند که ضرر حاصله ناشی از جرم کیفری باشد یا جرم مدنی. ضرر ناشی از جرم کیفری خصوصیتی ندارد که به استناد آن بتوان جبران منافع ممکن‌الحصول را صرفاً منصرف به آن دانست. عرف جامعه و عدل و انصاف هم چنین تفکیکی را نمی‌پذیرد.

عده دیگری معتقدند که عدم‌النفع مساوی با تفویت منفعت بوده و حکم تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری را باید در امور مدنی هم جاری دانست. به این ترتیب که باید بین منافع ممکن‌الحصول و منافع محتمل‌الحصول تفاوت گذاشت و قسم اول را طبق قانون اخیرالذکر قابل مطالبه دانست و قسم دوم را به استناد تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی غیرقابل مطالبه تلقی نمود.

برخی معتقدند عدم‌النفع دارای دو معنای عام و خاص می‌باشد. بدین ترتیب که عدم‌النفع به معنی عام را خسارت ناشی از محروم‌ماندن از نفعی دانسته‌اند که در صورت اجرای قرارداد برای متعهدله حاصل می‌شد، خواه نفع مزبور ناشی از مال معین یا شخص معین باشد یا نفعی باشد که صرفاً از انجام عمل مورد تعهد به دست می‌آمده

فلسفه نهاد مسئولیت مدنی و رسالت و آرمان اصلی آن را جبران ضرر دانسته‌اند.

در خصوص مفهوم ضرر تعابیر گوناگونی ارائه شده است که می‌توان گفت وجه اشتراک تمام آن‌ها قائل بودن مفهوم عرفی برای ضرر است. برخی گفته‌اند هر جا که نقصی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از بین برود یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخص لطمه‌ای وارد آید می‌گویند ضرر به بار آمده است.

ضرر را به اعتباری به سه قسم مادی، معنوی و بدنی تقسیم کرده‌اند^۱ که در اینجا به فراخور بحث صرفاً به بررسی ضرر مادی پرداخته و تبیین ضرر معنوی و بدنی را به مجال دیگر وا می‌گذاریم. ضرر مادی یا مالی را ضرری دانسته‌اند که قابل تقویم به پول باشد. این نوع از ضرر دو قسم دارد: خسارت به عین و خسارت به منفعت. ضرر مالی یا به موجب تلف، نقص یا عیب مال صورت می‌گیرد و یا بدون اینکه چنین لطمه‌ای به مال وارد شود از ارزش آن کاسته شده یا ارزش خود را تماماً از دست می‌دهد که این مقوله اغلب بر اموال غیرمنقول عارض می‌شود. مانند اینکه در جوار منزل مسکونی دیگری کارگاه صنعتی یا بنای بیست طبقه ایجاد شود که در اثر صدا، بوی مواد شیمیایی، دود و امثال آن موجب تنزل ارزش منزل شود. همچنین ممکن است ضرر مادی، تلف حق مالی باشد؛ مثل تخریب اتومبیل متعلق حق انتفاع دیگری.^۲

همچنین ضرر را به اعتبار دیگر به ضرر حال و ضرر آینده تقسیم کرده‌اند. در تعریف ضرر حال گفته شده خساراتی است که در گذشته وارد شده و فعلاً موجود است.^۳ ضرر آینده ضرری است که فعلاً ایجاد نشده اما در اثر حادثه‌ای که اتفاق افتاده است بر حسب سیر طبیعی امور در آینده به وجود می‌آید.^۴ قانونگذار ما در ماده ۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ این قسم از ضرر را قابل مطالبه دانسته است. لازم به ذکر است که در مورد معیار تشخیص ورود ضرر قطعی و مسلم در آینده باید ظن نوعی و داوری عرف را ملاک قرار داد؛ تقسیم‌بندی های دیگری هم از ضرر ارائه شده که به جهت عدم ارتباط با موضوع بحث و جلوگیری از اطالة کلام از بیان و بررسی آن‌ها خودداری می‌گردد.

♦ بخش دوم- شرایط ضرر قابل مطالبه

در خصوص شرایط ضرر قابل مطالبه در دکتترین داخلی اتفاق نظر وجود ندارد و شمار این شرایط از منظر حقوق دانان داخلی متفاوت است. در این میان مناسب است نظریکی از اساتید که جامع تمام نظرات دیگر است و موارد دیگری را هم افزون بر آن‌ها شرط دانسته به اختصار بررسی نمود.^۵

- ♦ ضرر باید مسلم باشد.
- ♦ ضرر باید مستقیم باشد.
- ♦ ضرر باید شخصی باشد.

۱- یزدانپناه، علیرضا (۱۳۹۷)، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تهران، میزان، ج ۱، ص ۳۰۰. ۲- کاتوزیان، ناصر، همان- صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۸)، مسئولیت مدنی، تهران، سمت، ش ۷۴. ۳- کاتوزیان، ناصر، همان. ۴- امامی، میر سید حسن (۱۳۹۷)، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ج ۱، صص ۶۷۷ و ۶۷۸. ۵- یزدانپناه، علیرضا، همان، ص ۳۰. ۶- امامی، میر سید حسن، مسئولیت مدنی، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران ۷- کاتوزیان، ناصر، همان، شماره ۱۲۳. ۸- صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی، همان، ش ۶۴ به بعد. ۹- بابایی، ایرج (۱۳۹۹)، حقوق مسئولیت مدنی، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ج ۱، ص ۵۴. ۱۰- پیشین.

برخلاف منفعت، صرفاً دارای معنای عرفی بوده که همان سود و ربح است و تعریف حقوقی خاصی از آن به چشم نمی‌خورد. ایشان منظور از نفع در اصطلاح عدم‌النفع را ناظر به معنای اول دانسته‌اند.^{۱۴}

گروه دوم برای بیان تمایز نفع از منفعت مثال‌هایی زده‌اند که ذکر مصداقی از آن‌ها در اینجا مناسب می‌نماید: مالک اسبی قصد داشت در ۹ روز اول نمایشگاه بین‌المللی، اسب خود را جهت سواری اجاره دهد و در روز دهم آن را بفروشد که به دلیل غصب موفق به این کار نشده‌است. اگر روزانه صد هزار تومان جهت اجاره در نظر بگیریم، از مالک نهصد هزار تومان منفعت زایل شده است و اگر مالک اثبات کند که در روز دهم می‌توانست اسب را دو میلیون تومان بالاتر از قیمت بازار داخلی بفروشد، از دو میلیون تومان سود نیز محروم شده‌است.^{۱۵}

به عقیده ما نظر اخیر به جهت تحلیلی مناسب‌تر است. به این جهت که برای فهم اصطلاحات در عالم حقوق در ابتدا باید در پی تعریف قانونی آن‌ها بود، اگر اصطلاحی در قانون تعریف نشده‌باشد، باید به تعاریف مرسوم بین حقوق‌دانان مراجعه نمود و در مرحله آخر اگر در بین حقوق‌دانان هم تعریف عام و مورد اتفاقی وجود نداشت باید به مفهوم عرفی مراجعه نمود. درست است که واژه منفعت دارای دو معنای عرفی و حقوقی است، اما در مقام استعمال آن در عالم حقوق باید آن را حمل بر معنای حقوقی خود نمود نه معنای عرفی. به عبارت دیگر در اینجا عرف خاص حقوقی بر عرف عام جامعه جهت تشخیص معنای مناسب مقدم است اما در خصوص واژه نفع چنین وضعیتی وجود ندارد و لذا در هر صورت در معنای عرفی خود به کار می‌رود. با ملاحظه مطالب فوق باید گفت دو واژه نفع و منفعت در استعمال عرفی مترادف یکدیگرند اما در استعمال حقوقی مترادف یکدیگر نبوده و تفاوت‌هایی بین آن‌ها وجود دارد که در مقام تفسیر می‌تواند مؤثر باشد. لذا در تعریف عدم‌النفع می‌توان گفت: «محرومیت از سود مورد انتظار است که در صورت فقدان فعل زیان‌بار (در مسئولیت قهری) و یا انجام تعهد موضوع قرارداد (در تعهد قراردادی) عاید شخص می‌شد.»^{۱۶}

همچنین در تعریف تفویت منفعت در عالم حقوق می‌توان گفت: «از بین بردن چیزی است که از عین مال یا عمل انسان حاصل می‌شود.» و در این فرض همان گونه که بیان شد تفاوتی میان منفعت موجود و منفعت آینده که مقتضی ایجاد آن فراهم است و ظن عرفی به ایجاد آن وجود دارد نیست. حتی می‌توان تفویت منفعت محتمل را هم داخل در این تعریف دانست، چرا که قابلیت جبران منفعت مسلم و عدم قابلیت جبران منفعت محتمل مربوط به بحث شرایط ضرر قابل جبران است که نباید با بحث تعریف خلط شود. اما در مورد قابلیت مطالبه تفویت منفعت و عدم‌النفع؛ در این خصوص

است. اما خسارت عدم‌النفع در معنی اخص را فقط خسارت ناشی از خودداری متعهد از انجام عمل مورد تعهد دانسته و فرض تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی را ناظر به همین قسم شمرده‌اند. به عقیده ایشان چنین ضرری هرچند که مسلم بوده و شرایط ضرر قابل مطالبه هم در آن جمع باشد اما چون مقنن مطالبه آن را ممنوع اعلام کرده است، چاره‌ای جز پذیرش حکم او وجود ندارد و نمی‌توان در این موارد حکم به جبران خسارت داد!^{۱۷} در تأیید این نظر گفته شده‌است که وقتی مقنن قانونی را با زبان نفی تقنین می‌کند، باید دید چه چیزی مورد نفی واقع شده‌است. در واقع باید چیزی را نفی کند که مورد عمل بوده وگرنه چیزی که مورد عمل نبوده، نفی آن تحصیل حاصل است و نیازی به نفی قانونگذار در مورد آن احساس نمی‌شود. در نتیجه اگر منظور تبصره عدم‌النفع احتمالی باشد با این اشکال مواجه است که عدم‌النفع احتمالی در سیره عقلا ضرر محسوب نمی‌شود تا نیاز به مداخله مقنن برای نفی آن باشد و لذا تبصره مزبور در مورد عدم‌النفع قطعی است.^{۱۸}

اما این نظر هم مصون از نقد نمانده و ایرادی چند بر آن وارد شده‌است: ۱- مبنای تقسیم عدم‌النفع به معنای عام و خاص مشخص نیست. ۲- مشخص نشده که «عمل» چه خصوصییتی دارد که عدم‌النفع به معنای خاص صرفاً به آن محدود و «عین» و «شخص» از مقوله آن خارج شده‌است. ۳- عدم‌النفع را در معنای خاص آن قابل مطالبه نمی‌دانند هرچند جدی و مسلم باشد. ۴- وقتی می‌توان دو معنای عام و خاص برای نفع قائل شد که رابطه نفع و منفعت به لحاظ منطقی عموم و خصوص مطلق باشد، به این صورت که هر منفعتی نفع محسوب شود ولی هر نفعی لزوماً منفعت محسوب نشود اما این تلقی درست نیست، زیرا نفع و منفعت یا مفهوم عرفی دارد یا مفهوم حقوقی؛ اگر مفهوم عرفی را مبنا قرار دهیم، رابطه آن‌ها از نوع تساوی خواهد بود و اگر مفهوم عرفی را ملاک قرار دهیم، رابطه آن‌ها تباین خواهد بود. ۵- قائل شدن مفهوم گسترده برای نفع به گونه‌ای که منفعت را هم شامل بشود، خلاف استعمال لفظ در معنای حقیقی آن است.^{۱۹}

عده دیگری معتقدند که بین نفع و منفعت تفاوت وجود دارد و نباید این مفاهیم را خلط نمود. ایشان دلیل این خلط را بررسی این مفهوم از جهت معنای عرفی دانسته‌اند در حالی که معنای حقوقی آن‌ها با هم متفاوت است. برخی معتقدند که منفعت دارای دو معنای متفاوت است.

گاهی مقصود از منفعت، سود و ربح است در مقابل ضرر و این معنا در محاورات عرفی هم کاربرد دارد. گاهی مقصود از منفعت، استعداد و قوه‌ای است که در اشیا و موجودات وجود دارد. قوه و استعدادی که به وسیله عقود گوناگون به دیگران واگذار می‌شود. این قوه و استعداد در مقابل اعیان به کار می‌رود. به نظر می‌رسد معنای اخیر، مفهوم حقوقی منفعت است و در عرف عامه چنین معنایی از منفعت استنباط نمی‌شود. اما در خصوص واژه نفع باید بیان نمود که

در عقد است و در این موارد هم شکی وجود ندارد که عدم النفع ممکن الحصول عرفاً ضرر محسوب شده و عرفاً هم جبران آن لازم است و لذا مانند این است که جبران چنین ضرری در عقد بین طرفین پیش‌بینی شده باشد. در مسئولیت غیر قراردادی هم می‌توان از قاعده لاضرر استفاده نموده و حکم به جبران ضرر داد.

اما فایده این تحلیل؛ در دفاع از این تحلیل می‌توان گفت که هم به لحاظ لفظی و هم به لحاظ حقوقی مرز دقیقی بین تفویت منفعت و عدم النفع ترسیم می‌کند و مانع از خلط آنها در مقام تشخیص موضوعی و در مقام تفسیر می‌شود. مضافاً اینکه توهم یکسانی تفویت منفعت آینده و

عدم النفع مذکور در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی که در آثار برخی حقوق دانان مشاهده می‌شود را از بین می‌برد. همچنین این تحلیل جبران ضرر را بهتر تضمین می‌کند؛ توضیح بیشتر آنکه به نظر ما اگر عدم النفع را به معنای تفویت منفعت بدانیم در این صورت نمی‌توانیم حکم به جبران ضرر ناشی از محرومیت از سود قطعی معامله بدهیم، چرا که در این صورت «نفع مسلم» در معنای سود قطعی حاصل از معامله که عرفاً مالیت دارد در دایره تعریف «منفعت» که مال حاصل از عین یا عمل انسان است نمی‌گنجد و در نتیجه ضرری که عرفاً آن را قابل جبران می‌داند، با این تحلیل حقوقی معطل گذاشته شده و جبران نمی‌گردد. به علاوه تفویت منفعت را هم نمی‌توانیم در غیر معنای حقوقی آن به کار ببریم. در صورتی که طبق این تفسیر هم می‌توان تفویت منفعت مسلم را جبران نمود هم محرومیت از سود قطعی معامله.

♦ تطبیق رأی با مباحث مطروحه

در بخش پایانی به عنوان نمونه‌ای عملی به بررسی رأی مورد نظر و تحلیل آن بر پایه مباحثی که بیان شد می‌پردازیم. برای نیل به این هدف باید طبق یک نظم منطقی پیش رفت، در ابتدا باید به این بحث پرداخت که آیا در این مورد ضرری به خواهان وارد شده است یا خیر؟ در مرحله بعدی باید ماهیت این ضرر مشخص شود و در نهایت قابلیت مطالبه آن مورد بررسی قرار بگیرد. لذا به ترتیب مذکور بحث خود را پیش خواهیم برد.

به نظر می‌رسد که در پرونده مورد نظر، ایراد خسارت به خواهان صورت گرفته و ضرر محقق شده است. تولید کننده سیمان در اثر عدم دریافت مواد اولیه مورد نیاز خود و نقض تعهد خوانده از تولید و کسب درآمد بازمانده، پرداخت حقوق کارگران مختل شده و خواهان هم از سود معمول خود محروم شده است و این امر عرفاً ضرر محسوب می‌شود و در این مورد تردید روا نیست. در مورد ماهیت این ضرر بین وکیل خوانده و قاضی محترم پرونده اختلاف نظر وجود دارد؛ وکیل خوانده خسارت مورد ادعای خواهان را عدم النفع و به استناد تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی غیر قابل مطالبه دانسته در حالی که قضات محترم بدوی و تجدیدنظر آن را تفویت منفعت و قابل مطالبه دانسته‌اند. با

می‌توان گفت که در مورد تفویت منفعت میان حقوق دانان اختلاف نظر جدی وجود ندارد؛ مرسوم است که منفعت را به ممکن الحصول (قطعی الحصول، محقق الحصول یا مسلم) و محتمل الحصول تقسیم می‌کنند و ایراد ضرر را نسبت به قسم اول قابل جبران و نسبت به قسم دوم غیر قابل جبران می‌دانند، چرا که یکی از شرایط ضرر قابل مطالبه، مسلم بودن آن است که در خصوص قسم اخیر چنین شرطی محقق نیست. لذا در این مورد (تفویت منفعت) اختلاف نظر جدی وجود ندارد و به همین مقدار بسنده می‌کنیم. بحث اصلی در خصوص قابلیت مطالبه عدم النفع است که اختلاف نظر فراوانی در خصوص آن به چشم می‌خورد و موضوع بحث این نوشتار هم همین است.

برای بررسی قابلیت مطالبه عدم النفع در ابتدا باید مشخص نمود که آیا نفع، مال است یا خیر. همانگونه که سابقاً بیان گردید، «مالیت» اصولاً مفهومی عرفی است و به نظر می‌رسد که عرف نفع مسلم را مال تلقی می‌کند. همچنین گفته شد که یکی از اقسام ضرر، ضرر مادی است که همان ایراد خسارت به مال دیگری می‌باشد. بر همین مبنا می‌توان گفت که عرف امروز ما عدم النفع را ضرر می‌داند و این امر به قدری بدیهی است که در لغت‌نامه‌های فارسی هم به تضاد نفع با ضرر اشاره شده است. در حقیقت در صورتی که عنوان «مال» بر نفع صدق کند، جلوگیری از ایجاد آن ضرر است و باید حکم به جبران آن صادر نمود. به نظر می‌رسد دلیل اصلی برخی فقها برای رد قابلیت مطالبه عدم النفع این است که آن را عرفاً ضرر نمی‌دانسته‌اند در حالی که در حال حاضر چنین نیست. حال پس از تأیید صدق عنوان ضرر بر عدم النفع باید بیان داشت که این ضرر در صورتی قابل جبران است که شرایط ضرر قابل جبران را داشته باشد. این شرایط سابقاً بیان گردید و نیازی به ذکر مجدد آنها احساس نمی‌شود لکن اشاره به این نکته ضروری می‌نماید که یکی از این شرایط، مسلم بودن ضرر است که در مورد عدم النفع هم باید وجود داشته باشد و لذا عدم النفع احتمالی به واسطه این شرط از زمره ضررهای قابل مطالبه خارج می‌شود.

در نتیجه به نظر ما می‌توان خسارت عدم النفع را هم به ممکن الحصول (قطعی الحصول، مسلم الحصول یا محقق الحصول و محتمل الحصول) تقسیم نمود، قسم اول را قابل مطالبه و قسم اخیر را غیر قابل مطالبه دانست. برای جواز قانونی چنین تحلیلی می‌توان واژه «منافع» در عبارت «منافع ممکن الحصول» مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری را هم جمع منفعت دانست و هم جمع نفع و حکم این ماده را در خصوص عدم النفع هم جاری دانست و با الغای خصوصیت، حکم تبصره را به امور مدنی هم تسری داد. مضاف بر اینکه در تعهدات قراردادی طبق ماده ۲۲۱ اگر جبران خسارت عرفاً لازم باشد، به منزله تصریح

مطالبه می‌باشند و لذا باید مجموع آن‌ها که به نظر می‌رسد همان قیمت فروش کارخانه باشد، مورد حکم واقع شود. قاضی محترم پرونده نیز ظاهراً حکم به همین مبلغ داده، با این تفاوت که ایشان صدق عنوان عدم‌النفع را بر موضوع پرونده منتفی دانسته و آن را مصداق تقویت منفعت برشمرده‌است و همان‌گونه که پیداست، ایشان بین عدم النفع و تقویت منفعت قائل به تفاوت و تفکیک هستند لکن متأسفانه در رأی صادره تعریف ایشان از عدم‌النفع مشخص نیست. ذکر این نکته هم ضروری به نظر می‌رسد که طبق ماده ۲۲۱ در مسئولیت قراردادی باید لزوم جبران خسارت در قرارداد تصریح شده‌باشد و اگر جبران خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی عرفاً لازم باشد، در حکم تصریح در عقد است و باید حکم به جبران آن صادر نمود. به نظر ما ماده اخیرالذکر، هم موضوعاً و هم به تبع آن حکماً در پرونده مورد بحث مجری است. چراکه اگر قراردادی بین طرفین وجود داشته باشد که ظاهراً هم همین‌گونه است، باید مسئولیت خوانده را ناشی از نقض تعهد قراردادی دانست و طبق ماده ۲۲۱ قانون مدنی و مباحث پیش گفته حکم به جبران خسارت داد. لذا قاضی محترم صادر کننده رأی بدوی در رأی خود امکان استناد به ماده اخیرالذکر را هم داشته‌است.

منابع

- یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۷)، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تهران: میزان، ج ۱
- شهیدی، مهدی (۱۴۰۱)، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران: مجد
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰)، الزام‌های خارج از قرارداد، تهران: گنج دانش، ج ۱
- شکاری، روشنعلی (۱۳۸۰)، نقد و بررسی تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی (عدم‌النفع)، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
- صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۸)، مسئولیت مدنی، تهران: سمت
- امامی، میرسیدحسن (۱۳۹۷)، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ج ۱
- امامی، میرسیدحسن، مسئولیت مدنی، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران
- سعادت مصطفوی، مصطفی و حسین هوشمند فیروزآبادی (۱۳۸۹)، عدم‌النفع، نشریه حقوق اسلامی
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۹)، آئین دادرسی مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، میزان
- محمودی، اصغر (۱۳۹۲)، بازتعریف عدم‌النفع و مقایسه آن با مفاهیم مشابه، نشریه پژوهش‌های حقوق تطبیقی
- سکوتی نسیمی، رضا و نگار شمالی (۱۳۹۰)، جایگاه عدم‌النفع در نظام حقوقی ایران، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر
- بابایی، ایرج (۱۳۹۹)، حقوق مسئولیت مدنی، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ج ۱

توجه به مطالب بیان شده به نظر ما باید نظر وکیل خوانده را از جهتی درست و از جهتی اشتباه دانست. نظر ایشان از جهت اینکه ضرر وارده را عدم‌النفع دانسته‌اند، درست است ولی از جهت اینکه آن را غیرقابل مطالبه معرفی کرده‌اند، نادرست و مخدوش می‌باشد چرا که خسارت وارده به خواهان عرفاً ضرر است و همان‌گونه که شرح آن خواهد آمد، جامع‌الشرایط ضرر قابل مطالبه هم می‌باشد و لذا قاعده لاضرر و اصول حقوقی و عقل و وجدان سلیم حکم به جبران آن می‌دهد. توضیح بیشتر آنکه گفته شد منفعت در مفهوم حقوقی خود چیزی است که به تدریج از عین مال یا عمل انسان حاصل می‌شود؛ در پرونده مورد نظر ما، منفعت کارگران و تجهیزات کارخانه همان سیمان تولیدی است که در شمار منافع مسلم آینده بوده و در قابلیت مطالبه آن تردید نمی‌توان کرد، چرا که گفته شد منفعت مسلم آینده عرفاً در حکم منفعت موجود است و لزوم جبران خسارت ناشی از تقویت آن مورد اتفاق حقوق دانان می‌باشد. منفعت مورد نظر از زمره منافع ممکن‌الحصول و مسلم است، چرا که طبق جریان عادی امور و روال کاری معمول کارخانه از فعالیت آن حاصل می‌شده است اما خسارت وارده بر کارخانه سیمان محدود به این مورد نیست و این کارخانه از سود معمول فروش محصولات خود هم محروم شده‌است و چیزی که نیاز به بحث و بررسی بیشتر دارد همین مورد است و الا در مورد خسارت پیشین و قابلیت مطالبه آن تردید روا نیست. تحلیل ماهیت ضرر اخیر و استخراج احکام آن با توجه به مطالب پیش گفته کار چندان دشواری نیست؛ در این خصوص باید گفت که خسارت ناشی از محرومیت کارخانه سیمان از سود فروش محصولات خود، مصداق دقیق عدم‌النفع مسلم به معنای محرومیت از سود و ربح قطعی است، کارخانه فعالیت تولیدی خود را به منظور کسب سود انجام می‌دهد و بدیهی است که هیچ تولیدکننده‌ای محصول خود را به قیمت تولیدی نمی‌فروشد و هدف اصلی از تولید، تحصیل ارزش افزوده محصول است و منع تولیدکننده از تحصیل این سود هم در صورتی که مسلم باشد، عرفاً ضرر است و باید جبران شود. لذا سود از دست رفته تولیدکننده در این مورد عدم‌النفع است اما باید توجه داشت که در محاسبه این سود باید به قدر متیقن اکتفا نمود و نباید از آن فراتر رفت، بدین معنی که باید سودی که طبق روال عادی تولید و عرضه و فروش کارخانه عاید صاحب کارخانه می‌شده را محاسبه نموده و حکم به جبران آن داد و الا سود محتمل قابل جبران نیست و فرضاً اگر خواهان ادعا کند که می‌توانسته مشتری جدیدی پیدا کند که محصول ایشان را به قیمت بالاتری از قیمت معمول بخرد، در این مورد نمی‌توان حکم به جبران مبلغ زیاده داد و عدم‌النفع احتمالی قابل مطالبه نیست. لذا در پرونده مورد نظر با دو خسارت مواجهیم: ۱- خسارت ناشی از تقویت منفعت ممکن‌الحصول که همان بدل قیمی سیمان تولیدی توسط عوامل کارخانه است. ۲- خسارت ناشی از عدم‌النفع ممکن‌الحصول که همان محرومیت از سود معمول حاصل از فروش محصولات کارخانه است. هر دوی این خسارت‌ها متصف به عنوان ضرر بوده و جامع‌الشرایط ضرر قابل

نقد رای در خصوص سلب آزادی های مشروع



محمد ابراهیم عرب

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه علوم قضایی

رای دادگاه

علی الحال با توجه به مراتب فوق، سوء نیت متهم احراز نمی گردد و اقناع وجدانی جهت احراز ارتکاب بزه حاصل نیست و محل تردید است و دادگاه با اتکاء به حاکمیت اصل برائت و مفاد ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و مستنداً به ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ حکم بر برائت متهم فوق صادر و اعلام می نماید.»

در مقدمه رای آمده است که شاکی با طرح شکواییه ای، اتهام سلب آزادی های مشروع را به متهم نسبت داده است. شاکی و متهم هر دو خانم بوده و متهم که مراقب جلسه آزمون بوده است، شاکی را ملزم به برداشتن چادر در جلسه آزمون استخدامی نموده است و بدین سبب شاکی ادعای سلب آزادی های مشروع خویش را نموده است.

در منطق رای صادره نیز، قاضی محترم با عنایت به محتویات پرونده و با ملاحظه دفاعیات متهم و وکیل وی، با توجه به اسباب موجهه رای که در ادامه خواهد آمد و اتکاء به اصل برائت، مفاد ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ حکم بر برائت متهم صادر نموده است. اسباب موجهه رای عبارت است از:

♦ متهم خود از حجاب چادر استفاده نموده و این امر مورد تایید دستگاه اجرایی که ایشان در آن خدمت می نماید قرار گرفته است.

♦ محل برگزاری آزمون مخصوص بانوان بوده است و بصورت مختلط برگزار نشده است تا خللی به شاکی وارد شود.

♦ از آنجا که شاکی از حجاب برتر یعنی چادر استفاده می نموده قطعاً دارای پوشش متناسب و اسلامی همچون مانتو در زیر چادر بوده است تا خللی به حقوق ایشان در یک محیطی که همگان بانوان بوده اند وارد نشود.

♦ رفتار متهم به سبب شان نظارتی ایشان به عنوان مراقب آزمون بوده است.

♦ رفتار شاکی در بدو ورود به جلسه آزمون که در تحویل تلفن همراه خود مقاومت نموده است، موجبات تدقیق و نظارت بیشتر بر ایشان را فراهم نموده است.

♦ فعل شاکی، کشف حجاب و محدودیت استفاده از حجاب نبوده است بلکه بصورت موقت از شاکی خواسته است تا چادر را در پشت صندلی قرار دهد.

♦ شاکی اظهار داشته است که در مواقعی که افرادی غیر از بانوان در جلسه حاضر می شدند مجدداً از چادر خویش استفاده می نموده است.

رای مزبور بدین شرح است: «در خصوص اتهام خانم الف دایر بر سلب آزادی های مشروع از طریق الزام شاکی به برداشتن چادر در آزمون استخدامی، دادگاه با توجه به مجموع اوراق و محتویات پرونده، ملاحظه دفاعیات متهم و وکیل وی که در جلسه رسیدگی اظهار داشته موکل ایشان در طول دوران خدمت همواره با پوشش اسلامی که همان چادر است در جامعه تردد می کند و نامبرده در خصوص استفاده از این نوع پوشش در آموزش و پرورش شهرت دارد و حتی در گزارش و تحقیقات مرجع انتظامی موضوع به دادستان محترم و مرجع انتظامی اعلام گردیده است و با توجه به حسن برخورد نامبرده که همیشه دارای پوشش مناسب بوده (چادر) دانش آموزانی که مادران شان فاقد پوشش برتر بوده اند؛ پوشش برتر (چادر) را برگزیده اند و دوم اینکه حسب محتویات پرونده محل برگزاری آزمون استخدامی مخصوص بانوان بوده و به صورت مختلط برگزار نشده است تا برداشتن چادر به حقوق حقه شاکی خللی وارد کرده باشد، سوم اینکه از چادر در مجامع عمومی با عنوان حجاب برتر یاد می شود که نوعاً افرادی که حفظ چادر را وظیفه شرعی خود می دانند پوشش دیگری نیز دارند که به طور حتم شاکی نیز از این نوع پوشش (مانتو و...) استفاده می کرده است که برداشتن چادر خللی به حقوق اساسی افراد در حفظ حجاب، آن هم در محیطی که صرفاً بانوان بوده اند نداشته است. چهارم اینکه مجریان هر آزمونی علاوه بر رعایت شئونات اسلامی بر حجاب چه در آقایان و چه بانوان توجه دارند که در صورت برداشتن چادر شاکی، اگر مجری متوجه فقدان حجاب نامبرده می گردید قطعاً تذکر پوشیدن یا گذاشتن چادر را به نامبرده می داد و از مجموع اوراق و محتویات پرونده چنین به نظر می رسد که رفتار متهم ناظر بر شان و وظیفه نظارتی او بوده که به عنوان مراقب در جلسه برگزاری آزمون حضور داشته است و در آنجا شاکی نیز در بدو ورود به جلسه آزمون در تحویل تلفن همراه خود نیز مقاومت نموده است که موجبات تدقیق و نظارت بیشتر از سوی مراقبین را فراهم نموده ضمن آنکه رفتار نامبرده کشف حجاب یا محدودیت در استفاده از حق حجاب نبوده بلکه به صورت موقت از شاکی خواسته تا چادر خود را پشت صندلی قرار دهد کما اینکه حسب اظهارات شاکی ضمنی که افرادی غیر از بانوان، در سالن تردد نموده اند نامبرده مجدداً از چادر خود استفاده نموده

حقوقی ایران مبتنی بر منابع اسلامی مدون گشته و در قانون اساسی این مهم مورد توجه قرار گرفته است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران معیار موازین اسلامی مقرر شده است و این امر در اصل چهارم قانون اساسی بیان داشته شده است و موازین اسلامی را بر تمام نهادهای قانونی و سیاسی حاکم دانسته است که این امر بر تبیین آزادی نیز موثر خواهد بود.

آزادی مطلق در هیچ یک از مکاتب مورد پذیرش قرار نگرفته است. بدین سبب در اسلام هم آزادی دارای حدودی است. حدود آزادی در اسلام قانون الهی و احکام شریعت است که امام خمینی نیز روی آن تاکید نموده و آزادی در محدوده قرآن و اسلام را به رسمیت شناخته است. نگاه اسلام به آزادی مبتنی بر قاعده «لا ضرر» و در چهارچوب شرع است. اسلام به انسان می گوید علاوه بر آنکه نباید آزادی و منافع جامعه را تهدید نماید باید منافع خود او را هم به خطر نیندازد.^۲ یعنی آزادی دارای حدود و ثغور است و به عنوان یک امر مطلق مورد پذیرش قرار نگرفته است از نظر اسلام اخلاقیات فاسد، هوی و هوسها، منیتهای، حب و بغض ها انسان را محدود می کند که رهایی از سلطه ی عوامل درونی نیز در مفهوم آزادی قرار می گیرد؟ آزادی مبتنی بر این نگاه کمتر باعث بی نظمی و خدشه دار شدن حقوق سایرین خواهد شد و چنانچه این فهم از آزادی در جامعه ایرانی نهادینه شود، قدرت نفوذ دشمن به وسیله تبلیغ آزادی به معنای بی بند و باری به نتیجه ای نخواهد رسید. اما در طول این سالیان، در خصوص فهم معنای آزادی و استفاده و اعمال حق و شناساندن آن به ملت دچار مشکل بوده ایم و نتوانستیم آن مفهوم اصیل آزادی در اسلام را به خوبی برای جامعه ایرانی تبیین نماییم لکن در تعریف آزادی منطبق بر موازین اسلامی، هر شخص حقیقی خود تضمین کننده حقوق و آزادی های دیگری خواهد بود و انسان، یار انسان می شود که این جمله را می توانیم در برابر جمله معروف انسان، گرگ انسان است قرار بدهیم. جمله اخیر ریشه در دوران سیاه بی ثباتی و بی نظمی ای دارد که فهمی از آزادی، قانون و حاکمیت آن وجود نداشته است اما جمله ای که در این نوشتار بیان داشته شده است ریشه در فهم دقیق از آزادی و عناصر مرتبط با آن دارد. در حقیقت در جامعه اسلامی آزاد، مطلوب آن است که هرکس تضمین کننده آزادی خود و آزادی دیگری باشد. اسلام دینی است که همه کس به حقوق خودش می رسد و مراعات حقوق همه را می کند. در حقیقت در تعریف حدود آزادی اگر مضر به حال ملت نباشد، همه چیز آزاد است. این معناست که ما را با حقیقت آزادی آشنا می سازد و در کنار مفاهیم اساسی دیگر یک جامعه انسانی به معنای واقعی را تشکیل می دهند. حال با توجه به این مفهوم به تحلیل رای پرداخته می شود.

با این اوصاف رای مزبور موجب طرح ایراداتی بدان شد تا جایی که آن را رایی علیه حجاب دانسته اند! لکن به نظر می رسد رای صادره نه تنها علیه حجاب و موازین اسلامی نبوده بلکه با توجه به شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، دادگاه صادر کننده رای، با نظر به مفهوم آزادی از نگاه اسلام و رویکردی پویا اقدام به صدور حکم برائت نموده است. با این اوصاف در ابتدا مفهوم آزادی را در مبانی جمهوری اسلامی به ویژه اندیشه امام خمینی و مقام معظم رهبری تتبع نموده سپس به تحلیل رای صادره و بررسی تطبیقی موضوع مبادرت ورزیده می شود.

مفهوم آزادی در مبانی جمهوری اسلامی

انسان ها وقتی گرد هم می آیند و رابطه ای را شکل می دهند، نیاز به یک سری قواعد و قوانین در راستای حفظ نظم و در نهایت ایجاد جامعه پیدا می کنند. در حقیقت وجود جامعه ریشه در فهم درست از قواعد و رابطه میان انسان ها دارد و بدون این رابطه و قاعده نمی توان بر گروهی عنوان جامعه نهاد. این قاعده مجموعه ای از عناصر و مفاهیمی است که در کنار یکدیگر قرار گرفته اند و با توجه به زمان و مکان دارای تفاوت هایی هستند. اما آنچه که قدر متیقن است، آن است که برخی مفاهیم همچون آزادی، برابری، حقوق فردی، حقوق جمعی، عدالت و مفاهیمی از این دست کم و بیش در اکثر جوامع امروزی دارای تاثیر می باشند. این مفاهیم در هر یک از جوامع متناسب با ویژگی های آن جوامع دارای ویژگی های منحصر به فرد خود هستند و نمی توان انتظار داشت که هر مفهومی یک تعریف یکسان در نظام بشری داشته باشد. این مفاهیم، ستون های جامعه انسانی هستند به نحوی که چنانچه یکی از آنها بلغزد و یا نادیده انگاشته شود تیغ آفتاب استبداد، ظلم و فقر همه انسان ها را می سوزاند.

بنابراین این مفاهیم در همه جوامع انسانی باید مورد پذیرش و شناسایی قرار گرفته و ضمانت اجرایی برای حمایت از آن ها در نظر گرفته شود. همانگونه که بیان شد این مفاهیم در هر جامعه ای با توجه به مبانی حاکم بر آن، دارای تعاریف متمایزی هستند و نمی توان تعریفی که از آزادی در نظام حقوقی جوامع دیگر هست را اقتباس کرده و در جامعه خود پیاده کنیم بلکه با بررسی مبانی اعتقادی یک ملت هست که می توان به تعاریف این امور در جامعه پرداخت. در حقیقت مفاهیمی از این دست ویژگی زمان مند و مکان مند بودن را دارا هستند. جامعه ایرانی امروزه با موازین و مبانی اسلامی عجین شده است و ریشه عقاید اکثریت جامعه مبتنی بر آموزه های اسلامی است. لذا در تعاریف مفاهیمی همچون آزادی باید این موارد مورد نظر قرار بگیرد. پس از انقلاب اسلامی نظام

تحلیل رای

در رای مذکور شاکی ادعا میکند که متهم به آزادی مشروع وی که داشتن حجاب برتر می باشد خدشه وارد کرده و ایشان را به سلب آزادی مشروع متهم کرده است. فارغ از بحث کیفری موضوع و بررسی عناصر روانی، مادی و قانونی آن می خواهیم از منظر حقوق عمومی و مفهوم آزادی که در بالا مطرح شد به بررسی این رای بپردازیم که آیا رای مذکور علیه حجاب بوده است و سلب آزادی صورت گرفته؟

در حقیقت اوضاع و احوال حاکم بر این پرونده نشان دهنده آن است که این اتفاقات در حوزه امتحانی رخ داده است و متهم به عنوان مراقب جلسه به شاکی بدلیل رفتارهای موجب شک مثلاً عدم تحویل تلفن همراه در بدو ورود مشکوک شده است. با این توضیحات از آنجایی که موضوع بحث، آزمون بوده و محل تلاقی حقوق افراد است و افراد برای اهدافی مثل استخدام، آزمون می دهند لذا مطابق این امر، باید حقوق دیگران را نیز مدنظر داشت و مطابق اصل ۴۰ قانون اساسی و مفهوم آزادی مشخص می گردد که علاوه بر شاکی، سایر افرادی هم که به رقابت می پردازند دارای حقوقی بوده و باید حقوق آنها نیز مدنظر گرفته شود.

با این اوصاف، اولاً با توجه به نحوه رفتار شاکی که موازین آزمون را رعایت نکرده است، آزادی او، به سبب احتمال اضرار به غیر، محدود می گردد. حقوق سایرین است که سبب می شود در محل حوزه امتحانی به دلیل وجود شرایط خاص و اینکه آن محل مختص بانوان بوده است، وی چادر را جهت رفع شک و تردید کنار بگذارد تا حقوق همگان مراعات گردد. ثانیاً این تذکر به شاکی به معنای دقیق کلمه کشف حجاب و سلب حق پوشش نمی باشد. بلکه تذکر عدم استفاده از چادر در راستای مراعات حقوق دیگر داوطلبین بوده است و بدین معنا نیست که آزادی مشروع ایشان به سبب غیرقانونی مورد خدشه قرار گرفته باشد بلکه در راستای حقوق دیگران به ایشان تذکر به عمل آمده است که این امر دلیلی بر سلب آزادی ایشان نخواهد بود. ثالثاً مطابق اصل ۹ قانون اساسی، سلب آزادی های مشروع حتی با وضع قوانین و مقررات نیز ممنوع است. لکن در موضوع مورد بحث و با بررسی اوضاع و احوال حاکم بر آن می توان گفت عدم ایراد ضرر به حقوق سایرین، حق داشتن شغل (به فراخور هدف هر امتحانی) برای همگان، اصل برابری فرصت ها و نحوه رفتار شاکی بوده است که موجب تحدید آزادی مشروع ایشان گشته است.

با این توضیحات به نظر می رسد رای صادره دارای مبنایی صحیح بوده و نه تنها علیه حجاب به مثابه یک حکم شرعی قرار نگرفته است بلکه با درک مصالح دیگران و عدم اضرار به غیر، آزادی شاکی را بدرستی تحدید کرده است.

بررسی تطبیقی

در یک پرونده مورد بررسی در دادگاه فدرال کشور سوئیس با شماره پرونده SU1-۱۶-۲۰۰۳، روسای یک مدرسه نسبت به پوشش یک دختر مسلمان ایراد گرفته و او را از داشتن حجاب اسلامی منع کرده اند. پس از طرح دعوی دادگاه فدرال با در نظر گرفتن اصول ۱۵ و ۳۶ قانون فدرال بر حق آزادی عقاید و تعلق دینی تاکید کرده اند. مطابق ماده ۳۶ فقط در شرایطی که به شرح ذیل است میتوان اعمال سلب آزادی کرد: ۱- خطر سریع یا جدی ۲- توجیه محدودیت ها بر اساس منافع عمومی ۳- توجیه محدودیت ها بر اساس حمایت از حقوق اساسی دیگران ۴- متناسب بودن محدودیت ها

با توجه به این معیارها مشخص می گردد قانون فدرال سوئیس، در این مورد که مراعات حقوق دیگران را از معیارهای محدودیت دانسته، نگاهی بسیار شبیه به مفهوم آزادی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دارد و بیان می دارد، آزادی تا جایی ادامه دارد که سبب خدشه به حقوق دیگران نشود و اگر حقوق دیگران آسیب ببیند دیگر آزادی معنا و مفهومی نخواهد داشت. با امتنان به این موارد است که دادگاه فدرال، حکم بر لغو دستور مدیران مدارس می دهد، زیرا آزادی پوشش آن دختر لطمه ای به حقوق دیگران وارد نمی آورد، هرچند در مراحل بالاتر به استناد آنکه این مقرر ناشی از اختیار مسولان مدارس و نتیجه رفتارندوم بوده است، سازگار با قانون فدرال تشخیص داده می شود که این امر نشان از تفاوت مکتب اسلامی و غربی دارد. در تفکر اسلامی و مکاتب غربی تفاوت های اصولی و اساسی در بیان مرزهای آزادی و تعیین چهارچوب آن وجود دارد. «در منطق مکاتب غرب، آزادی را به قانون، یا به این که به آزادی دیگران لطمه ای وارد نیاید، محدود می کنند. اسلام در برخی از زمینه ها دایره را از این محدودتر می کند، و در بعضی از زمینه ها آن را گسترش می دهد و به اصطلاح طلبگی ما، بین نظر اسلام و نظر رایج در دنیای غرب در باب آزادی، عموم و خصوص من وجه است. در برخی از چیزها ما نظر غرب را بسیار محدود، تنگ بینانه و در بعضی از امور آن را بیش از حد وسعت یافته و نزدیک به بی ندوباری می دانیم».

در نهایت، نظر به مطالب بیان شده با توجه به مبانی حقوقی و فقهی که از آزادی های مشروع در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران توضیح داده شد. فارغ از بحث کیفری مساله و مسایل مرتبط با آیین دادرسی، رای مورد نظر از نظر نگارنده دارای نگاهی بنیادین نسبت به امر واقع بوده است و قاضی صادرکننده رای، فهم درستی از آزادی و حدود آن داشته است. البته لازم به ذکر است عالم حقوق، عالم استدلال است و احتمال دارد شخصی با استدلال دیگر نظر بر ایراد داشتن رای صادره داشته باشد که این خود نشان دهنده داشتن دغدغه حقوق خوانان نسبت به حقوق اساسی و امر قضا خواهد بود.

امکان سنجی مطالبه خسارات مازاد بر دیه



در آینه آرای قضایی

سجاد فضل الله پور

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا دانشگاه علوم قضایی

مطالبه ضرر و زیان دیگری علاوه بر دیه فاقد مجوز قانونی است.»

در پایان اشاره به آرای مرتبط با این موضوع، رای وحدت هیات عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۶۱۹ مورخ ۱۳۷۹/۹/۲۸ نیز قابل توجه است. در این رای آمده است: «مستفاد از ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی، ارش اختصاص به مواردی دارد که در قانون برای صدمات وارده به اعضای بدن دیه تعیین نشده باشد. در ماده ۴۴۲ قانون مزبور برای شکستگی استخوان اعم از آنکه بهبودی کامل یافته و یا عیب و نقص در آن باقی بماند، دیه معین شده است که حسب مورد همان مقدار دیه باید پرداخت گردد، تعیین مبلغ مازاد بر دیه با ماده مرقوم مغایرت دارد.»

قضات صادرکننده آرای فوق در واقع بر این عقیده اند همانطور که در ماده ۴۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است، دیه دارای احکام و آثار مسئولیت مدنی بوده در واقع ابزاری است برای جبران خسارات وارده به بزه دیده که در هر مورد خاص، شارع مقدس آن را به صورت مقطوع معین نموده است و فرض بر این است که با پرداخت دیه به بزه دیده، خسارات وارده به وی جبران خواهد شد. لذا صدور حکم به پرداخت مبلغی مازاد بر دیه به عنوان جبران خسارت، بر خلاف موازین شرعی است. در نقد این دیدگاه و رویه باید گفت به نظر می رسد در صورتی که مجموع خسارات وارده به زیان دیده بیش از میزان دیه ای باشد که دریافت کرده است و او این خسارات مازاد را در محکمه اثبات کند، با توجه به اصول کلی حاکم بر مسئولیت مدنی و قاعده لاضرر، باید این خسارات مازاد بر دیه را قابل جبران دانست و صرف اینکه شارع در مورد برخی از صدمات بدنی مبلغی را به صورت مقطوع تحت عنوان دیه تعیین نموده است، مانع این امر نمی شود. دلایلی نیز برای اثبات این مدعا وجود دارد که مهم ترین آنها عبارت اند از:

◆ در ماده ۴۵۶ لایحه مجازات اسلامی (کلیات، حدود، قصاص و دیات) چنین آمده بود: «هرگاه هزینه های متعارف معالجه مجنی علیه بیش از دیه باشد، علاوه بر دیه خسارت مازاد نیز باید از باب قاعده لاضرر با اخذ نظر کارشناس و با حکم دادگاه، تعیین و بدون رعایت مواعد مقرر برای پرداخت دیه توسط مرتکب پرداخت گردد. در این مورد تفاوتی میان جنایت خطای محض، شبه عمدی و عمدی موجب دیه نیست.» اما شورای نگهبان در نامه به شماره ۸۹/۳۰/۴۰۶۲۷ مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ بر این ماده ایراد گرفت و پرداخت خسارت مازاد بر دیه را خلاف شرع

همه انسان ها به فراخور اینکه در جامعه زندگی می کنند ممکن است در معرض برخی حوادث، مانند حوادث رانندگی قرار بگیرند و خساراتی به جان و مال آنان وارد شود. مقنن در ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص جنایات غیر عمدی بر نفس، اعضاء و منفعت انسان قائل به دیه شده است که باید جهت جبران خسارات وارده به زیان دیده، به وی پرداخت گردد. اما با توجه به هزینه های سرسام آور درمانی و عدم پوشش کامل این هزینه ها توسط بیمه، گاهی با این واقعیت تلخ مواجه هستیم که اشخاص به محاکم قضایی کشور مراجعه می کنند و اظهار می دارند مبلغی که تحت عنوان دیه به آنها پرداخت شده است، جبران کننده خسارات وارده نیست و آنها برای درمان و بهبودی کامل خود، هزینه های خیلی بیشتری را متقبل شده اند. مضاف بر این، اظهار می دارند بر اثر صدمات وارده به آنها، مدتی خانه نشین شده و قادر به کار کردن نبوده اند. لذا علاوه بر هزینه های درمانی، بابت ایامی که از کارافتاده بوده اند نیز خواهان تعیین مبلغی برای جبران خسارات وارده هستند. انصاف نیز حکم می کند که قضات محاکم در این نوع پرونده ها با دقت و تأمل بالا به ارزیابی خسارات وارده به اشخاص بپردازند تا حتی الامکان کلیه خسارات جبران گردد و به این بهانه که در شرع و قانون برای صدمات بدنی مبلغی مقطوع تحت عنوان دیه تعیین شده است، خواهان را محکوم به بی حقی نکنند. اما متأسفانه باید گفت امروزه چیزی که در رویه قضایی ما متداول و مرسوم می باشد، غیر قابل مطالبه بودن خسارات مازاد بر دیه است که پس از ذکر تعدادی از آرای صادره در خصوص این موضوع، به نقد این دیدگاه و رویه حاکم می پردازیم. برخی از آرای که در این رابطه صادر شده اند عبارت اند از:

◆ در رای اصراری هیات عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۱۱۰ مورخ ۱۳۶۸/۹/۲۱ آمده است: «در خصوص مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم، با توجه به اینکه در جرایمی که مستلزم پرداخت دیه است شرعاً جز دیه خسارت دیگری نمی توان مطالبه کرد ... بنابراین حکم به پرداخت خسارت علاوه بر دیه وجه قانونی ندارد ...»

◆ در رای اصراری هیات عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۱۶ مورخ ۱۳۶۹/۵/۲۰ آمده است: «دادگاه کیفری یک در مورد قطع نخاعی که منتهی به از کار افتادن پاها شده است و همچنین برای هریک از صدمات دیگر بر وفق قانون دیات حکم به پرداخت چند دیه صادر کرده است. بنابراین در مورد از کار افتادن پاها که بر اثر قطع نخاع بوده است،

اعلام کرد. در بند چهارم این نامه آمده است: «در ماده ۴۵۶ پرداخت خسارت مازاد بر دیه بوسیله جانی، خلاف موازین شرع شناخته شد».

پس از طرح این ایراد توسط شورای نگهبان، کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس به جای اصلاح این ماده، مبادرت به حذف آن نمود. ممکن است پس از ایراد شورای نگهبان و حذف این ماده، در نگاه اول چنین برداشت شود که صدور حکم به پرداخت خسارات مازاد بر دیه بر خلاف موازین شرعی است، اما باید از این نگاه ظاهری فراتر رفت و به این نکته دقیق توجه کرد که جبران کلیه خسارات وارده به بزه دیده، مدنظر قانونگذار بوده و همانطور که در مواد ۱۴ و ۴۵۲ قانون مجازات اسلامی آمده است، دیه دارای ماهیتی دوگانه بوده و به تعبیر برخی از حقوقدانان، مقنن با بیان مقادیر دیه حداقل ضرر و زیان وارده به بزه دیده را معین نموده است تا به عنوان مجازات مرتکب و تشفی خاطر قربانی به او داده شود و با پرداخت این مبلغ به وی، چنین متصور است که زیان های وارده جبران خواهد شد، مگر اینکه او اثبات کند خساراتی بیش از دیه به وی وارد شده است که در این صورت این خسارات مازاد بر دیه از سوی مرتکب قابل پرداخت خواهد بود.

♦ مطابق با تبصره دو ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ «منافع ممکن الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین مقررات مرتبط به منافع ممکن الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرایم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی شود». مقنن در این تبصره به این موضوع اشاره دارد که امکان جمع میان خسارت معنوی و دیه وجود ندارد. اما در این تبصره به خسارات مادی (مانند هزینه های درمانی، هزینه های ایاب و ذهاب به مراکز درمانی و ...) اشاره ای نشده و با استفاده از مفهوم مخالف این تبصره می توان گفت امکان جمع میان خسارات مادی و دیه وجود دارد.

♦ در خصوص رای وحدت رویه شماره ۶۱۹ باید گفت که این رای دلالتی بر این موضوع که خسارات مازاد بر دیه قابل جبران نیست، ندارد. این رای در صدد بیان این نکته است که چون بر اساس ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی، ارزش برای مواردی است که دیه تعیین نشده است و از سویی دیگر بر اساس ماده ۴۴۲ قانون مزبور برای شکستگی استخوان چه در حالتی که بهبودی کامل پیدا می کند و چه در حالت عیب و نقص، دیه تعیین شده است و به همین جهت در این حالت تعیین مبلغ مازاد بر دیه با ماده ۴۴۲ قانون مجازات اسلامی مغایرت دارد، نه اینکه به طور کلی خسارات مازاد بر دیه قابل جبران نباشد.

♦ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز نظریات مشورتی متعددی در تایید دیدگاه قابل جبران بودن خسارات مازاد بر دیه صادر کرده است. این اداره در نظریه شماره ۷۰۹۷۹۲ مورخ ۱۳۷۹/۹/۲۹ بیان داشته «با توجه به قواعد لاضرر و نفی حرج و قاعده تسبیب، چنانچه محرز شود که در اثر عمل جانی، خسارتی بیش از دیه یا ارزش بر مجنی علیه وارد شده است، من جمله مخارج معالجه و مداوا، مطالبه آن از جانی که مسبب ورود خسارات بوده است، منع شرعی ندارد و ماده ۱۲ قانون اصلاح قوانین و مقررات استاندارد و تحقیقات

صنعتی مصوب ۱۳۷۱/۱۱/۲۵ نیز موید این نظریه است». همچنین در نظریه شماره ۷/۲۹۱ مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۷ آمده است: «با توجه به مقررات مواد یک، دو و سه قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و قواعد لاضرر و تسبیب و اتلاف، مطالبه هزینه های درمانی مازاد بر دیه و ارزش از طرف صدمه دیده قانونا بلامانع است».

در پایان باید گفت بر اساس اصول کلی حاکم بر مسئولیت مدنی (مانند اصل جبران کامل زیان های وارده به بزه دیده)، قاعده لاضرر، تسبیب و دیگر دلایل فوق الذکر، اگر احراز شود زیان های وارده به بزه دیده بیش از دیه ای باشد که به او پرداخت شده است، در این صورت باید وی را مستحق دریافت خسارات مازاد بر دیه دانست و امید است که این مهم رفته رفته در رویه محاکم کشور مرسوم گردد. البته از سالیان گذشته نیز بودند برخی از قضات که راه درستی را پیموده و این خسارات را قابل جبران می دانسته اند. دادنامه شماره ۱۰۷۸ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۲ صادره از شعبه ۱۰۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران، دادنامه شماره ۳۷۹ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۶ صادره از شعبه ۱۱۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران و دادنامه شماره ۱۲۰۱۰۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۷/۳۰ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر تهران در این زمینه خواندنی است. برای نمونه در بخشی از دادنامه شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر تهران به شماره ۱۲۰۱۰۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۷/۳۰ آمده است: «در فقه اسلامی دیه بدل از عضو فائت و نقص ناقص است و احکام مربوط به دیات ناظر به صدمات بدنی بوده و از مفهوم و محتوای ادله و مواد قانونی، نفی خسارات مالی وارده بر زیان دیده از جمله هزینه های درمانی استفاده نمی شود و قواعد فقهی لاضرر، تسبیب، نفع عسر و حرج، اتلاف، لزوم جبران خسارات دیگر را توجیه می نماید ... در نتیجه الزام تجدیدنظر خواهان به پرداخت هزینه های متعارف درمان طبق نظر کارشناس علاوه بر پرداخت ارزش صدمه جسمانی، فاقد اشکال شرعی و قانونی است».

منابع

- هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ آنچه بزهکار افزون بر دیه باید بپردازد، فصلنامه فقه اهل بیت (ع)، سال دوم، شماره ۵
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ جعفری، حمیدرضا، مطالبه خسارت مازاد بر دیه، پژوهشنامه علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه مازندران، سال سوم، شماره ۹ و ۱۰
- شوری، فاطمه؛ بررسی مشروعیت جبران خسارت مازاد بر دیه، مجله فقه، حقوق و علوم جزا، (شماره ۵، جلد ۱) شماره ۵۰ تا ۵۸۰
- میرشکاری عباس، رساله عملی در مسئولیت مدنی، سهامی انتشار ۱۳۹۸
- کاتوزیان ناصر، مسئولیت مدنی جلد یک ۱۳۹۹
- صفایی سیدحسین، حقوق مسولیت مدنی، ۱۳۹۷

چند کلام در باب مسئولیت ناشی از تولید کالای معیوب

(به همراه بررسی نظریه ی مسئولیت محض)

عمران محمدی خواه
دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی



تکلیف قانونی موجب اشتغال ذمه ی تولیدکننده در برابر مصرف کننده نسبت به خسارات وارده است. مبرهن است ریشه ی تکلیف و مسئولیت ناشی از نقض آن قانون است. در حقوق داخلی تلاش بر این بوده که از دو طریق زیر مصرف کننده مورد حمایت قرار گیرد:

♦ تولید کالای سالم تعهد ضمنی تولیدکننده به شمار می رود. کما اینکه فقهای امامیه از دیرباز بنای تراضی طرفین عقد را بر سلامت کالا می دانستند و اطلاق محمول بر سلامت می شود.

♦ فرض تقصیر و آگاهی از عیب برای تولید کننده ای که کالا ی معیوب عرضه داشته است.

به طور کلی سیر سه مرحله ای واکنش در برابر خطرات ناشی از تولید به قرار ذیل است:

♦ برخورد با تولید کننده مطابق قواعد عام مسئولیت مدنی (اصل عدم تقصیر)

♦ اصلاح نظریه ی تقصیر و قائل شدن به فرض های حقوقی بر مبنای مبنای همچون اماره ی آگاهی نوعی تولید کنندگان از عیب کالای تولیدی خود یا شرط بنایی یا ضمنی مبنی بر عرضه ی کالای سالم

گذر از چارچوب های قدیمی نظریه ی تقصیر و روی آوردن به نظریه ی مسئولیت محض که بر این مبنا استوار است که هر کس سود تولید را می برد زیان ناشی از آن هم به جیب او می رود. این نظریه تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی نیست و صرف وجود رابطه ی استنادی ولو بدون تقصیر نیز مستوجب جبران خسارت است.

تفاوت این نظریه با تسبیب در شرط نبودن تقصیر در مفهوم سنتی می باشد و از دیگر سو با مسئولیت مطلق در بحث غصب نیز تفاوت دارد چون رابطه ی استنادی در مسئولیت محض شرط است بدین معنا که ضرر ناشی از عیب کالا باشد.

نکته ی شایان توجه اینکه قرارداد در میزان مسئولیت تولیدکننده اثر دارد به عنوان مثال فروش ماشین به عنوان ماشین مسابقه برای فروشنده مسئولیت بیشتری دارد تا فروش ماشین درون شهری. وقتی می گوئیم در مسئولیت محض تقصیر سنتی شرط نیست یعنی تقصیر با چهره ای جدید همچنان در جوهر این مسئولیت وجود دارد منتها در مفهومی نوین و سازمانی به این معنا که در مسئولیت ناشی از عیب تولید سایه ای از تقصیر را می توان احساس کرد و فی الجمله معلوم است که تقصیری رخ داده منتها عامل و کم و کیف آن معلوم نیست چرا که اگر تقصیری در کار نبود کالا اساساً معیوب تولید نمی شد و لذا می توان از اثر به موثر پی برد و گفت حال که کالایی معیوب تولید شده لزوماً کوتاهی و تقصیری درون سازمان تولید کننده رخ داده است اگر چه نتوان به عامل خاصی آن را منتسب کرد. از این رو در مسئولیت محض یک تقصیر سازمانی رخ داده است نه اینکه مطلقاً مفهوم تقصیر در این نظریه انکار شود. (کاتوزیان، ناصر، مسئولیت ناشی از تولید)

وقتی صحبت از مسئولیت ناشی از عیب کالا می شود به طور ارتکازی ذهن ما به سوی عواقب قراردادی ناشی از عیب کالا می رود و دو اختیار فسخ یا اخذ ارش به ذهن متبادر می شود. اما با مدرنیته و صنعتی شدن زندگی و پیچیده تر شدن و باواسطه شدن روابط قراردادی تولیدکننده و توزیع کننده و مصرف کننده نهایی محدود دانستن مسئولیت ناشی از عیب کالا به طرفین رابطه ی قراردادی و ضمانت اجرای قراردادی صحیح به نظر نمی رسد. ای بسا توزیع کننده (بایع) در عیب کالا دخالتی نداشته باشد و جاهل به وجود عیب باشد در این صورت امکان رجوع به او از باب تسبیب برای خسارات مالی یا جانی وارده ممکن نیست چرا که عنصر تقصیر و متعاقباً رابطه ی استنادی مفقود است و حال آنکه در مسئولیت مبتنی بر ورود خسارت (اتلاف بالمباشرة و بالتسبیب) دست کم وجود رابطه استنادی لازم است. بماند که در نظام پیچیده تولید و فروش کالا های صنعتی گاه تشخیص تقصیر و رابطه ی استنادی دشوار است. در چنین موردی تنها مستمسک مشتری در برابر بایع خیار عیب است که آن هم همیشه جبران کننده همه ضرر های وارده نیست چون ضرر های ناشی از کالای معیوب ممکن است بیش از بهای معامله باشد و ای بسا موجب ضرر به سایر اموال مشتری یا حتی جان او گردد (برای مثال متضرر از مصرف داروی زیانبار نه با فسخ مشکلش حل می شود نه با اخذ ارش). از سوی دیگر ممکن است خسارت به افرادی وارد شود که اساساً طرف قرارداد نبوده اند و به عنوان ثالث از عیب کالا متضرر شده اند. در چنین شرایطی است که ذهن ما در وهله ثانی متوجه تولید کننده می شود و در پی کشف ارتباط تولید کننده با ضرر های وارده و مبنای مسئولیت اوست. خواهیم گفت که گاهی این مسئولیت جنبه قراردادی دارد (فروش تضمینی کالا) و گاه جنبه بهری دارد.

♦ شرح مطلب

کالایی که تولید می شود و به فروش می رسد دو دسته خطر را ممکن است متوجه مصرف کنندگان کند:

♦ ضرری که ناشی از طبیعت کالا است و خطرش بر کسی پوشیده نیست (مثل زیان آور بودن مصرف دخانیات یا سواری با پراید)

♦ خطر ناشی از پایین بودن کیفیت کالا به نحوی که پایین تر از حد انتظار عموم مصرف کنندگان و تولید کنندگان است که مورد اخیر همان است که در اصطلاح عیب می نامیم. آنچه محل بحث ماست دسته ی دوم از خطر هاست.

امروزه در مواجهه با این مشکل غالب کشور ها مسئولیت محض تولیدکننده را مبنا قرار داده اند به این صورت که ضرورتی ندارد اثبات شود که فروشنده ضامن سلامت کالا بوده یا از عیب کالا آگاه بوده است بلکه صرف اثبات عیب کالای تولیدی و استناد ضرر به آن عیب کافی برای مسؤل دانستن تولیدکننده است. در واقع بر این پایه هر تولیدکننده ای قانوناً مکلف است کالا را چنان تولید کند که مصرف کنندگان آن از هر خطر نامتعارف مصون باشند پس اگر کالایی تولید شود که معیوب است صرف نقض این

تفاوت اصلی نظریه ی مسئولیت محض با سایر نظریه ها این است که کاهلی به جای شخص به سازمان پیچیده ی تولید نسبت داده می شود. در واقع محل بحث مجموعه ای از اسباب اجمالی اند که تعیین شخص مقصر به نحو دقیق ممکن نیست زیرا در فرضی که ده ها کارخانه ی بزرگ و کوچک در ساخت و نظارت یک کالا دخیل اند و هر کدام هزاران کارگر و رایانه و رباط در فرآیند کارشان موثر است چاره ای جز جمعی کردن مسئولیت و مسئول دانستن سبب اجمالی باقی نمی ماند. (بحث سبب اجمالی در حقوق سنتی نیز مطرح است برای مثال در فقه امامیه معتقدند «القرعه لكل امر مشكل» یا ماده ی ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی که دشواری علم اجمالی در قتل را با قرعه حل کرده است.) (کاتوزیان، ناصر، مسئولیت ناشی از عیب تولید ۱۳۹۷).

در ذیل جا دارد به برخی مزایای پذیرش نظریه مسئولیت محض بپردازیم. (فیشر و پاورز، مسئولیت ناشی از تولید، ص ۱۳۵ به بعد)

♦ جبران خسارت از راه توزیع آن
از محصولات پیچیده ی صنعتی خسارات احترازناپذیری به بار می آید که ممکن است مصرف کنندگان اینگونه کالاها را دچار آسیب های فراوان کند. با تحمیل خسارت بر تولیدکنندگان آنها ناچار می شوند خود را بیمه ی مسئولیت کنند و این امر هزینه ی تولید را افزایش می دهد و در نهایت باعث بالا رفتن قیمت نهایی کالا می شود و به این صورت خطر جبران خسارت بین تمام مصرف کنندگان سرشکن می شود.

♦ پرهیز از خطر
مسئولیت مدنی ارزش تمام شده ی کالا را بالا می برد و از سوی دیگر رقابت فشرده بین تولیدکنندگان باعث می شود که تولیدکننده مجبور باشد بهای کالا را کاهش دهد و نتواند به نسبت مسئولیت بها را افزایش دهد در نتیجه تحمیل مسئولیت به تولیدکننده سبب می شود که او بکوشد تا کالای سالم تر را به بازار تحویل دهد. در واقع مسئولیت محض تولیدکننده باعث می شود که او تا جایی که هزینه ی کاستن از خطر محصول کمتر از مسئولیت ناشی از خودداری از آن شود در مرغوب شدن کالا بکوشد.

♦ تشویق به تولید مفید
سیاست دیگری که در تحمیل مسئولیت محض به تولیدکننده رعایت می شود تشویق او به تولید مفید است. یعنی صرفا خسارات بدنی و تلف اموال قابلیت مطالبه را دارند و خسارات معنوی و عدم النفع یا قابل مطالبه نیستند یا مطالبه ی آنها تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی است و از مزایای نظریه مسئولیت محض بی بهره اند.

♦ امکان اثبات
در غالب موارد تولید محصول معیوب همراه با تقصیر تولیدکننده است ولی پیچیدگی شبکه ی طرح و تولید و دسترسی موسسه های بزرگ طرح و تولید به انواع ابزارهای اطلاعاتی و تمهیدهای حقوقی مانع از اثبات این تقصیر است. مسئولیت محض تولید کننده این موانع را از بین می برد و زیان دیده را از این شرط معاف می کند.

♦ حمایت از انتظارهای مصرف کننده
باید از مصرف کننده در برابر خطر ناشی از عیوب ناشناخته ی محصول حمایت کرد. این حمایت علی الخصوص در موردی ضروری است که مصرف کننده به تبلیغات تولیدکننده اعتماد می کند و انتظار دارد که محصولی سالم و بی خطر و مرغوب در اختیار وی قرار بگیرد. تفاوت این نظریه با نظریه تضمین سلامت کالا این است که ریشه ی قراردادی ندارد و توافق بر خلاف آن ممکن نیست و نمی توان از مسئولیت ناشی از عیب کالا گریخت.

چند سوال

۱. چه کسانی می توانند بر مبنای نظریه ی مسئولیت محض

مطالبه ی خسارت کنند؟

مبنای نظری این نظریه امنیت و سلامت عموم آحاد جامعه در برابر خطرات ناشی از عیب تولیدات صنعتی است لذا چه کسانی که طرف قرارداد هستند و چه آنهایی که با تولید کننده رابطه ی قراردادی ندارند ممکن است متضرر از عیب تولید و در نهایت مستحق طرح دعوی مطالبه ی خسارت باشند. شاید در حقوق داخلی حتی اگر قائل به جنبه ی اثباتی قاعده ی لاضرر نباشیم بتوان گفت صدور حکم به برائت ذمه ی تولیدکننده نسبت به خسارات وارده به اشخاص ثالث بدلیل عیب تولیدات وی یک حکم ضرری می باشد و لذا توسط لاضرر باید عدم مسئولیت تولیدکننده را نفی کرد و لذا قدر متیقن بری الذمه نبودن تولیدکننده در برابر ثالث متضرر است و روی دیگر این سکه همان ضمان و مسئولیت اوست.

چون ملازم تا تولید کننده خالی از دو حال نیست یا مسئول هست یا نیست اگر لاضرر عدم مسئولیت وی را نفی کند ملازم تا مسئولیت وی در برابر ثالث را اثبات کرده است. وانگهی مقتضای قاعده ی ((من له الغنم فعليه الغرم)) نیز همین است.

۲. مسئول چه کسیست؟ تولید کننده یا عرضه کننده (بایع)؟
مطابق اصول حقوقی به طور کلی هرکسی که رابطه ی سببیت بین فعل او و ضرر حاصله وجود داشته باشد ضامن است. با این وجود در نظام مسئولیت تولید و عرضه ی کالا اصولا تولیدکننده مسئول اصلی است یعنی همان موسسه ای که فرآورده ی معیوب را برای بهره برداری به جامعه عرضه کرده (کاتوزیان، ناصر، همان) و نوعا اولین سبب چه در ایجاد و چه در تاثیر است.

منتها گاهی عرضه کننده دارای شهرت فراوان است و مصرف کننده اساسا تولیدکننده را نمی شناسد و به اعتبار عرضه کننده کالا را میخرد در این موارد مصرف کننده بر نقش نظارتی عرضه کننده ی مشهور و کنترل کیفیت او اعتماد کرده و به عبارتی فاعل معنوی تولید این موسسه ی مشهور عرضه کننده است و تولید کننده به منزله ی یک عمده می باشد در چنین موردی بی دریغ مسئولیت بر عهده ی عرضه کننده است منتها بعید نیست که عرضه کننده مطابق قواعد عمومی بتواند به تولید کننده رجوع کند. در واقع گاهی فرایند تولید غرق در عرضه ی حرفه ای کالا به بازار می شود. (برای مثال شما نقص تولید شرکت لبنیات را از چشم شرکت عرضه کننده می بینید و نه دآمداری که شیر را به شرکت فروخته و عرف نیز در اینجا عدم کنترل کیفیت توسط شرکت را قاطع رابطه ی سببیت بین مسمومیت یا بیماری افراد مصرف کننده با عمل دامدار می داند.)
توجه داشته باشید که فروشندگان اتفاقی و عادی مطابق قواعد عام مسئولیت مدنی قابلیت تعقیب دارند نه بر مبنای نظریه ی مسئولیت محض که استثنایی و خاص تولیدکنندگان قدرتمند در عرصه ی بازار است.

۳. کدام دسته از خسارات قابلیت مطالبه بر مبنای این نظریه را دارند؟
قدر متیقن این است که خسارات بدنی و مادی قابل مطالبه اند اما خسارات معنوی و عدم النفع در اغلب نظام های حقوقی که این نظریه را پذیرفته اند باید مطابق قواعد عام مسئولیت مطالبه شود به جز فرانسه که در مسئولیت مستقیم (محض) تمام زیان ها را قابل مطالبه می داند. (کاتوزیان، ناصر، همان)

نتیجه اینکه دعوای مطالبه ی زیان های ناشی از عیب تولید چنانکه گفته شد ممکن است یکی از ۴ مبنای زیر را در نظام های حقوقی مختلف دارا باشد:

♦ تقصیر تولید کننده در مفهوم سنتی
♦ تدلیس فروشنده: به این صورت که با تدلیس در بیع تقصیر در مفهوم سنتی خود تحقق پیدا کرده است و بایع از باب تسبیب ضامن است. به عقیده ی برخی فقها حتی سکوت بایع در عیوب پنهانی تدلیس است. (در این باره رجوع شود به شهید اول، دروس، به نقل از مکاسب و جواهر کلام، ج ۲۳، ص ۲۴۶ و شیخ انصاری، مکاسب، ص ۲۶۲ و شهید ثانی، مسالك، ص ۱۹۳)

الف) فقدان رابطه‌ی سببیت بین فعل تولیدکننده و ضرر ثالث؛ می‌گویند اولاً تحقق چنین ضرری برای تولیدکننده قابل پیش بینی نیست و ثانیاً چون فرض این است که مصرف کننده‌ی غیر مستقیم کالا را از غیر فروشنده خریده است لذا سبب‌های دیگری هم در ورود خسارت دخیل اند و تولیدکننده سبب نزدیک و نهایتاً مسئول نیست.

اما پر واضح است برای قائل شدن به مسئولیت تولیدکننده از باب ضمان قهری نیازی به وجود رابطه‌ی قرارداد بین او و ثالث نیست. اگرچه تولید یک اعمال حق و فعالیت تجاری است اما طبعاً نباید وسیله‌ی اضرار غیر قرار گیرد و لذا تولیدکننده‌ای که کالای معیوب به بازار عرضه می‌کند خطایی مرتکب می‌شود که باید نتایج آن را هم تحمل کند. شاید او ثالث متضرر را حین عقد نشناسد اما فی الجمله می‌داند که کالای معیوب او ممکن است روزی برای کسی خطرناک شود و ضرری به بار آورد و همین مقدار قابلیت پیش بینی برای کاهل دانستن او کافیت.

ب) سرسام آور بودن مسئولیت ناشی از تولید برای تولیدکنندگان؛ که این خود مانعی سر راه تولید و توسعه است و حقوق را از مصالح اقتصادی دور می‌کند حال آنکه تعارض سیاست‌های حقوقی و اقتصادی روا نیست. (کسلر و گیلومر، قراردادها، ص ۷۰)

در پاسخ باید گفت که امروزه با وجود بیمه‌های مسئولیت حد مسئولیت تولیدکنندگان و دلهره‌ی آنها از ورشکستگی کاهش می‌یابد و در نهایت ضرر بین عموم مصرف کنندگان سرشکن می‌شود که تفصیل آن را در مبحث فواید نظریه‌ی مسئولیت محض گفتیم.

۲. مسئولیت محض در برابر ثالث؛

مفهوم این نظریه پیشتر گفته شد و در اینجا به مبانی آن می‌پردازیم:

۱. نفع و مصلحت عمومی؛ وظیفه‌ی جامعه تامین زندگی بی خطر برای افراد خود است و حقوق نیز در راستای این هدف باید تا جایی که می‌تواند از مصرف کنندگان چه مستقیم و چه غیرمستقیم در برابر خطرات کالاهای معیوب حمایت کند.

۲. سازندگان کالاها پیوسته با تبلیغات گوناگون سعی در ایجاد اعتماد در مردم و اعتقاد در آنها مبنی بر مرغوبیت و سلامت کالاهای تولیدی خویش هستند و مردم نیز با اعتقاد به اینکه در حال خرید کالایی بی خطر هستند دست به خرید می‌زنند.

۳. پذیرش مسئولیت محض برای تولیدکننده از بسیاری دعاوی بیهوده جلوگیری می‌کند. به این صورت که در حالت عادی مصرف کننده باید به خرده فروش ماقبل خود مراجعه کند و آن خرده فروش نیز به ید قبل از خود و این فرآیند زنجیره‌ای از دعاوی را در پی دارد که هم وقت و هم هزینه بردار است. پذیرش مسئولیت محض و امکان رجوع مستقیم زیان دیده به تولید کننده از این تالی فاسد ما را می‌رهاند. (کاتوزیان، ناصر، مسئولیت ناشی از تولید)

منابع و مأخذ

- مسئولیت ناشی از عیب تولید، مطالعه‌ی انتقادی و تطبیقی در تعادل حقوق تولیدکننده و مصرف کننده، ۱۳۹۷، انتشارات گنج دانش
- کاتوزیان، ناصر، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ دهم، انتشارات گنج دانش
- کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، جلد اول، انتشارات گنج دانش

◆ نقض تعهد صریح یا ضمنی مبنی بر تضمین سلامت کالا

◆ مسئولیت محض تولیدکننده و عرضه کننده

۴. وضعیت تولید کننده‌ی کالای معیوب در حقوق ایران چگونه است؟

در رابطه‌ی بین خریدار و فروشنده؛ در خصوص رابطه‌ی قراردادی خیار عیب وجود دارد. فقهای امامیه غالباً مبنای خیار را لاضرر می‌دانند و لذا هدف حفظ عدالت معاوضی و جبران ضرر خریدار است (کاتوزیان، ناصر، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۲۶، قواعد عمومی قراردادها ش ۷۶) و به همین خاطر علم و جهل با عیب یا تقصیر یا عدم تقصیر او اثری در تحقق خیار ندارد و از این رو تحقق خیار یک مسئولیت محض است منتها از نوع قراردادی (چیزی بالاتر از تعهد به نتیجه و کمتر از مسئولیت ناشی از عصب)

در خصوص زیان‌های مازاد بر عیب موضوع قرارداد بر طبق قواعد عمومی مسئولیت باید بین زیان وارد شده و عمل فروشنده رابطه‌ی سببیت برقرار باشد و عرف ضرر را به او منسوب بدانند برای مثال اگر فروشنده تاجری باشد که خودش کالا را تولید نکرده بلکه از یک تولیدکننده‌ی دیگر خریده و به مصرف کننده فروخته و از عیب پنهانی کالا نیز جاهل بوده بی‌تردید نمی‌توان برای او مسئولیت محض قائل شد و به صرف فروشنده بودن او را مسئول دانست.

مبنای مسئولیت فروشنده در خصوص زیان ناشی از عیب کالا

در این باره دو مبنا قابل تصور است:

۱. اول اینکه هر فروشنده به طور ضمنی یا بنایی متعهد به تحویل کالای کاملاً سالم و بدون خطر نامتعارف می‌باشد و به نوعی تعهد به نتیجه دارد و به موجب آن همین که رابطه‌ی سببیت بین ضرر و عیب کالا اثبات شد صرف عدم تحقق نتیجه تقصیر است و موجب مسئولیت. (مواد ۲۲۶ به بعد ق. م.)

این مبنا با نظریه‌ی مسئولیت محض متفاوت است چون حتی در تعهد به نتیجه اگر فروشنده فورس مازور یا بیتقصیری خود را اثبات کند از مسئولیت معاف است (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق. م.)

۲. مسئول دانستن فروشنده از باب تسبیب که خود دو حالت دارد یا با فرض تقصیر برای فروشنده و آگاهی او از عیب که یک اماره‌ی قانونی نیست و بستگی به رویه‌ی قضایی دارد که این تقصیر را حسب مورد فرض کند یا نه و حالت دوم عدم فرض تقصیر برای فروشنده و قرار دادن بار اثبات بر عهده‌ی مصرف کننده.

در خصوص تضمین ضمنی سلامت کالا و فرض آگاهی از عیب نیز باید به دو حالت مختلف توجه داشت:

۱. اول جایی که فروشنده سازنده‌ی کالا نیست بلکه صرفاً واسطه‌ی فروش است به ویژه درجایی که کالا را به نحو پلمپ می‌فروشد مثل تلفن همراه فرض آگاهی برای او از همه‌ی عیوب پنهانی معقول نیست و باید مسئولیت او را تابع قاعده‌ی تسبیب دانست (کاتوزیان، ناصر، همان، همان) (ضمان قهری نه مسئولیت ناشی از نقض تعهد به نتیجه)

۲. دوم جایی که تولید کننده خودش محصولش را با نام تجاری خود به بازار عرضه می‌کند و در آگاهی‌های فروش نیز ادعا می‌کند که مرغوب ترین کالا‌ی بازار را دارد. در این فرض می‌توان بر مبنای فرض آگاهی از عیوب یا تضمین سلامت کالا تولیدکننده (بایع) را مسئول دانست. (کاتوزیان، ناصر، همان)

نکته‌ی قابل توجه اینکه هر دو مبنای پیش گفته دارای منشا قراردادی است لذا مطابق ملاک ماده‌ی ۴۳۶ ق. م. با عیب می‌تواند تبری از عیوب بجوید.

در رابطه‌ی بین تولید کننده و ثالث

۱. مسئولیت از باب تسبیب؛ عده‌ای مسئول شدن تولیدکننده در برابر ثالث (مصرف کننده‌ی غیر مستقیم) را نمی‌پذیرند به دو علت:

شیوه های تضمین حق فروشنده پیش از تسلیم مبیع در بیع بین المللی

آرش وثاقتی جلال

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی



حسن نیت در قراردادها همواره مفروض تلقی نمی‌گردد. علل و عوامل وابسته به اراده انسان نظیر بدعهدی، فطرت سودجوی بشر و موارد خارج از اراده انسان مانند علل قهری و حوادث مستحدثه نظیر جنگ، انقلاب‌ها و تغییر قوانین در کشور های مبدا و مقصد تجارت، باعث گردیده تا عرف بازرگانی بین الملل و سازمان های موثر و بازگر عرصه تجارت جهانی در عصر کنونی، پی ایجاد، تثبیت شیوه‌ها، راهکار و متدهایی باشند تا ضمانت از حقوق بایع و مشتری تا حد ممکن و مطلوب حفظ گردد. در معاملات بین المللی فروشنده به طور معمول پیش از دریافت ثمن قراردادی، تصرف خویش را نسبت به کالا یا مبیع به واسطه اینکوئترمز توافق شده از دست می‌دهد. و تا رسیدن مبیع به دست خریدار، دسترسی به ثمن ممکن نخواهد بود. در این میان حقوقی برای ضمانت دستیابی فروشنده به قیمت قراردادی متصور است که ما در یک تقسیم بندی کلی آن را به دو دسته اعم و اخص تقسیم می‌نماییم. تضمین حقوق بایع در معنای اعم با در نظر داشتن مواردی چون حسن نیت و اعتماد طرفینی به کلیه اموری اطلاق می‌گردد که پیش از انعقاد قرارداد و پس از آن، موجب دسترسی بایع به ثمن معامله و نیز سبب جلوگیری از تضییع حق وی در صورت حوادث و بدعهدی احتمالی می‌شود. این شیوه‌ها چگونگی روش پرداخت، حق حبس، متوقف ساختن کالا در جریان حمل و نقل، حق نسبت به تعیین قیمت جدید و حق بازفروش و اخذ خسارات را دربرمی‌گیرد. اما تضمین حق بایع در معنای اخص به شیوه‌ها و راهکار هایی اطلاق می‌گردد که نحوه وصول ثمن معامله را تضمین می‌نماید و کم‌ترین ریسک را به همراه دارد و پیش از قرارداد معین و مشخص گشته است. دراین یادداشت سعی شده تا مرسوم ترین شیوه های تضمین حق بایع به معنای اخص در بیع بین المللی مورد بررسی قرارگیرد.

بخش مهمی از تعیین شیوه های تضمین حق فروشنده، وابسته به مشخص نمودن قانون حاکم بر قرارداد است. علت این اهمیت در پساپرده چگونگی انتقال، حبس و بازداشت ثمن معامله و نیز تسلیم مبیع نهفته است. کشور های مختلف، از قوانین متفاوت و سازوکار های مختلف پولی و بانکی برخوردارند. جایگاه این کشور ها در جهان میزان پذیرفته شدگی بین المللی از عوامل مهمی است که تعیین قانون حاکم بر قرارداد را با اهمیت می‌نماید. از طرفی تجار بین المللی نیز تمایلی به واگذاری سرنوشت قرارداد خویش به وضعیت نامعین نداشته و به شدت خواهان

رشد، تکامل و دگرگونی تمدن های بشری از اعصار گذشته تا قرون اخیر مرهون ارتباط بین تمدنی و فرهنگ ملل مختلف بوده است. حضور کاروان های تجاری در شهر ها و کشورها در کنار رنگ و لعاب مرعوب کننده کالا ها، نقش به سزایی در شکل گیری ارتباط بین فرهنگی و انتقال مفاهیم و معارف انسانی آن هم به طور مسالمت آمیز و گفت و گو محور داشته اند. در پرتو امتداد و تکرر داد و ستد بازرگانان، تکامل شیوه های خرید و فروش و معامله به مرور حاصل گشته است. پس از رنسانس و شکوفایی صنعت کشتی سازی و کشتی رانی، تجارت دریایی رونق بی سابقه ای در بین ملل آسیایی و اروپایی گرفت. از همان ایام لزوم وجود نظام تجارتی هماهنگ و پذیرفته شده بین تجار و دول منشاء تجارت احساس شد. تا قبل از انقلاب صنعتی، عرف های بازرگانی به مرحله ای از بلوغ و رشد رسید که شرکت های تازه تاسیس تجاری، تجار و کسبه خرد تا حدودی خود را ملزم به رعایت آن می‌دیدند. با تحولات سیاسی و اجتماعی در اروپای قرون جدید و خاصا فرانسه، نگارش قانون تجارت و بوجود آمدن مجرای مشخص و مدون قانونی در شناخت حقوق و تکالیف تجاری تجار، تجارت دولتی و درون سرزمینی مدون گشت اما منجر نوعی سردرگمی و تشتت در تجارت بین الملل شد. موج جدیدی از ایجاد رویه واحد تجاری و متفق القول بین الملل با تلاش هایی در نیمه دوم سده ۱۹ میلادی آغاز شد. اما بی شک مهم ترین اقدامات بین المللی برای اصلاح، هدایت و ایجاد شبکه و تشکیلات منسجم تجاری جهانی پس از جنگ جهانی دوم و تشکیل سازمان ملل متحد و سازمان ها و ارگان های مشتق از آن بود. بوجود آمدن سازمان تجارت جهانی (WTO)، صندوق بین المللی پول (IMF)، کمیسیون تجارت بین الملل سازمان ملل متحد، نیز تصویب کنوانسیون بیع بین المللی کالا و قانون داوری نمونه آنسیترال جملگی نتایج تلاش عقلانیت جمعی بشر برای هدایت و سازماندهی تجارت بین الملل در قرن ۲۰ میلادی می باشد. رونق تجارت جهانی و رشد و توسعه رعد آسای تکنولوژی در سه دهه اخیر، سازمان تجارت جهانی و دولت ها را به این بینش رسانیده است که باید متناسب با دگرگونی های پرشتاب، شیوه ها و سازو کار انعقاد قرارداد، تسلیم ثمن و مبیع و نیز روش های تضمین حقوق بایع و مشتری را دستخوش تغییر نمایند.

شامل عملیات های «پرداخت به حساب امانی»^۵، «پرداخت از طریق اعتبارات اسنادی»^۶، «پرداخت به شیوه وصولی»^۷ و «تعهد به پرداخت بانک (بی پی او)»^۸ می گردد. در مقامی که بانک ها واسطه مستقیم انتقال وجه نباشند، ضمانت نامه های دولتی و شخصی به همراه شیوه های نوین انتقال نظیر رمز ارز ها که با مداخله صرافی های معتبر و کیف پول های دیجیتال به عنوان جدید ترین روش های پرداخت مالی در تجارت بین المللی مطرح هستند.

هنگامی که پرداخت ثمن از طریق پرداخت به حساب امانی انجام می شود، ابتدا حساسی در کشور فروشنده یا خریدار و معمولاً در کشور ثالث افتتاح می گردد و مشتری ثمن معامله را به حساب امانی واریز کرده و به بانک طرف وکالت دستور می دهد تا تحت شرایط و ضوابط معین شده، برای مثال رویت فاکتور تسلیم یا رسید تحویل مبیع به فروشنده در مدت معینه به بایع حق برداشت از حساب را ناظر به مبلغ تعیین شده بدهد. این شیوه گرچه پرکاربرد نیست در عرف بین الملل اما هنگامی که طرفین از سطوح اعتماد پائینی نسبت به یکدیگر برخوردار هستند، بسیار رهگشا است. در روش وصولی و ال سی بانک به عنوان واسطه بین خریدار و بایع نقش پراهمیتی ایفا می کند. این دو شیوه پرداخت تعادل قابل قبولی در حفظ و تضمین منافع طرفین ایجاد می کند. در روش پرداخت وصولی، فروشنده به بانک دستور می دهد که رسید ها و اسناد حمل و نقل را از طریق بانک معرفی شده توسط خریدار در اختیار مشتری قرار دهد مشروط بر اینکه آن شرایط تعیین شده در دستور وصول و پرداخت تحقق یابد. این دستور وصول معمولاً با پرداخت وجه اسناد تجاری نظیر برات و ... تامین می شود. در اینگونه روش پرداخت معمولاً حسب اعتباری که تجار دارند، بانک مقصد یا معرفی شده از جانب مشتری پرداخت برات یا ثمن معامله را در موعد مقرر تضمین می کند. البته این حالت ندرتاً پیش می آید و تضمین بانک ضم به قرارداد نمی شود. در شیوه پرداخت ال سی این اطمینان در تامین وجه و پرداخت ثمن معامله توسط بانک ابرلاغ کننده یا بانک های واسطه تضمین می گردد. این روش پرکاربرد ترین شیوه پرداخت در دنیا بوده و از جمله مواردی است که منجر به حفظ حقوق بایع به طور اطمینان آوری می شود. در بین انواع اعتبار اسنادی، نوع انتظاری یا تضمینی آن بالاترین درجه اعتبار را دارد زیرا این مکانیسم چنین تعهدی را بر عهده بانک می گذارد که در صورت نقض قرارداد یا عدم ایفای تعهدات وجه اعتبار گشته از جانب بایع قابل مطالبه باشد. با توجه به پیشرفت تکنولوژی در قرن حاضر مطابق آخرین اصلاحیه مقررات متحدالشکل اعتبارات

بخش مهمی از تعیین شیوه های تضمین حق فروشنده، وابسته به مشخص نمودن قانون حاکم بر قرارداد است. علت این اهمیت در پسا پرده چگونگی انتقال، حبس و بازداشت ثمن معامله و نیز تسلیم مبیع نهفته است. کشور های مختلف، از قوانین متفاوت و سازوکار های مختلف پولی و بانکی برخوردارند. جایگاه این کشور ها در جهان و میزان پذیرفته شدگی بین المللی از عوامل مهمی است که تعیین قانون حاکم بر قرارداد را با اهمیت می نماید. از طرفی تجار بین المللی نیز تمایلی به واگذاری سرنوشت قرارداد خویش به وضعیت نامعین نداشته و به شدت خواهان مشخص و معین شدن حقوق و تکالیف خویش و سازوکار پیگیری و پیش بینی آن در آتی هستند. چرا که نه تنها در مقام رفع اختلافات در صورت بروز، بلکه در اصل موضوع و علت عقد یعنی انتقال مالکیت و تسلیم مبیع و ... قانون کشور حاکم بر عقد، مجرا است. علی رغم پذیرش اصل آزادی قراردادی و توافق طرفین در گزینش قانون حاکم بر قرارداد، تجار به تجربه دریافته اند که بعضی از نظام های ملی محدودیت هایی در انتخاب قانون حاکم ایجاد کرده اند. لذا گزینش قانون حاکم بر قرارداد همواره راهگشا نیست. این مورد به بهره گیری تجار از قالب ها و قراردادهای از پیش تعیین گشته، منجر شده است. در چنین قراردادهای استاندارد و شرایط عمومی حاکم بر آنها، حقوق و تعهدات طرفین به صورت متقن و مبسوط پیش بینی شده است. در این دست قراردادهای استاندارد، تضمین حق بایع ذیل سرفصل ضمانت اجرای عدم انجام مفاد قرارداد توسط طرفین بحث شده است.

تقاضای اجرای تعهد توسط متعدد، فسخ قرارداد، کاهش ثمن معامله، اخذ خسارت و تعیین وجه التزام و استفاده از حق حبس جملگی از ضمانت اجرایی است که در قرارداد بیع بین المللی کالا مطابق با کنوانسیون (CISG) مطرح شده است. در مواد ۶۱ الی ۷۸ این کنوانسیون به تعهدات مشترک بایع و مشتری، جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد توسط مشتری و یا بایع، خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد پیش بینی شده است.

اما شیوه اخص تضمین حق بایع در بیع بین المللی که پیش از انعقاد قرارداد و حین مذاکرات صورت پذیرفته و در متن قرارداد گنجانده می شود، روش پرداخت ثمن می باشد. بعد از تراضی طرفین بر مکانیسم و تعیین بهای قرارداد، نوبت به راه پرداخت آن می رسد. این روش ها ابزار و سازوکاری اند که از طریق آنها خریدار، ثمن کالا یا خدمات موضوع قرارداد را به بایع پرداخت می نماید. اهمیت این مکانیسم در جایی است که قدرت کنترل بایع بر مبیع و مشتری بر ثمن را قبل از دریافت کالا یا بعد از آن تعیین می نماید. بر این اساس با توجه به نقش بی بدیل بانک ها در انتقال پول که اصلی ترین معیار تعیین بهای کالا و خدمات در عصر ما می باشد، شیوه های پرداخت ثمن

توکن ها و ارتباط آن با حمل و نقل و تحویل مبیع که گاهی اوقات از جاب صرافی های آنلاین نیز کنترل می شود، موجبات تضمین حق فروشنده را فراهم نموده است.

آنچه که می توان تحت عنوان ضمانت اجرای حقیقی مطرح شود شیوه های نوینی است که به صورت مکانیزم مدون اتوماتیک، حقوق بایع را پیش از گرفتاری به روش های کهنه قدیمی، تضمین کند. مواردی که تحت عنوان تعیین خسارت، حق حبس، حق بازفروش و توقف عملیات حمل و نقل از آن یاد شد روش هایی است که از رکن اصلی تجارت امروز جهان، سرعت در تبادل و انتقال، فاصله گرفته است. با این حال شیوه های پرداخت قیمت معامله که ما از آن تحت عنوان روش های تضمین حق به معنای اخص نام بردیم؛ کیفیت مطلوبی در حفظ و تضمین دستیابی بایع به علت نوعی قرارداد خود می دهد. جمهوری اسلامی ایران نیز در سالیان اخیر با عضویت در سازمان همکاری شانگهای و نیز حضور در میان اعضای بریکس، ایجاد و پیوستن به ارز واحد اتحادیه و نیز سازوکار مشابهی چون سوئیفت، می تواند علی رغم تحریم های پولی و بانکی ایالات متحده و اتحادیه اروپا به سازوکارهای شرقی جهت تسهیل تجارت بین الملل بیاندیشد و از آفات و ضررهایی که تجار ایرانی به واسطه تحریم های ظالمانه دهه ۸۰ و ۹۰ شمی متحمل شدند، پیشگیری نماید.

منابع

- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۹) حقوق تجارت بین الملل، تهران: انتشارات سمت
- اسکینی، ربیعا (۱۳۷۸) حقوق تجارت ج ۱، تهران: انتشارات سمت
- اشمیتف، کلابو ترجمه بهروز اخلاقی (۱۳۷۸) حقوق تجارت بین الملل ج ۱، تهران: انتشارات سمت
- اندرز، دود، درآمدی بر کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق ایران، فصلنامه مطالعات حقوق شهروندی، سال پنجم، شماره ۲۱، تیر ۱۴۰۰

قوانین و مقررات

- قانون تجارت مصول ۱۳۱۱
- قانون دآوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶

Reference:

- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
- Uniform customs and practice for documentary credit for electronic presentation (Eupc 600)
- UNCITRAL Model Law on Arbitration International Commercial

پل های ارتباطی :

✉ anjomanelmi_ujsas
 @ anjoman_elmi_ujsas
 anjoman.elmi_ujsas

۲۰۰۷ تحت عنوان UPC۶۰۰ و eUCP منتشر شد که مراده اسناد الکترونیکی را ممکن می ساخت. در پی این تحول مجموع سوئیفت یا انجمن جهانی ارتباطات مالی بین بانکی نیز کدهایی را تعبیه نمود تا یک سیستم ارتباطی الکترونیک با درصد اطمینان بالا شکل گرفته و مبادلات الکترونیکی بین بانکی با امنیت مطلوبی در بستر حفاظت شده به فعالیت ادامه دهند. شیوه پرداخت بی پی او که از مدرن ترین روش های پرداخت ثمن قراردادی است که بسیار مطمئن بوده و به نوعی غیرقابل رجوع است. در این شیوه بانک طرف خریدار متعهد می شود در قبال بانک طرف فروشنده تا در صورت تطابق و تست داده های الکترونیک و کدهای معین شده، مبلغ مشخص قیمت قرارداد را طرف زمان توافق شده قبلی پرداخت نماید. این روش در قالب تجارت الکترونیک انجام می شود و اصطلاحا نقل و انتقال و کاغذ بازی فیزیکی در آن مشاهده نمی شود. تمامی مراحل اعم از تسلیم و تطبیق مدارک و واریز پول به صورت الکترونیکی و در بستر سوئیفت انجام می شود. در این شیوه به دلیل تعهد بانک ها در مقابل هم، کم ریسک ترین حالت ممکن برای ذی نفع پیش می آید.

از دیگر روش های تضمین حق فروشنده در معنای اخص که نقش بانک ها به عنوان واسطه فعال در آن کاهش می یابد، ضمانت نامه های حاکمیتی و روش های پرداخت توسط رمزارز ها و صرافی های آنلاین است. ضمانت نامه حاکمیتی توسط دولت کشور مشتری صادر شده و تضمین پرداخت ثمن قراردادی موسسه یا شخص تابع را برعهده می گیرد. علت اطمینان آور بودن این روش تضمین پرداخت توسط عالی ترین نهاد یک کشور که معموا از اعتبارات لازم برخوردار است و سند صادر از جانب آن معتبر و جنبه ملی پیدا می کند، می باشد. یک نوع ضمانت نامه غیردولتی نیز وجود داد که تحت عنوان ضمانت نامه شرکتی مطرح می گردد. این ضمانت نامه شرکتی از درجه اعتبار ضمانت نامه دولتی برخوردار نیست ولی در اقتصاد های آزاد که بعضا شرکت های تجاری صاحب نفوذ و قدرتی هم تراز با دولت می باشند، موجب ضمانت حقوق بایع می شود. با ظهور پول دیجیتال، دگرگونی شگرفی در عرصه تجارت بین الملل ایجاد شد. ایجاد بسترهای ثبت و ضبط داده های دیجیتال که تحت عنوان بلاکچین (Blockchain) که یک بستر مبتنی بر مدیریت جمعی است، دخالت روزافزون دولت ها و بانکها در آن کاهش می یابد. در سالیان اخیر تمایل به دادوستد بین المللی از طریق کیف پول های ارز دیجیتال و توکن ها افزایش چشمگیری داشته است. سرعت در نقل و انتقال و نیز رهایی از مالیات های آن و سایر مزایا سبب شده تا بهره گیری از کیف پول دیجیتال و توکن ها در پرداخت ثمن معاملات مرسوم گردد. مطابق این شیوه کد نویسی و ایجاد الگوریتم پرداخت در بستر بلاکچین یا به واسطه



دانشگاه علوم قضایی تهران

**در باب
مفهوم و معنای
رویه قضایی و ضرورت
و اهمیت آن مطالب بسیاری
در قالب کتب و مقالات علمی
نگاشته شده است. ما در این نگاشته به
دنبال بررسی این مفاهیم نیستیم چرا که
قضات و حقوقدانان بسیاری در این باب قلم زده اند.
اما برای تقریب ذهن خواننده لازم است به عنوان مقدمه
بیان داریم که قانونگذار توانایی پیش بینی همه مناسبات و
روابط اجتماعی را در قالب قانون ندارد. حتی بهترین قوانین نیز
توانایی شناسایی تمام موضوعات و حوادث را ندارند. قضات در
حین رسیدگی با مسائلی مواجه می شوند که با تفسیر
آنها و شناختن ماهیت آن مسائل می توانند قواعد
حقوقی را بر مناسبات اجتماعی بار نمایند. در
اینجا ضرورت وجود مفهومی تحت عنوان
رویه قضایی مشخص می گردد. اما
سوال مطرح می شود که به
راستی رویه قضایی
چیست؟**